Double
25.011

ŒUVRES

DE POTHIER.

II.

Source : BIU Cujas

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

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

Source : BIU Cujas

OEUVRES

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.

Eloge de Pothier.
Traité des Obligations.
De la prestation des fautes.

TOME DEUXIÈME.

PARIS

VIDECOQ PÈRE ET FILS,
PLACE DU PANTHÉON, 1,
PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

COSSE ET N. DELAMOTTE,
IMPRIMEURS-ÉDITEURS,
PLACE DAUPHINE, 27.

1848

BIBLIOTHÈQUE CUJAS

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

ÉLOGE

DE M. POTHIER.

Robert-Joseph Pothier naquit le 9 janvier 1699, de Robert Pothier, conseiller au Présidial d'Orléans, et de Marie-Madelaine Jacquet. Florent Pothier, son aïeul, était aussi conseiller au même siége, et descendait de Florent Pothier, élu maire de la ville d'Orléans en 1603.

Il fit ses premières études au collége des Jésuites d'Orléans, et s'y distingua par son esprit, et par la facilité avec laquelle il y réussit. Sorti des humanités et de philosophie, il s'appliqua pendant quelque temps à l'étude de la géométrie et des belles-lettres ; mais une inclination naturelle qui se déclara bientôt le porta à la jurisprudence. Il étudia en droit dans l'Université d'Orléans, et dès qu'il eut lu les Institutes de Justinien, il devint jurisconsulte, et se livra entièrement à cette science. Ce n'est pas que M. Pothier n'eût d'ailleurs beaucoup de goût et d'heureuses dispositions pour les autres genres d'étude. Il paraissait même dans sa conversation qu'il avait lu avec fruit les poëtes latins : il se plaisait souvent à en rapporter des passages, et surtout de Juvénal, qui était son poëte favori. Mais il négligea toutes les autres sciences pour s'attacher uniquement à la jurisprudence, pour laquelle il sentit bientôt qu'il était né.

Aussitôt qu'il eut fini son droit, il fut pourvu d'un office de conseiller au Présidial d'Orléans. Il y fut reçu à l'âge de vingt et un ans, et ne tarda guère à s'y distinguer dans un âge où les autres commencent à peine à se faire connaître. Comme il avait un goût vif et décidé pour la jurisprudence, il saisissait toutes les occasions de s'y perfectionner ; et pour se mettre plus en

Source : BIU Cujas

état de résoudre les questions de droit qui pouvaient se présenter, il allait souvent passer des journées chez un avocat très employé (1), pour y voir proposer et résoudre les différents cas sur lesquels on venait le consulter.

Son amour pour la science des lois alla toujours en augmentant ; et dès qu'il fut en âge d'opiner, il devint un des juges les plus célèbres. Un goût particulier le porta d'abord vers le droit romain, et il en fit une étude particulière. Il le posséda à fond, et on peut même dire qu'il fut à cet égard un des plus savants jurisconsultes du royaume. C'est pour se former de plus en plus dans cette science qu'il entreprit, quoique jeune encore, de mettre dans leur ordre naturel toutes les lois du Digeste.

On sait que le Digeste est une collection de lois faite par l'empereur Justinien. Cette collection est infiniment précieuse ; mais elle renferme plusieurs défauts. En effet, il n'y règne aucune méthode ; le texte des auteurs qui y sont cités n'y est pas toujours fidèlement rapporté ; et quoique Justinien, dans le préambule de ce recueil, ait ordonné que les décisions des jurisconsultes dont il est tiré, servissent de lois, on y trouve cependant plusieurs de ces décisions qui sont contraires entre elles, et qui ne peuvent se concilier.

L'ouvrage de M. Pothier est pour remédier à ces défauts. Il le donna au public en l'année 1748, sous le titre de *Pandectæ Justinianæ in novum ordinem digestæ*, en 3 vol. in-folio. L'objet qu'il se propose dans cet ouvrage est de rétablir la méthode qui manque dans le Digeste, où, sans déranger en rien l'ordre des livres et des titres, mais seulement celui des lois et des paragraphes de chaque titre, il les place dans l'ordre qui leur convient, en exposant sous chaque titre des définitions, des divisions, des règles et des exceptions qu'il est souvent même obligé de suppléer. Il établit ensuite des règles qui en font voir la liaison et l'enchaînement : il y applique les textes qui appartiennent

(1) Me Perche, avocat autant distingué par ses talents pour le barreau, que par la noblesse avec laquelle il exerçait sa profession.

Source : BIU Cujas

à ces lois, ce qui en facilite beaucoup l'étude : et pour ne pas confondre les additions avec le texte, il a eu soin que toutes ces additions, différentes du texte des lois, fussent marquées en caractères italiques.

Dans les articles particuliers qui concernent chaque espèce de droit, il examine en peu de mots quelle était autrefois son autorité ; et pour parvenir à cette connaissance, il rassemble et confère ensemble tous les différents endroits des Pandectes où il reste des traces de l'ancien droit, les différents fragments qui nous restent de celui qui avait lieu avant Justinien, les Constitutions de cet empereur qui l'abrogent, ainsi que les Institutes du même empereur, avec la paraphrase de Théophile, qui sont absolument nécessaires pour l'intelligence de cet ancien droit, et surtout de celui qui avait lieu du temps des jurisconsultes dont les ouvrages ont servi à composer le Digeste. Sans cette connaissance on court risque à chaque instant de s'égarer dans l'intelligence et l'application d'un grand nombre de lois. Et afin de n'avoir rien à désirer là-dessus, M. Pothier a cru devoir ajouter à son ouvrage les fragments qui nous restent de la loi des Douze Tables, avec divers morceaux tirés des Instituts de Gaïus et des Fragments d'Ulpien, des Sentences de Paul, et de quelques autres auteurs anciens.

Outre les lois du Digeste, M. Pothier a eu soin d'insérer dans son ouvrage un grand nombre de lois du Code et des Novelles, surtout les lois qui servent à éclaircir et développer le droit des Pandectes, et principalement celles qui abrogent l'ancien droit. Enfin, pour rendre plus facile l'intelligence de son ouvrage, il y a ajouté, d'après Cujas et les meilleurs interprètes, des notes courtes qui servent à éclaircir ce qu'il y a d'obscur dans le texte des lois, à concilier celles qui paraissent se contredire, à corriger des leçons défectueuses, et à distinguer les choses que Tribonien ou ses associés ont ajoutées au vrai texte des anciens jurisconsultes.

Cet ouvrage de M. Pothier, auquel il a travaillé pendant plus de vingt ans, le fit bientôt connaître de tous les jurisconsultes de

Source : BIU Cujas

l'Europe, et en particulier de M. le chancelier d'Aguesseau, qui en faisait un grand cas, et qui donna à l'auteur, dans plusieurs occasions, des marques particulières de son estime.

La chaire de professeur en droit français de l'Université d'Orléans étant venue à vaquer par la mort de M. Prévôt de la Janès (1) en l'année 1749, M. Pothier fut choisi par M. le chancelier pour remplir cette place, sans l'avoir demandée ; et depuis ce temps-là il s'attacha particulièrement à cette partie du droit.

Il y avait déjà plusieurs années qu'il avait établi chez lui une conférence de droit, qui s'y tenait toutes les semaines, et à laquelle assistaient plusieurs jeunes conseillers et avocats, pour s'instruire et se perfectionner dans la science des lois ; mais devenu professeur en droit français, il voulut ranimer encore de plus en plus l'étude du droit, en établissant tous les ans un prix (2) pour celui des étudiants qui se distinguerait le plus dans un exercice sur le droit français, et un autre prix destiné pour un exercice sur le droit romain ; ce qui a beaucoup contribué à donner de l'émulation, et à former d'excellents sujets pour le barreau.

---

(1) M. Prévôt de la Janès, conseiller au Présidial d'Orléans, avait rempli cette chaire avec distinction pendant près de vingt ans ; et l'on peut dire que c'est lui et M. Pothier qui ont ranimé dans notre Université le goût et l'étude de la jurisprudence française. M. Prévôt de la Janès était un magistrat très distingué par ses talents, par la beauté de son esprit, et par les agréments de sa conversation. Il est auteur du livre qui a pour titre : *Les principes de la Jurisprudence française, exposés suivant l'ordre des actions qui se poursuivent en justice*, imprimé à Paris en 1750, en 2 vol. in-12, et depuis réimprimé en 1759, aussi en 2 volumes, avec des augmentations qui consistent en une dissertation et deux discours de lui. Il est aussi auteur d'une grande partie de ce qui compose l'édition de la *Coutume d'Orléans*, qui a paru en 1740, et dont je parlerai ci-après, et de plusieurs ouvrages manuscrits sur la jurisprudence, la philosophie et les mathématiques, dont quelques-uns sont à la bibliothèque publique des bénédictins d'Orléans, et la plus grande partie entre les mains de M. d'Orléans, de Villechauve, son beau-frère. M. de la Janès était né le 5 août 1696, et est mort le 20 octobre 1749.

(2) Ce prix était une médaille d'or de la valeur d'environ cent francs, tant pour l'exercice du droit français que pour celui du droit romain. Il avait aussi établi des médailles d'argent de même forme et grandeur pour ceux qui, après le premier, se distinguaient le plus dans les mêmes exercices.

Source : BIU Cujas

M. Pothier, quoique extrêmement appliqué à ses fonctions de professeur, n'en était pas moins assidu à remplir celles de juge ; et pendant tout le temps qu'il a exercé sa charge, qui a été près de cinquante-deux ans, il n'a jamais manqué d'aller exactement au palais, tant aux audiences qu'aux affaires de rapport, à moins qu'il ne fût malade ou absent. Aussi son goût et son attachement à l'étude des lois étaient-ils incroyables. Il y était occupé depuis son lever jusqu'à son coucher, c'est-à-dire depuis quatre ou cinq heures du matin jusqu'à neuf heures du soir, sans être distrait par aucun plaisir, ni par le moindre amusement, ni même par des promenades ou des visites, qu'il ne faisait que très rarement. Il avait seulement réservé une après-dînée dans la semaine, qu'il appelait son jour de congé, à l'exemple des écoliers, et qui était le jeudi, qu'il employait en visites, et le plus ordinairement en promenade. C'est à cette assiduité au travail que nous sommes redevables des différents ouvrages qu'il a donnés au public, dont plusieurs ont paru d'abord manuscrits, et qui depuis ont été imprimés pour la plus grande partie. J'aurai bientôt occasion d'en parler.

Quoique d'un tempérament très délicat, et malgré son assiduité au travail, M. Pothier avait toujours joui d'une assez bonne santé, dont il était redevable à sa vie réglée et uniforme, et à la sagesse de ses mœurs. Mais sur la fin du mois de février dernier (**1772**), il fut attaqué d'une fièvre léthargique, dont il est mort le **2** mars suivant, après huit jours de maladie, et après avoir reçu les sacrements de l'Eglise, à l'âge de soixante-treize ans et deux mois (1). Sa mort nous a privés de plusieurs ouvrages sur la jurisprudence française, qu'il était près de don-

(1) Il est enterré au grand cimetière, environ au milieu de la galerie de la chapelle du Saint-Esprit, où l'on voit son épitaphe écrite en ces termes :

Hic jacet ROBERTUS-JOSEPHUS POTHIER, *vir juris peritiâ, æqui studio, scriptis, consilioque, animi candore, simplicitate morum, vitæ sanctitate, præclarus. Civibus singulis, probis omnibus, studiosæ juventuti, ac maximè pauperibus, quorum gratiâ pauper ipse vixit, æternum suî desiderium reliquit, anno reparatæ salutis* M. DCC. LXXII *ætatis verò suæ* LXXIII.

Præfectus et ædiles, tàm civitatis nomine quàm suo, posuêre.

Source : BIU Cujas

ner au public, et qui devaient être la suite de ceux qu'il nous a donnés de son vivant. Il est mort universellement regretté, et chacun s'est empressé de rendre hommage à sa mémoire.

MM. les maire et échevins d'Orléans, par une marque d'estime et de distinction particulière, ont fait célébrer pour lui un service public dans l'église des Jacobins, auquel tous les corps ont été invités, et lui ont fait dresser une épitaphe de marbre, gravée en lettres d'or : distinction rare et presque sans exemple, mais qu'ils ont cru devoir à son mérite et à ses talents.

En effet, outre les excellents ouvrages dont M. Pothier a enrichi le public, il était regardé avec raison comme l'oracle de la province. La confiance universelle lui avait ménagé chez lui une espèce de tribunal public (1), dans lequel il terminait une grande quantité d'affaires, et prévenait, par ses conseils, les procès qu'elles auraient occasionnés.

Sa réputation n'était pas même bornée à la province : il était consulté de toutes parts, et les premiers magistrats s'adressaient à lui dans plusieurs occasions, et se faisaient gloire de déférer à ses avis.

Le caractère de M. Pothier était aimable : la douceur de ses mœurs et la tranquillité de son âme étaient peintes sur son visage. A ces qualités se joignaient une modestie rare, beaucoup de politesse et un grand fonds de bonté; et cette bonté était même telle, qu'elle l'empêchait de témoigner de la fermeté dans des occasions où il était nécessaire d'en avoir (2). On admirait en lui cette grandeur et cette simplicité que l'on aime dans les grands hommes, et qui semblent être plus communes chez les savants que chez les autres. Il était de plus affable, officieux, et facile à se communiquer; ce qui le faisait aimer de tout le monde. Avec une probité parfaite, il eut toujours des mœurs très réglées,

---

(1) *Perpetuus populi privato in limine prætor.*

(2) M. Pothier ne voulut jamais être rapporteur d'aucun procès de grand criminel, dans la crainte d'être obligé de faire donner la question à des condamnés; et il refusa, par la même raison, d'assister en qualité de commissaire à des procès-verbaux de torture.

Source : BIU Cujas

telles que la religion les demande ; et il fut assez heureux pour ne pas trouver à cet égard beaucoup de résistance du côté de la nature.

Si l'on joint à tout cela une vie simple et uniforme, sans aucune ambition ; un attachement à tous les devoirs de la vie civile, et surtout à ceux de religion, qu'il a toujours remplis avec une entière fidélité, on aura une idée assez exacte du caractère de M. Pothier. Il fut aussi bienfaisant et très charitable envers les pauvres, auxquels il donnait une bonne partie de son patrimoine. Enfin, son désintéressement fut toujours des plus marqués, et tel qu'il doit être dans un savant et un homme d'étude.

Il est étonnant que M. Pothier, occupé comme il l'était par le travail de sa chaire et par l'exercice de ses fonctions de juge, et distrait continuellement par des visites de personnes qui venaient à chaque instant le consulter, ait pu trouver un temps suffisant pour travailler aux ouvrages qui sont sortis de sa plume. Les seules réponses aux questions qu'on lui proposait par écrit de toutes parts, auraient été capables d'occuper en entier tout autre que lui ; car il avait un commerce de lettres prodigieux : on était même sûr d'avoir une réponse de lui quand on lui écrivait ; et il est impossible que ces lettres ne lui aient fait perdre un temps considérable. Mais il avait une mémoire étonnante et une grande facilité de travail ; et avec cela un tel amour pour la jurisprudence, qu'on ne pouvait lui faire un plus grand plaisir que de lui proposer des questions à ce sujet. Toujours prêt à répondre sur celles qu'on voulait lui proposer, il les écoutait avec patience ; et quoiqu'il s'exprimât assez souvent avec difficulté, il avait l'art de rendre ses réponses sensibles et à la portée de tout le monde, de manière que l'on devenait presque jurisconsulte avec lui. D'ailleurs, uniquement attaché à l'étude du droit, et n'ayant jamais été marié, il s'occupait peu du soin de son ménage. Ses domestiques gouvernaient sa maison ; ils en faisaient seuls toute la dépense, et il s'en rapportait là-dessus entièrement à eux. Son extérieur, qui était des plus négligés, se ressentait de cette indifférence pour les soins économiques, et son cabinet

Source : BIU Cujas

même n'en était pas exempt. Ses livres et ses papiers y étaient tellement dérangés et si peu en ordre, que le plus souvent il avait toutes les peines du monde à trouver ceux dont il avait besoin

En général, M. Pothier était peu propre pour toute autre occupation que celle du droit, et il n'eut jamais de goût ni de disposition pour aucune espèce d'administration publique. Il avait été élu échevin en l'année 1746; mais il n'en fit presque aucune fonction.

OUVRAGES DE M. POTHIER.

Le premier ouvrage imprimé auquel M. Pothier a travaillé, est la *Coutume d'Orléans* avec des *Observations nouvelles,* qui parut en 1740, en 2 vol. in-12. Il est auteur des notes et des observations sur les titres des fiefs, des cens et droits et censuels, des relevoisons à plaisir, de la communauté, de la société, des douaires, des successions, du retrait lignager, des criées et des cas possessoires (1), ainsi que des observations sur la coutume de Lalande qui sont dans le second tome.

Le second ouvrage que M. Pothier a donné au public, et dont il a été parlé ci-dessus, est celui qui a pour titre : *Pandectæ Justinianeæ, in novum ordinem digestæ, Parisiis* 1748, in-fol., 3 vol. dédié à M. le chancelier d'Aguesseau (2).

---

(1) Les notes sur les titres *des Enfants qui sont en leurs droits, des Servitudes, des Prescriptions, des Donations* et *des Testaments,* sont de M. Prévôt de la Janès, conseiller au Présidial, dont il a été parlé ci-dessus; ainsi que le *Discours historique sur la Coutume d'Orléans*, qui est à la tête du second volume, le traité *des Profits et droits seigneuriaux,* ou *Supplément aux notes sur les articles du titre des Fiefs,* et l'*Eloge de M. de Lalande,* professeur en l'Université d'Orléans. A l'égard des observations sur les autres titres de la coutume, elles sont de M**, aussi conseiller au Présidial d'Orléans.

(2) M. de Guienne, d'Orléans, avocat au Parlement de Paris, et docteur en l'Université de Paris, a beaucoup travaillé à cet ouvrage. Il est auteur de la belle et savante préface latine qui est à la tête du premier volume, et qui forme cent pages in-folio, dans laquelle, après avoir traité des différentes sources du droit romain et de ses différentes lois, et donné une ample notice de tous les jurisconsultes qui ont vécu depuis le commencement de la république romaine jusqu'au règne de Constantin le Grand, il examine la manière dont les Pandectes ont été rédigées, quelle a été leur autorité, et le différent sort qu'elles ont éprouvé. Le *Commentaire sur la loi des Douze Tables* qui est au commencement du second volume est aussi de lui, et il y a joint le fragment de l'*Edit perpétuel* donné par Ranchin,

Source : BIU Cujas

Il donna ensuite, en l'année 1760, un nouvel ouvrage sur la Coutume d'Orléans, sous ce titre : *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux, avec une Introduction générale auxdites coutumes, et des Introductions particulières à la tête de chaque titre, etc., enrichi de notes*, en 2 vol. in-12, dont on donne ici une nouvelle édition, avec des augmentations. Ces Introductions sont extrêmement utiles, et peuvent tenir lieu de traités sur la matière qui fait l'objet de chaque titre.

En 1761, parut son *Traité des Obligations*, en 2 vol. in-12, qui a été depuis réimprimé en 1764, avec des augmentations.

En 1762, il donna le *Traité du Contrat de Vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, et le

Traité des Retraits, pour servir d'Appendice au Traité du Contrat de Vente, 1 vol. in-12.

En 1763, le *Traité du Contrat de Constitution de rente*, avec le

Traité du Contrat de Change, de la Négociation qui se fait par les lettres de change, des billets de change, et autres billets de commerce, 1 vol. in-12.

En 1764, le *Traité du Contrat de Louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, et le

Traité du Contrat de Bail à rente, 1 vol. in-12.

En 1765, un *Supplément au Traité du Contrat de Louage*, ou *Traité des Contrats de Louage maritimes*, avec le

Traité du Contrat de Société, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur; auquel on a joint deux Appendices, dans l'un desquels on traite des obligations qui naissent de la communauté qui est formée sans contrat de société; et dans l'autre, de celles qui naissent du voisinage, et le

Traité des Cheptels, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur, 1 vol. in-12.

En 1766 et 1767, le *Traité des Contrats de Bienfaisance*, où l'on

---

avec des notes qui en facilitent l'intelligence, ce qui forme en tout 167 pages. Il est aussi auteur des *Index*, et d'une grande partie des notes et des remarques qui sont dans les trois volumes. M. de Guienne, outre cet ouvrage, a composé plusieurs mémoires imprimés, dont il y en a un considérable, et qui contient un grand nombre de recherches savantes sur la juridiction de la prévôté de l'hôtel; un autre touchant les droits et fontions des officiers du guet de Paris, etc. Il est mort à Paris, le 23 avril 1767, agé de 55 ans. C'était une personne également estimable par les qualités du cœur et par celles de l'esprit, auxquelles était jointe une piété rare et un grand fonds de religion.

Source : BIU Cujas

trouve le *Traité du Prêt à usage, et du Précaire ;* et le *Traité du Contrat de Prêt de consomption.*

Traité du Contrat de Dépôt et de Mandat ; un *Appendice du Quasi-contrat* negotiorum gestorum ; et le *Traité du Contrat de Nantissement.*

Traité des Contrats aléatoires, où se trouvent les *Traités des Contrats d'Assurance, de Prêt à la grosse aventure ;* et le *Traité du Jeu,* 3 vol. in-12.

En 1768, le *Traité du Contrat de Mariage,* auquel est jointe une *Observation générale sur les précédents traités de l'auteur,* 2 vol. in-12.

En 1769, le *Traité de la Communauté,* 2 vol. in-12.

En 1770, le *Traité du Douaire,* 1 vol. in-12.

En 1771, *Traité du Droit d'Habitation, pour servir d'Appendice au Traité du Douaire.*

Traité des Donations entre mari et femme.

Traité du Don mutuel, auquel on a joint une *Interprétation de l'article* 68 *de la Coutume de Dunois,* 1 vol. in-12.

En 1771 et 1772, le *Traité du Droit de Domaine de propriété,* auquel est joint un *Traité du Droit de Possession,* 2 vol. in-12.

M. Pothier venait de finir le second tome de ce dernier ouvrage, et il se disposait à donner ensuite des *Traités sur les Fiefs et Censives, servitudes, droits d'hypothèques,* etc., quand la mort l'a enlevé. Il a laissé plusieurs autres ouvrages manuscrits sur la jurisprudence, auxquels il avait travaillé anciennement, et qu'il comptait augmenter et perfectionner, et entre autres sur les *Fiefs, Successions, Donations, Testaments,* etc. Ces manuscrits ont été copiés plusieurs fois, lorsque M. Pothier commença à y travailler ; ce qui fait que la plupart se trouvent aujourd'hui entre les mains de plusieurs personnes.

Voici la liste de ces manuscrits :

Epitome operis Grotii de Jure belli et pacis.
Sinopsis Institutionum juris pontificis.
Paratitla in quinque libros Decretalium Gregorii IX.
Traité des Fiefs, Censives, Relevoisons et Champarts.
Traité des Tutelles et de la Garde-noble.
Traité des Servitudes.
Traité des Donations entre-vifs.
Traité de la Légitime.
Traité des Testaments.
Traité des Substitutions.
Traité des Successions.
Traité de l'Hypothèque.
Traité de la Subrogation.
Traité de la Vente des immeubles par décret.
Traité de la Procédure civile et criminelle.
Sinopsis tractatus Molinæi, de Dividuo et individuo.
Traité de la Représentation.
Traité des Réparations des bénéficiers.
Extraits du Journal du Palais, d'Augeard, etc.

FIN DE L'ÉLOGE.

Source : BIU Cujas

DE LAUDIBUS

ANTECESSORIS

DOCTRINA ET MORIBUS

PRÆSTANTISSIMI

ORATIO.

HABITA AURELIÆ, DIE 20 NOVEMBRIS ANN. 1772.

Id à majoribus quasi per manus traditum, R. M, C. A, etc. ac ipsâ, instituti nostri ratione præscriptum accepimus, ut, cùm in doctoris demortui locum alius sufficiendus est, is deligatur qui moribus et doctrinâ cæteris antecelluerit. His titulis signari eos oportet, qui juris publicè docendi munus obire ac sustinere meditantur. Abjectis aliis omnibus curis, toto pectore incumbunt ad hanc palmam æmulis præripiendam. Quocircà intelligere vos opinor, paucos de multis qui doctrinâ et moribus excelluerunt, ad summum gradum pervenisse. At ex his unum nostra ætas tulit, quem omnes inclytæ hujus civitatis ordines singulique cives, paucis antè mensibus inevitabili humanæ conditionis necessitate ademptum, summo mœrore prosequuntur. Et hìc confestim omnium animis occurrit egregius ille academiæ nostræ antecessor, magister meus, ROBERTUS-JOSEPHUS POTHIER; de cujus præstantiâ jure nos gloriari posse, grati animi erga illum ac pietatis officio impulsus, mihique acerbissimum et maximè luctuosum onus deposcens, ipsâ veritate arbitrâ, demonstrare aggredior.

Atque, ut ad res deveniam, hoc utrumque affirmo : eum doctrinâ quâ jurisprudentiæ alumnis viam munivit expeditissimam ad legum cognitionem : morum integritate quâ effinxit et quasi oculis subjecit legum sanctimoniam, longè cæteris præstitisse. Si quid à me orationis inopiâ lapso, ex amplissimâ illâ et uberrimâ laudum segete prætermissum, aut jejuniùs multò atque exiliùs quàm pro dicendi materiâ, percursum fuerit, non vereor ne tam cari capitis desiderium minuisse videar; cùm apud eos dicturus sim, qui nota sibi omnia mentibus suis taciti suscipient, et cogitatione persequentur. Adeste animis, adolescentes studiosissimi; ea sunt ejusmodi quæ maximè vos ad ple-

Source : BIU Cujas

niorem doctrinam labore consequendam excitare, vestrisque moribus informandis prodesse, debeant.

PARS PRIMA.

Cum ex hoc loco, non multis abhinc annis, verba facerem, ostendi ardentissimum illud, quod apud Gallos tandiù viguerat, jurisprudentiæ studium, multùm deferbuisse; et à perversâ eorum vivendi atque scribendi consuetudine, quæ nostris præsertim temporibus ingravescere cœpit, repetendam esse tanti mali causam (1). Jam illa depravatio adolescentium animos à severioribus disciplinis ad futilia torserat, cùm eximius ille vir de quo nunc agimus, latinis litteris diligenter excultus, universæ philosophiæ præceptis imbutus, atque etiam in theologiæ studio exercitatus, ad jurisprudentiam animum apulit, ad quam ipse per se naturali quodam impetu ferebatur. In hac civitate homines eruditissimi jus civile docebant. Iis dedit operam; sed tunc legum explanationes subtilissimis quæstionibus, à tironum captu usuque forensi longissimè remotis, refercire, ac multas inter se pugnantes sententias in medium adducere, præcipua laus habebatur. Quibus auditis, primùm se admiratione obstupefactum, deinde multò, quàm dudum, incertiorem fuisse, de eâ re mecum agens, ingenuè fassus est.

Nolite quærere, Auditores, quid ei animi fuerit. Acerrimo supra ætatem judicii acumine præditus, sensit laborum gradus fieri oportere, ut ad cujuslibet artis summam proficiamus : optimam hanc esse juris præcipuè docendi discendique rationem. Equidem, quemadmodùm scalarum, ita et rerum quarum tam ardua tamque difficilis est cognitio, si alii tollantur gradus, alii malè hærentes relinquantur, ruinæ periculum strui, non ascensum parari necesse est (2). Itaque domo se recipere, à principio singula repetere, ipsos pervolutare legum textus meliorisque notæ interpretes, perlustrare antiquitatem, omnia diligenter et accuratè comparare, seponere, ac delibare instituit, quæ ad jurisprudentiam percipiendam, instruendam penitùsque pernoscendam magis accommodata videbantur, Quid plura? Tantos brevi tempore progressus fecit, ut ea jam potuisset docere, quæ nunc si quis eâdem ætate discere inciperet, in summâ laude poneremus.

Honores mox consecutus, qui confecto studiorum curriculo decerni solent, militiæ togatæ in supremâ Parisiensium Curiâ nomen dedit, et apud nos in *Præsidiali* judicum consessu, cùm annum ageret vigesimum primum, maximo honorum omnium plausu, locum obtinuit. Ad

---

(1) In oratione habitâ die 23 novemb., ann. 1768.

(2) Vid. Cic., *Epist. ad famil.* 7.

Source : BIU Cujas

hanc dignitatem evectus, non destitit arduum, et cum labore ad abundantiorem doctrinam directum iter tenere, quod tam alacri studio ingressus fuerat. Atque ut illud ab omnibus impedimentis liber expeditiùs conficeret, se à commercio vulgi segregavit, et solitariam quodammodo vitam, in musæo deinceps ad extremum usque spiritum degendam, amplexus est. Cùm tamen publicæ utilitatis causâ, nullo commodo sibi extrinsecus proposito, improbum hunc laborem perferre decrevisset, statutis diebus, selectos quosdam adolescentes, iisdem studiis et amicitiâ secum conjunctos, in suam aliamve domum congregabat. Ibi remissionum animi oblectationumque loco, familiares de jure instituebantur sermones, in quibus doctrina, quam quisque suam fecerat et in unum contulerat, alterius accessione augebatur. Ipse autem de dubiis tam enucleatè, de obscuris tam dilucidè, de confusis ac perturbatis tam ordinatè disserebat, ut jam facilè augurarentur omnes, uberrimos maximosque aliquando ex ejus navitate ac diligentiâ fructus extituros.

Hæc illa sunt summi viri juvenilia. His prolusionibus egregium moliebatur opus, quod maturiore ætate effecit, et eâdem senescente absolvit. Hic ei ad doctrinam, quâ cæteris antecelluit, patuit aditus. Per aspera obsitaque spinis ac ruderibus loca gradiendum ei fuerat, ut jurisprudentiæ alumnis viam muniret ad legum cognitionem, et unà non romani tantùm, sed etiam gallici juris studium, in integrum restitueret. Hujus quem animo conceperat finis assequendi causâ, omnem laborem, omnem difficultatem contempsit. Nunc, quàm felix sapientissimo consilio responderit eventus, accipite, et sinite ut tam laude dignam rem paulò altiùs repetam, atque, quàm brevissimè potero, exponam quæ ipsam omnibus planam facient.

Illud certâ experientiâ compertum habuerat, neminem exquisitam ac reconditam legum scientiam consequi posse, nisi eam sibi ex Pandectarum libris hauriendam putaverit. Præclare! Nam si spectemus auctoritatem, occurrunt jurisconsulti dignitate insignes, rerum publicè gerendarum usu exercitati, civili sapientiâ pleni, doctrinâ et consilio abundantes : si genus dicendi, nihil limatius, nihil pressius, nihil clarius, nihil ad discendum accommodatius : si materiam ipsam, complectitur pulcherrimum juris systema, felicissimis reipublicæ temporibus inventum ac formatum, sub imperatoribus, ab Augusto ad Antoninos usque, suis omninò numeris et partibus perfectum atque expletum : ex quo Romani, universi orbis domini, majorem adepti sunt gloriam, quàm ex imperii finibus tam latè propagatis.

Suo lumine adhuc discentium mentes perfunderent horumce jurisconsultorum lucubrationes, nisi fata nobis eas invidissent. Barbaries funestissimâ contagione romanum jam pervaserat imperium, cùm

Source : BIU Cujas

Justinianus, ex tot libris tanti ponderis et scientiæ, responsa seligi, Pandectasque consarcinari jussit. Et, quod magis dolendum est, tam difficili negotio Tribonianum præfecit, oneri prorsùs imparem. Hic in latinâ linguâ, in legibus, in dialecticâ peregrinus et hospes, operi manum admovet, et ad vivum omnia resecans, fragmenta tantùm nobis obtrudit, tam confusè tamque perturbatè disjecta, ut quasi Sibyllæ folia esse videantur. Prisci et antiquati juris, ejusque dissidii quod Proculianos inter et Sabinianos olim extiterat, vestigia passim legentibus obvia relinquit : quod uno in loco servaverat, mutat in alio : interpolat ac depravat multa, ut ad jus novum ea detorqueat; et immensum illud opus properans festinansque triennio conficit. Illæ tamen Pandectæ vim legum obtinuerunt iniquissimo Justiniani edicto, quo simul sanxit ut è medio tollerentur eximii veterum prudentum libri. Hinc tot fugitivæ leges in aliam sedem rejiciendæ, tot aliæ illuni nocte obscuriores, tot nodi resecandi potiùs quàm solvendi, præstantiorum interpretum torserunt ingenia, multosque difficultate perterritos, à capessendâ juris arte avocârunt.

Malo mederi pro suâ virili parte omnes ferè studuerunt nostræ disciplinæ magistri. Quidam se probè suo functos officio putaverunt, si juris præcepta, per universas Pandectas dispersa, undecunquè sedulò colligerent, certoque ordine suis in loculis collocarent. Qui quidem mihi videntur operam navasse satis idoneam, ut primoribus labris tirones gustarent jurisprudentiæ principia; non ut flagrantem ejus perdiscendæ sitim explerent. Illi toti fuerunt in conciliandis diversorum jurisconsultorum opinionibus, neque infeliciter multas in concordiam reduxerunt; sed acerrimam sæpenumerò sibi confingentes pugnam, ubi erat maxima contensio, litigandi et cavillandi potiùs, quàm de jure disputandi, artem docuerunt. Hi denique, quorum propè infinitus est numerus, latissima excogitaverunt commentaria, doctis et intelligentibus utilissima; sed eorum mole obruimur. Quis in legum studio nondùm versatus atque exercitatus leget hæc? An ei non absimilis qui, maris in littore sedens, singulas undas numero amplecti conabatur, in iis pervolvendis omnem teret ætatem, ut inde omnium quæ quandoquè inciderint negotiorum cognitionem hauriat (1)?

Quæ cùm ita sint, vir summus, ad quem jam redit oratio, pace tantorum interpretum dixerim, hic ille tandem erat cujus ope renasci romana jurisprudentia debebat, pristinumque decus ac splendorem recipere. De Pandectis in ordinem digerendis cogitaverat; sed nimium sibi diffidens, ac fortè existimans id confici non posse, quod Vigelio, jurisconsulto inter Germanos celeberrimo, ex animi sententiâ minimè

(1) Vid. Duareni Epist. *de Ratione docendi discendique juris.*

Source : BIU Cujas

successerat, consilium, quod jam ad incœptum conatumque perduxerat, mutasse videbatur, cùm unus è collegis in *Præsidiali* consessu, ingenio, litterarum cultu, multijugâ eruditione, ac præsertim legum scientiâ clarus, in cujus locum posteà cooptatus jus gallicum in hac cathedrâ docuit (1), eum enixè rogavit atque obtestatus est, ut impensæ operæ sibi specimen aliquod exhiberet. Ejus petitioni concessit homo singulari morum facilitate præditus. Tum ille mirari, laudare, illustrissimo viro, tunc temporis Galliarum cancellario, rem nunciare, academiis foroque utilissimam. Hic dignitate magistratuum, doctrinâ jurisconsultorum princeps, qui de auctore multa, famâ et auditione, acceperat, humanissimâ epistolâ eum ad se vocavit, ut secum de eâ re sermonem haberet. Laudibus, consiliis, monitis, cohortationibus egregium ejus cœptum promovit (2). Non potuit auctor detrectare provinciam ab illo sibi impositam, cujus imperia tam venerari debebat quàm amplecti. His auspiciis alacrior et animosior factus, omnem sibi subsidio comparavit doctrinam et diligentiam, omnes vires ac nervos intendit, herculeumque exantlavit laborem, ut opus perficeret. Ac tandem è prælo in lucem prodierunt tot expetitæ votis PANDECTÆ JUSTINIANEÆ IN NOVUM ORDINEM DIGESTÆ (3), in quibus conficiendis maximam, non juventutis modò, sed etiam maturæ ætatis suæ partem, consumpserat.

Agite, AUDE, librum hunc, nunquam de studiosorum manibus deponendum, mente et cogitatione percurramus. Videte ut servatâ titulorum serie, atque illæso legum textu, in tractando cujusque tituli argumento, confusa oscitatione Triboniani ac permixta inter se discernit, et in ordinem adducit : ut universam rem tribuit in partes, et quæ infinita propè ac innumerabilia videbantur, in certa paucissimaque genera cogit : ut ejus ope, fragmenta ex veterum prudentum scriptis avulsa, quantumvis mutila et lacera, principiis suis firmissimo nexu cohærent, et alia ex aliis, omnia verò inter se apta colligataque, dilucidè ostendunt quæ quibus positis sunt consequentia : ac denique ut adjectis brevibus notis, quas à Cujacio, suorum duce et adjutore laborum, maximâ ex parte mutuatus est, mendosa et interpolata corrigit,

---

(1) Cl. Antecess. *Michaël Prévôt de la Janès.*

(2) Hæc probantur Epistolis illust. Galliarum cancellari D. D. d'Aguesseau, ad auctorem scriptis ; dieb. 16 febr. 8 septemb. ann. 1736; 1 jan. 1739; 23 august. 1740; 10 juin 1741; 3 mart. 1742; 6 decemb. 1744; 10 jan. et 20 april 1745; quas mecum humanissimè communicavit nobilissimus et omni laude cumulatus vir D. *d'Orléans de Villechauve.* (*V.* ci-après, p. XXXI, *note.*)

(3) Paris. apud *Saugrain, Desaint et Saillant;* necnon Carnut, apud *Le Tellier*, année 1748, 3 vol. in-folio.

Source : BIU Cujas

componit dissidia, latentia explicat, obscura et ambigua interpretando explanat. Jam, quod maximè lætandum nobis est, prolixis et verbosis commentariis non est opus : despicatui ducuntur commentitiæ futilesque argutiæ quæ ingenii aciem obtundebant magis quàm exacuebant : erroris et inscitiæ nubes fugantur ac depelluntur, clarissima lux in tantis tenebris oborta undique refulget. Laudent alii Amalphitanam civitatem in quâ veterum Pandectarum codicem servatum ferunt : nostra, ob Pandectas in ordinem digestas, majorem apud posteros nominis celebritatem consequetur.

At, inquiet fortassè aliquis, unus ex doctis Lipsiensibus in præfatione operi affixâ, et in titulo *de Origine Juris*, multa quæ *majorem eruditionem, lectionem ampliorem et acumen criticum* sapiunt; debitamque in opere ipso, tanto cum labore perficiendo, curam desiderat (1).

Non multùm his commoveor. Omittam hanc præfationem, quam tam acerbè tamque asperè exagitat et insectatur, partum alienum esse à Pandectarum auctore adoptatum, novumque illum aristarchum, dum plurima confidenter reprehendit, incurrere in justam aliorum reprehensionem : hoc unum subjiciam, perperàm eum sibi *haud vulgaris eruditionis* laudem arrogasse. Ecquæ enim magna et exquisita eruditio est, scire, regias leges in libro *Sexti* Papirii, an in libro *sexto* Papirii fuisse conscriptas : quot legatos à græcis civitatibus leges petituros populus romanus in Græciam miserit : senatusconsultum Macedonianum nomen sumpserit à Macedone quodam nefario filiofamilias, ut nonnulli tradunt; an ab improbo fœneratore, ut alii arbitrantur? Quid prodest legum interpretibus de ejusmodi tricis inter se, tanquam pro aris et focis, digladiari : conjecturam aliâ conjecturâ, quasi clavum clavo, ejicere : juris historiam toties decantatam, aliaque à pluribus scripta, paucis commutatis verbis, ac ne commutatis quidem, describere : et ut verbo totam rem complectar, personam induere Plautini illius coci, qui se introiturum aiebat, ut, quod alius condiverat cocus, alio pacto condiret? Quid tandem juvat ad legum cognitionem putidas renovare altercationes ex tituli *de Origine juris* interpretatione natas? An studiosi semper ad hos jurisprudentiæ postes tanquam ad lapidem adhærescent? Laudabunt-ne fortunas suas, quòd pulcherrimam hanc scientiam, quæ ipsis in amore atque in deliciis est, et cujus præclara fortè nunquam audient effata, Hispanorum more, ab externo limine salutaverint?

Nunc, cùm auctoris curam in opere ipso perficiendo, indictâ causâ

---

(1) Vid. Act. Erudit. Lips. publ. ann. 1753, nº 10, p. 433 et seq. Item ann. 1755, nº 15, p. 673 et seq.

Source : BIU Cujas

et suâ tantùm nixus auctoritate, improbet adversarius, non admodùm molesta erit præposteri hujus judicii confutatio. Nam si tam levis est quàm eam videri voluit, cur celeberrimus *Gerardus Meerman*, jurisconsultus batavus, Roterodamensis reipublicæ syndicus, idemque apud Angliæ regem gravissimâ legatione perfunctus, auctorem virum eruditissimum ac *felicissimum Pandectarum restitutorem* appellat (1) : hujus autem videndi gratiâ, civis Hamburgensis nobilissimus, jurisque peritissimus *Henricus Kellinghusen*, aulicus Borussorum regis consiliarius, in hanc urbem venerit, et triginta novarum Pandectarum exempla in Germaniam secum asportaverit? Quid doctissimus ille Hispanus, eximius in Salmanticensi academiâ professor : nonne, cùm iter faciens summi viri tunc absentis conspectu et sermone frui non posset, voluit saltem hoc juris auditorium videre : ingressus in ejus subsellio sedit; et postquàm exclamasset, *in eo sum loco in quo jurisconsultorum coryphæus assidere solet*, subsellium amplexatus est? Ergo nullius momenti operis omnia ferè exempla in Belgium fœderatum, in Germaniam, in Hispaniam atque in alias Europæ partes sparsa et disseminata, magno ære veneunt, et quasi de manibus, adjecto majore pretio, extorquentur? Sed quæ demùm causa commovit illustrissimum cancellarium, quo respiciente ac favente confectum est, ut ordinis atque dispositionis vim, perspicuam legum compressionem et miram auctoris curam, diligentiam, constantiamque, in tantâ re, tam asperâ, tamque difficili perficiendâ, laudibus extolleret (2). Quæ una certè approbatio satis ponderis habere debet ad retundendam adversarii confidentiam.

Verùm enim verò, confiteamur illud quod nobis negare non posse acerbissimum est. Nostrates, quorum potiùs exemplo exteræ nationes ad jurisprudentiam, ex limpidissimis fontibus hauriendam, excitari atque inflammari debuissent, præclarum hoc opus neglexerunt. Perversas illas opiniones animo jam imbiberant, in tantâ hujus ætatis luce, eorum quæ latinâ linguâ conscripta sunt, nec admodùm fructuosam scientiam, nec perniciosam esse ignorationem : hunc esse rerum humanarum statum, ut ad usum forensem aut nihil aut parùm conferret legum romanarum cognitio. His igitur destituti auxiliis, maluerant eam doctrinam vituperare, quam assequi non potuerant. Atque ex eo evenerat, ut sola Pragmaticorum quorumdam scripta, in quibus temeraria decisionum malè cohærentium senatusconsultorumque invicem pugnantium congeries utramque paginam absolvit, legendo contererent : si

(1) In Præsat. tom. 4, sui Thes. jur. editi Hagæ Comit. apud Petr. de Hondt, ann. 1752.

(2) In jam laudatis Epistolis quæ apud Don. *d'Orléans de Villechauve*, in schedis sunt.

Source : BIU Cujas

qua autem exoriretur controversia veræ ac germanæ jurisprudentiæ principiis definienda, sibi viderentur in alium quemdam orbem esse delati.

Viderat hæc Pandectarum restitutor, cui jam patrii juris in academiâ nostrâ publicè docendi negotium, suscipienti magis quàm ambienti, mandatum fuerat. Nihil muneri suo convenientius præstari à se posse existimaverat, quàm si daret operam, ut hoc quoque studium in integrum restitueretur. Id consilii cùm adhuc juvenis cepisset, huc, propè senescens, confecto feliciter Pandectarum opere, totus incubuit. Duodecim postremos ætatis suæ annos ad hunc finem consumpsit, et intrà hoc breve spatium viginti volumina edidit : nec destitisset alia prælo mandare, nisi acerba mors ei de manibus calamum eripuisset. Ignoscite, Aud., si paucis perstringo hujus argumenti partes, de quibus oratores optimi copiosè ac ornatè dixerunt.

Hoc tamen non prætermittam, utilissima illa volumina, ex quibus alia mores patrios, veterum jurisconsultorum præceptis illustratos, alia verò elegantissimas tractationes, ex novis Pandectis desumptas, et ad hodiernum usum aptatas exhibent, ab eo gallicâ linguâ conscripta fuisse, ut constaret inter omnes gallicum jus tam jejunum, tam nudum, tamque divulsum ac dissolutum, suppleri, ornari, amplificari et ad artem quamdam redigi non posse, nisi romanæ leges subsidio venirent. Nec eum omninò fefellit spes quam sibi in laboribus posuerat. Pragmaticis enim persuasit illam quam spreverant academicorum doctrinam, iis necessariam esse qui peritè ac decorè in foro versari volunt : tantumque in eorum animos infudit ardorem, ut innumeri juris Justinianei corpus in vernaculum sermonem conversum, typis dignum putaverint, seque ad sumptus faciendos repræsentatâ pecuniâ obstrinxerint. Quantùm autem ipse apud omnes scriptorum auctoritate valuerit, ex eo intelligemus quòd sæpè patroni, vel etiam in supremo senatu causam agentes, testem appellaverint eum, et ab eâ quam probaverat opinione judices non receesserint. Quod quidem honoris haud scio an anteà cuiquam viventi unquam tributum fuerit.

Satis demonstrasse videor hunc doctrinâ cæteris præstitisse, quâ jurisprudentiæ alumnis viam munivit expeditissimam et maximè compendiariam ad legum cognitionem. Jam alterâ parte orationis videndum quomodò morum integritate præstiterit atque effinxerit legum sanctimoniam.

PARS ALTERA.

Ubi corruptela mores invasit, et plerique otio, deliciis, ambitioni, quæstui sumptuique dediti, à virtute atque officio desciverunt, divino consilio procreantur priscæ integritatis ac severioris disciplinæ retinen-

Source : BIU Cujas

tes homines, ut quas laudes multi in his prædicari palàm et commendari viderint, ad earum æmulationem vehementiùs incendantur. In hujus gloriæ partem venit vir bonus de quo hic sermo habetur. Ut olim apud Romanos M. Cato, ita et ille majorum vestigiis, ab ipso ineuntis ætatis principio ad finem usque, insistere studuit; neque ab optimâ eorum vivendi consuetudine unquam ullum temporis punctum deflexisse visus est, natus in sui sæculi ac posteritatis exemplum. Doctrinâ Cujacius alter, suis etiam incorruptis moribus effinxit legum sanctimoniam. Præclaram hanc laudem, anteà præstantissimi illius interpretis propriam, suam fecit. Hoc me facilè probaturum confido. Clarissimis enim argumentis notisque quas res ipsa dabit, ostendam, primò, eum ad maximi momenti studia simplicem ac modestiæ plenam vivendi, scribendi atque agendi rationem adjunxisse; in quo, legum, quæ de rebus maximi ponderis sine ullo verborum fuco et apparatu feruntur, expressam quamdam effigiem agnoscemus : tum etiam, eumdem, non secùs ac leges, ex quibus quàm maximus fructus ad omnes pervenit, in exequendo duplici munere quod susceperat, talem se præstitisse, ut ad eum finem omnia officia referret : ac denique, illum ardentissimo erga religionem amore affectum fuisse, quo sublato, legum morumque sanctimoniam tolli necesse est. Dum hæc tria persequor, Aud., benignè auscultate.

Sæpè homines addicti negotiis quæ celebritatis aliquid ipsis parere possunt, maximè si quantulamcunque jam adepti sint famam, et opes suppetant, muneri quoque suo vicissim, externo sumptu, decus ac splendorem afferre conantur. At ille, existimans dotibus ad munus obeundum idoneis, servatoque officio, illud honestandum esse, semper ab omni luxuriâ longissimè abfuit. Tanto studio vitæ cultum cum elegantiâ et copiâ repudiavit, quanto eum plerique consectantur. Vulgarem tantùm et nullius ferè saporis cibum adhibebat, ut reficeret vires, valetudinemque ad labores perferendos sustentaret. Paternâ et avitâ supellectile utebatur, ad necessitatem magis quàm ad inanem quamdam divitiarum ostentationem. Eamdem mediocritatis rationem in vestitu habendam esse putabat. Quâcumque enim anni tempestate, delectabat eum idem exterioris vestimenti genus, eodem colore imbutum, virile, tam ab agresti negligentiâ, quàm à futili quovis ornatu aut exquisitâ munditie, remotum. Possem multa dicere de congressibus et familiaribus colloquiis, in quibus etiam summa moderatio gravitati mixta elucebat; sed me ad sese rapit, et hæc minora relinquere monet ejus scribendi ratio.

Multi, præcipuè ex italicâ scholâ, legum interpretes, non aliter se jurisconsultos visum iri putaverunt, quàm si horrido, et incompto dicendi genere uterentur : aliis autem tanta verborum cura fuit, ut in gram-

Source : BIU Cujas

maticorum potiùs, quàm in jurisconsultorum numero, eos haberi conveniat. At illum, ab utroque vitio alienum, adhuc in eâ re modum ac decorum tenuisse, non dubitanter affirmo; quicquid dixerint molles quidam et voluptarii, qui non in levibus solùm, sed etiam in tantæ frugis ac præstantiæ scriptis, luxuriem et delicias quærunt. Gallicum ejus sermonem nullo artificio elaboratum, nullâ diligentiâ excultum ac expolitum esse censent. A quibus libenter quæsierim, an maximis laboribus lautissimam comparaverit doctrinæ supellectilem, ut aures concinno verborum sono demulceret? Nam si, ut intelligentes fatentur, in explanandis legibus, simplici, nitidâ et perspicuâ oratione, veterum jurisconsultorum more, usus est : si juris præcepta, tam clarè tamque dilucidè exposita, in discentium animos faciliùs influere possunt : si, spretis omnibus quæ nonnisi ad fucum faciendum prosunt, sincerè ac modestè scripsit, ut ipsæ leges loqui solent : hoc profectò mihi assentientur omnes, plenissimè eum præstitisse quod muneris sui morumque suorum ratio præscripserat. Hæc una est eloquentia nostræ artis propria : aut si aliam dissentientes confinxerunt, ostendant nobis qualem eam esse oporteat.

Ultrà pergam : alia quippe mihi in promptu sunt modestiæ exempla, ex quibus singularis quædam efflorescit morum ejus et legum consensio. Ut enim leges, quæ non aliâ re magis quàm bonitate suâ commendari debent, proœmia epilogosque respuunt : ita et eos ille semper aspernatus est. Hinc iis utentes, et extra rem ad permovendum verba facientes, causarum patronos ægrè ferebat. Hinc ipse, cùm præsertim de se loqui indecorum existimaret, nec scriptorum titulis nomen suum addi passus est, nec precibus unquam adduci potuit, ut aliquam, quæ ad ea scripta præmitteretur, præfationem excuderet. Pandectis præfixam, hortatu amicorum, invitus penè ac recusans, adoptavit. Et quod magis mirandum est, propter eam injuriâ lacessitus, sui defensionem, quam alius eo inscio nec opinante susceperat, gratam acceptamque non habuit. Hæc causa dici non potuerat, quin multa simul de laudibus ejus dicerentur, quas minimè libenter audire consueverat. Animo igitur libentiori injuriam pertulit quàm laudem; dignissimus cujus memoria, in hoc lectissimorum hominum cœtu, solemni laudatione celebraretur. Utinam se ipsum tueri ac defendere voluisset! stetisset intra præstitutos inculpatæ tutelæ fines, quos defensor ille, injustâ Lipsiensis critici velitatione commotus, prætergressus est.

Ab eo etiam servatum fuisse divitiis utendi modum, non inficiabuntur omnes qui ejus vitæ conditionem inspicient. Namque cælebs vixit, et non modicas à parentibus vel propinquis facultates acceperat. Contempsisset eas, si non habuisset. Cùm autem honestâ ratione ad eum pervenissent, naturalia illa bona nec aspernatus est, nec, veterum

Source : BIU Cujas

quorumdam philosophorum exemplo, commentitiâ superbiâ rejecit. Id enim non magis moderati animi esse arbitrabatur, quàm si ea in sumptum et libidines profudisset. Possessiones suas incultas ac desertas non reliquit; sed earum reditibus annuis et obventionibus ita usus est, ut opes omninò habuerit, tanquam liberalitatis ac beneficentiæ administrans : decedensque satis amplum, ad hæredes gradu remotos, patrimonium transmisit. Quid est, quæso, rei familiaris curam gerere, si hoc non est? Non equidem ejus augendæ cupiditate, aut amittendæ metu torquebatur. Studiis deditus quæ mentem à levissimi momenti rebus abducunt, has vel prorsus neglexit, vel aliis curandas permisit, quorum fidem perspectam et exploratam habuerat. Adversùs debitores, vel etiam locupletes in longissimi temporis morâ constitutos, actionibus non expertus est, et iis, quos minùs solvendo esse suspicabatur, creditam sæpè ac sæpiùs pecuniam condonavit. Sed quis hæc vitio, non laudi; incuriæ nimirùm potiùs quàm moderationi celsitatique animi, danda esse opinabitur?

Ex hoc uno indicio, illam, quæ ipsius quidam veluti character fuit, et quam in omnibus præ se ferebat, modestiam ac moderationem cognoscite. Latinis poëtis potissimùm delectabatur, qui Romanorum ætati suæ supparium luxuriem, et insatiabilem accumulandarum opum cupiditatem, acriùs insectati sunt. Cùm igitur inter nos de Horatio sermo esset, cujus præstantiora loca memoriâ tenebat, et incidisset in odarum libri secundi decimam-quintam, ubi poëta nervosis versibus increpat sumptuosum sui temporis fastum : eam quasi poëtico quodam spiritu afflatus recitabat, et hæc verba, voce, gestu etiam et oculis ad vim addendam compositis, efferebat :

. . . . . Non ità Romuli
Præscriptum, et intonsi Catonis
Auspiciis, veterumque normâ.
Privatus illis census erat brevis,
Commune magnum.

In quo et ipse pravos nostræ ætatis privatorum mores tacitus redarguere videbatur.

Dixi cælibem eum vixisse : at in tam salebrosâ tamque proclivi ad libidinem vivendi conditione, quanta semper extitit ejus continentia! qui ne juvenis quidem, non æqualibus modò suis nullam unquam turpitudinis aut flagitii suspicionem dedit; sed ita vixit, ut senioribus ipsis perfectum et absolutum esset integritatis et innocentiæ exemplum. Neque existimandum est hoc ei naturâ tributum esse, ut contra voluptatum illecebras non contenderet, rarâque felicitate sine prælio victoriam consequeretur. Non enim, nisi qui cum hoste con-

Source : BIU Cujas

grediatur et vincat, militem laudaverim : et facilè in hanc adducor opinionem, eum qui à cæteris cupiditatibus, animi moderatione invictum se præstitit, continui laboris, roboris animi, constantiæ, ac præsertim religionis subsidia sibi comparasse, ut fortiter pugnando libidinem vinceret.

Hæc privatim : nunc ea quæ publicè gessit videamus. Quàm constanter, quàm assiduè operosa, quibus adscriptus erat, munia sustinuit! Quantum in procurandis hominum commodis, legum exemplo, posuit studium! Nec remissionibus animi, quæ adolescentiæ concedi solent, aut iis voluptatibus, quibus maturior ætas sinè reprehensione capitur, nec moderato quiete ac otio, in quo plerumquè honestum inest aliquod senectutis perfugium; sed minùs asperis laboribus, intervalla studiorum negotiorumque interpunxit. Putavit legum cognitionem, ad quam maximus in dies cumulus accedebat, mancam quodammodò futuram esse, nisi eam ad publicam utilitatem proferret. In eâ cogitatione defixus, judicandi munus suscepit, et ei obeundo tam assiduam annos quinquaginta dedit operam, ut ex fastis diebus nulli elapsi sint, quibus suî copiam litigantibus non fecerit. Juvenis inter senes, tiro inter veteranos, mirabili doctrinâ instructus sedit, cui nihil præter forensem usum deesse videbatur. Sed mox in eo versatus, idoneamque ad suffragium ferendum ætatem consecutus, exemplo comprobavit illud, quo veteres totum judicis officium concludi posse arbitrabantur : legem esse mutum judicem, judicem verò legem loquentem. Etenim leges ita in deliberationibus interpretatus est, ut ipsæ, si loquerentur, non plenius aut dilucidiùs sensus suos explicarent. Quantus autem et quàm uberrimus fructus ex eo capi potuerit, integerrimis doctissimisque viris notum est, qui, ut ejus voce ac doctrinâ fruerentur, ad eum ora et studia convertere solebant.

Infelici temporum vicissitudine multùm decreverat ejus collegarum numerus : vix superstites præfinitum litibus sine provocatione dirimendis explebant. Quid non contulit ex eo quod eniti atque efficere poterat, ad hoc curiæ damnum resarciendum! Optimos adolescentes ingenio moribusque conspiciendos, in quibus etiam doctrina præcurrebat ætatem, adhortatus est, ut tam utile tamque honorificum jurisdicundi munus expeterent, nec pulcherrimam spem frustrari sinerent, quam patria in eximiis eorum dotibus reposuerat. Alacri animo cohortanti obsecuti sunt. Vir publici commodi amantissimus numerosâ, ut ita dicam, sobole, curiam replevit. Neque in eo conquievit flagrantissimum ejus studium. Novos illos gloriosi laboris socios ac consortes domo invitavit, ut interessent disceptationibus quas de jure jamdiù instituerat. Cum eorum causâ, tum ut magis civium totiusque provinciæ utilitati consuleret, selecta patrii juris capita, plerisque negotiis

Source : BIU Cujas

accommodatissima, in quæstionem vocabat. Ex ejus ore profluebant quæ de his rebus cogitari prudenter, aut certò definiri ac statui possunt. Sic formabat disciplinæ suæ alumnos, ut, ætate provectiorum exempla secuti, veri etiam essent legum ministri et custodes, novaque luminibus adjungerent lumina.

Jam verò mihi videor illum quotidiè ad hoc juris auditorium gradientem videre, in quo tanquam in aliquâ civilis sapientiæ officinâ, summa potestas magistratus causarumque patronos instrui ac informari jussit. Hunc respexerat finem, cùm, se gallici juris docendi provinciæ addixerat. Itaque nec labori, nec sumptui, nec valetudini pepercit, ut ambientes munera, in quibus tantùm auctoritatis est ac momenti ad publicam utilitatem, iis aliquando rectè et pro dignitate fungerentur. Quos prælo quotannis mandabat libros, vernaculâ linguâ conscriptos, vivæ vocis oracula fundens evolvebat, et auditorum studiis meliùs se consulturum putabat, si contractuum regulas exhiberet, quibus commerciorum fides, societas hominum inter ipsos et vitæ quasi communitas continetur. Hinc eas, quò fructuosiores illis essent, ad interioris obligationis et conscientiæ normam retulit, ac diligentissimè persecutus est. Notissimæ hujus regulæ, nobis à veteribus jurisconsultis traditæ, *Nam omne quod licet, honestum est* (1), vim mentemque perspexerunt, et illud potissimè intellexerunt, non cùm civilibus tantùm legibus obtemperamus, sed et cùm ex naturæ præscripto vivimus, omnem honestatem, omnem officii ac virtutis splendorem, perfectamque omni ex parte justitiam, elucere.

Nec satis habuit tam egregiè partes suas agere, nisi etiam collegarum suorum partibus nostræque academiæ inserviret. In adolescentium gloriæ appetentium animis, gloriæ igniculos excitavit, ut doctrinam ardentiùs appeterent. Rem cognitam et apud omnes pervulgatam loquor. Nam quis est qui nesciat eum honestissima præmia, aurea nimirùm numismata, jurisprudentiæ alumnis, tam suis quàm reliquorum antecessorum auditoribus, suis sumptibus decrevisse, quò magis eos ad nobilem ingenii et doctrinæ contentionem alliceret : multos spe victoriæ, quasi non indecoræ cujusdam voluptatis titillatione allectos, in variis exercitationibus, quæ singulis annis publicè habebantur, eximium laboris ac diligentiæ specimen edidisse : victores magno adstantium plausu comprobatos, honorem, dignam virtutis ac scientiæ mercedem, assecutos fuisse, auro quo donabantur longè pretiosiorem? Sed illud in primis sibi lætandum esse videbat, quod ex his, qui in hujusmodi certaminibus probati fuerant, numero plurimi posteà,

(1) L. 144, pr. ff. *de Reg. jur.*

Source : BIU Cujas

cùm in hac urbe, tum in aliis, patriæ utilissimam operam navârunt.

Cernite, Aud., miram ejus in procurandis hominum commodis constantiam. Calamo quem multo mane sumpserat, ut scriptis suis vacaret, tam ex academico quàm ex forensi auditorio domum reversus, manum injiciebat. Totos dies operi inhærens, vix sibi ad vires prandio instaurandas, indulgebat spatium : nec alias, nisi ut de jure consulentibus responderet, laboris intermissiones fieri patiebatur. Innumeri enim, non dicam cives tantùm, sed etiam exteri, tam ignoti quàm familiares et cogniti, tam è mediis ac infimis quàm è conspicuis, ejus consilio utendi causâ, eum sæpè conveniebant. Cui unquam suum ille musæum patere noluit? Quem non comiter excepit? Cujus verba, quantumvis prolixa, patienter ac benignè non audiit? Brevibus dilucidisque responsis omnes ex incertis certos dimittebat, et repetito confestim opere, illud acriùs persequebatur, ut ex scriptis deinceps unusquisque ac universi, minore negotio responsa peterent.

Quis jam mirabitur hominem jurisdicundi docendique muneribus, studiis, scriptis, omniumque utilitatibus mancipatum ; cui nec alia procurare commoda, nec sibi vivere licebat, se, à publicis quibusdam negotiis removisse, eorumque administrandorum potestatem aliis ac laudem concessisse, quam ipse potuisset adipisci, si propositum suum et tam fructuosam agendi rationem mutare voluisset?

Præclara quidem sunt quæ hactenûs audistis ; sed ea pro nihilo putanda esse duxit, nisi omnia diligenter servarentur religionis officia, quibus posthabitis, nullam excogitari atque effingi posse diximus legum morumque sanctimoniam. Indè factum est ut vitam non minùs pietati quàm doctrinæ tribueret, suisque muneribus ac officiis tanquam ex religionis præscripto perfungeretur. Quotidiè rei divinæ interesse : eâ primo diluculo diurnos labores auspicari, omnes partes, omnia veri christiani munia obire ac peragere solebat. Suî profusus in pauperes, numquam ullum diem abire passus est, quo non alicujus sublevaret egestatem : tantaque sæpenumerò extitit largitas ut ipsum liberalitatis fontem exhauriret. In eos autem non ostentatione ductus, sed commiseratione : non inani gloriâ, ut benignè facere videretur, sed muneris cujusdam exequendi studio : non solâ humanitate, sed charitate tam beneficus ac liberalis fuit. Et, ut verbo dicam, divinis præceptis imbutus, quæ officia humanitatis ac beneficentiæ quasi quodammodò ad perfectæ obligationis et justitiæ gradum evehunt, eoque amore impulsus quo religionem complectebatur, pauperibus largitus est.

Nec tantùm ad extremam egestatem redactos, verùm etiam aut angustiâ rei familiaris, aut ære alieno, aut temporum acerbitate, aut calamitate publicâ oppressos et afflictos, in pauperum numero habuit. Egregia illa facta studiosè occultavit. Vestram, hic ego, cives, ad

Source : BIU Cujas

quos plena et adæquata pervenit eorum cognitio, vestram, inquam imploro fidem et auctoritatem. Scitis quàm munificus fuerit, quantam erogaverit pecuniam, cùm ligeris, repentino fervens æstu, tot naviculas dejecit, tot absorbuit merces, tantamque miserorum hominum rebus importavit jacturam : cùm Romorentinæis eodem calamitatis genere vexatis ac esurie laborantibus, comportatâ ex hac urbe magnâ farris copiâ, subventum est. Quid Genabæos commemorem ? Nonne et ipsis, in summâ rei frumentariæ inopiâ et caritate, opem tulit? Singula non persequar quæ, temporis angustiis exclusus, non possum ne breviter quidem et strictim attingere.

Quoties autem ille vir beneficentissimus, quia religionis amantissimus erat, mecum graviter conquestus est de effrenatâ quorumdam pseudophilosophorum licentiâ, qui scriptis suis religionem adorti, nefarium aris bellum indixerunt! Nostram dolebat vicem, quòd hâc ætate teterrima illa lues, afflatu suo Galliam infecisset. Verebatur ne, cùm esset ex morum depravatione nata, ipsa vicissim morum depravationi afferret cumulum, publicisque institutionibus ac disciplinis nervos tandem incideret. Cujus rei luculentum in posthumo ejus tractatu nuperrimè publici juris facto, extat testimonium (1). Ecquis unquam meliùs exemplo demonstravit, quantùm prosit hominibus religionis morumque conjunctio? Isti quidem portentosam finxerunt hypothesim, eos nempè, qui Deum esse negant, bonis moribus imbui posse. Quibus, si vellem hìc latiùs evagari, opponerem sophistam illum qui primus perniciosam hanc opinionem inculcare molitus est (2), cujus scrinia et in primis *Dictionarium historico-criticum* compilaverunt, dum hoc opus consarcinaret, omnesque religiones subdolis cavillationibus insectaretur, in conquisitissimis obscœnitatum sordibus adeò volutatum fuisse, ut ambiguum reliquerit, utrùm magis opinionibus religioni infensis, an obscœnitate delectaretur. Possem gravissimos sapientissimosque philosophos in medium educere existimantes, pietate adversùs Deum sublatâ, fidem etiam, humani generis societatem justitiamque tolli. Sed hæc missa facio. Adduxi philosophum verè christianum, simplicem, à quolibet sumptu fastuque remotum, omnibus cupiditatibus ac libidini frenum injicientem, officii servantissimum, æquitatis amantem, integrum, omnium inservientem commodis, charitatis cultorem; quem denique ardentissimus amor, quo religionem prosequebatur, talem effecit ac informavit. Eant nunc atheismi præcones, et quemquam ex impiorum aut è suo grege proferant, cujus mores cum hujus tam pii viri moribus comparare audeant.

---

(1) In tract. *de Præscript.*, § 100, *in fin.*

(2) In libro cui titulus præfigitur, *Pensées diverses à l'occasion de la comète.*

Source : BIU Cujas

Verum quid in eo laudando immoror? An ut, ex tot tamque excellentium virtutum recordatione, plus mœroris percipiamus, aut aliquam indè repetamus ægritudinis levationem? Quòd eo jam frui nobis non licet, nostrum quidem id malum est : at non totus è vitâ cessit. Aliis vixit, non sibi. Nobis vivit adhuc scriptis et exemplis. Hæc, æquè ac illa, cunctis profutura sunt. Quanta ex iis cepit commoda dilectissimus collega noster, omnium voto et assensu in ejus locum suffectus (1)! Cùm in hujus cathedræ possessionem induceretur, egregiè laudavit eum, et ultrà progressus, ejus impressum vestigiis iter ingredi constituit. Se doctrinâ et moribus dignum præstitit, qui tanto viro succederet. Pergat, ut facit, præclarum hoc nomen tueri ac retinere.

Huic parieti cathedræ opposito affixum marmor, nullis signis nulloque ornamento arte quæsito distinctum, hæreat (2). Hæc verba, in eo incisa, legant deinceps muneri *Antecessorio* præficiendi : his expressum exemplar intueantur, et illud sibi ad imitandum proponant :

HIC DOCUIT
ROBERTUS-JOSEPHUS POTHIER, ANTECESSOR,
IDEMQUE IN PRÆSIDIALI JUDICUM CONSESSU CONSILIARIUS;
PANDECTARUM RESTITUTOR FELICISSIMUS,
SCHOLARUM ET FORI LUMEN,
CUJACIO MOLINÆOQUE NON ABSIMILIS.
DOCTRINA ET MORIBUS PRÆSTITIT;
ILLA VIAM MUNIVIT EXPEDITISSIMAM
AD LEGUM COGNITIONEM :
HIS EFFINXIT LEGUM SANCTIMONIAM.

---

(1) Cl. Antecess. Dionysius *Robert de Massy.*
(2) *Ornari res ipsa vetat, contenta doceri.* Manil. Astron., l. 15, v. 39.

Source : BIU Cujas

ÉLOGE HISTORIQUE

DE M. POTHIER.

Par M. Le Trosne, avocat du roi au présidial d'Orléans.

Il est des hommes si célèbres dans leur genre, qu'il suffit de les nommer pour donner l'idée de la perfection. Tel fut dans la science du droit, *Charles Dumoulin :* tel a été de nos jours M. Pothier. Ses contemporains l'ont regardé comme le plus grand jurisconsulte qui ait paru depuis plusieurs siècles. Son avis a fait autorité de son vivant dans les tribunaux ; et la postérité ne fera que confirmer et affermir ce jugement.

Si nous n'avions à admirer en lui que la science du profond jurisconsulte, il suffirait de renvoyer à ses ouvrages, qui contiennent éminemment cette partie de son éloge. Mais cet homme excellent nous a fourni le modèle le plus parfait du philosophe chrétien, du sage, du magistrat, du citoyen. Les qualités de son cœur nous l'ont rendu plus cher encore et plus respectable que ses talents. Elles sont gravées par la reconnaissance et l'admiration dans la mémoire de tous ceux qui ont été à portée de les contempler : et sans doute ils en conserveront à jamais le souvenir. Mais ne devons-nous rien à ceux qui ne connaissent que le jurisconsulte ? ne devons-nous rien à ceux qui nous suivront ? Les exemples des grands hommes ne peuvent être transmis que par ceux qui ont vécu avec eux : c'est une dette que les contemporains contractent envers la postérité.

Nous recherchons avec empressement les tableaux qui retracent à nos yeux les traits des hommes célèbres. Je me félicite de posséder le portrait de M. Pothier : je me rappellerai toujours, avec la plus vive satisfaction, la peine que j'ai eue à obtenir cette faveur, et la violence que son amitié pour moi a faite à sa modestie.

Ne nous reste-t-il donc plus de lui que cette ressemblance froide et inanimée que le burin s'est empressé de multiplier ? Triste et stérile consolation, plus propre à entretenir nos justes regrets qu'à les calmer. Ne possédons-nous pas un trésor infiniment plus précieux ; le souvenir de tant de vertus qui formaient le caractère de cet homme

Source : BIU Cujas

unique? N'est-ce pas là cette ressemblance qu'il nous importe le plus de conserver? Mais qui peut espérer de peindre dignement les traits de cette âme si belle, si simple tout à la fois et si sublime; de cette âme qui semblait être d'un ordre supérieur, et élevée au-dessus de la condition ordinaire des hommes? Comment éviter d'être soupçonné par les uns d'avoir exagéré le tableau de ses vertus, et d'être en même temps accusé par ceux qui l'ont connu, de l'avoir à peine ébauché? Marchons entre ces deux écueils, en payant un juste tribut de louanges à la mémoire d'un homme qui a tant honoré son siècle, sa patrie et l'humanité. Tâchons de réunir la vérité de la ressemblance à la modestie du style : plus son éloge sera simple, moins il sera indigne de lui.

PREMIÈRE PARTIE.

M. Pothier naquit à Orléans le 9 janvier 1699, d'une famille honorable; son père était conseiller au Présidial. Il apporta en naissant un tempérament faible, qu'il fortifia par la tempérance et la sobriété, et des dispositions que l'étude et l'application développèrent par la suite. Il en est de l'esprit comme du corps : faute de l'exercice qui lui est propre, il perd l'usage de ses facultés, qui s'engourdissent dans l'inaction. La principale utilité d'un maître consiste à fixer la légèreté par l'application, à régler et à modérer l'imagination, à former le jugement; à donner du ressort à l'esprit en l'accoutumant à réfléchir, à examiner, à discuter. Mais il est infiniment plus rare de trouver ce talent dans les maîtres, que des dispositions dans les jeunes gens; et faute de cette culture, combien de sujets deviennent incapables des études suivies et sérieuses.

Ces secours manquèrent absolument à M. Pothier. Il perdit son père à l'âge de cinq ans, et ne trouva de ressources qu'en lui-même pour son éducation. Le collége des Jésuites était très faible, et il y fit de bonnes études, parce que les hommes de génie n'ont besoin que d'être mis sur la voie, et ne doivent leurs progrès qu'à eux-mêmes. Les bons auteurs de l'antiquité qu'on lui mit entre les mains, furent ses maîtres : dès qu'il parvint à les entendre, il sut les goûter; et le goût décide nécessairement du succès. Aidé d'une mémoire heureuse et d'une grande facilité, seul ensuite il perfectionna ses connaissances, et parvint à acquérir un fonds de littérature qu'il conserva toute sa vie, sans avoir le temps de le cultiver, et un discernement sûr, qui est le principal fruit des bonnes études.

Il fit son droit dans l'Université d'Orléans, qu'il devait un jour rendre si célèbre, et y trouva moins de secours encore pour l'étude des lois qu'il n'en avait trouvé au collége pour celle des lettres. Les pro-

Source : BIU Cujas

fesseurs qui occupaient alors les chaires de l'Université, absolument indifférents aux progrès des jeunes gens, se contentaient de leur dicter quelques leçons inintelligibles, et qu'ils ne daignaient pas mettre à leur portée. Ce n'était pas proprement la science du droit qu'ils enseignaient : ils ne présentaient de cette science si belle et si lumineuse par elle-même, que ces épines et ces contrariétés qui lui sont étrangères, et qui n'y ont été introduites que par l'incapacité et la mauvaise foi des rédacteurs des Pandectes. Au lieu d'expliquer les textes d'une manière propre à instruire, ils ne remplissaient leurs leçons que de ces questions subtiles, inventées et multipliées par les controversistes.

A cette manière d'enseigner, on aurait pu croire qu'ils n'avaient d'autre objet que de fermer pour toujours le sanctuaire des lois aux étudiants, par le dégoût qu'ils savaient leur inspirer; semblables à ces anciens patriciens, qui, pour tenir le peuple dans leur dépendance, lui cachaient avec un si grand soin les formules des actions, et s'étaient approprié la connaissance des lois, qu'ils avaient soin de voiler sous une écorce mystérieuse. Un enseignement si peu instructif et si défectueux, ne pouvait satisfaire un esprit aussi solide et aussi juste que celui de M. Pothier : heureusement il ne fut pas capable de le rebuter; il en sentit les défauts, et suppléa, par son travail, aux secours qui lui manquaient. Dans toutes les sciences, ce sont les premiers pas qui sont les plus difficiles : il les franchit seul par l'étude sérieuse des Institutes, dans laquelle il s'aida du commentaire de Vinnius, et se prépara à aller puiser à la source même du droit, par l'étude la plus profonde et la plus suivie des Pandectes.

Il ne savait point encore, en terminant son cours, quel usage il ferait des degrés qu'il avait si bien mérités. Il s'agissait pour lui de se décider sur le choix d'un état : démarche si importante, et dans laquelle le hasard, un goût passager, ou les circonstances, décident souvent du sort de la vie. Il forma le projet d'entrer dans la congrégation des chanoines réguliers, et n'en fut détourné que par l'attachement qu'il avait pour sa mère. Il est à présumer que portant dans cet état un cœur plein de droiture et de religion, il eût été un excellent religieux : mais il n'eût été utile qu'à lui-même ; et la Providence le destinait à donner, dans la vie civile, l'exemple le plus frappant de toutes les vertus chrétiennes et sociales, et à devenir, dans la science du droit, l'oracle de son siècle et de la postérité.

Il se détermina pour la magistrature, et fut reçu conseiller en 1720. Le choix de cet état fixa absolument celui de ses études, et dès lors la littérature ne fut plus pour lui qu'un amusement passager. Encore fut-il obligé d'y renoncer par la suite, lorsque ses occupations se multiplièrent ; mais il avait tiré de ces fleurs les fruits les plus utiles, la

Source : BIU Cujas

connaissance des bons auteurs, et l'habitude, qui lui devint si nécessaire, d'entendre et d'écrire la langue latine. Conversait-il avec ses amis, il retrouvait dans sa mémoire, comme dans un dépôt fidèle, les plus baux endroits d'Horace, et surtout de Juvénal, dont il aimait principalement la force et l'énergie ; et il les récitait avec un feu qui lui était propre.

Pendant les dix à douze premières années après sa réception, il joignit à l'étude du droit celle de la religion et de la théologie, qu'il aimait à puiser dans les sources, et principalement dans saint Augustin, et dans les ouvrages des grands hommes de Port-Royal, pour lesquels il avait la plus grande vénération. M. Nicole fut toujours son auteur favori, comme il l'est de tous ceux qui ont dans l'esprit de la justesse, et qui préfèrent la solidité du raisonnement aux agréments de l'éloquence : il en continua la lecture toute sa vie.

Mais cette étude particulière ne prenait rien sur les devoirs de sa place. Sa grande facilité, et une économie rigoureuse de son temps, lui donnaient le moyen de suffire à tout. Il fit usage le premier, au bailliage d'Orléans, du droit qu'ont les rapporteurs d'opiner dans les affaires dont ils font le rapport, quoiqu'ils n'aient pas vingt-cinq ans ; et jamais cette exception à la règle ne fut mieux appliquée. Tandis qu'il commençait dans son cabinet à acquérir ce fonds de connaissances, que cinquante ans du travail le plus assidu devaient rendre si riche et si étendu, il apprenait au Palais à en faire l'application, et se formait par l'usage, que rien ne peut suppléer dans l'exercice de la magistrature. Il y joignait de fréquentes conversations avec un avocat très instruit. Ses promenades mêmes étaient des conférences : il s'associait le plus souvent un ami avec lequel il avait appris l'italien ; et pour n'en pas perdre l'habitude, ils agitaient dans cette langue les questions qui se présentaient.

A peine fut-il majeur, qu'on s'aperçut au Palais combien ce jeune magistrat avait déjà d'acquit. A mesure qu'il étudiait une matière, il en composait un traité ; persuadé que la meilleure, peut-être la seule manière de se rendre propre une science, est de la travailler par écrit. La nécessité de mettre de l'ordre dans ses idées, de les bien concevoir pour les bien rendre, de les envisager sous toutes les faces, force l'esprit à l'application, et l'accoutume à la justesse et à la méthode ; avantage que la lecture, même répétée, ne peut jamais procurer.

M. Pothier n'eut pas plutôt commencé à étudier le Digeste, qu'il sentit cet attrait invincible qu'éprouva le père Malebranche à la lecture de l'Homme de Descartes : il reconnut sa vocation, et la suivit.

Les lois d'un peuple aussi célèbre que les Romains, forment une par-

Source : BIU Cujas

tie plus intéressante de son histoire, que celle de ses victoires et de ses conquêtes. Cependant, si cette connaissance n'était pour nous qu'un objet de simple curiosité, le travail de M. Pothier serait d'une utilité médiocre, et dès lors on peut assurer qu'il ne l'eût pas entrepris. Mais les lois romaines seront dans tous les temps, et pour tous les peuples, la vraie source du droit et de la justice distributive. Otez-en ce qui s'y trouve de particulier aux mœurs de ce peuple, à sa constitution, à sa forme de procéder, le surplus est puisé dans les vraies notions du juste et de l'injuste, appliquées aux différentes actions que les hommes peuvent avoir à exercer.

Le droit civil devint donc le principal objet de ses études : il s'y sentit entraîner par un goût qui est le garant et la cause des succès. Mais plus il avançait dans ce travail, plus il sentait l'imperfection et le désordre de la compilation qui nous reste des lois romaines. Il ne fut pas dégoûté par ce défaut : il était, sans le savoir encore, destiné à le réparer. Tous les jurisconsultes, depuis la découverte des Pandectes, avaient senti les inconvénients de ce désordre ; tous l'ont surmonté pour eux-mêmes à force de travail ; aucun n'a osé entreprendre d'applanir cette difficulté pour les autres. M. Pothier n'y aurait pas songé non plus, s'il n'y eût été engagé de manière à ne pouvoir s'y refuser. Il avait commencé ce travail de lui-même et pour sa propre utilité ; mais sa modestie ne lui permettait pas de former le projet de l'achever et de le publier. Il avait jugé de la difficulté de l'entreprise, par le peu de succès de Virgelius, célèbre jurisconsulte allemand, qui l'avait tentée. Cependant il avait achevé des Paratitles sur les Pandectes, et ce travail était un acheminement. Il avait fait plus ; il s'était formé un plan pour rétablir l'ordre des textes, et l'avait rempli sur plusieurs titres importants. Il communiqua un de ces essais à M. Prévôt de la Janès, conseiller au Présidial, et professeur de droit français, qui, jugeant de la possibilité du succès par ce qu'il en voyait, trouva le moyen de forcer la modestie de M. Pothier.

Il annonça à M. le chancelier d'Aguesseau le mérite et les talents de l'auteur, son application infatigable, son plan et ses succès (1). M. le chancelier, qui sentait toute l'importance de cette entreprise, chargea M. de la Janès d'encourager M. Pothier, qui promit enfin ce qu'on exigeait de lui, et ne s'occupa plus qu'à remplir cet engagement. Il envoya à M. le chancelier plusieurs essais de son travail. Ce magistrat en fut très satisfait, l'invita à venir en conférer avec lui, et lui communiqua ses vues pour la perfection de l'ouvrage, par un mémoire d'observations

(1) On sera bien aise de trouver ici l'extrait de quelques lettres de M. le chancelier à M. Pothier : elles se sont trouvées dans le cabinet de M. de la Janès, qui les

Source : BIU Cujas

qu'il lui remit le 24 septembre 1736, qui prouve en même temps l'étendue des connaissances de M. le chancelier, et l'idée qu'il s'était formée de cette entreprise.

---

rassemblait. M. d'Orléans de Villechauve a bien voulu me les communiquer. Ces lettres prouvent en même temps l'étendue des connaissances de M. le chancelier, l'estime qu'il faisait de l'auteur, et l'idée qu'il s'était formée de cet ouvrage, dont il avait l'exécution très à cœur. L'approbation d'un homme tel que M. d'Aguesseau contient le plus grand éloge.

La première lettre ne se trouve pas. Voici la *seconde :*

« Monsieur, j'ai reçu le travail que vous avez fait sur le titre *de Solutionibus;* « je profiterai du premier moment de loisir que j'aurai pour l'examiner avec toute « l'attention que mérite un ouvrage si difficile à bien exécuter, et dont l'entre- « prise seule mérite des louanges. Je vous communiquerai avec plaisir les ré- « flexions que j'y aurais jointes, afin que vous puissiez mettre le public en état de « profiter un jour du fruit de vos veilles. — 16 février 1736. »

Troisième lettre : « Je suis fort content de ce que j'ai vu du travail que vous « avez entrepris, et même bien avancé, sur la jurisprudence romaine; et j'y trouve « un ordre, une netteté et une précision qui peuvent rendre cet ouvrage aussi « utile que l'entreprise est louable. Il me semble seulement qu'on pourrait le por- « ter à une plus grande perfection; et j'ai fait quelques remarques en le lisant, « qui tendent à cette fin. Comme il serait bien long de s'expliquer par écrit sur « une pareille matière, je ne serais pas fâché d'avoir quelques conversations avec « vous pour vous expliquer plus aisément ma pensée. Vous allez être dans un « temps de vacations, et si vous voulez en profiter pour venir passer deux ou trois « jours à Paris, je serai fort aise de connaître un homme de votre mérite, et de « vous faire part de mes réflexions. Mais si vous n'avez point d'autres raisons qui « vous appellent en ce pays, il sera bon que vous m'avertissiez par avance du « temps dans lequel vous pourrez y venir, afin que je vous fasse savoir si je serai « libre de mon côté dans le temps qui vous conviendra. Le bon usage que vous « savez faire de votre loisir m'engage à ménager vos moments avec une attention « que vous devez regarder comme une preuve de l'estime avec laquelle je suis, « Monsieur, etc. — 8 septembre 1736. »

M. Pothier se rendit à Paris sur cette lettre, et conféra avec M. le chancelier, qui lui remit, le 24 septembre, un écrit contenant ses vues pour la perfection de l'ouvrage. On voit par l'exécution, que M. Pothier en a fait usage. M. le chancelier termine ce petit mémoire par la comparaison du travail de Vigelius avec le plan de M. Pothier, qui lui est si supérieur. Voici comme il s'en explique :

« L'ouvrage de Vigelius, qui a eu une idée fort approchante de celle de M. Po- « thier, pourra lui être d'un très grand secours; et il y a quelque chose de meil- « leur et de plus utile dans le dessein de M. Pothier, parce qu'il n'emploie que « les termes des lois, et présente le texte dans sa pureté; au lieu que Vigelius « écrit presque toujours d'après lui-même, sans s'assujettir aux expressions des « jurisconsultes, et se contente de citer les lois dont il emprunte les principes. »

M. Pothier envoyait de temps en temps à M. d'Aguesseau des morceaux de son

Source : BIU Cujas

Pour faire sentir l'étendue et le prix du travail de M. Pothier, il est nécessaire de donner une idée de cet ouvrage.

La loi des Douze Tables fut chez les Romains la base du droit ci-

---

ouvrage, et lui rendait compte de l'avancement de son travail. On le voit par des réponses qui y sont relatives.

« ..... Je vois avec plaisir la persévérance avec laquelle vous continuez de « travailler à un ouvrage aussi vaste et aussi pénible que celui dont vous avez « déjà fait une si grande partie. Je me reproche depuis longtemps le silence que « j'ai gardé sur les derniers essais que vous m'en avez envoyé ; mais outre que le « temps de vous écrire sur ce sujet, comme je l'aurais désiré, m'a manqué, je « crois qu'il vaut mieux vous laisser avancer votre travail, dont j'ai été fort con- « tent, parce que les remarques qu'on pourrait y faire seront mieux placées « quand vous en serez à la révision de tout l'ouvrage. Il serait à souhaiter que « vous pussiez avoir des adjoints capables de diminuer vos peines en les parta- « geant.... Vous me ferez plaisir de me marquer de temps en temps en quel état « sera votre ouvrage. — 1er janvier 1739. »

« Je n'ai pu trouver plus tôt le temps de répondre à la lettre que vous m'avez « écrite pour m'informer du progrès du grand ouvrage que vous avez entrepris : « j'y ai vu avec plaisir que vous le suivez avec une application et un courage in- « fatigables. Les analyses que vous voulez mettre à la tête de chacun des titres, « pourront être d'une grande utilité pour les jeunes gens ; elles formeront comme « des éléments de toute la jurisprudence civile. Vous en profitez le premier, par « les vues que ce travail vous donne pour perfectionner encore plus ce que vous « avez déjà fait. Il serait effectivement à désirer que vous trouvassiez quelqu'un « qui pût vous soulager à l'égard des notes.... Je ne saurais trop louer la con- « stance et la diligence avec laquelle vous continuez à vous livrer à un travail si « pénible et si immense, ni trop vous assurer de l'estime, etc. — 23 août 1740.

« ..... Vous prendrez la peine de me marquer à quoi montera la dépense néces- « saire pour la copie que vous voulez faire faire de votre ouvrage.—10 juin 1741. »

M. Pothier fit un voyage à Paris en 1742; c'est ce qui paraît par la lettre suivante : « J'ai remis votre premier mémoire entre les mains de M. d'Argenson, qui « n'est pas moins disposé que moi à vous procurer toutes les facilités dont vous « pouvez avoir besoin pour l'impression du grand ouvrage que vous avez presque « achevé avec un travail infatigable. Il doit m'en rendre compte demain ; et si « vous voulez venir chez moi à Paris mercredi matin, je serai en état de vous « faire une réponse plus précise. — 3 mars 1742. »

M. Pothier répandit son *Prospectus* en 1744, et reçut cette lettre de M. le chancelier à ce sujet : « Je reçois avec plaisir le *Prospectus* que vous m'avez en- « voyé du grand ouvrage que vous avez entrepris. Vous savez combien j'en ai « approuvé le dessein et les différents essais que j'en ai vu. Le dernier que vous « avez fait imprimer, achève de me donner une idée avantageuse de votre travail ; « et la forme de l'impression et du caractère me paraît fort convenable.... J'aurai « soin de la faire annoncer dans le *Journal des Savants*, pour vous procurer « promptement le plus grand nombre de souscriptions qu'il sera possible. Elles

Source : BIU Cujas

vil (1). Cette loi si célèbre, dont Rome envoya puiser les principes dans la Grèce, et que tant de grands hommes ont élevée au-dessus des ouvrages les plus vantés des philosophes, était d'une simplicité et d'une briéveté singulières. On reconnut peu à peu qu'il était indispensable de l'interpréter pour en faire l'application à la multitude et à la variété des affaires; et l'on vit paraître successivement une foule d'explications et de commentaires. Ces divers développements de la loi des Douze Tables firent naître ce qu'on appela le *droit civil*, dans un sens étroit, et par opposition aux *lois* (2), dont ce droit, dans son origine, n'avait ni le caractère ni l'autorité. Les préteurs adoptèrent cette jurisprudence, par laquelle ils trouvèrent moyen de modifier la loi des Douze Tables, et d'adoucir sa trop grande rigueur ; et comme elle n'était pas encore fixée invariablement, ils annonçaient par leurs édits, au commencement de leur magistrature, les principes sur lesquels ils se proposaient de juger.

Les formules inventées pour la poursuite des actions, formèrent encore une autre partie du droit civil, qui devint si considérable, que Cicéron se plaignait déjà de son temps de sa trop grande étendue.

Quels prodigieux accroissements ne prit-il pas depuis, non-seulement par les sénatus-consultes qui, sous Tibère, acquirent force de loi, et par les constitutions des empereurs, mais beaucoup plus encore par les décisions, les consultations et les ouvrages des jurisconsultes. Ce fut sous les empereurs que parurent Trébatius, Labéon, Capito, Sabinus, Proculus, Julien, Africanus, Caïus, Scævola, Papinien, Paul, Ulpien, Aquila, et tant d'autres qu'il serait trop long de nommer. Leurs décisions n'avaient pas force de loi par elles-mêmes, mais elles avaient acquis par l'usage une grande autorité : consultées et suivies dans les jugements, elles passaient pour droit non écrit.

« ne se feraient pas attendre longtemps, si l'empressement du public répondait « toujours au mérite des ouvrages. — 6 décembre 1744. »

« ..... Je ne doute pas que vous n'employiez cette année aussi utilement que « les autres à achever et à faire imprimer ce grand ouvrage qui vous occupe de- « puis si longtemps, et qui me paraît être très bien reçu dans le public.... Si les « deux titres, *de Verborum significatione* et *de Diversis regulis juris antiqui*, « sont entièrement finis de votre part, je serais bien aise que vous prissiez la peine « de me les envoyer, ou de me les apporter quand vous aurez occasion de venir à « Paris, parce que j'ai quelques vues sur ces deux titres, dont, je crois, vous pour- « riez profiter pour leur donner toute la perfection nécessaire, si vous ne l'avez « pas déjà fait. — 10 javnier 1745. »

(1) Les lois particulières et les plébiscites qui furent portés sous la république jusqu'au temps d'Auguste, ne formaient pas une augmentation considérable.

(2) ***Jus prudentum interpretatione, vel disputatione fori introductum.***

Source : BIU Cujas

Le droit civil, formé de tant de différentes parties, était, avec le temps, devenu une collection immense, et son étendue devait peu à peu causer sa ruine. Les changements arrivés dans la constitution, dans les mœurs et dans la religion, depuis que Constantinople était devenu le siége de l'empire, avaient apporté nécessairement beaucoup de changements dans l'ancien droit, et devaient peu à peu en faire négliger la connaissance et l'étude.

Il était donc bien à propos de former de tant de matériaux épars, un édifice unique et régulier. Que nous serions heureux, si un ouvrage aussi important eût été exécuté dans un siècle plus éclairé et plus instruit! Il ne le fut que dans le sixième, par les ordres de Justinien, dans un temps où le goût était dégénéré, et où la barbarie avait commencé à défigurer l'empire romain.

Tribonien fut chargé de cet ouvrage, qui aurait demandé un de ces fameux jurisconsultes, tels qu'il n'en paraissait plus depuis longtemps. Mais quoiqu'infiniment inférieur au travail qu'il entreprenait, il aurait pu le rendre moins défectueux, s'il y eût employé le temps nécessaire, s'il eût exécuté ce travail avec plus de maturité et de réflexion. Il avait à parcourir et à extraire les ouvrages et traités particuliers d'une foule de jurisconsultes, qui formaient deux mille volumes : il s'agissait de comparer les textes, de les rapprocher dans un ordre convenable ; d'en retrancher un grand nombre, en s'attachant à ce qui était essentiel; de choisir sur chaque matière ce qu'il y avait de plus important ; d'en ôter les contrariétés, sans cependant négliger de nous instruire des diverses opinions des grands jurisconsultes, sur les questions controversées entre eux ; de conserver la connaissance de l'ancien droit, et d'établir les changements qui y étaient arrivés.

On n'employa que trois ans à ce travail : aussi avec quelle négligence et quel désordre n'a-t-il pas été exécuté !

L'ancien droit s'y trouve défiguré, non-seulement par le défaut d'exactitude, mais souvent aussi à dessein : plusieurs textes ont été altérés par des additions insérées, pour les rapprocher du nouveau droit. On nous a privés de la connaissance des mœurs et des lois anciennes, qui était encore répandue du temps de Justinien ; et les traces qu'on nous en a laissé, sont devenues pour nous très obscures; de sorte qu'aujourd'hui ce n'est qu'à force de travail, de recherches et de conjectures, qu'on parvient à démêler des points qu'il était alors si facile de ne pas confondre. On n'y trouve que quelques fragments épars de la loi des Douze Tables, dont les textes auraient dû être distribués sur chaque matière à laquelle ils avaient rapport. On a laissé des antinomies inconciliables dans un ouvrage auquel on donnait force de loi, soit en mêlant le nouveau droit à l'ancien, soit en

Source : BIU Cujas

insérant les avis contraires des jurisconsultes qui étaient de différentes sectes, sans avertir de la cause de ces contrariétés, et sans se décider sur un avis.

Les savants, depuis le renouvellement des études et l'invention de l'imprimerie, ont travaillé avec une ardeur incroyable à réparer, autant qu'il a été possible, les défauts causés par l'inexactitude, l'incapacité et l'infidélité des rédacteurs des Pandectes. Les lettres et les sciences se prêtent un secours mutuel. La connaissance du droit romain a pris une nouvelle face par l'étude de la langue latine, par celle de l'histoire et des monuments, par l'établissement des règles de la saine critique, par la recherche des antiquités; et les gens de lettres, de leur côté, ont trouvé dans les Pandectes la solution de beaucoup de faits et d'usages obscurs.

Les jurisconsultes ont profité de ces lumières pour dissiper les ténèbres répandues dans la compilation de Tribonien. Ils ont pénétré par la discussion, le sens des textes difficiles; ils ont démêlé l'ancien droit; ils ont rétabli la pureté des textes, concilié beaucoup d'antinomies, et donné des raisons de celles qui ne peuvent se concilier : de manière que nous n'avons plus rien à désirer quant à la discussion et à l'intelligence des textes. La différence qui se trouve entre la glose d'Accurse et les commentaires d'Alciat, procède du temps où ils ont travaillé. Accurse florissait au commencement du treizième siècle; et Alciat écrivait sous François Ier.

C'est ainsi que les sciences se perfectionnent par des travaux accumulés, dont il résulte peu à peu un fonds de richesses et de connaissances qui, sans rien perdre, s'accroît successivement. Chaque savant y ajoute le fruit de ses études; il prépare et facilite les succès postérieurs; il abrége le travail : il aplanit les difficultés pour ceux qui suivront après lui la même carrière. Ils pourront aller d'autant plus loin, qu'ils trouveront le chemin déjà frayé, et que, partant d'un point plus rapproché, ils emploieront moins de temps à parcourir un espace plus étendu. Que de travaux et de temps n'eût pas épargné l'ouvrage de M. Pothier à tous ceux qui se sont livrés à l'étude du droit, s'il eût été exécuté quelques siècles plus tôt !

En effet, malgré les soins, les travaux et les recherches de tant de jurisconsultes depuis six cents ans, il restait encore dans les Pandectes un défaut bien sensible, bien préjudiciable au progrès des études et à l'intelligence facile des lois ; c'est le désordre dans lequel les textes se trouvent placés : non-seulement ils sont mal arrangés dans chaque titre, mais souvent on les rencontre dispersés dans des titres auxquels ils n'ont point de rapport.

L'ouvrage de M. Pothier a pour objet principal de réparer ce dé-

Source : BIU Cujas

sordre. Il est intitulé *Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ*, et forme trois volumes in-folio.

M. Pothier a conservé l'arrangement des titres, qui est l'ordre de l'édit perpétuel, sur lequel les jurisconsultes avaient travaillé : et sous ces titres il a arrangé tous les textes dans un ordre méthodique, non-seulement en changeant la place qu'ils y occupaient, mais en tirant des autres titres ceux qui étaient mal placés, et en les reportant dans ceux où ils avaient le plus de rapport.

A la tête de chaque titre on trouve une introduction qui contient l'exposé de la matière qui y est traitée, et les textes qui renferment les définitions et les premiers principes. Des divisions claires et remplies dans le cours du titre, facilitent l'intelligence, et soulagent la mémoire. Les lois sont liées entre elles par de courtes transitions qui en découvrent le rapport, et en montrent l'enchaînement. Tout ce que l'auteur a ajouté, est distingué par des caractères italiques ; de manière que le texte se présente dans toute sa pureté.

L'auteur s'est attaché à démêler l'ancien droit, à l'éclaircir, et à indiquer les changements qui y sont survenus. Il a tiré ses recherches, soit des autres endroits du Digeste qui en fournissent des vestiges, soit des Institutes et des Constitutions de Justinien qui le rappellent pour l'abroger, soit de la paraphrase de Théophile, des divers fragments qui nous sont restés de la loi des Douze Tables, et des ouvrages des anciens jurisconsultes, soit des traces qu'on en découvre dans l'histoire et les autres monuments de l'antiquité.

Parmi les lois du Code, les unes sont conformes au droit des Pandectes, les autres le changent et l'abrogent, et n'en sont pas moins nécessaires à connaître pour l'intelligence des textes que Tribonien a altérés, pour les rapprocher du nouveau droit. Les lois du Code, qui confirment l'ancien droit, sont rapportées en entier, et ce sont celles des empereurs qui ont vécu avant Constantin. Les lois postérieures, qui sont faciles à reconnaître par leur style diffus et la barbarie dont elles se ressentent, ne sont citées que par extrait.

Enfin l'auteur a mis des notes courtes, mais suffisantes, sur les endroits difficiles, soit à raison des antinomies, soit à raison du texte qui a été altéré ; et il a puisé le plus souvent ces notes dans Cujas, le plus grand jurisconsulte qui ait paru depuis le renouvellement des études.

Il a sans doute parcouru et consulté bien des livres pour parvenir à la confection de ce grand ouvrage. Sa bibliothèque était considérable, et il avait à sa disposition la bibliothèque publique, fondée par M. Prousteau, docteur de l'Université, dont le fonds est en livres de droit. Mais les trois livres qu'il a étudiés à fond et continuellement,

Source : BIU Cujas

ont été les Pandectes mêmes, et le Code, qu'il lui a fallu parcourir mille et mille fois, et se rendre familier au point d'avoir, en quelque sorte, tous les textes présents à la fois; les ouvrages de Cujas et ceux de Dumoulin. Il a été facile de le voir par l'état de délabrement où ces trois livres se sont trouvés dans sa bibliothèque.

Le Digeste est terminé par les deux titres *de Verborum significatione* et *de Regulis juris*. M. Pothier en a fait deux titres très importants et très étendus : ils contiennent 275 pages in-folio (1). Il a renfermé dans celui *de Regulis juris*, un abrégé de tout le droit, en y réunissant dans un bel ordre et en y rassemblant de tous les livres du Digeste ces principes si féconds en conséquences, et que les jurisconsultes romains savaient exprimer avec tant de précision.

Il paraît que c'est M. le chancelier qui avait conçu l'idée de ce travail, et qui l'avait recommandé dès le commencement de l'entreprise (2); que M. Pothier, après avoir achevé ces deux titres, se proposait d'en faire un ouvrage à part; mais qu'il s'est rendu aux désirs de M. le chancelier, qui lui a fait sentir les avantages qu'il y avait à terminer l'ouvrage par ce recueil précieux qui en présente un extrait fidèle, formé par les textes mêmes (3).

---

(1) Voici ce que M. Pothier dit de ce travail dans la préface de ces deux titres : *Verùm cùm circa utrumque titulum Tribonianus multa neglexerit aut omiserit, vel per incuriam, vel causâ brevitatis, nos, ut studioso lectori meliùs consulatur, ex utroque titulo duplicem quasi totius juris appendicem (suppletis aliundè notionibus regulisque quàm plurimus) conficere tentabimus : cujus lectione, velut facili et simplici viâ, nihil in jure nostro ignotum esse possit; sive quoad verba, ea saltem quæ frequentiùs occurrunt; sive quoad res ipsas, quæcumque brevi aliquâ sententiâ possunt comprehendi.*

(2) Dès le commencement de l'entreprise, M. le chancelier engagea M. Pothier à préparer les matériaux de ces deux titres. Voici ce que contiennent à ce sujet les réflexions par écrit qu'il lui remit en 1736.

« En travaillant sur chaque titre particulier, il faudrait en extraire, comme par « récapitulation : 1° les lois qui définissent les termes de droit; 2° les règles gé- « nérales qui se trouvent dans les lois du titre. Ce travail, jusqu'à présent, n'a été « bien exécuté par personne. Quand on aurait eu une attention persévérante à le « faire sur tous les titres, on réunirait tout ce qui se trouverait dans chacun sur « les deux points que je viens de marquer pour en former deux titres généraux, « l'un, *de Verborum significatione*, l'autre, *de Regulis juris*, qui seraient meil- « leurs que ce que l'on trouve sous ces deux rubriques dans le Digeste; et il ne « s'agirait plus que de donner à l'un et à l'autre un ordre plus naturel et plus par- « fait que celui qu'on a suivi dans l'arrangement de ces deux titres dans le corps « de droit. »

(3) Ceci est établi par une lettre de M. le chancelier, du 20 avril 1745.

« Je n'ai pu trouver encore le loisir de répondre comme je le voulais à la lettre

Source : BIU Cujas

M. Pothier a été plus de douze ans à composer ce grand ouvrage ; et plus de vingt-cinq, si, comme il est juste de le faire, on impute sur ce travail celui par lequel il s'était rendu capable de l'entreprendre. Il a

---

« que vous m'avez écrite le 13 janvier dernier, sur le grand ouvrage dont vous « êtes occupé, et je profite d'un temps où je suis un peu plus libre, pour vous « dire d'abord que j'approuve fort en général le plan que vous vous êtes formé « pour recueillir et arranger les règles que les titres *de Regulis juris* et *de Ver-* « *borum significatione* doivent renfermer ; mais je ne saurais être de votre sen- « timent sur le dessein dans lequel vous me paraissez être d'en faire un ouvrage « séparé, qui ne sera imprimé qu'après que votre Digeste, mis en ordre, aura été « donné au public, et je trouve deux inconvénients dans ce dessein.

« Le premier est, que les deux titres dont il s'agit, et qui, selon votre lettre, se- « ront compris dans votre grand ouvrage, ne s'y trouveront que d'une manière « très superficielle et très imparfaite, puisque, si j'ai bien conçu votre pensée, ils « ne contiendront que les règles que vous n'aurez pu placer sous aucun de tous les « titres précédents ; ce ne sera donc qu'une espèce de *résidu*, qui ne répondra « nullement à la promesse que ces titres font aux lecteurs, ou à ce qu'ils leur an- « noncent.

« Le second inconvénient est, qu'il faudra par là que ceux qui s'attachent à l'é- « tude de la jurisprudence romaine, aient deux livres au lieu d'un, et qu'ils soient « souvent obligés de chercher dans deux ouvrages ce qu'ils devraient trouver dans « un seul.

« Ainsi, soit parce qu'on doit tendre toujours à l'intégrité d'un dessein également « rempli dans toutes ses parties, soit parce qu'il est juste d'avoir égard à la faci- « cilité et à la commodité de ceux qui s'en servent, je crois que, sans renvoyer à « un autre temps les deux titres plus étendus que vous vous proposez de donner « sur les règles du droit, et sur la signification des mots, il est fort à propos que « vous les fassiez entrer dès à présent dans l'ouvrage qui est sous la presse. « Comme vous en avez sans doute tous les matériaux déjà rassemblés, vous n'aurez « pas besoin de beaucoup de temps pour les mettre dans l'ordre que vous m'avez « marqué, et qui est fort bon. Quand même cela devrait retarder un peu l'im- « pression de votre livre, le public en serait bien dédommagé par l'avantage « d'avoir un ouvrage parfait, où il trouverait tout ce qu'il peut désirer, sans être « obligé d'en attendre une espèce de supplément ; et vous y gagnerez même du « côté de la réputation du livre, à laquelle les deux titres dont il est question peu- « vent beaucoup contribuer ; parce qu'ils seront peut-être le premier objet de l'at- « tention des connaisseurs, qui voudront juger promptement par là du mérite et « de l'utilité de votre méthode.

« Je ne doute pas, au surplus, qu'en travaillant sur ces deux titres, vous n'ayez « fait, et que vous ne fassiez encore un grand usage du savant ouvrage que Jac- « ques Godefroy a fait sur le titre *de Regulis juris*, et de celui de Petrus Faber, « président des enquêtes du Parlement de Toulouse, qui était aussi un des plus ha- « biles jurisconsultes que la France ait produits. Je ne vous parle point de plu- « sieurs autres auteurs qui vous sont sans doute bien connus, et surtout de M. Do

Source : BIU Cujas

été aidé dans l'exécution, par M. de Guienne, avocat en Parlement, son ami intime, et, j'ose dire, le mien. La préface, qui est très bien écrite, est de M. de Guienne. M. Pothier lui en fournissait les matériaux : mais, quoique avec beaucoup de littérature, il n'aimait pas un genre de composition châtiée et ornée. Il n'y aurait point eu de préface, ou elle eût été très courte, si M. de Guienne ne s'en fût chargé. Il a eu aussi beaucoup de part au commentaire sur la loi des Douze Tables, qui est à la tête du second volume.

Quant au corps de l'ouvrage, quoique M. de Guienne ne se fût chargé que de corriger les épreuves, son travail a été beaucoup plus loin et plus utile. C'était un homme exact, difficile à contenter, bon critique, et tel qu'il le fallait pour être associé à M. Pothier, qui, ne s'occupant que du fond des choses, aurait négligé bien des soins de détail, qui contribuent cependant beaucoup à la perfection d'un ouvrage. Il n'avait pas l'étendue de connaissances, ni la grande facilité de M. Pothier ; et il n'en était par cela même que plus propre à ce travail de révision. Il jugeait des autres par lui même. Trouvait-il un texte qui avait besoin d'être éclairci, ou qui pouvait trouver ailleurs une place plus convenable, ou une transition négligée? il faisait ses remarques et ses objections à M. Pothier, et tirait de lui un changement de place, une explication ou une note (1).

Un autre ami intime de M. Pothier, a été M. Rousseau, avocat et

---

« mat, dont on peut tirer de grands secours sur ce qui regarde les règles générales « du droit.

« Vous ne m'avez pas parlé dans votre lettre du plan que vous vous êtes formé « sur le titre *de Verborum significatione;* mais je présume que, quand vous vous « proposez de faire imprimer ce titre séparément, et d'une manière plus étendue, « votre intention n'est pas de le faire dégénérer en dictionnaire ou en *Lexicon juris*, « semblable à celui de Brisson ou de Calvin ; et que, suivant l'esprit général de ce « titre, vous le renfermez dans les explications de mots qui ont été données par les « lois mêmes, et qui contiennent ou qui indiquent un principe ou une règle de « droit, ou la manière d'en interpréter les textes.

« Ce sont à peu près les réflexions que j'ai faites en lisant votre dernière lettre ; « et vous devez les regardez comme une nouvelle preuve du cas que je fais de « votre travail, et de l'estime avec laquelle je suis, etc. »

(1) J'ai eu l'avantage de demeurer près de deux ans avec M. de Guienne dans ce temps-là même ; et j'ai vu combien il mettait de soin et d'exactitude dans ce travail, qui lui a coûté dix années de son meilleur temps, et lui a fait perdre absolument le travail du palais. Il était garçon, aussi plein de religion que M. Pothier; bien moins riche, et aussi détaché des biens de cette vie. Il disait que cette entreprise était la tâche que la Providence lui avait imposée ; et quelque onéreuse qu'elle ait été pour lui, il s'en est acquitté avec un zèle et un soin admirables.

Source : BIU Cujas

professeur de droit français à Paris. Leur liaison était très ancienne : elle s'était formée à Paris, où M. Pothier avait fait plusieurs séjours avant 1730, et depuis. Il y était entré dans des conférences, où il s'était lié avec plusieurs avocats célèbres, qui ont conservé des relations avec lui, et avaient pour lui toute l'estime qu'il méritait. Mais sa correspondance avec M. Rousseau était continuelle, et roulait toujours sur leurs études communes. Ils se voyaient tous les ans aux vacances.

M. Rousseau avait beaucoup d'acquis, un excellent jugement, une facilité si grande dans l'élocution, qu'il était difficile de le suivre lorsqu'il traitait une question, et une si prodigieuse mémoire, qu'il retenait non-seulement le fond des choses, mais citait sur-le-champ les autorités dont il appuyait son avis. C'était de lui que M. Pothier apprenait ce qu'on appelle la *jurisprudence actuelle,* qu'il n'approuvait pas toujours, mais qu'il fallait faire connaître ; espèce de législation versatile, malheureusement trop fréquente, et qui n'a guère lieu que par l'imperfection de nos lois.

M. Pothier faisait le plus grand cas de l'opinion de M. Rousseau, ils se rapprochaient le plus souvent, mais pas toujours. En plusieurs endroits de ses Traités, M. Pothier rapporte l'avis de M. Rousseau, soit pour le combattre, soit pour appuyer le sien, soit pour laisser le choix au lecteur dans certaines questions où, sans se déclarer lui-même, il présente les moyens d'un avis, et ensuite celui de M. Rousseau.

Les Pandectes étaient un ouvrage considérable, très coûteux à imprimer, écrit en latin, et sur une matière dont l'étude est très négligée parmi nous. On eut de la peine à trouver des libraires qui voulussent s'en charger : ils craignaient que le débit n'en fût impossible, ou très long. Il s'est cependant fait assez promptement, parce que les étrangers en ont enlevé la plus grande partie.

L'ouvrage n'a essuyé d'autre critique que celle du journaliste de Leipzig, qui, soit par jalousie de ce que la gloire d'une si grande entreprise était enlevée à sa patrie, soit par d'autres motifs, l'attaqua avec aigreur. Il en parla comme d'un ouvrage qui n'avait rien de neuf et d'intéressant ; comme d'un travail sans mérite, entrepris pour se faire un nom à peu de frais, et dans lequel on ne trouvait pas ce fonds d'érudition dont autrefois tous les jurisconsultes, et encore aujourd'hui les Allemands ornent ou surchargent leurs ouvrages.

On connaissait assez M. Pothier pour être persuadé qu'il ne prendrait pas la peine d'y répondre. Un de ses confrères s'en chargea ; et on ne lui montra la critique qu'avec la réponse imprimée, sous la forme d'une lettre adressée aux auteurs du *Journal des Savants.* On fait voir, dans cette lettre, que le journaliste allemand n'avait senti ni

Source : BIU Cujas

le mérite ni l'objet de l'ouvrage : que l'auteur ne s'était pas proposé de faire un commentaire, ni de se jeter dans des discussions d'érudition ; mais au contraire de dispenser de l'étude des commentaires, plus pénible que celle des lois ; de présenter un commentaire des textes par les textes mêmes, et de les éclaircir par la manière de les lier ensemble et de les placer.

On imprimait le premier volume des Pandectes, lorsque M. Pothier tomba dangereusement malade, au retour d'un voyage qu'il avait fait en Sologne, chez un de ses confrères. Il revint à cheval avec la fièvre. Jamais il n'avait été malade : quoique d'un tempérament faible, il soutenait sa santé par la régularité de son régime. La fièvre était pour lui un état nouveau et inconnu ; il voulut lui résister quelques jours sans la connaître ; enfin, au lieu d'appeler un médecin, il alla le consulter, et lui demander la cause de cette maladie qu'il éprouvait. Le médecin l'eut bientôt trouvée, le fit retourner chez lui, et coucher. La fièvre devint très sérieuse, et l'on craignit pour sa vie.

Heureusement la maladie céda : mais le rétablissement ne fut pas entier : il demeura perclus des jambes, et prit aisément son parti sur cette privation, qui dura assez longtemps pour lui faire craindre qu'elle ne durât toujours. Il s'estimait trop heureux que Dieu lui eût conservé la liberté de l'application et du travail. Il donna à l'étude d'autant plus de temps, que la vie sédentaire lui en laissait plus de libre. Il n'espérait plus recouvrer l'usage des jambes, après avoir tenté inutilement plusieurs remèdes, lorsqu'enfin on se douta que la faculté de marcher pouvait être empêchée, moins par un obstacle réel et invincible, que par le défaut trop long d'exercice. On lui conseilla d'essayer à marcher, par le moyen de deux poulies, qui, roulant dans des coulisses attachées au plancher de sa chambre, le tenaient suspendu sous les bras, et lui permettaient de remuer les jambes sans leur laisser porter tout le poids du corps. Il se soumit à cet essai, qui lui dénoua les jambes : peu à peu il en retrouva l'usage ; il ne lui resta que de la roideur. Il avait été très grand marcheur avant sa maladie ; il le fut assez depuis pour le besoin ; car plus il avança en âge, plus ses occupations se multipliaient, au point de lui interdire presque toute dissipation. Lorsqu'on l'exhortait à en prendre, il disait que le chemin de chez lui au Châtelet était un exercice suffisant.

L'étude du droit avait déjà commencé à se ranimer dans l'Université d'Orléans. M. Prévôt de la Janès, conseiller au Présidial, et professeur de droit français, avait senti qu'en vain un homme destiné à enseigner acquiert des connaissances ; qu'il n'est utile qu'à lui-même dans une place instituée pour l'utilité des autres, s'il ne réussit à leur faire goûter ce qu'il enseigne, et à inspirer l'amour de l'étude. C'était un homme

Source : BIU Cujas

de beaucoup de mérite et d'acquis, du commerce le plus agréable, et d'un esprit très orné (1). Il aimait les jeunes gens; il avait l'art de se les attacher et de les intéresser à leurs succès. Ce talent est d'autant plus nécessaire à un professeur de droit, qu'il n'a pas cette espèce d'autorité qui force au travail, mais seulement une autorité de raison et de persuasion. Il a pour disciples, des gens placés dans cet intervalle critique qui sépare la première jeunesse de l'âge raisonnable; des gens qui souvent sont d'autant plus amoureux de l'indépendance, qu'ils ont plus aspiré au terme qui devait les en mettre en possession; et qui, s'ils ont conservé l'amour de l'étude, doivent assez naturellement préférer les douceurs de la littérature à l'austérité et à la sécheresse de la jurisprudence.

M. de la Janès mourut au mois d'octobre 1749. M. le chancelier fut vivement sollicité pour nommer à cette place. Il connaissait parfaitement le mérite de M. Pothier, et désirait aussi de la lui donner: M. Pothier, de son côté, la désirait aussi, par amour pour les jeunes gens, et par le plaisir qu'il trouvait à enseigner. Mais il n'était pas dans son caractère de solliciter, et sa timidité était un obstacle qu'il fallait lui aider à vaincre. Je n'oserais assurer si M. Gilbert de Voisins leva cet obstacle, en lui proposant la chaire de la part de M. le chancelier; ou si M. Pothier eut le courage de surmonter sa timidité, au point de témoigner à M. Gilbert que cette place le flatterait. Quoi qu'il en soit, il fut nommé sans que personne s'en doutât. La satisfaction qu'il éprouva ne put être troublée que par la peine qu'il ressentit de s'être trouvé en concurrence avec M. Guyot, docteur agrégé, et de le voir privé d'une place qu'il ne pouvait manquer d'obtenir, s'il n'eût pas eu un compétiteur aussi redoutable. Il n'avait désiré de cette place que le plaisir d'enseigner : il espéra pouvoir réparer l'espèce de tort qu'il faisait à à M. Guyot, en l'engageant à accepter le partage des émoluments. Il se passa entre eux, à cette occasion, un combat de générosité aussi honorable pour l'un que pour l'autre. M. Guyot insista à refuser, et peu d'années après il a obtenu une chaire par le concours.

On se plaint de la décadence des études du droit. La cause de cet abandon est d'autant plus grave et plus difficile à réformer, qu'elle tient à l'état général des mœurs dans la nation, à la frivolité du siècle, à la dissipation des jeunes gens, qu'on fait entrer dans le monde beaucoup trop tôt. Les maîtres les plus capables et les mieux intention-

(1) Nous avons de M. Prévôt de la Janès un ouvrage intitulé, *Principes de la Jurisprudence française, suivant l'ordre des actions.* Il n'a été imprimé qu'après sa mort. On y remarque la méthode et la précision qui formaient le caractère de son esprit. Il écrivait avec beaucoup de pureté et d'élégance.

Source : BIU Cujas

nés ne peuvent que lutter contre cette cause générale, et lui opposer de l'assiduité, de l'application et du courage : leurs succès, quelque chose qu'ils puissent faire, se borneront toujours à un petit nombre de jeunes gens qui profiteront de leurs soins.

M. Pothier succédait à un professeur qui avait commencé à inspirer de l'émulation ; et il a trouvé dans ceux qui composent aujourd'hui l'Université, des confrères remplis des mêmes vues, et du même zèle pour l'instruction des jeunes gens.

Les hommes les plus célèbres ne sont pas toujours les meilleurs maîtres ; et même la profondeur des connaissances semble leur rendre cette fonction plus pénible, et s'opposer au succès de l'enseignement. Le travail de la composition n'a rien que d'agréable pour un homme qui a fait une étude suivie d'une science, qui en a saisi l'ensemble, et en possède toutes les parties. Les idées dont il est rempli, se présentent en foule, et s'empressent de s'arranger sous sa plume : s'il a de la méthode dans l'esprit, elles se placent, d'elles-mêmes et sans effort, dans l'ordre le plus naturel. Les difficultés qu'il rencontre, loin de le rebuter, deviennent pour lui un nouvel attrait. La nécessité de prendre parti dans les questions importantes, le force de chercher les objections, et de s'assurer, par la discussion, de la vérité du sentiment qu'il embrasse.

Mais le talent d'enseigner est tout différent, et il est rare de le joindre à l'étendue du savoir. Se rabaisser aux premiers éléments, pour se faire entendre ; varier l'instruction, et la manière de la présenter ; s'occuper en entier des autres, et jamais de soi-même ; se mettre à la portée de tous les esprits, de manière que les moins pénétrants ne puissent se plaindre qu'on les néglige ; paraître soi-même ne savoir que ce qu'il s'agit d'enseigner dans le moment ; revenir sur les mêmes points pour les inculquer ; descendre des premiers principes aux conséquences par une gradation facile ; ne dire à la fois que ce qu'il faut, pour ne pas surcharger les auditeurs, et le dire avec méthode et clarté ; s'assurer qu'ils vous suivent avant d'aller plus loin, et les prendre par la main pour les aider à avancer : tel est le talent d'un maître ; tel était supérieurement celui de M. Pothier. Il faisait plus ; il savait tellement cacher la supériorité du maître, que les étudiants croyaient converser avec un ami. Ses leçons étaient des conférences dans lesquelles il soutenait l'attention par des interrogations qui mettaient les jeunes gens à portée de faire valoir leurs études particulières. La question s'adressait à un seul, et tous s'empressaient d'en chercher la réponse. Tous étaient en haleine, parce que la question suivante pouvait s'adresser à eux. La réponse était-elle difficile ? la tournure même de la question servait à y conduire, et l'indiquait aux esprits attentifs, en leur lais-

Source : BIU Cujas

sant tout le plaisir de la recherche et l'honneur de la solution. L'objection la moins solide, celle même qui annonçait ou le peu d'avancement, ou l'oubli de principe, était écoutée et répondue avec bonté.

Quinconque connaît les effets de l'émulation, sait de quoi les hommes sont capables, lorsqu'ils sont animés par ce puissant aiguillon, et peut apprécier la valeur des études que faisaient sous un tel maître les jeunes gens qui avaient de la bonne volonté; et la manière intéressante dont il enseignait, était bien propre à en augmenter le nombre. Je l'ai dit plus haut, M. Pothier n'avait désiré de sa place que la satisfaction d'enseigner; il ne s'en réserva que cet avantage, et en partagea les émoluments entre les pauvres et ses disciples. A l'examen public de droit français qui termine le cours des études, il substitua une dispute publique sur les matières qu'il avait enseignées pendant l'année. Les jeunes gens qui voulaient y entrer, s'y disposaient de longue main par des études sérieuses : nul n'aurait osé se présenter dans la lice, sans la confiancre, sinon de vaincre, du moins de se faire honneur. Le public, qui s'intéresse au succès des jeunes gens, aimait à être spectateur de ce combat dont l'Université était juge. Le prix du vainqueur était une médaille d'or, adjugée en public. Les autres contendants n'étaient pas sans récompense ; ils recevaient des médailles d'argent.

On peut croire que les athlètes ne se ménageaient pas : la dispute durait une séance pour chaque contendant, qui avait tous les autres pour adversaires, et les attaquait à son tour. La manière de proposer les questions, et celle d'y répondre, entraient également dans la balance du jugement. Chacun prévoyant que les traités enseignés dans l'année, étaient aussi familiers à ses adversaires qu'à lui, croyait devoir chercher ailleurs, et allait puiser des arguments, soit dans le corps de droit, soit dans les auteurs qui avaient rapport à la matière ; et le combat était si sérieux, que les juges étaient quelquefois obligés d'en réprimer l'ardeur, et d'intervenir, soit pour rappeler aux matières proposées dont on s'écartait, soit en présentant d'une manière plus claire la question que l'argumentateur avait cherché à rendre embarrassante pour surprendre son adversaire.

M. Pothier ne se contenta pas d'encourager ses disciples par des prix. Rien de personnel n'entra jamais dans ses vues. Les étudiants des deux premières années devaient devenir les siens ; ils eurent également part à ses faveurs : et souvent dès la première année, l'amour de l'étude et le plaisir de l'entendre les conduisaient à ses leçons. L'examen sur les Institutes et la thèse de bachelier devinrent des concours toutes les fois qu'il se présenta des contendants : et le zèle de M. Pothier fut toujours parfaitement secondé par celui des autres professeurs.

Combien, depuis vingt-cinq ans, n'est-il pas sorti de cette école d'excel-

Source : BIU Cujas

lents sujets, qui ont porté dans la magistrature et dans le barreau la connaissance des lois et l'amour du travail !

M. Pothier, après avoir achevé son grand ouvrage des Pandectes, s'ouvrit une carrière immense, qui ne devait être terminée qu'avec sa vie. Il avait traité autrefois, pour son usage particulier, toutes les matières de droit français. La nécessité d'enseigner l'engagea à les travailler de nouveau ; et ces traités sont manuscrits, entre les mains de beaucoup de personnes. Il les eût encore retouchés, si le temps lui eût permis de les publier.

En 1740, M. Pothier avait donné, conjointement avec M. Prévôt de la Janès et M. Jousse, une édition de la *Coutume d'Orléans*, en deux volumes, avec des notes. Cette édition était épuisée, et le libraire songeait à en donner une autre : il s'adressa à M. Pothier, pour le prier d'y retoucher. M. Pothier s'en chargea avec plaisir. Mais au lieu d'un simple travail de révision, il en exécuta un tout différent, et bien autrement important et utile. A la tête de chaque titre de la coutume, il plaça un traité abrégé de la matière, espèce de commentaire infiniment plus utile que des notes, qui n'étant relatives qu'à un article, ne laissent point de liaison dans l'esprit, et ne fournissent que des connaissances aussi décousues que le texte même qu'elles interprètent. Il a joint des notes sur les articles qui ont besoin d'éclaircissement, et renvoie continuellement de ces notes à l'introduction du titre ; et de ces introductions, aux articles et aux notes ; ce qui lie ensemble tout l'ouvrage. Forcé de se restreindre par le peu d'étendue, il a serré son style; de sorte qu'on a dans cet ouvrage un excellent abrégé de ses traités. On y trouve tout ce qui est essentiel à savoir, exposé avec netteté et précision ; et on peut dire que quiconque posséderait bien ces deux volumes, aurait une connaissance assez étendue du droit coutumier (1).

Cet ouvrage, aussi important pour la coutume de Paris que pour la nôtre, par le grand rapport qu'elles ont ensemble, forme sur le droit coutumier un corps complet de doctrine, d'autant plus précieux, qu'il sort de la main d'un jurisconsulte. Car il ne faut pas croire que le droit coutumier n'a aucun trait au droit romain, et qu'il suffit de connaître les coutumes pour bien traiter les matières qu'elles embrassent.

Dans notre législation, presque toute positive et arbitraire, la raison n'entre pour rien quant à l'établissement des principes. Ils pourraient être contradictoires, et ils le sont en effet d'un canton à l'autre, et sont tout aussi vrais. Car le vrai arbitraire n'est qu'une vérité et un point de fait ; il ne peut être une vérité subsistante par elle-même. Il

(1) On vient de réimprimer cet ouvrage in-4°, avec des augmentations.

Source : BIU Cujas

se trouve sans doute beaucoup de ces vérités de fait ou de ces principes factices mêlés dans toutes les législations, et ayant beaucoup de détails qui ne peuvent être déterminés que par des lois positives. Malheureusement ils abondent tellement dans la nôtre, qu'on n'y trouve presque autre chose; et ces lois positives, qui cesseraient d'être arbitraires si elles avaient une raison puisée dans une nécessité ou utilité réelle, ne sont presque toujours que purement arbitraires. Mais le jurisconsulte, comme le magistrat, ne change pas les lois : il les enseigne ou les explique comme il les trouve établies; et le jurisconsulte raisonne juste d'après ces principes arbitraires, lorsqu'il en tire des conséquences vraies, lorsqu'il démêle avec justesse les intérêts contraires qui s'élèvent sur leur interprétation, lorsqu'il y applique avec finesse et sagacité les règles supérieures de la vraie justice distributive. Il est plus satisfait sans doute lorsqu'il s'exerce sur ces règles mêmes et sur les purs principes du droit, dont l'application particularisée sur la multiplicité des actions et des rapports que les hommes ont entre eux, a déjà une si grande étendue : mais puisqu'il a plu aux hommes d'ajouter à ces lois nécessaires, si simples en même temps et si fécondes, tant et tant de lois arbitraires, il devient indispensable de partir de ces lois données pour régler les intérêts divers, et les actions qui en naissent. Mais quelle différence, lorsque ces matières, quoiqu'étrangères par leurs principes au véritable droit, sont traitées par un homme qui, n'ayant étudié qu'elles, rampe et se traîne servilement dans le cercle étroit de cette législation d'institution humaine, ou par un jurisconsulte qui sait s'élever au-dessus de cette législation; qui la respecte parce qu'elle existe, mais qui se sert de l'esprit de décision et des vues que lui fournit la science du droit, pour démêler, discuter et interpréter ces lois positives!

Tel a été supérieurement le talent de Dumoulin, qui a si bien su appliquer à l'intelligence du droit coutumier les notions et les lumières qu'il tirait des lois romaines; tel a été celui de Loyseau, de notre commentateur Lalande, et d'un très petit nombre d'autres qu'on distingue dans la foule de tant d'auteurs et de commentateurs dont nous sommes surchargés.

Tel a été celui de M. Pothier; et c'est ce qui donne un si grand mérite à ses travaux sur le droit coutumier : c'est ce qui doit nous faire regretter qu'il n'ait pas eu le loisir de publier lui-même tout ce qu'il avait composé sur ces matières. Mais il n'est guère de savant qui n'ait donné au public les mêmes regrets. Dans les sciences, et surtout dans celles qui exigent un grand fonds d'étude, la majeure partie de la vie est employée à acquérir les connaissances qui mettent en état d'enseigner et d'écrire, et le temps manque ensuite pour l'exécution de

Source : BIU Cujas

tous les travaux qu'on se propose. Le génie et le savoir inspirent le courage, et portent à former des projets auxquels la brièveté de la vie met obstacle. Si l'on s'appliquait trop à l'envisager, on tomberait dans l'inaction et dans la langueur; et l'on n'oserait même entreprendre ce que l'on peut, si l'on n'avait l'espérance de faire plus qu'on ne pourra.

M. Pothier aurait bien eu le temps de ne nous rien laisser à désirer sur le droit coutumier, s'il ne s'était engagé dans un autre travail qui a eu les suites les plus heureuses. Il entreprit de traiter en français la matière la plus importante du droit, celle dont l'usage est le plus nécessaire et le plus fréquent, et dont on ne peut puiser les principes que dans les Pandectes; la matière des obligations et des contrats; et il y a entremêlé quelques matières de droit français, les retraits, la communauté, le douaire.

Il publia en 1761 le *Traité des Obligations*, en 2 volumes, comme la base de ceux qu'il devait donner ensuite. Cet ouvrage a eu le plus grand succès, et l'on en a fait deux éditions. Il sera toujours regardé comme un livre classique et essentiel. C'est celui que l'auteur a le plus travaillé, et qui demandait le plus de profondeur et de science de droit. Il y a discuté avec autant de pénétration que de clarté la divisibilité et l'indivisibilité des obligations; matière extrêmement subtile, que Dumoulin a développée dans un ouvrage particulier fort profond, mais fort difficile à entendre. Cette matière avait besoin d'être traitée avec cette précision et cette méthode qui manquaient à Dumoulin, chez lequel la profondeur semblait nuire à la clarté.

Le *Traité des Obligations* annonçait un travail suivi sur les différents contrats. L'auteur a rempli cet engagement. Chaque année a vu paraître un nouvel ouvrage (1). Quels étaient ses projets par la suite? C'est ce qu'on ignore. Il est probable qu'il aurait donné ses ouvrages sur le droit français.

Ses traités sur les contrats ont cet avantage, qu'ils renferment non-seulement la connaissance du droit civil, et l'application de ses principes aux actions qui se présentent dans les tribunaux, mais encore des décisions sûres pour la conscience. Les matières y sont traitées dans le for intérieur et dans le for extérieur; et en apprenant aux hommes les actions qui naissent de leurs conventions, et les droits qu'ils peuvent poursuivre en jugement, il leur enseigne à être justes, à n'exiger rien au-delà de la justice, quand même ils pourraient l'obte-

(1) *V.* ci-dessus, p. VIII, la liste des ouvrages de Pothier, et l'époque de leurs publications.

Source : BIU Cujas

nir ; à ne blesser jamais les droits d'autrui, quand même ils pourraient le faire avec succès ; partie du droit bien précieuse, qui constitue l'essence de la morale, et qui a bien plus d'étendue et d'exactitude que les tribunaux ne peuvent en mettre dans leurs décisions.

Ce n'est qu'aux jurisconsultes qu'il appartient de tenir cette balance de la justice immuable, dont la justice humaine ne nous offre qu'une ombre imparfaite et une ressemblance en quelque sorte inanimée. Ce n'est qu'à eux qu'il appartient de monter sur un tribunal supérieur à ceux que l'autorité civile peut ériger, et d'y régler avec une précision rigoureuse les droits et les devoirs des hommes.

Cette partie de la morale est sans doute aussi du ressort des théologiens, et ils doivent en être instruits ; mais c'est des jurisconsultes qu'ils doivent l'apprendre. Qu'ils ne rougissent pas de consulter les lois romaines ; ils y trouveront, sur presque toutes les matières, des décisions pures, exactes, lumineuses, sans lesquelles on ne peut entreprendre de diriger les hommes, sans risquer, ou de les égarer par des décisions peu sûres, et de favoriser l'intérêt, qui n'est que trop adroit à faire illusion à la bonne foi, ou d'alarmer et de troubler les consciences par des avis trop rigoureux et mal fondés. Aussi M. Pothier n'aimait-il pas que les théologiens ou casuistes entreprissent de traiter les matières de droit, et il a plusieurs fois réfuté les décisions de l'auteur (d'ailleurs très estimable) *des Conférences de Paris*. Ils doivent lui savoir gré de leur avoir appris à appliquer les principes de la justice aux espèces si variées que font naître les conventions : ils ne peuvent craindre de se tromper en suivant les décisions d'un homme si éclairé.

Le style de M. Pothier est simple, facile, et assez ordinairement négligé. Il tenait de son caractère, éloigné de toute prétention et de toute recherche. Mais en même temps il est de la plus grande clarté, sans qu'on puisse même se plaindre qu'il soit diffus ; avantage que rien ne peut remplacer, et qui surpasse tous les autres dans les ouvrages qu'on ne lit que pour s'instruire.

Sa modestie lui faisait dire qu'il n'écrivait que pour ses écoliers. Quelques journalistes, plutôt faits pour juger des brochures frivoles, que pour apprécier des ouvrages de droit, se sont arrêtés à cette écorce ; et ne jugeant du mérite intrinsèque que par cette simplicité de style, ils n'ont pas craint de répéter ce jugement que la modestie de M. Pothier lui faisait porter. Mais la vérité obligera toujours les gens en état de juger, de convenir que non-seulement ses traités sur les contrats, sont propres à former des jurisconsultes, mais même que les jurisconsultes les plus savants les liront avec fruit, qu'ils y trouveront la vraie science du droit, et que le *Traité des Obligations* est un chef-d'œuvre.

M. Pothier convenait lui-même qu'il écrivait sans recherche par

Source : BIU Cujas

rapport au style. Il ne s'occupait que de la chose, et rendait ses idées telles qu'il les concevait à la première vue. Mais comme il avait l'esprit très juste, ses idées se présentaient toujours avec ordre, elles se liaient d'elles-mêmes ensemble. Son plan renfermait toute sa matière : ses définitions sont toujours exactes, ses divisions claires et méthodiques : les raisons de douter et de décider sont mises dans un beau jour, et la solution trouve le lecteur instruit par la discussion, et préparé à y acquiescer. Il m'a fait plus d'une fois l'honneur de m'engager à revoir ses manuscrits, pour y corriger des négligences ou des longueurs. Je l'ai fait toutes les fois qu'il m'en a chargé ; ou plutôt je me suis mis en devoir de le faire. Mes remarques étaient peu fréquentes, et peu importantes, malgré la liberté qu'il me donnait ; je dirai même, malgré l'envie de lui plaire par un travail qu'il exigeait. Je sentais que si j'avais composé l'ouvrage, j'aurais écrit autrement en général, parce que chacun a sa manière d'écrire : mais lorsque je voulais serrer le style, ou présenter autrement les questions, je sentais qu'il eût fallu tout remanier, et en même temps que son style était celui de la chose, et qu'on n'aurait guère pu le changer qu'au préjudice de la clarté. Quelques personnes auxquelles il a donné la même commission, ont éprouvé la même chose.

Il en est de la science du droit, comme de celle de la médecine ; il ne suffit pas d'en avoir acquis la théorie par l'étude, pour être en état d'en faire l'application ; il faut y joindre l'usage. M. Pothier possédait également cette partie ; et quoique la procédure ne présente rien que d'ennuyeux pour un jurisconsulte, il avait surmonté ce dégoût. On a de lui un manuscrit sur la *Procédure civile*, et un sur la *Procédure criminelle*.

A tant de connaissances acquises, il réunissait toutes les qualités propres au magistrat dans un degré excellent. Zèle pour le bien de la justice, assiduité, promptitude dans l'expédition, désintéressement, intégrité, fermeté, attachement à sa compagnie. Quelle est la vertu de son état qu'il n'ait pas possédée éminemment ?

Il se voyait avec la plus grande satisfaction sur le tribunal, entouré de ses élèves, qu'il avait pris par la main pour les y faire monter ; qu'il avait formés par ses leçons, et qu'il continuait d'instruire par ses avis et par ses exemples. Aucun d'eux n'a jamais pu se plaindre qu'il ait pris sur lui ce ton de supériorité que son âge et son mérite lui auraient permis. Comment l'aurait-il eu vis-à-vis de ses confrères, il ne le prenait pas même avec ses disciples. Il écoutait les avis des autres ; il permettait qu'on lui fît des objections, et portait la conviction par des réponses qui frappaient en deux mots le point décisif.

Quelle netteté, quelle lumière ne mettait-il pas dans ses rapports !

Source : BIU Cujas

Sans entrer dans des détails inutiles, il écartait ce que les défenseurs des parties n'ajoutent que trop souvent d'étranger, et ne présentait que la cause même, et les moyens respectifs.

Dans le jugement des affaires criminelles, la science du jurisconsulte trouve moins d'application. Il ne s'agit que de la preuve d'un fait. Mais quelle attention, quelle justesse d'esprit ne faut-il pas, surtout dans les occasions délicates, pour peser les indices et les circonstances, distinguer les degrés de probabilité et ne les pas confondre avec la certitude, et discerner également la certitude morale de la certitude juridique.

M. Pothier excellait en cette partie par sa justesse et sa pénétration. Il était également propre à toutes les fonctions du magistrat, et les a toutes remplies. On évitait seulement de lui distribuer des procès criminels dans lesquels on prévoyait que la question pouvait être ordonnée, parce qu'il ne pouvait en supporter le spectacle; impuissance qui procède beaucoup plus de la sensibilité des organes physiques, que du sentiment moral. Du reste, il ne se refusait à aucune des fonctions de la magistrature; et sur la fin de sa vie, il n'en a été que trop surchargé, par la mort de M. le lieutenant criminel et de M. le lieutenant particulier.

Le Présidial d'Orléans lui doit son rétablissement. Sans l'émulation qu'il a répandue dans les études, et les sujets qu'il a décidés à embrasser la magistrature, cette compagnie se verrait aujourd'hui réduite à deux ou trois anciens magistrats. Elle aura eu pendant vingt ans l'époque la plus brillante. Exemple unique dans la décadence universelle des tribunaux. Mais peut-on se flatter que cette génération qui a totalement renouvelé la compagnie depuis 1753, soit remplacée? Peut-on se flatter que cet événement singulier ait des suites durables, lorsqu'on voit une cause particulière et momentanée faire exception aux causes générales qui entraînent la magistrature du second ordre vers sa ruine? J'exposais les causes de son dépérissement en 1763, dans un discours public: elles ne sont certainement pas changées depuis : et ce grand homme, qui, dans sa patrie, avait en quelque sorte repoussé l'influence des causes, si agissante partout ailleurs, qui seul avait soutenu sa compagnie sur le penchant de sa ruine, et l'avait relevée avec tant d'avantage, cet homme n'est plus, et il ne sera certainement pas remplacé.

Quand il s'élèverait un aussi grand jurisconsulte que lui (et ses ouvrages pourraient contribuer à le former), où trouvera-t-on un homme qui, à la profondeur des connaissances, à la justesse et à la pénétration dont il était doué, joigne à un aussi haut degré toutes les qualités du cœur ; un homme qui soit aussi bon, aussi simple, aussi modeste, aussi respectable à tous égards. Il était comme déplacé au milieu de nous,

Source : BIU Cujas

par la pureté et la simplicité de ses mœurs, qui n'avaient pas pris la moindre teinture des mœurs de son siècle.

Il a été beaucoup plus facile de rendre compte de ses ouvrages, que de donner une idée de ses vertus ; et cette partie de son éloge qui me reste à traiter, paraîtra sans doute bien imparfaite à ceux qui ont eu l'avantage de jouir de l'intimité de son commerce, et des exemples de sa vie privée.

SECONDE PARTIE.

La vie d'un sage et d'un savant est peu fertile en événements propres à intéresser la curiosité. La simplicité et l'uniformité en forment le caractère, et ses ouvrages seuls font époque. Il en est de son histoire comme de celle d'une nation dont le gouvernement aurait été depuis longtemps exempt d'ambition, ami de la paix, uniquement occupé du soin de rendre ses sujets heureux, et éclairés sur les moyens d'y parvenir. Les annales de ce peuple seraient très stériles. Dès que l'on connaîtrait sa constitution et son administration on saurait son histoire : elle serait la même d'un siècle à l'autre, parce que le caractère de l'ordre est l'uniformité.

Ce sont les passions des hommes qui les agitent : ce sont elles qui font naître les événements ; et l'histoire n'est proprement que le récit de leurs effets. La vie du sage ne peut donc guère présenter des faits intéressants ; et elle n'en est que plus heureuse.

Quelquefois le sage se trouve entraîné malgré lui dans un tourbillon qui lui est étranger. Les circonstances le portent hors de sa sphère, et le mettent en butte aux passions des hommes, ou l'élèvent à des places qui l'exposent à leur contradiction. Sa vie alors devient intéressante au préjudice de son repos.

M. Pothier n'eut jamais à se plaindre de ses passions, ni de celles des autres. Rien ne troubla la tranquillité de son âme : aucune circonstance forcée ne dérangea le plan et l'uniformité de sa vie. Aucuns autres événements ne répandirent d'amertume sur ses jours, que la perte de ses amis, auxquels il était sincèrement attaché.

Parfaitement libre de toute espèce de soin, il consacra sa vie tout entière à ses fonctions, et à l'étude de la jurisprudence : il ne connut point d'autres devoirs à remplir, ni d'autre goût à satisfaire.

Jamais il n'a eu le moindre projet de se marier. Il disait qu'il ne s'était pas senti assez de courage, et qu'il admirait ceux qui l'avaient. Il en faudrait beaucoup, en effet, si ceux qui s'engagent dans cet état en envisageaient les suites.

Le parti du célibat est sans doute le plus sage et le meilleur que pût

Source : BIU Cujas

prendre un homme avare de son temps, uniquement dévoué à l'étude, et singulièrement ami de son repos. Cette résolution le tire de la classe ordinaire des hommes ; elle le met à l'abri de la plupart des maux ; et, en restreignant les objets de ses attaches, elle lui épargne presque toutes les occasions d'inquiétude.

Personne n'a mieux profité de cet avantage que M. Pothier : il a voulu en jouir dans toute son étendue, et s'est cru dès lors dispensé de tout soin domestique. Sa négligence, à cet égard, eût pu être un défaut dans un père de famille. Ce défaut devenait respectable en lui par le motif d'où il naissait. Il venait du mépris le plus sincère pour les richesses, et d'un grand fonds de désintéressement. Pour lui, il ne voyait dans sa conduite à cet égard, que l'effet qui résultait de ce sentiment, c'est-à-dire sa négligence, et il se la reprochait devant ses amis (1).

On le nomma échevin en 1747. Qu'il soit permis de dire que ce choix n'était pas réfléchi. Pourquoi vouloir qu'un homme dont le temps est si précieux, en dépense une partie à des fonctions que d'autres peuvent remplir beaucoup mieux ? Pourquoi forcer un homme déjà trop grevé du soin de son patrimoine, de gérer celui de la commune ? Aussi ne fit-il presque aucune fonction de cette place.

Il n'était nullement propre aux détails d'administration, et il n'estimait pas assez les biens pour s'en instruire et s'en occuper. Heureusement il trouva parmi ses domestiques un administrateur fidèle, qui le forçait à prendre les détails les plus indispensables, et qui le déchargeait de tous ceux qu'on pouvait lui épargner (2).

---

(1) Il avait remis 1500 livres à un notaire pour les placer à constitution. Le notaire trouva un emploi qu'il approuva, et lui fit signer le contrat. Six mois après il lui porta sa grosse : il n'en avait plus aucune idée ; il soutint que ce n'était pas lui qui avait fait ce prêt, et qu'il n'en avait pas fourni le montant. Le notaire fut obligé de lui montrer sa signature sur la minute.

Il ne savait guère ce qui lui était dû, et n'en tenait point d'état. Ce même notaire recevait un loyer commun à plusieurs particuliers, dont M. Pothier avait une partie. Il lui porta un jour six années qu'il avait négligé de demander, et qui lui étaient dues : M. Pothier ne voulut pas les recevoir, il ne pensait pas qu'il lui fût tant dû. Il voulut du moins composer avec le notaire : en recevoir la moitié, en offrant de lui donner une quittance finale. Le notaire était sûr de sa recette et de son registre ; il fallut qu'il se fachât pour lui faire accepter le total.

(2) Sa gouvernante s'appelait Thérèse Javoi ; elle était à son service depuis 1729. Tout ce qui appartient à ce grand homme mérite d'être connu ; et si ce faible écrit passe à la postérité, à la faveur des ouvrages auxquels il est joint, il est juste que le nom de cette fidèle gouvernante y passe aussi.

Elle lui était très attachée, et a eu le plus grand soin de sa santé ; c'est une

Source : BIU Cujas

Jamais il n'a cherché à augmenter son bien : il l'a seulement conservé à peu près tel qu'il l'avait reçu. S'il touchait un remboursement, il replaçait le capital. On lui abattit une maison pour l'alignement d'une rue, il en racheta une autre de même valeur. La cause de son désintéressement ne venait pas de sa fortune, plus que suffisante pour ses besoins, mais du fond de son caractère, et d'une indifférence réelle pour les richesses ; indifférence qu'elles sembleraient devoir donner, et qu'elles ne donnent pas.

Quand il aurait été beaucoup plus riche, il n'aurait pas vécu autrement ; il aurait donné davantage, et aurait été encore plus embarrassé d'une plus grande régie, si tant est qu'il eût daigné en prendre plus de peine. S'il avait pu consentir à s'occuper davantage du soin de son patrimoine, ce n'aurait pu être que par un motif d'économie en faveur des pauvres. Il préférait de les en dédommager par la frugalité de sa vie, dans laquelle il trouvait pour eux une épargne qui le mettait en état d'être plus généreux que sa fortune ne semblait le permettre. N'avait-il pas lieu de se croire quitte envers eux, par la distribution d'un superflu d'autant plus considérable, que son nécessaire était plus étroit ? Il regrettait même l'étendue que ses domestiques donnaient à ce nécessaire, par attachement pour sa santé ; et il fallait quelquefois lui cacher le prix des mets qu'on lui servait. Les dames des pauvres

---

obligation que le public lui a. Elle aurait de grand cœur brûlé tous les livres de droit, lorsque son maître était incommodé et s'obstinait à travailler. Pendant longtemps elle prenait, tous les ans une fois, la peine de remettre en ordre la bibliothèque avec un ami de M. Pothier. Sur les dernières années elle s'est négligée sur cet article, et le désordre était devenu si grand, qu'on avait peine à rassembler deux volumes.

La confiance que M. Pothier avait en elle, était entière. Il ne lui cachait guère que ses aumônes. Elle gouvernait absolument tout le domestique de son maître, et en grande partie ses affaires. Pour obtenir certaines choses, il fallait la mettre dans ses intérêts ; et sans elle, l'amitié que M. Pothier voulait bien avoir pour moi, n'aurait peut-être pas suffi pour se laisser peindre. Il n'y a consenti qu'à condition que le portrait ne paraîtrait pas, et serait mis à la campagne jusqu'à sa mort ; et je lui ai tenu parole.

Thérèse n'avait pas eu de peine à prendre une sorte d'ascendant sur un homme aussi bon et aussi simple. Elle prétendait que cela était nécessaire et pour le mieux, et qu'il fallait le gouverner comme un enfant. Il l'était aussi en quelque sorte pour les détails domestiques. Il ne faut pas demander s'il s'occupait beaucoup de sa garde-robe : Thérèse lui achetait, sans lui en demander avis, ce dont il avait besoin ; les compliments s'adressaient à elle, quand on voyait son maître en habit neuf ; et il l'apprenait par là. Je demande pardon de ces détails si petits, mais ils servent à peindre.

Source : BIU Cujas

étaient toujours assurées de trouver en lui une ressource. Il recevait leur visite avec une reconnaissance mêlée de respect. Il aimait à les rendre dépositaires de ses aumônes, parce qu'il voulait les faire avec discernement, et qu'en les leur confiant, il était tranquille sur la distribution, et dispensé de tout examen.

Mais combien de pauvres honteux allaient avec confiance lui découvrir leurs besoins, et recevaient des secours efficaces, dont la manière de donner et la commisération augmentaient le prix! Combien d'enfants n'a-t-il pas mis en état de gagner leur vie, en payant leur apprentissage; espèce d'aumône dont le fruit est le plus durable, parce qu'il prévient la pauvreté! Combien de fois n'a-t-il pas porté au loin dans les campagnes et dans les villes écartées, des aumônes qui n'étaient sollicitées que par les besoins qu'il apprenait!

Qui pourait reconnaître et compter tant de bonnes œuvres faites dans le secret, et cachées dans le sein de Dieu? Dans les temps de calamité surtout, il se serait épuisé totalement et privé du nécessaire, si sa gouvernante n'eût eu la précaution de tenir quelque argent en réserve pour les besoins journaliers : il se cachait d'elle pour ses aumônes; et elle était obligée de se cacher de lui pour être en état de le nourrir. Elle n'avait pas besoin pour cela de prendre beaucoup de précautions : jamais il ne savait le compte de son argent : il lui donnait la clef, lorsqu'elle en demandait. Du reste, tant qu'il en trouvait, il puisait pour donner; et sa gouvernante ne trouvait d'autre moyen d'arrêter cet excès, que de le menacer de prendre à crédit les provisions du ménage, ce qu'il ne pouvait souffrir. Lorsque la caisse était épuisée, il fallait aviser à la remplir, et c'était encore le soin de la gouvernante : il fallait qu'elle songeât où l'on pouvait aller demander de l'argent, et qu'elle lui fît faire les quittances.

Tant de vertus et de bonnes œuvres dont sa vie était remplie, étaient cachées et enveloppées sous une profonde modestie, qui les dérobait beaucoup plus à ses yeux qu'à ceux du public : et cette modestie était tellement répandue sur ses actions et sur tout son extérieur, que de toutes ses vertus, c'était celle qu'il avait le plus de peine à cacher. Elle naissait d'une humilité sincère, par laquelle il se mettait réellement au-dessous des autres, et qui l'empêchait de soupçonner en lui-même le mérite que tout le monde y trouvait.

Aussi désintéressé sur sa réputation que sur sa fortune, il ne s'occupait pas plus de l'une que de l'autre; avec cette différence, qu'il ne faisait rien pour augmenter ses richesses, tandis qu'il ajoutait tous les jours à sa réputation; mais il n'avait pas plus en vue d'en acquérir que d'accroître son patrimoine. C'était à son insu et malgré lui que sa réputation s'étendait, et l'on était mal reçu à l'en faire apercevoir.

Source : BIU Cujas

Les louanges lui étaient aussi insupportables que le sont les injures au reste des hommes : il était aisé de voir par son embarras et par l'air de son visage, qu'elles le choquaient sérieusement et qu'elles l'offensaient.

Etre indulgent pour les autres, craindre de leur manquer, et ne rien exiger pour soi-même, est le véritable fonds de la politesse ; et cette politesse était aussi vraie chez lui que sa modestie, dont elle était l'effet. Il ne manquait à cette politesse que cette superficie dont les hommes se contentent assez aisément, et dont ils abusent si souvent pour témoigner des sentiments qu'ils n'approuvent pas : il n'y manquait que ces manières qu'on n'acquiert que dans le commerce du monde ; et le monde est assez juste pour en dispenser un homme qui a eu plus de commerce avec les livres qu'avec les sociétés, surtout lorsqu'il n'a rien de cette rudesse et de cette austérité que la retraite et l'application donnent quelquefois aux savants sans qu'ils s'en aperçoivent. M. Pothier en était bien éloigné. On n'aurait pu lui reprocher qu'un excès de modestie, qui le rendait timide et embarrassé lorsqu'il se trouvait avec des gens qu'il ne connaissait pas, ou quand des devoirs de bienséance le forçaient de se montrer dans un grand cercle. Il s'y trouvait déplacé, et comme tellement isolé, qu'il priait ordinairement quelqu'un de ses amis de l'y accompagner ; et il regardait cette complaisance comme un service qu'on lui rendait.

La nature, avare de ses dons, ne les réunit pas toujours. Mais qui pourrait ne pas préférer le partage qu'elle en fit à M. Pothier, en lui refusant les avantages extérieurs ? Sa figure n'avait rien qui prévînt en sa faveur. Sa taille était haute, mais mal prise et sans maintien. Marchait-il ? son corps était tout penché d'un côté, sa démarche singulière, et tout d'une pièce. Etait-il assis ? ses jambes si longues l'embarrassaient ; il les entrelaçait par des contours redoublés. Toutes ses actions avaient un air peu commun de maladresse. A table, il fallait presque lui couper les morceaux. Voulait-il attiser le feu ? il commençait par se mettre à genoux, et il n'y réussissait pas mieux. La simplicité de ses manières et de tout son extérieur pouvait prévenir sur la bonté de son caractère, mais elle n'annonçait pas la supériorité de son esprit. Il fallait, ou le juger sur sa réputation, ou l'approfondir assez pour être en état de l'apprécier : une visite passagère ne pouvait que nuire à l'idée qu'on avait apportée. Ses yeux cependant avait du feu et de la vivacité : ils indiquaient la pénétration de son esprit et sa facilité à saisir ; mais ils ne s'animaient que quand la conversation l'intéressait.

Il était le premier à plaisanter sur sa figure et sur sa maladresse. Il racontait en riant, qu'en passant en robe à Paris devant un café, des jeunes gens en sortirent pour le montrer au doigt.

Source : BIU Cujas

Lorsqu'il fut à Paris, d'après l'invitation de M. d'Aguesseau, qui voulait le connaître, et conférer avec lui sur le travail qu'il l'engageait à entreprendre, il se présenta à l'hôtel de la chancellerie. On lui dit que M. d'Aguesseau n'était pas visible. Il s'en alla, et il voulait repartir le lendemain. Si ses amis ne l'eussent retenu, il eût répété ce que fit La Fontaine, qui partit de Paris pour aller voir sa femme à la Ferté-Milon, et revint sans l'avoir vue, parce qu'au moment de son arrivée elle était au salut. On pourrait peut-être comparer le caractère de ces deux hommes en plus d'un point. Il retourna donc voir M. le chancelier, qui, averti qu'il était dans son antichambre, alla au-devant de lui, et le reçut avec une distinction qui étonna beaucoup toute l'audience, qui avait jugé cet homme sur la surface.

Il était, dans la société, doux et affable, gai et ouvert avec ses amis; mettant dans le commerce une franchise qui manifestait toutes ses pensées; jouissant d'une paix intérieure que rien n'altérait, et d'une sérénité qui n'était obscurcie par aucun nuage. On trouvait en lui cette simplicité qu'on aime à rencontrer dans les grands hommes, parce qu'elle semble tempérer ce que leur mérite a d'imposant. Cette simplicité paraissait quelquefois singulière; quelquefois aussi elle ne l'était que par un excès de raison, si l'on peut parler ainsi, et relativement à la manière commune de voir et de juger, qu'elle contrariait. Car les hommes, même les plus raisonnables, ne suivent guère que l'opinion, soit qu'elle soit conforme ou contraire à la raison simple et dégagée des préjugés : et comme il est fort rare de rencontrer un homme qui ne porte que des jugements dictés par une raison si épurée, ses jugements ne peuvent manquer de paraître singuliers.

Son caractère l'éloignait de la contention et de la dispute. Jamais il ne s'est personnellement offensé de la contradiction; et il avait peine à concevoir qu'on trouvât mauvais de ce qu'un autre n'était pas de notre avis. Mais il tenait fortement à son sentiment; non par attachement à son propre sens, mais parce qu'il le croyait vrai, et que ses lumières ne lui permettaient pas de rester indécis (1). Il le défendait avec fermeté : il usait de la liberté de contredire, comme il trouvait bon qu'on le fît à son égard. Il en usait avec les vivants comme avec les auteurs dont il discutait les sentiments, sans autre intérêt que celui de la vérité. L'autorité par elle-même ne lui en imposait pas, parce qu'elle n'est pas une raison : elle devenait seulement pour lui un nouveau motif de dis-

(1) Lorsqu'il craignait de s'être trompé sur un avis, soit par sa faute, ou parce qu'on ne lui avait pas bien exposé la question, il revenait sur ses pas, examinait de nouveau, et demandait d'autres éclaircissements.

Source : BIU Cujas

cuter avec plus de soin, et de donner à ses raisons une force et une clarté capables de surmonter le poids de l'autorité.

Il y avait par conséquent beaucoup à gagner à lui faire des objections et à disputer avec lui. L'attaque le tirait de sa tranquillité ordinaire ; elle le forçait de reprendre la question, pour la traiter dans tous les sens, en balancer les moyens, et établir son sentiment avec une abondance et une énergie qui lui étaient propres.

Mais lorsqu'il mettait véritablement de l'intérêt dans une affaire ou dans une opinion (et quel autre intérêt pouvait l'affecter que celui de la vérité, de la justice ou du bien public), la douceur de son caractère et sa modestie ne l'empêchaient pas de défendre son avis avec beaucoup de chaleur et de vivacité. Si dans ces occasions il eût été fortement contredit, ou l'eût vu oublier sa modération, s'animer fortement et s'irriter de la résistance. Les paroles alors se pressant en foule pour sortir, n'auraient pu exprimer tout ce qu'il aurait voulu dire à la fois ; et à force de vouloir persuader, il aurait nui à la persuasion, dont il avait naturellement le don. Il lui serait peut-être même échappé malgré lui des choses dures, que son cœur aurait désavouées ; qu'il aurait certainement dites sans aigreur et sans fiel ; que le zèle lui aurait arrachées et qu'il aurait dû faire excuser, si les hommes n'étaient pas ordinairement plus sensibles aux effets extérieurs qu'aux motifs, parce qu'ils ne peuvent guère juger que de ce qu'ils voient. Qui l'aurait vu dans ces moments l'aurait cru un homme entier, jaloux de prévaloir, susceptible de concevoir du ressentiment et peu inquiet d'en faire naître chez les autres ; et il l'aurait fort mal jugé sur ces dehors passagers. Quel homme fut plus simple, plus doux, plus ami de la paix, plus éloigné de toute animosité ? Il n'a jamais eu occasion de pardonner ; car le pardon suppose une offense ; et il n'était pas accessible au ressentiment d'une offense. On aurait pu lui manquer, mais non pas lui aigrir le cœur, encore moins lui faire éprouver le sentiment de la haine. Sa raison ni sa religion n'en auraient jamais permis l'entrée dans son cœur ; et l'on peut dire avec autant de vérité, qu'il eût été également impossible à qui que ce soit de concevoir de la haine et même de la froideur contre lui.

Autant il aurait mis dans ces occasions de chaleur et de zèle, autant il mettait d'indifférence, lorsqu'il s'agissait de délibérer sur des affaires de corps, soit de cérémonial, soit de prétentions et d'intérêts de compagnie.

Cette manière de sentir et de juger, tenait au fond de son caractère, naturellement ennemi de toute contention sur les choses qui ne lui paraissaient pas mériter d'en être l'objet. Il supposait presque tous les hommes aussi simples que lui, aussi pleins de cette raison supérieure

Source : BIU Cujas

qui s'élève au-dessus des dehors, aussi indifférents sur ce qui ne touche que la manière, et n'appartient pas au fond des choses.

C'est à cette façon de penser, ainsi qu'à la naïveté de son caractère, qu'on peut attribuer la manière dont il disait tout son avis à l'audience. A peine un avocat avait-il exposé une affaire, qu'il l'avait saisie : il prévoyait déjà les moyens et les réponses ; et il avait jugé en lui-même qu'à peine le barreau savait ce dont il s'agissait. Il n'avait plus ensuite qu'à écouter la manière dont la cause était attaquée et défendue. Si l'affaire était peu importante, il laissait à son esprit la liberté de s'occuper ailleurs : s'il prêtait attention, il avait peine à s'empêcher d'approuver ou d'improuver par des démonstrations extérieures ; souvent même il le faisait à mi-voix, de manière qu'on savait assez souvent son avis avant qu'on allât aux opinions.

Mais il se donnait là-dessus bien plus de liberté lorsqu'il présidait. Le désir louable sans doute, mais qui doit être borné, d'expédier promptement les affaires, l'entraînait malgré lui et lui faisait oublier cette patience qui convient au juge et qui est due aux parties. Celui qui succombe ne doit pas avoir à se plaindre de n'avoir pas été entendu. Dès qu'il avait saisi une cause, il ne donnait le temps ni aux avocats de l'expliquer, ni aux autres juges de l'entendre. Personne assurément ne le soupçonnait de vouloir former seul le jugement, et concentrer en lui l'autorité du tribunal. Le fond de son âme était trop connu pour que la malignité même osât, d'après ses dehors, lui supposer des retours secrets sur lui-même. Mais il voulait expédier, et il croyait ne pouvoir le faire trop vite dans les affaires de peu d'importance. Si un avocat s'écartait du point décisif, il se hâtait de l'y ramener ; mais s'il avançait un moyen hasardé ou soutenait un principe faux, il le souffrait avec une impatience dont il n'était pas le maître, et l'interrompait pour le rappeler aux vrais principes et aux moyens de la cause (1). L'audience dégénérait ainsi quelquefois en dissertations et en une espèce de conférence. Ses amis lui faisaient des représentations qu'il approuvait, mais il n'en était pas le maître. De la part de tout autre, cette manière de présider eût paru pour le moins singulière ; mais cet homme était si respectable, et en même temps si respecté, si éloigné du dessein de choquer personne, que tout lui était permis.

Ces détails peuvent ne pas paraître déplacés dans un éloge historique. On aime à connaître même les petits défauts des grands hommes, peut-

---

(1) Souvent lorsque l'avocat du défendeur avait pris ses conclusions, il exposait les moyens du demandeur en deux mots, et disait à l'avocat : *Maître un tel, voilà ce qu'on vous oppose ; c'est à ce moyen seulement qu'il faut répondre.*

Source : BIU Cujas

être parce que ces légers défauts semblent les rapprocher un peu de nous; peut-être aussi parce qu'ils tiennent pour l'ordinaire à des dispositions très estimables, dont ils ne sont que des effets trop marqués. Ils en sont plus propres à peindre l'homme tel qu'il était; ce sont de grands traits de caractère qui aident à saisir la ressemblance.

C'est un grand avantage, surtout dans les sciences qui demandent autant de travail, et pour lesquelles la vie de l'homme est toujours trop courte, de n'en être distrait par aucun goût étranger, qu'on ne pourrait cultiver qu'au préjudice de l'objet principal : et c'est un grand mérite de savoir résister au désir d'apprendre; lorsqu'on a tant de facilité pour y réussir. M. Pothier aurait pu, sans négliger l'étude du droit, se laisser entraîner à quelque étude particulière, et y donner, par exemple, le temps des vacances (1). Il eût certainement aimé les mathématiques et la littérature; et il en avait assez de connaissance pour être tenté de l'accroître. Il avait étudié autrefois la géométrie, et cette science si propre à perfectionner la justesse de l'esprit, quoiqu'elle ne la donne pas, convenait à un esprit aussi pénétrant. Il avait également des dispositions et du goût pour la littérature; mais en ayant acquis un fonds suffisant pour l'utilité, il n'aurait pu l'augmenter que par délassement, et il n'en trouvait plus le temps.

L'étude à laquelle il a donné le plus de temps dans les dix à douze premières années de sa magistrature, fut celle de de la religion. Il cherchait à éclairer sa foi et à nourrir sa piété. Son attachement à la religion était fondé sur une conviction intime, puisée dans la connaissance de ses preuves, et fortifiée par l'amour et la pratique de ses préceptes. Aussi quel mépris n'avait-il pas pour les nouveaux philosophes! Il ne parlait d'eux qu'avec indignation. Il gémissait sur les progrès de l'incrédulité et sur la séduction des jeunes gens, comme sur le dépérissement des mœurs, qui en est l'effet.

Nous nous plaignons de la brièveté de sa vie, nous regrettons que le

---

(1) De tous les arts il n'aima jamais que la musique, mais par sentiment, et sans en avoir la moindre notion : il n'y cherchait que ce qui pouvait élever à Dieu; il ne l'aimait que lorsqu'elle chantait ses louanges, et qu'elle exprimait bien le sens des paroles. Il y était alors très sensible, et ne pouvait s'empêcher de laisser paraître par le mouvement de son visage, et même par des gestes, l'impression qu'il éprouvait.

Si ses occupations le lui eussent permis, il aurait assisté à tout l'office de la cathédrale, tant il trouvait de plaisir et de goût au chant des psaumes; il faisait passer dans son âme toute la chaleur dont ces divins cantiques sont remplis. Il les chantait avec transport, ou plutôt il les déclamait à sa manière; car il avait la voix la plus fausse qui se puisse entendre.

Source : BIU Cujas

temps ne lui ait pas permis de donner tant d'autres traités qu'il projetait. Aurait-il pu parvenir à publier tout ce que nous avons, s'il se fût livré à des occupations étrangères? Ce n'est que par une économie rigoureuse de son temps, qu'il a pu suffire à tant d'occupations différentes : il ne fallait pas moins que sa pénétration et sa facilité, pour réparer une partie du temps qu'on lui enlevait.

Ce qu'on ne peut trop admirer, parce que rien n'est si rare, c'est la sagesse et la modération qu'il mettait dans le travail de sa composition. Ce travail sans doute le plus agréable et le plus flatteur, obtient aisément la préférence. Un savant supporte avec impatience les occupations qui l'en détournent et s'y soustrait le plus qu'il peut. M. Pothier n'aurait-il pas pu penser que la publication de ses ouvrages était un bien d'une utilité plus durable que tant d'autres services qu'il rendait au public, et trouver dans cette préférence l'excuse la plus légitime pour se dispenser d'autres devoirs?

Nous pouvons le penser ainsi, et regretter aujourd'hui tant de temps si méritoirement employé de sa part, mais dont il ne nous reste rien. Pour lui, il n'aurait pu le penser et agir en conséquence, qu'en mettant à ses ouvrages plus d'importance que ne lui permettait sa modestie.

D'ailleurs, il avait pour principe de concilier tous ses devoirs. Avare de son temps pour des distractions volontaires, il ne l'était plus lorsqu'il s'agissait d'être utile, et il ne montrait pas plus d'affection pour une occupation que pour une autre. Personne n'était plus assidu que lui au Palais, et jamais il ne manquait à ses leçons. Était-il rentré dans son cabinet? il examinait ses procès de rapport, recevait des visites, souvent peu nécessaires, avec une patience bien rare dans un homme si occupé; il donnait des conseils et répondait aux lettres qui se multipliaient à mesure que sa réputation s'étendait. Combien de procès n'a-t-il pas empêchés par de sages conseils? Combien n'a-t-il pas arrangé de familles et terminé de contestations? La confiance publique lui avait érigé un tribunal volontaire.

La journée, à laquelle il donnait cependant assez d'étendue (1), se

(1) Il se levait avant cinq heures, allait à la messe qui se dit à la cathédrale pendant matines, dont il entendait même une partie; déjeunait à six heures; se mettait ensuite au travail, soit jusqu'à dîner, soit jusqu'à l'heure de l'audience; dînait à midi, donnait sa leçon à une heure et demie, et rentrait dans son cabinet jusqu'au soir. S'il avait quelque visite à rendre, il choisissait ordinairement le dimanche avant vêpres, ou le jeudi. Il soupait régulièremont à sept heures, ne travaillait jamais après souper; il se couchait à neuf heures, et dormait sur-le-champ. Il aimait beaucoup le café, mais il n'en prenait plus; il avait remarqué qu'il l'a-

Source : BIU Cujas

trouvait souvent remplie sans qu'il eût pu rien donner à la composition. Il avait le talent de quitter le travail et de le reprendre avec une égale facilité (1). Il en sortait toujours sans fatigue, parce que, sage en tout point, et jusque dans l'étude, jamais il n'en fit excès ; jamais il ne le prolongea pendant la nuit. Son souper à sept heures était toujours le terme de sa journée. Il n'en dérangeait l'heure que le mercredi, où il le différait jusqu'à huit heures, parce qu'il tenait ce jour-là une conférence à laquelle assistaient tous les jeunes magistrats, et plusieurs avocats qui se faisaient gloire d'avoir été et d'être toujours ses élèves. Ces conférences duraient sans interruption depuis plus de quarante ans. Elles s'étaient d'abord tenues chez M. Prévôt de la Janès : à sa mort, elles furent transportées de droit chez M. Pothier.

Dans le cours d'une vie si occupée, on ne trouve guère d'autre distraction volontaire qu'un voyage fort court qu'il fit à Rouen et au Havre en 1748. Il avait toujours désiré de voir la mer : car il n'était point indifférent au spectacle de la nature ; et celui de la mer, pour des yeux qui n'y sont pas accoutumés, est véritablement imposant par son immensité. Il annonce la grandeur de celui qui a creusé ce bassin pour y renfermer cet élément redoutable auquel il a donné des bornes. Au retour du Havre, il resta quelque temps à Paris, chez M. de Guienne, pour conférer avec lui sur le travail et l'édition des Pandectes. Il me fit l'honneur de m'associer à ce voyage. M. Lhuillier, lieutenant particulier, était aussi de la partie. Je faisais alors ma première année de droit, et ce voyage ne fut pas pour moi une interruption d'étude. J'avais les Institutes, et j'en trouvais le meilleur commentaire possible dans la conversation de M. Pothier, qui me les expliquait (2).

Pendant le temps qu'il mit à composer son grand ouvrage, il fut forcé, pour avancer ce travail, qui ne devait pas souffrir d'interruption, de se dérober en partie à ses autres occupations. Il n'était pas encore professeur.

---

vait plusieurs fois empêché de dormir jusqu'à dix heures, et par un calcul simple, il disait qu'une heure de sommeil valait mieux qu'une prise de café.

(1) Il poussait la délicatesse jusqu'à ne se faire jamais celer chez lui ; et lorsqu'il était absolument pressé de travail, et forcé de se soustraire aux distractions, il allait travailler chez un ami voisin.

(2) Nous parlions latin pendant presque toute la route : les gens qui étaient dans le carrosse le prenaient, à sa figure singulière, pour un Hibernois qui était mon précepteur.

On lui demanda au Havre s'il voulait manger du poisson (c'était un dimanche) ; il répondit qu'il n'était pas si dupe que de faire maigre un dimanche. Ses deux compagnons de voyage pensèrent autrement.

Source : BIU Cujas

Il allait passer une partie de l'été à Lû, où il trouvait le repos et la solitude (1).

Depuis 1750, qu'il fut nommé professeur, il n'y alla plus que pendant les vacances; et ce temps, que les gens les plus occupés destinent au délassement, était celui où il travaillait le plus, parce qu'il n'était pas distrait. C'est de Lû, en grande partie, que sont sortis les Traités qu'il nous a donnés. Il avait toujours un cheval à Lû, et il aimait cet exercice. Il est aisé de se figurer la manière dont il montait à cheval. Ses courses consistaient à aller tous les dimanches à la messe à Saint-André de Châteaudun, et à rendre des visites à ses voisins, parmi lesquels il trouvait plusieurs de ses confrères; mais jamais il ne découchait (2).

Orléans rassemblait en même temps et comptait parmi ses citoyens deux hommes rares, et d'un mérite égal en différents genres; et, pen-

---

(1) Il avait acquis en 1730 une petite ferme à Lû en Beauce, à une lieue de Châteaudun. Il y avait un petit logement par bas, aussi simple et aussi modeste que sa personne, et meublé de même. C'était vraiment la maison du sage. Le jardin était fort petit, et aussi antique que tout le reste, et le terrain en était très mauvais. Un petit parterre couvert de vieux et grands ifs qu'il trouvait admirables, en faisait l'ornement, et quelques allées d'épines tout le couvert. Je lui disais un jour que si l'on avait posté la maison à quelque distance, on aurait trouvé de bonne terre, et qu'on aurait eu de l'agrément du jardin; il me répondit : *On a vraiment bien fait de le mettre ici; les autres terres donnent du blé, et le terrain est assez bon ici pour se promener.*

Il était cependant sensible aux agréments d'une belle campagne et d'une belle vue. J'allais quelquefois le prendre le jeudi à Orléans, pour le forcer de sortir de son cabinet et de profiter d'un beau jour. Nous fûmes, entre autres, nous promener dans une maison d'Olivet. Il était debout, immobile, et comme en extase de la beauté de la vue; il n'en sortit que pour me dire : *Non habemus hic manentem civitatem.*

(2) Je l'ai cependant forcé un jour de découcher. Il était venu dîner chez moi. Il survint un grande pluie; je ne voulus pas absolument le laisser partir. J'entrevis qu'une des causes de son refus était la crainte de causer de l'inquiétude à Thérèse. Cet obstacle fut levé; César, son domestique, qui suivait toujours à pied son maître à cheval, retourna à Lû, et fit trouver bon à Thérèse que son maître eût consenti à n'être pas inondé pour retourner chez lui le même jour. J'eus grand soin de ne rien déranger à son régime : mon hôte était endormi à neuf heures et quart.

Nous voulûmes voir s'il se rappelait le piquet : il y avait joué autrefois tous les soirs avec son oncle le chanoine, mort en 1729; et le jeu l'ennuyait si fort, qu'il se laissait perdre pour s'aller coucher. Il n'y avait pas joué depuis; il se souvint parfaitement des règles, et ne fut maladroit qu'à manier les cartes.

Source : BIU Cujas

dant plus de trente ans, la petite maison de Lû a réuni ces deux hommes si dignes l'un de l'autre.

Agé de quatre-vingt-huit ans, M. Pichart (chanoine de Saint-Aignan) pleure aujourd'hui la perte d'un ami auquel il ne s'attendait pas de survivre : ou plutôt, tranquille sur le sort de son ami, il ne déplore que la perte publique. Aussi profond dans la connaissance des saintes Ecritures que M. Pothier l'était dans celles du droit, il travaillait, de son côté, à ces savants Commentaires qu'il a composés sur tous les livres saints, ouvrages aussi pleins d'onction et de piété, que de lumières et de doctrine. Leur délassement consistait en une heure de promenade après dîner, et autant de conversation après le souper : car M. Pothier déjeûnait trop matin pour qu'on pût se réunir. On peut croire que la conversation de ces deux amis devait être intéressante. M. Pothier, quoique naturellement silencieux, ne l'était point lorsqu'on parlait de matières qui lui convenaient ; et il trouvait dans M. Pichart une grande facilité de parler, beaucoup de littérature et d'érudition sacrée et profane. Il était assez instruit pour soutenir la conversation sur les matières les plus familières à M. Pichart ; et le champ était assez vaste pour fournir à leur entretien. Mais il voulut aussi pouvoir parler du droit romain avec lui, et il lui vanta si fort les Pandectes, que son ami ne put se refuser à les lire, et il ne faut pas demander s'il fut satisfait de cette lecture.

La réputation de M. Pothier s'était nécessairement répandue avec ses ouvrages, et il a eu de son vivant toute la célébrité dont un savant peut jouir. La voix publique l'a reconnu pour le plus grand jurisconsulte de son siècle ; que dis-je ? le plus grand depuis Dumoulin, à côté duquel elle a marqué sa place. Sans attendre sa mort, elle a fixé le degré d'autorité dû à ses décisions ; et les premiers tribunaux ont retenti de citations de ses ouvrages : honneur non suspect, et le plus flatteur qu'un jurisconsulte puisse jamais recevoir.

Ce jugement était porté non-seulement en France, mais aussi par les étrangers, chez qui il était aussi estimé que dans sa patrie. Ses ouvrages, en effet, ne sont pas de ceux dont l'utilité est renfermée dans un certain espace. Partout où la science du droit sera connue et cultivée, partout où le droit romain sera enseigné, partout où les hommes contracteront entre eux, et auront besoin de recourir aux principes de la justice pour décider les questions que leurs conventions feront naître, le nom de M. Pothier sera connu, ses ouvrages seront étudiés et consultés. L'autorité d'un jurisconsulte aussi célèbre est proprement celle d'un législateur : que dis-je ? elle la surpasse, en tant qu'elle participe à celle des lois de la justice ; et que ces lois immuables qui conviennent à tous les hommes, l'emportent sur les volontés et les dispositions

Source : BIU Cujas

versatiles, transitoires et arbitraires qu'il plaît aux hommes d'ériger en lois.

Si M. Pothier n'eût travaillé que sur les lois municipales et particulières de son pays, sa réputation eût été circonscrite dans les mêmes bornes ; mais il a été jurisconsulte pour tous les temps et pour tous les lieux : il doit même avoir plus de célébrité chez les nations où la science du droit est cultivée avec soin, parce qu'elle conduit à toutes les places, qu'en France, où elle est si négligée, où les places s'achètent, et où le prix qu'elles valent, dispense de l'étude et du savoir. Et même l'on peut ajouter que, s'il fut étranger à son siècle par la simplicité de ses mœurs, il ne le fut pas moins à son pays par le genre de ses études.

S'il fût né en Allemagne, les princes auraient disputé entre eux pour l'attirer et se l'attacher ; et ceux qui n'auraient pu le fixer chez eux, se seraient fait gloire de le décorer par des titres d'honneur et d'illustration. Il a vécu parmi nous comme l'homme le plus ordinaire, sans recevoir la moindre distinction. Il était bien éloigné de croire en mériter, ni d'en désirer. Mais ne peut-on pas être surpris qu'on n'ait jamais songé à acquitter la patrie envers lui par quelque décoration, plus honorable pour ceux qui la procurent au mérite modeste, qu'à celui qui la reçoit ?

Il est également étonnant que cet homme si connu n'ait jamais été consulté sur la législation, et qu'on n'ait pas profité de ses lumières pour la réforme de nos lois. Il eût été l'âme d'un conseil de législation. Mais, par une fatalité singulière, il est encore moins rare de trouver des gens de mérite, que de les voir mis en œuvre, et placés où ils devraient l'être.

Ce n'est point à nous à nous plaindre de cet oubli, et à regretter de ce que son mérite ne nous l'a point enlevé. Nous l'avons possédé sans partage, et il s'est donné à nous tout entier, au préjudice de ce qu'il aurait fait de plus pour l'utilité générale, si les fonctions de magistrat et de professeur, si tant de services particuliers qu'il n'a cessé de nous rendre, n'avaient pas employé une si grande partie de sa vie. Tous les citoyens l'ont eu pour conseil : auquel d'entre eux a-t-il refusé le secours de ses lumières ? Tous les gens de bien l'ont eu pour ami. Les pauvres l'ont pleuré comme leur père. Sa bienfaisance et sa douceur lui avaient concilié le respect et l'attachement universels. Tout le monde n'est pas à portée d'apprécier le jurisconsulte ; mais le cœur est la partie la plus essentielle de l'homme, et le peuple en est peut-être le meilleur juge.

Aussi sa mort a-t-elle causé un deuil général. Le public n'est pas

Source : BIU Cujas

toujours juste : quelquefois le mérite présent semble l'offusquer ; beaucoup plus porté à la critique qu'à l'approbation, et avare de son estime, il ne la lui accorde qu'avec restriction et ménagement, et ne se détermine à lui rendre toute la justice qui lui est due, que lorsqu'il a disparu. Mais il n'a rien à se reprocher à l'égard de M. Pothier. La mort n'a fait que confirmer ses sentiments sans y rien ajouter : ce qui est le plus grand éloge possible, et la preuve la plus complète d'un mérite éminent et sans tache.

Quelque longs que puissent être les jours d'un homme si précieux, sa mort est toujours prématurée pour l'utilité publique. Celle de M. Pothier l'a été d'autant plus, que son âge, de soixante-treize ans, et la régularité de sa vie, pouvaient faire espérer de le conserver encore plusieurs années. Elle aurait été imprévue pour lui, si toute sa vie n'y avait été une préparation continuelle. Il n'a éprouvé ni les infirmités de l'âge avancé, ni le dépérissement de la vieillesse, ni l'affaiblissement de ses facultés intellectuelles, ni les douleurs de la maladie, ni la crainte qu'inspirent les approches de la mort, et sur laquelle la vie la plus sainte ne rassure pas toujours.

Une maladie de six jours nous l'a ravi. La fièvre, quoique sérieuse, n'annonçait pas un danger menaçant. Le 1er mars il se trouva beaucoup mieux, et se leva. On le croyait hors d'affaire, et il portait le même jugement sur son état. Le soir même il tomba en léthargie, et il a fini, le 2 mars (1772), cette vie si précieuse aux yeux de Dieu et des hommes.

Son testament ne renferme aucune disposition remarquable : il contient quelques legs rémunératoires, quelques legs pieux, et pour la bibliothèque, ceux de ses livres qui manquaient à cette bibliothèque.

Il n'a rien ordonné sur sa sépulture : ceux qui ont présidé à ses funérailles, ont voulu sans doute se conformer à l'esprit de modestie qui était sa principale vertu, en le faisant inhumer dans un des endroits les plus écartés du cimetière commun.

Les officiers municipaux ont réparé, autant qu'il était en eux, cet excès de modestie. Ils ont fait poser sur le mur voisin un marbre chargé d'une épitaphe, pour lui payer, au nom de la patrie, le tribut de la reconnaissance publique (1). Que pouvaient-ils faire de plus dans un endroit aussi peu propre à recevoir un monument convenable ?

Les grands hommes, pendant leur vie, ont été la gloire et l'ornement de leur patrie. Les tombeaux continuent d'être pour elle une décora-

---

(1) *Voyez* ci-dessus, pag. v, l'épitaphe de Pothier, qui était placée au grand cimetière, où il a été inhumé.

Source : BIU Cujas

tion; et elle est comptable à la postérité des honneurs rendus à leurs cendres.

Un étranger, pénétré de respect pour ce grand homme, voulut le voir en passant par Orléans, et pouvoir se vanter à son retour de l'avoir vu. Il ne put avoir cet avantage, parce qu'il passa pendant les vacances. Il se fit ouvrir la salle de l'Université, et voulut du moins voir la chaire d'où il enseignait. Mais si des étrangers nous demandaient à voir son tombeau, croyons-nous qu'ils dussent en être bien satisfaits?

C'était dans une église qu'il fallait l'inhumer. Les cendres d'un homme aussi saint et aussi respectable devaient-elles être placées ailleurs? Et dans quelle église convenait-il mieux de les déposer que dans l'église cathédrale, dans l'église commune à tous les citoyens; dans cette église, à côté de laquelle il avait vécu, où il avait donné tant d'exemples de piété, où tous les jours il allait se prosterner devant Dieu, en prévenant le lever du soleil? Louis XIV s'est honoré lui même en faisant inhumer à Saint-Denis le maréchal de Turenne. N'en doutons pas, le chapitre, au milieu duquel il avait vécu, et qu'il avait si souvent édifié par sa présence, aurait reçu avec empressement ce précieux dépôt. Il eût été facile alors d'ériger sur sa tombe un monument plus honorable pour la reconnaissance publique, plus digne d'en transmettre le témoignage à la postérité, plus propre à satisfaire les étrangers que la beauté de l'édifice attire dans ce temple auguste. Serait-il donc impossible de le faire encore aujourd'hui? Quel est le citoyen qui n'applaudirait pas à cette translation (1)? Si la dureté des temps et des cir-

---

(1) Le vœu si légitime de M. Letrosne n'a pas été exhaussé; Pothier n'a point encore de monument convenable. Ses dépouilles mortelles ne sont plus cependant au grand cimetière où elles avaient été d'abord déposées; translation en a été faite assez récemment, d'abord en 1823, puis en 1846, *non honoris causâ sed ex necessitate*. Lors de la première translation effectuée sous la restauration, de dignes honneurs avaient été rendus, mais, dans ces derniers temps, à peine si on a daigné honorer de quelques prières, en les rejetant pour ainsi dire de l'église, les restes du grand jurisconsulte, de l'homme pieux.

Voici dans quels termes les journaux ont rendu compte de cette translation:

Translation des cendres de Pothier.

« Une cérémonie, qui aurait pu avoir plus d'éclat, a eu lieu vers midi dans l'enceinte de la cathédrale (2 mars 1846).

« Robert-Joseph POTHIER, notre grand jurisconsulte, mort à Orléans en l'année 1772, fut inhumé le 4 mars dans le grand cimetière d'Orléans, situé au centre de la ville, en face de la cathédrale.

« En l'année 1823, la ville ayant fait construire sur l'emplacement de ce cime-

Source : BIU Cujas

constances ne permettait pas aux officiers municipaux d'employer à ce monument la somme qu'ils désireraient, les héritiers, sans doute, tiendraient à honneur de s'en charger : et si ces moyens ne suffisaient pas, qu'on ouvre une souscription publique, et que tous ceux à qui ce grand homme ne fut pas cher se dispensent de contribuer à honorer sa mémoire.

---

tière les halles aux grains, les restes de Pothier furent recueillis soigneusement, enfermés dans un cercueil de plomb, et transférés avec pompe dans la cathédrale.

« Pothier était janséniste. Cette circonstance fit naître quelques difficultés; le clergé aurait voulu qu'au lieu d'être déposées dans la cathédrale, les cendres du grand jurisconsulte fussent portées dans l'un des cimetières de la ville. On trouva un moyen terme; on choisit dans le lieu saint un emplacement qui n'était point chapelle, et la cérémonie de la translation eut lieu le 17 novembre 1823.

« Cette année, au grand scandale de ceux qui sont jaloux de la conservation de nos grands édifices religieux dans leur unité et dans leur intégrité, malgré les vives réclamations que ce projet avait soulevées, l'emplacement de la sépulture de Pothier fut précisément choisi pour en faire une sacristie parallèle à celle qni existe du côté opposé, et destinée principalement à l'évêque et aux membres du chapitre de Sainte-Croix. Ce sont ces constructions nouvelles qui ont nécessité la translation des cendres de Pothier dans un emplacement voisin, ayant, comme le premier, forme de chapelle, mais sans autel, et occupé, pendant la célébration des offices du dimanche et des fêtes, par les bancs d'une pension.

« Cette sacristie était-elle bien nécessaire? Etait-il indispensable de l'établir là précisément? Au contraire, n'était-ce qu'un prétexte, et a-t-on saisi ou plutôt provoqué l'occasion de satisfaire une rancune anti-janséniste, longtemps couvée? Quoi qu'il en soit, ainsi que nous l'avons dit, cette cérémonie a eu lieu aujourd'hui à midi dans la cathédrale. Monseigneur l'évêque d'Orléans en avait donné avis à la Cour royale et au tribunal civil, dont quelques membres y ont assisté en habits de ville. Le maire et quelques conseillers municipaux étaient également présents. Quant au barreau, aucune convocation officielle ne lui ayant été adressée, les avocats pouvaient être mis au nombre des rares curieux avertis de cette translation.

« La cérémonie n'a pas duré plus d'une demi-heure. L'évêque, à la tête de son clergé, a prononcé sur le cercueil les prières prescrites par le rituel en pareille circonstance, et les restes de Pothier ont été descendus dans la fosse qu'ils doivent occuper, jusqu'à ce que d'autres constructions nécessitent peut-être une nouvelle exhumation. » (Orléans, 2 mars 1846, *Gazette des Tribunaux* du 4 mars 1846.)

Source : BIU Cujas

NOTICE SUR CETTE ÉDITION.

Après cet éloge aussi complet que mérité de Pothier, le lecteur ne doit pas attendre de nouveaux détails sur la vie de ce célèbre jurisconsulte ; ses traités sur presque toutes les parties du droit français, et ses œuvres qui sont à juste titre considérées comme la collection la plus complète et la plus méthodique de l'ancien droit, ont placé le nom de Pothier au-dessus de tout éloge : tout ce que nous ajouterions à sa louange serait superflu et pourrait peut-être affaiblir les douces et agréables sensations que l'on a éprouvées en lisant l'éloge qui précède.

Nous dirons cependant, avec une profonde conviction, que jamais homme voué à l'étude du droit ne réalisa plus complétement que Pothier cette belle définition du jurisconsule : *vir bonus jurisque peritus ;* on peut lui appliquer ce que Cujas, dans son admiration, disait de Papinien : *Si jus piumque christianis esset, illius aram opima imbueret hostia.*

Nous devons faire connaître au public le but que nous nous sommes proposé dans cette nouvelle *publication des œuvres de Pothier*. Nous disons : PUBLICATION DES OEUVRES DE POTHIER, car ce n'est point un commentaire, mais une nouvelle édition.

Entreprendre de commenter, de paraphraser Pothier, nous eût paru un projet aussi inutile que ridicule. L'auteur qui, par son laconisme, impose au lecteur de fatigantes méditations, ou qui, dégageant péniblement sa pensée, laisse du vague, de l'obscurité, et oblige, après une lecture sérieuse, à rechercher ce qu'il a voulu dire, a seul besoin d'explications, de développements, de commentaires.

Mais rien de plus clair, de plus détaillé et de plus facile à comprendre que les traités de Pothier : on reconnaît facilement, en le lisant, le professeur éminent qui, obligé d'expliquer les premiers éléments pour se faire entendre, s'occupe uniquement des autres et jamais de lui-même ; qui sent que la tâche la plus difficile, mais la plus profitable, est de

Source : BIU Cujas

savoir descendre jusqu'à ses élèves, plutôt que de chercher à les faire prématurément monter jusqu'à lui : ses écrits ont le caractère de ses leçons, et chaque lecteur peut se considérer comme son élève ; sa clarté a pour ainsi dire popularisé la science du droit ; quiconque ne comprend pas ses admirables traités si méthodiques dans l'exposition et la distribution, si simples et si élémentaires dans les développements, ne peut s'en prendre qu'à lui-même.

Pothier a eu le rare avantage de rédiger en très grande partie et, par anticipation, la législation de son pays et de plusieurs autres Etats de l'Europe : jamais peut-être, chez aucun peuple, les écrits d'un auteur n'ont autant servi de guide au législateur que les œuvres de Pothier aux rédacteurs du Code civil ; ce jurisconsulte peut donc à bon droit être considéré comme le premier et plus sûr commentateur de nos lois nouvelles ; et s'il est vrai que l'étude du droit romain soit nécessaire pour comprendre le droit français, il est encore plus certain que la lecture des traités de Pothier est indispensable pour entendre le Code civil et pour saisir le véritable sens d'un grand nombre de ses articles.

Toutefois, les graves événements survenus en France sur la fin du 18e siècle et au commencement de celui-ci, ont amené de grands changements dans le droit public et, par une conséquence nécessaire, dans le droit privé.

Les nouveaux législateurs ont respecté, comme le disait M. Portalis, dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique, ou qui, par elles-mêmes, ont paru évidemment préférables à des institutions usées et défectueuses.... Ils ont fait une espèce de transaction entre le droit écrit et les coutumes ; toutes les fois qu'il leur a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général, ils ont cru utile de conserver tout ce qu'il n'était pas nécessaire de détruire.

Pour ne pas tomber aujourd'hui dans de graves erreurs en lisant Pothier, il est donc indispensable d'avoir égard à ces changements opérés par la nouvelle législation : il ne faut prendre pour règle dans ses ouvrages que ce qui n'a point été abrogé ou modifié : autant l'étude de cet auteur sera utile, si elle a lieu avec circonspection, autant elle pourrait être dangereuse pour celui qui s'y livrerait sans discernement.

Notre travail a eu principalement pour objet de prémunir le lecteur contre toute méprise, en lui indiquant les dispositions abrogées, modifiées ou conservées ; et afin de rendre cette séparation ou distinction plus facile et plus sûre, et pour que chacun puisse, par soi-même, apprécier et juger en connaissance de cause, nous avons reproduit le

Source : BIU Cujas

texte même des lois nouvelles, en sorte que cette édition des œuvres de Pothier présentera un tableau complet de l'ancien et du nouveau droit comparés.

Dans la solution des nombreuses et intéressantes questions pratiques discutées et approfondies dans les traités de notre auteur, on reconnaît facilement le grand jurisconsulte et le magistrat mûri par l'expérience des affaires, aussi nous n'avons eu en général qu'à donner un plein assentiment à ses décisions.

Cependant le changement de législation a nécessairement une influence quelquefois directe, d'autres fois plus éloignée sur ces questions controversées, et dont la solution dépend souvent non pas d'un texte, mais de l'esprit général de la législation. Nous avons donc tâché, chaque fois que l'occasion s'est présentée, de faire ressortir les motifs déduits de la loi nouvelle pour ne plus adopter les décisions de Pothier ; elles étaient conformes, il est vrai, à l'ancien droit, mais elles nous paraissent en désaccord avec les principes nouvellement adoptés.

De plus, tout en respectant infiniment l'autorité de Pothier, nous n'avons pas cru cependant devoir nous abstenir de toute critique : on trouvera donc quelquefois, mais rarement, des solutions contraires à celles données par notre auteur. Nous avons alors brièvement exposé nos raisons de différence ; le lecteur pourra apprécier et juger.

Nous avons souvent blâmé cette distinction beaucoup trop fréquemment enseignée par Pothier, entre le *for intérieur* et le *for extérieur*. Nous sommes profondément convaincu qu'il est plus dangereux qu'utile de mettre ainsi constamment la conscience aux prises avec les lois. La conscience ! l'équité ! grands mots, très respectables sans doute ; mais combien cette même conscience est flexible et devient complaisante pour celui qui cherche à échapper à l'autorité des lois ? *Est via quæ videtur homini recta, novissima autem ejus perducant ad perditionem.*

On nous reprochera peut-être de n'avoir pas assez fait de recherches dans les antiquités du droit français, afin de compléter cette partie historique du droit, à laquelle on attache aujourd'hui une si grande importance, qu'on pourrait croire que, dans l'opinion de certaines personnes, l'histoire du droit est l'objet principal pour ne pas dire unique des études juridiques.

Nous répondrons par l'exemple même de Pothier : il ne voit dans l'histoire qu'un auxiliaire ; il ne l'interroge et ne l'appelle à son secours qu'autant qu'elle est nécessaire pour l'intelligence des textes qu'il explique ; cette manière très simple de procéder nous a toujours paru complétement suffisante. A quoi bon chercher le droit dans de vaines antiquités *ab antiquis fabulis discere* au lieu de se pénétrer de ce qui s'observe

Source : BIU Cujas

dans la pratique même des affaires *quod in ipsis rerum obtinet argumentis.* Il vaut mieux exercer le jugement de l'élève et du lecteur que de faire un appel à sa mémoire ; et, comme l'a dit le plus spirituel et le plus grand homme du siècle dernier, c'est un travail aussi ingrat que bizarre de rechercher curieusement des cailloux dans de vieilles ruines, quand on a des palais modernes.

BUGNET.

Source : BIU Cujas

TRAITÉ

DES

OBLIGATIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le terme d'*obligation* a deux significations.

Dans une signification étendue *lato sensu*, il est synonyme au terme de *devoir*(1), et il comprend les *obligations imparfaites*, aussi bien que les *obligations parfaites*.

On appelle *obligations imparfaites*, les obligations dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement : tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance ; tel est, par exemple, l'obligation de faire l'aumône de son superflu. Cette obligation est une véritable obligation, et un riche pèche très grièvement, lorsqu'il manque à l'accomplir. Mais c'est une obligation imparfaite, parce qu'il n'en est comptable qu'à Dieu seul : lorsqu'il s'acquitte de cette obligation, le pauvre à qui il fait l'aumône, ne la reçoit pas comme une dette, mais comme un pur bienfait. Il en est de même des devoirs de la reconnaissance : celui qui a reçu quelque bienfait signalé, est obligé de rendre à son bienfaiteur tous les services dont il est capable, lorsqu'il en trouve l'occasion ; il pèche et il se déshonore quand il y manque : mais son bienfaiteur n'a aucun droit d'exiger de lui ses services ; et lorsqu'il les lui rend, ce bienfaiteur reçoit de lui à son tour un véritable bienfait. Si mon bienfaiteur avait droit d'exiger de moi que je lui rendisse dans la même occasion les mêmes services qu'il m'a rendus, ce ne serait plus un bienfait que j'aurais reçu de lui, ce serait un vrai commerce ; et les services que je lui rendrais ne seraient plus de ma part une *reconnaissance*, la reconnaissance étant essentiellement volontaire.

Le terme d'*obligation*, dans un sens plus propre et moins étendu, ne comprend que les *obligations parfaites*, qu'on appelle aussi *engagements personnels* (2), qui donnent à celui envers qui nous les avons contractés, le droit

(1) Il ne faut pas confondre les *devoirs* et les *obligations*. Les devoirs sont en général imposés par la loi, ils ont pour corrélatifs les *droits*. Dans l'état de société, pour obtenir le libre exercice de ses facultés ou de ses droits, chaque individu doit reconnaître et respecter les facultés ou les droits de ses semblables. Le but de toute société est de maintenir cette relation de droits et de devoirs, et la loi, en garantissant les *droits*, assure l'observation des *devoirs*.

(2) Ainsi appelés parce qu'ils produisent une relation spéciale entre deux personnes déterminées : cette relation envisagée activement prend le nom de *créance* et passivement celui de *dette*. On appelle *créancier* celui auquel compète le droit, et *débiteur* celui qui doit supporter l'exécution. Cette spécialité dans l'individu créancier et dans celui qui est débiteur, est un des caractères distinctifs des *obligations* et des *devoirs*.

Source : BIU Cujas

d'en exiger de nous l'accomplissement; et c'est de ces sortes d'obligations qu'il s'agit dans ce traité.

Les jurisconsultes définissent ces *obligations* ou *engagements personnels*, un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose; *Vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ.* Instit. *tit. de Oblig.-Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum* (1). L. 3, ff. *de Oblig.*

Ces termes, *vinculum juris*, ne conviennent qu'a l'*obligation civile :*

L'*obligation* purement *naturelle*, qui est *solius æquitatis vinculum*, est aussi, quoique dans un sens moins propre, une *obligation parfaite ;* car elle donne, sinon dans le for extérieur, au moins dans le for de la conscience (2), à celui envers qui elle est contractée, le droit d'en exiger l'accomplissement; au lieu que l'obligation imparfaite ne donne pas ce droit. Voyez *infrà*, n° 197.

Nous diviserons ce *Traité des Obligations* en quatre parties.

Nous verrons dans la première ce qui appartient à l'essence des obligations, et quels sont leurs effets;

Dans la seconde, les différentes divisions et les différentes espèces d'obligations;

Dans la troisième, les manières dont s'éteignent les obligations, et les fins de non-recevoir, ou prescriptions contre le droit qui en résulte.

Nous ajouterons une quatrième partie sur la preuve, tant des obligations que de leur paiement (3).

---

(1) Il n'est pas inutile de reproduire en entier le texte de ce jugement, dont Pothier ne cite qu'une partie : « *Obligationem substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat ; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* »

Voilà les effets de l'obligation clairement exprimés chez les Romains.

1° Cet effet n'est pas de rendre le créancier propriétaire de la chose objet de l'obligation, ni d'établir ou de constituer une servitude, en tant qu'elle deviendrait nôtre, que le droit réel nous serait acquis : aucune translation, aucune modification de la propriété ne résulte immédiatement de l'obligation, il faudra d'autres faits pour produire ces résultats. Les obligations ne sont point, dans le droit Romain, translatives de la propriété, ou constitutives des servitudes.

2° Le créancier n'est en relation qu'avec le débiteur, il peut le contraindre à l'exécution par les voies légales.

Ad dandum... dare, transférer la propriété.

Præstandum, expression générale, qui comprend toute sorte d'avantages que le débiteur doit procurer au créancier.

Nous aurons plus tard occasion de signaler l'importante dérogation apportée par le Code au principe consacré par ce jugement.

(2) Pothier distingue trop souvent le for extérieur et le for intérieur ou de la conscience.

Est-il donc vrai qu'il y ait dans la société deux règles de conduite si différentes? Est-il donc vrai que le droit civil soit si souvent en opposition avec la conscience? Nous ne pouvons le croire.

Celui qui observe fidèlement et avec loyauté les lois de son pays, ne nous paraît pas fort éloigné de l'honnête homme.

Cette distinction si souvent répétée de for intérieur et de for extérieur est dangereuse : elle énerve l'autorité des lois, car elles ne sont respectables pour les peuples qu'autant qu'ils se croient obligés en conscience à les observer; cette distinction occasionne fréquemment des actes frauduleux : elle est anti-sociale.

(3) Cette division a été suivie par les auteurs du Code civil, en traitant dans un premier titre des *obligations qui naissent du contrat.*

Source : BIU Cujas

PREMIÈRE PARTIE.

DE CE QUI APPARTIENT A L'ESSENCE DES OBLIGATIONS, ET DE LEURS EFFETS.

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui appartient à l'essence des obligations.

2. Il est de l'essence des obligations;—1° qu'il y ait une cause d'où naisse l'obligation;— 2° des personnes entre lesquelles elle se contracte;— 3° quelque chose qui en soit l'objet.

Les causes des obligations sont les *contrats*, les *quasi-contrats*, les *délits*, les *quasi-délits;* quelquefois la loi ou l'équité seule (1).

Nous traiterons : 1° des *contrats* qui sont la cause la plus fréquente (2) d'où naissent les obligations;

2° Des autres causes des obligations;

3° Des personnes entre qui elles se contractent;

4° Des choses qui en peuvent être l'objet.

---

(1) *V.* art. 1370, C. civ.

Art. 1370 : « Certains engagements « se forment sans qu'il intervienne au- « cune convention, ni de la part de « celui qui s'oblige, ni de la part de « celui envers lequel il est obligé. — « Les uns résultent de l'autorité seule « de la loi; les autres naissent d'un « fait personnel à celui qui se trouve « obligé—Les premiers sont les enga- « gements formés involontairement, « tels que ceux entre propriétaires « voisins, ou ceux des tuteurs et des « autres administrateurs qui ne peu- « vent refuser la fonction qui leur est « déférée. — Les engagements qui « naissent d'un fait personnel à celui « qui se trouve obligé, résultent ou des « quasi-contrats, ou des délits ou « quasi-délits; ils font la matière du « présent titre. »

(2) L'usage fréquent des contrats est une suite naturelle, on pourrait dire nécessaire de l'ordre de la société civile : *Usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt... et ex hoc jure omnes penè contractus introducti sunt, ut emptio-venditio, locatio-conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.* L'existence de la société a rendu nécessaire entre les hommes, pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail; et les différents commerces des choses, c'est principalement par les conventions qu'ils s'en accommodent. Ainsi, pour l'usage des choses, lorsqu'ils ont besoin de les acquérir ou de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes ou par des échanges : et lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour un temps, ils les louent ou les empruntent; et selon les autres divers besoins, ils y assortissent les différentes sortes de conventions. (Domat, 1re partie, livre 1er, *principio.*)

Source : BIU Cujas

SECT. Ier. — Des contrats.

Nous verrons : 1° ce que c'est qu'un *contrat;* en quoi il diffère de la *pollicitation*, et quelles sont les choses qu'on doit principalement distinguer dans chaque contrat.

2° Nous rapporterons les différentes divisions des contrats.

3° Nous traiterons des vices généraux qui peuvent se rencontrer dans les contrats;

4° Des personnes qui peuvent, ou ne peuvent pas contracter ;

5° De ce qui peut être l'objet des contrats. Nous ferons voir que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle, « qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi ; » règle que nous tâcherons d'expliquer et de développer.

6° Nous traiterons des effets des contrats.

7° Nous donnerons des règles pour l'interprétation des contrats.

8° Nous parlerons du serment que les parties ajoutent quelquefois à leurs conventions.

Art. Ier. — Ce que c'est qu'un contrat ; en quoi il diffère de la pollicitation, et des choses qu'on doit principalement distinguer dans chaque contrat.

§ I. *Ce que c'est qu'un Contrat.*

3. Un *contrat* est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une *convention.*

Une *convention* ou un *pacte* (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier : *Duorum vel plurium in idem placitum consensus.* L. 1, § 1, ff. *de Pact.* Domat, p. 1, l. 1, tit. 1.

L'espèce de *convention* qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle *Contrat.*

Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit. Ceux qui seront curieux de les connaître, pourront consulter le titre *de Pactis*, dans notre ouvrage sur les Pandectes, où ils sont détaillés.

De là il suit que, dans notre droit, on ne doit point définir le *contrat*, comme le définissent les interprètes du droit romain, *Conventio nomen habens à jure civili vel causam;* mais qu'on le doit définir, « une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose (1).»

J'ai dit, *promettent et s'engagent* ; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention.

Il y a d'autres promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle de les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement ; ce qui arrive lorsque celui qui promet, déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'en-

---

(1) *V.* art. 1101, C. civ.
Art. 1101 : « Le contrat est une « convention par laquelle une ou plu- « sieurs personnes s'obligent, envers « une ou plusieurs autres, à donner, à « faire ou à ne pas faire quelque chose. »

Source : BIU Cujas

gager; ou bien lorsque cela résulte des circonstances, ou des qualités de celui qui promet, et de celui à qui la promesse est faite.

Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, dans les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils, un engagement proprement dit.

Ces promesses produisent bien une obligation *imparfaite* de les accomplir, pourvu qu'il ne soit survenu aucune cause, laquelle, si elle eût été prévue, eût empêché de faire la promesse; mais elles ne forment pas d'engagement, ni par conséquent de contrat.

§ II. *En quoi le contrat diffère-t-il de la pollicitation.*

4. La définition que nous avons donnée du contrat, fait connaître cette différence.

Le *contrat* renferme le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite.

La *pollicitation* est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite : *Pollicitatio est solius offerentis promissum;* L. 3, ff. *de Pollicit.*

La pollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite : car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée, contre la personne obligée. Or, de même que je ne puis pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit dans mes biens, si sa volonté ne concourt pour l'acquérir, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse; *Grotius de Jure bel. et pac.*, l. 2, cap. 11, vers. 3.

Quoique la pollicitation ne soit pas obligatoire dans les purs termes du droit naturel, néanmoins le droit civil, qui ajoute au droit naturel, avait, chez les Romains, rendu obligatoires en deux cas les pollicitations qu'un citoyen faisait à sa ville : —1° lorsqu'il avait eu un juste sujet de les faire; *putà*, en considération de quelque magistrature municipale qui lui avait été déférée, *ob honorem* :—2° lorsqu'il avait commencé de les mettre à exécution; L. 1, §§ 1 et 2, ff. *cod. tit.*

On ne doit plus mettre en question, s'il y a des *pollicitations* obligatoires dans notre droit français : l'ordonnance de 1731, art. 3, ayant déclaré qu'il n'y aurait plus que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit, la *donation entre-vifs* et le *testament*, il s'ensuit qu'elle rejette la pollicitation(1).

---

(1) L'art. 893 du Code civil répète cette disposition; on doit donc en tirer la même conséquence.

Art. 893 : « On ne pourra disposer « de ses biens, à titre gratuit, que par « donation entre-vifs ou par testament, « dans les formes ci-après établies. »

Plusieurs articles du Code prouvent que des offres, demandes ou déclarations non acceptées ne sont point obligatoires contre celui qui les a faites.

V. art. 1121, 1211, dernier alinéa, 1261.

Art. 1121 : « On peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait « pour soi-même ou d'une donation « que l'on fait à un autre. Celui qui a « fait cette stipulation, ne peut plus la « révoquer, si le tiers a déclaré vouloir « en profiter. »

Art. 1211 : « Le créancier qui reçoit « divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance « la solidarité ou ses droits en général, « ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur.—Le créancier « n'est pas censé remettre la solidarité « au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une « somme égale à la portion dont il est

Source : BIU Cujas

§ III. *Des trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat.*

5. Cujas ne distinguait dans les contrats, que les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui lui sont accidentelles.

La distinction qu'ont faite plusieurs jurisconsultes du dix-septième siècle, est beaucoup plus exacte : ils distinguent trois différentes choses dans chaque contrat ; celles qui sont *de l'essence* du contrat ; celles qui sont seulement de la *nature* du contrat ; et celles qui sont purement *accidentelles* au contrat.

6. 1° Les choses qui sont de l'*essence* du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat.

Par exemple, il est de l'essence du contrat de vente qu'il y ait une chose qui soit vendue, et qu'il y ait un prix pour lequel elle soit vendue : c'est pourquoi, si je vous ai vendu une chose que nous ignorions avoir cessé d'exister, il n'y aura pas de contrat (1) (L. 57, ff. *de Contrah. empt.*) ne pouvant pas y avoir de contrat de vente, sans une chose qui ait été vendue. Pareillement, si je vous ai vendu une chose pour le prix qu'elle a été vendue à mon parent, de la succession duquel elle m'est venue, et qu'il se trouve que cette chose ne lui avait pas été vendue, mais lui avait été donnée, il n'y aura pas de contrat ; parce qu'il n'y a pas un prix, qui est de l'essence du contrat de vente (2).

Dans les exemples que nous venons de rapporter, le défaut de l'une des choses qui sont de l'essence du contrat, empêche qu'il n'y ait aucune sorte de contrat.

Quelquefois ce défaut change seulement l'espèce du contrat.

Par exemple, étant de l'essence du contrat de vente qu'il y ait un prix, qui consiste en une somme de deniers que l'acheteur paie, ou s'oblige de payer au vendeur ; s'il est porté par un traité que j'ai fait avec vous, « que je vous vendais mon cheval pour un certain livre que vous vous obligiez de me donner pour le prix dudit cheval, » ce traité ne renfermera pas un contrat de vente, ne pouvant pas y avoir un contrat de vente sans un prix, qui consiste en une somme d'argent : mais le traité n'est pas pour cela nul ; il contient une autre espèce de contrat, savoir un contrat d'*échange* (3).

Pareillement, étant de l'essence du contrat de vente, non pas, à la vérité, que le vendeur s'oblige précisément à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue, dans le cas auquel il n'en serait pas le propriétaire ; mais au moins qu'il ne la retienne pas, s'il en est le propriétaire ; si nous sommes convenus « que je vous vends un certain héritage pour une certaine somme et pour une certaine rente que vous vous obligez de me payer, duquel héritage je m'oblige de vous faire jouir, à la charge néanmoins que la propriété de l'héritage demeurera par devers moi ; » cette convention ne renferme pas à la vé-

---

« tenu, si la quittance ne porte pas « que c'est *pour sa part*.—Il en est de « même de la simple demande formée « contre l'un des codébiteurs *pour sa* « *part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à « la demande, ou s'il n'est pas inter- « venu un jugement de condamna- « tion. »

Art. 1261 : « Tant que la consigna- « tion n'a point été acceptée par le « créancier, le débiteur peut la retirer ; « et s'il la retire, ses codébiteurs ou « ses cautions ne sont point libérés. »

(1) *V.* art. 1601, 1er alinéa.

Art. 1601 : « Si au moment de la « vente la chose vendue était périe en « totalité, la vente serait nulle. — Si « une partie seulement de la chose est « périe, il est au choix de l'acquéreur « d'abandonner la vente, ou de deman- « der la partie conservée, en faisant « déterminer le prix par la ventila- « tion. »

(2) Quoiqu'il soit possible de déterminer un prix d'une chose qui existe, il est vrai qu'il n'y en a point eu de déterminé, les parties s'étant référées à un prix qui n'existait pas.

(3) L'opération a été mal qualifiée par les parties.

Source : BIU Cujas

rité un contrat de vente, étant contre l'essence de ce contrat, que le vendeur retienne la propriété ; mais il renferme un contrat de *bail* : c'est ce que dit Labéo, en la loi 80, § 3, ff. *de Contrah. empt. Nemo potest videri rem vendidisse de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat ; sed aut locatio est, aut aliud genus contractûs* (1).

Pareillement, étant de l'essence des contrats de *prêt*, de *mandat* et de *dépôt*, qu'ils soient gratuits; si je vous ai prêté une chose, à la charge « que vous me paierez une certaine somme pour l'usage de cette chose, » ce ne sera pas un contrat de prêt ; mais ce sera une autre espèce de contrat; savoir un contrat de *louage*.

Par la même raison, si, en acceptant la procuration que vous m'avez donnée, ou le dépôt d'une chose que vous m'avez confiée, j'ai exigé de vous une certaine somme pour la récompense du soin que je donnerais à la garde du dépôt, ou à la gestion de l'affaire que vous m'avez confiée, le contrat ne sera pas un contrat de dépôt, ni un contrat de mandat ; mais ce sera un contrat de *louage*, par lequel je vous loue mes soins pour la gestion de votre affaire, ou pour la garde de votre dépôt.

7. 2° Les choses qui sont seulement de la *nature* du contrat, sont celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues.

Ces choses tiennent un milieu entre les choses qui sont de l'essence du contrat, et celles qui sont accidentelles au contrat ; et elles diffèrent des unes et des autres.

Elles diffèrent des choses qui sont de l'essence du contrat, en ce que le contrat peut subsister sans elles, et qu'elles peuvent être exclues du contrat par la convention des parties ; et elles diffèrent des choses accidentelles au contrat, en ce qu'elles font partie du contrat, sans avoir été expressément convenues : c'est ce qui s'éclaircira par des exemples.

Dans le contrat de vente, l'obligation de garantie que le vendeur contracte envers l'acheteur, est de la nature du contrat de vente : c'est pourquoi le vendeur contracte, en vendant, cette obligation envers l'acheteur, quoique les parties contractantes ne s'en soient pas expliquées, et qu'il n'en soit pas dit le moindre mot dans le contrat : mais cette obligation étant de la nature, et non de l'essence du contrat de vente, le contrat de vente peut subsister sans cette obligation ; et si par le contrat on est convenu « que le vendeur ne sera pas obligé à la garantie de la chose vendue, » la convention sera valable, et ce contrat ne laissera pas d'être un véritable contrat de vente, quoique le vendeur ne soit pas obligé à la garantie (2).

C'est aussi une chose qui est de la nature du contrat de vente, qu'aussitôt que ce contrat a reçu sa perfection par le consentement des parties, quoique avant la tradition, la chose vendue soit aux risques de l'acheteur ; et que si elle vient à périr sans la faute du vendeur, la perte en doive tomber sur l'acheteur, qui ne sera pas pour cela déchargé du prix ; mais comme cela est de la nature seulement, et non de l'essence du contrat de vente, on peut, en contractant, convenir du contraire.

Il est de la nature du contrat de prêt à usage que l'emprunteur soit tenu de

---

(1) Puisque, même dans le droit romain, le vendeur s'oblige envers l'acheteur *præstare rem pro domino habere licere*, il est bien évident qu'il ne peut pas retenir la propriété.

(2) Il y a cependant une certaine espèce de garantie qui est de l'essence du contrat de vente. *Voyez* art. 1628.

Art. 1628 : « Quoiqu'il soit dit que le « vendeur ne sera soumis à aucune « garantie, il demeure cependant tenu « de celle qui résulte d'un fait qui lui « est personnel : toute convention « contraire est nulle. »

Source : BIU Cujas

la faute la plus légère, à l'égard de la chose qui lui a été prêtée. Il contracte cette obligation envers le prêteur par la nature même du contrat, et sans que les parties s'en soient expliquées en contractant; mais comme cette obligation est de la nature, et non de l'essence du contrat du prêt à usage, on peut l'exclure par une clause du contrat, et convenir « que l'emprunteur sera tenu d'apporter seulement de la bonne foi pour la conservation de la chose, et qu'il ne sera pas responsable des accidents qui arriveraient par sa négligence et sans malice. »

Il est aussi de la nature de ce contrat, que la perte de la chose prêtée, lorsqu'elle arrive par une force majeure, tombe sur le prêteur : mais comme cela est de la nature, et non de l'essence du contrat, on peut, par une clause du contrat, charger l'emprunteur de ce risque jusqu'à ce qu'il ait rendu la chose.

On peut apporter une infinité d'autres exemples sur les différentes espèces de contrats.

8. 3° Les choses qui sont *accidentelles* au contrat, sont celles qui, n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat.

Par exemple, le terme accordé par le contrat pour le paiement de la chose ou de la somme due; la faculté qui y est accordée de payer cette somme en plusieurs parties; celle de payer quelque autre chose à la place, ou de payer entre les mains d'une autre personne que du créancier, et autres semblables, sont choses accidentelles au contrat, parce qu'elles ne sont renfermées dans le contrat qu'autant qu'elles sont stipulées par quelque clause ajoutée au contrat.

Dans le contrat de vente d'une rente, l'obligation par laquelle le vendeur se rend responsable de la solvabilité des débiteurs, tant que la rente durera, est une chose accidentelle au contrat; car le vendeur ne contracte pas cette obligation par la nature du contrat; il ne la contracte qu'en vertu d'une clause particulière ajoutée au contrat, qui est celle qu'on appelle la clause *de fournir et faire valoir;* et cette clause, quoique assez fréquente dans les contrats de vente de rente, y doit être exprimée, et ne s'y supplée point.

On peut apporter une infinité d'autres exemples.

ART. II. — Division des contrats.

9. Les divisions que le droit romain fait des contrats, en *contrats nommés* et *contrats innommés* (1), en contrats *bonæ fidei* et contrats *stricti juris* (2), n'ont pas lieu parmi nous.

---

(1) *V.* cependant l'art. 1107, C. civ.

Art. 1107 : « Les contrats, soit qu'ils « aient une dénomination propre, soit « qu'ils n'en aient pas, sont soumis à « des règles générales, qui sont l'objet « du présent titre. — Les règles parti- « culières à certains contrats sont éta- « blies sous les titres relatifs à chacun « d'eux; et les règles particulières aux « transactions commerciales sont éta- « blies par les lois relatives au com- « merce. »

(2) Les art. 1134 et 1135 semblent supprimer la distinction des contrats en *bonæ fidei* et *stricti juris*. Cependant on aurait tort de croire que toutes les conventions doivent être interprétées avec la même extension. Les clauses exorbitantes du droit commun doivent être entendues restrictivement. *V.* un exemple dans l'art. 1514, C. civ.

Art. 1134 : « Les conventions léga- « lement formées tiennent lieu de loi « à ceux qui les ont faites. — Elles ne « peuvent être révoquées que de leur « consentement mutuel, ou pour les « causes que la loi autorise. — Elles « doivent être exécutées de bonne foi. »

Art. 1135 : « Les conventions obli- « gent non-seulement à ce qui y est « exprimé, mais encore à toutes les « suites que l'équité, l'usage ou la loi

Source : BIU Cujas

Celles reçues dans notre droit sont : 1° en *contrats synallagmatiques* ou *bilatéraux*, et en *contrats uni-latéraux*.

Les *synallagmatiques* ou *bilatéraux* sont ceux par lesquels chacun des contractants s'engage envers l'autre (1).

Tels sont les contrats de vente, de louage, etc.

Les *unis-latéraux* sont ceux par lesquels il n'y a que l'un des contractants qui s'engage envers l'autre (2), comme dans le prêt d'argent.

Entre les contrats *synallagmatiques* ou *bilatéraux*, on distingue ceux qui le sont *parfaitement*, et ceux qui le sont *moins parfaitement*.

Les contrats qui sont *parfaitement synallagmatiques* ou *bilatéraux*, sont ceux dans lesquels l'obligation que contracte chacun des contractants, est également une obligation principale de ce contrat; tels sont les contrats de vente, de louage, de société, etc. Par exemple, dans le contrat de vente, l'obligation que le vendeur contracte de livrer la chose, et celle que l'acheteur contracte de payer le prix, sont également obligations principales du contrat de vente.

Les contrats qui sont *moins parfaitement synallagmatiques*, sont ceux dans lesquels il n'y a que l'obligation de l'une des parties qui soit l'obligation principale du contrat; tels sont les contrats de mandat, de dépot, de prêt à usage, de nantissement. Dans ces contrats, l'obligation que contracte le mandataire de rendre compte de sa commission, celles que contractent le dépositaire, l'emprunteur ou le créancier de rendre la chose qui leur a été donnée à titre de dépôt, de prêt à usage, ou de nantissement, sont les seules obligations principales de ces contrats : celles que contracte le mandant, ou celui qui a donné la chose en dépôt, ou en nantissement, ou qui l'a prêtée, ne sont que des obligations incidentes (3), auxquelles donne lieu, depuis le contrat, la dépense qui a été faite par l'autre partie pour l'exécution du mandat, ou pour la conservation de la chose donnée à titre de prêt, de dépôt ou de nantissement.

« donnent à l'obligation d'après sa na-
« ture. »

Art. 1514 : « La femme peut stipu-
« ler qu'en cas de renonciation à la
« communauté, elle reprendra tout ou
« partie de ce qu'elle y aura apporté,
« soit lors du mariage, soit depuis;
« mais cette stipulation ne peut s'éten-
« dre au delà des choses formellement
« exprimées, ni au profit de personnes
« autres que celles désignées. — Ainsi
« la faculté de reprendre le mobilier
« que la femme a apporté lors du ma-
« riage, ne s'étend point à celui qui
« serait échu pendant le mariage. —
« Ainsi la faculté accordée à la femme
« ne s'étend point aux enfants; celle
« accordée à la femme et aux enfants
« ne s'étend point aux héritiers ascen-
« dants ou collatéraux.—Dans tous les
« cas, les apports ne peuvent être re-
« pris que déduction faite des dettes
« personnelles à la femme, et que la
« communauté aurait acquittées. »

(1) *V.* art. 1102, C. civ.

Art. 1102 : « Le contrat est *synal-*
« *lagmatique* ou *bilatéral*, lorsque les
« contractants s'obligent réciproque-
« ment les uns envers les autres. »

(2) *V.* art. 1103, C. civ.

Art. 1103 : « (Le contrat) est *unilaté-*
« *ral*, lorsqu'une ou plusieurs person-
« nes sont obligées envers une ou plu-
« sieurs autres, sans que de la part de
« ces dernières il y ait d'engagement. »

(3) Tout cela est vrai, mais cette sous-distinction ne présente pas dans la pratique une grande utilité; les auteurs du Code ne l'ont point reproduite. L'art. 1325, C. civ., qui contient une règle spéciale pour les contrats synallagmatiques, ne s'applique qu'à ceux qui sont tels parfaitement et dès leur formation.

Art. 1325 : « Les actes sous seing
« privé qui contiennent des conven-
« tions synallagmatiques, ne sont va-
« lables 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 men-
« tion du nombre des originaux qui

Source : BIU Cujas

Au lieu que l'action qui naît de l'obligation principale, s'appelle *actio directa*, celle qui naît de ces obligations incidentes, se nomme *actio contraria*.

10. 2° On divise les contrats en ceux qui se forment par le seul consentement des parties, et qui pour cela sont appelés *contrats consensuels*, tels que la vente, le louage, le mandat, etc., et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose, outre le consentement : tels sont les contrats de prêt d'argent, de prêt à usage, de dépôt, de nantissement, qui par la nature du contrat, exigent la tradition de la chose qui est l'objet de ces conventions. On les appelle *contrats réels* (1).

11. Quoique le seul consentement des parties suffise pour la perfection des contrats consensuels; néanmoins si les parties, en contractant une vente, ou un louage, ou quelque autre espèce de marché, sont convenues d'en passer un acte par-devant notaires, avec intention que le marché ne serait parfait et conclu que lorsque l'acte aurait reçu sa forme entière, par la signature des parties et du notaire, le contrat ne recevra effectivement sa perfection, que lorsque l'acte du notaire aura reçu la sienne ; et les parties, quoique d'accord sur les conditions du marché, pourront licitement se dédire avant que l'acte ait été signé. C'est la décision de la fameuse loi *Contractus*, 17, Cod. *de Fid. instr.* qui se trouve aussi aux Instit. *tit. de Contrah. empt.* Mais si, en ce cas, l'acte ou l'instrument est requis pour la perfection du contrat, ce n'est pas par la nature du contrat, qui de soi n'exige pour sa perfection que le seul consentement des parties ; c'est parce que les parties contractantes l'ont voulu, et qu'il est permis aux parties qui contractent, de faire dépendre leur obligation de telle condition que bon leur semble (2).

Observez « que la convention, qu'il sera passé acte devant notaires d'un marché », ne fait pas par elle-même dépendre de cet acte la perfection du marché; il faut qu'il paraisse que l'intention des parties, en faisant cette convention, a été de l'en faire dépendre. C'est pourquoi il a été jugé par un arrêt de 1595, rapporté par Mornac, *ad. eamd.* L. 17, qu'une partie ne pouvait se dédire d'un traité de vente fait sous les signatures des parties, quoiqu'il y eût la clause, « qu'il en serait passé acte par-devant notaires », et que cet acte n'eût pas encore été passé ; parce qu'on ne pouvait pas conclure de cette clause seule, que les parties eussent voulu faire dépendre de l'acte devant notaires la perfection de leur marché ; cette clause ayant pu être ajoutée seulement pour en assurer davantage l'exécution, par les hypothèques que donne un acte devant notaires, et à cause du risque qu'un acte sous signatures privées court de s'égarer.

Mais lorsque le marché est verbal, il est plus facile à la partie à qui l'on en demande l'exécution de s'en dédire (3), en soutenant que le marché n'était

---

« en ont été faits.—Néanmoins le dé- « faut de mention que les originaux « ont été faits doubles, triples, etc., ne « peut être opposé par celui qui a exé- « cuté de sa part la convention portée « dans l'acte. »

(1) Cette division ne se trouve pas formellement indiquée dans le Code civil : et quoiqu'elle soit moins utile en droit français qu'en droit romain, cependant elle a encore son importance ; la tradition est nécessaire aujourd'hui, comme autrefois, pour faire commencer les obligations du dépositaire, de l'emprunteur, du commodataire, du créancier gagiste.

(2) C'est par un raisonnement semblable qu'on peut très bien expliquer l'art. 1325, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 9, note 3) ; chaque partie n'a voulu être obligée qu'autant qu'elle aurait elle-même la preuve légale de sa créance contre l'autre partie : la rédaction complète de l'écrit, dans une forme probante, est la condition tacite du marché; rien de plus vraisemblable, de plus naturel en pratique ; car le défaut de preuve d'un droit équivaut souvent à la non-existence de ce droit.

(3) Pothier semble supposer qu'il y a mauvaise foi de la part de cette par-

Source : BIU Cujas

que projeté jusqu'à la signature de l'acte devant notaire qu'on était convenu d'en passer ; parce que les marchés dont l'objet excède cent livres, ne pouvant se prouver par témoins, et n'y ayant par conséquent, en ce cas, d'autre preuve du marché que cette déclaration, elle doit être prise en son entier, comme nous le verrons en la quatrième partie, n° 799.

Lorsqu'il y a un acte sous signatures privées d'un marché qui n'a pas reçu sa perfection entière par les signatures de toutes les personnes exprimées dans l'acte, quelqu'une d'elles s'étant retirée sans signer, celles qui ont signé peuvent se dédire, et sont crues à dire qu'en faisant dresser cet acte, elles ont eu intention de faire dépendre de la perfection de cet acte leur convention. C'est sur ce principe, que par arrêt du 15 décembre 1654, rapporté par Soefve, t. 1, cent. 4, chap. 75, la vente d'un office faite par une veuve, tant en son nom que comme tutrice de son fils mineur, à un particulier, par un acte sous signatures privées, fut déclarée imparfaite ; et ce particulier qui avait signé l'acte, fut renvoyé de la demande de la veuve aux fins d'exécution de cet acte ; parce que l'acte n'avait point reçu toute sa perfection, n'ayant pas été signé par le curateur du mineur qui avait été nommé dans l'acte, comme y comparaissant pour le mineur, quoiqu'il y fût inutile (1).

12. La troisième division des contrats est en *contrats intéressés de part et d'autre*, *contrats de bienfaisance*, et *contrats mixtes*.

Les *contrats intéressés de part et d'autre* sont ceux qui se font pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties : tels sont les contrats de vente, d'échange, de louage, de constitution de rente, de société, et une infinité d'autres.

Les *contrats de bienfaisance* sont ceux qui ne se font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes : tels sont le prêt à usage, le prêt de consomption, le dépôt et le mandat (2).

Les contrats par lesquels celle des parties qui confère un bienfait à l'autre, exige d'elle quelque chose qui est au-dessous de la valeur de ce qu'elle lui donne, sont des *contrats mixtes* ; telles sont les donations faites sous quelque charge imposée au donataire.

13. Les *contrats intéressés de part et d'autre* se subdivisent en *contrats commutatifs* et *contrats aléatoires*.

Les *contrats commutatifs* sont ceux par lesquels chacune des parties contractantes donne et reçoit ordinairement l'équivalent de ce qu'elle donne ; tel est le contrat de vente : le vendeur doit donner la chose vendue, et recevoir le prix qui en est l'équivalent ; l'acheteur doit donner le prix, et recevoir la chose vendue qui en est l'équivalent (3).

---

tie : cela n'est pas parfaitement exact.

Nous pensons qu'on peut admettre comme présomption et comme règle générale, que toutes les fois que les parties ont voulu rédiger un écrit, on doit croire qu'elles entendaient subordonner leur engagement à la rédaction de cet écrit.

L'arrêt cité par Pothier n'est point un argument pour l'opinion contraire, car dans l'espèce il y avait déjà un écrit qui, quoique sous signature privée, prouvait néanmoins la convention.

En un mot, nous croyons que rien n'est plus raisonnable et plus utile en pratique que la doctrine de la loi 17 *C. de fid. instrum.*

(1) On comprendrait mieux cette décision s'il eût manqué la signature d'une des personnes dont la présence était utile pour la perfection du contrat.

(2) *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. »

(3) *V.* art. 1104, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1104 : « (Le contrat) est *commutatif*, lorsque chacune des parties « s'engage à donner ou à faire une

Source : BIU Cujas

On les distribue en quatre classes : Do *ut des*, Facio *ut facias*, Facio *ut des*, Do *ut facias*.

Les contrats *aléatoires* sont ceux par lesquels l'un des contractants, sans rien donner de sa part, reçoit quelque chose de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du risque qu'il a couru ; tous les jeux sont des contrats de cette nature, aussi bien que les gageures et les contrats d'assurance (1).

14. Une quatrième division des contrats est en *contrats principaux* et en *contrats accessoires*.

Les *contrats principaux* sont ceux qui interviennent principalement et pour eux-mêmes : les *contrats accessoires* sont ceux qui interviennent pour assurer l'exécution d'un autre contrat ; tels sont les contrats de cautionnement et de nantissement (2).

15. Une cinquième division des contrats est en ceux qui sont assujettis par le droit civil à *certaines règles* ou à *certaines formes*, et en ceux qui se règlent par le *pur droit naturel*.

Ceux qui sont assujettis parmi nous à *certaines règles* ou à *certaines formes*, sont le contrat de mariage, le contrat de donation (3), le contrat de lettre de change, le contrat de constitution de rente (4).

Les autres conventions ne sont, selon nos mœurs, assujetties à aucunes formes, ni à aucunes règles arbitraires (5), prescrites par la loi civile ; et pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, et qu'elles interviennent entre personnes capables de contracter, elles sont obligatoires, et produisent une action. Si nos lois ordonnent que celles dont l'objet excède la somme de cent livres (6) soient rédigées par écrit, elles n'ont en

---

« chose qui est regardée comme l'équi-
« valent de ce qu'on lui donne, ou de
« ce qu'on fait pour elle. — Lorsque
« l'équivalent consiste dans la chance,
« pour chacune des parties, de gain ou
« de perte d'après un événement in-
« certain, le contrat est *aléatoire*. »

(1) *V.* art. 1104, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

(2) Quoique le Code n'énumère pas cette division elle est importante à retenir.

(3) La donation a ses règles propres, non-seulement pour la forme, mais pour le fonds, et il ne faut pas la confondre avec les contrats.

(4) Sauf la limite du maximum du taux de l'arrérage, et la prohibition de défendre le rachat au delà d'un certain espace de temps, la constitution de rente n'a pas de formes particulières.

(5) *V.* cependant l'art. 2127, C. civ., pour la constitution d'hypothèque.

Art. 2127 : « L'hypothèque conven-
« tionnelle ne peut être consentie que
« par acte passé en forme authentique
« devant deux notaires ou devant un
« notaire et deux témoins. »

(6) Aujourd'hui cent cinquante. *V.* art. 1341, C. civ. De plus, dans certains cas, la loi exige toujours une preuve par écrit. *V.* art. 2044 et 2085, C. civ.

Art. 1341 : « Il doit être passé acte
« devant notaires ou sous signature
« privée, de toutes choses excédant la
« somme ou valeur de cent cinquante
« francs, même pour dépôts volontai-
« res ; et il n'est reçu aucune preuve
« par témoins contre et outre le con-
« 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. »

Art. 2044 : « La transaction est un
« contrat par lequel les parties termi-
« nent une contestation née, ou pré-
« viennent une contestation à naître.
« — Ce contrat doit être rédigé par
« écrit. »

Art. 2085 : « L'antichrèse ne s'éta-
« blit que par écrit. — Le créancier
« n'acquiert par ce contrat que la fa-
« culté de percevoir les fruits de l'im-
« meuble, à la charge de les imputer
« annuellement sur les intérêts, s'il lui
« en est dû, et ensuite sur le capital de
« sa créance. »

Source : BIU Cujas

vue en cela que de régler la manière dont elles doivent être prouvées, dans le cas où l'on disconviendrait qu'elles fussent intervenues; mais leur intention n'est pas que l'écrit soit de la substance de la convention ; elle est sans cela valable, et les contractants qui ne nient pas qu'elle soit intervenue, peuvent être contraints de l'exécuter. On peut même ordinairement déférer le serment décisoire à celui qui en disconviendrait; l'écrit n'est nécessaire que pour la preuve, et non pour la substance de la convention.

ART. III. — Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats.

16. Les vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats, sont l'erreur, la *violence,* le *dol,* la *lésion,* le *défaut de cause* dans l'engagement, le *défaut de lien* (1).

Nous traiterons de ces différents défauts dans autant de paragraphes séparés.

A l'égard des vices qui résultent de l'*inhabilité* de quelques-unes des parties contractantes, ou de ce qui fait l'objet des contrats, nous en traiterons dans les articles suivants.

§ Ier. *De l'erreur.*

17. L'*erreur* est le plus grand vice des conventions : car les conventions sont formées par le consentement des parties; et il ne peut pas y avoir de consentement, lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention : *Non videntur qui errant consentire;* L. 116, § 2, *de Reg. jur.;* L. 57, *de Obligat. et act.*

C'est pourquoi si quelqu'un entend me vendre une chose, et que j'entende la recevoir à titre de prêt ou par présent, il n'y a, en ce cas, ni vente, ni prêt, ni donation. Si quelqu'un entend me vendre ou me donner une certaine chose, et que j'entende acheter de lui une autre chose, ou accepter la donation d'une autre chose, il n'y a ni vente, ni donation. Si quelqu'un entend me vendre une chose pour un certain prix, et que j'entende l'acheter pour un moindre prix, il n'y a pas de vente ; car, dans tous ces cas, il n'y a pas de consentement. *Sive in ipsâ emptione dissentiam, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est ;* L. 9, ff. *de Contrah. empt.*

18. L'erreur annulle la convention, non-seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue, et qui fait la substance de cette chose (2). C'est pourquoi si, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achète de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre

---

(1) *V.* art. 1109, 1118 et 1119, C. civ.

Art. 1109 : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, « ou s'il a été extorqué par violence « ou surpris par dol. »

Art. 1118 : « La lésion ne vicie les « conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en « la section (7, ch. 5; — 1304 à 1314).»

Art. 1119 : « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son « propre nom, que pour soi-même. »

(2) *V.* art. 1110, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1110 : « L'erreur n'est une « cause de nullité de la convention que « lorsqu'elle tombe sur la substance « même de la chose qui en est l'objet. « — Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la « personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la « considération de cette personne ne « soit la cause principale de la convention. »

Source : BIU Cujas

argenté; quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été détruit mon consentement; car la chose que j'ai voulu acheter est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre étant des chandeliers de cuivre, on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter. C'est ce que Julien décide en une espèce à peu près semblable, en la loi 41, § 1, ff. *eod. tit.*, et Ulpien en la loi 41, § 1, ff, *eod. tit.*, lorsqu'il dit : *Si æs pro auro veneat, non valet.*

Il en est autrement lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité accidentelle de la chose.

Par exemple, j'achète chez un libraire un certain livre, dans la fausse persuasion qu'il est excellent, quoiqu'il soit au-dessous du médiocre : cette erreur ne détruit pas mon consentement, ni par conséquent le contrat de vente; la chose que j'ai voulu acheter, et que j'ai eue en vue, est véritablement le livre que le libraire m'a vendu, et non aucune autre chose; l'erreur dans laquelle j'étais sur la bonté de ce livre, ne tombait que sur le motif qui me portait à l'acheter, et elle n'empêche pas que ce soit véritablement le livre que j'ai voulu acheter : or nous verrons dans peu que l'erreur dans le motif ne détruit pas la convention; il suffit que les parties n'aient pas erré sur la chose qui en fait l'objet, *et in eam rem consenserint.*

19. L'erreur sur la personne avec qui je contracte, détruit-elle pareillement le consentement, et annulle-t-elle la convention ?

Je pense qu'on doit décider cette question par une distinction. Toutes les fois que la considération de la personne avec qui je veux contracter, entre pour quelque chose dans le contrat que je veux faire, l'erreur sur la personne détruit mon consentement, et rend par conséquent la convention nulle. Par exemple, si, voulant donner ou prêter une chose à Pierre, je la donne ou je la prête à Paul que je prends pour Pierre, cette donation et ce prêt son nuls, par défaut de consentement de ma part; car je n'ai pas voulu donner ni prêter cette chose à Paul : je ne l'ai voulu donner ou prêter qu'à Pierre; la considération de la personne de Pierre entrait dans la donation ou le prêt que je voulais faire.

Pareillement, si voulant faire faire un tableau par *Natoire*, je fais marché, pour faire ce tableau, avec Jacques que je prends pour *Natoire*, le marché est nul, faute de consentement de ma part : car je n'ai pas voulu faire faire un tableau par Jacques, mais par *Natoire*; la considération de la personne de *Natoire* et de sa réputation, entrait dans la marché que je voulais faire.

Observez néanmoins que si Jacques, qui ignorait que je le prenais pour *Natoire*, a, en conséquence de cette convention erronée, fait le tableau, je serai obligé de le prendre et de le payer, suivant le dire des experts. Mais ce n'est pas, en ce cas, la convention qui m'y oblige, cette convention, qui est nulle, ne pouvant produire aucune obligation : la cause de mon obligation est, en ce cas, l'équité, qui m'oblige à indemniser celui que j'ai par mon imprudence induit en erreur : il naît de cette obligation une action qui s'appelle *actio in factum.*

Nous avons vu que l'erreur sur la personne annulle la convention, toutes les fois que la considération de la personne entre dans la convention (1).

Au contraire, lorsque la considération de la personne avec qui je croyais contracter, n'est entrée pour rien dans le contrat, et que j'aurais également voulu faire ce contrat avec quelque personne que ce fût, comme avec celui avec qui j'ai cru contracter, le contrat doit être valable. Par exemple, j'ai acheté chez un libraire un livre en blanc, qu'il s'est obligé de me livrer relié : quoique ce libraire, en me le vendant, ait cru le vendre à Pierre à qui je ressemble; qu'il m'ait nommé du nom de Pierre en me le vendant, sans que je

(1) *V.* art. 1110, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

l'aie désabusé, cette erreur en laquelle il a été sur la personne à qui il vendait son livre n'annulle pas la convention, et ne peut fonder le refus qu'il ferait de me liver ce livre pour le prix convenu, dans le cas auquel le livre, depuis le marché, serait enchéri : car, quoiqu'il ait cru vendre son livre à Pierre, néanmoins comme il lui était indifférent à qui il débitât sa marchandise, ce n'est pas précisément et personnellement à Pierre qu'il a voulu vendre ce livre, mais à la personne qui lui donnerait le prix qu'il demandait, quelle qu'elle fût ; et par conséquent il est vrai de dire que c'est à moi, qui étais cette personne, qu'il a voulu vendre son livre, et envers qui il s'est obligé de le livrer. C'est l'avis de Barbeyrac, sur Pufendorf, L. 3, ch. 6, n° 7, note 2.

20. L'erreur dans le motif annulle-t-elle la convention ?

Pufendorf, L. 3, ch. 6, n° 7, pense qu'elle l'annulle, pourvu que j'aie fait part, à celui avec qui je contractais, de ce motif erroné qui me portait à contracter ; parce qu'en ce cas les parties doivent, suivant son avis, être censées avoir voulu faire dépendre leur convention de la vérité de ce motif comme d'une espèce de condition. Il rapporte pour exemple le cas auquel, sur un faux avis de la mort de mes chevaux, j'en aurais acheté, en faisant part dans la conversation à mon vendeur, de la nouvelle que j'avais eue. Il pense que, dans ce cas, lorsque j'aurai eu avis de la fausseté de la nouvelle, je pourrai me dispenser de tenir le marché, pourvu qu'il n'ait encore été exécuté ni de part ni d'autre, et à la charge par moi de dédommager le vendeur, s'il souffrait quelque chose de l'inexécution du marché.

Barbeyrac fait très bien remarquer l'inconséquence de cette raison : car, s'il était vrai que nous eussions fait dépendre notre convention de la vérité de la nouvelle que j'avais eue, la nouvelle se trouvant fausse, la convention serait absolument nulle, *defectu conditionis ;* et le vendeur ne pourrait par conséquent prétendre aucuns dommages et intérêts pour son inexécution. Barbeyrac décide ensuite fort bien que cette erreur dans le motif ne donne aucune atteinte à la convention. En effet, de même que, dans les legs, la fausseté du motif dont le testateur s'est expliqué n'influe pas sur le legs, et ne l'empêche pas d'être valable (Instit. *tit. de Legat.*, § 32 ; L. 72, § 6, ff. *de Cond. et dem.*) parce qu'il n'en est pas moins vrai que le testateur a voulu faire le legs, et qu'on ne peut pas conclure de ce qu'il a dit sur le motif qui le portait à léguer, qu'il ait voulu faire dépendre son legs de la vérité de ce motif comme d'une condition, si cela n'est justifié d'ailleurs ; de même et à bien plus forte raison doit-on décider, à l'égard des conventions, que l'erreur dans le motif qui a porté l'une des parties à contracter, n'influe pas sur la convention, et ne l'empêche pas d'être valable ; parce qu'il y a beaucoup moins lieu de présumer que les parties aient voulu faire dépendre leur convention de la vérité de ce motif comme d'une condition ; les conditions devant s'interpréter *prout sonant*, et les conditions qui n'y peuvent être apposées que par la volonté des deux parties, devant s'y suppléer bien plus difficilement que dans les legs.

§ II. *Du défaut de liberté.*

21. Le consentement qui forme les conventions doit être libre.

Si le consentement de quelqu'un des contractants a été extorqué par violence, le contrat est vicieux. Au reste, comme le consentement, quoiqu'extorqué par violence, est un consentement tel quel, *voluntas coacta est voluntas* (*gloss. ad* L. 21, § 5, ff. *Quod met. caus.*), on ne peut pas dire, comme dans le cas de l'erreur, qu'il n'y ait point eu absolument de contrat. Il y en a un, mais il est vicieux ; et celui dont le consentement a été extorqué par violence, ou bien ses héritiers ou cessionnaires, peuvent le faire annuler et rescinder, en obtenant pour cet effet des lettres de rescision (1).

(1) Il n'est pas nécessaire aujourd'hui d'obtenir au préalable des lettres de rescision.

Source : BIU Cujas

Que si, depuis que la violence a cessé, il a approuvé le contrat, soit expressément, soit tacitement, en laissant passer le temps de la restitution, qui est de dix ans depuis que la violence a cessé, le vice du contrat est purgé (1).

22. Lorsque la violence a été commise par celui avec qui j'ai contracté, ou lorsqu'il en a été participant, la convention n'est pas valable, ni selon le droit civil, qui donne une action pour la faire rescinder, ni même selon le droit naturel. Car, quand on supposerait qu'il résulterait une obligation de ma part envers vous, du consentement que j'ai donné au contrat, quoiqu'extorqué par violence, l'injustice que vous avez commise envers moi, en exerçant cette violence, vous oblige, de votre côté, à m'indemniser de ce que j'en ai souffert; et cette indemnité consiste à m'acquitter de l'obligation que vous m'avez obligé de contracter (2) : d'où il suit que mon obligation, quand on en supposerait une, ne peut être valable selon le droit naturel; c'est la raison que donne Grotius, *de Jure bell. lib.* 2, *cap.* 11, n° 7.

23. Lorsque la violence qu'on a exercée contre moi pour me forcer à contracter, a été exercée par un tiers, sans que celui avec qui j'ai contracté en ait été participant, le droit civil ne laisse pas de venir à mon secours; et il rescinde toutes les obligations contractées par violence, de quelque part que soit venue la violence. C'est ce qui résulte de ces termes de la loi 9, § 1, ff. *Quod met. Prætor generaliter* (3), *et in* REM *loquitur* (4). Mais Grotius prétend que ce n'est en ce cas que du droit civil que je tiens la rescision de mon obligation, qui serait valable dans les termes du pur droit naturel : il n'y a, selon lui, que le droit civil qui répute pour imparfait mon consentement, à cause du trouble d'esprit que m'a causé la violence ; à peu près de la même manière qu'il répute pour imparfait le consentement des mineurs, lorsqu'il leur accorde la restitution contre leurs contrats, *propter infirmitatem judicii.* Mais selon cet auteur, aux termes du pur droit naturel, mon consentement, quoique donné dans le trouble que cause la violence, ne laisse pas d'être un vrai consentement, suffisant pour former une obligation, de même que celui d'un mineur, quoiqu'il n'ait pas encore toute la maturité d'entendement que donne un âge plus avancé.

Pufendorf et Barbeyrac pensent au contraire que, dans les termes mêmes du pur droit naturel, lorsque j'ai été contraint par violence à contracter, le con-

---

(1) *V.* art. 1115, C. civ.

Art. 1115 : « Un contrat ne peut « plus être attaqué pour cause de vio- « lence, si, depuis que la violence a « cessé, ce contrat a été approuvé, « soit expressément, soit tacitement, « soit en laissant passer le temps de « la restitution fixé par la loi. »

(2) Il nous paraît bien plus simple de dire que l'obligation est nulle, ou tout au moins annulable. Pourquoi invoquer le droit naturel pour faire naître ainsi deux obligations en sens contraire et qui se compensent et s'élident mutuellement ?

Il est même à remarquer que si cette raison de Grotius était fondée, il en résulterait que jamais l'obligation ne serait purgée de son vice de violence *lapsu temporis*, car la seconde obligation, celle d'indemniser, doit avoir autant de force, autant de durée que la première obligation, c'est-à-dire, celle contractée par violence.

(3) *Id est, impersonaliter, de solâ re, de solâ vi illatâ, non attendens per quem illata sit, an per ipsum cum quo invitus contraxi, an per alium.* C'est pourquoi les basiliques ont retranché les termes, *sciente emptore,* qui se trouvent dans la Loi 7, Cod. *de His quæ vi, etc.*, étant indifférent que celui à qui j'ai été contraint par violence de vendre, ait eu connaissance ou non de cette violence. (*Note de l'éd. de* 1764.)

(4) *V.* art. 1111, C. civ.

Art. 1111 : « La violence exercée « contre celui qui a contracté l'obliga- « tion, est une cause de nullité, en- « core qu'elle ait été exercée par un « tiers autre que celui au profit duquel « la convention a été faite. »

Source : BIU Cujas

trat ne m'oblige point, quoique celui avec qui j'ai contracté, n'ait eu aucune part à la violence.

Voici la raison qu'en apporte Barbeyrac. Il est vrai, dit-il, qu'un consentement, quoique extorqué par violence, est un consentement : *Coacta voluntas, voluntas est;* et il suffit pour nous rendre coupables, lorsque nous consentons, quoique contraints, à faire ce que la loi naturelle défend, ou à nous abstenir de ce qu'elle commande : ainsi un chrétien était coupable lorsqu'il sacrifiait aux idoles, quoiqu'il y fût contraint par la crainte de la mort et des supplices. Mais, quoique le consentement extorqué par violence soit un vrai consentement, il ne suffit pas, pour nous obliger valablement à donner ou à faire ce que nous avons promis à quelqu'un; parce que la loi naturelle ayant soumis à notre choix libre et spontané tout ce qu'elle permet, ce ne peut être que par un consentement libre et spontané que nous pouvons nous obliger envers quelqu'un à lui donner ou à faire ce que la loi naturelle nous permettait de lui donner ou de ne pas lui donner, de faire ou de ne pas faire (1).

La convention n'en est donc pas moins vicieuse, quoique celui avec qui l'on m'a forcé de faire cette convention n'ait pas eu de part à la violence qui m'a été faite. Car, quoiqu'il n'y ait pas eu de part, mon consentement n'en a pas moins été imparfait; et c'est à cette imperfection de mon consentement que la loi a égard pour me délier de l'obligation qu'on prétendrait en résulter : *Neque enim lex adhibenti vim irascitur, sed passo succurrit; et iniquum illi videtur id ratum esse, quod aliquis, non quia voluit, pactus est, sed quia coactus est : nihil autem refert per quem illi necesse fuit; iniquum enim, quod rescinditur, facit persona ejus qui passus est, non persona facientis.* Senec., *Controver.* IV, 26.

24. Pufendorf excepte un cas auquel l'obligation, quoique contractée par l'impression de la crainte que me cause la violence qu'on exerce sur moi, ne laisse pas d'être valable : c'est le cas auquel j'aurais promis quelque chose à quelqu'un pour qu'il vînt à mon secours, et qu'il me délivrât de la violence qu'un autre exerçait sur moi.

Par exemple, si, étant attaqué par des voleurs, j'aperçois quelqu'un à qui je promets une somme pour qu'il me vienne délivrer d'entre leurs mains, cette obligation, quoique contractée sous l'impression de la crainte de la mort, sera valable. C'est aussi la décision de la loi 9, § 1, ff. *Quod met. causâ. Eleganter Pomponius ait : Si quò magis te de vi hostium vel latronum tuerer, aliquid à te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri... ego enim operæ potiùs meæ mercedem accepisse videor* (2).

Néanmoins si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste recompense du service qui m'a été rendu (3).

25. La violence qui fait pécher le contrat par défaut de liberté, doit, selon

---

(1) Ce serait, en vérité, un bien singulier droit naturel, le droit qui nous obligerait à exécuter une promesse extorquée par la violence!

Ne nous érigeons point en juges des chrétiens qui sauvaient leur vie, ne damnons personne, et disons sans hésiter que la raison, et par conséquent le droit naturel, exigent la liberté de la volonté pour contracter valablement.

(2) *Ei qui aliquem à latrunculis vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur, si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est : quia contemplationem salutis certo modo æstimari non placuit.* Paul. *sent.* lib. 5, tit. 11, § 6.

Ces expressions *in infinitum*, signifient que les limites apportées aux libéralités, notamment par la loi *Cintia*, ne reçoivent point d'application dans cette espèce.

(3) On devrait avoir égard à la fortune de celui qui a été délivré, à l'imminence et à la gravité du danger, ainsi qu'aux efforts du libérateur.

Source : BIU Cujas

les principes du droit romain, être une violence capable de faire impression sur une personne courageuse, *metus non vani hominis, sed qui in homine constantissimo cadat* (1); L. 6, ff. *dicto titulo.*

Il faut que la partie qui prétend avoir été forcée à contracter, ait été intimidée par la crainte d'un grand mal, *metu majoris mali* (L. 5, ff. *Dict. tit.*), soit en sa propre personne, soit en celle de ses enfants, ou de quelque autre de ses proches (2); *nam nihil interest in se quis veritus sit, an in liberis suis*, L. 8, ff. 3, *eod. tit.* Il faut que ce soit un mal qu'elle ait été menacée d'endurer sur-le-champ, si elle ne faisait ce qu'on lui proposait; *metum præsentem, non suspicionem inferendi ejus*, L. 9, ff. *dicto titulo.*

Lorsque les menaces dont quelqu'un s'est servi pour me faire contracter avec lui quelque engagement, ne sont que des menaces vagues et pour l'avenir, dont je me suis vainement intimidé; quoique, selon le principe du droit romain, le contrat ne soit pas estimé pécher en ce cas par le défaut de liberté dans le consentement, il ne faut pas en conclure que cette manœuvre doive être impunie, et que le contrat doive subsister. La loi 7, ff. *dicto titulo*, dit bien : *Si quis meticulosus rem nullam frustrà timuerit*, PER HOC EDICTUM *non restituitur;* mais elle ne dit pas absolument *non restituitur.* Si le contrat ne pèche pas en ce cas par le défaut de ce que les lois jugent requis pour la liberté du consentement, il pèche par le défaut de la bonne foi qui doit régner dans tous les contrats.

Cette manœuvre dont s'est servi celui avec qui j'ai contracté, est une injustice qui l'oblige envers moi à la réparation du tort qu'elle m'a causé; et c'est dans la rescision du contrat que consiste la réparation du tort (3). Grotius, *dict. loco.*

Si c'est par le fait d'un tiers que je me suis laissé vainement intimider, et que celui avec qui j'ai contracté n'y ait aucune part, le contrat sera valable, et j'aurai seulement l'action *de dolo* contre celui qui m'a intimidé.

Tous ces principes du droit romain sont très justes, et pris dans le droit naturel; sauf que celui qui ne connaît d'autre crainte suffisante pour faire pécher un contrat par défaut de liberté, que celle qui est capable de faire impression sur l'homme le plus courageux, est trop rigide, et ne doit pas être parmi nous suivi à la lettre : mais on doit en cette matière avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes (4); et telle crainte qui ne serait pas jugée

---

(1) *V.* art. 1112, C. civ.

Art. 1112 : « Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.— On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes. »

(2) *V.* art. 1113, C. civ.

Art. 1113 : « La violence est une cause de nullité du contrat, non-seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants. »

Pothier dit : *ou de quelqu'autre de ses proches.* Le Code au contraire limite sa disposition au *conjoint*, aux *descendants* ou *ascendants.* Il ne faut pas conclure qu'il soit défendu aux juges d'avoir égard à la violence exercée sur un autre parent collatéral, au contraire, ils pourront, en appréciant les circonstances, déclarer que cette violence exercée sur d'autres a fait ou non impression suffisante sur la partie contractante. Tandis que dans les cas prévus par la loi, les juges ne peuvent pas, en constatant la violence, déclarer que le contractant a été insensible.

(3) La cause de la rescision serait alors le dol plutôt que la violence, aussi Pothier conclut-il immédiatement qu'il n'y aurait pas lieu à la rescision si cette cause procédait d'un tiers.

(4) *V.* art. 1112, 2e alinéa, ci-dessus, note 1.

Source : BIU Cujas

suffisante pour avoir intimidé l'esprit d'un homme d'un âge mur et d'un militaire, et pour faire en conséquence rescinder le contrat qu'il aura fait, peut être jugée suffisante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard. *Voyez* Brunneman, *ad.* L, 6, ff. *Quod met. causâ*, et les docteurs par lui cités.

26. La violence qui peut donner lieu à la rescision du contrat, doit être une violence injuste, *adversus bonos mores*, L. 3, § 1, ff. *dicto titulo*. Les voies de droit ne peuvent jamais passer pour une violence de cette espèce : c'est pourquoi un débiteur ne peut jamais se pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec son créancier, sur le seul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier lui a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps qu'il avait droit d'exercer, ni même sur le prétexte qu'il a fait ce contrat en prison, lorsque le créancier a eu droit de l'emprisonner. La loi 22, ff. *Quod met. causâ*, qui dit : *Qui in carcerem quem detrusit ut aliquid ei extorqueret, quicquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est*, doit s'entendre d'un emprisonnement injuste; *Voyez* Wissembach, p. 1, disp. 13 n° 22.

27. La crainte de déplaire à un père, à une mère, ou autres personnes à qui l'on doit des égards, n'est pas non plus une crainte qui rende vicieux le contrat fait par l'impression de cette espèce de crainte (1); L. 22, ff. *de Rit. nupt.*; L. 26, § 1, ff. *de Pign. et Hyp.*; Duaren, *ad hunc Tit.*, et Wissenbach, disp. 13, chap. 13, etc. Mais si celui qui a une personne sous sa puissance, avait employé les mauvais traitements ou les menaces pour la forcer à contracter, le contrat pourrait, selon les circonstances, être sujet à rescision.

§ III. *Du dol.*

28. On appelle *dol*, toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour en tromper un autre : *Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam* (2); L. 1, § 1, ff. *de Dol.*

29. Lorsqu'une partie a été engagée à contracter par le dol de l'autre, le contrat n'est pas absolument et essentiellement nul, parce qu'un consentement, quoique supris, ne laisse pas d'être consentement; mais ce contrat est vicieux, et la partie qui a été surprise peut, dans les dix ans, en prenant des lettres de rescision (3), le faire rescinder, parce qu'il pèche contre la bonne foi qui doit régner dans les contrats.

Ajoutez que, si ma promesse m'engage envers vous, le dol que vous avez commis envers moi, en surprenant de moi cette promesse, vous engage à m'indemniser, et par conséquent à me décharger de cette promesse.

30. Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse : la seule dissimulation sur ce qui concerne la chose qui fait l'objet du marché, et que la partie avec qui je contracte aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi (4); car, puisqu'il nous est commandé d'aimer notre

---

(1) *V.* art. 1114, C. civ.

Art. 1114 : « La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou « autre ascendant, sans qu'il y ait eu « de violence exercée, ne suffit point « pour annuler le contrat. »

(2) *V.* art. 1116, C. civ.

Art. 1116 : « Le dol est une cause « de nullité de la convention, lorsque « les manœuvres pratiquées par l'une « des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ses manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.— « Il ne se présume pas, et doit être « prouvé. »

(3) Il n'est plus besoin aujourd'hui de prendre des lettres de rescision.

(4) La pratique de semblables règles prouverait une très grande délicatesse : mais aussi, il faut en convenir, les ventes et en général toutes les conventions deviendraient rares. Pothier

Source : BIU Cujas

prochain autant que nous-mêmes, il ne peut nous être permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, si nous eussions été à sa place. Cette maxime est traitée au long en notre *Traité du Contrat de vente*, part. 2, ch. 2; part. 3, sect. 2.

Dans le for extérieur, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes que celui avec qui il a contracté aurait données à la bonne foi; autrement il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas de la rescision, ce qui donnerait lieu à trop de procès, et causerait un dérangement dans le commerce. Il n'y a que ce qui blesse ouvertement la bonne foi qui soit, dans ce for, regardé comme un vrai dol, suffisant pour donner lieu à la rescision du contrat, tels que toutes les mauvaises manœuvres et tous les mauvais artifices qu'une partie aurait employés pour engager l'autre à contracter; et ces mauvaises manœuvres doivent être pleinement justifiées. *Dolum non nisi perspicuis indiciis probari convenit;* L. 6, Cod. *de Dol. mal.*

31. Il n'y a que le dol qui a donné lieu au contrat, qui puisse donner lieu à la rescision; c'est-à-dire, le dol par lequel l'une des parties a engagé l'autre à contracter, qui n'aurait pas contracté sans cela (1) : tout autre dol qui intervient dans les contrats, donne seulement lieu à des dommages et intérêts pour la réparation du tort causé à la partie qui a été trompée.

32. Il faut aussi, pour que je puisse faire rescinder mon engagement, que le dol qu'on a employé pour me porter à contracter, ait été commis par la personne avec qui j'ai contracté, ou du moins qu'elle en ait été participante (2) : s'il a été commis sans sa participation, et que je n'aie pas d'ailleurs souffert une lésion énorme, mon engagement est valable, et n'est pas sujet à rescision : j'ai seulement action contre le tiers qui m'a trompé, pour mes dommages et intérêts.

§ IV. *De la lésion entre majeurs.*

33. L'équité doit régner dans les conventions : d'où il suit que, dans les contrats intéressés dans lesquels l'un des contractants donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion que souffre l'un des contractants, quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité, en fait de commerce, consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux; parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner.

D'ailleurs, il y a de l'imperfection dans le consentement de la partie lésée;

---

nous paraît aller au delà de ce qu'exige la conscience. Le casuiste le plus rigide n'exigera jamais que le vendeur énumère tous les vices, toutes les mauvaises qualités, tous les défauts graves ou légers de la chose qu'il désire vendre. Nous ajouterons que cet homme si honnête, si délicat, serait constamment victime, car il sera facilement cru lorsqu'il énumérera les défauts de la chose, et il n'obtiendra pas une égale confiance lorsqu'il énoncera les bonnes qualités.

(1) C'est aussi ce qu'exige l'art. 1116 : *Lorsqu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté.* V. p. 19, note 2. C'est le dol que les commentateurs qualifiaient *dans causam contractui.*

(2) L'art. 1116, ci-dessus cité, veut que *les manœuvres aient été pratiquées par l'une des parties.*

La loi nous protége plus efficacement contre la violence que contre le dol. Celui qui est victime d'un dol doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance, il y a eu de sa part de l'imprudence. Au contraire, malgré toutes les précautions, nous pouvons être victimes de la violence.

Source : BIU Cujas

car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat, que dans la fausse supposition que ce qu'elle recevait à la place, valait autant que ce qu'elle donnait; et elle était dans la disposition de ne vouloir le donner, si elle eût su que ce qu'elle recevait, valait moins.

Au reste, il faut observer : 1° que le prix des choses ne consiste pas ordinairement dans un point indivisible : il y a une certaine étendue sur laquelle il est permis aux contractants de se débattre; et il n'y a pas de lésion, ni par conséquent d'iniquité dans un contrat, à moins que ce que l'un des contractants a reçu, ne soit au-dessus du plus haut prix de la chose qu'il a donnée, ou au-dessous du plus bas. *Voyez* notre *Traité du Contrat de vente*, n° 242.

34. 2° Quoique toute lésion, quelle qu'elle soit, rende les contrats iniques, et par conséquent vicieux, et que le for intérieur oblige à suppléer le juste prix (1), néanmoins, dans le for extérieur, les majeurs ne sont point écoutés à se plaindre de leurs conventions pour cause de lésion, à moins que la lésion ne soit énorme; ce qui a été sagement établi pour la sûreté et la liberté du commerce, qui exige qu'on ne puisse facilement revenir contre les conventions; autrement nous n'oserions contracter, dans la crainte que celui avec qui nous aurions contracté, s'imaginant avoir été lésé, ne nous fît par la suite un procès (2).

On estime communément *énorme* la lésion qui excède la moitié du juste prix. Celui qui a souffert cette lésion, peut, dans les dix ans du contrat, en obtenant des lettres de rescision, en demander la nullité (3). *Voyez* sur cette action rescisoire, notre *Traité du Contrat de Vente*, part. 5, chap. 2, sect. 2.

35. Il y a néanmoins certaines conventions dans lesquelles l'égalité est plus particulièrement requise, tels que sont les partages entre cohéritiers ou copropriétaires; Molin., *de Usur. quæst.* 14, n° 182.

A l'égard de ces conventions, il suffit que la lésion excède le quart du juste prix, pour qu'elle donne lieu à la restitution.

C'est ce que les praticiens appellent lésion *du tiers au quart;* c'est-à-dire une lésion qui roule entre le tiers et le quart, qui peut ne pas aller tout à fait jusqu'au tiers, mais qui doit au moins excéder le quart.

Par exemple, si j'ai été lésé dans un partage, dans lequel il aurait dû me revenir douze mille livres pour mon lot, il n'est pas nécessaire, pour que je puisse me pourvoir contre, que la lésion que j'ai soufferte aille jusqu'à la somme de quatre mille livres, qui est le tiers de ce que j'aurais dû avoir; il suffit qu'elle excède celle de trois mille livres, qui en est le quart (4). Imbert. *Enchirid.*, au titre *Division et partage mal faits.*

36. Au contraire, il y a certaines conventions contre lesquelles les ma-

---

(1) Il est permis, dans le for intérieur, de faire un gain dans un contrat commutatif, pourvu que ce gain ne soit pas le résultat de mauvaises manœuvres.

(2) *V.* art. 1118, C. civ., ci-dessus, p. 13, note 1.

(3) *V.* art. 1674, C. civ.

Art. 1674 : « Si le vendeur a été « lésé de plus de sept douzièmes dans « le prix d'un immeuble, il a le droit « de demander la rescision de la vente, « quand même il aurait expressément « renoncé dans le contrat à la faculté « de demander cette rescision, et qu'il « aurait déclaré donner la plus-value. »

(4) *V.* art. 887, 2 alinéa, C. civ.

Art. 887 : « Les partages peuvent « être rescindés pour cause de vio- « lence ou de dol. — Il peut aussi y « avoir lieu à rescision, lorsqu'un des « cohéritiers établit, à son préjudice, « une lésion de plus du quart. La sim- « ple omission d'un objet de la succes- « sion ne donne pas ouverture à l'ac- « tion en rescision, mais seulement à « un supplément à l'acte de par- « tage. »

Source : BIU Cujas

jeurs ne peuvent être restitués pour cause de lésion, quelque énorme qu'elle soit.

Telles sont les transactions, suivant l'édit de François II, du mois d'avril 1560.

On appelle *transactions*, les conventions qui se font sur des prétentions pour lesquelles il y avait entre les parties procès mû, ou prêt à mouvoir.

La raison de l'édit se tire de la nature particulière de ces conventions.

Dans les autres contrats *intéressés*, chacun des contractants a intention de recevoir autant qu'il donne, et de ne rien relâcher de ce qui lui appartient : son consentement n'est donc pas entièrement parfait, lorsqu'il est lésé ; puisqu'en ce cas il part d'une erreur dans laquelle il est, *qu'il reçoit autant qu'il donne ;* et c'est sur le fondement de ce défaut dans son consentement, qu'il est admis à se faire restituer contre le contrat. Au contraire, dans les *transactions,* par la nature même de ces conventions, les contractants ont intention d'éviter un procès, même aux dépens de ce qui leur appartient (1).

De ces principes, il suit que la disposition de l'édit ne doit pas être étendue à des conventions qui ne décideraient aucune contestation, et qui, par exemple, ne contiendraient autre chose qu'un partage, encore bien qu'elles eussent été qualifiées par le notaire de *transaction ;* car ce n'est pas le nom que le notaire donne à l'acte, mais la nature de l'acte, qui en doit régler l'effet (2).

37. On n'admet guère non plus la restitution pour cause de lésion dans les contrats dans lesquels le prix de la chose qui en fait l'objet étant très incertain, il est difficile ou presque impossible de déterminer quel en est le juste prix, et de juger par conséquent s'il y a lésion au delà de la moitié du juste prix.

Tel est le contrât de vente de droits successifs ; car l'incertitude des dettes qui peuvent survenir, rend très incertain le prix des droits successifs (3).

Tels sont tous les contrats *aléatoires ;* car, quoique les risques dont se charge par ces contrats l'un des contractants, soient quelque chose d'appréciable à prix d'argent, il faut avouer néanmoins qu'il est très difficile de déterminer quel est le juste prix ; c'est pour cette raison qu'on n'admet guère la rescision pour cause de lésion, dans les constitutions de rentes viagères, dans les contrats d'assurance, etc.

38. Un acheteur qui achète un héritage plus de moitié au delà du juste prix, n'est pas non plus admis à la restitution, lorsque ce qui excède le prix intrinsèque est le prix de l'affection : c'est ce que nous avons expliqué dans notre *Traité du Contrat de Vente* (4), part. 2, ch. 2, art. 4, § 2.

---

(1) *V.* art. 2052, 2e alinéa, C. civ.

Art. 2052 : « Les transactions ont, « entre les parties, l'autorité de la « chose jugée en dernier ressort. — « Elles ne peuvent être attaquées pour « cause d'erreur de droit, ni pour « cause de lésion. »

(2) *V.* art. 888, C. civ.

Art. 888 : « L'action en rescision « est admise contre tout acte qui a « pour objet de faire cesser l'indivision « entre cohéritiers, encore qu'il fût « qualifié de vente, d'échange et de « transaction, ou de toute autre ma- « nière.—Mais après le partage, ou « l'acte qui en tient lieu, l'action en « rescision n'est plus admissible contre « la transaction faite sur les difficultés « réelles que présentait le premier « acte, même quand il n'y aurait pas « eu à ce sujet de procès commencé »

(3) *V.* art. 889, C. civ.

Art. 889 : « L'action (en rescision) « n'est pas admise contre une vente « de droit successif faite sans fraude à « l'un des cohéritiers, à ses risques et « périls, par ses autres cohéritiers ou « par l'un d'eux. »

(4) *V.* art. 1683, C. civ.

Art. 1683 : « La rescision pour lé- « sion n'a pas lieu en faveur de l'ache- « teur. »

Source : BIU Cujas

39. Les contrats qui n'ont pour objet que des choses mobilières, ne sont pas non plus sujets à rescision pour la seule cause de lésion, quelle qu'elle soit. La coutume d'Orléans, art. 446, en a une disposition.

La raison de ce droit peut être que nos pères faisaient consister la richesse dans les biens fonds, et faisaient peu de cas des meubles : de là vient que, dans la plupart des matières de notre droit français, les meubles sont peu considérés.

Il y a encore une autre raison tirée du fréquent commerce des choses mobilières, qui passent souvent dans plusieurs mains en peu de temps. Ce commerce serait troublé, si on admettait la restitution pour cause de lésion à l'égard des meubles.

On n'admet pas non plus la restitution pour cause de lésion contre les baux à ferme ou à loyer des héritages; car ces baux ne renferment qu'une disposition des fruits de l'héritage, qui sont quelque chose de mobilier.

§ V. *De la lésion entre mineurs.*

40. Tout ce que nous venons de dire sur la lésion, a lieu à l'égard des majeurs : mais les mineurs sont admis à la restitution contre leurs conventions, non-seulement pour cause de lésion énorme, mais pour quelque lésion que ce soit ; et ils y sont admis même à l'égard des conventions contre lesquelles nous avons dit que les majeurs n'étaient point admis à la restitution, telles que les transactions (1).

L'ordonnance de 1539, art. 134, a limité le temps dans lequel ils doivent demander cette restitution ; elle ne permet pas de les y recevoir après qu'ils ont accompli l'âge de trente-cinq ans (2).

Observez que l'ordonnance n'a pas dit *dans les dix ans* après majorité ; parce qu'il y a des provinces où l'on est majeur à vingt ans, comme en Normandie : elle a voulu à cet égard égaler tous les citoyens, et qu'ils fussent tous restituables jusqu'à l'âge de trente-cinq ans accomplis.

41. Il y a certaines conventions contre lesquelles les mineurs capables de contracter, c'est-à-dire émancipés, ne sont pas restitués, non plus que les majeurs, pour la seule cause de lésion ; telles sont les conventions pour l'aliénation ou l'acquisition des choses mobilières (3). La coutume d'Orléans, en l'article 446, en a une disposition.

---

(1) *V.* art. 1305, C. civ.

Art. 1305 : « La simple lésion donne « lieu à la rescision en faveur du mi- « neur non émancipé, contre toutes « sortes de conventions; et en faveur « du mineur émancipé, contre toutes « conventions qui excèdent les bornes « de sa capacité, ainsi qu'elle est dé- « terminée au titre *de la Minorité, de « la Tutelle et de l'Emancipation.* »

(2) *V.* art. 1304, C. civ.

Art. 1304 : « Dans tous les cas où « l'action en nullité ou en rescision « d'une convention n'est pas limitée à « un moindre temps par une loi par- « ticulière, cette action dure dix ans. « —Ce temps ne court, dans le cas de « violence, que du jour où elle a cessé; « dans le cas d'erreur ou de dol, du « jour où ils ont été découverts ; et « pour les actes passés par les femmes « mariées non autorisées, du jour de la « dissolution du mariage.—Le temps « ne court, à l'égard des actes faits « par les interdits, que du jour où l'in- « terdiction est levée; et à l'égard de « ceux faits par les mineurs, que du « jour de la majorité. »

(3) *V.* art. 1308, 1309, 1310 et 1314, C. civ.

Art. 1308 : « Le mineur commer- « çant, banquier ou artisan, n'est point « restituable contre les engagements « qu'il a pris à raison de son commerce « ou de son art. »

Art. 1309 : « Le mineur n'est point « restituable contre les conventions « portées en son contrat de mariage, « lorsqu'elles ont été faites avec le « consentement et l'assistance de ceux

Source : BIU Cujas

Nous n'en dirons pas davantage, devant traiter cette matière dans un Traité particulier.

§ VI. *Du défaut de cause dans le contrat.*

42. Tout engagement doit avoir une cause honnête (1).

Dans les contrats *intéressés*, la cause de l'engagement que contracte l'une des parties, est ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage de lui donner, ou le risque dont elle se charge. Dans les contrats de *bienfaisance*, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorsqu'un engagement n'a aucune cause, ou, ce qui est la même chose, lorsque la cause pour laquelle il a été contracté, est une cause fausse, l'engagement est nul, et le contrat qui le renferme est nul (2).

Par exemple, si croyant faussement vous devoir une somme de dix mille livres qui vous avait été léguée par le testament de mon père, mais qui a été révoqué par un codicille dont je n'avais pas connaissance, je me suis engagé de vous donner un certain héritage en paiement de cette somme, ce contrat est nul, parce que la cause de mon engagement, qui était l'acquittement de cette dette, est une cause qui s'est trouvée fausse : c'est pourquoi la fausseté de la cause étant reconnue, non-seulement vous ne pouvez avoir d'action pour vous faire livrer l'héritage ; mais si je vous l'avais déjà livré, j'aurais action pour vous le faire rendre ; et cette action s'appelle *condictio sine causâ* (3). Voyez le tit. ff. *de Cond. sine causâ.*

« dont le consentement est requis pour « la validité de son mariage. »

Art. 1310 : « Il n'est point restituable contre les obligations résultant « de son délit ou quasi-délit. »

Art. 1314 : « Lorsque les formalités « requises à l'égard des mineurs ou « des interdits, soit pour aliénation « d'immeubles, soit dans un partage « de succession, ont été remplies, ils « sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient faits « en majorité ou avant l'interdiction. »

(1) *V.* art. 1131, C. civ.

Art. 1131 : « L'obligation sans cause, « ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

(2) Pothier dit avec raison que l'engagement *sans cause* ou sur une *fausse cause* est la même chose ; les rédacteurs du Code civil ne devaient donc pas, dans l'article 1131, distinguer trois cas : 1° sans cause ; 2° fausse cause ; 3° cause illicite. Les deux premiers rentrent l'un dans l'autre, car toute personne qui s'oblige a une cause au moins putative pour contracter cet engagement.

(3) *V.* art. 1376 à 1381, C. civ.

Article 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.

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. »

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. »

Art. 1379 : « Si la chose indûment « reçue est un immeuble ou un meuble « corporel, celui qui l'a reçue s'oblige « 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. »

Art. 1380 : « Si celui qui a reçu de « bonne foi, a vendu la chose, il ne doit « restituer que le prix de la vente. »

Art. 1381 : « Celui auquel la chose « est restituée, doit tenir compte, même « au possesseur de mauvaise foi, de « toutes les dépenses nécessaires et « utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose. »

Source : BIU Cujas

43. Lorsque la cause pour laquelle l'engagement a été contracté, est une cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes mœurs, cet engagement est nul, ainsi que le contrat qui le renferme (1).

Ce principe sert à décider une question qui se présente souvent.

Une terre seigneuriale a été saisie réellement sur un débiteur, et adjugée par décret; la partie saisie a une convention avec l'adjudicataire, « qu'il lui donnerait une certaine somme, pour qu'elle lui remît les titres ». On demande si cette convention est valable?

La décision dépend de savoir si la cause de cette convention blesse la justice. Il est certain qu'elle la blesse; car les titres d'une seigneurie sont un accessoire de cette seigneurie, comme les clefs le sont d'une maison : or il est de la nature des choses accessoires qu'elles appartiennent à celui à qui la chose principale appartient : *Accessoria sequuntur jus ac dominium rei principalis.*

Les titres appartiennent donc à l'adjudicataire; l'adjudication, en lui transférant la propriété de la seigneurie, lui a transféré celle des titres : la partie saisie, lorsqu'elle a hypothéqué cette seigneurie, a consenti qu'à défaut de paiement, le créancier pût la vendre par décret, et elle s'est dès lors obligée à la délaisser, avec les titres, à l'adjudicataire, comme si elle l'eût vendue elle-même. Elle ne peut donc sans injustice les retenir. La convention par laquelle elle exige de l'adjudicataire de l'argent pour les lui remettre, a donc une cause qui blesse la justice, ce qui la rend nulle; c'est pourquoi, non-seulement elle ne donne aucune action à la partie saisie, pour exiger la somme qui lui a été promise; mais si l'adjudicataire l'avait payée, il aurait l'action contre elle pour la répéter (2).

Observez à l'égard de cette action, qu'on doit bien distinguer si la cause pour laquelle on a promis quelque chose, blessait la justice ou les bonnes mœurs, du côté seulement de la partie qui stipulait, ou de la part des deux parties.

Un exemple du premier cas, est celui que nous venons de rapporter ci-dessus : lorsque le saisi a stipulé une certaine somme de l'adjudicataire pour qu'i remette les titres, ce n'est que de la part du saisi que la justice est blessée; l'adjudicataire n'a, de son côté, blessé ni la justice ni les bonnes mœurs, en promettant cette somme pour avoir des titres dont il avait besoin, et qu'on ne voulait pas lui remettre sans cela. C'est dans ce cas, et dans les cas semblables, qu'il y a lieu à la répétition de ce qui a été donné en exécution de la convention.

Un exemple du second cas, est lorsqu'un officier a promis une certaine somme à un soldat, s'il se battait en duel contre un soldat d'un autre régiment. La cause de cet engagement blesse les bonnes mœurs, de la part des deux parties; car l'officier n'a pas moins blessé les lois et les bonnes mœurs en faisant cette promesse à son soldat, que le soldat à qui il l'a faite. Ce second cas convient avec le premier, en ce que, de même que dans le premier cas, l'engagement est nul, ayant une cause qui blesse les bonnes mœurs; et en conséquence il n'en peut naître aucune action, et le soldat qui s'est battu en duel, ne peut exiger de son officier la somme qu'il lui a promise pour cela : mais ce second cas diffère du premier, en ce que, si, en exécution de ce contrat, quoique nul, l'officier a payé la somme convenue, il n'en aura pas la ré-

---

(1) *V.* art. 1133, C. civ.

Art. 1133 : « La cause est illicite, « quand elle est prohibée par la loi, « quand elle est contraire aux bonnes « mœurs ou à l'ordre public. »

V. aussi art. 1131, p. 24, note 1.

(2) Il faudrait appliquer aujourd'hui cette décision à la convention qui interviendrait entre le saisi et l'adjudicataire pour la remise du titre de propriété. *V.* cependant ce que dit Pothier, au n° 46, *in fine.*

Source : BIU Cujas

pétition comme dans le cas précédent ; car l'officier qui a promis la récompense n'ayant pas moins péché contre les lois et les bonnes mœurs, que le soldat à qui il l'a promise, il est indigne du secours des lois pour la répétition de la somme.

Cette double décision est aux termes des lois mêmes : *Ubi dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus..... Quoties autem accipientis turpitudo versatur, repeti potest ;* L. 3, et L. 4, § 2, ff. *de Condict. ob turp. caus.*

44. Il n'est pas douteux, suivant ce que nous venons d'établir, que si j'ai promis quelque chose à quelqu'un pour commettre un crime, *putà,* pour donner des coups de bâton à un homme qui est mon ennemi, je ne suis pas obligé dans le for extérieur de tenir ma promesse : il y a plus de difficulté à l'égard du for de la conscience.

Grotius, II, XI, prétend que ces promesses ne sont pas à la vérité obligatoires, tant que le crime n'a pas été commis, et que jusqu'à ce temps, celui qui a fait la promesse peut s'en dédire en donnant un contre-ordre à celui à qui il l'a faite ; mais qu'aussitôt que le crime a été commis, la promesse devient obligatoire par le droit naturel, et dans le for de la conscience.

Sa raison est, que cette promesse est vicieuse en ce qu'elle est un appât au crime ; or ce vice cesse lorsque le crime est commis et consommé : le vice de cette promesse n'existant plus, rien n'empêche qu'elle ne produise son effet, qui est d'obliger à l'accomplissement celui qui l'a faite. Il rapporte l'exemple du patriarche Juda, qui s'acquitta de la promesse qu'il avait faite à Thamar pour jouir d'elle.

Pufendorf pense au contraire, qu'une promesse faite à quelqu'un pour lui faire commettre un crime, n'est pas plus obligatoire après qu'il l'a commis qu'auparavant ; parce que la récompense du crime qui renferme l'accomplissement d'une telle promesse, après que le crime a été commis, est une chose qui n'est pas moins contraire au droit naturel et aux bonnes mœurs, que l'invitation au crime. Si, après le crime commis, l'accomplissement de la promesse ne peut plus être un appât pour le commettre, il peut encore être un appât pour en commettre d'autres. D'ailleurs, toute obligation suppose un droit dans la personne envers qui elle a été contractée. Lorsque j'ai promis quelque chose à quelqu'un pour commettre un crime, l'acceptation qu'il a faite de la promesse n'est pas moins criminelle de sa part, que la promesse même : or un crime peut-il faire acquérir un droit ? Peut-on penser que la loi naturelle doive favoriser les scélérats jusqu'à leur assurer le salaire de leurs forfaits ? Ces raisons me déterminent pour l'avis de Pufendorf.

45. Je souscris pareillement à la décision qu'il donne ensuite, « que si j'ai volontairement payé, après le crime commis, ce que j'avais promis à quelqu'un pour le commettre, je n'ai pas plus de droit de le répéter selon les règles du for de la conscience, que selon celles du for extérieur, quoique j'aie payé en ce cas une chose que je ne devais pas ». Il est bien vrai que la loi naturelle et le droit civil accordent la répétition de ce qu'on a payé sans le devoir, lorsque le paiement a été fait par erreur : on suppose, en ce cas, que le paiement a été fait sous une espèce de condition « qu'il y aurait lieu à la répétition, au cas qu'on découvrît que la chose n'était pas due ».

Quoique cette condition n'ait pas été formelle, elle était virtuelle ; elle est conforme à la disposition de volonté en laquelle était celui qui a payé : l'équité qui ne permet pas de profiter de l'erreur d'un autre pour s'enrichir à ses dépens, fait supposer cette condition ; mais on ne peut faire une pareille supposition dans l'espèce dont il s'agit. Celui qui paie, le fait avec parfaite connaissance de la cause pour laquelle il paie ; il ne peut par conséquent retenir aucun droit pour répéter la chose dont il s'est exproprié volontairement, et avec une parfaite connaissance de cause. Il est vrai qu'il est contre le droit naturel, que

Source : BIU Cujas

quelqu'un soit récompensé de son crime; et que le repentir que doit avoir celui qui l'a commis, doit le porter à abdiquer la récompense qu'il en a reçue : mais cela ne forme qu'une obligation imparfaite, telle que celle dont nous avons parlé au commencement de ce Traité, n° 1, qui ne donne aucun droit à une autre personne.

46. Une promesse a-t-elle une cause licite, lorsqu'elle est faite à quelqu'un pour qu'il donne ou fasse une chose qu'il était déjà obligé de donner ou de faire?

Pufendorf distingue très bien, sur cette question, l'obligation *parfaite* et l'obligation *imparfaite*. Lorsque l'obligation n'était qu'une obligation imparfaite, la promesse a une cause licite, et elle est obligatoire.

Par exemple, si j'ai promis quelque chose à quelqu'un pour qu'il me rendît un service; quoique la reconnaissance des bienfaits qu'il avait reçus de moi l'obligeât à me rendre ce service gratuitement, néanmoins la promesse que je lui ai faite, a une cause licite, et elle est obligatoire; car n'ayant aucun droit d'exiger de lui ce service, il a pu licitement, quoique indécemment, exiger de moi que je lui promisse quelque chose pour me faire acquérir le droit que je n'avais pas d'exiger ce service.

Au contraire, lorsque l'obligation est une obligation *parfaite*, la promesse que je fais à mon débiteur de lui donner quelque chose pour qu'il fasse ce qu'il était obligé de faire, est une promesse nulle, et qui a une cause illicite, lorsque c'est lui qui a exigé de moi que je lui fisse cette promesse. Telle est celle dont il a été parlé ci-dessus, « qu'un adjudicataire fait à la partie saisie, pour qu'il lui remette les titres du bien qui lui a été adjugé »; car étant obligé de les remettre, c'est de sa part une exaction, que de faire promettre quelque chose pour cela.

Mais quoique l'obligation soit une obligation *parfaite*, si la promesse que j'ai faite à mon débiteur, pour qu'il fît ce qu'il était obligé de faire, est une promesse que j'ai faite volontairement sans qu'il l'ait exigée, la promesse est valable, et a une cause licite et honnête; la cause n'étant autre chose, en ce cas, qu'une libéralité que j'ai voulu exercer envers lui.

§ VII. *Du défaut de lien dans la personne qui promet.*

47. Il est de l'essence des conventions qui consistent à promettre quelque chose, qu'elles produisent dans la personne qui a fait la promesse, une obligation qui l'oblige à s'en acquitter; d'où il suit que n'y ayant rien de plus contradictoire avec cette obligation, que l'entière liberté qui lui serait laissée de faire ou de ne pas faire ce qu'elle a promis, la convention qui lui laisserait cette entière liberté, serait absolument nulle par *défaut de lien*. Si donc, par exemple, je convenais avec vous de vous donner une chose, au cas que cela me plût, la convention serait absolument nulle (1).

Les jurisconsultes romains pensaient qu'il en était autrement de la convention par laquelle quelqu'un promettait de faire quelque chose, *lorsqu'il le voudrait*. Ils pensaient que ces termes ne laissaient pas au choix de celui qui avait fait la promesse, de faire ou de ne pas faire ce qu'il avait promis; qu'ils ne laissaient à son choix que le temps auquel il le ferait; et qu'ainsi la convention était valable, et obligeait ses héritiers, s'il était mort avant de l'avoir accomplie; L. 46, §§ 2 et 3, ff. *de Verb. oblig.* Mais il y a lieu de croire que cette distinction subtile ne serait point admise parmi nous, et que cette convention ne serait pas plus valable que l'autre.

---

(1) *V.* art. 1174, C. civ., qui consacre le principe.

Art. 1174 : « Toute obligation est « nulle, lorsqu'elle a été contractée « sous une condition potestative de la « part de celui qui s'oblige. »

Source : BIU Cujas

48. Il y a une vraie obligation, lorsque je promets de vous donner quelque chose, *si je le juge raisonnable :* car il n'est pas laissé à mon choix de vous le donner, ou de ne pas vous le donner, puisque je suis obligé, au cas que cela soit raisonnable ; L. 11, § 7, *de Leg.* 3°.

Enfin, quoique j'aie promis une chose sous une condition potestative, de manière qu'il dépende de ma volonté de l'accomplir, ou de ne la pas accomplir ; comme si je vous ai promis dix pistoles *en cas que j'allasse à Paris;* la convention est valable ; car il n'est pas entièrement en mon pouvoir de ne les pas donner, puisque je ne puis m'en dispenser qu'en m'abstenant d'aller à Paris : il y a donc de ma part une obligation et un véritable engagement ; L. 3, ff. *de Legat.* 2°.

ART. IV. — Des personnes qui sont capables, ou non, de contracter.

49. L'essence de la convention consistant, comme nous l'avons vu, dans le consentement, il s'ensuit qu'il faut être capable de consentir, et par conséquent avoir l'usage de la raison, pour être capable de contracter (1).

Il est donc évident que ni les enfants, ni les insensés, ni les fous, pendant que dure leur folie, ne peuvent contracter par eux-mêmes ; mais ces personnes peuvent contracter par le ministère de leurs tuteurs ou curateurs, comme nous le verrons en l'article suivant, § 4.

Il est évident que l'*ivresse,* lorsqu'elle va jusqu'au point de faire perdre l'usage de la raison, rend la personne qui est en cet état, pendant qu'il dure, incapable de contracter, puisqu'elle la rend incapable de consentement.

Les corps et communautés, les fabriques, les hôpitaux, etc., qui ne sont que personnes civiles, ne peuvent contracter par eux-mêmes ; mais ils peuvent contracter par le ministère de leurs syndics ou administrateurs.

50. Il y a des personnes qui, étant par la nature capables de contracter, en sont rendues incapables par la loi civile (2). Telles sont, dans le pays coutumier, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas autorisées de leurs maris, ou par justice : car c'est un effet de la puissance maritale, « que la femme ne puisse rien faire que dépendamment de lui, et autorisée par lui » ; d'où il suit que sans cette autorisation, elle est incapable de faire aucune convention, et qu'elle ne peut ni s'obliger envers les autres, ni obliger les autres envers elle. Nous avons traité cette matière en notre *Introduction au titre* 10 *de la coutume d'Orléans;* chap. 8 (3).

---

(1) *V.* art. 1123 et 1124, C. civ.

Art. 1123 : « Toute personne peut « contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. »

Art. 1124 : « Les incapables de contracter sont :—les mineurs,—les interdits,—les femmes mariées, dans « les cas exprimés par la loi,—et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats. »

Il faut ajouter les personnes placées dans une maison d'aliénés ; car l'art. 39 de la loi du 30 juin 1839 suppose évidemment leur incapacité.

(2) Pothier indique dans cette phrase une distinction très importante : il y a des incapables de contracter parce qu'ils sont incapables de consentir, ou de vouloir avec discernement ; dans ce cas, la loi civile n'est point attributive d'incapacité ; elle ne fait que la déclarer, alors l'acte dont une des parties voudrait se prévaloir est nul absolument, quelle que soit la partie qui l'invoque : au contraire, il y a des incapacités qui sont l'œuvre de la loi ; alors il y a eu consentement, mais dans des vues d'utilité générale, ou par un système de protection spéciale, attendu l'inexpérience, *propter levitatem animi,* le législateur a introduit une incapacité relative, c'est-à-dire qui ne peut être invoquée que par la personne en faveur de laquelle elle a été établie et pendant un certain temps.

(3) Cette incapacité de la femme ma-

Source : BIU Cujas

Ce n'est aussi que la loi civile qui rend les interdits pour cause de prodigalité, incapables de s'obliger en contractant : car ces personnes savent ce qu'elles font; le consentement qu'elles donnent, est un vrai consentement; ce qui suffit pour former un contrat (1).

51. De là naît une différence entre ces interdits et ceux qui sont interdits pour folie. Tous les contrats prétendus faits par un fou, quoique avant son interdiction, sont nuls (2), si l'on peut justifier que, dès le temps du contrat il était fou : car c'est sa folie qui seule et par elle-même le rend incapable de contracter, indépendamment de la sentence d'interdiction, qui sert seulement à constater sa folie (3). Au contraire, les contrats faits par un prodigue avant son interdiction, sont valables, quoiqu'il fût dès lors prodigue; car ce n'est que la sentence d'interdiction qui le rend incapable de contracter.

Néanmoins si j'avais contracté avec un prodigue, quoique avant son interdiction, en achetant de lui quelque chose, ou en lui prêtant de l'argent, ayant connaissance qu'il ne vendait ou n'empruntait que pour employer incontinent à ses débauches le prix de la chose, ou la somme prêtée, le contrat serait nul dans le for de la conscience, et je ne pourrais en conscience retenir la chose qu'il m'a vendue, ni exiger de lui la somme que je lui ai prêtée : car, en lui fournissant sciemment de l'argent pour perdre en débauches, je lui ai causé un tort qui m'oblige envers lui à le réparer, en n'exigeant pas de lui la somme qu'il a reçue de moi pour la perdre en débauches, et en lui rendant la chose qu'il m'a vendue (4). Cela est conforme à ce qui est dit à la fin de la Loi 8, ff. *Pro empt.*, « qu'on ne doit pas regarder comme acheteur de bonne foi, celui qui a acheté quelque chose d'un libertin, ayant connaissance qu'il ne vendait que pour en porter le prix à des femmes de mauvaise vie : *Nisi fortè is qui à luxurioso, et protinùs scorto daturo pecuniam, servos emit, non usucapiet.*»

Ces décisions sont bonnes pour le for de la conscience; mais, dans le for extérieur, une personne majeure et non interdite ne serait pas recevable à se pourvoir contre une vente ou un emprunt qu'elle aurait fait, en disant que

---

riée a plus ou moins d'étendue selon le régime de l'association conjugale quant aux biens; mais, dans tous les cas, elle n'est aujourd'hui qu'une incapacité relative, qui ne peut point être invoquée par ceux qui ont contracté avec la femme. *V.* art. 1125, C. civ.

Art. 1125 : « Le mineur, l'interdit et « la femme mariée ne peuvent attaquer « pour cause d'incapacité, leurs enga- « gements, que dans les cas prévus par « la loi. — Les personnes capables de « s'engager ne peuvent opposer l'inca- « pacité du mineur, de l'interdit ou de « la femme mariée, avec qui elles ont « contracté. »

(1) Aujourd'hui les prodigues ne sont point interdits : ils ne sont pas généralement incapables; ils sont placés sous la direction d'un *conseil judiciaire*, sans l'assistance duquel ils ne peuvent faire certains actes. *V.* art. 513, C. civ.

Art. 513 : « Il peut être défendu aux « prodigues 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. »

(3) Mais l'acte aurait pu avoir été fait dans un intervalle lucide, il ne manquerait pas alors du consentement; c'est pour cela que le Code (art. 503, *V.* note précédente), ne dit pas que les actes antérieurs à l'interdiction sont *nuls*, mais qu'ils *pourront être annulés*.

(4) Il est probable que ce prodigue ne fera pas confidence de l'emploi qu'il se propose de faire de l'argent qui lui sera payé en vertu du contrat.

Source : BIU Cujas

celui avec qui elle a contracté, savait qu'elle ne vendait ou n'empruntait que pour perdre l'argent en débauches (1).

52. Ce n'est aussi que le droit civil qui infirme les obligations que des mineurs, sous puissance de tuteur, contractent sans l'autorité de leur tuteur (2), lorsqu'au temps du contrat, ils sont dans un âge assez avancé, et ont un usage suffisant de leur raison, pour comprendre toute l'étendue de l'engagement qu'ils contractent. C'est pourquoi les mineurs peuvent bien, même dans le for de la conscience, user du bénéfice des lettres de rescision que les lois leur accordent, contre les contrats dans lesquels ils ont été lésés (3), l'équité naturelle ne permettant pas que celui qui a contracté avec eux, profite de leur défaut d'expérience; mais ils ne peuvent, dans le for de la conscience, avoir recours au bénéfice de ces lettres, qui leur est offert dans le for extérieur, pour se dispenser de rendre un argent qu'ils ont reçu et qu'ils ont dissipé, lorsqu'au temps qu'ils ont contracté ils avaient un usage suffisant de leur raison; et pourvu que celui qui leur a prêté l'argent, ait fait le prêt de bonne foi, sans prévoir qu'ils emploieraient en folles dépenses l'argent qu'il leur prêtait (4). C'est le sentiment de La Placette, cité par Barbeyrac, en ses notes sur Pufendorf.

Il nous reste à observer une différence entre l'incapacité des interdits et des mineurs, et celle des femmes qui sont sous puissance de mari. Celles-ci sont absolument incapables de contracter sans être autorisées; elles ne peuvent pas plus, sans cela, obliger les autres envers elles en contractant, que s'obliger elles-mêmes (5). Elles ne peuvent pas même accepter une donation qui leur serait faite (6) (ordonnance de 2731, art. 9). Au contraire, les interdits (7) pour prodigalité, et les mineurs qui commencent à avoir quelque usage de raison, sont plutôt incapables de s'obliger en contractant, qu'ils ne sont incapables

---

(1) Il faut convenir qu'une pareille action serait plus que ridicule de la part du demandeur.

(2) Autrefois le mineur contractait lui-même avec l'autorisation du tuteur: aujourd'hui c'est le tuteur qui contracte *tutoris nomine;* il représente le mineur, et celui-ci ne paraît point dans l'acte.

(3) Il faut donc que, outre leur minorité, ils aient éprouvé de la lésion : il n'est plus besoin d'obtenir préalablement de lettres de rescision.

(4) Mais ce prêteur doit toujours craindre ce mauvais usage de la part d'un jeune homme sans expérience, il y a une faute grave à imputer à celui qui a contracté avec le mineur, il a peut-être développé en lui de mauvaises passions. La loi civile nous paraît très conforme à l'équité, et satisfaire à tout ce qu'exige le for intérieur, en obligeant le mineur dans la limite du profit qu'il a retiré. *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'in- « terdiction ou le mariage, ne peut en « être exigé, à moins qu'il ne soit prou- « vé que ce qui a été payé a tourné à « leur profit. »

(5) Cette différence, signalée par Pothier, entre l'incapacité de la femme mariée et celle des interdits et des mineurs, n'existe plus dans la nouvelle législation (art. 1125, ci-dessus, p. 28, note 3). Ce n'est plus, même pour la femme mariée, qu'une nullité relative.

(6) En ce qui concerne la donation entre-vifs, la validité, la régularité de l'acceptation, pourraient tenir à la solennité particulière que la loi exige pour cette espèce d'acte, et la donation acceptée par la femme non autorisée, pourrait être déclarée nulle comme n'ayant pas les formes légales; mais la même doctrine s'appliquerait aux donations acceptées par les mineurs eux-mêmes ou par les interdits: c'est au surplus un point controversé.

(7) Les prodigues sont seulement soumis à un conseil judiciaire.

Source : BIU Cujas

absolument de contracter : ils peuvent, en contractant sans l'autorité de leur tuteur ou curateur, obliger les autres envers eux, quoiqu'ils ne puissent s'obliger envers les autres : *Placuit meliorem conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate;* Instit. tit. *de auctor. tutor.* — *Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit;* L. 6, ff. *de Verb. oblig.*

La raison de cette différence est que la puissance des tuteurs et des curateurs n'est établie qu'en faveur des mineurs et des interdits. L'assistance des tuteurs et curateurs n'est requise, lorsque ces personnes contractent, que pour l'intérêt de ces personnes, et dans la crainte qu'elles ne soient trompées; c'est pourquoi elle devient superflue toutes les fois qu'elles font leur condition meilleure. Au contraire, la puissance du mari, sous laquelle est la femme, n'étant pas établie en faveur de la femme, mais en faveur de son mari, le besoin qu'elle a de requérir l'autorisation de son mari pour contracter, n'étant pas requis pour l'intérêt de la femme, mais comme une déférence qu'elle doit à son mari, elle ne peut contracter en aucune manière, soit à son avantage, soit à son désavantage, sans l'autorité de son mari (1).

L'ordonnance de 1731 n'a donné aucune atteinte au principe que nous venons d'établir, « qu'un mineur peut, sans l'autorité de son tuteur, faire sa condition meilleure » ; et c'est mal à propos que Furgole soutient que, suivant l'art. 7 de cette ordonnance, les mineurs ne peuvent plus, sans l'autorité de leurs tuteurs, accepter les donations qui leur sont faites. Cet article n'a décidé autre chose, sinon que les père, mère et autres ascendants, sans être tuteurs de leurs enfants, et sans avoir par conséquent aucune qualité pour gérer leurs affaires, pouvaient néanmoins accepter les donations faites à leurs enfants mineurs, aussi valablement que le peut un tuteur, l'affection naturelle suppléant en cela à la qualité qui leur manque. Mais de ce que l'ordonnance permet par cet article à ces personnes d'accepter les donations faites à leurs enfants, il ne s'ensuit pas qu'elle défende aux mineurs de les accepter par eux-mêmes, lorsqu'ils ont l'usage de la raison (2). *Voyez* notre *Introduction au titre des Donations de la coutume d'Orléans*, n° 31.

---

(1) Il suffit de donner au mari le droit de demander la nullité de l'acte fait par la femme sans son autorisation (art. 225, C. civ.).

Art. 225 : « La nullité fondée sur le « défaut d'autorisation ne peut être « opposée que par la femme, par le « mari ou par leurs héritiers. »

(2) L'art. 935 est plus précis, plus impératif que l'art. 7 de l'ordonnance de 1731. En effet, cet article permettait de raisonner comme le fait Pothier, car il portait : « Si le donataire « est mineur de 25 ans, ou interdit « par autorité de justice, l'*acceptation* « *pourra être faite pour lui*, soit par « son tuteur ou son curateur, soit par « ses père ou mère, ou autres descen- « dants, etc., » tandis que l'art. 935, dit : « La donation faite à un mineur « non émancipé ou à un interdit de- « *vra être acceptée par son tuteur.* »

Et si l'on voit dans la donation entre-vifs un acte spécial, dont le droit civil s'est emparé pour le soumettre à des formes particulières et rigoureuses, nous ne pourrons plus invoquer les principes généraux et de droit commun.

Art. 935 : « La donation faite à un « mineur non émancipé ou à un inter- « dit devra être acceptée par son tu- « teur, conformément à l'art. 463, au « titre *de la Minorité, de la Tutelle* « *et de l'Emancipation.* — Le mineur « émancipé pourra accepter avec l'as- « sistance de son curateur. — Néan- « moins les père et mère du mineur « émancipé ou non émancipés, ou les « autres ascendants, même du vivant « des père et mère, quoiqu'ils ne soient « ni tuteurs ni curateurs du mineur, « pourront accepter pour lui. »

Source : BIU Cujas

ART. V. — De ce qui peut être l'objet des contrats. Que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle, qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi.

53. Les contrats ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner; ou quelque chose que l'une des parties contractantes stipule que l'on fera, ou qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire (1).

Quelles sont les choses que l'une des parties peut stipuler qu'on lui donne, et que l'autre partie peut s'engager de donner?

Quelles sont les choses que l'une des parties peut stipuler qu'on fasse ou qu'on ne fasse pas, et que l'autre partie peut s'engager de faire ou de ne pas faire?

C'est ce que nous verrons *infrà*, chap. 2, art. 2, où nous traiterons de ce qui peut être l'objet des obligations : nous y renvoyons, pour ne pas répéter.

Nous nous contenterons de développer ici un principe touchant ce qui peut être l'objet des contrats. Ce principe est « qu'il n'y a que ce que l'une des parties contractantes stipule pour elle-même; et pareillement qu'il n'y a que ce que l'autre partie promet pour elle-même, qui puisse être l'objet d'un contrat » : *Alteri stipulari nemo potest.* Instit. *de Inut. stipul.*, § 18. *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest*; L. 73, § *fin.* ff. *de Reg. jur.*—Versâ vice : *Qui alium facturum promisit, videtur in eâ esse causâ ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.* Instit. *eod. tit.*, § 20. *Alius pro alio promittens daturum facturumve non obligatur; nam de se quemque promittere oportet* (2). L. 83, ff. *de Verb. oblig.*

Pour développer ce principe, nous verrons dans un premier paragraphe quelles en sont les raisons.

Dans un second, nous rapporterons plusieurs cas dans lesquels nous stipulons et promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention fasse mention d'un autre.

Dans un troisième, nous remarquerons que ce qui concerne un autre que les parties contractantes, peut être le mode ou la condition d'une convention, quoiqu'il n'en puisse pas être l'objet.

Dans un quatrième, nous observerons qu'on peut contracter par le ministère d'un tiers, et que ce n'est pas stipuler ni promettre pour un autre.

§ Ier. *Quelles sont les raisons du principe, « qu'on ne peut stipuler ni promettre pour un autre. »*

54. Lorsque j'ai stipulé quelque chose de vous pour un tiers, la convention est nulle; car vous ne contractez par cette convention aucune obligation ni envers ce tiers, ni envers moi. Il est évident que vous n'en contractez aucune envers ce tiers : car c'est un principe, « que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes», et qu'elles ne peuvent par conséquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y était pas partie, comme nous le verrons ci-après. Vous ne contractez non plus par cette convention aucune obligation civile envers moi; car ce que j'ai stipulé de vous pour ce tiers, étant quelque chose à quoi je n'ai aucun intérêt qui puisse être appréciable à prix

---

(1) *V.* art. 1126, C. civ.

Art. 1126 : « Tout contrat a pour « objet une chose qu'une partie s'oblige « à donner, ou qu'une partie s'oblige à « faire ou à ne pas faire. »

(2) *V.* art. 1119, C. civ., p. 13, note 1.

Source : BIU Cujas

d'argent, il ne peut résulter aucuns dommages et intérêts envers moi du manquement de votre promesse : vous y pouvez donc manquer impunément. Or rien n'est plus contradictoire avec l'obligation civile, que le pouvoir d'y contrevenir impunément; c'est ce que veut dire Ulpien, lorsqu'il dit : *Alteri stipulari nemo potest; inventæ sunt enim obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat quod suâ interest; cæterùm ut alii detur, nihil interest meâ* (1). L. 38, § 17, ff. *de Verb. obl.*

55. Cette première partie de notre principe, « qu'il n'y a que ce que l'une des parties stipule pour elle-même, qui puisse être l'objet d'une obligation », n'a lieu que dans le for extérieur, et à l'égard des obligations civiles : mais dans le for de la conscience, lorsque je suis convenu avec vous que vous donneriez quelque chose à un tiers, ou que vous feriez quelque chose en faveur d'un tiers, la convention est valable. Quoique l'intérêt que j'y prends ne soit pas un intérêt appréciable à prix d'argent, il ne laisse pas d'être un véritable intérêt : *hominis enim interest alterum hominem beneficio affici ;* et cet intérêt de pure affection pour ce tiers, me donne un droit suffisant pour exiger de vous dans le for de la conscience l'accomplissement de la promesse que vous m'avez faite pour ce tiers, et pour vous rendre coupable, si vous refusez de l'accomplir, lorsque vous avez le pouvoir de le faire, et que le tiers veut bien accepter ce que vous m'avez promis de lui donner. Il est vrai que mon intérêt n'étant pas appréciable à prix d'argent, et ne pouvant par conséquent être l'objet d'une condamnation, je ne pourrai exiger de vous dans les tribunaux aucuns intérêts ni dommages, si vous manquez à votre promesse : mais ce pouvoir que vous avez d'y manquer impunément dans le for extérieur, est un obstacle à l'obligation civile; mais il n'empêche pas l'obligation naturelle (2). Grotius, l. 2, c. 11, n° 18.

Observez que l'obligation naturelle qui résulte de cette convention, par laquelle j'ai stipulé « que vous donneriez quelque chose à un tiers », est une obligation qui est contractée envers moi, et non pas envers ce tiers, lorsque c'est en mon nom, et non au nom du tiers que je suis convenu de cela avec vous. C'est pourquoi je puis vous en décharger sans le consentement de ce tiers; Grotius, *ibid.* Pufendorf.

Mais si c'était au nom du tiers, comme ayant charge et me faisant fort de lui, que nous serions convenus que vous lui donneriez, ou feriez pour lui quelque chose, ce serait ce tiers qui serait censé avoir contracté avec vous par mon ministère, et non pas moi. V. *infrà*, § 4.

56. La seconde partie de ce principe, « qu'on ne peut promettre que pour soi-même », est évidente : car, lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque chose ou ferait quelque chose, sans me faire fort de lui, ni rien promettre de ma part, cette convention ne peut obliger ni ce tiers, ni moi. Elle

---

(1) Tout ce raisonnement est rigoureusement vrai; mais il est un peu subtil. Pourquoi, en effet, ne pas admettre que le stipulant et le promettant ont voulu faire quelque chose d'utile et de conforme à la raison? Or, pour atteindre ce double but, rien n'était plus facile que de supposer que le stipulant, quoique parlant en son nom, voulait cependant faire les affaires de celui pour qui il stipulait, et les faisait réellement. Pourquoi ne pas invoquer cette règle d'interprétation : *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur in tuto sit.*

(2) La remarque de Pothier que cette obligation est valable dans le for intérieur, justifie pleinement ce que nous venons de dire dans la note précédente; et si notre auteur, qui a eu tant d'influence sur le Code civil, se fût en ce point un peu affranchi de la subtilité des lois romaines, et eût avec indépendance interprété l'intention des parties, il y aurait vu une véritable obligation civile, et probablement l'art. 1119 ne serait pas dans le Code.

Source : BIU Cujas

ne peut obliger le tiers ; car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait. Elle ne m'oblige pas non plus : car, puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger (1).

Au reste, on présume facilement (2) que celui qui a promis qu'un tiers donnerait ou ferait quelque chose, n'a pas entendu *purè de alio promittere*, mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire, promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé.

En ce cas la convention est valable, et elle oblige celui qui a promis, aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort (3); L. 81, ff. *de Verb. oblig.*

Lorsque, en promettant le fait d'un autre, vous vous soumettez à payer une certaine peine, ou même simplement aux dommages et intérêts en cas d'inexécution, il n'est pas douteux qu'en ce cas vous n'avez pas entendu promettre simplement le fait d'un autre, *et de alio tantùm promittere;* mais que vous avez entendu vous faire fort de lui, *et de te promittere.* C'est pourquoi Ulpien dit : *Si quis velit alienum factum promittere, pœnam vel quanti ea res est, potest promittere* (4). L. 38, § 2, ff. *eod. tit.*

§ II. *Plusieurs cas dans lesquels nous stipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention fasse mention d'un autre.*

57. *Premier cas.*—Ce n'est pas stipuler pour un autre, que de dire « que la chose ou la somme que je stipule, sera délivrée ou payée à un tiers désigné par la convention ».

Par exemple, si par le contrat je vous vends un tel héritage, pour la somme de mille livres, *que vous paierez à Pierre,* je ne stipule point pour un autre; c'est pour moi et non pour Pierre que je stipule cette somme de mille livres : Pierre n'est dans la convention que comme une personne à qui je donne pouvoir de la recevoir pour moi et en mon nom; c'est ce que les Romains appelaient, *adjectus solutionis gratiâ,* dont nous traiterons *infrà*, p. 3, chap. 1, art. 2, § 4.

---

(1) Voilà encore un raisonnement très-subtil, employé pour rendre inefficace et faire considérer comme une plaisanterie un acte qu'on aurait pu facilement prendre au sérieux ; car pourquoi ne pas supposer que le promettant veut et entend procurer une utilité au stipulant, et non pas le tromper? Or, le seul moyen d'atteindre ce résultat était de considérer le promettant comme s'étant porté fort pour le tiers ou ayant promis sa ratification.

(2) Puisqu'on le peut facilement, pourquoi ne pas admettre cette interprétation comme règle?

(3) Il faut donc bien rechercher l'intention des parties pour connaître ce dont le promettant s'est *porté fort :* car autre chose est promettre la ratification du tiers, c'est-à-dire promettre qu'il exécutera ou se rendre garant de l'accomplissement de l'obligation. Dans la loi que cite Pothier, le promettant est censé avoir promis que le tiers exécutera : *Nam qui alium sisti promittit; hoc promittit, id se acturum ut stet.*

Le Code ne donne pas la même interprétation aux expressions *se porter fort;* il n'y voit qu'une promesse de faire ratifier par le tiers, de le décider à s'obliger, mais non pas une garantie d'exécution, aussi les dommages-intérêts seront dus par le promettant si le tiers refuse de tenir l'engagement; mais s'il l'accepte, quoiqu'il n'exécute pas, les dommages-intérêts ne sont point dus. *V.* art. 1120.

Au surplus, c'est une question d'interprétation et l'intention des parties doit être le principal.

Art. 1120 : « On peut se porter fort « pour un tiers, en promettant le fait « de celui-ci ; sauf l'indemnité contre « celui qui s'est porté fort ou qui a « promis de faire ratifier, si le tiers « refuse de tenir l'engagement. »

(4) Il en serait de même aujourd'hui.

Source : BIU Cujas

Ce n'est pas en sa personne, mais en la mienne que réside la créance de cette somme. Lorsque Pierre la reçoit, c'est de ma part et en mon nom qu'il la reçoit; et en la recevant, il se forme entre lui et moi, ou un contrat de *mandat*, si mon intention était qu'il m'en rendît compte; ou une *donation*, si mon intention était de la lui donner (1).

58. *Second cas.*—Ce n'est pas stipuler pour un autre, mais pour moi, quoique je stipule qu'on fera quelque chose pour un tiers, si j'ai un intérêt personnel et appréciable à prix d'argent que cela se fasse; *putà*, si je suis moi-même obligé envers ce tiers à le faire.

Par exemple, si m'étant obligé envers Jacques à lui reconstruire, dans l'espace d'un certain temps, sa maison qui menace ruine, et ayant d'autres ouvrages à faire, je fais marché avec un maçon, pour qu'il reconstruise dans ledit temps la maison de Jacques; je suis censé stipuler plutôt pour moi que pour Jacques, et la convention est valable : car étant obligé envers Jacques à cette reconstruction, et tenu de ses dommages et intérêts si elle ne se fait pas dans le temps marqué, j'ai un vrai intérêt personnel qu'elle se fasse. C'est pourquoi en stipulant qu'on reconstruise la maison de Jacques, ce n'est que *verbo tenùs*, en ce cas, que je stipule pour Jacques; *reipsâ* et dans la vérité, je stipule pour moi et à mon profit. *Si stipuler alii cùm meâ interesset... ait Marcellus stipulationem valere;* L. 38, §§ 20, 21, 22, ff. *de Verb. obligat.*

59. Quand même, avant le marché que j'ai fait avec le maçon pour la reconstruction de la maison de Jacques, je n'aurais pas été obligé envers Jacques à lui reconstruire sa maison, et que je n'aurais eu par conséquent aucun intérêt personnel à cette reconstruction; néanmoins, comme par ce marché que j'ai fait, je gère les affaires de Jacques, et que je lui deviens en conséquence comptable de cette gestion dans le temps même de la convention que j'ai avec le maçon pour la construction de la maison, je commence à avoir intérêt à cette reconstruction dont je suis comptable envers Jacques : d'où il suit que, même en ce cas, je suis censé stipuler plutôt pour moi que pour Jacques, et que la convention est valable, puisque j'ai un intérêt personnel que le maçon fasse bien ce que j'ai stipulé qu'il fît (2).

60. Mais si je stipule en mon nom qu'on fasse quelque chose pour un tiers, sans qu'avant le temps de la convention j'aie eu, et sans que j'aie encore, au temps de la convention, aucun intérêt personnel que cela se fasse, c'est en ce cas vraiment stipuler pour un autre, et une telle convention n'est pas valable dans le for extérieur.

Par exemple, si par un pur intérêt d'affection pour Jacques, j'ai convention avec le propriétaire de la maison qui est vis-à-vis les fenêtres de Jacques, qu'il fera blanchir le devant de sa maison pour éclairer les chambres de Jacques, cette convention ne donnera aucun droit ni à Jacques, qui n'y était pas partie, ni à moi, qui, n'ayant aucun intérêt personnel et appréciable à prix d'argent, à l'exécution de cette convention, ne puis prétendre aucuns dommages et intérêts résultants de son inexécution (3).

---

(1) Dans ce dernier cas, le droit n'est acquis à la personne désignée qu'autant qu'elle a accepté, jusqu'à cette acceptation je puis révoquer; mais dans les deux cas, je ne puis révoquer que sauf le droit acquis au promettant de payer à la personne indiquée. Cette faculté est une condition de son engagement : *Ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen scio,* ETIAM INVITO EO, *recte possit, ut liberatio ipso jure contingat.* Inst., § 4 *de inst. stipul.*

(2) En interprétant de cette manière, et c'est ce qui est généralement admis, on réduit à bien peu de chose l'application du principe.

(3) Pourquoi ne pas dire que par le fait même de cette convention, j'ai géré les affaires de Jacques.

Source : BIU Cujas

61. *Troisième cas.*—C'est stipuler ou promettre pour nous-mêmes et non pour autrui, lorsque nous stipulons ou promettons pour nos héritiers, puisqu'ils sont en quelque façon la continuation de nous-mêmes : *Hæres personam defuncti sustinet.* C'est pourquoi il n'est pas douteux que nous pouvons stipuler pour nos héritiers (1) : *Hæredi cavere concessum est;* L. 10, ff. *de Pact. dot.* L. 38, § 14, ff. *de Verb. oblig.*

62. Observez que nous stipulons valablement, lorsque nous stipulons pour nos héritiers en tant que nos héritiers : mais si nous stipulons pour un tel, quand même ce tel par la suite deviendrait notre héritier, la stipulation ne serait pas pour cela valable; L. 17, § 4, ff. *de Pact.*

Julien a porté la rigueur de ce principe jusqu'à décider que lorsqu'un débiteur était convenu avec son créancier qu'il n'exigerait pas la somme qui lui était due, ni de lui, ni d'une telle sa fille, la stipulation n'était pas valable par rapport à sa fille, quoiqu'elle soit devenue héritière du débiteur; *eod.*, § 4.

Bruneman, *ad eamd. L.* est d'avis, avec raison, que cette décision trop littérale ne doit pas être suivie; car, lorsque je stipule de mon créancier « qu'il n'exigera ni de moi, ni de ma fille une telle, la somme que je lui dois », il est visible que je stipule cela pour ma fille, dans le cas auquel elle en serait débitrice. Or, elle ne le deviendra qu'en devenant mon héritière : je stipule donc cela pour le cas auquel ma fille sera devenue mon héritière, et par conséquent je suis censé stipuler pour ma fille en sa future qualité de mon héritière, quoique cela ne soit pas exprimé.

On peut d'autant plus s'écarter de cette décision de Julien, qu'il paraît que les jurisconsultes romains n'ont pas été d'un sentiment unanime sur cette question : Celse paraît avoir pensé différemment en la loi 33, ff. *de Pact.*

63. Non-seulement nous pouvons valablement stipuler pour nos héritiers; mais nous sommes censés ordinairement l'avoir fait, quoique cela ne soit pas exprimé : *Qui paciscitur, sibi, hæredique suo pacisci intelligitur.*

Cette règle souffre exception : 1° lorsque ce qui fait l'objet de la convention, est un fait qui est personnel à celui envers qui l'obligation est contractée; comme lorsque je fais marché avec un barbier qu'il viendra me raser deux fois la semaine à ma campagne pendant la vacance.

2° Elle reçoit exception à l'égard de la clause des contrats de mariage, par laquelle la femme stipule la reprise de son apport, en cas de renonciation à la communauté (2).

Nous avons traité amplement de cette clause en notre *introduction* au titre *de la Communauté* de la *coutume d'Orléans*, ch. 2, art. 2, § 5.

3° Enfin, lorsqu'on s'est expliqué clairement par la convention, que celui qui s'obligeait ne s'obligeait qu'envers la personne avec laquelle il contractait, et non envers les héritiers; mais il faut que cela soit expliqué clairement dans la convention. Au reste, de ce que la personne envers qui je contracte quelque engagement, est nommée par la convention, il ne s'ensuit pas que l'intention des parties ait été de restreindre à sa personne le droit qui en résulte; on doit penser au contraire qu'elle n'est nommée que pour marquer avec qui la convention est faite : *Plerumquè persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum fiat;* L. 7, § 8. Wissambach, *ad tit.* ff. *de Pact.*, n° 7.

64. Nous pouvons aussi restreindre notre stipulation à l'un d'entre nos héritiers : *Non obstat uni tantùm ex hæredibus provideri, si hæres factus sit, cæteris autem non consuli;* L. 33, ff. *de Pact.*

---

(1) *V.* art. 1122, C. civ.

Art. 1122 : « On est censé avoir « stipulé pour soi et pour ses héritiers « et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte « de la nature de la convention. »

(2) *V.* art. 1514, C. civ., ci-dessus, p. 8, note 2.

Source : BIU Cujas

Par exemple, si j'étais convenu avec mon créancier, « qu'il ne pourrait exiger sa dette ni de moi, ni de ma fille une telle », et que je laissasse pour héritiers cette fille et un fils, la convention n'aurait d'effet que par rapport à ma fille, comme y étant seule comprise ; et le créancier pourrait exiger sa dette de mon fils, quant à la part (1) pour laquelle il est mon héritier ; *eâd.* L. 33.

Néanmoins, de ce qu'une personne a stipulé nommément pour un tel son héritier, il ne faut pas en inférer toujours que l'intention des parties contractantes a été de restreindre la stipulation à cette personne. Il y a bien lieu de l'inférer, si, lors de la convention, celui qui a stipulé de cette manière, savait devoir avoir d'autres héritiers : car en ce cas il ne paraît pas d'autre raison pour laquelle il aurait stipulé nommément pour un tel, que celle de restreindre la stipulation à ce tel. Au contraire, si celui qui a stipulé pour un tel son héritier, avait, lors de la convention, lieu de croire que ce tel devait être un jour son héritier unique, il y a en ce cas lieu de penser que ce n'est que par pure énonciation que ce tel a été nommé dans la convention, et non dans la vue de restreindre à sa personne l'effet de la stipulation : c'est ce que Papinien enseigne dans l'espèce suivante.

Ayant marié ma fille, à qui j'avais promis une dot dont je faisais rente, dans la pensée où j'étais que je n'aurais pas d'autres enfants que cette fille qui se trouvait pourvue, et dans le dessein où j'étais d'instituer un jour mon frère pour mon unique héritier, j'ai stipulé par la constitution de dot, « qu'au cas où ma fille mourrait sans enfants pendant le mariage (auquel cas la dot, selon le droit du Digeste, était acquise en entier au mari), mon frère, mon héritier, pourrait retenir la dot pour moitié » : depuis, m'étant survenu d'autres enfants que j'ai laissés pour mes héritiers, et le cas de la mort de ma fille sans enfants durant son mariage étant arrivé, il y a eu question si mes enfants mes héritiers pouvaient, en vertu de la convention, retenir la moitié de la dot.

La raison de douter se tirait de ce que la stipulation était faite nommément pour mon frère ; d'où il pouvait paraître qu'elle était restreinte à sa personne, et au cas où il aurait été mon héritier. Mais Papinien décide que mes enfants sont fondés à retenir la moitié de la dot, en vertu de la convention ; parce qu'en stipulant cette rétention au profit de mon frère mon héritier, j'étais censé par ce terme, *mon héritier*, l'avoir stipulée au profit de mes héritiers, quels qu'ils fussent, et n'avoir nommé mon frère qu'*enuntiativè*, et pour marquer qu'il était celui que je croyais devoir être mon héritier. *Ea conventio liberis posteà susceptis et hæredibus testamento relictis proderit, cùm inter contrahentes id actum sit, ut hæredibus consulatur, et illo tempore quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum judicium supremum contulisse videatur ;* L. 40, § *fin.* ff. *de Pact.* C'est pourquoi Cujas, *ad Papinian.* sur cette loi, pense que cette décision aurait eu lieu, quels qu'eussent été les héritiers que j'aurais laissés, quand même ce n'eussent pas été mes enfants.

Il reste à observer qu'on peut bien, lorsque je stipule de mon créancier, *qu'il n'exigera pas ce que je lui dois*, restreindre la convention à l'un de mes héritiers, à l'effet qu'il n'y ait que lui qui soit déchargé de la dette pour la part dont il en avait été tenu, comme nous l'avons vu *suprà* ; mais lorsque je stipule de quelqu'un, « qu'il me donnera une certaine somme d'argent », ou quelque autre chose divisible, je ne puis pas restreindre la convention à l'un de mes héritiers, à l'effet de faire passer pour le total à lui seul la créance qui résulte de la convention. *Sciendum est quod dari stipulemur, non posse per nos uni ex hæredibus adquiri, sed necesse est omnibus adquiri* (2) ; L. 137, § *fin.* ff. *de Verb. oblig.*

---

(1) C'est mal à propos que la Glose dit que le créancier pourra lui demander le total ; Cujas a relevé cette erreur. (*Note de l'édition de* 1764.)

(2) Ce qui est dit, *sed necesse est omnibus adquiri*, doit s'entendre du

Source : BIU Cujas

65. C'est une conséquence de notre principe, « que nous ne pouvons stipuler valablement pour quelqu'un, qu'en tant qu'il sera un jour notre héritier, et dans la qualité de notre héritier qu'il doit avoir un jour » : d'où il suit qu'il ne peut nous succéder pour le total au droit qui résulte de cette convention, mais quant à la part seulement pour laquelle il sera notre héritier.

Il en est autrement à l'égard des conventions qui ont pour objet quelque chose d'indivisible, telles que sont la plupart de celles qui sont *in faciendo* : car, comme, dans ces conventions, chacun des héritiers succède pour le total à la créance qui en résulte, par la nature de cette créance qui n'est pas susceptible de parties, je puis, en stipulant nommément pour un tel, l'un de mes héritiers, le faire succéder seul pour le total à la créance qui en résulte : *At cùm quid fierit stipulamur, unius personam rectè comprehendi; eâd.* L. 137, § 8. Par exemple, si dans la vente d'un héritage que j'ai faite à un peintre, il y avait une clause portant que « par forme de pot-de-vin, il s'obligeait envers moi et envers un tel, l'un de mes enfants et héritiers futurs, de nous faire un tableau de la Circoncision de Notre Seigneur d'une telle hauteur », et que je fusse mort avant qu'il se fût acquitté envers moi de cette obligation, celui de mes enfants qui est nommé dans la convention, succéderait seul pour le total à cette créance contre le peintre; sauf néanmoins que dans nos coutumes, qui ne permettent pas à un père d'avantager l'un de ses enfans venant à la succession plus que les autres, il serait obligé d'en récompenser ses cohéritiers pour leurs parts (1).

66. De même que nous sommes censés stipuler pour nos héritiers tout ce que nous stipulons, de même nous sommes censés promettre pour nos héritiers, et les engager à tout ce que nous promettons; à moins que ce qui fait l'objet de notre obligation, ne soit un fait qui nous soit personnel, ou qu'il n'y ait une clause à ce contraire.

Pareillement dans les obligations divisibles, de même que nous ne pouvons stipuler pour quelqu'un qu'autant et pour la part qu'il sera notre héritier, de même nous ne pouvons obliger quelqu'un de nos héritiers que quant à la part pour laquelle il sera notre héritier. C'est pourquoi inutilement un débiteur comprendrait-il nommément dans la convention un tel, qui doit être l'un de ses héritiers; car il ne sera tenu de la dette que comme les autres héritiers qui n'y ont pas été compris. *Te et Titium hæredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacuè comprehensa est : sive enim solus hæres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo cæteri cohæredes ejus;* L. 56, § 1, ff. *de Verb. obl.*

67. *Quatrième cas.*—Ce que nous stipulons par rapport à une chose qui nous appartient, nous le pouvons valablement stipuler, non-seulement pour nous et nos héritiers, mais pour tous nos successeurs à titre singulier à cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'*ayants cause*, usité dans les contrats; ce n'est point en ce cas stipuler pour un autre... Par exemple, je puis valablement convenir « que vous ne ferez jamais valoir contre moi, ni contre mes héritiers *ou ayants cause*, les droits de la substitution qui pourrait être un jour ouverte à votre profit par rapport à un tel héritage »; et cette conven-

---

cas auquel la restriction à l'un des héritiers n'a été faite que dans la vue de faire passer à cet héritier, à l'exclusion des autres, le total de la créance, et non dans la vue de décharger le débiteur : mais je puis valablement convenir, « que si je n'ai pas exigé la dette de mon vivant, mon débiteur n'en sera tenu après ma mort que pour la part à laquelle succédera l'un de mes héritiers, et qu'il en sera déchargé pour les parts de mes autres héritiers ». (*Note de l'édition de* 1764.)

(1) Quoiqu'il soit aujourd'hui permis de faire des libéralités par préciput, dans les limites de la quotité disponible, cependant il faut accomplir les formes de la donation entre-vifs ou du testament.

Source : BIU Cujas

tion a effet, même par rapport à ceux qui acquerraient par la suite de moi cet héritage à titre singulier.

Cela est indubitable à l'égard de ceux qui l'acquerraient à titre onéreux : car étant tenu envers eux à la garantie, j'ai intérêt que vous ne leur apportiez aucun trouble dans cet héritage ; ce qui suffit pour que ce que je stipule pour eux, je sois censé le stipuler pour moi ; *suprà*, n° 58. Mais la décision a lieu aussi à l'égard de ceux qui acquerraient de moi par la suite à titre de donation, (L. 17, § 5, ff. *de Pact.*) quoique je ne sois pas tenu envers eux de la garantie ; car l'intérêt que j'ai de conserver la libre disposition de ma chose, est suffisant pour que je puisse valablement convenir avec vous « que vous ne ferez aucun trouble à ceux envers qui je jugerai à propos d'en disposer, à quelque titre que ce soit ».

68. Dans cette convention et les autres semblables, que nous faisons par rapport aux choses qui nous appartiennent, non-seulement nous pouvons stipuler valablement pour nos ayants cause, mais nous sommes censés l'avoir fait, quoique cela ne soit point exprimé ; soit que la convention soit conçue *in rem*, comme lorsqu'il est dit par une transaction passée entre nous, « que vous vous engagez *à ne jamais faire valoir les prétentions que vous pourriez avoir par rapport à un tel héritage* », sans dire contre qui ; soit que la convention soit conçue *in personam*, comme lorsqu'il est dit « que vous vous engagez *à ne jamais faire valoir contre* MOI *vos prétentions par rapport à un tel héritage* ».

En l'un et l'autre cas je suis censé avoir stipulé pour tous mes successeurs, même à titre de donation. *Pactum conventum cum venditore, si in rem constituatur, secundùm Proculi sententiam, et emptori prodest... Secundum autem Sabini sententiam, etiamsi in personam conceptum est, et in emptorem valet, qui hoc esse existimat, etsi per donationem successio facta sit ;* L. 17, § 5, ff. *de Pact.* La raison est qu'en stipulant *pour moi*, je suis censé stipuler pour tous ceux qui me représentent : or, non-seulement mes héritiers, mais tous ceux qui me succéderont médiatement ou immédiatement, et à quelque titre que ce soit, à l'héritage qui a fait l'objet de la convention, me représentent par rapport à cet héritage.

69. Que si j'avais stipulé nommément pour *mes héritiers*, je ne serais pas censé avoir étendu ma stipulation à mes ayants cause, c'est-à-dire, à ceux qui me succéderaient à titre singulier : en ce cas, *inclusio unius fit exclusio alterius* : l'expression de *mes héritiers* exclut les autres successeurs.

Par exemple, si par une transaction avec le seigneur de qui mon héritage relève en fief, je suis convenu avec lui « que toutes les fois que mon fief tomberait en rachat, il ne pourrait exiger de *mes héritiers* plus d'une pistole pour son droit de rachat » ; cette convention ne profitera pas à des tiers qui auraient acquis de moi ou de mes héritiers à titre singulier. Il en serait autrement, si dans la clause il n'était pas parlé d'*héritiers*, et qu'il fût dit indéfiniment, « que toutes les fois que le fief tomberait en rachat, le seigneur ne pourrait exiger plus d'une pistole » ; ou qu'après le terme d'*héritiers*, on eût ajouté un etc. : en l'un et l'autre cas, la clause s'étendrait à tous les ayants cause.

§ III. *Que ce qui concerne une autre personne que les parties contractantes, peut être le mode ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puisse pas en être l'objet.*

70. Donner à un tiers, faire quelque chose pour un tiers, et généralement tout ce qui ne concerne point l'intérêt personnel de la partie qui le stipule, ne peut à la vérité être l'objet du contrat ; mais cela peut être *in conditione aut in modo*.

Ainsi je ne puis pas à la vérité stipuler utilement en mon nom, « que vous ferez présent à Jacques du *Thesaurus* de Meerman », parce que c'est stipuler pour autrui ; c'est stipuler une chose à laquelle je n'ai aucun intérêt : mais je peux

Source : BIU Cujas

utilement stipuler, « que, si dans un tel temps vous ne faites pas présent à Jacques du *Thesaurus* de Meerman, vous me paierez vingt pistoles pour le pot-de-vin d'un marché que nous faisons ensemble »; car, en ce cas, le présent que vous devez faire à Jacques n'est qu'une condition : l'objet de la stipulation est que vous me donnerez la somme de vingt pistoles ; et cette somme que je stipule est une chose que je stipule pour moi, et que j'ai intérêt d'avoir.

Cela est conforme à ce qu'enseigne Justinien, *tit. de Inut. stipul.* § 20. *Alteri stipulari nemo potest... Planè si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest.*

71. Ce qui concerne l'intérêt d'un tiers peut aussi être *in modo* : c'est-à-dire, que quoique je ne puisse pas directement stipuler ce qui concerne l'intérêt d'un tiers, néanmoins je puis aliéner ma chose, à la charge que celui à qui je la donne fera quelque chose qui concerne l'intérêt d'un tiers.

Par exemple, quoique je ne puisse pas stipuler en mon nom directement, « que vous ferez présent du *Thesaurus* de Meerman à Jacques », je puis vous donner utilement une somme ou toute autre chose, à la charge que vous ferez à Jacques ce présent (1).

Suivant les principes de l'ancien droit romain, l'effet de cette condition se bornait à ce que, faute par vous d'accomplir la charge sous laquelle vous avez reçu de moi une somme ou autre chose, j'étais en droit de répéter de vous ce que je vous avais donné ; car ne vous l'ayant donné, et vous ne l'ayant reçu qu'à cette charge, il s'est formé entre nous une convention implicite « que vous me restitueriez la chose si vous n'accomplissiez pas la charge sous laquelle je vous l'ai donnée » ; d'où naît le droit de répéter la chose, par une action que les lois appellent *condictio* (*seu repetitio*) *ob causam dati, causâ non secutâ.*

Au reste, suivant les principes de cet ancien droit, le tiers qui n'avait pas été partie au contrat de donation, par lequel je vous donnais quelque chose, à la charge que vous feriez quelque chose qui l'intéressait, ou à la charge que vous lui donneriez quelque chose, n'avait aucune action contre vous pour le demander ; et cela était fondé sur ce principe, « que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes » ; d'où il suit qu'il ne peut naître d'un contrat aucun droit à un tiers qui n'y a pas été partie : mais suivant les constitutions des empereurs, les tiers en faveur desquels le donateur appose une charge à sa donation, ont une action contre le donataire pour le contraindre à l'exécuter ; c'est ce que nous apprenons de la loi 3, Cod. *de Donat. quæ sub mod.*

72. Cet engagement que contracte le donataire envers ce tiers, « d'accomplir la charge sous laquelle la donation a été faite », et d'où naît cette action, est un engagement qui n'est pas à la vérité proprement formé par le contrat de donation, ce contrat ne pouvant pas par lui-même, et *propriâ virtute*, produire un engagement envers un tiers, et donner un droit à un tiers qui n'y était pas partie. C'est l'équité naturelle qui forme cet engagement ; parce que le donataire ne peut, sans blesser l'équité, et sans se rendre coupable de perfidie, retenir la chose qui lui a été donnée, s'il n'acomplit pas la charge sous laquelle la donation lui a été faite, et à laquelle il s'est soumis en acceptant la donation. C'est pourquoi l'action qui est accordée à ce tiers, est appelée en la loi 3, ci-dessus citée, *actio utilis*, qui est le nom que les jurisconsultes romains donnaient aux actions qui n'avaient pour fondement que l'équité ; *quæ contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex solâ æquitate concedebantur.*

---

(1) *V.* art. 1121, C. civ., qui renferme l'application du principe.

Art. 1121 : « On peut stipuler au « profit d'un tiers, lorsque telle est la « condition d'une stipulation que l'on « fait pour soi-même ou d'une dona- « tion que l'on fait à un autre. Celui « qui a fait cette stipulation, ne peut « plus la révoquer, si le tiers a déclaré « vouloir en profiter. »

Source : BIU Cujas

73. De là naît une autre question, qui est de savoir si, vous ayant donné une chose à la charge de la restituer à un tiers dans un certain temps, ou de lui donner quelque autre chose, je puis vous remettre cette charge sans l'intervention de ce tiers qui n'était pas partie à l'acte; et qui n'a pas accepté la libéralité que j'exerçais envers lui, en vous imposant cette charge.

Les auteurs ont été partagés sur cette question.

Grotius, *de Jure belli et pacis*, II, IX, 19, décide pour l'affirmative. C'est aussi l'avis de Barthole, de Duaren, et de plusieurs autres docteurs; et en particulier celui de Ricard, *Traité des Substit.*, p. 1, ch. 4.

La raison sur laquelle ils se fondent est que le tiers n'étant pas intervenu dans la donation, l'engagement que le donataire contracte de donner à ce tiers, en acceptant la donation sous cette charge, est contracté par le concours des volontés du donateur et du donataire seulement, et par conséquent peut se résoudre par un consentement contraire des mêmes parties, suivant ce principe de droit : *Nihil tam naturale est quæque eodem modo dissolvi quo colligata sunt.* Le droit qui est acquis à ce tiers est donc, selon ces auteurs, un droit qui n'est pas irrévocable; parce qu'étant formé par le seul consentement du donateur et du donataire sans l'intervention du tiers, ce droit est sujet à être détruit par la destruction de ce consentement, destruction qu'opérera un consentement contraire des mêmes parties : ce droit ne devient irrévocable que lorsque la mort du donateur empêchant qu'il ne puisse désormais intervenir un consentement contraire, le consentement qui a formé ce droit cesse de pouvoir être détruit.

L'opinion contraire a aussi ses défenseurs; c'est celle de Fachinœus, *Controv.*, VIII, 89, et des docteurs par lui cités.

Les raisons sur lesquelles ces auteurs se fondent, sont que la clause de l'acte de donation qui contient la charge imposée au donataire, de donner quelque chose à un tiers, renferme une seconde donation, ou une donation fidéicommissaire que le donateur fait à ce tiers. Cette seconde donation, sans l'intervention de ce tiers à qui elle est faite, reçoit son entière perfection par l'acceptation que le premier donataire fait de la donation sous cette charge; puisque par cette acceptation il contracte envers ce tiers, sans que ce tiers intervienne à l'acte, un engagement d'accomplir cette charge dans son temps.

De cet engagement naît un droit qu'acquiert ce tiers, d'exiger en son temps l'accomplissement de cette charge. Ce droit est un droit irrévocable, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur d'en décharger le premier donataire au préjudice du droit acquis à ce tiers; car la clause qui renferme cette seconde donation, ou donation fidéicommissaire, faite à ce tiers par le donateur, étant une clause qui fait partie d'un acte de donation entre-vifs, la donation fidéicommissaire renfermée dans cette clause, est de même nature; et elle est donc une donation entre-vifs, et par conséquent irrévocable; il ne doit donc plus être au pouvoir du donateur de la révoquer, en déchargeant le premier donataire de la charge qu'il lui a imposée, et de l'engagement qu'il a contracté envers ce second donataire.

A l'égard des règles de droit qu'on oppose : *Quæque eodem modo dissolvuntur quo colligata sunt; Quæ consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur;* ces règles ont lieu entre les parties contractantes seulement, et non au préjudice d'un droit qui aurait été acquis à un tiers. C'est ce qui résulte de la loi dernière, ff. *de Pact.* qui décide que la caution qui a acquis un droit de fin de non-recevoir, par le pacte intervenu entre le créancier et le débiteur principal, ne peut être malgré elle dépouillée de ce droit, par un pacte contraire des mêmes parties.

Ce dernier sentiment a été confirmé par la nouvelle ordonnance des substitutions, part. 1, art. 11 et 12. Mais les questions décidées par cette ordonnance

Source : BIU Cujas

n'étant que pour l'avenir, la question demeure entière pour ce qui se serait passé avant l'ordonnance (1).

§ IV. *Qu'on peut stipuler et promettre par le ministère d'un tiers, et que ce n'est ni stipuler, ni promettre pour un autre.*

74. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, « que nous ne pouvions rien stipuler ni promettre que pour nous-mêmes, et non pour un autre », s'entend en ce sens que nous ne le pouvons, lorsque nous contractons en notre nom : mais nous pouvons prêter notre ministère à une autre personne afin de contracter pour elle, de stipuler et de promettre pour elle ; et, en ce cas, ce n'est pas proprement nous qui contractons, mais c'est cette personne qui contracte par notre ministère.

Ainsi un tuteur, lorsqu'il contracte en cette qualité, peut stipuler et promettre pour son mineur ; car c'est le mineur qui est censé contracter, stipuler et promettre lui-même par le ministère de son tuteur ; la loi donnant un caractère au tuteur qui fait réputer le fait du tuteur pour le fait du mineur dans tous les contrats qui concernent l'administration de la tutelle.

Il en est de même d'un curateur et de tout autre administrateur légitime : il en est de même d'un procureur ; car la procuration que lui a donnée celui au nom duquel il contracte, fait regarder celui qui a donné la procuration, comme contractant lui-même par le ministère de ce procureur (2).

75. Si je contracte au nom d'une personne qui ne m'avait point donné de procuration, sa ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par son ministère : car la ratification équipolle à procuration, *ratihabitio mandato comparatur*.

Si elle ne ratifie pas, la convention est nulle à son égard : mais si je me suis fait fort d'elle, si j'ai promis de la faire ratifier, cette promesse de la faire ratifier, est une convention que j'ai eue en mon nom avec la personne avec qui j'ai contracté, par laquelle je me suis en mon nom obligé envers elle au rapport de cette ratification, et faute par moi de la rapporter, en ses dommages et intérêts, c'est-à-dire en tout ce qu'elle souffre ou manque de gagner par le défaut de ratification (3).

76. Pour que quelqu'un soit censé avoir contracté par le ministère de son tuteur, curateur, administrateur, etc., il faut que le contrat n'excède pas le pouvoir de ces personnes.

Par exemple, si un tuteur, en sa qualité de tuteur, avait, sans le décret du juge, vendu quelque bien immeuble de son mineur, le mineur ne serait pas censé avoir fait ce contrat par son ministère ; et il n'en résulterait aucune

---

(1) L'art. 1052 consacre cette doctrine pour les substitutions.

Art. 1052 : « Si l'enfant, le frère ou « la sœur auxquels des biens auraient « été donnés par actes entre-vifs, sans « charge de restitution, acceptent une « nouvelle libéralité faite par acte en- « tre-vifs ou testamentaire, sous la « condition que les biens précédem- « ment donnés demeureront grevés « de cette charge, il ne leur est plus « permis de diviser les deux disposi- « tions faites à leur profit, et de re- « noncer à la seconde pour s'en tenir « à la première, quand même ils offri- « raient de rendre les biens compris « dans la seconde disposition. »

Mais dans les autres cas, la disposition finale de l'art. 1121 (p. 40, note 1) nous paraît décider que le droit n'est acquis au tiers que par son acceptation, et que tant qu'elle n'est point intervenue, la révocation peut avoir lieu.

(2) Aussi l'art. 1119 dit-il : *en son propre nom*. *V.* ci-dessus, p. 13, note 1.

(3) *V.* art. 1120, C. civ., ci-dessus, p. 34, note 3.

Source : BIU Cujas

obligation contre lui; la vente des immeubles étant une chose qui excède le pouvoir des tuteurs.

Pareillement, pour que quelqu'un soit censé avoir contracté par le ministère de son procureur, il faut que le procureur se soit renfermé dans les bornes de sa procuration : s'il les a excédées, celui au nom duquel il a contracté, n'est pas censé avoir contracté par son ministère, à moins qu'il n'ait ratifié (1).

77. Il n'est pas douteux qu'un procureur excède les bornes de sa procuration, lorsqu'il fait autre chose que ce qui y est contenu, quand même cela serait plus avantageux.

Par exemple, si j'ai donné procuration à quelqu'un de m'acheter une certaine terre pour un certain prix, et qu'il en achète une autre en mon nom, et comme se disant avoir procuration de moi; quoique ce marché soit plus avantageux, il ne m'obligera point, et je ne serai point censé avoir fait ce marché par son ministère, à moins que je ne veuille bien le ratifier; L. 5, § 2, ff. *Mandat.*

78. Un procureur a excédé aussi les bornes de sa procuration, lorsqu'il a fait en mon nom le contrat que je lui avais donné pouvoir de faire, mais à des conditions plus désavantageuses que celles que je lui avais prescrites par ma procuration.

Par exemple, si je lui avais donné procuration pour acheter une certaine terre pour le prix de 28,000 livres, et qu'il l'ait achetée en mon nom pour 28,200 livres, je ne serai point censé avoir contracté par son ministère, et je ne serai point obligé par le contrat, parce qu'il a excédé les bornes de son pouvoir, en achetant à un prix plus cher que celui que j'avais prescrit.

Néanmoins s'il offrait de me mettre au même état auquel je serais s'il s'était renfermé dans les bornes de la procuration; par exemple, si, dans l'espèce ci-dessus, il offrait de m'indemniser de 200 livres, je serais obligé de ratifier (2); L. 3, § 2; et L. 4, ff. *Mandat.*

Il est évident qu'un procureur ne peut être censé avoir excédé les bornes de la procuration, lorsqu'il a contracté à des conditions plus avantageuses que celles qui lui étaient prescrites; L. 5, § 5, ff. *dict. tit.*

79. Pour que je sois censé avoir contracté par le ministère de mon procureur, et que le contrat qu'il a fait en mon nom m'oblige, il suffit que le contrat n'excède pas ce qui est contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir à celui avec lequel il a contracté; et il ne servirait de rien de rapporter un autre pouvoir contenant des instructions secrètes qu'il n'aurait pas suivies. Ce pouvoir secret me donne bien une action en dommages et intérêts contre mon procureur, pour n'avoir pas suivi les instructions secrètes que je lui avais données; mais il ne peut me dégager envers celui avec qui il a contracté en mon nom, conformément au pouvoir apparent qu'il lui a représenté; autrement il n'y aurait aucune sûreté à contracter avec des absents (3).

---

(1) *V.* art. 1998, C. civ.

Art. 1998 : « Le mandant est tenu « d'exécuter les engagements contractés 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. »

(2) C'était une question controversée entre les jurisconsultes romains, et bien que la décision rapportée par Pothier ait prévalu, il est certain que l'opinion contraire était fondée sur une raison très plausible. En effet, le mandant va se trouver complétement à la discrétion du mandataire, celui-ci aura action s'il le veut, contre le mandant, et sans réciprocité. Ce qui n'est pas équitable : *Namque iniquum est*, disaient les Sabiniens, *non esse mihi cum illo actionem, si nolit; ille verò, si velit, mecum esse.* L. 3, § *fin.*, ff. *Mandati.*

(3) *V.* art. 1321, C. civ.

Art. 1321 : « Les contre-lettres ne « peuvent avoir leur effet qu'entre les « parties contractantes : elles n'ont « point d'effet contre les tiers. »

Source : BIU Cujas

80. Par la même raison, quoique la procuration finisse par la révocation, néanmoins si mon procureur contracte en mon nom avec quelqu'un depuis la révocation, mais avant qu'elle ait été connue de celui avec qui il contracte, je serai censé avoir contracté par son ministère, et ce contrat m'obligera (1).

81. Pareillement, quoique le mandat finisse par la mort de celui qui le donne, et qu'il paraisse répugner que je puisse être censé avoir contracté par le ministère de celui qui, depuis ma mort, a contracté en mon nom, néanmoins s'il a contracté en mon nom depuis ma mort, mais avant qu'elle pût être connue dans le lieu où le contrat s'est fait, ce contrat obligera ma succession, comme si j'avais effectivement contracté par le ministère de ce procureur (2).

On peut, pour cette décision et pour la précédente, tirer argument de ce qui est décidé en droit, « que le paiement fait à un procureur est valable, quoique depuis la mort du mandant, ou depuis la révocation du mandat, si la mort et la révocation n'étaient pas connues »; L. 12, § 2; et L. 32, ff. *de Solut.*

82. Nous contractons par le ministère d'un autre, non-seulement lorsque quelqu'un nous prête purement son ministère, en contractant en notre nom et non au sien, comme lorsque nous contractons par le ministère de nos tuteurs, curateurs, procureurs, etc., qui contractent en leur qualité de tuteurs, curateurs, procureurs, etc., et non en leur propre nom. Nous sommes aussi censés contracter par le ministère d'un autre, quoiqu'il contracte lui-même en son nom, lorsqu'il contracte pour des affaires auxquelles nous l'avons préposé; car, en le préposant à ces affaires, nous sommes censés avoir adopté et approuvé d'avance tous les contrats qu'il ferait pour les affaires auxquelles nous l'avons préposé, comme si nous avions contracté nous-mêmes; et nous sommes censés avoir accédé à toutes les obligations qui en résultent.

C'est sur ce principe qu'est fondée l'action *exercitoria*, que ceux qui ont contracté avec le capitaine d'un navire, pour des affaires relatives à la conduite de ce navire, ont contre l'armateur propriétaire du navire, qui a préposé ce capitaine (3).

C'est sur le même principe que sont fondées l'action *institoria*, que ceux qui ont contracté avec le préposé à un commerce ou à une manufacture, pour des affaires relatives à ce commerce, ont contre le commettant; et l'action *utilis institoria*, qui a lieu pour les contrats faits avec un préposé à quelque autre espèce d'affaire que ce soit.

---

(1) *V.* art. 2005, C. civ.

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. 2008, C. civ.

Art. 2008. « Si le mandataire ignore « la mort du mandant, ou l'une des « autres causes qui font cesser le man- « dat, ce qu'il a fait dans cette igno- « rance est valide. »

(3) *V.* art. 216, C. comm. (rectifié par la loi du 14 juin 1841).

Art. 216 : « Tout propriétaire de « navire est civilement responsable « des faits du capitaine, et tenu des « engagements contractés par ce der- « nier, pour ce qui est relatif au na- « vire et à l'expédition. Il peut, dans « tous les cas, s'affranchir des obliga- « tions ci-dessus par l'abandon du na- « vire et du fret.—Toutefois, la facul- « té de faire abandon n'est point ac- « cordée à celui qui est en même temps « capitaine et propriétaire ou copro- « priétaire du navire. Lorsque le ca- « pitaine ne sera que copropriétaire, « il ne sera responsable des engage- « ments contractés par lui, pour ce « qui est relatif au navire et à l'expé- « dition, que dans la proportion de « son intérêt. »

Source : BIU Cujas

Nous traiterons de ces actions *infrà*, part. 2, chap. 6, sect. 8.

Observez une différence entre tous ces préposés, et les tuteurs, curateurs, procureurs, syndics, administrateurs, fabriciens, etc. Lorsque ces préposés contractent, ce sont eux-mêmes qui contractent et qui s'obligent; leurs commettants sont seulement censés accéder à leurs contrats, et aux obligations qui en résultent; au lieu que les autres ne sont pas censés contracter eux-mêmes, mais seulement prêter leur ministère pour contracter, à ceux qui sont sous leur tutelle ou curatelle, ou dont ils ont la procuration, ou aux corps dont ils sont les syndics, ou aux hôpitaux et fabriques dont ils ont l'administration : c'est pourquoi ce ne sont pas eux qui s'obligent, mais ceux qui contractent par leur ministère.

83. Nous sommes aussi censés contracter par le ministère de nos associés, lorsqu'ils contractent, ou sont censés contracter pour les affaires de la société; car, en contractant société avec eux, et leur permettant la gestion des affaires de la société, nous sommes censés avoir adopté et approuvé d'avance tous les contrats qu'ils feraient pour les affaires de la société, comme si nous eussions contracté nous-mêmes conjointement avec eux; et nous avons accédé d'avance à toutes les obligations qui en résultent.

Observez qu'un associé est censé contracter pour les affaires de la société, toutes les fois qu'il ajoute à sa signature ces mots, *et compagnie*, quoique par la suite le contrat n'ait pas tourné au profit de la société.

Par exemple, s'il a emprunté une somme d'argent de quelqu'un, à qui il en a donné un billet, avec ces mots, *et compagnie*, à la fin de sa signature (1); quoiqu'il ait employé cet argent à ses affaires particulières, ou qu'il l'ait perdu au jeu, il ne laisse pas d'être censé avoir contracté pour les affaires de la société, et d'obliger en conséquence ses associés, comme étant censés avoir fait l'emprunt conjointement avec lui, et contracté par son ministère; car ces associés doivent s'imputer d'avoir contracté une société avec un associé infidèle : mais ceux qui contractent avec lui ne doivent pas être trompés, et souffrir de son infidélité.

La signature, *et compagnie*, n'obligerait pas néanmoins mes associés, s'il paraissait par la nature même du contrat, qu'il ne concerne pas les affaires de la société; comme si j'avais mis cette signature à la fin d'un bail d'un héritage qui m'appartient, et que je n'ai pas mis en société.

Lorsque l'associé n'a pas signé, *et compagnie*, il est censé avoir contracté pour ses affaires particulières, et il n'oblige pas ses associés, à moins que le créancier ne justifie d'ailleurs que l'associé a contracté au nom de la société, et que le contrat concernait effectivement les affaires de la société.

84. Une femme commune en biens avec son mari, est aussi censée contracter avec lui et par son ministère dans tous les contrats que son mari fait durant la communauté, et accéder à toutes les obligations qui en résultent, pour la part qu'elle a dans la communauté, à cette condition néanmoins qu'elle ne sera tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amendera de ladite communauté (2).

---

(1) *V.* art. 22, C. comm.

Art. 22 : « Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, « sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un « seul des associés ait signé, pourvu « que ce soit sous la raison sociale. »

(2) *V.* art. 1483, C. civ., même décision.

Art. 1483 : « La femme n'est tenue « des dettes de la communauté, soit à « l'égard du mari, soit à l'égard des « créanciers, que jusqu'à concurrence « de son émolument, pourvu qu'il y « ait eu bon et fidèle inventaire, et en « rendant compte tant du contenu de « cet inventaire que de ce qui lui est « échu par le partage. »

Source : BIU Cujas

ART. VI. — De l'effet des contrats.

85. Les contrats produisent des obligations (1).

Nous renvoyons, sur ce qui concerne l'effet de ces obligations, à ce que nous en dirons *infrà*, chap. 2, en traitant en général *de l'effet des obligations:* nous observerons seulement un principe qui est particulier à l'effet des contrats et de toutes les conventions.

Ce principe est « qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choses qui ont fait l'objet de la convention, et seulement entre les parties contractantes. » *Animadvertendum est ne conventio in aliâ re facta aut cum aliâ personâ, in aliâ re, aliâve personâ noceat* (2) ; L. 27, § 4, ff. *de Pactis*.

86. La raison de la première partie de ce principe est évidente. La convention étant formée par la volonté des parties contractantes, elle ne peut avoir d'effet que sur ce que les parties contractantes ont voulu, et ont eu en vue.

On peut apporter pour exemple de cette première partie de ce principe, les stipulations de propres. Lorsqu'en apportant par mon contrat de mariage une certaine somme à la communauté, j'ai stipulé « que le surplus de mes biens me demeurerait propre », cette convention n'aura pas l'effet d'exclure de la communauté le mobilier des successions qui m'écherront pendant le mariage; parce qu'elle n'a eu pour objet que d'exclure de la communauté le surplus des biens que j'avais lors de mon mariage (3). *Voyez* d'autres exemples, *in* L. 27, § 7; L. 47, § 1 ; L. 56, ff. *de Pactis et passim*.

87. La raison de la deuxième partie du principe n'est pas moins évidente: l'obligation qui naît des conventions, et le droit qui en résulte, étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner le droit à un tiers dont la volonté n'a pas concouru à former la convention.

La loi 25, Cod. *de Pactis*, nous fournit un exemple de cette seconde partie de notre principe. Je suis convenu avec mon cohéritier qu'il se chargerait seul d'une certaine dette de la succession. Cette convention n'empêchera pas le créancier de cette dette de l'exiger de moi, à raison de la part pour laquelle je suis héritier ; car cette convention ne peut avoir aucun effet vis-à-vis de ce créancier qui n'y était pas partie : *Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec minui potest ; eâd.* L.

On peut apporter une infinité d'autres exemples. Ce n'est pas une chose contraire à ce principe, qu'un associé, en contractant, oblige ses associés, un préposé son commettant, un mari sa femme ; car, comme nous l'avons vu à l'article précédent, ces personnes sont censées avoir été elles-mêmes parties contractantes par le ministère de leur associé, de leur préposé, de leur mari.

---

(1) *V.* art. 1134, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi « à ceux qui les ont faites. — Elles ne « peuvent être révoquées que de leur « consentement mutuel, ou pour les « causes que la loi autorise. — Elles « doivent être exécutées de bonne foi. »

(2) *V.* art. 1163 et 1165, C. civ., qui reproduisent ces principes.

Art. 1163 : « Quelque généraux que « soient les termes dans lesquels une « convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles « il paraît que les parties se sont proposé de contracter. »

Art. 1165 : « Les conventions n'ont « d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au « tiers, et elles ne lui profitent que « dans le cas prévu par l'art. 1121. « (*V.* p. 5, note 1). »

(3) Il nous paraît cependant que ce ne serait pas forcer le sens des expressions, que d'entendre cette clause comme excluant de la communauté le mobilier des successions qui écherront pendant le mariage.

Source : BIU Cujas

88. Il semblerait qu'on pourrait opposer avec plus de fondement contre notre principe, ce qui s'observe à l'égard des contrats d'atermoiement.

Lorsqu'un débiteur qui se dit hors d'état de faire honneur à ses dettes, a fait une convention avec les trois quarts de ses créanciers (ce qui s'estime *non pro numero personarum, sed pro cumulo debiti*) cette convention, qui contient des termes et des remises accordés au débiteur, peut être opposée aux autres créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été parties au contrat ; et le débiteur peut, en les assignant, faire déclarer commune avec eux la convention ; sauf qu'elle ne pourra préjudicier à leurs hypothèques et priviléges, s'ils en ont (1). *Voyez* l'ordonnance de 1673, tit. 11, art. 5, 6, 7, 8 ; et L. 7, § 19 ; L. 8, L. 9, 10, ff. *de Pact.*

Ceci n'est pourtant pas proprement une exception à notre principe : car ce n'est pas la convention faite avec les trois quarts des créanciers qui oblige *per se*, par elle-même et par sa propre vertu, les autres créanciers qui n'ont point été parties, à faire les remises qui y sont portées : cette convention ne sert qu'à faire connaître au juge qu'il est de l'intérêt commun des créanciers que cette convention soit exécutée par tous les créanciers ; la présomption étant que ce grand nombre de créanciers ne s'est réuni à accorder ces remises que parce qu'il était de l'intérêt commun des créanciers de les accorder, pour avoir le paiement du restant. Et comme il n'est pas juste que la rigueur de quelques créanciers nuise à l'intérêt commun des créanciers, le juge les condamne à accéder à la convention, et à accorder au débiteur les remises et les termes qui y sont portés. Mais ce n'est pas la convention, à laquelle ils n'ont pas été parties, qui les oblige à accorder ces remises et ces termes ; c'est l'équité seule qui forme en eux cette obligation, et qui les oblige à accéder à cette convention, étant contre l'équité que, par une rigueur contraire à leurs propres intérêts, ils empêchent l'avantage commun des créanciers.

89. Notre principe, « que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes », souffre une espèce d'exception à l'égard des cautions : car les conventions qui interviennent entre les creanciers et le débiteur principal, profitent aux cautions, quoiqu'elles n'y aient pas été parties ; elles leur font acquérir contre le créancier les mêmes droits qu'elles font acquérir au débiteur principal (2). Nous en verrons la raison *infrà*, part. 2, chap. 6.

---

(1) *V.* art. 507, 508 et 516, C. de comm.

Art. 507 : « Il ne pourra être consenti de traité entre les créanciers « délibérants et le débiteur failli, qu'après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites. — Ce traité ne s'établira que par le concours « d'un nombre de créanciers formant « la majorité, et représentant, en outre, les trois quarts de la totalité des « créances vérifiées et affirmées, ou « admises par provision, conformément à la sect. 5 du ch. 5 : le tout à « peine de nullité. »

Art. 508 : « Les créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis d'un gage, n'auront « pas voix dans les opérations relatives au concordat pour lesdites créances, et elles n'y seront comptées que « s'ils renoncent à leurs hypothèques, « gages ou priviléges. — Le vote au « concordat emportera de plein droit « cette renonciation. »

Art. 516 : « L'homologation du concordat le rendra obligatoire pour « tous les créanciers portés ou non « portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, et même pour les créanciers « domiciliés hors du territoire continental de la France, ainsi que pour « ceux qui, en vertu des art. 499 et « 500, auraient été admis par provision à délibérer, quelle que soit la « somme que le jugement définitif leur « attribuerait ultérieurement. »

(2) *V.* art. 2036, C. civ.

Art. 2036 : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur

Source : BIU Cujas

90. Notre principe souffre encore une autre espèce d'exception à l'égard des substitutions portées par un acte de donation entre-vifs ; car, lors de l'événement qui y donne ouverture, les personnes appelées à ces substitutions, quoiqu'elles n'aient pas été parties dans l'acte qui les renferme, acquièrent le droit de demander au donataire qui en est grevé, ou à sa succession, les choses qui y sont comprises (1). *Voyez* ce que nous avons dit *suprà*, en l'article précédent, § 3.

ART. VII. — Règles pour l'interprétation des conventions.

91. *Première règle.* — On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le sens grammatical des termes (2).

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quàm verba spectari placuit ; L. 219, ff. *de Verbor signif.*

Voyez un exemple de cette règle dans la loi citée.

En voici une autre. Vous teniez à loyer de moi un petit appartement dans une maison dont j'occupais le reste ; je vous ai fait un nouveau bail en ces termes : *J'ai donné à loyer à un tel* MA MAISON *pour tant d'années, pour le prix porté au précédent bail.* Serez-vous fondé à prétendre que je vous ai loué toute ma maison ? Non ; car quoique ces termes, *ma maison*, dans leur sens grammatical, signifient la maison entière, et non un simple appartement, néanmoins il est visible que notre intention n'a été que de renouveler le bail de l'appartement que vous teniez de moi ; et cette intention, dont on ne peut douter, doit prévaloir aux termes du bail.

92. *Seconde règle.* — Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui dans lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui dans lequel elle n'en pourrait avoir aucun (3).

Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de quâ agitur in tuto sit ; L. 80, *de Verb. oblig.*

Par exemple, s'il est dit à la fin d'un acte de partage : *Il a été convenu entre Pierre et Paul, que Paul pourrait passer sur ses héritages :* quoique ces termes, *ses héritages,* dans le sens grammatical, puissent s'entendre aussi bien de ceux de Paul que de ceux de Pierre, néanmoins il n'est pas douteux qu'ils doivent s'entendre de ceux de Pierre : autrement la clause n'aurait aucun effet, Paul n'ayant pas eu besoin de stipuler qu'il pourrait passer sur ses propres héritages.

93. *Troisième règle.* — Lorsque dans un contrat des termes sont susceptibles de deux sens, on doit les entendre dans le sens qui convient le plus à la nature du contrat (4).

Par exemple, s'il était dit par un acte, « que je vous ai loué pour neuf ans un certain héritage pour la somme de 300 liv.», ces termes *la somme de 300 liv.*

« principal, et qui sont inhérentes à la « dette.—Mais elle ne peut opposer les « exceptions qui sont purement per- « sonnelles au débiteur. »

(1) Les appelés sont réputés donataires du disposant primitif ; la propriété du grevé étant résolue.

(2) *V.* art. 1156, C. civ.

Article 1156 : « On doit, dans les « conventions, rechercher quelle a « été la commune intention des parties « contractantes, plutôt que de s'ar- « rêter au sens littéral des termes. »

(3) *V.* art. 1157 : « Lorsqu'une clause « est susceptible de deux sens, on doit « plutôt l'entendre dans celui avec le- « quel elle peut avoir quelque effet, « que dans le sens avec lequel elle « n'en pourrait produire aucun. »

(4) *V.* art. 1158, C. civ.

Art. 1158 : « Les termes susceptibles « de deux sens doivent être pris dans « le sens qui convient le plus à la ma- « tière du contrat. »

Source : BIU Cujas

ne s'entendent pas d'une somme de 300 liv. une fois payée, mais d'une somme annuelle de 300 liv. pour chacune des neuf années que durera le bail ; étant de la nature du contrat de louage que le prix consiste dans une ferme annuelle.

Il en serait autrement s'il était évident que la somme de 300 liv. est la valeur de neuf années de ferme ; *putà*, parce que, par les baux précédents, l'héritage n'avait été affermé que pour le prix de trente ou quarante livres de ferme annuelle.

Voici un autre exemple de la règle.

Par un bail à ferme, il est dit « que je vous ai loué un certain héritage, à la charge de 300 livres de rente annuelle, et des réparations : » ces termes, *et des réparations*, doivent s'entendre des locatives, les fermiers et locataires n'étant tenus que de celles-là, suivant la nature du contrat.

94. *Quatrième règle.* — Ce qui peut paraître ambigu dans un contrat, s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays (1) : *Semper in stipulationibus et in cæteris contractibus id sequimur quod actum est ; aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in quâ actum est frequentatur ;* L. 34, ff. *de Regulis juris.*

Suivant cette règle, si j'ai fait marché avec un vigneron à une certaine somme par an pour cultiver ma vigne, sans m'expliquer sur le nombre de labours qu'il donnerait, nous sommes censés être convenus qu'il donnerait le nombre de labours qu'on a coutume de donner dans le pays.

95. *Cinquième règle.* — L'usage est d'une si grande autorité pour l'interprétation des conventions, qu'on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées (2) : *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

Par exemple, dans le contrat de louage d'une maison, quoiqu'on n'ait pas exprimé que le loyer serait payable par demi-termes, à la Saint-Jean et à Noël, et que le locataire serait obligé à faire les réparations locatives, ces clauses y sont sous-entendues.

Pareillement, dans un contrat de vente, quoique la clause « que le vendeur sera tenu de défendre et de garantir l'acheteur des évictions » n'y soit pas exprimée, elle y est sous-entendue.

96. *Sixième règle.* — On doit interpréter une clause par les autres clauses contenues dans l'acte, soit qu'elles précèdent, ou qu'elles suivent (3).

La loi 126, ff. *de Verb. sign.* fournit un exemple de cette règle.

Dans l'espèce de cette loi, il était dit dans un contrat de vente, par une première clause, « que l'héritage était vendu *uti optimus maximus*, c'est-à-dire, franc de toutes charges réelles : » par une seconde clause, il était dit « que le vendeur n'entendait être garant que de ses faits. » Cette seconde clause sert à l'interprétation de la première, et en restreint la généralité des termes à ce sens, « que le vendeur, par cette première clause, n'a entendu promettre et assurer autre chose, sinon qu'il n'avait imposé aucunes charges sur cet héritage, et qu'il était franc de toutes celles qu'il eût pu y imposer, » mais non pas assurer « qu'il fût franc de celles qui avaient été imposées par ses auteurs, dont il n'avait pas de connaissance. »

---

(1) *V.* art. 1159, C. civ.

Art. 1159 : « Ce qui est ambigu, « s'interprète par ce qui est d'usage « dans le pays où le contrat est passé. »

(2) *V.* art. 1160, C. civ.

Art. 1160 : « On doit suppléer dans « le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées. »

(3) *V.* art. 1161, C. civ.

Art. 1161 : « Toutes les clauses des « conventions s'interprètent les unes « par les autres, en donnant à chacune « le sens qui résulte de l'acte entier. »

Source : BIU Cujas

97. *Septième règle.* — Dans le doute, une clause doit s'interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la décharge de celui qui a contracté l'obligation (1).

In stipulationibus cum quæritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt ; L. 38, § 18, ff. *de Verb. oblig.*

Ferè secundum promissorem interpretamur; L. 99, ff. *eod. tit.*

Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué.

Par exemple, si par un bail à ferme il était « dit que le fermier livrerait au bailleur, en certain temps, une certaine quantité de blé de ferme annuelle, » sans qu'il fût dit où la tradition devrait s'en faire, la clause doit s'entendre en ce sens, « qu'elle devra se faire en la maison du fermier, à ceux qui y viendront chercher le blé de la part du bailleur ; » ce sens étant celui qui est le plus à la décharge du fermier qui a contracté l'obligation.

Lorsque le bailleur veut que le blé lui soit rendu dans son grenier, il doit s'en expliquer par le bail.

98. *Huitième règle.*—Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties contractantes se sont proposé de contracter, et non pas celles auxquelles elles n'ont pas pensé (2) : *Iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non est ;* L. 9, § fin., ff. *de Trans.*

Suivant cette règle, si nous avons transigé ensemble sur toutes nos prétentions respectives, et que nous en ayons composé à une somme que vous vous êtes obligé de me payer, au moyen de quoi nous nous sommes tenus quittes de part et d'autre de toutes choses ; cette transaction ne préjudicie pas aux droits que j'avais contre vous, dont je n'avais pu avoir connaissance lors de la transaction. *His tantùm transactio obest de quibus actum probatur : non porrigitur ad ea quorum actiones competere posteà compertum est ; eâd.* L. 9, § fin.

Par exemple, si un légataire a composé avec l'héritier à une somme pour ses droits résultant du testament du défunt, il ne sera pas exclu de la demande d'un autre legs à lui fait par un codicille qui n'a paru que depuis la transaction ; L. 3, § 1 ; L. 12, ff. *de Transact.*

99. *Neuvième règle.* — Lorsque l'objet de la convention est une universalité de choses, elle comprend toutes les choses particulières qui composent cette universalité, même celles dont les parties n'avaient pas de connaissance.

On peut apporter pour exemple de cette règle, la convention par laquelle je compose avec vous à une certaine somme, pour vous abandonner ma part dans une hérédité : cette convention comprend toutes les choses qui en font partie, soit qu'elles aient été ou non à notre connaissance, notre intention ayant été de traiter de tout ce qui la composait. C'est pourquoi il est décidé que je ne puis être admis à revenir contre la convention, sous le prétexte qu'il s'est trouvé, depuis la convention, beaucoup de choses dépendant de la succession, qui n'étaient pas à ma connaissance : *Sub prætextu specierum post repertarum, generali transactione finita rescindi prohibent jura ;* L. 29, Cod. *de Transact.*

---

(1) *V.* art. 1162, C. civ.

Art. 1162 : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui « a stipulé, et en faveur de celui qui a « contracté l'obligation. »

Sur cette règle, il faut remarquer qu'elle n'est que subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne doit être appliquée que dans le cas où manquent les autres moyens d'interprétation ; c'est pour cela que l'article dit, *dans le doute,* c'est-à-dire lorsque l'obscurité ne peut être éclaircie ou l'ambiguïté résolue par aucun autre moyen d'interprétation.

(2) *V.* art. 1163, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 46, note 2.

Source : BIU Cujas

Pourvu néanmoins que ces choses ne m'aient pas été cachées par mon cohéritier, avec qui j'ai traité de ma part en la succession, et qui avait ces choses par devers lui; car, en ce cas, c'est un dol de sa part, qui donne lieu à revenir contre la contravention : c'est pourquoi il est dit en la même loi : *Error circà proprietatem rei apud alium extra personas transigentium, tempore transactionis constitutæ, nihil potest nocere.*

Notre règle étant fondée sur la présomption que les parties qui traitent d'une universalité de choses, ont intention de traiter de toutes les choses qui la composent, soit qu'elles en aient connaissance ou non, elle souffre exception lorsqu'il paraît au contraire que les parties n'ont entendu traiter que des choses contenues sous cette universalité, qui étaient à leur connaissance; comme lorsqu'elles ont traité relativement à un inventaire. *Putà*, si par un acte entre mon cohéritier et moi, il est dit « que je lui cède pour une certaine somme, ma part dans tout le mobilier de la succession *compris dans l'inventaire*, ou *suivant l'inventaire*, » il est clair, en ce cas, que notre intention n'a été de traiter que de ce qui est compris dans l'inventaire, et non de ce qui a été omis, et n'était pas encore à notre connaissance.

100. *Dixième règle.* — Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas, pour le doute qu'il aurait pu y avoir, si l'engagement qui résulte du contrat s'étendait à ce cas, on n'est pas censé par là avoir voulu restreindre l'étendue que cet engagement a de droit, à tous ceux qui ne sont pas exprimés (1).

Quæ dubitationis tollendæ causâ, contractibus inseruntur, jus commune non lædunt; L. 81, ff. *de Regulis jur.*; L. 56, *Mand.*

Voyez un exemple de cette règle en la susdite loi 56, d'où elle est tirée.

En voici une autre. Si par un contrat de mariage il est dit : « Les futurs époux seront en communauté de biens, dans laquelle communauté entrera le mobilier des successions qui leur écherront; » cette clause n'empêche pas que toutes les autres choses qui de droit commun entrent dans la communauté conjugale, n'y entrent; parce qu'elle n'est ajoutée que pour lever le doute que les parties peu instruites ont cru qu'il pourrait y avoir, si le mobilier des successions y devait entrer.

101. *Onzième règle.* — Dans les contrats, de même que dans les testaments, une clause conçue au pluriel se distribue souvent en plusieurs clauses singulières.

Par exemple, si par le contrat de donation que j'ai fait à Pierre et à Paul, mes domestiques, d'un certain héritage, il est dit, *à la charge qu'après leur mort sans enfants, ils le restitueront au donateur ou à sa famille*, cette clause conçue au pluriel, se distribue en ces deux clauses singulières, *à la charge que Pierre, après sa mort sans enfants, restituera l'héritage pour la part qu'il a eue au donateur, etc.*, et pareillement, *à la charge que Paul, après sa mort sans enfants, restituera, etc. Arg.* L. 78, § 7, ff, *ad SC. Trebel.*

102. *Douzième règle.* — Ce qui est à la fin d'une phrase se rapporte ordinairement à toute la phrase, et non pas seulement à ce qui précède immédiatement; pourvu néanmoins que cette fin de phrase convienne en genre et en nombre à toute la phrase.

Par exemple, si, dans le contrat de vente d'une métairie, il est dit « qu'elle est vendue avec tout ce qui s'y trouve de blé, menus grains, fruits et vins qui y ont été récoltés cette année; » ces termes, *qui y ont été récoltés cette année*, se rapportent à toute la phrase, et non pas seulement aux vins; et en conséquence

(1) *V.* art. 1164, C. civ. Même décision.

Art. 1164 : « Lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés. »

Source : BIU Cujas

les blés vieux ne sont pas moins exceptés de la vente que les vins vieux. Il en serait autrement s'il était dit, *et le vin qui y a été recueilli cette année ;* ces termes, *qui y a été recueilli cette année*, qui sont au singulier, ne se rapportent qu'au vin, et non pas au reste de la phrase, n'étant pas concordants en nombre. Voyez *in Pand. Justin.*, tit. *de Leg.*, nos 189 et 190.

ART. VIII. — Du serment que les parties contractantes ajoutent quelquefois à leurs conventions.

103. Les parties contractantes emploient quelquefois le serment pour assurer davantage l'accomplissement futur des engagements qu'elles contractent.

Le serment dont il est ici question, est un acte religieux par lequel une personne déclare qu'elle se soumet à la vengeance de Dieu, ou qu'elle renonce à sa miséricorde, si elle n'accomplit pas ce qu'elle a promis : c'est ce qui résulte de cette formule (1) : *Ainsi Dieu me soit en garde* ou *en aide; Je veux que Dieu me punisse, si je manque à ma parole, etc.*

104. Les prétentions des gens d'église avaient autrefois rendu bien commun l'usage du serment dans tous les contrats : ils prétendaient que la connaissance de toutes les contestations sur l'exécution des contrats qui étaient confirmés par serment, appartenait au juge d'église ; parce que le serment étant un acte de religion, et le refus d'exécuter une obligation confirmée par serment, étant un violement de la religion du serment, la religion paraissait intéressée dans les contestations sur l'exécution de ces engagements, ce qui devait les rendre de la compétence du juge d'église.

C'est pourquoi les notaires, qui étaient gens d'église, ne manquaient pas d'insérer dans les contrats qu'ils passaient, que les parties avaient fait serment de ne contrevenir à aucune clause du contrat, et de les exécuter fidèlement, afin d'assurer aux juges d'église la connaissance de l'exécution du contrat : ce style se voit encore dans plusieurs anciens actes.

Il y a très longtemps que les gens d'église ont été forcés d'abandonner ces prétentions, auxquelles l'ignorance avait donné lieu ; et l'usage des serments a cessé dans les contrats des particuliers : néanmoins, comme il arrive encore quelquefois que des personnes emploient le serment pour assurer l'accomplissement futur de leurs promesses, il ne sera pas hors de propos d'examiner sommairement quel peut être l'effet de ce serment.

105. Ce serment n'a que peu ou point d'effet dans le for extérieur ; car, ou l'obligation est valable par elle-même dans le for extérieur, ou elle ne l'est pas. Lorsqu'elle est valable par elle-même, le serment est superflu, puisque, sans qu'il intervienne, le créancier envers qui elle a été contractée, a action contre son débiteur pour en exiger l'accomplissement : le serment n'ajoute rien à cette action, et ne donne pas plus de droit au créancier qu'il n'en aurait eu s'il n'eût pas été interposé.

Lorsque l'obligation par elle-même n'est pas valable dans le for extérieur, et est de celles pour lesquelles la loi civile a jugé à propos de dénier l'action, le serment est pareillement de nul effet dans le for extérieur; car la loi civile n'en dénie pas moins l'action au créancier.

Par exemple, un cabaretier ne laisse pas d'être non recevable à demander en justice à des domiciliés le paiement des dépenses faites en son cabaret (2) ; un joueur ne laisse pas d'être non recevable à demander le paiement d'une

---

(1) Ce serment confirmatif des conventions est fort peu en usage actuellement.

(2) Nos lois nouvelles ne contiennent aucune disposition qui empêcherait le cabaretier, d'exiger en justice le paiement de semblables dépenses, comme se rapportant à des débauches.

Source : BIU Cujas

dette du jeu (1); quoique, dans l'un et dans l'autre cas, le débiteur se soit obligé par serment de payer.

La raison est que le serment étant un accessoire de l'engagement, la loi qui répute nul l'engagement, doit, par une conséquence nécessaire, réputer nul le serment, suivant cette règle de droit : *Quum principalis causa non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur, locum habent;* L. 129, § 1, ff. *de Reg. jur.*

Ajoutez qu'il ne doit pas dépendre des particuliers, en interposant le serment, de rendre valables des engagements que la loi civile a jugé à propos de réprouver : ce serait éluder par ce moyen la loi.

106. Suivant les lois romaines, le serment que l'une des parties fait d'entretenir la convention, n'a à la vérité aucun effet lorsqu'elle est nulle, par rapport à ce qui en est l'objet, qui est en soi quelque chose d'illicite (L.7, § 16, ff. *de Pact.*), ou par rapport à la violence qu'on y a employée. (Auth. *Sacramenta*, Cod. *Si adv. vend.*) Mais lorsqu'elle n'est attaquable que pour cause de minorité de l'une des parties contractantes, le serment que le mineur qui a exécuté la convention, fait de ne pas se pourvoir contre, a l'effet de l'y rendre non recevable. C'est ce que décide Alexandre Sévère, dans l'espèce de la vente d'un héritage faite par un mineur qui s'était engagé envers l'acheteur de ne pas revenir contre : *Nec perfidiæ,* lui répond l'empereur, *nec perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti ;* L. 1, Cod. *Si adv. vend.*

Automne, sur cette loi, nous apprend que cette décision n'est pas suivie dans notre pratique française. La raison est qu'autrement les lois qui subviennent aux mineurs, seraient toujours éludées, étant facile à ceux qui contractent avec eux de leur faire interposer ce serment.

La coutume de Bretagne, art. 471, décide formellement que les contrats des mineurs ne sont pas valables par leur serment (2).

C'est principalement dans le for de la conscience que le serment par lequel quelqu'un s'est engagé à l'accomplissement de ce qu'il a promis, peut avoir quelque effet. Il a cet effet, de rendre plus étroite l'obligation, et de rendre plus coupable celui qui y contrevient : car celui qui, s'étant engagé par serment, manque volontairement à son engagement, ajoute à l'infidélité qui résulte de toute contravention volontaire à un engagement, le crime de parjure.

107. Le serment a cet effet, lorsque l'engagement est en soi valable, au moins dans le for de la conscience : mais si l'engagement était nul, même dans le for de la conscience, le serment qu'on aurait fait de l'accomplir, sera-t-il nul? C'est ce que nous allons examiner en parcourant les différents vices qui peuvent rendre nuls les engagements.

Lorsque l'engagement est nul par rapport à ce qui en fait l'objet; *putà,* lorsque quelqu'un s'est obligé à donner une chose qui est hors du commerce, ou lorsqu'il s'est obligé à faire quelque chose qui est impossible, il est évident que le serment qu'on a fait de l'accomplir, ne peut être obligatoire, ni avoir aucun effet.

Tous conviennent aussi que le serment d'accomplir un engagement illicite n'est pas obligatoire; qu'on pèche en faisant ce serment, et qu'on pécherait doublement en l'accomplissant : en ce cas *scelus est fides.*

Cette décision a lieu, non-seulement lorsque la chose est illicite par le droit naturel, mais même lorsqu'elle est illicite par le droit civil : car nous sommes obligés en conscience d'obéir à la loi civile (3), et le serment ne peut nous dispenser de cette obligation.

---

(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) Il est évident que la partie qui contracte avec le mineur exigerait toujours ce serment.

(3) Pourquoi donc mettre si souvent la loi civile en opposition avec la conscience ?

Source : BIU Cujas

Lorsque le vice d'erreur, dont nous avons traité *suprà*, art. 3, § 1, rend la convention nulle, elle rend pareillement nul le serment dont elle serait accompagnée : car la convention étant absolument nulle, il n'en peut naître aucun engagement que le serment puisse confirmer.

108. Il y a plus de difficulté à l'égard d'un vice de violence.

Grotius convient qu'une promesse qui a été extorquée par une violence injuste, n'oblige point celui qui l'a faite à l'accomplir ; parce que, quand il serait vrai qu'il naîtrait de cette promesse une obligation qui donnerait un droit contre moi à celui à qui je l'ai faite, il serait, de son côté, pour réparation de la violence injuste qu'il a exercée contre moi, tenu de m'acquitter. Mais lorsque cette promesse extorquée par une violence injuste, a été confirmée par serment, quoique pareillement extorqué, Grotius prétend que je suis en conscience obligé de la tenir ; parce que, si je ne suis pas obligé de la tenir vis-à-vis de celui à qui je l'ai faite, par les raisons ci-dessus rapportées, je m'y trouve obligé envers Dieu, à qui je suis censé l'avoir promis par le serment que j'ai fait : c'est pourquoi si je n'accomplis pas cette promesse, lorsqu'il est en mon pouvoir de le faire, je me rends coupable de parjure ; Grot., lib. 2, cap. 13, n° 14.

Le même auteur observe que l'héritier de celui qui a fait ce serment, n'est pas tenu de l'obligation qui en résulte : parce que mon héritier qui succède à ma personne civile, et qui me représente en tant que membre de la société civile, succède bien à mes obligations contractées envers les hommes dans le commerce de la société civile ; mais il ne succède pas à mes obligations envers Dieu. Ibid., n° 17.

109. Saint Thomas, II, 2, q. 89, art. 7, a aussi pensé qu'une promesse, quoique accompagnée de serment, n'était pas à la vérité obligatoire vis-à-vis de celui qui l'avait extorquée par une violence injuste, mais qu'elle l'était devant Dieu et dans le for de la conscience ; que cette obligation n'était à la vérité fondée sur aucun vœu ou sur aucune promesse, mais qu'elle était fondée sur le respect dû au saint nom de Dieu, qui est violé lorsque nous n'accomplissons pas ce que nous avons promis par ce saint nom.

Il apporte néanmoins ce tempérament, « qu'après que j'ai satisfait à mon serment en payant la chose que l'on m'a forcé de promettre par serment, je puis en poursuivre en justice la répétition, si je puis prouver la violence qu'on m'a faite. »

Ce tempérament souffre difficulté : car est-ce véritablement payer une chose et satisfaire à son serment, que de la payer *dicis causâ*, et dans l'intention de répéter ce qu'on a payé ? C'est pourquoi Grotius réfute ce sentiment. *Probare non possum*, dit-il, *quod à quibusdam traditum est; eum qui prædoni quicquam promiserit, momentaneâ solutione posse defungi; ita ut liceat quod solvit recuperare; verba enim juramenti, quòd ad Deum, simplicissimè, et cum effectu sunt accipienda* (1) ; eod. cap. 13, n° 15.

110. Les papes ont aussi décidé « qu'une promesse accompagnée de serment, quoique extorquée par une violence injuste, obligeait devant Dieu. » C'est la décision d'Alexandre III, au ch. 8, Extrav. *de jurejur.* Célestin III, ch. 15, *eod. tit.*, dit « que les papes, lorsqu'ils absolvent du violement de ce serment, n'entendent pas porter ceux qui ont fait de pareils serments à les violer, mais seulement user d'indulgence pour ce violement, qui doit être traité avec l'indulgence que méritent les fautes vénielles, et non pas puni avec la rigueur que méritent les

---

(1) Nous ne comprenons guère mieux le motif de la décision de Grotius que celui de la décision de saint Thomas ; heureusement les questions de cette nature n'occuperont pas les tribunaux.

Source : BIU Cujas

fautes mortelles. *Non eis dicatur ut juramenta non servent, sed si non ea attenderint, non ob hoc tanquam pro mortali crimine puniendi.* »

111. Pufendorf, IV, 2, 8, pense au contraire qu'une promesse extorquée par violence, quoique confirmée par serment, n'est pas plus obligatoire devant Dieu que devant les hommes.

Ses raisons sont :—1° qu'un tel serment, lorsqu'il est adressé à la personne à qui je promets une chose, n'est qu'une attestation solennelle et religieuse de la promesse que je fais à cette personne : mais ce n'est pas un vœu; il ne contient pas une promesse particulière que je fasse à Dieu d'accomplir la promesse que j'ai faite à cette personne, ni par conséquent aucune obligation envers Dieu. — 2° Quand même on concevrait dans ce serment une espèce de vœu que je ferais à Dieu d'accomplir la promesse que j'ai faite, ce vœu ne serait pas obligatoire envers Dieu; car de même que les promesses qu'on fait aux hommes, ne sont obligatoires qu'autant qu'elles sont acceptées par ceux à qui on les fait, de même les vœux que l'on fait à Dieu, n'obligent envers Dieu qu'autant qu'on peut croire que Dieu les agrée et les accepte. Or, peut-on croire que ce soit une chose agréable à Dieu, et que Dieu agrée qu'un innocent se dépouille de ses biens au profit d'un scélérat qui a extorqué sa promesse par une violence injuste qu'il lui a faite (1)?

A l'égard du respect dû au saint nom de Dieu, sur lequel saint Thomas fonde l'obligation de tenir ce qui a été promis par serment, on ne peut pas, à la vérité, disconvenir que c'est manquer au respect dû au saint nom de Dieu, et pécher grièvement, que de promettre avec serment, quoique par violence, ce qu'on n'a pas intention de tenir; puisque c'est faire servir le saint nom de Dieu à un mensonge : et Pufendorf n'en saurait disconvenir. Mais après que ce serment a été fait, soit que la personne eût véritablement alors l'intention d'accomplir sa promesse, auquel cas il n'y a pas eu de péché; soit que, dès ce temps, elle n'eût pas cette intention, auquel cas elle a péché en faisant ce serment; le violement de ce serment ne paraît pas à Pufendorf être de même un péché, et une chose contraire au culte de Dieu. Le repentir que doit avoir la personne d'avoir fait le serment avec intention de ne pas tenir sa promesse, peut paraître exiger qu'elle donne ce qu'elle a promis; et dans le cas auquel elle avait alors l'intention de le donner, la crainte qu'elle peut avoir de scandaliser les faibles, peut aussi la porter à donner ce qu'elle a promis de donner; mais, dans ce cas, Pufendorf pense qu'elle fera mieux de l'appliquer à des œuvres pies, que de le donner à celui qui a extorqué d'elle la promesse qu'elle lui a faite, à qui cela n'est pas dû, et qui s'en servirait pour continuer ses crimes.

112. Il nous reste à dire un mot du dol.

Il n'est pas douteux qu'une promesse, quoique attestée par serment, qui m'a été surprise par le dol de celui à qui je l'ai faite, n'est pas plus obligatoire vis-à-vis de lui, que ne le serait une promesse extorquée par violence : car son dol ne l'oblige pas moins envers moi à m'en acquitter, que ne l'y obligerait la violence. Mais ce serment oblige-t-il devant Dieu à tenir sa promesse?

Dans le système de Pufendorf, qui pense que celui extorqué par violence n'oblige pas, celui-ci ne doit pas obliger non plus.

En adoptant le sentiment de Grotius, et des autres qui pensent que le serment extorqué par violence oblige, il n'en faut pas toujours conclure que celui qui a été surpris par le dol de celui à qui la promesse a été faite, oblige pareillement; car, lorsqu'il est constant que ce serment a pour fondement la fausse supposition de quelque fait, sans quoi la promesse n'aurait pas été faite, Grotius, (*ibid.*, n° 4) convient que le serment n'a aucun effet, même devant Dieu.

---

(1) Voilà qui est plus clair et plus sensé que les décisions précédentes.

Source : BIU Cujas

La raison de cette différence est que celui qui promet, quoique contraint, promet absolument (1), et sans faire dépendre sa promesse, d'aucune condition ; au lieu que celui-ci a intention de faire dépendre sa promesse, en quelque façon, de la vérité du fait qu'il suppose, et qui y sert de fondement.

SECT. II. — Des autres causes des obligations.

§ I. *Des quasi-contrats.*

113. On appelle *quasi-contrat*, le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles (2).

Par exemple, l'acceptation qu'un héritier fait d'une succession, est un quasi-contrat vis-à-vis des légataires : car c'est un fait permis par les lois, qui oblige cet héritier envers les légataires, à leur payer les legs portés par le testament du défunt, sans qu'il soit intervenu aucune convention entre cet héritier et les légataires (3).

Un autre exemple de *quasi-contrat*, c'est lorsque quelqu'un paie par erreur de fait une chose qu'il ne doit pas. Le paiement de cette chose est un fait qui oblige celui qui l'a reçue à la rendre à celui qui l'a payée, quoiqu'on ne puisse pas dire qu'il soit intervenu en ce cas entre eux aucune convention pour la restitution de cette chose (4).

La gestion que quelqu'un fait des affaires d'un absent qui ne l'en a point chargé, est aussi un quasi-contrat qui l'oblige à en rendre compte, et oblige l'absent envers lui à l'indemniser de tout ce qu'il a déboursé (5).

Il y a quantité d'autres exemples de quasi-contrats, que nous passons sous silence.

---

(1) Mais il ne promettrait pas s'il avait sa liberté.

(2) *V.* art. 1371, C. civ.

Art. 1371 : « Les quasi-contrats sont « les faits purement volontaires de « l'homme, dont il résulte un engage- « ment quelconque envers un tiers, et « quelquefois un engagement réciproque des deux parties. »

(3) Quoique le Code n'ait pas parlé de l'acceptation des successions au chapitre des *quasi-contrats*, il est certain qu'elle produit, comme autrefois, des engagements de l'héritier envers les légataires, et qu'on peut la qualifier *quasi-contrat*.

(4) *V.* art. 1376 et suiv., C. civ., ci-dessus, p. 24, note 3.

(5) *V.* art. 1372 à 1375, 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. »

Art. 1373 : « 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. »

Art. 1374 : « Il 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. »

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. »

Source : BIU Cujas

114. Dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation ; dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés *quasi-contrats ;* parce que, sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats.

115. Toutes personnes, même les enfants et les insensés, qui ne sont pas capables de consentement, peuvent, par le quasi-contrat qui résulte du fait d'un autre, être obligées envers lui, et l'obliger envers elles ; car ce n'est pas le consentement qui forme ces obligations, et elles se contractent par le fait d'un autre, sans aucun fait de notre part. L'usage de la raison est à la vérité requis dans la personne dont le fait forme un quasi-contrat ; mais il n'est pas requis dans les personnes par qui ou envers qui les obligations qui résultent de ce fait, sont contractées.

Par exemple, si quelqu'un a géré les affaires d'un enfant ou d'un insensé, cette gestion, qui est un quasi-contrat, oblige cet enfant ou cet insensé à tenir compte à celui qui a géré ses affaires, de ce qu'il a utilement dépensé (1) ; et elle oblige réciproquement envers lui celui qui a géré ses affaires, à rendre compte de sa gestion.

Il en est de même des femmes qui sont sous puissance de mari : elles peuvent de cette manière être obligées envers les autres, et obliger les autres envers elles, sans être autorisées de leurs maris : car la loi, qui leur défend de s'obliger ni de rien faire que dépendamment de leurs maris et avec leur autorité, n'annulle que ce qu'elles feraient sans son autorité, et non pas les obligations qui sont formées sans aucun fait de leur part.

§ II. *Des délits et quasi-délits.*

116. Les *délits* sont la troisième cause qui produit les obligations, et les *quasi-délits* la quatrième.

On appelle *délit*, le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre.

Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre (2)

117. Les *délits* ou *quasi-délits* diffèrent des *quasi-contrats*, en ce que le fait d'où résulte le quasi-contrat, est un fait permis par les lois ; au lieu que le fait qui forme le délit ou quasi-délit, est un fait condamnable.

118. Il résulte de la définition que nous avons donnée des délits et quasi-délits, qu'il n'y a que les personnes qui ont l'usage de la raison, qui en soient capables : car celles qui ne sont pas raisonnables, telles que sont les enfants et les insensés, ne sont capables ni de malignité, ni d'imprudence.

C'est pourquoi si un enfant ou un fou fait quelque chose qui cause du tort à quelqu'un, il n'en résulte aucune obligation de la personne de cet enfant ou de ce fou : car ce fait n'est ni un délit, ni un quasi-délit, puisqu'il ne renferme ni imprudence, ni malignité, dont ces sortes de personnes ne sont pas susceptibles.

---

(1) Autrement ils s'enrichiraient aux dépens d'autrui.

(2) Sans définir précisément ces deux mots, les rédacteurs du Code qui suivaient Pothier paraissent avoir voulu parler des *délits* dans l'article 1382, et des *quasi-délits* dans l'art. 1383.

Art. 1382 : « Tout fait quelconque « de l'homme, qui cause à autrui un « dommage, oblige celui par la faute « duquel il est arrivé, à le réparer. »

Art. 1383 : « Chacun est responsable « du dommage qu'il a causé non-seu- « lement par son fait, mais encore « par sa négligence ou par son im- « prudence. »

Source : BIU Cujas

On ne peut pas précisément définir l'âge auquel les hommes ont l'usage de la raison, et sont par conséquent capables de malignité, les uns l'ayant plus tôt que les autres; cela doit s'estimer par les circonstances: mais dès qu'une personne a l'usage de la raison, et qu'on aperçoit dans le fait par lequel elle a causé quelque tort à un autre, de la réflexion et de la malignité, le fait est un délit; et la personne qui l'a commis, quoiqu'elle n'ait pas encore atteint l'âge de puberté, contracte l'obligation de réparer le tort qu'elle a causé. De là naît cette maxime : *Neminem in delictis ætas excusat* (1).

L'*imprudence* s'excuse bien plus facilement dans les jeunes gens.

119. Quoique l'*ivresse* fasse perdre l'usage de la raison, une personne ne laisse pas d'être obligée à la réparation du tort qu'elle fait à quelqu'un dans l'état d'ivresse: car c'est sa faute de s'être mise volontairement dans cet état. Et en cela un homme ivre diffère des enfants et des insensés, auxquels on ne peut imputer aucune faute.

120. Il n'est pas douteux qu'un interdit pour cause de prodigalité (2), s'oblige à la réparation du tort qu'il cause par les délits ou quasi-délits qu'il commet, quoiqu'il ne puisse contracter aucune obligation en contractant.

La raison de cette différence est évidente. Ceux avec qui il a contracté doivent s'imputer d'avoir contracté avec lui, une interdiction étant publique, et devant par conséquent leur être connue. Mais on ne peut rien imputer à ceux à qui il a causé quelque tort par ses délits ou quasi-délits: ils ne doivent pas souffrir de son interdiction, elle ne doit pas procurer l'impunité de ses délits.

Cette raison sert aussi à décider qu'un interdit peut être condamné à des amendes pécuniaires pour ses délits ou quasi-délits, contre l'avis de la glose *ad Leg. si quis*, 7, Cod. *Undè vi;* de Barthole, *ad Leg. is qui bonis*, 6, ff. *de Verb. obl.*, et de quelques autres docteurs, qui disent que : *Potest quidem se obligare ad pœnam corporalem, sed non ad pœnam pecuniariam, quia res suas alienare non potest:* car l'interdiction n'est établie que pour l'empêcher de contracter témérairement, et non pour lui procurer l'impunité de ses délits.

Tout ce que nous venons de dire des interdits reçoit application à l'égard des mineurs pubères, ou voisins de la puberté, qui sont encore sous puissance de tuteur, sauf que les fautes d'imprudence, que nous appelons *quasi-délits*, s'excusent plus facilement dans ces personnes, que dans les majeurs interdits pour prodigalité.

121. Non-seulement la personne qui a commis le délit ou le quasi-délit, est obligée à la réparation du tort qu'elle a causé, celles qui ont sous leur puissance cette personne, telles que sont les pères, mères, tuteurs et précepteurs, sont tenues de cette obligation, lorsque le délit ou quasi-délit a été commis en leur présence, et généralement lorsque pouvant l'empêcher, elles ne l'ont pas fait : mais si elles n'ont pu l'empêcher, elles n'en sont point tenues. *Nullum crimen patitur is qui non prohibet, quum prohibere non potest;* L. 109, ff. *de Reg. jur.* Quand même le délit aurait été commis à leur vu et su. *Culpâ caret qui scit, sed prohibere non potest* (3); L. 50, ff. *eod. tit.*

---

(1) *V.* art. 1310, C. civ., ci-dessus, p. 23, note 3.

(2) Les prodigues n'ont aujourd'hui qu'un conseil judiciaire, et ils restent capables, sauf certains actes (art. 513, C. civ.).

Art. 513 : « Il peut être défendu aux « prodigues 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. »

(3) *V.* art. 1384, C. civ.

Art. 1384 : « On est responsable non-« seulement du dommage que l'on « cause par son propre fait, mais en-« core de celui qui est causé par le fait « des personnes dont on doit répon-« dre, ou des choses que l'on a sous sa « garde.—Le père, et la mère après le

Source : BIU Cujas

On rend aussi les maîtres responsables du tort causé par les délits et quasi-délits de leurs serviteurs ou ouvriers qu'ils emploient à quelque service. Ils le sont même dans le cas auquel il n'aurait pas été en leur pouvoir d'empêcher le délit ou quasi-délit, lorsque les délits ou quasi-délits sont commis par lesdits serviteurs ou ouvriers dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés par leurs maîtres, quoique en l'absence de leurs maîtres; ce qui a été établi pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques.

A l'égard des délits ou quasi-délits qu'ils commettent hors de leurs fonctions, les maîtres n'en sont point responsables.

122. Observez que ceux qui sont tenus de l'obligation d'un délit commis par une autre personne, auquel ils n'ont point concouru, en sont tenus différemment de l'auteur du délit. Quoique celui-ci soit contraignable par corps au paiement de la somme à laquelle il aura été condamné pour la réparation du tort qu'il a causé (1), lorsque le délit est de nature à donner lieu à cette contrainte, les personnes qui en sont responsables, ne le sont que civilement, et ne peuvent être contraintes que par saisie de leurs biens, et non par emprisonnement de leurs personnes.

§ III. *De la Loi.*

123. La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations : car si les contrats, délits ou quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute.

C'est aussi cette même loi qui rend obligatoires les faits d'où il résulte quelque obligation, et qui sont pour cet effet appelés *quasi-contrats*, comme nous l'avons déjà remarqué.

Il y a des obligations qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi.

Par exemple, ce n'est en vertu d'aucun contrat ni quasi-contrat, que les enfants, lorsqu'ils en ont le moyen, sont obligés de fournir des aliments à leurs père et mère qui sont dans l'indigence; c'est la loi naturelle seule qui produit en eux cette obligation (2).

L'obligation que contracte la femme de restituer la somme qu'elle a empruntée sans l'autorité de son mari, lorsque cette somme a tourné à son profit,

---

« décès du mari, sont responsables du « dommage causé par leurs enfants mi- « neurs habitant avec eux ;—Les maî- « tres et les commettants, du dommage « causé par leurs domestiques et pré- « posés dans les fonctions auxquelles « il les ont employés; — Les institu- « teurs 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, instituteurs et artisans, ne « prouvent qu'ils n'ont pu empêcher « le fait qui donne lieu à cette respon- « sabilité. »

(1) *V.* art. 52, C. pén.

Article 52 : « L'exécution des con- « damnations à l'amende, aux restitu- « tions, aux dommages-intérêts et aux « frais, pourra être poursuivie par la « voie de la contrainte par corps. »

(2) *V.* art. 1370, C. civ.

Art. 1370 : « Certains engagements « se forment sans qu'il intervienne au- « cune convention, ni de la part de « celui qui s'oblige, ni de la part de « celui envers lequel il est obligé. — « Les uns résultent de l'autorité seule « de la loi; les autres naissent d'un « fait personnel à celui qui se trouve « obligé.—Les premiers sont les enga- « gements formés involontairement, « tels que ceux entre propriétaires voi- « sins, ou ceux des tuteurs et des au- « tres administrateurs qui ne peuvent « refuser la fonction qui leur est défé- « rée.—Les engagements qui naissent « d'un fait personnel à celui qui se « trouve obligé, résultent ou des quasi- « contrats, ou des délits ou quasi-délits; « ils font la matière du présent titre. »

Source : BIU Cujas

n'est non plus formée par aucun contrat, ni quasi-contrat : car le contrat de prêt qui lui a été fait de cette somme sans l'autorité de son mari, étant nul, ne peut par lui-même produire aucune obligation : *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Son obligation est donc produite par la loi naturelle seule, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari* (1); L. 206, ff. *de Reg. jur.*

L'obligation en laquelle est le propriétaire d'une maison de la ville d'Orléans de vendre à son voisin la communauté de son mur qui sépare les deux maisons, lorsque ce voisin veut bâtir contre, est une obligation qui a pour seule et unique cause la loi municipale qui en a une disposition (2).

On peut rapporter beaucoup d'autres exemples d'obligations qui ont pour seule et unique cause la loi.

Ces obligations produisent une action que l'on appelle *condictio ex lege.*

SECT. III. — DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES PEUT SUBSISTER UNE OBLIGATION.

124. Il ne peut y avoir d'obligation sans deux personnes; l'une qui ait contracté l'obligation, et l'autre envers qui elle soit contractée.

Celui au profit duquel elle a été contractée, s'appelle *créancier;* celui qui l'a contractée, s'appelle *débiteur.*

125. Quoiqu'il soit de l'essence de l'obligation qu'il y ait deux personnes, dont l'une soit créancier, et l'autre débiteur, néanmoins l'obligation ne se détruit pas par la mort de l'une ou de l'autre : car cette personne est censée survivre à elle-même dans la personne de ses héritiers, qui succèdent à tous ses droits et à toutes ses obligations (3).

126. Quand même le créancier ou le débiteur ne laisserait aucun héritier, il ne laisserait pas d'être censé survivre à lui-même, par sa succession vacante, car la succession vacante d'un défunt le représente, tient lieu de sa personne, et succède en tous ses droits, comme en toutes ses obligations : *Hæreditas personæ defuncti vicem sustinet :* et cette personne fictive, soit du créancier, soit du débiteur, suffit pour faire subsister l'obligation après la mort, soit de l'un, soit de l'autre.

Non-seulement une obligation peut continuer de subsister dans la personne fictive d'une succession vacante, ou envers une telle personne fictive; il y a même certaines obligations qui peuvent être contractées par une telle personne fictive, ou envers une telle personne fictive.

Par exemple, lorsqu'un curateur créé à une succession vacante, administre les biens de cette succession, il contracte envers la personne fictive de la succession vacante, l'obligation de rendre compte de sa gestion ; et *vice versâ*, cette personne fictive de la succession vacante contracte envers ce curateur l'obligation de lui faire raison de ce qu'il lui en a coûté pour sa gestion.

---

(1) *V.* art. 1312, C. civ., p. 30, note 4.

(2) *V.* art. 661, C. civ.

Art. 661 : « Tout propriétaire joignant un mur, a la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti. »

(3) *V.* art. 724, C. civ.

Art. 724 : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession : les enfants naturels, l'époux survivant et l'Etat doivent se faire envoyer en possession par justice dans les formes qui seront déterminées. »

Source : BIU Cujas

On peut apporter plusieurs autres exemples d'obligations contractées par une succession vacante : telle est celle qu'elle contracte envers le curé qui a enterré le défunt, pour le paiement de ses droits de funérailles.

Vice versâ, si quelqu'un vole quelque effet d'une succession vacante, ou y cause quelque dommage, il en résulte des obligations qu'il contracte envers la succession vacante.

127. Les corps et communautés sont des espèces de personnes civiles, qui peuvent contracter des obligations, et envers qui l'on en peut contracter.

128. Il est clair que les fous, les insensés, les enfants, ne sont pas capables de contracter les obligations qui naissent des délits ou des quasi-délits, ni de contracter par eux-mêmes celles qui naissent des contrats, puisqu'ils ne sont pas capables de consentement, sans lequel il ne peut y avoir ni convention, ni délit ou quasi-délit : mais ils sont capables de contracter toutes les obligations qui se contractent sans le fait de la personne qui les contracte.

Par exemple, si quelqu'un a géré utilement les affaires d'un fou, d'un insensé, d'un enfant, cet enfant, cet insensé, ce fou contracte l'obligation de rembourser cette personne de ce qu'il lui en a coûté pour cette gestion, comme on l'a déjà vu, n° 115. Ils contractent aussi toutes les obligations que leurs tuteurs et curateurs contractent pour eux et en leur nom ; n° 74.

Par le droit romain, il ne se pouvait contracter d'obligation entre le père et l'enfant qui était sous sa puissance, si ce n'était *ex certis causis ; putà, ex causâ castrensis peculii.* La raison est que l'enfant qui était sous cette puissance, ne pouvait, *extrà has causas*, rien avoir en propre, et acquérait à son père tout ce qu'il acquérait. La puissance paternelle n'ayant point dans notre droit cet effet, rien n'empêche qu'un père ne contracte des obligations envers ses enfants, et que ses enfants n'en contractent envers lui.

SECT. IV. — DE CE QUI PEUT FAIRE L'OBJET ET LA MATIÈRE DES OBLIGATIONS.

129. Il ne peut y avoir d'obligation, qu'il n'y ait quelque chose qui soit dû, qui en fasse l'objet et la matière.

§ I. *Thèse générale sur ce qui peut être l'objet des obligations.*

130. L'objet d'une obligation peut être ou une chose proprement dite (*res*), que le débiteur s'oblige de donner ; ou un fait (*factum*) que le débiteur s'oblige de faire ou de ne pas faire : c'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée de l'obligation (1).

Non-seulement les choses mêmes (*res*) peuvent être l'objet d'une obligation ; le simple usage d'une chose, ou la simple possession de la chose, en peut être l'objet. Par exemple, lorsque quelqu'un loue sa chose, c'est l'usage de sa chose, plutôt que la chose même, qui est l'objet de l'obligation qu'il contracte (2).

Lorsque quelqu'un s'oblige à me donner quelque chose en nantissement, c'est plutôt la possession de la chose, que la chose même qui est l'objet de son obligation. On peut apporter mille autres exemples.

§ II. *Quelles choses peuvent être l'objet d'une obligation.*

131. Toutes les choses qui sont dans le commerce, peuvent être l'objet des obligations (3).

---

(1) *V.* art. 1126, C. civ., p. 32, note 1.

(2) *V.* art. 1127, C. civ.

Art. 1127 : « Le simple usage ou la « simple possession d'une chose peut « être comme la chose même, l'objet « du contrat. »

(3) *V.* art. 1128, C. civ.

Art. 1128 : « Il n'y a que les choses

Source : BIU Cujas

Non-seulement un corps certain et déterminé, comme un tel cheval, peut être l'objet d'une obligation; mais quelque chose d'indéterminé peut aussi en être l'objet; comme lorsque quelqu'un s'engage à me donner un cheval, sans déterminer quel cheval. Il faut néanmoins que la chose indéterminée qui fait l'objet de l'obligation, ait dans son indétermination une certaine considération morale : *Oportet ut genus quod debetur, habeat certam finitionem;* comme lorsqu'on a promis *un cheval, une vache, un chapeau,* en général : mais si l'indétermination de la chose est telle, qu'elle la réduise presque à rien, il n'y aura pas d'obligation, faute de chose qui en soit l'objet et la matière, parce que, dans l'ordre moral, *presque rien,* est regardé comme rien.

Par exemple, de l'argent, du blé, du vin, sans que la quantité soit déterminée, ni déterminable, ne peuvent être l'objet d'une obligation; parce que cela se peut réduire à presque rien, comme à un denier, à un grain de blé, à une goutte de vin. C'est par cette raison que la loi 94, ff. *de Verb. oblig.,* décide que la stipulation *triticum dare oportere,* ne produit aucune obligation, lorsqu'on ne peut savoir la quantité que les contractants avaient en vue.

Au reste, il n'est pas nécessaire que la quantité qui fait l'objet de l'obligation, soit actuellement déterminée, lorsque l'obligation est contractée, pourvu qu'elle soit déterminable (1).

Par exemple, si quelqu'un s'est obligé de m'indemniser des dommages et intérêts que j'ai soufferts ou que je pourrai souffrir en une *telle occasion,* l'obligation est valable, quoique la somme d'argent à laquelle ils montent ne soit pas encore déterminée; parce qu'elle est déterminable par l'estimation qui s'en fera. Pareillement, si quelqu'un s'est obligé de me fournir du blé pour la nourriture de ma famille pendant un an, l'obligation est valable, quoiqu'il n'ait pas déterminé la quantité; parce qu'elle est déterminable par l'estimation qui se fera de ce qui est nécessaire pour cela.

132. Les choses qui n'existent pas encore, mais dont on attend l'existence, peuvent être l'objet d'une obligation, de manière néanmoins que l'obligation dépende de la condition de leur future existence (2).

Par exemple, lorsque je m'oblige à livrer à un marchand de vin le vin que je recueillerai cette année, l'obligation est valablement contractée, quoiqu'elle n'existe pas encore. Mais si mes vignes gèlent, et qu'il n'y en ait point à recueillir, l'obligation s'évanouit, faute de chose qui en soit l'objet, comme si elle n'avait jamais été contractée.

Cette règle, « que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation », reçoit une exception par les lois romaines à l'égard des successions futures.

Ces lois proscrivent comme indécentes et contraires à l'honnêteté publique, toutes les conventions par rapport aux successions futures (3), soit celle par laquelle une personne traiterait ou disposerait de sa propre succession future envers une autre personne à qui il promettait de la lui laisser, quand même cette convention se ferait par un contrat de mariage (L. 15, Cod. *de Pact.*), soit celles par lesquelles des parties traiteraient de la succession future d'un tiers,

---

« qui sont dans le commerce qui puis-
« sent être l'objet des conventions. »

(1) *V.* art. 1129, C. civ.

Art. 1129 : « Il faut que l'obligation « ait pour objet une chose au moins « déterminée quant à son espèce.—La « quotité de la chose peut être incer-« taine, pourvu qu'elle puisse être dé-« terminée. »

(2) *V.* art. 1130, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1130 : « Les choses futures peu-« vent être l'objet d'une obligation.— « On ne peut cependant renoncer à « une succession non ouverte, ni faire « aucune stipulation sur une pareille « succession, même avec le consente-« ment de celui de la succession du-« quel il s'agit. »

(3) *V.* art. 1130, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

que lesdites parties ou l'une d'elles s'attendent de recueillir (L. *fin.* Cod. *de Pact.*), à moins que ce tiers n'intervînt et ne donnât son consentement à la convention ; *eâd.* L., *fin.*

Dans notre droit français, la faveur des contrats de mariage y a fait admettre les conventions sur les successions futures. Nous pouvons, par le contrat de mariage d'une personne, nous engager envers elle de lui laisser notre succession future en tout ou en partie : nous pouvons pareillement nous engager de la laisser aux enfants qui naîtront du mariage (1). C'est ce qui se fait par les institutions d'héritier contractuelles, qui sont en usage dans nos contrats de mariage, et dont nous avons traité en l'*Appendice* qui est à la fin de notre *Introduction* au titre des *Successions de la coutume d'Orléans.*

On peut pareillement, par les contrats de mariage, faire pour l'intérêt de l'une des deux familles contractantes, telles conventions qu'on juge à propos sur les successions futures des tiers (2). Les stipulations de propre *à ceux du côté et ligne,* sont des conventions de cette espèce. Nous en avons traité en notre *Introduction générale sur la coutume d'Orléans*, chap. 3, art. 4, § 3.

Hors les contrats de mariage, les conventions sur les successions futures sont rejetées par notre droit français, de même qu'elles l'étaient par le droit romain (3).

---

(1) *V.* art. 1082, 1083 et 1084, C. civ.

Art. 1082 : « Les pères et mères, les « autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. — Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. »

Art. 1083 : « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

Art. 1084 : « La donation par contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation ; auquel cas, il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur. »

(2) Ces conventions ne seraient point valables aujourd'hui.

(3) Cependant les articles 761, 918, C. civ., valident des conventions sur des droits qui dépendront de successions non ouvertes.

Art. 761 : « Toute réclamation leur est interdite (aux enfants naturels), lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée.—Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »

Art. 918 : « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui au-

Source : BIU Cujas

Il ne faut pas confondre avec une succession future, la substitution ou le fidéicommis des biens d'un défunt qui me les a laissés à la charge de les rendre à quelqu'un après ma mort. Cette substitution ou fidéicommis n'est pas une succession future; elle ne fait pas partie de ma succession future; c'est une simple dette dont je suis tenu après ma mort envers ceux qui sont appelés à la substitution, et dont ils peuvent traiter de mon vivant, soit avec moi, soit entre eux; L. 1 et 16, Cod. *de Pact.*; L. 11, Cod. *de Trans.*

La règle « que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation », reçoit une autre exception par les lois de police, telles que sont celles qui défendent aux marchands d'acheter les blés (1) ou les foins avant la récolte, les laines avant la tonte, et déclarent tels marchés nuls. *Voy.* le *Traité de Police* de Delamare.

133. Non-seulement les choses qui appartiennent au débiteur peuvent être l'objet de son obligation, mais même celles qui ne lui appartiennent pas, lorsqu'il s'est obligé de les donner; et il est obligé de les racheter de ceux à qui elles appartiennent, pour les donner à celui à qui il les a promises.

Si ceux à qui elles appartiennent ne voulaient pas les vendre, le débiteur ne pourrait pas se prétendre quitte de son obligation, sur le prétexte qu'il ne tient pas à lui de l'accomplir, et qu'on ne peut pas être obligé à l'impossible. Car cette maxime, qu'*on n'est pas obligé à l'impossible*, n'est vraie que lorsque l'impossibilité est absolue : mais lorsque la chose est possible en soi, l'obligation ne laisse pas de subsister, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir du débiteur de l'accomplir; il est tenu des dommages et intérêts résultant de l'inexécution : il suffit que la chose fût possible en soi, pour que le créancier ait été en droit de compter sur l'exécution de ce qu'on lui promettait; c'est le débiteur qui est en faute de n'avoir pas bien examiné, avant de s'engager, s'il était en pouvoir d'accomplir ce qu'il promettait (2).

134. On peut bien s'obliger à donner une chose qui appartient à un tiers; mais on ne peut contracter l'obligation de donner à quelqu'un une chose qui lui appartient déjà (L. 1, § 10, ff. *Obl. et Act.*), à moins qu'elle ne lui appartienne qu'imparfaitement; car, en ce cas, l'obligation serait valable, à l'effet que le débiteur fût tenu de la lui faire appartenir parfaitement. *Voy.* notre *Traité du Contrat de Vente*, nos 8 et suiv.

135. Il est évident que les choses qui ne sont pas dans le commerce, ne peuvent être l'objet d'une obligation. Par exemple, on ne peut pas s'obliger de donner une église, une place publique, un canonicat, etc.

On ne peut pas non plus contracter l'obligation de donner à quelqu'un une chose qu'il est incapable d'avoir : par exemple, un droit de servitude dans un héritage, à celui qui n'a point d'héritage voisin.

Mais il n'est pas nécessaire que celui qui s'engage à donner une chose, soit capable d'avoir et de posséder cette chose, pourvu que celui à qui il s'engage de la donner en soit capable; L. 34, ff. *de Verb. obl.*

L'édit de 1749, art. 14, ayant rendu les gens de mainmorte incapables d'acquérir des immeubles, on ne peut contracter envers eux l'obligation de leur donner un immeuble (3).

Un office vénal peut-il être dû à une femme ?—Oui; car, quoiqu'elle soit incapable du titre de l'office, elle n'est pas incapable d'avoir le droit de finance

---

« raient consenti à ces aliénations, ni « dans aucun cas, par les successibles « en ligne collatérale. »

(1) *V.* la loi du 6 messidor an 3.

(2) L'article 1599 n'est point contraire à cette doctrine.

Art. 1599 : « La vente de la chose « d'autrui est nulle : elle peut donner « lieu à des dommages-intérêts lors- « que l'acheteur a ignoré que la chose « fût à autrui. »

(3) Il n'y a plus de mainmortables.

Source : BIU Cujas

de l'office ; et c'est cette finance, plutôt que le titre, qui est dans le commerce, et qui est l'objet de l'obligation (1).

§ III. *Quels faits peuvent être l'objet des obligations.*

136. Pour qu'un fait puisse être l'objet d'une obligation, il faut qu'il soit possible ; car *impossibilium nulla obligatio est ;* L. 85, ff. *de Reg. jur.*

Au reste, il suffit que le fait auquel un homme s'oblige envers moi, soit possible en soi, quoiqu'il ne soit pas possible à cet homme : car, si je n'avais pas connaissance qu'il ne lui était pas possible, j'ai eu droit de compter sur sa promesse ; et il s'est obligé valablement en ce cas envers moi *in id quanti meâ interest non esse deceptum.* Il doit s'imputer de n'avoir pas examiné ses forces, et de s'être témérairement engagé à quelque chose qui les surpassait.

137. Un fait qui est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, est semblable à celui qui serait absolument impossible, et ne peut pas non plus être l'objet d'une obligation.

Pour qu'un fait puisse être l'objet d'une obligation, il faut aussi que ce que le débiteur s'est obligé de faire, soit quelque chose de déterminé. C'est pourquoi la loi 2, § 5, ff. *de eo quod certo loco*, décide, que, si quelqu'un promettait à un autre de lui bâtir une maison, sans dire où, il ne contracterait point d'obligation.

138. Enfin, ce qu'on s'oblige de faire ou de ne pas faire, doit être tel, que celui envers qui l'obligation est contractée ait intérêt que cela soit fait ou ne soit pas fait ; et cet intérêt doit être un intérêt appréciable.

La raison en est évidente. Une obligation étant un lien de droit, il ne peut y avoir d'obligation, lorsque celui qui a promis de faire ou de ne pas faire, peut impunément ne pas exécuter sa promesse. Or il est évident qu'il peut impunément ne la pas exécuter, lorsque je n'ai aucun intérêt appréciable qu'il fasse ou ne fasse pas ce qu'il m'a promis ; car il ne peut résulter contre lui aucuns dommages et intérêts de l'inexécution de sa promesse, les dommages et intérêts n'étant autre chose que l'estimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation.

139. Un fait auquel la partie qui le stipule n'a aucun intérêt, ne peut, à la vérité, être l'objet d'une obligation ; mais il peut en être la condition ou la charge.

Par exemple, si j'étais convenu avec vous « que vous viendriez à Orléans étudier en droit pendant un an », cette convention serait nulle, et il n'en résulterait aucune obligation, parce que ce fait auquel je n'ai aucun intérêt, ne peut être l'objet d'une obligation envers moi. Mais si nous étions convenus « que je vous donnerais dix pistoles, si vous veniez étudier en droit à Orléans, ou à la charge que vous y viendriez », la convention serait valable ; car ce fait, quoiqu'il ne m'intéresse aucunement, peut être la condition ou la charge de l'obligation qui résulte de notre convention.

Suivant ce principe, on a jugé valable une promesse par laquelle un neveu avait promis à son oncle de ne plus jouer, à peine de trois cents livres qu'il s'obligeait de lui donner, s'il manquait à sa promesse. L'arrêt est rapporté par Maynard et par Papon.

140. Un fait, pour être la matière d'une obligation civile, doit être un fait auquel celui envers qui elle est contractée, ait un intérêt appréciable à prix d'argent, suivant les raisons expliquées ci-dessus. Mais il n'en est pas de même de l'obligation naturelle : il suffit que le fait qui en est la matière,

---

(1) Cette décision s'applique aujourd'hui à l'égard des veuves et héritiers des officiers ministériels qui ont le droit de présenter leur successeur à l'agrément du roi, comme ils y sont autorisés par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816.

Source : BIU Cujas

soit un fait auquel celui envers qui l'obligation est contractée, ait un intérêt d'une juste affection, pour que l'obligation soit valable, comme obligation naturelle. Celui qui a promis ce fait, et qui manque à sa parole, ayant le pouvoir de l'accomplir, pèche, et se rend coupable dans le for de la conscience, quoiqu'il ne puisse être poursuivi dans le for extérieur. Voyez *suprà*, ch. 1, art. 5, § 1.

CHAPITRE II.

De l'effet des obligations.

ART. Ier. — De l'effet des obligations de la part du débiteur.

§ I. *De l'obligation de donner.*

141. Celui qui s'est obligé de donner une chose, est tenu de la donner en temps et lieu convenables, au créancier, ou à quelqu'un qui ait pouvoir ou qualité pour la recevoir en sa place. *V.* la troisième partie de ce Traité, chap. premier, où nous traitons des paiements et des obligations.

142. Lorsque c'est un corps certain qui est l'objet de l'obligation, l'obligation a encore cet effet à l'égard du débiteur, « qu'elle l'oblige à apporter un soin convenable à la conservation de la chose due (1), jusqu'au paiement qu'il en fera » : et si, faute d'avoir apporté ce soin, la chose vient à périr, à se perdre, ou à être détériorée, il est tenu des dommages et intérêts du créancier qui en résultent. Nous traiterons de ces dommages et intérêts, *infrà*, art. 3.

Le soin qu'il doit apporter à cette conservation, est différent, selon la différente nature des contrats ou quasi-contrats d'où l'obligation descend.

La loi 5, § 2, ff. *Commodat.*, donne cette règle, « que, lorsque le contrat ne concerne que la seule utilité de celui à qui la chose doit être donnée ou restituée, le débiteur qui s'est obligé à la donner ou restituer, n'est obligé qu'à apporter de la bonne foi à la conservation de la chose, et n'est tenu par conséquent à cet égard que de la faute lourde, qui, à cause de son énormité, tient du dol : *Tenetur duntaxat de latâ culpâ et dolo proximâ.* »

Par exemple, un dépositaire n'est tenu à apporter que de la bonne foi à la conservation du dépôt qui lui a été confié, et qu'il s'est obligé de restituer; parce que le contrat du dépôt se fait pour la seule utilité de celui qui a confié la chose, et à qui le dépositaire s'est obligé de la restituer. Si le contrat concerne l'utilité commune des deux contractants, le débiteur est tenu d'apporter à la conservation de la chose qu'il doit, le soin ordinaire que les personnes prudentes apportent à leurs affaires, et il est tenu en conséquence de la faute légère.

Par exemple, le vendeur est tenu de cette faute à l'égard de la chose vendue qu'il s'est obligé de livrer; le créancier est tenu de cette faute, à l'égard de la chose reçue en nantissement, à la restitution de laquelle il s'est obligé; parce que ces contrats de vente, de nantissement, se font pour l'utilité respective des contractants. Si le contrat n'est fait que pour la seule utilité du débiteur, tel qu'est le contrat de prêt à usage, il est obligé d'apporter à la conservation

---

(1) *V.* art. 1136, C. civ.

Art. 1136 : « L'obligation de donner « emporte celle de livrer la chose et « de la conserver jusqu'à la livraison, « à peine de dommages et intérêts en- « vers le créancier. »

Source : BIU Cujas

de la chose, non-seulement un soin ordinaire, mais tout le soin possible ; et il est par conséquent tenu de la faute la plus légère (1).

Cette règle reçoit néanmoins beaucoup d'exceptions, comme nous le verrons dans les Traités particuliers sur les différents contrats et quasi-contrats.

A l'égard des cas fortuits, et de la force majeure, *vis divina*, le débiteur d'un corps certain, tant qu'il n'est pas en demeure de payer, n'en est jamais tenu, à moins que, par une convention particulière, il ne s'en fût chargé, ou qu'une faute précédente du débiteur n'eût donné lieu au cas fortuit.

Par exemple, si je vous ai prêté mon cheval pour aller dans un certain lieu, et que vous ayez été attaqué par des voleurs, qui aient volé ou tué mon cheval ; quoique cette violence que vous avez soufferte soit un cas fortuit, dont un débiteur n'est pas ordinairement tenu, néanmoins si, au lieu de suivre la route ordinaire et la plus sûre, vous avez pris un chemin de traverse, connu pour être infesté de voleurs, dans lequel vous avez été attaqué, vous serez tenu de ce cas fortuit, parce que c'est votre imprudence qui y a donné lieu.

143. C'est encore un effet de l'obligation de donner, de la part du débiteur, que, lorsqu'il a été en demeure de satisfaire à son obligation, il soit tenu des dommages et intérêts du créancier, résultant de cette demeure, et qu'il doive en conséquence l'indemniser de tout ce qu'il aurait eu, si la chose lui eût été donnée aussitôt qu'il l'a demandée.

C'est en conséquence de ce principe, que, si la chose due a été détériorée, ou même est totalement périe, depuis la demeure du débiteur, par quelque cas fortuit ou force majeure, le débiteur est tenu de cette perte, dans les cas auxquels la chose n'aurait pas également péri chez le créancier (2).

C'est aussi en conséquence de ce principe, que le débiteur est tenu de faire raison au créancier, non-seulement des fruits perçus, mais de tous ceux qui auraient pu être perçus par le créancier depuis la demeure du débiteur (3).

Sur les autres espèces de dommages et intérêts, Voyez *infrà*, l'art. 3.

144. Observez que, suivant nos usages, un débiteur n'est censé mis en demeure de donner la chose par lui due, que par une interpellation judiciaire valablement faite, et seulement du jour de cette interpellation (4).

---

(1) *V.* art. 1137, C. civ.

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 « commune, 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.»

V. à la suite du *Traité des Obligations* une observation générale de Pothier sur la *Prestation des fautes.*

(2) *V.* art. 1302, C. civ.

Art. 1302 : « Lorsque le corps cer- « tain et déterminé qui était l'objet de « l'obligation, vient à périr, est mis « hors du commerce, ou se perd de « manière qu'on en ignore absolument « l'existence, l'obligation est éteinte si « la chose a péri ou a été perdue sans « la faute du débiteur et avant qu'il « fût en demeure.—Lors même que le « débiteur est en demeure, et s'il ne « s'est pas chargé des cas fortuits, l'obli- « gation est éteinte dans le cas où la « chose fût également périe chez le « créancier si elle lui eût été livrée.— « Le débiteur est tenu de prouver le « cas fortuit qu'il allègue.—De quel- « que manière que la chose volée ait « péri ou ait été perdue, sa perte ne « dispense pas celui qui l'a soustraite « de la restitution du prix. »

(3) Autrement le créancier serait en perte, ces fruits sont donc compris dans les dommages-intérêts.

(4) *V.* art. 1139, C. civ.

Art. 1139 : « Le débiteur est consti- « tué en demeure, soit par une som- « mation ou par autre acte équivalent, « soit par l'effet de la convention, lors- « qu'elle porte que, sans qu'il soit be-

Source : BIU Cujas

Cette décision a lieu, quoique la chose soit due à des mineurs, ou à l'Eglise, les principes du droit romain sur la demeure qui se contractait *re ipsâ* envers ces personnes, n'étant pas d'usage parmi nous.

Il faut excepter de notre décision les voleurs, qui sont censés en demeure de satisfaire à l'obligation qu'ils ont contractée de restituer la chose volée, dès l'instant même qu'ils l'ont contractée par le vol qu'ils ont commis, sans qu'il soit besoin à leur égard d'aucune interpellation judiciaire (1); L. *fin.* ff. *de cond. furt.*

La demeure en laquelle a été le débiteur de donner la chose, cesse par des offres valablement faites, par lesquelles il a mis le créancier en demeure de recevoir (2).

145. L'obligation de donner une chose s'étend quelquefois aux fruits de cette chose, lorsqu'elle en produit; et aux intérêts, lorsque c'est une somme d'argent qui est due.

Ordinairement le débiteur ne doit que les fruits qui ont été ou pu être perçus depuis l'interpellation judiciaire qui l'a mis en demeure; et les intérêts ne courent pareillement que depuis ce temps (3). Quelquefois néanmoins les fruits et les intérêts sont dus avant la demeure, comme dans les contrats de vente d'une chose frugifère (4). Cela dépend de la différente nature des contrats et autres causes d'où naissent les obligations. C'est ce que nous verrons en traitant des différents contrats et quasi-contrats (5).

« soin d'acte et par la seule échéance « du terme, le débiteur sera en de- « meure. »

(1) *V.* art. 1302, dernier alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 67, note 2.

(2) *V.* art. 1257, C. civ.

Art. 1257 : « Lorsque le créancier « refuse de recevoir son paiement, le « débiteur peut lui faire des offres « réelles, et, au refus du créancier de « les accepter, consigner la somme ou « la chose offerte.—Les offres réelles « suivies d'une consignation libèrent le « débiteur; elles tiennent lieu à son « égard de paiement, lorsqu'elles sont « valablement faites, et la chose ainsi « consignée demeure aux risques du « créancier. »

(3) *V.* art. 1153, dernier alinéa, C. civ.

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 parti- « culières au commerce et au caution- « nement.—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 de- « mande, excepté dans les cas où la « loi les fait courir de plein droit. »

(4) *V.* art. 1652 et 1614, C. civ.

Art. 1652 : « L'acheteur doit l'inté- « rêt du prix de la vente jusqu'au paie- « ment du capital, dans les trois cas « suivants :—S'il a été ainsi convenu « lors de la vente; — Si la chose ven- « due et livrée produit des fruits ou « autres revenus; — Si l'acheteur a « été sommé de payer.—Dans ce der- « nier cas, l'intérêt ne court que de- « puis la sommation. »

Art. 1614 : « La chose doit être dé- « livrée en l'état où elle se trouve au « moment de la vente. —Depuis ce « jour, tous les fruits appartiennent à « l'acquéreur. »

(5) Pothier ne met pas parmi les effets de l'obligation de donner la translation immédiate de la propriété : au temps où il écrivait, cette translation n'avait pas lieu ; c'est une innovation. *V.* art. 1138, C. civ.

Art. 1138 : « L'obligation de livrer « la chose est parfaite par le seul con- « sentement des parties contractantes. « —Elle rend le créancier propriétaire « et met la chose à ses risques dès « l'instant où elle a dû être livrée, en- « core que la tradition n'en ait point « été faite, à moins que le débiteur ne « soit en demeure de la livrer; auquel « cas la chose reste aux risques de ce « dernier. »

Source : BIU Cujas

§ II. *De l'obligation de faire ou de ne pas faire.*

146. L'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de faire quelque chose, est qu'elle doit faire ce qu'elle s'est engagée de faire ; et que, si elle ne la fait pas, après avoir été mise en demeure de la faire, elle doit être condamnée aux dommages et intérêts de celui envers qui elle s'est obligée ; c'est-à-dire, *in id quanti creditoris intersit factum fuisse id quod promissum est :* ce qui doit être estimé à une somme de deniers par des experts convenus entre les parties (1).

Ordinairement le débiteur ne peut être mis en demeure que par une demande en justice (2) que le créancier forme contre lui, « à ce qu'il soit tenu de faire ce qu'il a promis, sinon qu'il soit condamné en des dommages et intérêts. »

Le juge, sur cette demande, prescrit un certain temps dans lequel le débiteur sera tenu de faire ce qu'il a promis ; et faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamne aux dépens, dommages et intérêts.

Si le débiteur satisfait dans ledit temps à son obligation, il évite les dommages et intérêts, et il doit seulement les dépens ; à moins que le juge n'estimât qu'il fût dû quelques dommages et intérêts pour le retard.

147. Quelquefois le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, faute d'avoir fait ce qu'il s'était obligé de faire, quoiqu'il n'ait pas été interpellé par une demande en justice. Cela a lieu lorsque la chose que le débiteur s'est obligé de faire, ne pouvait se faire utilement que dans un certain temps qu'il a laissé passer (3).

Par exemple, si j'ai chargé un procureur de former pour moi une opposition au décret d'un héritage qui m'était hypothéqué, et que ce procureur ait laissé interposer le décret sans faire l'opposition, il est tenu de mes dommages et intérêts, quoique je n'aie pas formé de demande contre lui pour qu'il fût tenu de la faire ; le temps dans lequel il devait savoir que cette opposition devait être faite, l'interpellait suffisamment (4).

148. L'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de ne pas faire quelque chose, est que, si elle le fait, elle est tenue des dommages et intérêts résultant du préjudice qu'elle a causé en faisant cela, à celui envers qui elle s'était obligée de ne le pas faire (5).

149. Lorsque celui qui s'était obligé à faire quelque chose, a été empêché de le faire par quelque cas fortuit et force majeure ; et pareillement lorsque celui qui s'était obligé de ne pas faire quelque chose, a été contraint par quelque force majeure à le faire, il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts ; car *Nemo præstat casus fortuitos* (6).

---

(1) *V.* art. 1142, C. civ.

Art. 1142 : « Toute obligation de « faire ou de ne pas faire se résout en « dommages et intérêts, en cas d'in- « exécution de la part du débiteur. »

(2) *V.* art. 1139, C. civ., ci-dessus, p. 67, note 4.

(3) *V.* art. 1146, C. civ.

Art. 1146 : « Les dommages et in- « térêts ne sont dus que lorsque le dé- « biteur est en demeure de remplir son « obligation, excepté néanmoins lors- « que la chose que le débiteur s'était « obligé de donner ou de faire ne pou- « vait être donnée ou faite que dans « un certain temps qu'il a laissé pas- « ser. »

(4) Par exemple si on avait chargé un avoué de faire une surenchère, laquelle doit avoir lieu dans un temps fixe.

(5) *V.* art. 1145, C. civ.

Art. 1145 : « Si l'obligation est de « ne pas faire, celui qui y contrevient « doit les dommages et intérêts par le « seul fait de la contravention. »

(6) *V.* art. 1148, C. civ.

Art. 1148 : « Il n'y a lieu à aucuns

Source : BIU Cujas

Observez que je dois, dans ce cas, vous avertir de la force majeure qui m'empêche de faire ce à quoi je me suis engagé envers vous, afin que vous puissiez prendre vos mesures pour y pourvoir par vous-même ou par un autre. Sans cela je n'éviterai pas les dommages et intérêts, à moins que cette force majeure ne m'eût aussi ôté le pouvoir de vous faire avertir; L. 27, § 2, ff. *Mand.*

ART. II. — De l'effet de l'obligation par rapport au créancier.

150. Les effets de l'obligation par rapport au créancier, sont:

1° Le droit qu'elle lui donne de poursuivre en justice le débiteur, pour le paiement de ce qui est contenu dans l'obligation (1).

2° Lorsque l'obligation est d'une somme liquide, elle donne le droit au créancier de l'opposer à son débiteur en compensation, jusqu'à due concurrence de celle qu'il devait à son débiteur (2).

Nous traiterons de cette compensation *infrà*, part. 3, chap. 4.

3° L'obligation sert au créancier de fondement aux autres obligations que des fidéjusseurs pourraient contracter envers lui, pour la personne qui l'a contractée (3).

Nous parlerons de ces fidéjusseurs, part. 2, chap. 6.

4° Elle sert de matière à la novation, lorsqu'il en intervient (4). *V.* ce qui concerne les novations, *infrà*, part. 3, chap. 2.

Nous avons ici à traiter seulement du premier et du principal effet de l'obligation, « qui est le droit qu'elle donne au créancier de poursuivre par les voies judiciaires le paiement de ce qui lui est dû. »

Il faut à cet égard distinguer le cas auquel l'obligation consiste à donner quelque chose, et celui auquel elle consiste à faire quelque chose.

§ I. *Du cas auquel l'obligation consiste à donner.*

151. Le droit que cette obligation donne au créancier de poursuivre le paiement de la chose que le débiteur s'est obligé de lui donner, n'est pas un

---

« dommages et intérêts lorsque, par « suite d'une force majeure ou d'un « cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi « il était obligé, ou a fait ce qui lui « était interdit. »

(1) *V.* art. 2092, C. civ.

Art. 2092 : « Quiconque s'est obligé « personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses « biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. »

(2) *V.* art. 1291, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1291 : « La compensation n'a « lieu qu'entre deux dettes qui ont « également pour objet une somme « d'argent, ou une certaine quantité « de choses fungibles de la même espèce et qui sont également liquides « et exigibles. — Les prestations en « grains ou denrées, non contestées, « et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec « des sommes liquides et exigibles. »

(3) *V.* art. 2012, C. civ.

Art. 2012 : « Le cautionnement ne « peut exister que sur une obligation « valable.—On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle « pût être annulée par une exception « purement personnelle à l'obligé ; par « exemple, dans le cas de minorité. »

(4) *V.* art. 1271, C. civ., qui détermine dans quels cas il y a novation.

Art. 1271 : « La novation s'opère de « trois manières :—1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est « éteinte ;—2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est « déchargé par le créancier ;—Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est « substitué à l'ancien, envers lequel le « débiteur se trouve déchargé. »

Source : BIU Cujas

droit qu'elle lui donne dans cette chose, *jus in re;* ce n'est qu'un droit contre la personne du débiteur pour le faire condamner à donner cette chose; *jus ad rem. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum;* L. 3, ff. *de Obligat. et act.*

La chose que le débiteur s'est obligé de donner, continue donc de lui appartenir, et le créancier ne peut en devenir propriétaire que par la tradition réelle ou feinte que lui en fera le débiteur, en accomplissant son obligation.

Jusqu'à cette tradition le créancier n'a que le droit de demander la chose; et il n'a ce droit que contre la personne du débiteur qui a contracté l'obligation envers lui, ou contre ses héritiers et successeurs universels; parce que l'héritier succède à tous les droits actifs et passifs du défunt, et par conséquent à ses obligations; et parce que les successeurs universels du débiteur succédant à ses biens, succèdent aussi par conséquent à ses dettes, qui sont une charge de ses biens (1).

(1) Toute cette doctrine est empruntée au droit romain ; mais aujourd'hui il n'en est plus de même. L'art. 1138, déclare non-seulement que l'obligation *est parfaite par le seul consentement,* ce qui était admis en droit romain dans plusieurs cas, mais il décide en outre que l'obligation *rend le créancier propriétaire ,* et voilà l'innovation. Déjà certaines coutumes (Orléans, art. 278) admettaient une certaine clause comme équivalente à la tradition réelle : « Des-« saisine et saisine faites présent no-« taire de cour Laye, de la chose alié-« née, valent et équipolent à tradition « de fait et possession prinse de la « chose, sans qu'il soit requis autre ap-« préhension. »

Il suffisait donc au vendeur ou donateur de déclarer par acte notarié qu'il se dessaisissait de la chose, qu'il en saisissait l'acheteur ou le donataire, et cette déclaration tenait lieu de tradition réelle, et transférait la propriété de la chose. Il est probable que cette clause devint de style, et qu'on dut fréquemment rencontrer dans les actes: *S'en est dessaisi et dévêtu, et en a saisi et vêtu ledit tel.* En conséquence, dans plusieurs provinces, la tradition réelle avait dû perdre de son importance, et l'obligation de donner la créance de la chose, lorsqu'elle était un objet déterminé, dut facilement se confondre avec la translation même de la propriété, c'est ce qui paraît résulter des discours prononcés soit au Corps législatif, soit au Tribunat, lors de la présentation du projet de loi sur cette importante matière.

Voici ce que disait M. Bigot-Préameneu en exposant les motifs : « C'est « le consentement des contractants « qui rend parfaite l'obligation de li-« vrer la chose; il n'est donc pas be-« soin de tradition réelle pour que le « créancier doive être considéré comme « propriétaire aussitôt que l'instant où « la livraison doit se faire est arrivé. « Ce n'est plus alors un simple droit à « la chose qu'a le créancier, c'est un « droit de propriété *jus in re;* si donc « elle périt par force majeure ou par « cas fortuit depuis l'époque où elle a « dû être livrée, la perte est pour le « créancier, suivant la règle *Res perit* « *domino.* »

Nous laissons au lecteur intelligent à commenter ce texte; il est difficile d'accumuler plus d'erreurs en aussi peu de mots. C'est une preuve qu'on peut occuper des places éminentes qui exigent la connaissance du droit, et cependant en ignorer les éléments.

M. Favart, plus laconique, n'annonce pas plus de science : « L'obligation de « livrer la chose rend le créancier « propriétaire du moment que le con-« sentement a formé le contrat, d'où il « résulte que la chose périt pour lui, à « moins que le débiteur n'ait été mis « en demeure, car, dans ce cas, la « chose est à ses risques. Ces princi-« pes ont été consacrés de tout temps « parmi nous. »

Voilà un pauvre légiste et un mauvais historien.

Enfin M. Mouricault ne nous donne pas plus de lumières. « S'agit-il d'une « obligation de donner un objet déter-

Source : BIU Cujas

152. De là il suit que, si mon débiteur, depuis qu'il a contracté envers moi l'obligation de me donner une chose, a fait passer cette chose à un tiers à titre singulier, soit de vente, soit de donation, je ne pourrai point demander cette chose à ce tiers acquéreur mais seulement à mon débiteur, qui, faute de me la pouvoir donner, ne l'ayant plus, sera condamné en mes dommages et intérêts résultant de l'inexécution de son obligation (1).

La raison est que, suivant nos principes, l'obligation ne donnant au créancier aucun droit dans la chose qui lui est due, je n'ai aucun droit dans la chose qui m'était due, que je puisse poursuivre contre celui dans les mains de qui elle se trouve. Le droit que donne l'obligation, étant un droit que le créancier n'a que contre le débiteur et ses successeurs universels, je ne puis avoir aucune action contre le tiers acquéreur de cette chose, qui, étant un acquéreur à titre singulier, n'a point succédé aux obligations de celui qui s'est obligé envers moi. *L. Quoties*, 15, Cod. *de Rei vind.; Paul. sent. V.* 11, 4.

Par la même raison, si mon débiteur a légué la chose qu'il s'était obligé de me donner, et qu'il meure, il en aura par sa mort transféré la propriété au légataire, suivant la règle de droit qui porte que : *Dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit à testatore in legatarium :* car, en étant, suivant nos principes, demeuré propriétaire, il a pu lui en transférer la propriété. Ce sera donc au légataire qu'elle devra être délivrée ; et je n'aurai, en ce cas, qu'une action en dommages et intérêts contre les héritiers de mon débiteur (2). L. 32, ff. *Locat.*

153. Observez néanmoins que, si le débiteur, lorsqu'il a fait passer à un tiers la chose qu'il s'était obligé de me donner, n'était pas solvable, je pourrais agir contre le tiers acquéreur pour faire rescinder l'aliénation qui lui en a été faite en fraude de ma créance, pourvu qu'il ait été participant de la

---

« miné ? Elle emporte non-seulement « l'engagement de livrer l'objet, mais « encore celui de veiller en bon père « de famille à sa conservation jusqu'à « la livraison : et comme l'obligation « est parfaite par le seul consentement « des parties, elle constitue immédia- « tement le créancier propriétaire de « la chose : et désormais cette chose « est à ses risques, quoique la tradition « n'en soit pas faite, à moins que le « débiteur ne soit en demeure. »

Toujours les mêmes erreurs, 1° confusion de la perfection de l'obligation, et de la mutation de propriété ; 2° risques de la chose indiqués comme conséquence nécessaire de la propriété ; 3° l'un d'eux ne faisant naître ces risques qu'à l'arrivée du terme. Il est pénible de n'avoir à présenter que de pareils motifs sur la plus grave des innovations du droit nouveau.

(1) Il en serait ainsi aujourd'hui pour les meubles (art. 1141, C. civ.) ; mais à cause de la règle de l'art. 2279, C. c.; quant aux immeubles il en serait autrement, sauf en ce qui concerne les donations non transcrites. *V.* art. 941, C. civ.

Art. 1141 : « Si la chose qu'on s'est « obligé de donner ou de livrer à deux « personnes successivement, est pu- « rement mobilière, celle des deux qui « en a été mise en possession réelle « est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que « la possession soit de bonne foi. »

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 ce- « lui duquel il la tient. »

Art. 941 : « Le défaut de transcrip- « tion pourra être opposé par toutes « personnes ayant intérêt, excepté « toutefois celles qui sont chargées de « faire faire la transcription, ou leurs « ayants cause, et le donateur. »

(2) Toutes ces conséquences découlent naturellement des anciens principes, qui n'ont plus lieu aujourd'hui.

Source : BIU Cujas

fraude, *conscius fraudis*, s'il était acquéreur à titre onéreux : s'il était acquéreur à titre gratuit, il ne serait pas même nécessaire pour cela qu'il eût été participant de la fraude (1). *Tit.* ff. *Quæ in fraud. cred.*

Observez aussi que, si la vente m'a été faite par un acte devant notaire, et que la chose vendue soit un héritage ou autre immeuble, j'ai un droit d'hypothèque sur cet héritage pour l'exécution de l'obligation que mon vendeur a contractée envers moi (2) ; et je puis poursuivre ce droit d'hypothèque contre ce second acheteur que je trouve en possession de cet héritage. Il peut, à la vérité, me renvoyer à la discussion des biens de mon vendeur, pour les dommages et intérêts qui me sont dus, résultant de l'inexécution de l'obligation qui a été contractée envers moi : mais si cette discussion est infructueuse, par l'insolvabilité de mon vendeur, le second acheteur sera obligé de délaisser l'héritage sur mon action hypothécaire, si mieux il n'aime me payer mes dommages et intérêts.

154. Quoiqu'une obligation personnelle ne donne par elle-même au créancier envers qui elle est contractée, aucun droit dans la chose qui en fait l'objet, néanmoins il y a certaines obligations à l'exécution desquelles la chose qui en fait l'objet, est affectée ; et cette affectation donne un droit dans la chose au créancier, pour poursuivre l'exécution de l'obligation contre les tiers détenteurs de cette chose. Telle est l'obligation qui résulte de la clause de réméré, « par laquelle l'acheteur d'un héritage s'oblige envers le vendeur de le lui rendre lorsqu'il y voudra rentrer, en le remboursant de tout ce qui lui en a coûté. » L'héritage qui fait l'objet de cette obligation de l'acheteur, est affecté à l'exécution de cette obligation, et le vendeur peut en poursuivre l'exécution contre un tiers détenteur de l'héritage. Mais ce n'est pas l'obligation qui produit ce droit d'affectation ; l'obligation n'est par elle-même capable de donner du droit que contre la personne qui l'a contractée ; ce droit d'affectation résulte de ce que le vendeur, en aliénant son héritage, est censé s'y être retenu ce droit d'affectation aux obligations que l'acheteur contractait envers lui par rapport à cet héritage (3).

Ce droit d'affectation est bien plus fort que le droit d'hypothèque. Le créancier d'un corps certain affecté à l'accomplissement de sa créance, peut faire condamner le possesseur à lui délaisser précisément la chose, sans que le possesseur puisse le renvoyer contre le débiteur principal, et sans qu'il puisse

---

(1) *V.* art. 1167, C. civ., et 446, C. comm.

Art. 1167 : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, « attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.—Ils « doivent néanmoins, quant à leurs « droits énoncés au titre *des Successions* et au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, se conformer aux règles qui « y sont prescrites. »

Art. 446, C. comm. : « Sont nuls et « sans effet, relativement à la masse, « lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée « par le tribunal comme étant celle de « la cessation de ses paiements, ou « dans les dix jours qui auront précédé cette époque : — Tous actes « translatifs de propriétés mobilières « ou immobilières à titre gratuit ;— « Tous paiements, soit en espèces, « soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes « non échues, et pour dettes échues, « tous paiements faits autrement qu'en « espèces ou effets de commerce ; — « Toute hypothèque conventionnelle « ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour « dettes antérieurement contractées. »

(2) Au temps de Pothier, l'hypothèque résultait de tout acte notarié. La législation est changée à cet égard.

(3) La vente n'a été faite que sous une condition résolutoire : si la condition s'accomplit à temps utile, l'acheteur à réméré est censé n'avoir jamais été propriétaire, il n'a pu transmettre lui-même un droit incommutable.

Source : BIU Cujas

lui offrir à la place de la chose les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

155. A l'égard des voies qu'a le créancier pour obliger le débiteur ou ses héritiers et successeurs universels à lui donner ce qui lui est dû, il y en a deux ; la voie de *commandement et d'exécution*, et celle de *simple demande*.

La première consiste à faire au débiteur, à sa personne ou à son domicile, par un sergent, un commandement de payer ; et à saisir, sur son refus, ses meubles, ou même ses immeubles, et à les faire vendre pour être payé sur le prix.

Pour que le créancier ait cette voie de *commandement et exécution*, il faut que trois choses concourent :

1° Il faut que la dette soit d'une somme d'argent certaine et liquide ; ou d'une certaine quantité d'espèces *fongibles*, comme de blé, de vin, etc. Observez que, quoiqu'on puisse saisir pour une dette de ces espèces, lorsque la quantité due est liquide, on doit néanmoins surseoir à la vente jusqu'après l'appréciation (1). Ordonnance de 1667, tit. 33, art. 2.

Il faut 2° ordinairement (2) que le créancier ait un titre exécutoire, c'est-à-dire, un acte devant notaire, revêtu de ses formes, par lequel le débiteur se soit obligé de payer; ou un jugement de condamnation qui ne soit pas suspendu par un appel ou une opposition (3). *Voyez* notre *Introduction au titre* 20 *de la Coutume d'Orléans*, chap. 2, § 1.

Il faut, 3° que ce soit contre la personne même qui s'est obligée par acte devant notaire, ou qui a été condamnée, que le créancier procède par voie d'exécution. Quoique les héritiers de cette personne succèdent à ses obligations, le créancier ne peut procéder contre eux que par la voie de demande, jusqu'à ce qu'ils aient passé titre nouvel devant notaires, ou que le créancier ait obtenu contre eux un jugement de condamnation (4).

Lorsque ces trois choses concourent, le créancier a la voie d'exécution, et il ne lui est pas permis de prendre la voie de la demande (5).

---

(1) *V.* art. 551, C. proc.

Art. 551 : « Il ne sera procédé à aucune saisie mobilière ou immobilière, « qu'en vertu d'un titre exécutoire, et « pour choses liquides et certaines : si la « dette exigible n'est pas d'une somme « en argent, il sera sursis après la saisie, à toutes poursuites ultérieures, « jusqu'à ce que l'appréciation en ait « été faite. »

(2) J'ai dit *ordinairement*, parce que dans notre coutume d'Orléans, un créancier de loyers de maison, de fermes d'héritage, ou d'arrérages de rente foncière, peut, sans titre exécutoire, procéder par voie d'exécution pour trois termes. Orléans, art. 406. (*Note de l'édition de* 1764.)

(3) *V.* art. 545 et 2215, C. civ.

Art. 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce « n'est pour cause d'utilité publique, « et moyennant une juste et préalable « indemnité. »

Art. 2215 : « La poursuite peut « avoir lieu en vertu d'un jugement « provisoire ou définitif, exécutoire « par provision, nonobstant appel ; « mais l'adjudication ne peut se faire « qu'après un jugement définitif en « dernier ressort, ou passé en force de « chose jugée.—La poursuite ne peut « s'exercer en vertu de jugements « rendus par défaut dans le délai de « l'opposition. »

(4) *V.* art. 877 et 2214, C. civ.

Art. 877 : « Les titres exécutoires « contre le défunt sont pareillement « exécutoires contre l'héritier personnellement ; et néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre « l'exécution que huit jours après la « signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier. »

Art. 2214 : « Le cessionnaire d'un « titre exécutoire ne peut poursuivre « l'expropriation qu'après que la signification du transport a été faite au « débiteur. »

(5) Bien que le créancier ait titre

Source : BIU Cujas

La voie de simple demande est celle que doit prendre le créancier qui n'a pas la voie d'exécution : elle consiste à assigner le débiteur devant le juge compétent, et à obtenir contre lui sentence de condamnation.

156. Lorsque la chose due est un corps certain, et que le débiteur, condamné par sentence à donner la chose, a cette chose en sa possession, le juge, sur le requis du créancier, doit lui permettre de la saisir, et de s'en mettre en possession ; et il ne suffit pas au débiteur d'offrir, en ce cas, les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de son obligation. *Voyez* à cet égard notre *Traité du Contrat de Vente*, n° 67.

§ II. *Du cas auquel l'obligation consiste à faire ou à ne pas faire.*

157. Lorsque quelqu'un s'est obligé à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il s'est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages et intérêts, faute d'avoir satisfait à son obligation.

C'est en cette obligation de dommages et intérêts, que se résolvent toutes les obligations de faire quelque chose (1); car *Nemo potest præcisè cogi ad factum.*

158. Lorsque quelqu'un s'est obligé à ne pas faire quelque chose, le droit que donne cette obligation au créancier, est celui de poursuivre en justice le débiteur, en cas de contravention à son obligation, pour le faire condamner aux dommages et intérêts résultant de la contravention.

Si ce qu'il s'était obligé de ne pas faire, et qu'il a fait au préjudice de son obligation, est quelque chose qui puisse se détruire, le créancier peut aussi conclure contre son débiteur à la destruction.

Par exemple, si mon voisin s'est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue, pour m'y laisser le passage libre, et qu'au préjudice de cette obligation, il l'ait fermée par une barrière ou par un fossé, je puis faire ordonner qu'il sera tenu de retirer sa barrière, ou de combler son fossé ; et que, faute par lui de le faire dans un certain temps, je serai autorisé à faire à ses dépens combler le fossé, ou enlever la barrière (2).

---

exécutoire, *putà* acte notarié, que la dette soit d'une somme liquide, que la personne même qui s'est obligée soit encore vivante, le créancier peut intenter une demande judiciaire, aucune disposition de nos lois nouvelles ne s'y oppose. L'intérêt du créancier est évident; il obtiendra un jugement de condamnation, et par conséquent l'hypothèque judiciaire sur tous les immeubles du débiteur.

(1) *V.* art. 1142, C. civ., ci-dessus, p. 69, note 1, et 1144, C. civ.

Art. 1144 : « Le créancier peut aussi, « en cas d'inexécution, être autorisé à « faire exécuter lui-même l'obligation « aux dépens du débiteur. »

(2) *V.* art. 1143, C. civ.

Art. 1143 : « Néanmoins le créan- « cier a le droit de demander que ce « qui aurait été fait par contravention « à l'engagement, soit détruit; et il « peut se faire autoriser à le détruire « aux dépens du débiteur, sans pré- « judice des dommages et intérêts, « s'il y a lieu. »

En comparant les deux articles 1143 et 1144, il est facile de voir que, même dans les obligations de faire ou de ne pas faire, le créancier obtiendra souvent le résultat qu'il s'était promis, puisqu'il peut : 1° faire détruire ce qui a été fait par contravention à l'engagement ; 2° faire exécuter l'obligation aux dépens du débiteur.

Mais si ce qui a été fait ne peut pas se détruire, ou si le fait ne peut être utilement accompli que par la personne même qui s'est obligée et qu'elle refuse, le créancier ne pourra obtenir qu'une exécution indirecte ou par équivalent, c'est-à-dire, des dommages-intérêts. Ce sera alors la véritable application de l'art. 1142, C. civ.

Source : BIU Cujas

ART. III. — Des dommages et intérets résultant, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution.

159. On appelle *dommages et intérêts*, la perte que quelqu'un a faite, et le gain qu'il a manqué de faire : c'est la définition qu'en donne la loi 13, ff. *Rat. rem hab. quantum meâ interfuit; id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potuit* (1).

Lors donc que l'on dit « que le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, résultant de l'inexécution de l'obligation », cela veut dire qu'il doit indemniser le créancier de la perte que lui a causée, et du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation.

160. Il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionnées l'inexécution de l'obligation, et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, si le débiteur eût satisfait à son obligation. Il faut à cet égard distinguer différents cas, et différentes espèces de dommages et intérêts; et il faut même, selon les différents cas, apporter une certaine modération à la taxation et estimation de ceux dont il est tenu.

Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation; soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il ne pouvait accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement; dans ce cas, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation ; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci (2).

161. Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam.*

Par exemple, supposons que j'ai vendu à quelqu'un un cheval que je me suis obligé de lui livrer dans un certain temps, et que je n'ai pu lui livrer. Si dans ce temps les chevaux étaient augmentés de prix, ce que l'acheteur a été obligé de payer de plus qu'il n'avait acheté le mien, pour en avoir un autre de pareille qualité, est un dommage dont je suis obligé de l'indemniser : car c'est un dommage qu'il a souffert *propter rem ipsam non habitam*, qui n'a rapport qu'à la chose qui a fait l'objet du contrat, que j'ai pu prévoir qu'il pourrait souffrir ; le prix des chevaux, comme de toutes les autres marchandises, étant sujet à varier. Mais si cet acheteur était un chanoine, qui, faute d'avoir le cheval que je m'étais engagé à lui livrer, et n'en ayant pu trouver d'autres, n'a pu arriver à temps au lieu de son bénéfice, pour gagner ses gros fruits, je ne serai pas tenu de la perte que ce chanoine a faite de ses gros fruits, quoique ce soit l'inexécution de mon obligation qui la lui a causée ; car c'est un dommage qui est étranger à ce qui a fait l'objet de mon obligation, qui n'a

---

(1) *V.* art. 1149, C. civ.

Art. 1149 : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications (apportées par la loi). »

(2) *V.* art. 1150, C. civ.

Art. 1150 : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. »

Source : BIU Cujas

pas été prévu lors du contrat, et à la réparation duquel on ne peut pas dire que je me sois soumis en contractant.

Pareillement, si j'ai donné à loyer pour dix-huit ans une maison que je croyais de bonne foi m'appartenir, et qu'après dix ou douze ans, mon locataire en ait été évincé par le propriétaire, je serai tenu des dommages et intérêts de mon locataire, résultant des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultant de ce que le prix des loyers de maison étant augmenté depuis le bail, il aura été obligé de louer une maison plus cher pendant le temps qui restait à expirer du bail; car ces dommages et intérêts ont un rapport prochain à la jouissance de la maison qui a fait l'objet de mon obligation, et sont soufferts par le locataire *propter ipsam rem non habitam*.

Mais si ce locataire a, depuis le bail, établi un commerce dans la maison que je lui ai louée, et que son délogement lui ait fait perdre des pratiques, et causé un tort dans son commerce, je ne serai pas tenu de ce dommage, qui est étranger, et qui n'a pas été prévu lors du contrat.

A plus forte raison, si, dans le délogement, quelques meubles précieux de mon locataire ont été brisés, je ne serai pas tenu de ce dommage; car c'est l'impéritie des gens dont il s'est servi, qui en est la cause, et non l'éviction qu'il a soufferte; elle en est seulement l'occasion.

162. Quelquefois le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, quoique extrinsèques; savoir, lorsqu'il paraît que par le contrat ils ont été prévus, et que le débiteur s'en est ou expressément ou tacitement chargé, en cas d'inexécution de son obligation.

Par exemple, j'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avait une clause expresse dans le marché, par laquelle « je me suis obligé de le lui livrer assez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de son bénéfice, et à temps pour gagner ses gros fruits. » Si, dans ce cas, j'ai manqué par ma faute, quoique sans dol, à remplir mon obligation, et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture, je serai tenu même des dommages extrinsèques résultant de la perte qu'il a faite de ses gros fruits : car, par la clause du marché, le risque de ce dommage a été prévu et exprimé, et je suis censé m'en être chargé.

Pareillement, si j'ai loué ma maison à quelqu'un en sa qualité de marchand, ou si je l'ai louée pour y faire auberge, et que le locataire soit évincé dans sa jouissance, les dommages et intérêts dont je suis tenu envers lui, ne se borneront pas aux frais du délogement, et à ceux qui peuvent résulter de l'augmentation du prix des loyers, comme nous avons dit qu'ils devaient s'y borner dans l'espèce ci-devant rapportée : la perte qu'il pourra faire de ses pratiques, s'il n'a pu trouver d'autre maison dans le quartier, y devra aussi entrer pour quelque chose : car lui ayant loué ma maison pour y faire une boutique ou une auberge, cette espèce de dommage est un dommage dont le risque a été prévu, et auquel je suis censé m'être tacitement soumis.

163. Voici un autre exemple de notre distinction :

Une personne m'a vendu des pièces de bois; je m'en suis servi pour étayer mon bâtiment, qui s'est écroulé par le défaut des pièces de bois, qui étaient pourries. Si le vendeur n'était pas homme du métier, et qu'il m'ait vendu de bonne foi ces pièces de bois, dont il ignorait le défaut, les dommages et intérêts résultant de ce que les bois qu'il m'a vendus se sont trouvés défectueux, ne consisteront qu'à me faire une déduction sur le prix, de ce que je les ai achetés de trop, en achetant pour bon ce qui était défectueux; mais ils ne s'étendront pas à la perte que j'ai faite par la ruine de mon bâtiment : car le vendeur qui m'a vendu le bois de bonne foi, et qui n'était pas plus obligé de s'y connaître que moi, n'est pas censé s'être chargé de ce risque. L. 13, ff. *de Act. empt.*

Source : BIU Cujas

Mais si celui qui m'a vendu ces étais est un homme du métier, si c'est un charpentier qui m'a vendu ces étais pour étayer mon bâtiment, il sera tenu envers moi des dommages et intérêts résultant de l'écroulement de mon bâtiment par le défaut de ces étais; et il ne sera pas reçu à alléguer qu'il les croyait bons et suffisants : car, quand il dirait vrai, cette ignorance de sa part ne serait pas excusable dans un homme qui fait profession publique d'un état et d'un art : *Imperitia culpæ annumeratur;* L. 132, ff. *de Reg. jur.* En me vendant ces étais pour étayer mon bâtiment, et en me les vendant dans sa qualité de charpentier, il est censé s'être rendu responsable que les étais seraient suffisants, et s'être chargé du risque de mon bâtiment, s'ils ne l'étaient pas; Molin., *Tract. de eo quod interest*, n° 51.

Observez néanmoins qu'il ne doit être tenu que du risque dont il s'est chargé. C'est pourquoi, si ce charpentier m'a vendu ces étais pour soutenir un certain bâtiment, et que je m'en sois servi pour soutenir un bâtiment plus considérable, non-seulement ce charpentier ne sera pas tenu de la ruine de ce bâtiment, dans le cas auquel ses étais eussent été suffisants pour le soutien du petit bâtiment pour lequel ils étaient destinés, parce qu'en ce cas ce charpentier n'était en faute d'aucune façon; mais même dans le cas auquel il aurait été en faute, ses étais étant absolument défectueux et insuffisants, même pour le soutien du petit bâtiment pour lequel ils étaient destinés, il ne sera tenu de mes dommages et intérêts résultant de la ruine de mon grand bâtiment que jusqu'à concurrence de la valeur du petit bâtiment : car, ne m'ayant vendu ses étais que pour le soutien du petit bâtiment, il n'a entendu se charger du risque des dommages et intérêts que je souffrirais, que jusqu'à la valeur du petit bâtiment; il ne doit pas, par conséquent, suivant nos principes, être tenu au delà. Peut-être aurait-il été plus avisé, s'il eût cru courir un plus grand risque, et qu'il les eût vendus pour le soutien du grand bâtiment. Molin, *ibid.*, n° 62.

Par une semblable raison, Dumoulin décide que, lorsqu'un charpentier m'a vendu des étais pour le soutien de mon bâtiment, qui s'est écroulé par le défaut et l'insuffisance de ces étais, les dommages et intérêts dont il est tenu, se bornent à la ruine du bâtiment, et ne s'étendent pas à la perte que j'ai faite des meubles qui étaient dedans, et qui se sont brisés ou perdus dans les ruines : car cet ouvrier, en me vendant ces étais pour le soutien de mon bâtiment, n'a entendu répondre que de la conservation du bâtiment : ce n'est que de ce risque qu'il s'est chargé, et non du risque de la perte de mes meubles, qu'il n'a pas pu prévoir que j'y laisserais, étant ordinaire de démeubler les maisons qu'on étaie. C'est pourquoi ce charpentier ne doit pas être tenu de la perte de ces meubles à moins qu'il ne se fût chargé expressément de ce risque. Molin., *ibid.*, n°s 63 et 64.

Il n'en est pas de même d'un entrepreneur avec qui j'ai fait marché pour me construire une maison, laquelle, quelque temps après qu'elle a été construite, s'est écroulée par défaut de construction. Ces dommages et intérêts dont est tenu envers moi cet entrepreneur ignorant, faute d'avoir rempli comme il devait son obligation, s'étendent non-seulement à la perte que j'ai faite de la maison, mais même à celle des meubles qui étaient dans la maison, et qu'on n'a pu sauver : car cet entrepreneur, en s'obligeant de me construire une maison pour m'y loger, ou un locataire, n'a pu ignorer qu'on y porterait des meubles, et qu'on n'y pouvait loger qu'avec ces meubles; et par conséquent il s'est chargé du risque des meubles. Molin., *ibid.*, n° 64.

164. A l'égard des dommages et intérêts dont est tenu un débiteur faute d'avoir rempli son obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, il nous reste à observer que, quand les dommages et interêts sont considérables, ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine mod´ ation.

C'est sur ce principe que Justinien, *en la loi unique*, Cod. *de Sentent. quæ*

Source : BIU Cujas

pro eo quod interest, ordonne que les dommages et intérêts, *in casibus certis*, c'est-à-dire comme l'explique Dumoulin (*ibid.*, n° 42, *et seq.*), lorsqu'ils ne se rapportent qu'à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, ne puissent pas être taxés au delà du double de la valeur de cette chose, icelle valeur comprise.

La décision de cette loi peut s'appliquer à l'espèce suivante.

J'ai acheté, pour le prix de quatre mille livres, une maison de vignes dans une province éloignée. Lors de mon acquisition, le vin, qui fait tout le revenu de cet héritage, était à très vil prix dans cette province, parce qu'il n'y avait alors aucun débouché pour l'exporter : depuis mon acquisition, le roi a fait faire un canal qui en procure l'exportation, et qui en fait monter le prix au quadruple et plus : ce qui a porté la valeur de mon héritage, qui n'était que de quatre mille livres, à plus de seize mille livres. Il est évident que, si je viens à être évincé de cet héritage, mes dommages et intérêts résultant de cette éviction, qui ne sont autre chose que *id quanti mihi hodiè interest hunc fundum habere licere*, montent, dans la vérité, à plus de seize mille livres. Néanmoins, suivant cette loi, pour tous les dommages et intérêts qui me sont dus, tant pour la plus-value de l'héritage, que pour le remboursement des loyaux coûts de mon acquisition, le vendeur, qui m'a vendu de bonne foi cet héritage, ne doit pas être condamné envers moi à plus grande somme qu'à huit mille livres, la restitution du prix de ses quatre mille livres comprise ; la condamnation des dommages et intérêts, qui, comme dans cette espèce, sont dus seulement *propter ipsam rem non habitam et in casu certo*, ne devant jamais, suivant cette loi, excéder le double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation.

Le principe sur lequel cette décision est fondée, est que « les obligations qui naissent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. » Or le débiteur, en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut lesdits dommages et intérêts, et non au delà : donc, lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penser qu'ils seraient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvait raisonnablement penser qu'ils pourraient monter au plus haut ; le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage. Molin., *Tract, de eo quod interest.*, n° 60.

Cette loi de Justinien, en tant qu'elle borne la modération des dommages et intérêts excessifs, *précisément* au double de la valeur de la chose, est en cela une loi arbitraire qui n'a pas autorité de loi dans nos provinces. Mais le principe sur lequel elle est fondée, « qui ne permet pas qu'un débiteur, à qui on ne peut reprocher aucun dol, soit tenu des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de son obligation, au delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter au plus haut », étant un principe fondé dans la raison et l'équité naturelle, nous devons le suivre, et modérer conformément à ce principe les dommages et intérêts, lorsqu'ils se trouvent excessifs, en laissant cette modération à l'arbitrage du juge (1).

165. Il est évident que la réduction des dommages et intérêts au double

(1) Rien de plus raisonnable et de plus conforme à l'intention présumée des parties. Cependant l'art. 1633, C. civ., ne paraît pas laisser au juge une latitude aussi grande. *V.* cet article.

Art. 1633 : « Si la chose vendue se « trouve avoir augmenté de prix à l'é- « poque de l'éviction, indépendam- « ment même du fait de l'acquéreur, « le vendeur est tenu de lui payer ce « qu'elle vaut au-dessus du prix de la « vente. »

Source : BIU Cujas

du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, n'a d'application qu'à ceux qui sont dus par rapport à la chose seulement; et qu'elle n'en peut recevoir à l'égard de ceux que le créancier a soufferts *extrinsecùs* dans ses autres biens, lorsque le débiteur s'y est expressément ou tacitement soumis : car ces dommages et intérêts n'étant pas dus pour raison de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne peuvent se régler sur la valeur de cette chose; et ils montent quelquefois au décuple et plus de cette chose.

Par exemple, les dommages et intérêts dont est tenu envers moi un tonnelier qui m'a vendu de mauvais tonneaux, résultant de la perte que j'ai faite du vin que j'y avais mis, peuvent monter à plus que le décuple de la valeur des tonneaux : car en me vendant en sa qualité de tonnelier les tonneaux, il s'est rendu responsable de leur bonté, et il s'est tacitement chargé du risque de la perte du vin, qui peut monter à dix ou vingt fois plus que le prix des tonneaux. Cette espèce de dommage ne concernant pas les tonneaux, mais le vin qu'on mettra dedans, ne doit pas se régler sur le prix des tonneaux. Molin., *ibid.*, n° 49.

Néanmoins, même à l'égard de ces dommages extrinsèques, on doit user de modération, lorsqu'ils se trouvent excessifs, et l'on ne doit pas condamner le débiteur au delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter au plus haut.

Par exemple, si j'ai mis dans un tonneau un vin étranger, ou une autre liqueur d'un prix immense, qui est perdue par le vice du tonneau, le tonnelier qui me l'a vendu, ne doit pas être condamné à m'indemniser de cette perte en entier, mais seulement jusqu'à concurrence du prix d'un tonneau du meilleur vin du pays : car, en me vendant le tonneau, il n'a pas entendu se charger d'autre risque, n'ayant pu prévoir que j'y mettrais une liqueur d'un prix plus considérable. Molin., *ibid.*, n° 60.

Par la même raison, l'entrepreneur de ma maison, qui s'est écroulée par le vice de la construction, est bien tenu envers moi, comme nous l'avons dit ci-dessus, de la perte des meubles qui se sont perdus ou brisés sous les ruines : mais s'il s'était perdu des pierreries, ou des manuscrits d'un prix immense, il ne devrait pas être chargé en entier de cette perte; il est tenu seulement jusqu'à concurrence du prix auquel peuvent ordinairement monter les meubles d'une personne de mon état.

166. Les principes que nous avons établis jusqu'à présent n'ont pas lieu, lorsque c'est le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages et intérêts. En ce cas, le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non-seulement de ceux que j'ai soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, *propter rem ipsam*, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter, en ce cas, si le débiteur doit être censé s'y être soumis (1) : car celui qui commet un dol s'oblige, *velit, nolit*, à la réparation de tout le tort que ce dol causera; Molin., *ibid.*, n° 155.

Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non-seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion (L. 13, ff. *de Act. empt.*): car c'est le dol de cê marchand qui m'a causé tout ce dommage.

(1) C'est-à-dire prévus ou imprévus.

Source : BIU Cujas

167. A l'égard des autres dommages que j'ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu?

Par exemple, si, en retenant la même supposition, la contagion qui a été communiquée à mes bœufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres ; le dommage que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendu une vache pestiférée ; mais c'est une suite plus éloignée que ne l'est la perte que j'ai soufferte de mes bestiaux par la contagion : ce marchand sera-t-il tenu de ce dommage ?

Quid, si la perte que j'ai faite de mes bestiaux, et le dommage que j'ai souffert du défaut de culture de mes terres, m'ayant empêché de payer mes dettes, mes créanciers ont fait saisir réellement et décréter mes biens à vil prix ; le marchand sera-t-il tenu aussi de ce dommage?

La règle qui me paraît devoir être suivie en ce cas, est « qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages et intérêts dont un débiteur est tenu pour raison de son dol, ceux qui non-seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, et qui peuvent avoir d'autres causes » (1).

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, ce marchand ne sera pas tenu des dommages que j'ai soufferts par la saisie réelle de mes biens : ce dommage n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n'y a pas une relation nécessaire : car, quoique la perte de mes bestiaux, que son dol m'a causée, ait influé dans le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir eu d'autres causes.

Cela est conforme à la doctrine de Dumoulin (*ibid.*, n° 179), où, en parlant des dommages dont est tenu le locataire d'une maison, qui y a mis le feu par malice, il dit : *Et adhuc in doloso intelligitur venire omne detrimentum tunc et proximè secutum, non autem damnum posteà succedens ex novo casu, etiam occasione dictæ combustionis, sine quâ non contigisset; quia istud est damnum remotum, quod non est in consideratione.*

La perte que j'ai soufferte par le défaut de culture de mes terres, paraît être une suite moins éloignée du dol de ce marchand ; néanmoins je pense qu'il n'en doit pas être tenu, ou du moins qu'il n'en doit pas être tenu en entier. Ce défaut de culture n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte de mes bestiaux, que m'a causée le dol de ce marchand : je pouvais, nonobstant cette perte de mes bestiaux, obvier à ce défaut de culture, en faisant cultiver mes terres par d'autres bestiaux que j'aurais achetés ; ou, si je n'avais pas le moyen, que j'aurais loués ; ou en affermant mes terres, si je n'avais pas le moyen de les faire valoir moi-même. Néanmoins, comme, en ayant recours à ces expédients, je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres que si je les avais fait valoir par moi-même, avec mes bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand ; cela peut entrer pour quelque chose dans les dommages et intérêts dont il est tenu.

168. Les dommages et intérêts qui résultent du dol du débiteur, diffèrent encore des dommages et intérêts ordinaires, en ce que *la Loi unique*, Cod. *de Sent. quæ pro eo quod interest, etc.*, et la modération qui, suivant l'esprit de cette loi, est observée à l'égard des dommages et intérêts ordinaires, n'ont pas lieu à l'égard de ceux qui résultent du dol du débiteur.

La raison de différence en est évidente. Cette modération qui se pratique

---

(1) *V.* art. 1151, C. civ.

Art. 1151 : « Dans le cas même où « l'inexécution de la convention ré- « sulte du dol du débiteur, les domma- « ges et intérêts ne doivent compren- « dre, à l'égard de la perte éprouvée « par le créancier et du gain dont il a « été privé, que ce qui est une suite « immédiate et directe de l'inexécu- « tion de la convention. »

Source : BIU Cujas

à l'égard des dommages et intérêts ordinaires, est fondée sur ce principe que nous avons exposé ci-dessus, « qu'un débiteur ne peut être censé avoir voulu s'obliger pour dommages et intérêts, à une plus grande somme que celle à laquelle il a pu penser que pourraient monter au plus haut les dommages et intérêts auxquels il se soumettait, en cas d'inexécution de son obligation. » Or ce principe ne peut avoir d'application aux dommages et intérêts qui résultent du dol; parce que quiconque commet un dol, s'oblige indistinctement, *velit, nolit*, à la réparation du tort que son dol causera.

Il doit néanmoins être laissé à la prudence du juge, même en cas de dol, d'user de quelque indulgence (1) sur la taxation des dommages et intérêts.

Ces décisions ont lieu, soit que le dol ait été commis *delinquendo*, soit qu'il ait été commis *contrahendo*; Molin., *ibid.*, n° 155.

169. Il nous reste à dire un mot des dommages et intérêts qui résultent du retard apporté par le débiteur à l'exécution de son obligation.

Un débiteur est tenu non-seulement des dommages et intérêts du créancier, qui résultent de l'inexécution absolue de son obligation, lorsqu'il ne l'a pas accomplie : il est pareillement tenu de ceux qui résultent du retard qu'il a seulement apporté à l'accomplir, depuis qu'il a été mis en demeure de le faire (2).

Ces dommages et intérêts consistent dans la perte que le créancier a soufferte, et dans le gain dont il a été privé par ce retard; pourvu que cette perte et cette privation de gain en aient été les suites nécessaires (3).

On les estime dans toute la rigueur, et on les étend à quelque espèce de dommages et intérêts que ce soit, lorsque c'est par le dol et par une contumace affectée, que le débiteur a apporté du retard à l'accomplissement de son obligation.

Mais lorsqu'on ne peut lui reprocher que de la négligence, ces dommages et intérêts doivent s'estimer avec beaucoup plus de modération, et ne doivent être étendus qu'à ceux qui ont pu être prévus lors du contrat, et auxquels le débiteur s'est expressément ou tacitement soumis (4).

170. Telles sont les règles générales.

On en suit une particulière à l'égard du retard apporté par un débiteur dans l'accomplissement des obligations qui consistent à donner une certaine somme d'argent.

Comme les différents dommages et intérêts qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette espèce d'obligation, varient à l'infini, et qu'il est aussi difficile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de les régler comme par une espèce de forfait, à quelque chose de fixe. C'est ce qu'on a fait en les fixant aux intérêts de la somme due au taux de l'ordonnance (5).

---

(1) Le juge sera certainement peu disposé à user d'indulgence, et le débiteur coupable de dol n'en mérite pas.

(2) *V.* art. 1147, C. civ.

Art. 1147 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de « dommages et intérêts, soit à raison « de l'inexécution de l'obligation, soit « à raison du retard dans l'exécution, « toutes les fois qu'il ne justifie pas que « l'inexécution provient d'une cause « étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. »

(3) *V.* art. 1149, C. civ. ci-dessus, p. 76, note 1.

(4) C'est la répétition de ce qui vient d'être dit pour le cas d'inexécution.

(5) *V.* art. 1153, 1er alinéa.

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 cautionnement.—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

Source : BIU Cujas

Ces intérêts commencent à courir contre le débiteur, du jour qu'il a été mis en demeure, jusqu'au paiement, parce qu'ils sont le prix commun du profit légitime que le créancier aurait pu retirer de la somme qui lui était due, si elle lui avait été payée (1).

En conséquence de cette espèce de forfait, quelque grand que soit le dommage que le créancier ait souffert du retard que le débiteur a apporté au paiement de la somme due, soit que ce retard ait procédé d'une simple négligence, soit qu'il ait procédé d'un dol et d'une contumace affectée, le créancier ne peut demander d'autre dédommagement que ces intérêts.

Mais d'un autre côté, il n'est pas assujetti, pour pouvoir les exiger, à justifier du dommage que le retard du paiement lui a causé (2).

171. Notre principe souffre exception à l'égard des lettres de change. Lorsque celui sur qui une lettre de change est tirée, a été refusant de la payer au jour de l'échéance, le propriétaire de la lettre qui l'a fait protester, peut, par forme de dommages et intérêts du retard qu'il a souffert, exiger du tireur et des endosseurs le rechange, quand même il excéderait l'intérêt ordinaire de l'argent. On appelle *rechange* le profit qu'il a payé à des banquiers sur le lieu, afin d'avoir de l'argent pour des lettres de change, à la place de celui qu'il devait recevoir sur le lieu (3). Voyez notre *Traité des Lettres de change*, n° 64.

172. Telles sont les règles pour le for extérieur : mais dans le for de la conscience, si le créancier n'a souffert aucuns dommages du retard du paiement de la somme qui lui était due, c'est-à-dire, si ce retard ne lui a causé aucune perte, et ne l'a privé d'aucun gain, il ne doit pas exiger ces intérêts;

« loi les fait courir de plein droit. »

(1) La loi nouvelle veut une demande judiciaire. *V.* art. 1153, dernier alinéa (*V.* note précédente). Et cette rédaction « *du jour de la demande* » a fait naître une question fort controversée, savoir : si les intérêts courraient du jour de la demande du capital, ou du jour de la demande des intérêts eux-mêmes?

« Ces mots *du jour de la demande*, « ne peuvent s'entendre, dit Merlin, « que du jour où le créancier a conclu « aux intérêts; car le législateur ne dit « pas du jour *de la demande du prin-* « *cipal;* il dit simplement *du jour de* « *la demande;* et comme il ne parle « que des intérêts, ce n'est qu'aux in- « térêts que l'on peut rapporter ses « expressions. Au surplus, l'art. 1207, « C. civ., lève tous les doutes. » *Répert.*, v° Intérêts, § 4, n° 16.

Art. 1207 : « La demande d'intérêts « formée contre l'un des débiteurs so- « lidaires fait courir les intérêts à l'é- « gard de tous. »

(2) *V.* art. 1153, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 82, note 5.

(3) L'art. 1153, C. civ. (*V. ibid.*), fait exception pour le commerce. *V.* art. 177, 178, 181, C. comm.

Art. 177, C. comm. : « Le rechange « s'effectue par une retraite. »

Art. 178, C. comm. : « La retraite « est une nouvelle lettre de change, au « moyen de laquelle le porteur se rem- « bourse sur le tireur, ou sur l'un des « endosseurs, du principal de la lettre « protestée, de ses frais, et du nou- « veau change qu'il paie. »

Art. 181, C. comm. : « Le compte « de retour comprend : — Le principal « de la lettre de change protestée, — « Les frais de protêt et autres frais lé- « gitimes, tels que commission de ban- « que, courtage, timbre et ports de « lettres. — Il énonce le nom de celui « sur qui la retraite est faite, et le prix « du change auquel elle est négociée. « — Il est certifié par un agent de « change. — Dans les lieux où il n'y a « pas d'agent de change, il est certifié « par deux commerçants. — Il est ac- « compagné de la lettre de change pro- « testée, du protêt, ou d'une expédi- « tion de l'acte de protêt. — Dans le « cas où la retraite est faite sur l'un « des endosseurs, elle est accom- « pagnée, en outre, d'un certificat qui « constate le cours du change du lieu « où la lettre de change était payable, « sur le lieu d'où elle a été tirée. »

Source : BIU Cujas

car ces intérêts sont accordés comme un dédommagement, et il n'en peut être dû à celui qui n'a souffert aucun dommage.

Vice versâ, si le dommage que le retard a causé au créancier, est plus grand que ces intérêts; selon les règles du for de la conscience, lorsque le débiteur, par dol et par une contumace affectée, a été en demeure de payer ce qu'il pouvait payer facilement, il doit indemniser le créancier entièrement de tous les dommages qu'il sait lui avoir causés par sa demeure injuste; et il ne suffit pas qu'il paie les intérêts du jour de sa demeure (1).

Il en est autrement lorsqu'il n'y a pas de dol de la part du débiteur dans sa demeure.

La raison de différence est que, hors le cas du dol, un débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts auxquels il est censé avoir consenti de se soumettre, lesquels, dans ce cas-ci, sont les intérêts de la somme depuis la demeure.

Une autre différence entre le for extérieur et celui de la conscience, c'est que, dans celui-ci, il n'est pas toujours nécessaire qu'il y ait une interpellation judiciaire pour que le débiteur soit mis en demeure, et que les intérêts courent contre lui : car si mon créancier m'avertit qu'il a besoin de son argent, et que ce créancier, à ma prière, par égard pour moi, et pour ne pas faire tort à mon crédit, n'ait pas recours à l'interpellation judiciaire, comptant sur ma bonne foi, et sur la promesse que je lui fais de l'indemniser, de même que s'il y avait eu recours; je suis, dans ce cas, au for de la conscience, suffisamment mis en demeure par cet avertissement, et je suis tenu des intérêts qui courront depuis. C'est mal à propos que l'auteur des *Conférences de Paris sur l'Usure*, tome 1er, pages 379 et suivantes, proscrit ces intérêts comme usuraires. Il n'y a d'intérêts usuraires que ceux qui sont exigés comme la récompense du prêt, qui doit être gratuit (2): mais ceux-ci ont une cause juste, savoir, le dédommagement du tort que je cause à mon créancier par le retard que j'apporte à l'exécution de mon obligation. Cet auteur se fonde sur ce raisonnement : « Nous ne tenons, dit-il, que de la loi les biens et les droits que nous avons : or nos lois n'accordent aux créanciers le droit de percevoir les intérêts des sommes qui leur sont dues, que lorsqu'ils sont adjugés par sentence sur une demande judiciaire : donc, conclut cet auteur, sans une interpellation judiciaire, un créancier n'a pas le droit de percevoir des intérêts des sommes qui lui sont dues, et il ne peut en conscience les recevoir. »

La réponse est, que, si le créancier ne peut, dans le for extérieur, exiger des intérêts sans une interpellation judiciaire, c'est qu'il ne peut sans cela justifier la demeure en laquelle a été son débiteur de le payer; cette interpellation judiciaire étant la seule preuve de cette demeure, qui soit reçue dans les tribunaux. Mais si, dans la vérité, son débiteur a été en demeure de le payer, il a le droit de recevoir de lui les intérêts, pour dédommagements du tort que lui a causé la demeure de son débiteur; et il tient ce droit de la plus respectable de toutes les lois, savoir, de la loi naturelle, qui oblige tous les débiteurs à remplir leurs obligations, et à dédommager leur créancier du tort qu'il a souffert par le retard qu'ils y ont apporté. Lorsqu'un créancier, par égard pour son débiteur, n'a pas recours à la voie de l'interpellation judiciaire, qui pourrait ruiner le crédit de son débiteur, c'est un bon office qu'il rend à son débiteur; ce créancier ne doit pas souffrir d'avoir rendu ce bon office à son débiteur : *Officium suum nemini debet esse damnosum.* C'est une absurdité que de vouloir que le créancier qui ménage son débiteur, soit, pour l'avoir ménagé, de pire condition que s'il avait exercé les voies de rigueur (3).

---

(1) Il est malheureux que Pothier trouve si fréquemment le for intérieur en opposition avec le for extérieur.

(2) Aujourd'hui le prêt avec intérêts est licite.

(3) Cette controverse entre Pothier et l'auteur *des Conférences* nous prouve qu'il n'est pas plus facile d'être d'accord sur l'équité, sur le droit naturel, que sur certains points du droit civil ?

Source : BIU Cujas

SECONDE PARTIE.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

CHAPITRE PREMIER.

Exposition générale des différentes espèces d'obligations.

§ I. *Première division.*

173. La première division des obligations se tire de la nature du lien qu'elles produisent. Les obligations, considérées sous ce regard, se divisent en *obligations naturelles et civiles* tout ensemble, en *obligations seulement civiles*, et en *obligations seulement naturelles*.

On appelle *obligation civile*, celle qui est un lien de droit, *vinculum juris*, et qui donne à celui envers qui elle est contractée, le droit d'exiger en justice ce qui y est contenu.

On appelle *obligation naturelle*, celle qui, dans le for de l'honneur et de la conscience, oblige celui qui l'a contractée, à l'accomplissement de ce qui y est contenu (1).

174. Les obligations sont ordinairement *civiles* et *naturelles* tout ensemble, Il y en a néanmoins quelques-unes qui sont *obligations civiles* seulement, sans être en même temps *obligations naturelles*, et à l'accomplissement desquelles le débiteur peut être contraint en justice, quoiqu'il n'y soit pas obligé dans le for de la conscience.

Telle est l'obligation qui résulte d'un jugement de condamnation rendu par erreur de droit ou de fait, et dont il n'y a pas d'appel. Celui qui est condamné par ce jugement, est obligé envers celui au profit de qui le jugement est rendu, à lui payer ce qui est porté par la condamnation; et il peut y être contraint par les voies judiciaires, quoiqu'il ne le doive pas dans la vérité et selon le for de la conscience : c'est l'autorité de la chose jugée qui forme cette obligation.

Le serment décisoire produit une pareille obligation. Lorsque la partie à qui l'on demandait une chose, s'est rapportée au serment décisoire du demandeur, qui a juré que la chose lui était due; ce serment oblige le défendeur à payer à ce demandeur la chose qu'il a juré lui être due, quoique, dans la vérité, et selon le for de la conscience, elle ne lui soit pas due.

175. Il y a aussi des obligations qui sont seulement des *obligations naturelles*, sans être *obligations civiles*.

Ces obligations, dans le for de l'honneur et de la conscience, obligent celui qui les a contractées à les accomplir; mais la loi civile refuse l'action à celui envers qui elles sont contractées, pour en poursuivre en justice l'exécution.

---

(1) L'art. 1235, 2e alinéa, suppose qu'il y a des obligations naturelles.

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. »

Source : BIU Cujas

Ces obligations ne sont qu'improprement *obligations;* car elles ne sont pas un lien de droit, *vinculum juris*. Elles n'imposent pas à celui qui les a contractées, une véritable nécessité de les accomplir, puisqu'il ne peut y être contraint par celui envers qui il les a contractées : et c'est néanmoins dans cette nécessité que consiste le caractère de l'obligation, *vinculum juris quo necessitate adstringimur :* elles sont seulement *pudoris et æquitatis vinculum.*

Nous traiterons en particulier de cette espèce d'obligation dans le chapitre suivant.

§ II. *Deuxième division.*

176. La seconde division des obligations se tire des différentes manières dont elles peuvent être contractées.

On les divise en *pures et simples* et en *conditionnelles.*

Les *pures* et *simples* sont celles qui ne sont suspendues par aucune condition, soit qu'elles aient été contractées sans aucune condition, soit que la condition sous laquelle elles ont été contractées, ait été accomplie.

Les obligations *conditionnelles* sont celles qui sont suspendues par une condition qui n'est pas encore accomplie, et sous laquelle elles ont été contractées (1).

177. On appelle *obligations pures et simples* dans un sens plus étroit, celles qui sont contractées sans aucune des modalités ou modifications qui vont être rapportées.

Ces modalités sont, la condition résolutoire, le temps limité pour la durée de l'obligation, le terme et le lieu du paiement, la faculté de payer à un autre qu'au créancier, celle de payer une autre chose à la place de celle qui fait l'objet de l'obligation. L'alternative entre plusieurs choses qui font l'objet de l'obligation, la solidité entre plusieurs créanciers ou entre plusieurs débiteurs d'une même obligation sont encore des modalités des obligations.

Toutes ces différentes modalités sont autant de différentes espèces d'obligations, dont nous traiterons au chapitre troisième.

§ III. *Troisième, quatrième et cinquième division.*

178. Ces divisions se tirent de la qualité des différentes choses qui en font l'objet.

Il y a des *obligations de donner*, et des *obligations de faire : Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo ;* L. 3, ff. *de Verb. obl.*

Les *obligations de faire* comprennent aussi celles par lesquelles quelqu'un s'est obligé *de ne pas faire quelque chose.*

Il y a cette différence entre les *obligations de donner* et les *obligations de faire*, que celui qui s'est obligé de donner une chose, peut, lorsqu'il l'a en sa possession, être précisément contraint à la donner ; le créancier peut, malgré lui, en être mis en possession par autorité de justice : au lieu que celui qui s'est obligé à faire quelque chose, ne peut être contraint précisément à le faire : mais faute par lui de remplir cette obligation, elle se convertit en une obligation de payer les dommages et intérêts résultant de l'inexécution ; et ces dommages et intérêts consistent dans la somme d'argent à laquelle ils sont liquidés et estimés par des experts nommés par les parties ou par le juge (2).

---

(1) *V.* art. 1168, C. civ.

Article 1168 : « L'obligation est « conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit « en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. »

(2) Sauf, comme nous l'avons déjà remarqué au n° 158 de Pothier, le droit qu'a le créancier de se faire autoriser à exécuter par un autre aux dépens du débiteur, et le droit de faire détruire ce qui a été fait en contraven-

Source : BIU Cujas

179. On distingue encore les obligations ou *dettes*, en *dettes liquides* et *non liquides*.

Les *dettes liquides* sont les dettes d'une certaine chose, *obligatio rei certæ*. Gaïus en donne cette définition : *Certum est quod ex ipsâ pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumque sit*; L. 74, § 1, ff. *de Verb. obl.*

Telles sont les dettes d'un corps certain, ou d'une certaine somme d'argent, d'une certaine quantité de blé, de vin, etc.

Une dette *n'est pas liquide*, lorsque la chose ou la somme qui est due, n'est pas encore constatée : *Ubi non apparet quid, quale, quantumque est in stipulatione*; L. 75, ff. *dict. tit.*

Telles sont les dettes de dommages et intérêts, jusqu'à ce qu'ils aient été liquidés, et par conséquent toutes les obligations qui consistent à faire ou à ne pas faire quelque chose (*eâd. leg.* 75, § 7), puisqu'elles se résolvent (1) en obligations de dommages et intérêts. Les dettes d'une chose indéterminée, les dettes alternatives, jusqu'à ce que le débiteur ait fait son choix, ou qu'ayant été mis en demeure de le faire, il ait été référé au créancier, sont aussi des dettes non liquides; *eâd.* L. 75, § 1, § 8. Voyez *in Pand. Justin. tit. de Verb. obl.*, n°s 78, 79, 80, 81.

Il y a plusieurs différences entre les *dettes liquides* et celles qui ne le sont pas. Le créancier d'une dette liquide, lorsqu'il a un titre exécutoire, peut procéder par commandement et par saisie des biens de son débiteur : le créancier d'une dette qui n'est pas liquide, ne le peut. La créance d'une somme liquide peut être opposée en compensation d'une autre dette liquide : une créance qui n'est pas encore liquide, ne peut être opposée en compensation (2).

Observez à l'égard des dettes de grains, et autres choses *quæ in quantitate consistunt*, qu'on distingue la *liquidation* de l'*appréciation*.

La dette est *liquide*, lorsque la quantité de ces choses qui est due, est constante, *cùm constat quantùm debeatur*; et elle donne au créancier qui a un titre exécutoire, le droit de saisir les effets de son débiteur : mais il ne peut les vendre jusqu'à l'*appréciation*, c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'on ait évalué à quelle somme d'argent monte la quantité de ces espèces, qui est due. Ordonnance de 1667, tit. 33, art. 2.

180. On divise encore les obligations en *obligations d'un corps certain*, et en *obligations d'une chose indéterminée*, d'un certain genre de choses : c'est ce qu'on appelle *obligatio generis*.

---

tion à l'engagement (*V.* art. 1143, 1144, C. civ., ci-dessus, p. 75, notes 1 et 2). Cette différence entre les obligations de donner et celles de faire ou de ne pas faire n'est donc très sensible que dans les cas où ce qui a été fait ne peut être détruit, ou ce qui est à faire ne peut l'être utilement que par le débiteur.

(1) Mais puisqu'elles se *résolvent* en dommages-intérêts, elles ne sont donc pas *ab initio* des obligations de dommages-intérêts; ce qui est dû, c'est le fait productif de telle chose, il n'y a la rien d'incertain, rien d'indéterminé. Mais lorsqu'elle aura subi une métamorphose, une espèce de novation, il restera à liquider les dommages-intérêts.

(2) *V.* art. 1291 (ci-dessus, p. 70, note 2), 2213, C. civ., et 551, C. proc.

Art. 2213 : « La vente forcée des « immeubles ne peut être poursuivie « qu'en vertu d'un titre authentique et « exécutoire, pour une dette certaine « et liquide. Si la dette est en espèces « non liquidées, la poursuite est valable ; mais l'adjudication ne pourra « être faite qu'après la liquidation. »

Art. 551, C. proc. : « Il ne sera pro« cédé à aucune saisie mobilière ou « immobilière, qu'en vertu d'un titre « exécutoire, et pour choses liquides « et certaines : si la dette exigible « n'est pas d'une somme en argent, il « sera sursis, après la saisie, à toutes « poursuites ultérieures, jusqu'à ce que « l'appréciation en ait été faite. »

Source : BIU Cujas

Nous traiterons *ex professo* de ces obligations en la section première du chapitre 4.

181. Enfin on divise les obligations en *dividuelles* et en *individuelles*, suivant que la chose qui lui est due est susceptible de parties, au moins intellectuelles, ou ne l'est pas.

Nous en traiterons *ex professo* audit chapitre 4, section 2.

§ IV. *Sixième division.*

182. On divise les obligations en *obligations principales* et en *obligations accessoires*. Cette division se tire de l'ordre qu'ont entre elles les choses qui en font l'objet.

L'*obligation principale* est l'obligation de ce qui fait le principal objet de l'engagement qui a été contracté entre les parties.

On appelle *obligations accessoires*, celles qui sont comme des suites et des dépendances de l'obligation principale.

Par exemple, dans le contrat de vente d'un héritage, l'obligation principale que le vendeur contracte, est l'obligation de livrer cet héritage à l'acheteur, et de le garantir de tous troubles et de toutes évictions : *Obligatio præstandi emptori rem habere licere.*

L'obligation de lui remettre les titres et enseignements qui concernent cet héritage; celle d'apporter de la bonne foi dans le contrat, et le soin convenable à la conservation de la chose, sont des obligations accessoires.

Observez que ces termes d'*obligation principale* et d'*obligation accessoire*, se prennent aussi dans un autre sens, que nous verrons *infrà*, § 6.

§ V. *Septième dvision.*

183. On distingue les obligations en *obligations primitives* et en *obligations secondaires;* et cette division se tire de l'ordre dans lequel elles sont censées contractées.

L'*obligation primitive*, qu'on peut aussi appeler *obligation principale*, est celle qui a été contractée principalement, en premier lieu, et pour elle-même.

L'*obligation secondaire* est celle qui est contractée en cas d'inexécution d'une première obligation.

Par exemple, dans le contrat de vente, l'obligation que contracte le vendeur de livrer et garantir la chose vendue, est l'obligation primitive : celle de payer à l'acheteur les dommages et intérêts, faute de pouvoir lui livrer ou garantir la chose, est une obligation secondaire.

184. Il y a deux espèces d'*obligations secondaires.*

La première, est celle des obligations secondaires qui ne sont qu'une suite naturelle de l'obligation primitive, qui, sans qu'il soit intervenu aucune convention particulière, naissent naturellement de la seule inexécution de l'obligation primitive, ou du retard apporté à son exécution.

On peut apporter pour exemple l'obligation des dommages et intérêts en laquelle se convertit naturellement et de plein droit l'obligation primitive qu'un vendeur a contractée de livrer ou de garantir une chose, en cas d'inexécution de cette obligation; comme aussi l'obligation des intérêts qui naît du retard apporté à l'obligation de payer une certaine somme d'argent.

Les obligations secondaires de la seconde espèce sont celles qui naissent d'une clause apposée au contrat, par laquelle « la partie qui s'engage à quelque chose, promet de donner une certaine somme, ou quelque autre chose, au cas qu'elle ne satisfasse pas à son engagement. »

On appelle ces clauses, *clauses pénales*, et les obligations qui en naissent, *obligations pénales*, lesquelles sont accessoires à l'obligation primitive et principale, et sont contractées pour en assurer l'exécution.

Nous en traiterons *ex professo* au chapitre 5.

Source : BIU Cujas

185. Les *obligations secondaires* peuvent encore se subdiviser en deux espèces.

Il y a une espèce d'obligations secondaires, dans lesquelles se convertissent entièrement les obligations primitives, lorsqu'elles ne sont point exécutées : telle est l'obligation de dommages et intérêts, dont il a été parlé ci-devant.

Lorsqu'un vendeur ne satisfait pas à son obligation primitive de livrer ou de garantir la chose vendue, cette obligation primitive se convertit entièrement dans l'obligation secondaire de payer les dommages et intérêts de l'acheteur; cette obligation secondaire est subrogée à la primitive qui ne subsiste plus.

Il y a une autre espèce d'obligations secondaires, qui ne font qu'accéder à l'obligation primitive sans la détruire, lorsque le débiteur apporte du retard à son exécution : telle est l'obligation des intérêts qui naît de la demeure de payer la somme principale.

§ VI. *Huitième division.*

186. Les obligations, considérées par rapport aux personnes qui les contractent, se divisent en *obligations principales* et en *obligations accessoires.*

L'*obligation principale,* en ce sens, est celle de celui qui s'oblige comme principal obligé, et non pour aucun autre.

Les *obligations accessoires,* sont celles des personnes qui s'obligent pour une autre; telles que sont celles des cautions, et de tous ceux qui accèdent à l'obligation d'un autre. Nous en traiterons au chapitre 6.

§ VII. *IXe, Xe, XIe et XIIe divisions.*

187. Les obligations, considérées par rapport aux sûretés et aux voies qu'a le créancier de s'en procurer le paiement, se divisent en *obligations privilégiés* et *non privilégiées*, en *obligations hypothécaires,* et en *obligations chirographaires*, en *obligations exécutoires* et *non exécutoires;* enfin en *obligations par corps*, et en *obligations civiles et ordinaires.*

Les *obligations privilégiés,* sont celles pour lesquelles le créancier a un privilége sur tous les biens, ou sur certains biens du débiteur, pour être payé par préférence aux autres créanciers. *Voyez* ce que nous avons dit de ces priviléges, en notre *Introduction au titre* 20 *de la coutume d'Orléans*, chap. 2, § 9; et en l'*Introduction au titre* 21, § 16.

Les *obligations non privilégiées*, sont celles pour lesquelles il n'y a pas de privilége.

188. Les *obligations hypothécaires,* sont celles qui sont contractées sous l'hypothèque des biens du débiteur, qui en sont susceptibles.

Les *obligations chirographaires*, sont celles qui ne sont accompagnées d'aucune hypothèque.

Voyez sur le droit d'hypothèque l'*Introduction au titre* 20 *de la coutume d'Orléans*, chap. 1.

189. Les *obligations exécutoires,* sont celles pour le paiement desquelles le créancier a un titre exécutoire contre le débiteur. *Voyez* suprà, nº 155.

190. Enfin les *obligations par corps*, sont celles au paiement desquelles le débiteur peut être contraint par l'emprisonnement de sa personne, jusqu'à ce qu'il ait payé. Les autres obligations qui ne sont pas sujettes à cette contrainte, par opposition à celles-ci, sont appelées *obligations civiles et ordinaires.*

Sur les obligations qui sont sujettes ou non à la contrainte par corps (1), *Voyez* l'ordonnance de 1667, tit. 34, et le commentaire de M. Jousse.

---

(1) *V.* art. 2059, 2060, 2061, 2062, C. civ., 126, C. de proc.

Art. 2059 : « La contrainte par corps « a lieu, en matière civile, pour le stel- « lionat.—Il y a stellionat,—Lorsqu'on « vend ou qu'on hypothèque un im-

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II.

De la première division des obligations, en obligations civiles et en obligations naturelles.

191. Nous avons suffisamment vu jusqu'à présent, quelle est la nature des obligations civiles; il nous reste à traiter, en ce chapitre, des obligations naturelles.

Les principes de notre droit sont, à cet égard, différents de ceux du droit romain.

On appelait dans le droit romain *obligation naturelle*, celle qui était destituée d'action, c'est-à-dire qui ne donnait pas à celui envers qui elle était contractée, le droit d'en demander en justice le paiement.

« meuble dont on sait n'être pas propriétaire; — Lorsqu'on présente « comme libres des biens hypothéqués, « ou que l'on déclare des hypothèques « moindres que celles dont ces biens « sont chargés. »

Art. 2060 : « La contrainte par corps « a lieu pareillement : —1° Pour dépôt « nécessaire ;—2° En cas de réintégrande, pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont « le propriétaire a été dépouillé 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 adjugés au propriétaire ;—3° Pour répétition de deniers consignés entre « les mains de personnes publiques « établies à cet effet;—4° Pour la représentation des choses déposées « aux séquestres, commissaires et autres gardiens ;—5° Contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, « lorsqu'elles se sont soumises à cette « contrainte;—6° Contre tous officiers « publics, pour la représentation de « leurs minutes, quand elle est ordonnée ;—7° Contre les notaires, les « avoués et les huissiers, pour la restitution des titres à eux confiés, et « des deniers par eux reçus pour leurs « clients, par suite de leurs fonctions.»

Art. 2061 : « Ceux qui, par un « jugement rendu au pétitoire, et « passé en force de chose jugée, « ont été condamnés à désemparer un « fonds, et qui refusent d'obéir, peuvent, par un second jugement, être « contraints par corps, quinzaine après « la signification du premier jugement « à personne ou domicile.—Si le fonds « ou l'héritage est éloigné de plus de « cinq myriamètres du domicile de la « partie condamnée, il sera ajouté au « délai de quinzaine un jour par cinq « myriamètres. »

Art. 2062 : « La contrainte par corps « ne peut être ordonnée contre les « fermiers pour le paiement des fermages des biens ruraux, si elle n'a « été stipulée formellement dans l'acte « de bail. Néanmoins les fermiers et « les colons partiaires peuvent être « contraints par corps, faute par eux de « représenter, à la fin du bail, le « cheptel de bétail, les semences et les « instruments aratoires qui leur ont « été confiés : à moins qu'ils ne justifient que le déficit de ces objets ne « procède point de leur fait. »

Art. 126, C. proc. : « La contrainte par « corps ne sera prononcée que dans les « cas prévus par la loi : il est néanmoins « laissé à la prudence des juges de la « prononcer : —1° Pour dommages et « intérêts en matière civile, au-dessus « de la somme de trois cents francs ; « — 2° Pour reliquats de comptes de « tutelle, curatelle, d'administration de « corps et communauté, établissements publics, ou de toute administration confiée par justice, et pour « toutes restitutions à faire par suite « desdits comptes. »

Source : BIU Cujas

Telles étaient toutes celles qui naissaient des simples conventions, qui n'étaient revêtues ni de la qualité de contrat, ni de la forme de la stipulation.

Ces obligations étaient très favorables : *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt servare?* L. 1, ff. *de Pact.* Si elles étaient destitués d'action, ce n'était que par une raison tirée de la politique des patriciens, qui, pour leur intérêt particulier, avaient jugé à propos de faire dépendre le droit d'action des formules, dont ils avaient seuls la connaissance dans les premiers temps, afin d'obliger les plébéiens à avoir recours à eux dans leurs affaires, et de les tenir par là dans leur dépendance. C'est pourquoi, à cela près qu'elles étaient destituées d'action, elles avaient tous les autres effets que peut avoir une obligation civile. Non-seulement le paiement de ce qui était dû par une obligation purement naturelle, était un paiement valable, et non sujet à répétition ; mais suivant les principes du droit romain, je pouvais, contre l'action de mon créancier, opposer la compensation de ce qu'il me devait de son côté par une obligation purement naturelle. L. 6, ff. *de Comp.* Suivant les mêmes principes, des fidéjusseurs pouvaient contracter une obligation civile qui accédât à une obligation purement naturelle (L. 16, § 3, ff. *de Fidej.*) ; et une obligation purement naturelle pouvait servir de matière à une novation en une autre obligation civile. L. 1, § 1, ff. *de Novat.*

192. Selon les principes de notre droit français, qui n'a pas admis la distinction du droit romain entre les simples pactes et les contrats, ces obligations naturelles du droit romain sont, dans notre droit, de véritables obligations civiles (1).

Celles qu'on peut appeler dans notre droit *obligations purement naturelles*, sont : — 1° celles pour lesquelles la loi dénie l'action, par rapport à la défaveur de la cause d'où elles procèdent. Telle est la dette due à un cabaretier pour dépenses faites par un domicilié du lieu dans son cabaret (2). Coutume de Paris, art. 128.

2° Celles qui naissent des contrats des personnes qui, ayant un jugement et un discernement suffisants pour contracter, sont néanmoins, par la loi civile, inhabiles à contracter. Telle est l'obligation d'une femme sous puissance de mari, qui a contracté sans être autorisée (3).

193. Ces obligations qui naissent d'une cause improuvée par les lois, ou qui ont été contractées par des personnes à qui la loi ne permet pas de contracter, n'auraient pas eu, par le droit romain même, le nom d'*obligations naturelles* : c'est pourquoi je ne pense pas qu'elles doivent avoir parmi nous les effets que le droit romain donnait aux obligations purement naturelles.

Par exemple, un cabaretier ne doit pas être admis à opposer contre l'action de son créancier, ce que ce créancier lui doit pour dépenses faites en son cabaret : le débiteur d'une femme ne peut, contre l'action de cette femme, oppo-

---

(1) *V.* art. 1134, C. civ., ci-dessus, p. 46, note 1.

(2) Ce serait aujourd'hui une obligation civile.

(3) Nous ne comprenons pas bien comment Pothier, et après lui la plupart des auteurs qui ont écrit même depuis la publication du Code, découvrent une obligation naturelle dans l'engagement des incapables.

Car, pour tout ce dont ils se sont enrichis, il y a obligation civile (art. 1312, C. civ., ci-dessus, p. 30, note 4) ; pour le surplus, et dans les cas où la loi les admet à se faire restituer, ils peuvent répéter ce qu'ils auraient payé en conséquence de ces engagements, ce qui est tout à fait contraire aux effets des obligations naturelles. Veut-on dire que l'incapable, lorsque l'incapacité aura cessé, peut valablement exécuter ? Cela est certain ; mais il y a une ratification tacite, en temps utile, qui fait disparaître la protection de la loi, il ne s'agit plus alors d'une obligation naturelle.

Source : BIU Cujas

ser la compensation de ce que cette femme lui doit par un contrat qu'elle a fait avec lui, étant sous puissance de mari, et sans être autorisée; si ce n'est que le contrat eût tourné au profit de cette femme.

194. Pareillement des fidéjusseurs ne s'obligent pas valablement envers un cabaretier pour une dette de cabaret : car la défaveur de la cause de la dette, qui fait dénier l'action au cabaretier, milite également, à l'égard des fidéjusseurs, comme à l'égard du principal obligé (1).

Lorsque c'est la seule qualité de la personne qui a porté la loi à annuler l'obligation, comme lorsqu'une femme sous puissance de mari s'est obligée sans être autorisée, il y aurait plus de raison de douter si l'action devrait être déniée contre les fidéjusseurs; car c'est par une raison qui est personnelle à la femme, que la loi dénie l'action contre elle. Néanmoins il faut décider que l'obligation des fidéjusseurs n'est pas plus valable que celle de la femme : car la loi rendant nulle celle de la femme, elle ne subsiste aucunement (2), si ce n'est dans le for de la conscience : la loi civile la méconnaît et la déclare nulle; et par conséquent elle ne peut pas être un sujet suffisant auquel puissent accéder d'autres obligations. Si, suivant les principes du droit romain, des fidéjusseurs peuvent accéder à une obligation naturelle, c'est que les obligations naturelles n'étaient pas des obligations que la loi improuvât et qu'elle déclarât nulles : elles étaient seulement destituées d'action. Mais les lois romaines décident que des fidéjusseurs ne peuvent accéder à des obligations que la loi réprouve et annulle. C'est sur ce principe qu'elles décident, que des fidéjusseurs ne peuvent s'obliger valablement pour une femme qui se serait obligée contre la prohibition du senatus-consulte Velléien (3); *quia totam obligationem senatus improbat;* L. 16, § 1, ff. *ad SC. Vell.* L. 14, Cod. *dict. tit.* Par la même raison, on doit décider que des fidéjusseurs ne peuvent accéder à l'obligation qu'une femme mariée a contractée sans être autorisée, ni à toutes les autres obligations qui ne sont appelées *obligations purement naturelles,* que parce qu'elles sont improuvées par la loi civile. C'est aussi l'avis de Lebrun, *Traité de la Communauté,* liv. 2, ch. 1, sect. 5, n° 17.

195. Le seul effet de nos obligations purement naturelles, est que, lorsque le débiteur a payé volontairement, le paiement est valable (4), et n'est pas sujet à répétition, parce qu'il a eu un juste sujet de payer; savoir, celui de décharger sa conscience. Ainsi, on ne peut pas dire qu'il a été fait *sine causâ :* d'où il suit qu'il ne peut y avoir lieu aux actions qu'on appelle *condictio sine causâ,* et *condictio indebiti.*

Observez néanmoins que, pour que le paiement fait par une femme, d'une dette qu'elle a contractée sans l'autorité de son mari, soit valable, il faut ou qu'elle l'ait fait en viduité, ou qu'elle l'ait fait avec l'autorité de son mari, si elle était encore sous sa puissance : car, en ce cas, elle n'est pas plus capable de payer sans l'autorité de son mari, que de contracter (5).

196. Nous avons parlé jusqu'à présent des obligations que la défaveur de

---

(1) Le cautionnement dans ce cas serait aujourd'hui très valable.

(2) L'engagement de la femme non autorisée n'est point aujourd'hui absolument nul, il peut seulement être annulé. *V.* art. 1125, C. civ., ci-dessus, p. 28, note 3. Il faut donc en tirer la conséquence qu'il peut être garanti par un cautionnement valable. *V.* art. 2012, C. civ., ci-dessus, p. 30, note 7.

(3) Le sénatus-consulte Velléien défendait aux femmes de garantir les obligations d'autrui *intercedere pro alio*; cette prohibition n'est point reproduite dans nos lois.

(4) *V.* art. 1235, 2e alinéa, ci-dessus, p. 85, note 1.

(5) Mais, dans ces circonstances, la dette est devenue dette civile au moins au moment du paiement, et il y a acquittement d'une dette civile.

Source : BIU Cujas

leur cause, ou l'inhabilité civile de la personne qui les a contractées, rend obligations purement naturelles. Une obligation civile, lorsque le débiteur a acquis, contre l'action qui en résulte, quelque fin de non-recevoir, *putà*, par l'autorité de la chose jugée, ou du serment décisoire, ou par le laps du temps requis par la prescription, peut aussi être regardée comme obligation purement naturelle, tant que la fin de non-recevoir subsiste (1), et qu'elle n'est pas couverte. *Voyez* sur ces fins de non-recevoir, *infrà*, art. 3, ch. 8.

197. On ne doit pas confondre les obligations naturelles dont nous avons parlé dans ce chapitre, avec les obligations imparfaites dont il a été parlé au commencement de ce traité. Celles-ci ne donnent aucun droit à personne contre nous, même dans le for de la conscience.

Par exemple, si j'ai manqué de rendre à mon bienfaiteur un service que la reconnaissance m'obligeait à lui rendre, ce qu'il souffre de ce que j'ai manqué à ce devoir, ne le rend pas pour cela mon créancier, même dans le for de la conscience. C'est pourquoi s'il me devait une certaine somme, pour laquelle je n'aurais plus d'action contre lui, parce que ma créance serait prescrite, il ne laisserait pas d'être obligé, dans le for de la conscience, de me payer, sans qu'il pût rien compenser de ce qu'il a souffert de mon ingratitude. Au contraire, les obligations naturelles, dont nous avons traité dans ce chapitre, donnent à la personne envers qui nous les avons contractées, un droit contre nous, non pas, à la vérité, dans le for extérieur, mais dans le for de la conscience. C'est pourquoi, si j'ai fait une dépense de 100 liv. dans un cabaret du lieu de mon domicile, ce cabaretier est vraiment mon créancier de cette somme, non dans le for extérieur, mais dans le for de la conscience; et si j'avais de mon côté une créance de pareille somme contre lui qui fût prescrite, il pourrait, dans le for de la conscience, se dispenser de me la payer, en la compensant avec celle qu'il a contre moi.

CHAPITRE III.

Des différentes modalités sous lesquelles les obligations peuvent être contractées.

ART. Ier. — Des conditions suspensives, et des obligations conditionnelles.

198. Une *obligation conditionnelle* est celle qui est suspendue par la condition sous laquelle elle a été contractée, qui n'est pas encore accomplie (2).

Pour faire connaître ce que c'est qu'une obligation conditionnelle, nous verrons :

1° Ce que c'est qu'une condition suspensive, et quelles sont les différentes espèces de conditions ;

2° Ce qui peut faire une condition suspensive;

---

(1) Mais il n'est pas défendu à une personne de renoncer à un droit que la loi lui donne; si, dans les cas d'autorité de chose jugée, de serment déféré et prêté, de prescription accomplie, le débiteur, au lieu de se prévaloir de ces moyens qui militent en sa faveur, paie librement, volontairement, il renonce au bénéfice de la loi ; mais nous ne voyons pas apparaître d'obligation naturelle.

(2) *V.* art. 1168, p. 86, note 1.

Source : BIU Cujas

3° Quand une condition est censée accomplie, ou réputée pour accomplie;
4° Nous traiterons de l'indivisibilité de l'accomplissement des conditions;
5° De l'effet des conditions;
6° Nous verrons si, lorsque l'obligation a été contractée sous plusieurs conditions, il faut que toutes soient accomplies pour que l'obligation ait son effet.

§ Ier. *Quest-ce qu'une condition, et ses différentes espèces.*

199. Une *condition* est le cas d'un événement futur et incertain, qui peut arriver ou ne pas arriver, duquel on fait dépendre l'obligation.

200. On distingue les conditions sous lesquelles une obligation peut être suspendue, en *positives* et en *négatives*.

La *condition positive* est celle qui consiste dans le cas auquel quelque chose qui peut arriver, ou ne pas arriver, arrivera; comme celle-ci : *Si je me marie.*

La *condition négative* est celle qui consiste dans le cas auquel quelque chose qui peut arriver, ou ne pas arriver, n'arrivera pas; comme celle-ci : *Si je ne me marie pas.*

201. On distingue encore les conditions en *potestatives, casuelles* et *mixtes*.

La *condition potestative* est celle qui est au pouvoir de celui envers qui l'obligation est contractée; comme si je m'oblige envers mon voisin de lui donner une somme, s'il abat dans son champ un arbre qui me bouche la vue (1).

La *condition casuelle* est celle qui dépend du hasard, et n'est nullement au pouvoir du créancier (2), telles que sont celles-ci : *Si j'ai des enfants; si je n'ai point d'enfants; si un tel navire arrive à bon port des Indes, etc.*

La *condition mixte* est celle qui dépend du concours de la volonté du créancier, et de celle d'un tiers (3), comme celle-ci : *Si vous épousez ma cousine.*

§ II. *Ce qui peut faire une condition qui suspende une obligation.*

202. Pour qu'une condition ait l'effet de suspendre une obligation, il faut :

1° Que ce soit la condition d'une chose future : une obligation contractée sous la condition d'une chose passée ou présente, quoique ignorée des contractants n'est pas proprement une obligation conditionnelle. Par exemple, si, après que la loterie de piété a été tirée, et avant que la liste soit arrivée, j'ai promis à quelqu'un de lui donner une certaine somme si le gros lot m'était échu; ou si j'ai promis à quelqu'un une certaine somme, au cas que le pape soit actuellement vivant; ces obligations ne sont pas conditionnelles; mais ou elles ont d'abord toute leur perfection, s'il se trouve que j'ai effectivement le gros lot, ou que le pape est vivant; ou au contraire, il n'y aura jamais eu d'obligation contractée, s'il se trouve que le gros lot ne m'est point échu, ou que le pape est mort.

C'est ce que décide la loi 100, ff. *de Verb. obl. Conditio in præteritum non*

---

(1) *V.* art. 1170, C. civ.

Art. 1170 : « La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention, d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. »

(2) *V.* art. 1169, C. civ.

Art. 1169 : « La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. »

(3) *V.* art. 1171, C. civ.

Art. 1171 : « La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. »

Source : BIU Cujas

tantum in præsens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omninò non differt; adde LL. 37, 38, 39, ff. *de Reb. cred.*

Néanmoins, quoique la chose soit effectivement due, le créancier ne peut pas l'exiger, jusqu'à ce qu'il se soit rendu certain du fait, et qu'il l'ait notifié au débiteur (1).

203. Il faut 2° que la condition soit d'une chose qui peut arriver ou ne pas arriver. La condition d'une chose qui arrivera certainement, n'est pas proprement une condition, et ne suspend pas l'obligation; mais elle en diffère seulement l'exigibilité, et n'équipolle qu'à un terme de paiement.

Il faut néanmoins à cet égard distinguer entre les obligations qui sont contractées par des actes entre-vifs, par lesquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers, et entre celles qui naissent des dispositions faites au profit d'une certaine personne, et non de ses héritiers, telles que sont les legs et les substitutions portées par des testaments, ou par des donations entre-vifs.

A l'égard de ces dispositions, quoique le fait qui y est mis pour condition doive certainement arriver, s'il est incertain quand il arrivera, et si ce sera du vivant du légataire ou substitué, il peut faire une véritable condition.

La raison est qu'une telle disposition n'étant faite qu'à la personne même du légataire ou substitué, le droit qui en résulte ne pouvant être acquis que par la personne même du légataire ou du substitué, la condition qui est apposée ne pouvant conséquemment s'accomplir utilement que du vivant du légataire ou substitué, il suffit qu'il soit incertain si la condition arrivera de son vivant, quoiqu'il soit certain qu'elle arrivera un jour, pour que la disposition soit conditionnelle; puisqu'il est incertain si le legs sera dû.

C'est sur ces principes que la Loi 1, § 2, ff. *de Cond. et dem.*, décide « que, si j'ai grevé mon héritier d'un legs, *lorsqu'il mourrait* », le legs est conditionnel.

Au contraire, dans les actes entre-vifs par lesquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers, le cas d'une chose qui doit certainement arriver, quoiqu'il soit incertain quand elle arrivera, ne peut jamais faire une condition qui suspende l'obligation; parce que les conditions des obligations contractées par ces actes, pouvant s'accomplir utilement en quelque temps que ce soit, aussi bien après la mort de la personne envers qui elle est contractée, que de son vivant, comme nous le verrons *infrà*, n° 208, la dette contractée sous la condition d'une chose qui doit certainement arriver, ne peut être incertaine, ni par conséquent conditionnelle.

204. Il faut, 3° pour qu'une condition soit valable, et qu'elle suspende l'obligation, que ce soit la condition d'une chose possible, licite, et qui ne soit pas contraire aux bonnes mœurs.

La condition d'une chose impossible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs, sous laquelle quelqu'un promettrait quelque chose, rend l'acte absolument nul, lorqu'elle est *in faciendo;* et il n'en naît aucune obligation (L. 1, § 11, ff. *de Ob. et act.;* L. 31, *eod. tit* ; L. 7, ff. *de Verb. oblig.*); comme si je vous avais promis une somme sous cette condition, *si vous faites un triangle sans angles*, ou sous celle d'aller tout nu dans les rues (2).

Il en est autrement dans les testaments. Les legs qui seraient faits sous de pareilles conditions, n'en sont pas moins valables, et la condition est regardée comme non écrite, ce que la faveur des dernières volontés a fait établir (3); L. 3, ff. *de Cond. et dem.;* L. 104, § 1, ff. *de Legat.*, 1°.

---

(1) Ce qui équivaut à un terme.

(2) *V.* art. 1172, C. civ.

Art. 1172 : « Toute condition d'une « chose impossible, ou contraire aux « bonnes mœurs, ou prohibée par la « loi, est nulle, et rend nulle la con- « vention qui en dépend. »

(3) Le Code admet le même prin-

Source : BIU Cujas

Lorsque la condition impossible est *in non faciendo*, comme si je vous avais promis une somme *si vous n'arrêtiez pas le cours du soleil*, elle ne rend pas nulle l'obligation sous laquelle elle est contractée. Cette condition n'a aucun effet, et l'obligation est pure et simple (1); L. 7, ff. *de Verb. oblig.* Mais la condition « de ne pas faire une certaine chose qui est contraire aux mœurs ou aux lois », peut rendre l'acte nul, parce qu'il est contraire à la justice et à la bonne foi de stipuler une somme pour s'abstenir d'une chose dont nous sommes d'ailleurs obligés de nous abstenir (2).

205. Pour qu'une condition soit valable, et suspende l'obligation sous laquelle elle est contractée, il faut, 4° qu'elle ne détruise pas la nature de l'obligation : telle est la condition qui ferait dépendre l'obligation de la pure et seule volonté de la personne qui s'engage; comme si je promettais de donner quelque chose à quelqu'un, si cela me plaisait, SI VOLUERO : car l'obligation étant *juris vinculum quo necessitate abstringimur*, et renfermant essentiellement une nécessité de donner ou de faire quelque chose, rien n'est plus contraire à sa nature, que de la faire dépendre de la pure volonté de celui qu'on supposerait la contracter; et par conséquent une telle condition ne suspend pas, mais détruit l'obligation, qui pêche en ce cas par le défaut de

---

cipe pour les donations entre-vifs. *V.* art. 900, C. civ.

Art. 900 : « Dans toute disposition « entre-vifs ou testamentaire, les con- « ditions impossibles, celles qui seront « contraires aux lois ou aux mœurs, « seront réputées non écrites. »

Mais pourquoi cette différence d'effet des conditions impossibles ou immorales, insérées dans des actes de libéralité et dans des contrats à titre onéreux ?

La loi 31 ff. *de Oblig. et Act.* nous en donne une raison : *Non solum stipulationes impossibili conditione applicatæ, nullius momenti sunt; sed etiam cæteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interpositâ, æque nullius momenti sunt : quia in eâ re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium* VOLUNTAS SPECTETUR : *quorum proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment appositâ eâ conditione quam sciant esse impossibilem.*

Les Romains annulaient les contrats, parce qu'on devait avoir égard à la volonté, c'est-à-dire à la coopération des deux parties; elles sont l'une et l'autre en faute ou coupables d'avoir inséré dans le contrat une condition impossible ou immorale; elles sont censées n'avoir voulu que plaisanter, *nihil agi*, on pourrait même y voir quelque chose de plus grave et qui mériterait punition.

Mais, dans les legs et les institutions d'héritier, les conditions impossibles sont réputées non écrites (*impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur.* Inst. § 10, *de Hæred. inst.*). Parce qu'il ne s'agit plus d'une affaire qui exige la coopération de deux volontés, *non ex duorum consensu agitur*, le testament est l'œuvre du testateur.

Ce raisonnement nous ménerait à dire que la donation entre-vifs, qui exige le concours de la volonté du donateur et du donataire, devrait être, sur la question qui nous occupe, rangée parmi les contrats et être déclarée nulle, si elle est faite sous une condition impossible ou immorale, et cependant l'art. 900, C. civ., décide le contraire. C'est que, dans la donation, le donataire subit complétement la loi que lui impose le donateur, il n'est pas en position de discuter avec autant de liberté et d'indépendance que dans un contrat à titre onéreux.

(1) *V.* art. 1173, C. civ.

Art. 1173 : « La condition de ne « pas faire une chose impossible ne « rend pas nulle l'obligation contrac- « tée sous cette condition. »

(2) Il est évident que la nullité ne pourra être demandée que par celui *cujus turpitudo non versatur;* car *nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

Source : BIU Cujas

lien dont nous avons déjà parlé (1) *suprà*, nos 47 et 48 : *Nulla promissio potest consistere, quæ ex voluntate promittentis statum capit;* L. 108, § 1, ff. *de Verb. oblig.*

Il est contraire à l'essence de l'obligation qu'elle dépende de la pure et seule volonté de celui qu'on supposerait l'avoir contractée : mais elle peut dépendre de la pure et seule volonté d'un tiers. C'est pourquoi je puis valablement contracter l'obligation de donner ou de faire quelque chose, si une certaine personne tierce y consent (2); L. 43, et L. 44, *de Verb. oblig.*

§ III. *Quand les conditions sont-elles censées accomplies?*

206. Les *conditions positives* s'accomplissent lorsque la chose qui fait la matière de la condition arrive.

Lorsqu'une condition consiste à donner ou à faire quelque chose, il faut, pour l'accomplissement de la condition, que celui à qui elle a été imposée ait donné ou fait la chose, de la manière dont il est vraisemblable que les parties l'ont entendu (3). C'est pourquoi, si j'ai contracté quelque engagement envers vous, « au cas que vous donniez une certaine somme à un tel » : si ce tel est un mineur, vous n'avez pas accompli la condition, lorsqu'au lieu de donner cette somme au tuteur de ce mineur, vous l'avez donnée à ce mineur, qui l'a dissipée (L. 68, ff. *de Solut.*) : car il est évident que mon intention, en vous imposant cette condition, a été que vous donneriez cette somme au mineur, de manière qu'il en pût profiter, en la mettant ès mains de son tuteur, et que vous ne l'abandonneriez pas à la discrétion de ce mineur.

Notre principe, « que les conditions doivent s'accomplir de la manière dont les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elles le fussent, » sert à décider la question que font les docteurs : Si les conditions doivent s'accomplir littéralement, *in formâ specificâ?*

Il faut dire qu'ordinairement elles doivent s'accomplir *in formâ specificâ* : qu'elles peuvent néanmoins s'accomplir *per æquipollens*, lorsque, *pro subjectâ materiâ*, il paraît que telle a été vraisemblablement l'intention des parties : et cette intention se présume lorsque celui en faveur de qui est la condition, n'a pas d'intérêt qu'elle soit accomplie d'une manière plutôt que d'une autre.

Par exemple, si j'ai contracté quelque obligation envers vous sous cette condition, « si dans un tel temps vous me donnez cent louis d'or; » vous êtes censé accomplir cette condition en m'offrant en argent blanc la somme de deux mille quatre cents livres, à laquelle montent les cent louis d'or, m'étant indifférent de recevoir cette somme en argent ou en or; avec d'autant plus de raison, qu'on ne considère dans la monnaie que la valeur que le prince lui a donnée, et non les corps qui n'en sont que le signe (4). *Arg.* L. 1, *in fin.*, ff. *de Contrah. empt.*

---

(1) *V.* art. 1174, C. civ.

Art. 1174 : « Toute obligation est « nulle lorsqu'elle a été contractée « sous une condition potestative de la « part de celui qui s'oblige. »

(2) On peut cependant insérer dans un contrat des conditions dont l'accomplissement est facultatif pour l'une des parties *putà*, le réméré : on peut également laisser à la volonté de l'une ou de l'autre des parties, ou même des deux, la prolongation d'un engagement d'abord contracté : rien n'est plus fréquent que cette clause dans les baux; mais, c'est que, dans ce contrat, les obligations réciproques sont multiples et successives.

(3) *V.* art. 1175, C. civ.

Art. 1175 : « Toute condition doit « être accomplie de la manière que les « parties ont vraisemblablement voulu « et entendu qu'elle le fût. »

(4) Cependant, la monnaie d'or a, en pratique, dans certaines localités, une valeur supérieure à celle d'argent; la valeur légale étant la même.

Source : BIU Cujas

207. Les conditions devant s'accomplir de la manière dont les parties contractantes l'ont entendu, on demande si, lorsque la condition consiste dans quelque fait, soit du créancier, soit du débiteur, soit d'une personne tierce, la condition ne peut être accomplie que par la personne elle-même, ou si elle peut l'être par les héritiers de la personne, et par quelque autre que ce soit, qui fasse pour elle et en son nom ce qui est porté par la condition.

La décision de la question dépend de la nature du fait, et de l'examen de l'intention qu'ont eue les parties contractantes. Si le fait mis en condition est un fait personnel, si c'est le fait d'une *telle personne*, plutôt que le fait seul et en lui-même, que les parties ont eu en vue, en ce cas, la condition ne peut être accomplie que par la personne elle-même.

Par exemple, si je me suis engagé envers mon domestique, de lui donner une certaine récompense s'il restait dix ans à mon service, il est évident que le service de ce domestique, qui fait l'objet de la condition, est un fait personnel, et qu'une telle condition ne peut être accomplie que par lui-même. Il en est de même de l'obligation que j'ai contractée envers l'élève d'un célèbre peintre, de lui donner une certaine somme, si son maître me faisait un certain tableau : c'est encore un fait personnel qui fait l'objet de cette condition, et elle ne peut être accomplie que par le peintre lui-même.

Mais si le fait, soit du créancier, soit du débiteur, soit d'un tiers, qui a été mis pour condition, n'est pas un fait personnel; si c'est un fait que les parties contractantes ont considéré seul et en lui-même, et non comme le fait d'une telle personne; en ce cas, la condition peut s'accomplir non-seulement par la personne elle-même, mais encore par ses héritiers, ou autres successeurs.

Par exemple, je me suis obligé à vous payer une certaine somme, *si dans l'année vous faisiez abattre sur votre héritage un bois qui faisait geler mes vignes.* Cette condition peut s'accomplir par vos héritiers; car ce fait n'est pas un fait qui vous fût personnel. Il est évident qu'en apposant cette condition à mon obligation, j'ai considéré le fait seul et en lui-même, n'ayant eu d'autre intention, sinon que le bois fût abattu, m'étant indifférent par qui.

Pareillement, si je vous ai acheté un héritage « sous la condition qu'un tel se désisterait d'un droit de servitude qu'il prétendait, » la condition s'accomplira si le successeur de ce voisin donne son désistement (1).

208. Les conditions des actes entre-vifs, par lesquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers, peuvent s'accomplir utilement après la mort de celui envers qui l'obligation est contractée, aussi bien que de son vivant (2); Instit. *tit. de Verb. oblig.*, § 5. En cela ces actes diffèrent des legs et autres semblables dispositions, lesquelles demeurent caduques, quand celui au profit de qui elles sont faites, meurt avant que la condition sous laquelle elles sont faites ait été accomplie (3); L. 59, ff. *de Cond. et dem.*

La raison de différence est, que celui qui fait un legs à quelqu'un, ne lègue qu'à la personne du légataire : d'où il suit que l'accomplissement de la condition qui n'arrive qu'après la mort, ne peut donner ouverture au legs; car il ne

---

(1) Toute cette distinction repose sur l'intention des parties, elles doivent dans l'exécution ce qu'elles se proposaient en contractant.

(2) *V.* art. 1179, C. civ.

Art. 1179 : « La condition accomplie « a un effet rétroactif au jour auquel « l'engagement a été contracté. Si le « créancier est mort avant l'accomplis- « sement de la condition, ses droits « passent à son héritier. »

(3) *V.* art. 1040, C. civ.

Art. 1040 : « Toute disposition testa- « mentaire faite sous une condition « dépendante d'un événement incer- « tain, et telle, que, dans l'intention « du testateur, cette disposition ne « doive être exécutée qu'autant que « l'événement arrivera ou n'arrivera « pas, sera caduque, si l'héritier insti- « tué ou le légataire décède avant l'ac- « complissement de la condition. »

Source : BIU Cujas

peut y avoir ouverture à ce legs au profit du légataire qui n'est plus, ni au profit des héritiers du légataire, qui ne sont pas ceux à qui le testateur a voulu léguer. Au contraire, dans les actes entre-vifs, celui qui stipule quelque chose, est censé le stipuler tant pour lui que pour ses héritiers : *Qui paciscitur, sibi hæredique suo paciscitur.* L'obligation qui résulte de l'acte, est contractée envers lui et envers ses héritiers : d'où il suit que la condition sous laquelle l'obligation a été contractée, quoiqu'elle ne s'accomplisse qu'après sa mort, doit donner ouverture à l'obligation.

Cynus, Barthole, et la plupart des anciens docteurs, ont soutenu que notre principe sur l'accomplissement des conditions des actes entre-vifs, souffrait exception à l'égard des conditions potestatives, c'est-à-dire, de celles qui consistent dans quelque fait qui est au pouvoir de celui envers qui l'obligation est contractée.

Ces auteurs ont prétendu qu'elles ne pouvaient s'accomplir après sa mort.

Si cette décision était restreinte aux conditions potestatives, qui consistent dans quelque fait du créancier qui soit personnel, elle ne pourrait souffrir aucune difficulté. Il est évident, par ce qui vient d'être dit ci-dessus, qu'elles ne peuvent s'accomplir après sa mort : mais il est faux que toutes les conditions potestatives indistinctement ne puissent s'accomplir après la mort du créancier, et il n'y a aucune raison solide sur laquelle l'opinion de ces docteurs puisse être établie.

Ils ne la fondent que sur quelques textes de droit, qui ne sont rien moins que décisifs, et qu'il serait trop long de rapporter et de réfuter : il suffira de répondre à la loi 48, ff. *de Verb. oblig.*, qui est le principal fondement de cette opinion. Il y est dit que, dans une stipulation, ces termes, *cùm petiero, dabis*, sont différents de ceux-ci, *si petiero*, et qu'ils ne renferment pas une condition : *Admonitionem magis quàm conditionem habet hæc stipulatio ; et ideò*, ajoute Ulpien, *si decessero priùs quàm petiero, non videtur defecisse conditio.* De ces derniers mots, nos docteurs argumentent ainsi : Ulpien dit que, lorsque les parties ont employé ces termes, *cùm petiero*, la mort du créancier arrivée avant qu'il ait donné la demande, n'empêche pas l'effet de la convention, parce que ces termes, *cùm petiero*, ne renferment pas une condition ; donc, concluent-ils, si les parties s'étaient servies de termes qui renfermassent une condition, tels que ceux-ci, *si petiero*, il en aurait été autrement ; et la mort du créancier arrivée avant qu'il eût donné la demande, aurait fait défaillir la condition, et fait tomber la convention : donc la condition, *si petiero*, ne peut s'accomplir utilement que du vivant du créancier : donc les conditions potestatives ne peuvent s'accomplir utilement que du vivant du créancier.

Je réponds que cette dernière conséquence est mal tirée : ces docteurs, contre les règles de la logique, concluent du particulier au général. Je conviens que la *condition*, si petiero, *ne peut s'accomplir après la mort du créancier*, parce qu'il paraît que, dans cette condition, c'est le fait personnel du créancier, c'est la demande que la personne même du créancier fera, que les parties ont entendu mettre pour condition ; autrement cette condition n'aurait pas de sens : mais de ce que la condition, *si petiero*, ne peut s'accomplir après la mort du créancier, il ne s'ensuit pas que les autres conditions potestatives qui renferment un fait qui n'est pas personnel, ne puissent s'accomplir utilement après la mort du créancier. Cette question a été traitée avec grande étendue par Covarruvias, *Quæst. pract.* 39.

209. Lorsque la condition renferme un temps préfix, dans lequel elle doit être accomplie, comme « si je me suis obligé de vous donner une certaine somme *si un tel navire était cette année de retour dans un port de France* » ; il faut que la chose arrive dans le temps préfix ; et lorsque le temps est expiré sans que la chose soit arrivée, la condition est censée défaillie, et l'obligation contractée sous cette condition est entièrement évanouie.

Source : BIU Cujas

Mais si la condition ne renferme aucun temps préfix dans lequelle elle doive être accomplie, elle peut l'être en quelque temps que ce soit; et elle n'est pas censée défaillie, jusqu'à ce qu'il soit devenu certain que la chose n'arrivera point (1).

On s'écarte de cette règle lorsque la condition consiste dans quelque chose que doit faire celui envers qui je me suis obligé sous cette condition, et que j'ai intérêt qui soit faite; comme si j'ai promis à mon voisin « de lui donner une somme *s'il abattait un arbre qui me nuit* : « car, en ce cas, je puis assigner celui envers qui je me suis obligé, pour qu'il lui soit préfixé un certain temps dans lequel il accomplira la condition, et qu'à faute par lui de le faire, je serai déchargé purement et simplement de mon obligation (2).

210. Les *conditions négatives* ou ont un temps préfix, ou n'en ont point.

Lorsqu'elles ont un temps préfix, elles existent lorsque ce temps est expiré sans que la chose soit arrivée.

Par exemple, si je vous ai promis quelque chose *si un tel navire n'était pas de retour cette année dans nos ports*, la condition aura existé lorsque l'année sera expirée sans que le navire soit arrivé. Elles peuvent s'accomplir avant l'expiration de ce temps, lorsqu'il devient certain que la chose n'arrivera pas.

Si la condition négative n'a point de temps préfix, elle n'est censée accomplie que lorsqu'il sera devenu certain que la chose n'arrivera pas.

Par exemple, si je me suis obligé de vous donner quelque chose *si un tel navire n'arrive pas des Indes à bon port*, la condition de mon obligation n'existera que lorsqu'il sera devenu certain que le navire ne reviendra pas, *putà*, par les nouvelles certaines qu'on aura eues de son naufrage (3).

211. Si néanmoins la condition consiste dans quelque chose qui soit au pouvoir du débiteur, et qui intéresse celui au profit de qui l'obligation a été contractée; comme si quelqu'un s'est obligé envers moi « de me donner une certaine somme s'il ne faisait pas abattre sur son héritage un arbre qui nuit à mes

---

(1) *V.* art. 1176, C. civ.

Art. 1176 : « Lorsqu'une obligation « est contractée sous la condition « qu'un événement arrivera dans un « temps fixe, cette condition est cen- « sée défaillie lorsque le temps est ex- « piré sans que l'événement soit ar- « rivé. S'il n'y a point de temps fixe, « la condition peut toujours être ac- « complie; et elle n'est censée défail- « lie que lorsqu'il est devenu certain « que l'événement n'arrivera pas. »

(2) Quoique le Code n'ait pas formulé cette décision elle est trop raisonnable pour ne pas l'admettre; l'intention de celui qui s'est obligé à payer la somme, si la condition était accomplie, n'a pas pu être de rester indéfiniment dans les liens de cette obligation, la somme promise n'étant que l'équivalent de l'utilité que doit lui procurer l'accomplissement de la condition.

(3) *V.* art. 1177, C. civ.

Art. 1177 : « Lorsqu'une obligation « est contractée sous la condition qu'un « événement n'arrivera pas dans un « temps fixe, cette condition est ac- « complie lorsque ce temps est expiré « sans que l'événement soit arrivé : « elle l'est également, si avant le terme « il est certain que l'événement n'ar- « rivera pas; et, s'il n'y a pas de temps « déterminé, elle n'est accomplie que « lorsqu'il est certain que l'événement « n'arrivera pas. »

Nous ferons au surplus remarquer que ces deux numéros 209 et 210 de Pothier, reproduits dans les art. 1176 et 1177 du C. civ., nous ont toujours paru renfermer une seule et même idée : en effet, rechercher la défaillance d'une condition positive, n'est-ce pas absolument la même chose que rechercher l'accomplissement d'une condition négative ? Je vends ma vigne à Paul *si mon fils revient de Sibérie* : je vends ma maison à Pierre *si mon fils ne revient pas de Sibérie* : les causes qui feront défaillir la vente de la vigne feront évidemment accomplir la vente de la maison. C'est donc la même idée, mais retournée ou renversée.

Source : BIU Cujas

vignes », je pense que celui qui s'est obligé sous cette condition, peut être assigné pour voir dire, que « faute par lui de faire une telle chose dans le temps qui lui sera imparti par le juge, il sera condamné à payer ce qu'il s'est obligé de donner au cas qu'il ne le fît pas » : et s'il ne le fait pas dans le temps qui lui aura été imparti, cette condition négative sera censé avoir existé, et il pourra en conséquence être condamné à payer la somme qu'il s'est obligé de payer sous cette condition.

Cette décision néanmoins n'a pas paru sans difficulté aux jurisconsultes romains : les deux écoles étaient partagées de sentiment sur la question (L. 115, § 2, ff. *de Verb. oblig.*). Celui des Sabiniens, que j'ai suivi, me paraît plus conforme à l'esprit et à la simplicité de notre droit français.

212. C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies lorsque le débiteur qui s'est obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement (1) : *Quicunque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominùs obligatur ;* L. 85, § 7, ff. *de Verb. oblig.*—*Pro impletâ habetur conditio cùm per eum fiat qui, si impleta esset, debiturus esset ;* L. 81, § 1, ff. *de Cond. et dem.*

Ceci est une conséquence de cette règle de droit : *In omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit, quominùs fiat ;* L. 39, ff. *de Reg. jur.*

On ne peut néanmoins dire que c'est par le fait du débiteur qu'une condition n'a pas été accomplie, et qu'elle doit en conséquence être réputée pour accomplie, lorsque ce n'est qu'indirectement, et sans dessein d'en empêcher l'accomplissement, qu'il y a mis obstacle. C'est pour cela que Paul dit, à l'égard des conditions apposées aux legs : *Non omne ab hæredis personâ interveniens impedimentum pro expletâ conditione cedit ;* L. 38, ff. *de Statu lib.*

Par exemple, si un testateur à qui j'ai succédé, vous avait légué une maison, *si dans l'année de son décès vous donniez au créancier de Pierre une certaine somme pour laquelle il le retenait en prison ;* et qu'étant votre créancier de mon chef de sommes considérables, j'aie saisi vos meubles pour en être payé ; quoique la saisie que j'ai faite vous ait mis hors d'état de donner la somme au créancier de Pierre, et d'accomplir la condition apposée à votre legs, je ne serai pas néanmoins censé en avoir proprement par mon fait empêché l'accomplissement, et elle ne sera pas réputée pour accomplie ; car ce n'est qu'indirectement que je l'ai empêché : la saisie que j'ai faite n'a pas été faite dans le dessein de vous empêcher d'accomplir la condition ; je n'ai voulu autre chose qu'exiger par une voie légitime les sommes que vous me deviez.

Observez aussi à cet égard une différence entre les conditions dont l'accomplissement est momentané, et celles qui ne s'accomplissent que par une succession de temps. Les premières sont réputées pour accomplies aussitôt que le créancier conditionnel s'étant présenté pour accomplir la condition, en a été empêché par le débiteur : il n'en est pas de même des autres.

Par exemple, si je m'étais obligé à quelque chose envers un vigneron, « sous la condition qu'il me ferait dix journées » ; et que s'étant présenté pour travailler, je l'eusse renvoyé ; la condition ne serait réputée pour accomplie qu'en partie, et pour une journée seulement : elle ne serait réputée pour entièrement accomplie que lorsqu'il se serait présenté à dix jours différents ; L. 20, § 5, ff. *dicto titulo.*

213. A l'égard de la règle touchant les conditions potestatives, « qu'elles doivent passer pour accomplies lorsqu'il n'a pas tenu à celui à qui un défunt a laissé quelque chose sous cette condition ; » c'est une règle qui a lieu pour les

---

(1) *V.* art. 1178, C. civ.

Art. 1178 : « La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement. »

Source : BIU Cujas

dernières volontés, et qui ne doit pas s'appliquer aux conditions des engagements contractés par des actes entre-vifs.

Par exemple, si quelqu'un vous a légué une certaine somme, « si dans l'année de son décès vous donniez la liberté à votre nègre Jacques; » la condition est censée accomplie, et le legs vous est dû, si la mort de Jacques, arrivée peu après celle du testateur, vous a empêché d'exécuter et d'accomplir la condition; L. 54, § 2, ff. *de Leg.* 1°. Mais si quelqu'un, par une condition entre lui et vous, s'est obligé, sous une pareille condition, à vous donner une certaine somme, je ne pense pas que la somme vous fût due, si la mort survenue de ce nègre vous avait empêché d'accomplir la condition.

La raison de cette différence est, que les dernières volontés sont susceptibles d'une interprétation plus étendue. Au contraire les contrats ne doivent être étendus que *quantùm sonant;* et l'interprétation, dans le doute, se fait toujours contre celui envers qui l'obligation est contractée: *Ambiguitas contrà stipulatorem est;* L. 26, ff. *de Reb. dub.;* parce qu'il doit s'imputer si l'acte n'est pas assez clairement expliqué, n'ayant tenu qu'à lui, puisqu'il était présent, de s'expliquer mieux; L. 39, ff. *de Pact.*; L. 99, *de Verb. oblig.*

C'est pourquoi, suivant ce principe, lorsque, par un acte entre-vifs, quelqu'un s'est obligé envers moi sous cette condition *que j'affranchirais mon nègre;* dans le doute si l'obligation a été contractée, même pour le cas auquel il ne tiendrait pas à moi de l'affranchir, l'interprétation doit se faire contre moi; et je ne pourrai exiger ce qui m'a été promis sous cette condition, quoique la mort du nègre, arrivée avant que j'aie pu l'accomplir, m'ait empêché de l'accomplir. Cette décision aurait lieu, quand même j'aurais déjà fait quelques préparatifs, comme si j'avais rappelé le nègre d'une campagne éloigné où il était pour l'affranchir devant le juge de mon domicile, et qu'il fût mort en chemin; je ne pourrais pas exiger ce qui m'a été promis sous la condition de son affranchissement; je pourrais seulement demander à être indemnisé de la dépense que j'aurais faite pour le faire revenir.

214. Il en est de même de la règle qui concerne les conditions mixtes. Si quelqu'un m'a promis une certaine somme *si j'épousais une telle, sa cousine,* je ne pense pas que la somme me fût due, si j'étais prêt à l'épouser, et qu'elle le refusât; quoique si l'on m'eût fait un legs sous une telle condition, la condition passât pour accomplie (1); L. 31, ff. *de Cond. et dem.*

§ IV. *De l'indivisibilité de l'accomplissement des conditions.*

215. L'accomplissement des conditions est indivisible, même quand ce qui fait l'objet de la condition est quelque chose de divisible.

Par exemple, que quelqu'un m'ait légué un certain héritage, « si je donnais une certaine somme à son héritier »; ou que par une transaction quelqu'un se soit obligé de me laisser un héritage litigieux entre lui et moi, « si je lui donnais dans un certain temps une certaine somme. » Quoique cette condition ait pour objet quelque chose de divisible, n'y ayant rien de plus divisible qu'une somme d'argent, néanmoins l'accomplissement de cette condition est indivisible, en ce sens que le legs qui m'a été fait sous cette condition, et l'obligation qui a été contractée envers moi sous cette condition, sera en suspens jusqu'à l'accomplissement total de la condition, sans que l'accomplissement partiel

---

(1) Cette différence signalée par Pothier entre les conditions potestatives et mixtes, selon qu'elles se rencontrent dans des testaments ou des actes entre-vifs, n'est point reproduite dans le Code, ni dans le titre des donations et testaments, ni dans celui des contrats; cependant la raison que donne notre auteur, « que les dernières volontés admettent une interprétation plus étendue que les actes entre-vifs, » serait probablement approuvée par les tribunaux.

Source : BIU Cujas

puisse donner pour partie ouverture au legs, ni faire naître pour partie l'obligation ; L. 23 ; L. 56, ff. *de Cond, et dem.*

C'est pourquoi, si l'on a légué à Pierre un héritage, « au cas qu'il donnât à l'héritier dix mille livres », et que Pierre meure après en avoir donné seulement cinq, le legs devient caduc pour le total ; (*eâd.* L. 56) ; et l'héritier de Pierre peut seulement répéter les cinq mille livres, *condictione sine causâ ;* si mieux n'aime néanmoins l'héritier du testateur acquitter le legs pour partie : car c'est en faveur de cet héritier du testateur, débiteur du legs, que la condition est regardée comme indivisible ; *Molin. Tract. de Div. et ind.*, p.3, n° 457.

Il en serait de même, si le legs avait été fait à Pierre, ou, à son défaut, à ses enfants, et que Pierre étant prédécédé, l'un des enfants substitué au legs eût payé à l'héritier du testateur sa part de dix mille livres : la condition ne serait censée aucunement accomplie, et il ne pourrait rien demander jusqu'à ce que le surplus eût été payé ; *eâd.* L. 56.

Il en serait autrement si le legs avait d'abord été fait à deux légataires sous cette condition. Le testateur ayant d'abord imposé la condition à deux légataires, est censé, en la leur imposant, l'avoir divisée et partagée entre eux ; *eâd.* L. 56.

216. Dumoulin décide pour l'indivisibilité de la condition dans l'espèce suivante (1).

Quatre héritiers d'un débiteur ont été condamnés à payer une certaine somme, avec surséance de deux ans pour le paiement, *s'ils donnent caution dans le mois.* Dumoulin soutient que les trois héritiers qui ont donné caution

---

(1) Nous ne voyons pas pourquoi Dumoulin autorise l'héritier du testateur à acquitter le legs pour partie, en retenant la somme déjà payée : il serait très possible que l'héritier du légataire préférât recouvrer la somme déjà payée, plutôt que d'obtenir une partie de l'objet légué : il est sans doute libre à l'héritier du testateur de tenir la condition pour accomplie et d'acquitter le legs dans son intégrité ; mais n'est-ce pas très gratuitement que l'on affirme que l'indivisibilité de la condition n'est établie que dans l'intérêt de cet héritier ? L'héritier du légataire peut également argumenter de l'indivisibilité de la condition, et dire à l'héritier du testateur : Ou vous tenez la condition pour accomplie, ou pour défaillie : au premier cas, délivrez la totalité du legs ; au second, rendez ce que vous avez reçu, comme l'ayant reçu *sine causâ ;* car ce qui a été payé n'était, comme le dit Dumoulin lui-même, que *præparatio ad implementum*, et non pas l'accomplissement *pro parte.*

Voici le passage de cet auteur : « *Fac legatarium decedere antequam « reliqua quinque det, legatum ca- « ducum est in totum, quia de ri- « gore tota conditio pendebat, nec in « aliquo impleta erat : quod enim le- « gatarius dedit, de rigore non est « implementum conditionis in aliquo, « sed præparatio ad implementum, et « potest, si velit hæres, hunc rigorem « servare, totum legatum in perpe- « tuum denegare, totum fundum sibi « retinere. Hæc est regula, sed si eâ « velit uti, tenebitur hæres quinque « recepta, per condictionem sine cau- « sâ hæredi legatarii restituere, nisi « malit illa quinque retinendo partem « legati dare : et idem vivo legatario « facultatibus lapso, vel indigente pe- « cuniâ ad alia magis necessaria, et « dicente hæredi : cedo legato, non « possum implere conditionem, nec « dare reliqua quinque, vel non libet, « restitue mihi quinque jam data ; « certe hæres tenebitur, nisi malit « partem legati dare, et sic vides quod « conditio primordiali naturâ indi- « vidua est, seu potius in divisa, qui « parte invitâ non potest dividi, ta- « men ex accidenti consensu partium « non solum expresso, sed etiam ta- « cito dividitur in effectu, ne contin- « guat alterum ab altero superlu- « crari. »*

Source : BIU Cujas

dans le mois, chacun pour leur part, ne jouiront pas du terme, si leur cohéritier n'a pas pareillement donné caution pour sa part; sa raison est, que le créancier est, dans cette espèce, la partie la plus favorable, puisque c'est lui qui souffre d'un terme non convenu qui est accordé à ses débiteurs : d'où il suit que la condition sous laquelle le terme a été accordé par le juge, doit être interprété en sa faveur, et à la rigueur contre les débiteurs (1); *Molin. Tr. de Div. et ind.*, p. 3, n° 534 et suiv.

Si le quatrième héritier, au lieu de donner caution pour sa part, l'a payée, il n'est pas douteux que les trois qui ont donné caution chacun pour leur part, doivent jouir de la surséance accordée par la sentence : le créancier en ce cas a caution pour tout ce qui est dû ; *Molin., ibid.*, n° 542.

217. La condition apposée à un legs, se divise, lorsque le legs n'a effet que pour partie.

Par exemple, si l'on m'a légué une chose « sous la condition de donner à quelqu'un une certaine somme », et que ce legs soit réduit au tiers, parce que le surplus n'appartenait pas au testateur, qui se croyait néanmoins propriétaire du total; non-seulement je ne serai tenu que de donner le tiers de cette somme pour accomplir la condition ; mais si j'avais déjà donné le total, j'aurais la répétition du surplus. Voyez L. 43; L. 44, § 9, ff. *de Cond. et dem.*

§ V. *De l'effet des conditions.*

218. L'effet de la condition est de suspendre l'obligation jusqu'à ce que la condition soit accomplie, ou réputée pour accomplie. Jusque là il n'est encore rien dû; mais il y a seulement espérance qu'il sera dû : *Pendente conditione nondùm debetur, sed spes est debitum iri* (2). C'est pourquoi le paiement fait par erreur avant l'accomplissement de la condition, est sujet à répétition, *condictione indebiti ;* L. 16, ff. *de Cond. ind.*

219. Si la chose qui faisait l'objet de l'obligation conditionnelle, périt entièrement avant l'accomplissement de la condition, inutilement la condition s'accomplira-t-elle par la suite : car l'accomplissement de la condition ne peut pas confirmer l'obligation de ce qui n'existe plus, ne pouvant pas y avoir

---

(1) « *Quia debitum jam diù dila-* « *tum, rursus suspenditu in biennium:* « *contrà per conditionis defectum ni-* « *hil lucratur, sed in suo pristino jure* « *adhuc post dilationem menstruam* « *relinquitur : debitores ergo qui cer-* « *tant de novo beneficio assequendo* « *in prœjudicium creditoris, debent* « *integrè conditionem implere, alias* « *non consequentur hoc beneficium in* « *totum, nec in parte, nec fit injuria* « *debitoribus denegando omnibus hoc* « *beneficium quia non paruerunt con-* « *ditioni.* »

(2) *V.* art. 1181, C. civ.

Art. 1181 : « L'obligation contractée « sous une condition suspensive, est « celle qui dépend ou d'un événement « futur et incertain, ou d'un événe- « ment actuellement arrivé, mais en- « core inconnu des parties- — Dans le « premier cas, l'obligation ne peut « être exécutée qu'après l'événement. « —Dans le second cas, l'obligation a « son effet du jour où elle a été con- « tractée. »

Cet article est un des plus mal rédigés du Code, on peut ajouter qu'il se contredit lui-même ; car une obligation qui a son effet du jour où elle a été contractée, n'est pas et ne peut pas être conditionnelle ; rien n'est plus opposé à l'incertitude que l'actualité.

On aurait dû dire :

« L'obligation contractée sous une « condition suspensive est celle qui « dépend d'un événement futur et in- « certain. »

Dans ce cas l'obligation n'existerait qu'après l'événement.

« Si les parties se sont référées à un « événement actuellement arrivé mais « inconnu d'elles, l'obligation a son « effet du jour du contrat. »

Source : BIU Cujas

d'obligation sans une chose qui en soit le sujet (1). Que si la chose existe au temps de l'accomplissement de la condition, l'accomplissement de la condition a cet effet, « que la chose est due en l'état où elle se trouve » : le créancier profite de l'augmentation survenue en la chose, si elle est augmentée; et il souffre de la détérioration et diminution qui y est survenue, pourvu que cela soit arrivé sans la faute du débiteur (2); L. 8, ff. *de Peric. et comod. rei vend.*

220. Cet accomplissement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté; et le droit qui résulte de l'engagement, est censé avoir été acquis à celui envers qui il a été contracté, dès le temps du contrat (3); L. 18, L. 144, § 1, ff. *de Reg. jur.*

De là vient que si le créancier meurt avant l'existence de la condition, quoiqu'il n'eût point encore un droit de créance formé, mais une simple espérance, néanmoins si la condition existe depuis sa mort, il sera censé avoir transmis à son héritier le droit de créance résultant de l'engagement contracté envers lui; parce que, au moyen de l'effet rétroactif de la condition, le droit sera censé lui avoir été acquis dès le temps du contrat, et par conséquent avoir été transmis à son héritier.

Il en est autrement des conditions apposées aux legs.

La raison de cette différence est, que le legs n'étant fait qu'à la personne du légataire, la condition ne peut exister qu'à son profit; au lieu que celui qui contracte, étant censé contracter pour lui et pour ses héritiers, la condition peut exister au profit des héritiers, même après la mort du créancier; *suprà*, n° 208; Voyez Cujas, *ad eamd.* L. 18.

221. C'est encore une suite de l'effet rétroactif des conditions, que, si l'engagement conditionnel a été contracté par un acte qui donne hypothèque, l'hypothèque sera censée acquise du jour du contrat, quoique la condition n'ait existé que longtemps après.

222. Quoique le créancier conditionnel n'ait encore aucun droit avant

---

(1) *V.* art. 1182, C. civ., § 1 et 2.

Art. 1182 : « Lorsque l'obligation a « été contractée sous une condition « suspensive, la chose qui fait la ma« tière de la convention demeure aux « risques du débiteur qui ne s'est obligé « de la livrer que dans le cas de l'évé« nement de la condition.—Si la chose « est entièrement périe sans la faute « du débiteur, l'obligation est éteinte.»

Pourquoi dire l'*obligation est éteinte?* Ce que dit Pothier est bien préférable : L'obligation ne peut pas prendre naissance, car il n'y a plus d'objet. S'il était vrai que l'obligation fût éteinte, elle aurait donc existé précédemment; et l'obligation du débiteur du corps certain serait seule éteinte, le créancier, débiteur d'une quantité, devrait payer; ce qui contredirait formellement le premier alinéa.

(2) *V.* le 3e alinéa de l'art. 1182, C.

Art. 1182 : « ...Si la chose s'est dé« tériorée sans la faute du débiteur, le « créancier a le choix ou de résoudre « l'obligation, ou d'exiger la chose dans « l'état où elle se trouve, sans diminu« tion du prix. »

On ne comprend pas pourquoi les rédacteurs du Code n'ont pas ici admis la doctrine de Pothier; car, lorsque la détérioration n'est point imputable au débiteur, il n'y a pas de raison pour donner au créancier le choix de résoudre l'obligation, ou bien il faudrait, pour être équitable, donner le même droit au débiteur au cas d'augmentation de valeur. Pourquoi avoir si mal à propos violé la règle d'équité : *Quem sequuntur commoda eumdem sequi debent et incommoda;*

Le débiteur est justement puni au cas prévu par le dernier alinéa du même art. 1182.

« Si la chose s'est détériorée par la « faute du débiteur, le créancier a le « droit ou de résoudre l'obligation, ou « d'exiger la chose dans l'état où elle « se trouve, avec des dommages-inté« rêts. »

(3) *V.* art. 1179, C. civ., ci-dessus, p. 98, note 1.

Source : BIU Cujas

l'accomplissement de la condition, néanmoins il est reçu à faire tous les actes conservatoires du droit qu'il espère avoir un jour (1).

Par exemple, il peut former opposition au décret des héritages qui seraient hypothéqués à sa créance, si la condition sous laquelle elle a été contractée s'accomplissait. Il sera même mis en ordre pour cette créance conditionnelle; mais il ne pourra toucher la somme pour laquelle il aura été colloqué, qu'après l'accomplissement de la condition. Le créancier pur et simple sur qui le fonds manquerait, si la collocation de ce créancier conditionnel était confirmée par l'accomplissement de la condition, touchera, en attendant, à sa place, en lui donnant caution de rapporter à son profit, en cas d'accomplissement de la condition.

§ VI. *Lorsqu'une obligation a été contractée sous plusieurs conditions, est-il nécessaire que toutes s'accomplissent.*

223. Cette question se décide par une distinction.

Lorsque plusieurs conditions ont été apposées par une particule disjonctive; comme lorsque je me suis engagé à quelque chose envers vous, *si un tel vaisseau arrive à bon port*, OU *si je suis nommé à tel emploi;* il suffit que l'une des conditions soit accomplie, pour que l'obligation soit parfaite. Mais lorsque les conditions ont été apposées avec une particule conjonctive, comme lorsqu'il est dit, *si un tel vaisseau arrive*, ET *si je suis nommé à un tel emploi*, il faut que toutes les conditions s'accomplissent; et si une seule manque d'être accomplie, l'obligation s'évanouit; L. 129, ff. *de Verb. oblig.*

Observez néanmoins que, dans les testaments, et même dans les actes entre vifs, les particules disjonctives se prennent dans un sens copulatif, lorsqu'il est évident qu'elles ont été prises en ce sens par le testateur ou par les contractants; comme lorsqu'un père ou autre parent a grevé de substitution son fils ou autre parent en ces termes, *s'il meurt sans enfants*, OU *sans avoir disposé* (2), etc. Il est évident que, dans cette substitution, soit qu'elle soit portée par un testament ou par une donation entre-vifs, la particule disjonctive OU a été entendue par le testateur ou donateur dans un sens copulatif, et que la substitution ne doit être ouverte que par l'accomplissement des deux conditions. *Arg.* L. 6, Cod. *Inst. et subst.*

ART. II. — Des conditions résolutoires, et des obligations résolubles sous une certaine condition, et de celles dont la durée est limitée à un certain temps.

224. Les *conditions résolutoires*, sont celles qui sont apposées, non pour suspendre l'obligation jusqu'à l'accomplissement, mais pour la faire cesser lorsqu'elles s'accomplissent. Une obligation contractée sous une condition résolutoire, est donc parfaite dès l'instant du contrat : le créancier en peut poursuivre le paiement. Mais si, avant qu'elle ait été acquittée, ou que le débiteur ait été mis en demeure de l'acquitter, la condition sous laquelle on est convenu qu'elle devrait se résoudre s'accomplit, l'obligation cessera (3).

---

(1) *V.* art. 1180, C. civ.

Art. 1180 : « Le créancier peut, « avant que la condition soit accomplie, « exercer tous les actes conservatoires « de son droit. »

(2) Nous ferons remarquer sur cet exemple, qu'aujourd'hui les appelés doivent toujours être les descendants du grevé.

(3) *V.* art. 1183, C. civ.

Art. 1183 : « La condition résolu- « toire est celle qui, lorsqu'elle s'ac- « complit, opère la révocation de l'ob- « ligation, et qui remet les choses au « même état que si l'obligation n'avait « pas existé. — Elle ne suspend point « l'exécution de l'obligation; elle oblige « seulement le créancier à restituer ce « qu'il a reçu, dans le cas où l'événe- « ment prévu par la condition arrive.»

Cet article suppose l'obligation ayant été exécutée, alors l'événement de la condition fait naître des obligations en sens inverse des précédentes, et comme

Source : BIU Cujas

Cette différence entre les *conditions résolutoires* et les *suspensives*, dont il a été parlé en l'article précédent, s'éclaircira par un exemple.

Vous avez prêté à Pierre, par mon ordre, une somme de mille écus, et je me suis engagé de vous la rendre, « si un tel navire, sur lequel il a un gros intérêt, arrive à bon port des Indes. » Cette condition est une *condition suspensive*, qui suspend mon obligation : je ne suis pas encore débiteur, jusqu'à ce qu'elle ait été accomplie par le retour du vaisseau. Mais si je me suis engagé pour Pierre envers vous, *jusqu'au retour du vaisseau*, c'est-à-dire, à la charge que mon obligation ne durera que jusqu'au retour du vaisseau, la condition du retour du vaisseau n'est en ce cas qu'une *condition résolutoire*, qui n'empêche pas que mon engagement ne soit parfait dès l'instant du contrat, et qu'en conséquence vous ne puissiez exiger de moi le paiement de cette somme. Tout l'effet de cette condition est que, si le vaisseau arrive avant que j'aie acquitté, ou que j'aie été mis en demeure d'acquitter mon obligation, l'accomplissement de la condition fera cesser mon obligation.

225. De même que la durée d'une obligation peut être limitée jusqu'à l'événement d'une certaine condition, elle peut aussi être limitée jusqu'à un certain temps.

Par exemple, si je me suis rendu caution envers vous pour Pierre *pendant trois ans*, je serai déchargé de mon obligation lorsque ce temps sera expiré (1).

226. Observez néanmoins que, lorsque le débiteur, avant l'expiration du temps, ou avant l'accomplissement de la condition qui devait résoudre son obligation, a été mis, par une interpellation judiciaire, en demeure de l'accomplir, son obligation ne peut plus se résoudre de cette manière ; L. 59,

---

il y a rétroactivité, il est vrai de dire que cette résolution remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Mais en prenant les choses dans la situation où l'article les suppose, la condition résolutoire n'éteint pas les obligations, loin de là elle en fait naître de nouvelles contraires aux premières qui ont été déjà exécutées.

Que si l'exécution n'avait point encore eu lieu, comme le suppose Pothier, alors il serait vrai de dire que la condition résolutoire éteindrait l'obligation comme l'indique l'art. 1234, § pénultième.

Art. 1234 : « Les obligations s'éteignent,— Par le paiement, — Par la « novation,—Par la remise volontaire. « —Par la compensation,—Par la con« fusion,—Par la perte de la chose,— « Par la nullité ou la rescision,—*Par « l'effet de la condition résolutoire*, « qui a été expliqué au chapitre pré« cédent (art. 1183 et 1184), — Et par « la prescription qui fera l'objet d'un « titre particulier. »

(1) *V.* des exemples de ce cautionnement limité à un certain temps, art. 129, 771, C. civ., et 155, Code comm.

Art. 129 : « Si l'absence a continué « pendant trente ans depuis l'envoi « provisoire, ou depuis l'époque à la« quelle l'époux commun aura pris « l'administration des biens de l'absent, « ou s'il s'est écoulé cent ans révolus « depuis la naissance de l'absent, les « cautions seront déchargées ; tous les « ayants droit pourront demander le « partage des biens de l'absent, et faire « prononcer l'envoi en possession dé« finitif par le tribunal de première « instance. »

Art. 771, C. civ. : « L'époux survi« vant (réputé héritier) est tenu de faire « emploi du mobilier, ou de donner « caution suffisante pour en assurer la « restitution, au cas où il se présente« rait des héritiers du défunt, dans l'in« tervalle de trois ans : après ce délai, « la caution est déchargée. »

Art. 155, C. comm. : « L'engage« ment de la caution, mentionné dans « les art. 151 et 152 (en cas de perte « d'une lettre de change), est éteint « après trois ans, si, pendant ce temps, « il n'y a eu ni demandes ni poursuites « juridiques. »

Source : BIU Cujas

§ 5, ff. *Mand.* La raison en est évidente : le créancier ne doit pas souffrir de la demeure injuste en laquelle son débiteur a été d'acquitter son obligation lorsqu'elle subsistait, et ce débiteur ne doit pas profiter de sa demeure (1).

Voy. infrà, part. 3, chap. 7, art 2, ce que nous disons de la manière dont s'éteignent les obligations par une condition résolutoire, ou par l'expiration d'un terme résolutoire.

ART. III. — Du terme de paiement.

227. Une obligation peut être contractée ou avec un terme, ou sans terme. Lorsqu'elle est contractée sans terme, le créancier en peut aussitôt exiger le paiement : lorsqu'elle renferme un terme, il ne peut l'exiger qu'après l'expiration du terme.

§ Ier. *Ce que c'est que terme de paiement, et ses différentes espèces.*

228. Le *terme* est un espace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de son obligation.

Il y a des termes exprimés qui résultent d'une convention expresse, comme lorsque je me suis obligé « de vous payer une certaine somme dans un certain temps. »

Il y en a qui résultent tacitement de la nature des choses qui sont l'objet de l'engagement, ou du lieu auquel on est convenu que la chose sera payée.

Par exemple, si un entrepreneur s'est engagé à me bâtir une maison, je dois attendre la saison convenable pour exiger de lui qu'il remplisse son engagement : si quelqu'un s'est obligé à Orléans de faire tenir une chose à Rome à mon correspondant, l'engagement renferme tacitement le terme du temps qui est nécessaire pour envoyer cette chose à Rome.

---

(1) Pothier cite à cette occasion la loi 59, § 5, ff. *Mand.* Il faut remarquer que le jurisconsulte Paul, dans cette loi, se borne à répondre : *Mandati obligationem perpetuam esse, licet in mandato adjectum videatur, « indemnem rationem tuam esse ex causâ « mandati,* IN EUM DIEM QUOD VIXERIT « BLÆSIUS SEVERUS, *præstaturum.* »

On pourrait croire que c'était bien inutilement que les parties avaient indiqué un terme pour la durée de l'obligation, et que, dans l'espèce, le *mandator pecuniæ credendæ* était tenu perpétuellement, bien qu'il eût déclaré qu'il ne garantissait que pendant la vie de *Blœsius Severus* : Oui, il en était ainsi dans le droit civil pur ; *Placet ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum ; nam quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi,* dit la loi 44, § 1, ff. *de Obl. et Act.*

Et Cujas, sur cette loi 59, § 5, s'exprime ainsi : *Et Paulus respondit, obligationem mandati tempore non extingui, quod et de quâlibet aliâ obligatione conceptâ, contracta arctatâve ad diem certum proditum est : obligationem tempore non finiri : finiri et dissolvi certis modis, solutione, novatione, acceptilatione, numeratione et interdum pacto, non tempore, non die.*

Cependant cette indication de temps limité n'était pas inutile, elle produisait au profit du débiteur une exception : *Planè post tempus, stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit.*

Mais, dans l'espèce de la loi 59, cette exception ne pourra pas être invoquée utilement, parce que le mandataire a été mis en demeure : *Posteà sæpè conventus mandator non respondit.*

Verum, ajoute Cujas, *in hac specie mihi hæc exceptio prodesse nequit, nempè quia mora semel à me commissa, omnino perpetuavit obligationem.*

Dans notre droit français, nous n'avons pas besoin de tant de circuits pour accomplir l'intention des parties, le terme fixé serait une modification de l'obligation et produirait légalement son effet. (Art. 1134, C. civ.), ci-dessus page 16, note 1.

Source : BIU Cujas

229. Le terme est *de droit*, ou *de grâce*. Il est *de droit*, lorsqu'il fait partie de la convention qui a formé l'engagement, y étant renfermé ou expressément, ou du moins tacitement : il est *de grâce*, lorsqu'il n'en fait pas partie ; *putà*, lorsqu'il a été accordé depuis par le prince (1) ou par le juge (2), à la réquisition du débiteur.

§ II. *De l'effet du terme, et en quoi il diffère de la condition.*

230. Le *terme* diffère de la *condition*, en ce que la condition suspend l'engagement que doit former la convention : le terme, au contraire, ne suspend pas l'engagement, mais diffère seulement l'exécution (3). Celui qui a promis sous condition n'est pas débiteur, jusqu'à l'échéance de la condition ; il y a seulement espérance qu'il pourra l'être : d'où il suit, que si par erreur il payait avant la condition, il pourrait répéter ce qu'il a payé, comme chose non due, ainsi que nous l'avons vu en l'article précédent.

Au contraire, celui qui doit à un certain terme qui n'est pas encore échu, est vraiment débiteur ; et s'il payait avant le terme, il ne pourrait répéter, parce qu'il aurait payé ce qu'il devait effectivement : mais quoiqu'il soit débiteur, on ne peut, jusqu'à l'échéance du terme, exiger de lui ce qu'il doit (4).

---

(1) Le prince ne peut aujourd'hui accorder un terme.

Autrefois le roi donnait des lettres, dites *lettres d'Etat*, aux ambassadeurs, aux officiers de guerre et à tous ceux qui étaient absents pour le service de l'Etat. Elles portaient surséance de toutes les poursuites qu'on pourrait faire en justice contre eux. Elles ne s'accordaient que pour six mois, mais on les renouvelait tant que le prétexte durait.

Leur origine remonte à Charles VI, en 1383, lors de l'invasion des Anglais en France.

Aujourd'hui, des délais plus longs sont accordés. *V.* à l'égard de l'appel et de la requête civile, art. 446 et 485, C. proc.

(2) *V.* art. 1244, C. civ., 122, 123, 124 et 125, C. proc.

Art. 1244, C. civ.: « Le débiteur ne « peut point forcer le créancier à re- « cevoir en partie le paiement d'une « dette, même divisible. — Les juges « peuvent néanmoins, en considération « de la position du débiteur, et en « usant de ce pouvoir avec une grande « réserve, accorder des délais modérés « pour le paiement, et surseoir l'exé- « cution des poursuites, toutes choses « demeurant en état. »

Art. 122, C. proc. : « Dans les cas « où les tribunaux peuvent accorder « des délais pour l'exécution de leurs « jugements, ils le feront par le juge- « ment même qui statuera sur la con- « testation, et qui énoncera les motifs « du délai. »

Art. 123, C. proc.: « Le délai courra « du jour du jugement, s'il est contra- « dictoire, et de celui de la significa- « tion, s'il est par défaut. »

Art. 124, C. proc.: « Le débiteur ne « pourra obtenir un délai, ni jouir du « délai qui lui aura été accordé, si ses « biens sont vendus à la requête d'au- « tres créanciers, s'il est en état de « faillite, de contumace, ou s'il est « constitué prisonnier, ni enfin lors- « que, par son fait, il aura diminué les « sûretés qu'il avait données par le « contrat à son créancier. »

Art. 125, C. proc. : « Les actes con- « servatoires seront valables, nonob- « stant le délai accordé. »

(3) *V.* art. 1185, C. civ.

Art. 1185 : « Le terme diffère de la « condition, en ce qu'il ne suspend « point l'engagement, dont il retarde « seulement l'exécution. »

(4) *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 répété. »

Cette décision se justifie très bien, lorsque le débiteur connaissait le terme: mais si nous supposons le paiement fait par erreur de terme, par exemple l'héritier du débiteur ne connaissait pas le terme apposé par un testament posté-

Source : BIU Cujas

Quelquefois néanmoins le verbe *devoir* se prend plus strictement pour ce qui peut actuellement s'exiger; et en ce sens on dit : *Qui a terme, ne doit rien.*

231. Le terme diffère l'exigibilité de la dette, jusqu'à ce qu'il soit entièrement révolu. Ainsi, si j'ai promis de payer une somme *cette année*, on ne pourra pas encore l'exiger de moi le dernier jour de l'année; car ce dernier jour fait partie du terme; L. 42, ff. *de Verb. oblig.*

232. Cet effet du terme, « d'empêcher le créancier d'exiger la dette jusqu'à ce qu'il soit expiré » est commun au terme de droit et au terme de grâce.

Le *terme de droit* a un autre effet qui lui est particulier, savoir, qu'il empêche la compensation de la dette, jusqu'à ce qu'il soit expiré.

Par exemple, je vous ai prêté au premier janvier 1780, mille écus que vous vous êtes obligé de me payer au premier janvier 1781. Depuis, vous êtes devenu héritier de mon créancier d'une pareille somme de mille écus que je dois sans terme. Vous me demandez le paiement de cette somme au mois de juillet 1780 : je ne pourrai vous opposer en compensation la dette de mille écus que vous me devez, payable au premier janvier 1781; car la compensation étant un paiement, ce serait de ma part vouloir vous obliger à me payer avant le terme, ce qui est contre la teneur de la convention (1).

Il n'en est pas de même du *terme de grâce :* il arrête bien les poursuites du créancier, mais il n'exclut pas la compensation.

Par exemple, je vous ai prêté au premier janvier 1780, mille écus payables à volonté, et vous avez obtenu du prince (2) ou du juge, terme jusqu'au premier janvier 1781 : si, parce que vous êtes devenu héritier de mon créancier d'une pareille somme, vous me la demandez au mois de juillet 1780, le terme de grâce qui vous a été accordé n'empêchera pas que je ne puisse vous opposer la compensation de pareille somme que vous me devez. Ce terme de grâce n'a d'effet que pour arrêter les poursuites de rigueur, et non pas pour arrêter la compensation (3) : *Aliud est enim diem obligationis non venisse,*

---

rieur, à un legs contenu dans un testament précédent qui seul était alors produit; dans cette ignorance, l'héritier a payé la dette, a acquitté le legs, est-il conforme à l'équité de le priver de la jouissance qu'il pouvait conserver de la chose livrée ou de la quantité payée prématurément? Le créancier ou le légataire n'ont-ils pas reçu plus qu'il ne leur 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.* Celui qui demandait avant le terme était censé demander plus qu'il ne lui était dû : *Qui præmaturè petit, plus petere videtur.*

Nous pensons que le Code a voulu dire que le débiteur, en payant d'avance est censé avoir renoncé au bénéfice du terme; mais pour lui appliquer cette présomption, il faut qu'il ait connu ou pu connaître, lors du paiement, l'existence de ce terme.

Quelques auteurs, tout en refusant au débiteur le droit d'agir pour être remis directement en possession de la chose livrée, lui accordent, *æquitatis causâ*, une action pour être indemnisé de la perte qu'il souffre de la privation de cette jouissance, au moins jusqu'à concurrence du profit que le créancier en retire.

Ce moyen terme ne nous paraît pas suffisant : le débiteur ne doit pas être victime de son erreur; il faut lui accorder la répétition de ce qu'il a payé : mais il ne faut pas non plus que le créancier qui a reçu souffre de ce paiement, et de la restitution qu'il doit effectuer, surtout s'il a reçu de bonne foi, le débiteur devra indemnité du dommage que la restitution pourrait occasionner au créancier.

(1) Aussi l'art. 1291, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 70, note 2), exige-t-il que les *deux dettes soient exigibles.*

(2) *V.* note 1 sur le n° 229, p. 109.

(3) *V.* art. 1292, C. civ.

Art. 1292 : « Le terme de grâce n'est « point un obstacle à la compensa- « tion. »

Source : BIU Cujas

aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis; L. 16, § 1, ff. *de Compens.*

233. Il nous reste à observer touchant l'effet du terme, qu'étant présumé apposé en faveur du débiteur (L. 17, ff. *de Reg. jur.*) le débiteur peut bien se défendre de payer avant l'expiration du terme; mais le créancier ne peut se défendre de recevoir, si le débiteur veut payer (L. 70, *de Solut;* L. 17, *de Regul. juris*); à moins qu'il ne paraisse par les circonstances, que le temps du paiement a été convenu en faveur du créancier, aussi bien qu'en faveur du débiteur (1).

Le terme de paiement porté par les lettres de change, est réputé apposé aussi bien en faveur du créancier propriétaire de la lettre, que du débiteur (2), *Déclaration* du 28 novembre 1712.

§ III. *Des cas auxquels la dette peut être exigée avant le terme.*

234. Le terme accordé par le créancier au débiteur, est censé avoir pour fondement la confiance en sa solvabilité : lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme cesse.

235. De là il suit : 1° que, lorsque le débiteur a fait faillite, et que le prix de ses biens est distribué entre les créanciers, le créancier peut toucher, quoique le terme de la dette ne soit pas expiré (3). C'est encore une différence entre le terme et la condition; car le créancier conditionnel en ce cas n'a pas droit de toucher, mais seulement d'obliger les autres créanciers qui toucheront, à s'obliger de rapporter à son profit, si par la suite la condition existe.

236. Observez que si, entre plusieurs débiteurs solidaires, il y en a qui font faillite, le créancier peut bien exiger de ceux-ci la dette avant le terme; mais il ne peut pas l'exiger de celui qui est solvable. Le solvable doit jouir du terme, et il n'est pas même obligé pour cela de donner une caution à la place de ses codébiteurs faillis. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 février 1592, rapporté par Anne Robert, IV, 6. La raison est que ce débiteur qui est demeuré solvable, ne peut pas, sans son fait, être obligé à plus qu'à ce à quoi il a bien voulu s'obliger. On ne peut donc pas l'obliger à donner une caution qu'il ne s'est pas obligé de donner : la faillite de ses codébiteurs étant le fait de ses codébiteurs, et non le sien, elle ne peut lui préjudicier (4), suivant la règle, *Nemo ex alterius facto prægravari debet.*

---

(1) *V.* art. 1187, C. civ.

Art. 1187 : « Le terme est toujours « présumé stipulé en faveur du débi- « teur, à moins qu'il ne résulte de la « stipulation ou des circonstances, « qu'il a été aussi convenu en faveur « du créancier. »

(2) *V.* art. 146, C. comm.

Art. 146 : « Le porteur d'une lettre « de change ne peut être contraint « d'en recevoir le paiement avant « l'échéance. »

(3) *V.* art. 1188 et 2131, C. civ.

Art. 1188 : « Le débiteur ne peut « plus réclamer le bénéfice du terme « lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque par « son fait il a diminué les sûretés qu'il « avait données par le contrat à son « créancier. »

Art. 2131 : « En cas que l'immeuble « ou les immeubles présents, assujettis « à l'hypothèque, eussent péri, ou « éprouvé des dégradations, de ma- « nière qu'ils fussent devenus insuffi- « sants pour la sûreté du créancier, « celui-ci pourra ou poursuivre dès à « présent son remboursement, ou ob- « tenir un supplément d'hypothèque. »

Ce dernier article n'exige pas que la diminution de sûretés procède du fait du débiteur, mais aussi il lui laisse l'alternative ou de payer immédiatement, ou de fournir un supplément d'hypothèque.

(4) *V.* art. 444, C. comm.

Art. 444 : « Le jugement déclaratif « de la faillite rend exigibles, à l'égard « du failli, les dettes passives non

Source : BIU Cujas

De là il suit : 2° que le créancier hypothécaire qui a formé opposition au décret de l'héritage, ou au sceau de l'office qui lui était hypothéqué, et qui se trouve en ordre d'être utilement colloqué, peut exiger sur le prix dudit héritage ou office, le paiement de sa créance, quoique le terme de ce paiement ne soit pas encore échu ; parce que son droit d'hypothèque sur laquelle était appuyée sa confiance qui l'avait porté à accorder terme à son débiteur, venant à s'éteindre, l'effet du terme doit cesser (1).

§ IV. *Du terme joint aux conditions.*

237. Les conventions comprennent quelquefois une condition et un terme. Il faut, en ce cas, examiner si le terme n'est apposé qu'à la condition, ou s'il l'est aussi à la disposition. Au premier cas, lorsque la condition est accomplie, on n'attend plus d'échéance du terme pour exiger la dette.

Par exemple, s'il est dit : *Si je me marie d'ici à trois ans, vous me paierez* 100 *liv.*, et que je me marie six mois après, je pourrai aussitôt exiger les 100 liv. sans attendre l'expiration du terme de trois ans.

Pareillement, si nous sommes convenus que vous me donneriez une certaine somme « au cas que je n'allasse pas en Italie avant le mois de mai », la somme pourra vous être demandée aussitôt qu'il sera devenu constant par ma mort que je n'irai pas en Italie (L.10, ff. *de Verb. oblig.*); sans qu'il soit besoin d'attendre jusqu'au mois de mai ; parce que ce terme n'a été apposé qu'à la condition, et non pas à la disposition. Mais si, au contraire, il était dit : *Si je me marie d'ici au premier janvier* 1781, *pour lors vous me donnerez* 100 *liv.*; ce mot, *pour lors*, fait entendre que le terme est apposé à la disposition aussi bien qu'à la condition : c'est pourquoi, quoique j'aie accompli la condition en me mariant, je ne pourrai exiger la somme promise, qu'après l'expiration du terme ; L. 4, § 1, ff. *de Cond. et dem.* — *Vide Pand. Just.*, tit. *de Verb. oblig.*, n° 111 ; et tit. *de Cond. et dem.*, n°s 10 et 11.

ART. IV. — Du lieu convenu pour le paiement.

238. Lorsque la convention porte un certain lieu où le paiement doit se faire, ce lieu est censé convenu pour l'utilité du créancier, comme pour celle du débiteur : c'est pourquoi le débiteur ne peut obliger le créancier de recevoir ailleurs (2). *Is qui certo loco dare promisit, nullo alio loco quàm in quo promisit, solvere invito stipulatore potest ;* L. 9, ff. *de Eo quod certo loco.*

Mais suivant les principes du droit romain, le créancier pouvait demander le paiement à son débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le paiement ; *putà*, au lieu du domicile de ce débiteur, ou au lieu du contrat, lorsqu'il

---

« échues.—En cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. »

(1) De même aujourd'hui l'effet de la purge est de rendre exigibles toutes les dettes hypothécaires. *V.* art. 2184, C. civ.

Art. 2184 : « L'acquéreur ou le donataire déclarera, par le même acte (notification faite aux créanciers inscrits afin d'arriver à la purge) qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. »

(2) *V.* art. 1247, *in principio*, 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. »

Source : BIU Cujas

l'y trouvait, en se faisant raison l'un à l'autre du dommage que l'un ou l'autre souffrait de ce que le paiement ne se faisait pas au lieu convenu. C'était la matière de l'action *de Eo quod certo loco. Vid.* tit. ff. *de Eo quod certo loco.*

239. Cette action n'est pas d'usage parmi nous, et le créancier ne peut pas plus obliger le débiteur de payer ailleurs qu'au lieu convenu, que le débiteur ne peut obliger le créancier de recevoir ailleurs. Automne, *eod. tit.*, dit : *Hic titulus non servatur in Galliâ.*

De là il suit que, lorsque le créancier n'est pas demeurant au lieu où doit se faire le paiement, il y doit avoir un domicile élu, où le paiement puisse lui être fait; autrement il ne peut mettre son débiteur en demeure. Ce domicile élu doit être notifié au débiteur, ou par la convention, ou par une signification juridique. Faute par le créancier d'avoir ce domicile, le débiteur qui veut payer, peut l'assigner pour qu'il en élise un; sinon il sera permis au débiteur de consigner sur le lieu (1).

240. Le débiteur ne peut pas, à la vérité, être obligé de payer ailleurs qu'au lieu désigné ; mais faute par lui de payer audit lieu, on peut, si la créance est exécutoire, exécuter les biens, en quelque lieu qu'ils soient; et même si elle est consulaire, on peut l'emprisonner partout où on le trouve (2), ainsi qu'il a été jugé par arrêt, rapporté par Mornac, *ad* L. 1, ff. *de Eo quod certo loco.*

241. Il reste à observer que, si la convention porte deux différents lieux de paiement, et que ce soit par une particule conjonctive, le paiement doit se faire pour moitié dans l'un desdits lieux, et pour moitié dans l'autre; (L. 2, § 4, ff. *de Eo quod certo loco....*) Si c'est par une disjonctive, le paiement doit se faire pour le total en l'un de ces deux lieux, au choix du débiteur. *Generaliter definit Scævola petitorem habere electionem ubi petat; reum ubi solvat, scilicet ante petitionem;* L. 2, § 3, ff. *eod. tit.*

Voyez, sur le lieu où le paiement doit se faire, ce qui sera dit p.3, chap. 1, art. 5.

ART. V. — Des obligations contractées avec la clause de pouvoir payer à une personne indiquée, ou avec celle de pouvoir payer certaine chose à la place de la chose due.

242. Régulièrement, le paiement d'une dette ne peut se faire à un autre qu'au créancier, sans son consentement. C'est donc une qualité accidentelle d'une obligation, lorsqu'elle est contractée avec faculté *de payer à une autre*

(1) C'est ce que porte l'art. 1258, § 6°, *in principio*, C. civ.

Art. 1258 : « Pour que les offres « réelles soient valables, il faut : — « 1° Qu'elles soient faites au créancier « ayant la capacité de recevoir, ou à « celui qui a pouvoir de recevoir pour « lui ;—2° Qu'elles soient faites par « une personne capable de payer ; — « 3° Qu'elles soient de la totalité de la « somme exigible, des arrérages ou « intérêts dus, des frais liquidés, et « d'une somme pour les frais non li- « quidés, sauf à la parfaire ;—4° Que « le terme soit échu, s'il a été stipulé « en faveur du créancier ;—5° Que la « condition sous laquelle la dette a été « contractée soit arrivée ;—6° Que les « offres soient faites au lieu dont on « est convenu pour le paiement, et « que, s'il n'y a pas de convention spé- « ciale sur le lieu du paiement, elles « soient faites ou à la personne du « créancier, ou à son domicile, ou au « domicile élu pour l'exécution de la « convention ;—7° Que les offres soient « faites par un officier ministériel « ayant caractère pour ces sortes d'ac- « tes. »

(2) Il en est encore de même pour toute condamnation emportant contrainte par corps.

Source : BIU Cujas

personne indiquée par la convention (1). *Voyez* tout ce que nous en dirons, part. 3, chap. 1, art. 2, § 4.

243. On ne peut pas non plus régulièrement payer au créancier, sans son consentement, une autre chose que celle qui est due, et qui fait l'objet de l'obligation. (2) Néanmoins l'obligation se contracte quelquefois avec la faculté *de payer quelque autre chose* à la place de celle qui est due; comme lorsque j'ai donné mes vignes à un vigneron pour 300 liv. de ferme par chacun an, « qu'il pourra me payer en vin de sa récolte, sur le prix qu'il se vendra dans le pays à la vendange. » Quoique ce soit une somme de 300 liv. qui me soit due par mon fermier, il peut néanmoins me payer du vin à la place.

Pareillement, si quelqu'un m'a légué sa maison, « si mieux n'aimait son héritier me payer 3,000 liv. à la place; » l'héritier, en acceptant la succession contracte envers moi, *ex quasi contractu*, l'obligation de me donner la maison du défunt, mais avec la faculté de pouvoir me payer 3,000 liv. à la place.

244. On ne doit point confondre ces obligations avec les *obligations alternatives*, dont nous traiterons en l'article suivant.

Dans celles-ci, toutes les choses promises sous l'alternative sont toutes dues; mais dans l'obligation contractée avec la faculté de payer une chose à la place de celle qui fait l'objet de l'obligation, il n'y a qu'une chose due. Celle que le débiteur a la faculté de payer n'est pas due, elle n'est pas *in obligatione*, elle n'est que *in facultate solutionis;* comme, dans l'exemple du legs de la maison du testateur, fait avec la faculté de payer 3,000 liv. à la place, il n'y a que la maison qui soit due.

De là il suit, 1° que le créancier n'a droit de demander que cette maison, et non pas les 3,000 liv., quoique le débiteur puisse, avant et depuis la demande de la maison, payer les 3,000 liv.

De là il suit, 2° que, si la maison périt et est engloutie par un tremblement de terre, le débiteur est entièrement libéré.

De là il suit, 3° que la créance qui résulte de ce legs, est oun créance immobilière, quand même le débiteur prendrait le parti de me payer une somme de 3,000 liv. pour se libérer: car la nature d'une créance se règle par la nature de la chose due, et non de celle qui peut être payée à la place de la chose due. C'est pourquoi si ce legs m'avait été fait par mon aïeul (3) pendant une communauté de biens avec ma femme, j'aurais le remploi des 3,000 liv., payées durant cette communauté par l'héritier, cette somme étant le rachat de la créance d'une maison, et par conséquent d'une créance immobilière, laquelle provenant d'un legs à moi fait par mon aïeul, m'était propre.

---

(1) *V.* art. 1239, premier alinéa, C. civ.

Art. 1239 : « Le paiement doit être « fait au créancier, ou à quelqu'un « ayant pouvoir de lui, ou qui soit au- « torisé par justice ou par la loi à re- « cevoir pour lui. — Le paiement fait « à celui qui n'aurait pas pouvoir de « recevoir pour le créancier, est va- « lable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en « a profité. »

(2) *V.* art. 1243, C. civ.

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

(3) Il faudrait appliquer aujourd'hui cette décision, lors même que le legs serait fait par tout autre qu'un ascendant d'un des conjoints. *V.* art. 1405, C. civ.

Art. 1405 : « Les donations d'im- « meubles qui ne sont faites pendant « le mariage qu'à l'un des deux époux, « ne tombent point en communauté, « et appartiennent au donataire seul, « à moins que la donation ne contienne « expressément que la chose donnée « appartiendra à la communauté. »

Source : BIU Cujas

ART. VI. — Des obligations alternatives.

245. Une *obligation alternative* est celle par laquelle quelqu'un s'oblige à donner ou à faire plusieurs choses, à la charge que le paiement d'une chose l'acquittera de toutes : comme si je me suis obligé « de vous donner un tel cheval ou vingt écus,» ou bien si je me suis obligé « de vous bâtir une maison ou de vous payer cent pistoles (1), etc. »

Lorsque quelqu'un s'est obligé à payer deux différentes sommes d'argent sous une particule disjonctive, l'obligation n'est pas pour cela alternative, et il n'est débiteur que de celle qui est la moindre : *Si ita stipulatus fuero decem aut quinque dari spondes, quinque debentur ;* L. 12, ff. *de Verb. oblig.*

246. Pour qu'une obligation soit alternative, il faut que deux ou plusieurs choses aient été promises sous une disjonctive.

Lorsque plusieurs choses ont été promises sous une conjonctive, il y a autant d'obligations que de choses (L. 29, ff. *de Verb. oblig.*); et le débiteur n'est totalement libéré que par le paiement de toutes : mais lorsqu'elles ont été promises sous une alternative, quoiqu'elles soient toutes dues, néanmoins il n'y a qu'une seule obligation (L. 27, ff. *de Leg.* 2°), qui peut être acquittée par le paiement de l'une de ces choses : *Alterius solutio totam obligationem interimit. Adde gloss. ad* L. 25, ff. *de Pecun. const.*

247. Le débiteur a le choix de la chose qu'il voudra payer (L. 25 ff. *de Contrah. empt.*); à moins qu'on ne soit convenu que ce sera le créancier qui l'aura (2). C'est une conséquence de la règle d'interprétation rapportée *suprà*, n° 97.

Le débiteur peut bien payer l'une des choses qu'il voudra ; mais il ne peut pas payer partie de l'une, et partie de l'autre. Par exemple, s'il s'est obligé « de me donner 60 liv., ou vingt mines de blé, ou bien vingt écus, ou un certain arpent de terre,» il ne pourra me donner la moitié de la somme et la moitié de l'arpent de terre, ou de la quantité de blé ; mais il faut qu'il me donne ou toute la somme, ou toute la quantité de blé, ou tout l'arpent de terre.

Pareillement lorsque le créancier a le choix, il ne peut exiger partie de l'une des choses, et partie de l'autre (3) ; L. 8, § 1, ff. *de Leg.* 1°.

Dans les rentes et pensions annuelles alternatives, comme s'il était dû *une rente de trente livres ou d'un muid de blé par chacun an ;* le débiteur peut choisir chaque année l'une des deux choses : quoiqu'il ait payé la première année la somme d'argent, il peut opter pour la seconde année le muid de blé, *et vice versâ* (4) ; L. 21, § 6, ff. *de Act. empt.*

---

(1) *V.* art. 1189, C. civ.

Art. 1189 : « Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation. »

(2) *V.* art. 1190, C. civ.

Art. 1190 : « Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. »

(3) *V.* art. 1191, C. civ.

Art. 1191 : « Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre. »

(4) Voici comment s'exprime cette loi : *Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem donec viveret, aut in singula anna decem. Emptor primo anno maluit decem præstare, secundo anno habitationem præstare. Trebatius ait mutandæ voluntatis potestatem eum habere, et quamdiu paratus est alterutrum præstare, petitionem non est.*

Il faut convenir que cette faculté laissée à l'acheteur de varier à son gré est exorbitante : voilà des déménagements successifs et périodiques qui probablement n'étaient pas dans l'intention des parties : il nous paraît qu'aujourd'hui, dans une semblable es-

Source : BIU Cujas

248. Du principe par nous établi, « que les choses comprises dans une obligation alternative sont toutes dues, sans néanmoins qu'aucune soit due déterminément, » il suit, 1° que, pour que la demande du créancier soit régulière, il doit demander les deux choses, non pas à la vérité conjointement, mais sous l'alternative sous laquelle elles lui sont dues. S'il demandait seulement une de ces choses, sa demande ne serait pas régulière, parce qu'aucune des deux ne lui est due déterminément; mais les deux lui sont dues sous une alternative. Si néanmoins, par une clause particulière, le choix était accordé au créancier, il pourrait demander seulement l'une des deux choses.

249. Il suit, 2° qu'une obligation n'est pas alternative, lorsque l'une des deux choses qui ont été promises, n'était pas susceptible de l'obligation qui a été contractée : mais, en ce cas, l'obligation est une obligation déterminée de celle qui en était susceptible.

C'est sur ce fondement qu'il est décidé en la loi 72, § 4, ff. *de Solut.*, que, si quelqu'un m'a promis sous une alternative deux choses, dont l'une m'appartenait déjà, il n'a pas la faculté de me la payer au lieu de l'autre, quoiqu'elle ait cessé depuis de m'appartenir; parce que cette chose n'étant pas, lors du contrat, susceptible de l'obligation qui a été contractée envers moi, *cùm res sua nemini deberi possit*, il n'y a que l'autre qui me soit due.

250. Il suit, 3° de notre principe, que, lorsque plusieurs choses sont dues sous une alternative, l'extinction de l'une desdites choses n'éteint point l'obligation : car, toutes étant dues, l'obligation subsiste dans celles qui restent, et elles ne peuvent cesser d'être dues que par le paiement d'une (1).

Par la même raison, si le créancier desdites choses, qui l'est *ex causâ lucrativâ*, devenait propriétaire de l'une desdites choses, *ex aliâ causâ lucrativâ*, l'obligation, qui ne peut subsister à l'égard de la chose dont il est devenu propriétaire, subsiste à l'égard des autres; L. 16, *de Verb. oblig.*

Lorsque l'une des deux choses dues sous une alternative est périe, le débiteur est-il, en ce cas, recevable à offrir le prix de la chose qui est périe, pour éviter de payer celle qui est restée?—Non; car la chose qui est périe n'existant plus, n'est plus due; celle qui reste est la seule qui reste due, et par conséquent la seule qui puisse être payée (1); L. 2, § 3, *V. qui Stichum*, ff. *de Eo quod certo loco*; L. 34, § 6, ff. *de Contr. empt.*; L. 95, § 1, ff. *de Solut.*

La loi 47, § 3, ff. *de Leg.* 1°, semble contraire à cette décision. Il y est dit, que deux esclaves ayant été légués sous une alternative, et l'un d'eux étant mort, l'héritier était tenu de donner celui qui restait; et il y est ajouté, *ou peut-être le prix de celui qui était mort, fortassis vel mortui pretium.* Mais cette décision, comme l'observe fort bien Dumoulin (*tract. de Divid. et Individ.* part. 2, n° 150), doit être restreinte au cas auquel il paraîtrait par des circonstances, que telle a été la volonté du testateur, ce qu'indique le terme *fortassis*.

251. Il n'importe que l'une des deux choses comprises sous l'alternative

---

pèce, on déciderait que l'acheteur ayant opté une fois ne pourrait plus varier.

Peut être, chez les Romains, cela tenait-il à la nature de l'habitation : *quæ in facto potius quam in jure consistit*, raison assez énigmatique. L. 10, ff. *de Capite minutis.*

(1) *V.* art. 1192, C. civ.

Art. 1192 : « L'obligation est pure « et simple, quoique contractée d'une « manière alternative, si l'une des « deux choses promises ne pouvait « pas être le sujet de l'obligation. »

(2) *V.* art. 1193, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1193 : « L'obligation alterna- « tive devient pure et simple, si l'une « des choses promises périt et ne peut « plus être livrée, même par la faute « du débiteur. Le prix de cette chose « ne peut pas être offert à sa place. « —Si toutes deux sont péries, et que « le débiteur soit en faute à l'égard de « l'une d'elles, il doit payer le prix de « celle qui a péri la dernière. »

Source : BIU Cujas

soit périe sans le fait ni la faute du débiteur, et avant aucune demeure de sa part, ou qu'elle soit périe par sa faute, ou depuis sa demeure. En l'un et l'autre cas, celle qui reste est la seule chose qui demeure due, et le débiteur n'est pas reçu à offrir le prix de celle qui ne subsiste plus (1); *ead.* L. 95, § ff. *de Solut.*—*Nec obstat* que, lorsqu'une chose est périe par la faute du débiteur ou depuis sa demeure, elle est censée continuer d'être due, par le prix que le débiteur doit en ce cas à la place de la chose; L. 82, § 1, ff. *de Verb. oblig. et passim.* La réponse est, que ce qui n'a été établi qu'en faveur du créancier dans le cas de l'obligation d'une chose déterminément due, ne peut être opposé au créancier dans le cas de l'obligation alternative : la faute ni la demeure du débiteur ne doivent pas préjudicier au créancier. Or elles lui préjudicieraient et changeraient sa condition, si le débiteur, qui peut encore accomplir son obligation dans l'une des deux choses qui restent, était recevable à offrir en argent le prix de celle qui est périe; prix que le créancier ne serait pas tenu de recevoir, si les deux choses subsistaient.

252. Lorsque les deux choses sont péries successivement par la faute du débiteur ou depuis sa demeure, le débiteur, quoiqu'il eût le choix de donner celle des deux qu'il voudrait, n'a pas de même le choix de payer le prix de celle des deux qu'il voudra, car, par l'extinction de la première, il est demeuré débiteur déterminément de celle qui restait : c'est pourquoi il doit déterminément le prix de celle qui est périe la dernière.

Lorsque la première périe a péri par sa faute, et que celle qui restait a péri aussi, mais sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure; quoique, selon la subtilité, il parût devoir être quitte des deux, néanmoins l'équité veut qu'il soit tenu, en ce cas, du prix de celle qui a péri par sa faute (2); *ead.* L. 95, § 1.

253. Lorsque par la convention le choix a été accordé au créancier, il a le choix de la chose qui reste, ou du prix de celle qui a péri par la faute du débiteur; autrement cette faute lui serait nuisible, si celle qui est périe était plus précieuse (3). *Voyez* Molin., *Tr. de Div. et Ind.*, p. 2, n° 152, 154.

---

(1) L'art. 1193, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus cité, porte également : *même par la faute du débiteur.*

(2) Pothier fait ici une distinction bien plus équitable que la décision donnée par les auteurs du Code. En effet, lorsque le débiteur est en faute ou en demeure à l'égard des deux choses, et qu'elles sont péries l'une et l'autre successivement, il est évident que l'obligation a fini par se déterminer à la dernière, et le débiteur doit déterminément le prix de celle qui est périe la dernière. Mais lorsque la première a péri par la faute du débiteur et que l'autre périt ensuite sans sa faute, dans la demeure du débiteur, il est évident que le créancier peut seulement dire au débiteur : « Votre « faute me cause préjudice à l'égard de « la première; vous me la devriez « maintenant si votre faute n'en avait « pas occasionné la perte. » Donc il fallait décider : *Le débiteur doit le prix de celle qui est périe par sa faute.*

Tandis que le 2e alinéa de l'art. 1193, C. civ., est ainsi conçu : « Si « toutes deux sont péries, et que le « débiteur soit en faute à *l'égard de* « *l'une d'elles,* il doit payer le prix de « celle qui a *péri la dernière.* » On ne comprend pas pourquoi le Code s'est écarté de la doctrine de Pothier.

On nous objectera peut-être que la question présente peu d'intérêt, car il n'y a que les choses d'une valeur à peu près égale qui soient mises dans l'alternative : nous répondrons que cette différence pourrait avoir été occasionnée par des événements postérieurs.

(3) *V.* art. 1194, C. civ.

Art. 1194 : « Lorsque, dans les cas « prévus par l'article précédent (*V.* « ci-dessus, p. 116, note 2), le choix « avait été déféré par la conven- « tion au créancier, — Ou l'une des « choses seulement est périe; et alors, « si c'est sans la faute du débiteur, le

Source : BIU Cujas

254. Il suit, 4° de notre principe, que, tant que les choses dues sous une alternative subsistent, l'obligation demeure indéterminée et incertaine ; et elle n'est déterminée à l'une des choses comprises en l'obligation, que par le paiement qui en est fait. D'où il suit aussi, que, lorsqu'un immeuble et une chose mobilière sont dus sous une alternative, la nature de cette créance est en suspens. Si le débiteur donne l'immeuble, la créance sera réputée avoir été une créance immobilière : s'il donne le meuble, elle sera réputée avoir été mobiliére. En cela l'obligation alternative diffère de l'obligation déterminée d'une certaine chose, avec faculté d'en donner une autre à la place (1) ; *voy.* suprà, n° 244, *in fine*,

255. Un testateur ayant légué à quelqu'un par son testament un certain tableau déterminément, il a depuis, par un codicille, changé cette disposition, en léguant au même légataire ce tableau, *ou une somme de cinq cents livres.*

Ce codicille ne s'étant pas d'abord trouvé lors de la mort du testateur, l'héritier a délivré au légataire le tableau qu'il croyait lui devoir déterminément : depuis, le codicille s'étant trouvé ; et l'héritier ayant reconnu qu'il ne devait le tableau que sous l'alternative d'une somme de 500 liv., il assigne le légataire en répétition du tableau, aux offres de lui payer la somme d'argent. Y est-il fondé ?

Les deux écoles chez les Romains ont été partagées sur cette question.

Celse, qui était de l'école des Proculéiens, décide en la loi 19, ff. *de Leg.* 2°, pour la négative. La raison de cette décision est que les choses comprises sous une obligation alternative, étant toutes dues, le paiement qui a été fait au légataire du tableau légué, est le paiement d'une chose due, et par conséquent est un paiement valable, qui ne peut être sujet à répétition.

Au contraire Julien, qui était de l'école des Sabiniens, décide en la loi 32, § *fin.* ff. *de Cond. indeb.*, qu'il y a lieu à la répétition, lorsqu'un débiteur a payé une chose qu'il croyait par erreur devoir déterminément, quoiqu'il ne fût débiteur que d'une chose indéterminée d'un certain genre, ou qu'il fût débiteur de cette chose, mais sous l'alternative d'une autre chose.

La raison sur laquelle est fondée cette décision, est que l'erreur innocente en laquelle a été le débiteur sur la qualité de son obligation, ne doit point lui préjudicier, ni aggraver son obligation, en le dépouillant du choix qu'il avait de payer la somme à la place du tableau. A l'égard de la raison alléguée pour l'opinion contraire, on y répond en disant qu'il y a lieu à la répétition qu'on appelle *condictio indebiti*, non-seulement lorsqu'on a payé ce qui n'était dû en aucune manière, mais aussi lorsqu'on a payé plus qu'il n'était dû ; L. 1, § 1, Cod. *de Cond. ind. et passim.* Or ce plus s'estime, *non solùm quantitate de-*

« créancier doit avoir celle qui reste ; « si le débiteur est en faute, le créan- « cier peut demander la chose qui « reste, ou le prix de celle qui est pé- « rie ;—Ou les deux choses sont pé- « ries ; et alors, si le débiteur est en « faute à l'égard des deux, ou même « à l'égard de l'une d'elles seulement, « le créancier peut demander le prix « de l'une ou de l'autre à son choix. »

Nous ferons remarquer sur le dernier alinéa de cet article, qu'il est plus que sévère de laisser au créancier le choix de demander le prix de l'une ou de l'autre, lorsque le débiteur n'est *en faute qu'à l'égard de l'une d'elles.*

Ainsi, la première, plus précieuse, est périe par cas fortuit, la seconde, moins précieuse, est périe par la faute du débiteur, on devait décider que le débiteur ne devait que le prix de la dernière.

A l'inverse, la chose moins précieuse est périe la première par la faute du débiteur, et la seconde plus précieuse est périe par cas fortuit, le débiteur doit évidemment le prix de la première.

(1) Cette observation est fort importante, pour le cas de communauté conjugale, et pour les légataires des meubles ou des immeubles.

Source : BIU Cujas

biti, sed et causâ. Inst. *tit. de Act.* § 24, *vers. huic autem.* C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, celui qui a payé une chose comme due déterminément, quoiqu'il ne la dût que sous l'alternative d'une autre chose, a payé plus qu'il ne devait; et ce paiement doit être sujet à répétition, en offrant l'autre chose qu'il avait droit de payer à la place de celle qu'il a payée.

Cette dernière opinion est bien plus équitable que la première; elle restitue à chacun ce qui lui appartient. C'est pourquoi Dumoulin décide très bien (*Tr. de Div. et ind.*, p. 2, n° 135 *et seq.*) qu'elle doit être suivie (1).

256. Dumoulin, n° 139, *et seq.*, apporte un tempérament à cette décision, qui est que, lorsque le créancier n'a pas induit le débiteur dans l'erreur en laquelle il était, et qu'il a reçu de bonne foi, la répétition ne pourra avoir lieu contre lui, qu'autant que le créancier n'en souffrira aucun préjudice, et qu'il sera remis au même état qu'il était avant le paiement. La raison est que cette action n'est fondée que sur une raison d'équité : *Hæc condictio ex bono et æquo introducta;* L. 66, ff. *de Condictione indeb.* Elle n'est fondée que sur cette règle d'équité, «qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui.» C'est pourquoi elle n'a lieu que jusqu'à concurrence de ce qu'en a profité celui qui a reçu ; L. 65, § 7 et 8, ff. *dict. tit.*

Suivant ces principes, il faut décider dans l'espèce proposée que, si le légataire a vendu de bonne foi la chose qui lui a été délivrée, l'héritier ne peut avoir répétition contre lui que pour ce qu'il l'a vendue de plus que la somme que l'héritier avait droit de lui payer à la place (2).

Suivant les mêmes principes, si le débiteur a payé au créancier une somme d'argent qu'il croyait lui devoir déterminément, quoiqu'il ne la dût que sous l'alternative d'une autre chose, le débiteur ne doit pas être facilement admis à répéter cette somme, en offrant de donner l'autre chose, quand le créancier a dépensé cette somme, et qu'il n'y a pas une grande disproportion de valeur entre la somme qu'il a reçue et l'autre chose.

257. Il y a une autre question sur laquelle les deux écoles ont été partagées. Celui qui devait deux choses sous une alternative, trompé par une expédition du notaire, qui avait écrit *et* au lieu d'*ou* qui se trouve dans l'original, a payé les deux choses à la fois et en même temps : depuis il a découvert qu'il ne devait que l'une desdites choses, à son choix. Il n'est pas douteux qu'il a droit de répéter l'une desdites choses; mais peut-il répéter l'une des deux qu'il voudra?

Celse, cité par Ulpien en la loi 26, § 13, *in fin.* ff. *de Cond. ind.* pensait que c'était, en ce cas, le créancier qui avait le choix de retenir celle qu'il voudrait. Julien, au contraire, au rapport de Justinien en la loi *penult.* Cod. *hoc titulo,* pensait que le débiteur avait droit de répéter celle des deux qu'il voudrait.

L'opinion de Celse était apparemment fondée sur ce raisonnement : les choses qui sont comprises dans une obligation alternative étant toutes deux dues, le débiteur qui les a payées l'une et l'autre, ne peut dire d'aucune des deux déterminément qu'elle ne fût pas due. Il ne peut donc répéter aucune des deux déterminément, comme non due : il a seulement la répétition de l'une des deux indéterminément, comme ayant payé plus qu'il ne devait, en payant les deux, quoiqu'il ne dût que l'une des deux. Le créancier devenant à son tour débiteur par rapport à la restitution qui est due de l'une des deux, c'est à lui, en qualité de débiteur que doit appartenir le choix de rendre celle des deux qu'il voudra.

Ce raisonnement, sur lequel l'opinion de Celse est fondée, n'est qu'une pure subtilité.

---

(1) On peut raisonner de même pour le paiement fait par erreur avant l'arrivée du terme.

(2) *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. »

Source : BIU Cujas

L'opinion de Julien est fondée sur l'équité. L'action *condictio indebiti* est une espèce de restitution en entier que l'équité accorde contre un paiement erroné. Or il est de la nature de toutes les restitutions contre un acte, que les parties soient remises au même état qu'elles étaient auparavant : d'où il suit que le débiteur qui a payé les deux choses, ignorant qu'il n'était tenu de payer que celle des deux qu'il voudrait, doit être remis par cette action dans le droit qu'il avait avant le paiement, de ne payer que celle qu'il voudrait, et par conséquent de répéter celle des deux qu'il voudra.

Cette dernière opinion, comme plus équitable, a été embrassée par Papinien, et enfin confirmée par la constitution de Justinien ; L. *penult.* Cod. *eod. tit.*

Observez que le débiteur n'a en ce cas le droit de répéter l'une des deux choses qu'il a payées, que tant que les deux choses subsistent. Si l'une des deux avait cessé de subsister depuis le paiement, il n'y aurait plus lieu à la restitution, comme l'a décidé Julien en la loi 32, ff. *Eod. tit.*

La raison en est évidente : l'action *condictio indebiti* remet les parties au même état que si le paiement n'avait pas été fait, et qu'il fût encore à faire. Or, s'il était encore à faire, le débiteur ne pourrait se dispenser de payer celle qui se trouverait rester la seule chose due ; elle doit donc, en ce cas, rester *in soluto* par devers le créancier, et le débiteur ne la peut répéter.

Sur l'indivisibilité du paiement des obligations alternatives, *voyez* ce qui est dit *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 3.

ART. VII. — Des obligations solidaires entre plusieurs créanciers.

258. Régulièrement lorsque quelqu'un contracte l'obligation d'une seule et même chose envers plusieurs, chacun de ceux envers qui il l'a contractée, n'est créancier de cette chose que pour sa part : mais elle peut se contracter envers chacun d'eux pour le total, lorsque telle est l'intention des parties ; de manière que chacun de ceux envers qui l'obligation est contractée, soit créancier pour le total, et que néanmoins le paiement fait à l'un d'eux, libère le débiteur envers tous : c'est ce qu'on appelle *solidité d'obligation* (1).

On appelle ces créanciers *correi credendi, correi stipulandi.*

259. On peut apporter pour exemple de cette obligation solidaire, celle qui naît d'une disposition testamentaire, qui aurait été faite en ces termes : « Mon héritier donnera aux Carmes ou aux Jacobins une somme de cent liv. » L'héritier ne doit, dans cette espèce, qu'une seule somme, mais il doit cette somme entière à chacun des deux couvents, qui en sont cocréanciers solidaires ; de manière néanmoins que le paiement de cette somme qu'il fera à l'un des deux couvents, le libérera envers les deux ; L. 16, ff. *de Legat.* 1°.

2° Cette *solidité* entre plusieurs créanciers est d'un usage très rare parmi nous (2) : il ne faut pas la confondre avec l'*indivisibilité* d'obligation, dont nous parlerons *infrà.*

260. Les effets de cette solidité entre créanciers, sont : 1° Que chacun des créanciers étant créancier du total, peut par conséquent demander le total ; et si l'obligation est exécutoire, contraindre le débiteur pour le total ;

---

(1) *V.* art. 1197, C. civ.

Art. 1197 : « L'obligation est soli-« daire entre plusieurs créanciers lors-« que le titre donne expressément à « chacun d'eux le droit de demander « le paiement du total de la créance, « et que le paiement fait à l'un d'eux « libère le débiteur, encore que le béné-« fice de l'obligation soit partageable et « divisible entre les divers créanciers. »

(2) Il en doit être ainsi ; le créancier impose ordinairement la loi dans le contrat, et personne n'est disposé à laisser à d'autres le droit d'exiger ce qui lui est dû ; on aime à se réserver exclusivement l'exercice de ses droits, autant qu'on cherche à augmenter ses sûretés.

Source : BIU Cujas

2° La reconnaissance de la dette faite envers l'un des créanciers, interrompt la prescription pour le total de la dette, et par conséquent profite aux autres créanciers (1) ; L. *fin.* Cod. *de Duobus reis ;*

3° Le paiement fait à l'un des créanciers, éteint toute la dette : car ce créancier l'étant pour le total, le paiement du total lui est valablement fait, et ce paiement libère le débiteur envers tous. Car, quoiqu'il y ait plusieurs créanciers, il n'y a néanmoins qu'une dette, que doit éteindre le paiement total qui est fait à l'un des créanciers.

Il est au choix du débiteur de payer auquel il voudra des créanciers solidaires, tant que la chose est entière : mais si l'un d'eux avait prévenu par des poursuites, le débiteur ne pourrait plus payer qu'à lui (2). ***Ex duobus reis stipulandi, si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit;*** **L. 16,** ff. *de Duobus reis.*

4° Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut, avant qu'il ait été prévenu par les poursuites de quelqu'un de ses créanciers, faire remise de la dette au débiteur, et le libérer envers tous : car, de même que le paiement du total fait à l'un des créanciers solidaires, libère le débiteur envers tous, de même la remise du total, qui tient lieu de paiement, faite par l'un des créanciers, doit le libérer envers tous (3) : ***Acceptilatione unius tollitur obligatio ;*** **L. 2,** ff. *de Duob. reis.*

ART. VIII. — De la solidité de la part des débiteurs.

§ Ier. *Ce que c'est qu'obligation solidaire de la part des débiteurs.*

261. Une obligation est *solidaire* de la part de ceux qui l'ont contractée, lorsqu'ils s'obligent chacun pour le total, de manière néanmoins que le paiement fait par l'un d'eux, libère tous les autres (4).

---

(1) *V.* art. 1199, C. civ.

Art. 1199 : « Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de « l'un des créanciers solidaires, profite « aux autres créanciers. »

(2) *V.* art. 1198, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1198 : « Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre « des créanciers solidaires, tant qu'il « n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. — Néanmoins « la remise qui n'est faite que par l'un « des créanciers solidaires, ne libère « le débiteur que pour la part de ce « créancier. »

Pourquoi le débiteur est-il privé du droit de payer aux autres, lorsqu'il a été poursuivi par l'un d'eux ?

Pothier se borne à citer la loi romaine : mais il était bien plus facile de justifier cette décision dans le droit romain que chez nous. Il s'opérait par *litiscontestatio* une espèce de novation qui libérait le débiteur de la première dette : « *Tollitur adhuc obligatio « litiscontestatione si modo legitimo « judicio fuerit actum : nam tua « obligatio quidem principalis dis- « solvitur, incipit autem teneri rem « litiscontestatione : Caius*, Inst., « *com.* 3, n° 180. »

Aussi la loi 2, ff. *de Duob. reis*, dit-elle : « *Ideòque* PETITIONE, *acceptila- « tione unius tota solvitur obligatio.* »

Rien de semblable n'a lieu dans nos pratiques judiciaires.

(3) Pothier comparait la remise de la dette à *l'acceptilation* romaine, mode d'extinction du droit civil, qui équivalait au paiement, et éteignait la créance à l'égard de tous.

Au contraire, les rédacteurs du Code ont comparé la remise au pacte de *non petendo*, mode prétorien, fondant une exception et qui ne pouvait nuire qu'à celui qui avait pactisé. *V.* L. 27, ff. *de Pactis.*

V. art. 1198, 2e alinéa, ci-dessus, note 2.

(4) *V.* art. 1200, C. civ.

Art. 1200 : « Il y a solidarité de la « part des débiteurs, lorsqu'ils sont

Source : BIU Cujas

Ceux qui s'obligent de cette manière sont ceux qu'on appelle *correi debendi.*

De même que la solidité de la part des créanciers consiste en ce que l'obligation d'une même chose contractée envers plusieurs, est contractée envers chacun d'eux pour le total, aussi totalement que si chacun d'eux en était le seul créancier; sauf néanmoins que le paiement fait à l'un d'eux libère envers tous les autres; de même la solidité de la part des débiteurs consiste en ce que l'obligation d'une même chose est contractée par chacun pour le total, aussi totalement que si chacun d'eux en était le seul débiteur; de manière néanmoins que le paiement fait par l'un d'eux, libère tous les autres.

262. Pour qu'une obligation soit *solidaire*, il ne suffit pas toujours que chacun des débiteurs soit débiteur de toute la chose (ce qui arrive à l'égard de l'obligation indivisible et non susceptible de parties, quoiqu'elle n'ait pas été contractée solidairement) : il faut que chacun des débiteurs *totum et totaliter debeat;* c'est-à-dire qu'il faut que chacun se soit obligé aussi totalement à la prestation de la chose, que s'il eût seul contracté l'obligation (1).

263. Il faut surtout que les débiteurs se soient obligés à la prestation de la même chose. Ce ne serait donc pas une obligation solidaire de deux personnes, mais ce seraient deux obligations, si deux personnes s'obligeaient envers une autre à différentes choses.

Mais pourvu qu'ils soient obligés chacun totalement à une même chose, quoiqu'ils soient obligés différemment, ils ne laissent pas d'être codébiteurs solidaires, *correi debendi : putà,* si l'un s'est obligé purement et simplement, et l'autre s'est obligé seulement sous condition, ou a pris un temps de paiement; ou s'ils se sont obligés à payer en différents lieux (2); L. 7; L. 9, § 2, ff. *de Duobus reis.*

On dira peut-être qu'il répugne qu'une seule et même obligation ait des qualités opposées; qu'elle soit pure et simple à l'égard de l'un des débiteurs, et conditionnelle à l'égard de l'autre.

La réponse est que l'obligation solidaire est une, à la vérité, par rapport à la chose qui en fait l'objet, le sujet et la matière; mais elle est composée d'autant de liens qu'il y a de personnes différentes qui l'ont contractée; et ces personnes étant différentes entre elles, les liens qui les obligent sont autant de liens différents, qui peuvent par conséquent avoir des qualités différentes.

C'est ce que veut dire Papinien, lorsqu'il dit : *Et si maximè parem causam suscipiunt, nihilominùs in cujusque personâ, propria singulorum consistit obligatio; eâd.* L. 9, § 2. L'obligation est une par rapport à son objet,

---

« obligés à une même chose, de ma-
« nière que chacun puisse être con-
« traint pour la totalité, et que le paie-
« ment fait par un seul libère les autres
« envers le créancier. »

(1) C'est là une des clefs de Dumoulin : « *Aliud quem teneri ad totum*; « *aliud totaliter*, part. 3e, n° 112. »

Voici comment il s'exprime ailleurs: « *Ut ergo constituantur duo vel plu-* « *res correi debendi, non sufficit ex* « *naturâ rei, ut in individuis, vel ta-* « *citè ut in tutoribus, mandatoribus* « *vel procuratoribus id agi, ut sin-* « *guli in solidum teneantur, sed ne-* « *cesse est utriusque aut singulorum* « *fidem in solidum contemplatam, et* « *sequutam esse circà idem, et ex unâ* « *eâdemque causâ;* part. 3e, n° 156.»

(2) *V.* art. 1201, C. civ., mêmes exemples.

Art. 1201 : « L'obligation peut être « solidaire quoique l'un des débiteurs « soit obligé différemment de l'autre « au paiement de la même chose; par « exemple, si l'un n'est obligé que « conditionnellement, tandis que l'en- « gagement de l'autre est pur et sim- « ple, ou si l'un a pris un terme qui « n'est point accordé à l'autre. »

Source : BIU Cujas

qui est la chose due : mais par rapport aux personnes qui l'ont contractée, on peut dire qu'il y a autant d'obligations qu'il y a de personnes obligées.

264. Lorsque plusieurs personnes contractent une dette solidairement, ce n'est que vis-à-vis du créancier qu'elles sont chacune débitrices du total : mais entre elles la dette se divise, et chacune d'elles en est débitrice *pour soi*, quant à la part seulement qu'elle a eue à la cause de la dette (1).

Supposons, par exemple, que deux personnes ont emprunté ensemble une somme d'argent, qu'elles se sont obligées solidairement de rendre ; ou qu'elles ont acheté une chose, au paiement de laquelle elles se sont obligées solidairement envers le vendeur : si elles ont partagé entre elles également la somme empruntée ou la chose achetée, chacune d'elles, quoique débitrice du total vis-à-vis du créancier, n'est, vis-à-vis de son codébiteur, débitrice *pour soi* que de moitié. Si elles l'avaient partagée inégalement, *putà*, que l'une d'elles eût retiré les deux tiers de la somme empruntée, ou eût eu les deux tiers dans la chose achetée, et que l'autre n'en eût eu que le tiers, celle qui aurait eu les deux tiers serait débitrice *pour soi* des deux tiers, et l'autre seulement du tiers. Si l'une d'elles profite seule du contrat, et que l'autre ne se soit obligée solidairement avec elle que pour lui faire plaisir, celle d'entre elles qui a seule profité, est la seule débitrice : l'autre, quoique débitrice principale vis-à-vis du créancier, n'est vis-à-vis de son codébiteur, avec qui elle s'est obligée pour lui faire plaisir, que ce qu'est une caution vis-à-vis du débiteur principal qu'elle a cautionné (2).

Pareillement, si la dette solidaire procède d'un délit commis par quatre particuliers, chacun est bien débiteur solidaire vis-à-vis de la personne contre qui le délit a été commis (3) ; mais entre eux chacun est débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'est-à-dire chacun pour son quart.

§ II. *En quel cas l'obligation de plusieurs débiteurs est réputée solidaire.*

265. La solidité peut être stipulée dans tous les contrats, de quelque espèce qu'ils soient ; L. 9, ff. *de Duob. reis.* Mais régulièrement elle doit être exprimée ; sinon, lorsque plusieurs ont contracté une obligation envers quelqu'un, ils sont présumés ne l'avoir contractée chacun que pour leur part (4). C'est ce que décide Papinien en la loi 11, § 2, ff. *de Duob. reis ;* et c'est ce qui a été confirmé par Justinien en la Novelle 99.

La raison est que l'interprétation des obligations se fait, dans le doute, en faveur des débiteurs, comme il a été déjà vu ailleurs.

Suivant ce principe, dans l'espèce d'un héritage qui appartient à quatre propriétaires, trois l'ayant vendu solidairement, et ayant promis de faire rati-

---

(1) *V.* 1213, C. civ.

Art. 1213 : « L'obligation contractée « solidairement envers le créancier se « divise de plein droit entre les débi- « teurs, qui n'en sont tenus entre eux « que chacun pour sa part et portion. »

(2) *V.* art 1216, C. civ.

Art. 1216 : « Si l'affaire pour laquelle « la dette a été contractée solidaire- « ment ne concernait que l'un des « coobligés solidaires, celui-ci serait « tenu de toute la dette vis-à-vis des « autres codébiteurs, qui ne seraient « considérés par rapport à lui que « comme ses cautions. »

(3) *V.* art. 55, C. pén.

Art. 55 : « Tous les individus con- « damnés pour un même crime ou « pour un même délit, seront tenus « solidairement des amendes, des res- « titutions, des dommages-intérêts et « des frais. »

(4) *V.* art. 1202, C. civ.

Art. 1202 : « La solidarité ne se « présume point ; il faut qu'elle soit « expressément stipulée.—Cette règle « ne cesse que dans les cas où la soli- « darité a lieu de plein droit, en vertu « d'une disposition de la loi. » *V.* la note précédente, et p. 124, note 3.

Source : BIU Cujas

fier la vente par le quatrième propriétaire ; il a été jugé que le quatrième, en ratifiant, n'était pas censé avoir vendu solidairement ; parce que les trois autres avaient bien promis pour lui, qu'il accéderait au contrat de vente ; mais il n'était pas exprimé qu'il y accéderait solidairement.

266. Il y a néanmoins certains cas dans lesquels la solidité entre plusieurs débiteurs d'une même chose a lieu, quoiqu'elle n'ait pas été expressément stipulée.

Le premier cas est lorsque des associés de commerce contractent quelque obligation pour le fait de leur commerce (1).

Cette décision est de notre Droit français ; *Ordonn. du Commerce de* 1673, t. 4, art. 7.

Deux marchands qui achètent ensemble une partie de marchandises, quoiqu'ils n'aient d'ailleurs aucune société entre eux, sont censés associés pour cet achat, et comme tels, ils sont obligés solidairement, quoique la solidité ne soit pas exprimée. Bornier, sur ledit article, rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse qui l'a ainsi jugé, et cela a passé en maxime (2) ; Voyez *suprà*, p. 1, ch. 1, art. 5, n° 83.

267. Le second cas auquel plusieurs débiteurs d'une même chose sont obligés solidairement, quoique la solidité n'ait point été exprimée, est celui de l'obligation que contractent plusieurs tuteurs qui se chargent d'une même tutelle (3) ; ou de celles que contractent plusieurs personnes qui se chargent de quelque administration publique ; tels que sont des échevins, des fabriciers, des administrateurs d'hôpitaux (4). Ces charges sont solidaires, suivant la disposition des lois qui sont à cet égard suivies parmi nous, s'il n'y a quelque usage contraire.

Les lois romaines accordaient aux tuteurs qui n'avaient pas géré, le bénéfice d'ordre et de discussion, qui consistait à pouvoir renvoyer le mineur sorti de tutelle, à discuter à leurs risques celui des tuteurs qui avait géré. Elles

---

(1) *V.* art. 22, C. comm., ci-dessus, p. 45, note 1.

(2) Le Code de commerce n'a point formulé cette maxime, d'où nous devons conclure qu'il n'y aurait solidarité qu'autant qu'elle aurait été convenue. *V.* art. 47 et 48, C. comm.

Art. 47 : « Indépendamment des trois « espèces de sociétés ci-dessus (sociétés « en nom collectif, en commandite, « et anonymes), la loi reconnaît les « *associations commerciales en par-* « *ticipation.* »

Art. 48 : « Ces associations sont re- « latives à une ou plusieurs *opérations* « *de commerce ;* elles ont lieu pour les « objets, dans les formes, avec les pro- « portions d'intérêt et aux conditions « convenues entre les participants. »

(3) *V.* art. 395, 396, C. civ. *V.* aussi 417, C. civ.

Art. 395 : « Si la mère tutrice veut « se remarier, elle devra, avant l'acte « de mariage, convoquer le conseil de « famille, qui décidera si la tutelle doit « lui être conservée. — A défaut de « cette convocation, elle perdra la tu- « telle de plein droit ; et son nouveau « mari sera solidairement responsable « de toutes les suites de la tutelle « qu'elle aura indûment conservée. »

Art. 396 : « Lorsque le conseil de « famille, dûment convoqué, conser- « vera la tutelle à la mère, il lui don- « nera nécessairement pour cotuteur « le second mari, qui deviendra soli- « dairement responsable, avec sa « femme, de la gestion postérieure « au mariage. »

Art. 417 : « Quand le mineur, do- « micilié en France, possédera des « biens dans les colonies, ou récipro- « quement, l'administration spéciale « de ces biens sera donnée à un pro- « tuteur. — En ce cas, le tuteur et le « protuteur seront indépendants, et « non responsables l'un envers l'autre « pour leur gestion respective. »

(4) Il faudrait pouvoir invoquer des dispositions spéciales de lois nouvelles pour les soumettre à cette solidarité.

Source : BIU Cujas

accordaient aussi aux tuteurs qui avaient géré conjointement, le bénéfice de division, lorsqu'ils étaient tous solvables. Mais ces exceptions accordées aux tuteurs et autres administrateurs, ne sont pas en usage parmi nous. C'est pourquoi, lorsque Dumoulin (*tract. de Divid. et Individ.*, p. 3, p. 166) dit « que les tuteurs ont ce bénéfice de division pour le paiement du reliquat de leur compte de tutelle, hors le seul cas auquel ils sont débiteurs *ex dolo*, » cela doit s'entendre en ce sens qu'ils ont ce bénéfice suivant les lois romaines, et dans les lieux où les lois romaines sont à cet égard pratiquées.

268. Le troisième cas d'obligation solidaire est à l'égard de ceux qui ont concouru à un délit : ils sont tous obligés solidairement à la réparation (1).

Ils ne peuvent opposer aucune exception de discussion, ni de division, en étant indignes.

269. Il peut résulter aussi des testaments une obligation solidaire, lorsque le testateur a expressément déclaré qu'il chargeait solidairement ses héritiers ou autres successeurs, de la prestation du legs.

Même sans que la solidité ait été exprimée par le testament, ceux que le testateur a chargés du legs sont obligés solidairement, lorsque le testateur s'est servi d'une disjonctive pour les en charger; comme lorsqu'il a dit : *Mon fils Pierre*, OU *mon fils Jacques donneront dix écus à un tel.* C'est ce qui est décidé en la loi 8, § 1, ff. *de Leg.* 1°. *Si ita scriptum sit :* L. TITIUS HÆRES MEUS, *aut* MÆVIUS HÆRES MEUS DECEM SEIO DATO : *cum utro velit, Seius aget, ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.*

Néanmoins Dumoulin prétend (*tract. de Div. et ind.*, p. 3, n°s 153, 154, 155), que cette obligation n'est pas une obligation parfaitement solidaire : qu'il est bien vrai que chacun des grevés est tenu pour le total de la prestation du legs, et qu'en cela ils ressemblent à des codébiteurs solidaires; mais qu'ils ne sont pas de véritables codébiteurs solidaires, et que leur obligation n'a pas les autres effets des obligations solidaires.

Par exemple, si deux héritiers étaient grevés de cette manière du legs d'un corps certain qui fût péri par le fait de l'un d'eux, il ne pense pas que l'autre fût tenu de cette perte, comme le serait un codébiteur solidaire (*infrà*, n° 273).

En cela Dumoulin s'écarte de l'opinion commune, enseignée par Barthole sur ladite loi, et par les autres docteurs qui reconnaissent dans l'espèce de cette loi une vraie obligation solidaire.

Dumoulin se fonde sur ces termes, *quasi si duo rei*, etc., ce qui indique, dit-il, que les deux héritiers ne sont pas, dans l'espèce de la loi, véritablement *correi*, l'adverbe *quasi* étant *adverbium improprietatis.*

J'inclinerais plus pour l'opinion de Barthole : ces héritiers étant, dans cette espèce, débiteurs du total, non par la qualité de la chose due, mais par la volonté du testateur, qui a voulu qu'ils fussent chargés chacun pour le total de la prestation du legs, leur obligation me paraît avoir tous les caractères d'une vraie obligation solidaire, et je ne vois rien qui l'en différencie.

Le terme *quasi* ne me paraît pas devoir être pris *pro adverbio improprietatis ;* mais il me paraît être pris pour *quemadmodùm.* En ce sens : ces deux héritiers sont obligés solidairement de même que s'ils étaient obligés solidairement par une stipulation ; car ce n'est pas seulement par les stipulations qu'on peut contracter des obligations solidaires : *Non tantùm verbis stipula-*

---

(1) *V.* art. 55, C. pén. (ci-dessus, p. 123, p. 3), qui prononce la solidarité pour quatre chefs (*amendes*, restitutions, dommages-intérêts et frais) : nous l'avons déjà dit, il est très difficile de justifier la disposition de la loi en ce qui concerne l'amende qui est une peine, c'est comme si on les déclarait solidaires pour l'emprisonnement et les autres peines.

Source : BIU Cujas

tionis, sed et cæteris contractibus duo rei promittendi fieri possunt ; L. 9, ff. *de Duobus reis ;* et les testaments, ainsi que les contrats, peuvent former ces obligations (1).

§ III. *Des effets de la solidité entre plusieurs débiteurs.*

270. Ces effets sont : 1° que le créancier peut s'adresser à celui qu'il voudra des débiteurs solidaires et exiger de lui, soit par demande, si la dette ne gît qu'en action, soit par voie de contrainte, si elle gît en exécution, le total de ce qui lui est dû. C'est une conséquence nécessaire de ce que chacun des débiteurs solidaires est débiteur du total (2).

Je ne pense pas même que les codébiteurs qui se sont obligés solidairement, aient entre eux le bénéfice de division, c'est-à-dire que l'un d'eux, à qui le créancier demande le total, soit recevable, en offrant sa part, à demander que le créancier soit renvoyé contre les autres débiteurs pour chacun leur part, lorsqu'ils sont solvables. Les actes de notaires portent ordinairement la clause de renonciation au bénéfice de division ; et quand il n'y aurait point de clause de renonciation à cette exception de division, je ne pense pas qu'elle eût lieu. La loi 47, ff. *locati*, dit qu'il est plus juste de la leur refuser : *Quanquam fortassè sit justius* (3), etc.

Il est vrai que la Novelle l'accorde aux codébiteurs solidaires qui se sont rendus caution l'un de l'autre, *alternâ fidejussione obligatis :* mais je ne vois pas qu'on la suive parmi nous. On n'accorde au débiteur solidaire qui est poursuivi pour le total, d'autre bénéfice que celui de pouvoir requérir la subrogation, ou cession des actions du créancier contre ses codébiteurs solidaires. *Voyez* sur cette subrogation, *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 2.

271. Observez que le choix que fait le créancier de l'un des débiteurs contre lequel il exerce ses poursuites, ne libère pas les autres, tant qu'il n'est pas payé : il peut laisser ses poursuites contre celui qu'il a poursuivi le premier, et agir contre les autres ; ou, s'il veut, les poursuivre tous en même temps (4) ; L. 28, Cod. *de Fidej.*

272. 2° L'interpellation qui est faite à l'un des débiteurs solidaires, interrompt le cours de la prescription contre tous les autres (5) ; L. *fin.* Cod. *de Duobus reis.* C'est encore une conséquence de ce que chacun des débiteurs est débiteur du total ; car le créancier, en l'interpellant, l'a interpellé pour le total de la dette ; il a donc interrompu la prescription pour le total de la dette,

---

(1) Le lecteur pourra choisir entre ces deux opinions : mais Dumoulin était conséquent avec les principes qu'il avait posés en cette matière : il veut une coopération directe et active de chacun des débiteurs à la même dette *singulorum fidem in solidum contemplatam et sequentem* pour qu'il y ait solidarité parfaite : ce qui est assez raisonnable.

(2) *V.* art. 1203, C. civ.

Art. 1203 : « Le créancier d'une « obligation contractée solidairement « peut s'adresser à celui des débiteurs « qu'il veut choisir, sans que celui-ci « puisse lui opposer le bénéfice de di- « vision. »

(3) Le doute ne peut exister aujourd'hui en présence de l'art. 1203. *V.* note précédente.

(4) *V.* art. 1204, C. civ.

Art. 1204 : « Les poursuites faites « contre l'un des débiteurs n'empê- « chent pas le créancier d'en exercer « de pareilles contre les autres. »

Cette décision est conforme à la loi 28, Cod. *de Fidej.*, qui est une constitution de Justinien : mais il n'en était point ainsi dans les anciens principes, dans les cas où la *litiscontestatio* opérait novation.

(5) *V.* art. 1206, C. civ.

Art. 1206 : « Les poursuites faites « contre l'un des débiteurs solidaires « interrompent la prescription à l'égard « de tous. »

Source : BIU Cujas

même à l'égard des débiteurs qu'il n'a pas interpellés, lesquels ne pourraient opposer une prescription contre le créancier, que sur ce qu'il n'aurait pas usé de son droit pour la dette dont ils sont tenus : mais ils ne peuvent le prétendre, puisque la dette dont ils sont tenus, est la même que celle pour laquelle leur codébiteur a été interpellé pour le total (1).

273. 3° Par la même raison, lorsque la chose due a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs solidaires, ou depuis qu'il a été mis en demeure, la dette est perpétuée non-seulement contre ce débiteur, mais contre tous ses codébiteurs, qui sont tous solidairement tenus de payer au créancier le prix de cette chose (2) : car la dette de chacun d'eux étant une seule et même dette, elle ne peut pas subsister à l'égard de l'un, et être éteinte à l'égard des autres : c'est ce que décide la loi *penult.* ff. *de Duob. reis. Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.*

Par exemple, si Pierre et Paul m'ont vendu solidairement un certain cheval, et qu'avant qu'il m'ait été livré, il soit mort par la faute de Pierre, Paul demeurera débiteur aussi bien que Pierre, et je pourrai lui demander la valeur du cheval aussi bien qu'à Pierre, sauf à lui son recours contre Pierre : au lieu que, s'ils avaient vendu sans solidité, Pierre seul serait tenu de sa faute ; et Paul, par la mort du cheval, quoique arrivée par la faute de Pierre, serait entièrement quitte de son obligation, et ne demeurerait pas moins créancier de la moitié du prix pour lequel le cheval a été vendu, de même que si le cheval était mort par un cas purement fortuit ; Mol., *Tract. de Div. et Ind.*, p. 3, n° 126.

Observez que le fait, la faute ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires préjudicie, à la vérité, à ses codébiteurs, *ad conservandam et perpetuendam obligationem ;* c'est-à dire, à l'effet qu'ils ne soient pas déchargés de leur obligation par la perte de la chose, et qu'ils soient tenus d'en payer le prix : c'est en ce sens que la loi *penult.* ff. *de Duobus reis,* dit : *Alterius factum alteri quoque nocet.* Mais la faute, le fait ou la demeure de l'un d'eux ne préjudicie pas aux autres *ad augendam ipsorum obligationem ;* c'est-à-dire qu'il n'y a que celui qui a commis la faute, ou qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des dommages et intérêts qui peuvent résulter de l'inexécution de l'obligation, outre la valeur de la chose due.

Quant à l'autre débiteur, qui n'a commis aucune faute, et qui n'a pas été mis en demeure, il n'est tenu d'autre chose que de payer le prix de la chose qui a péri par la faute ou depuis la demeure de son codébiteur ; son obligation ayant bien pu être perpétuée, mais non pas augmentée par la faute ou la demeure de son codébiteur.

Par la même raison, il n'y a que celui qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des intérêts et autres dommages dus par le retard et la demeure (3). C'est en ce sens que la loi 32, § *penult.* ff. *de Usuris,* dit : *Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.*

Dumoulin restreint la décision de cette loi aux dommages et intérêts qui

---

(1) Cette raison n'est peut-être pas tout à fait satisfaisante il faudrait ajouter qu'ils sont, jusqu'à un certain point, mandataires les uns des autres : ils ont adopté cette qualité en concourant au même acte.

(2) *V.* art. 1205, C. civ., 1er alinéa.

Art. 1205 : « Si la chose due a péri « par la faute ou pendant la demeure « de l'un oude plusieurs des débiteurs « solidaires, les autres codébiteurs ne « sont point déchargés de l'obligation « de payer le prix de la chose ; mais « ceux-ci ne sont point tenus des « dommages et intérêts. — Le créan- « cier peut seulement répéter les dom- « mages et intérêts tant contre les dé- « biteurs par la faute desquels la chose « a péri, que contre ceux qui étaient « en demeure. »

(3) *V.* art. 1205, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

n'ont pas été expressément stipulés. S'ils l'avaient été, ils en seraient tous tenus ; le fait ou la demeure de l'un d'eux faisant exister la condition de l'inexécution de l'obligation sous laquelle ils s'étaient tous obligés auxdits dommages et intérêts (1) ; Mol., *ibid.*, n° 127.

274. 4° Le paiement qui est fait par l'un des débiteurs, libère tous les autres. C'est une conséquence de ce que la dette solidaire n'est qu'une seule dette d'une même chose, dont il y a plusieurs débiteurs (2).

Non-seulement le paiement réel, mais toute autre espèce de paiement doit avoir cet effet. C'est pourquoi, par exemple, si l'un des débiteurs solidaires, poursuivi par le créancier, lui a opposé, en compensation de la somme qui lui était demandée, une pareille somme que lui devait le créancier, ses codébiteurs seront libérés par cette compensation, comme par le paiement réel qu'il en aurait fait.

Pierre et Paul sont mes débiteurs solidaires d'une somme de 1000 livres ; depuis, je suis devenu débiteur envers Pierre d'une pareille somme de 1000 liv. : si j'ai poursuivi Pierre pour le paiement de 1000 livres à moi dues par Pierre et Paul, et qu'il m'ait opposé la compensation de 1000 livres que je lui devais (3), suivant ce que nous venons de dire, cette compensation équipolant au paiement, la dette de 1000 livres qui m'était due solidairement par Pierre et par Paul, est, par cette compensation, éteinte vis-à-vis de l'un et de l'autre. Mais si je n'ai pas poursuivi Pierre, et que je poursuive Paul pour le paiement de cette somme, Paul pourra-t-il opposer en compensation la dette de 1000 livres que je dois à son codébiteur ?—Papinien, en la loi 10, ff. *de Duobus reis*, décide pour la négative : *Si duo rei promittendi socii non sint* (4), *non proderit alteri, quòd stipulator alteri reo pecuniam debet.*

Néanmoins Domat, en ses *Lois civiles* (p. 1, l. 3, t. 3, s. 1, art. 8), décide contre ce texte, que Paul pourra opposer la compensation de ce que je dois à Pierre pour la part dont Pierre vis-à-vis de Paul est tenu de la dette, et non pour le surplus. Sa raison est que Pierre ne me devant plus cette part dont il était tenu de la dette, au moyen de la compensation de la dette qu'il a droit de m'opposer, Paul ne doit pas être obligé de payer pour Pierre cette part dont Pierre est quitte par la compensation.

---

(1) Dans ce cas, Dumoulin voit dans la convention qui règle expressément les dommages-intérêts, une obligation conditionnelle, et l'inexécution de la part même de l'un des débiteurs, est la réalisation de cette condition : *Et hoc casu insons magis ad pœnam tenetur ex conditione stipulationis, quæ extat tanquam ex causâ propinquâ, et immediatâ, quam ex facto consortis.*

(2) *V.* art. 1200, C. civ., *in fine*, ci-dessus, p. 121, note 4.

(3) Il est hors de doute que le codébiteur solidaire, devenu créancier du créancier, peut opposer la compensation de ce que ce créancier lui doit.

(4) Remarquons que Papinien restreint sa décision au cas où il n'y a pas société entre les débiteurs, *si socii non sint*, parce qu'alors il n'y avait pas de recours au profit de celui qui avait payé, pour se faire rembourser une part quelconque par les autres codébiteurs.

En droit français, les codébiteurs sont de droit commun traités comme ils l'étaient en droit romain lorsqu'il y avait entre eux société : donc, pour reproduire la pensée de Papinien, il fallait admettre le codébiteur à opposer la compensation de ce que le créancier devait à l'autre débiteur solidaire. *V.* cependant l'art. 1294, dernier alinéa.

Art. 1294 : « La caution peut oppo- « ser la compensation de ce que le cré- « ancier doit au débiteur principal ; — « Mais le débiteur principal ne peut op- « poser la compensation de ce que le « créancier doit à la caution. — Le « débiteur solidaire ne peut pareille- « ment opposer la compensation de ce « que le créancier doit à son codébi- « teur. »

Source : BIU Cujas

Cette raison n'est pas tout à fait concluante : car, lorsqu'un débiteur solidaire paie le total de la dette, ce n'est que vis-à-vis de ses codébiteurs qu'il est censé payer pour eux les parts dont ils sont chacun tenus de la dette, les codébiteurs solidaires n'étant entre eux tenus de la dette que pour leur part; mais un débiteur solidaire étant vis-à-vis du créancier débiteur du total ; lorsqu'il paie le total, ce n'est point vis-à-vis du créancier qu'il paie les parts de ses codébiteurs ; il paie ce qu'il doit lui-même, et par conséquent il ne peut opposer en compensation que ce qui lui est dû à lui-même, et non ce qui est dû à ses codébiteurs ; et c'est sur cette raison qu'est fondée la décision de Papinien. On peut dire en faveur de celle de Domat, qu'elle évite un circuit : car, lorsque Paul m'aura payé pour le total la dette qu'il me doit solidairement avec Pierre, Paul aura recours contre Pierre pour la part dont il en était tenu ; et pour cette part il saisira entre mes mains ce que je dois à Pierre, et me fera rendre, jusqu'à concurrence de cette part, ce que j'aurai reçu. Cette dernière raison doit faire suivre dans la pratique la décision de Domat (1).

275. La remise que le créancier ferait de la dette à l'un des débiteurs solidaires, libérerait aussi les autres, s'il paraissait que le créancier, par cette remise, a eu intention d'éteindre la dette en total (2).

S'il paraissait que son intention a été seulement d'éteindre la dette quant à la part pour laquelle celui à qui il en a fait remise en était tenu vis-à-vis de ses codébiteurs, et de décharger du surplus de la dette la personne de ce débiteur, la dette ne laissera pas de subsister pour le surplus dans les personnes de ses codébiteurs (3).

Quid, si le créancier, par la décharge qu'il a donnée à ce débiteur, avait déclaré expressément « qu'il entendait décharger seulement la personne de ce débiteur, et conserver sa créance entière contre les autres codébiteurs,» pourrait-il, au moyen de cette protestation, exiger le total des autres débiteurs, sans aucune déduction de la part de celui qu'il a déchargé?

Je pense qu'il ne le pourrait. La raison est que des débiteurs solidaires ne

---

(1) L'opinion de Domat n'est qu'un moyen terme qui ne satisfait pas pleinement : car, si la compensation peut être invoquée pour partie, pourquoi pas pour le tout, puisqu'elle équivaut à paiement et qu'elle opère libération par la seule force de la loi? Voici au surplus le passage de Domat : « Ainsi, si un « des débiteurs se trouvait de son chef « créancier du créancier commun, ses « coobligés pourraient demander la « compensation jusqu'à la concurrence « de cette portion, et pour le surplus « de ce qui serait dû par leur créan- « cier à ce coobligé, ils ne pourraient « en demander la compensation, à « moins qu'ils n'eussent d'ailleurs le « droit de ce coobligé, » et en note on ajoute : « car il ne serait pas juste de « contraindre un des obligés à payer « la portion de celui qui aurait à faire « une compensation avec le créancier : « puisque si cette compensation ne se « faisait point, et que ce débiteur qui « pourrait la faire de son chef, se « trouvât insolvable, ceux qui auraient « payé pour lui seraient sans res- « sources, pour avoir payé ce qu'il ne « devait point, ou qu'il aurait pu jus- « tement compenser. »

(2) Le Code est plus exprès que Pothier, *V.* art. 1285, C. civ.

Art. 1285 : « La remise ou décharge « conventionnelle au profit de l'un des « codébiteurs solidaires, libère tous les « autres, à moins que le créancier « n'ait expressément réservé ses droits « contre ces derniers. — Dans ce der- « nier cas, il ne peut plus répéter la « dette que déduction faite de la part « de celui auquel il a fait la remise. »

Les rédacteurs du Code ont ici comparé la remise à l'acceptilation et non pas au pacte. Cependant lorsqu'il y avait société entre les débiteurs, le pacte *de non petendo* profitait à tous. *V.* L. 3, § 3, *de Liberat. leg.*

(3) *V.* même art. 1285, 2° aliéna.

Source : BIU Cujas

se seraient pas obligés solidairement, mais seulement pour leurs parts, s'ils n'eussent compté qu'en payant le total ils auraient recours contre leurs codébiteurs, et qu'ils auraient pour cet effet la cession des actions du créancier pour les autres parties. Ce n'est que sous la charge tacite de cette cession d'actions, qu'ils se sont obligés solidairement; et par conséquent le créancier n'a droit d'exiger de chacun d'eux le total qu'à la charge de cette cession d'actions. Dans cette espèce, le créancier s'étant mis par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions contre un des débiteurs qu'il a déchargé, et par conséquent s'étant mis hors d'état de remplir la condition sous laquelle il a droit d'exiger le total, c'est une conséquence qu'il ne puisse plus demander à chacun le total : *Repellitur exceptione cedendarum actionum* (1). Voyez ce qui est dit de la cession d'actions, *infrà*, p. 3, ch. 1, art, 6, §, 2.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, et que le créancier en a déchargé un, perd-il entièrement la solidité? ou peut-il agir contre chacun des autres solidairement, et sous la déduction seulement de la part de celui qu'il a déchargé, et de ce que celui qu'il a déchargé, aurait été tenu de porter pour sa part, des portions de ceux d'entre eux qui seraient insolvables?

Par exemple, si j'avais six débiteurs solidaires; que j'en aie déchargé un, qu'il en reste cinq, dont un est insolvable ; ne puis-je agir contre chacun des autres que pour leur sixième? ou puis-je agir contre chacun des solvables pour le total, sous la déduction seulement du sixième dont était tenu celui que j'ai déchargé, et de la part dont il aurait été tenu de la portion de l'insolvable?

Je pense que j'y serai bien fondé ; car ce débiteur contre qui j'agis, ne peut prétendre contre moi d'autre déduction que de ce qu'il perd par le défaut de cession d'action contre celui que j'ai déchargé : or la cession d'action contre celui que j'ai déchargé, ne lui aurait donné que le droit de répéter de lui sa portion, et de le faire contribuer à celle des insolvables (2), comme nous le verrons *infrà*, n° 281.

276. Lorsque l'un des débiteurs solidaires est devenu l'unique héritier du créancier, la dette n'est point éteinte contre les autres débiteurs : car la confusion *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quàm extinguit obligationem.* Mais ce débiteur, devenu héritier du créancier, ne peut l'exiger des autres débiteurs que sous la déduction de la part dont il en est tenu vis-à-vis d'eux ; et s'il y en a quelqu'un d'insolvable, il doit en outre porter sa part de la portion de l'insolvable. Il en est de même dans le cas inverse, lorsque le créancier est devenu l'unique héritier de l'un des débiteurs solidaires (3).

---

(1) Il est probable que c'est pour lever tous les doutes sur la question examinée ici par Pothier, que le 2e alinéa de l'art. 1285, ci-dessus cité, a été rédigé.

(2) *V.* art. 1215, C. civ.

Art. 1215 : « Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire « envers l'un des débiteurs, si l'un ou « plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des « insolvables sera contributoirement « répartie entre tous les débiteurs, « même entre ceux précédemment dé« chargés de la solidarité par le créan« cier. »

(3) *V.* art. 1209, C. civ.

Art. 1209 : « Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du « créancier, ou lorsque le créancier « devient l'unique héritier de l'un des « débiteurs, la confusion n'éteint la « créance solidaire que pour la part et « portion du débiteur ou du créancier. »

Et dans le cas où le créancier ne devient héritier que pour partie de l'un des débiteurs, il conserve son action solidaire contre chacun des autres débiteurs, sous la déduction seulement de sa part héréditaire dans celle que son auteur devait supporter en définitive dans la dette : mais contre ses co-

Source : BIU Cujas

§ IV. *De la remise de la solidité.*

277. Le droit de solidité qu'a un créancier contre plusieurs débiteurs d'une même dette, étant un droit établi en sa faveur, il n'est pas douteux que, suivant la maxime : *Cuique licet juri in suum favorem introducto renuntiare*, un créancier majeur qui a la libre disposition de ses biens, peut renoncer au droit de la solidité. Il peut y renoncer, soit en faveur de tous les débiteurs, en consentant que la dette soit divisée entre eux ; soit en faveur de l'un des débiteurs qu'il déchargera de la solidité, en conservant son droit de solidité contre les autres (1), de manière néanmoins que la décharge qu'il a donnée à l'un d'entre eux, ne puisse préjudicier aux autres, comme il a été observé, n° 175.

Il peut y renoncer, soit par une convention expresse, soit tacitement.

Il est censé y avoir renoncé tacitement, lorsqu'il a admis quelqu'un des débiteurs à payer la dette *pour sa part* nommément. C'est la décision de la loi 18, Cod. *de Pact. Si creditores vestros, ex* PARTE *debiti admisisse quemquam vestrûm pro suâ personâ solventem probaveritis, aditus rector provinciæ, pro suâ gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit.*

La raison est que, lorsque le créancier donne quittance en ces termes à l'un de ses codébiteurs solidaires : *J'ai reçu d'un tel la somme de.... pour sa part*, il le reconnaît débiteur de la dette *pour une part ;* et par conséquent il consent qu'il ne soit plus solidaire, étant deux choses opposées, d'être débiteur *pour une part*, et d'être débiteur solidaire (2).

---

héritiers; il n'a qu'une action en proportion de leurs parts héréditaires dans le total de la dette.

Exemple : Paul est créancier de 20,000 fr., quatre débiteurs solidaires; Primus, Secundus, Tertius, Quartus. Primus meurt, laissant cinq héritiers, savoir, Paul (le créancier), Pierre, Jean, Luc et Louis.

Paul conserve son action solidaire pour 19,000 fr. contre chacun des débiteurs primitifs, et il peut demander 4,000 fr. à chacun de ses cohéritiers.

(1) *V.* art. 1210, C. civ.

Art. 1210 : « Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard « de l'un des codébiteurs, conserve « son action solidaire contre les autres, « mais sous la déduction de la part du « débiteur qu'il a déchargé de la soli- « darité. »

La décision finale de cet article n'est pas conforme à ce que dit Pothier.

Le Code veut que le créancier qui a consenti à la division de la dette à l'égard *de l'un des codébiteurs*, ne conserve son action solidaire contre les autres que sous la déduction de la part de celui qui est déchargé, ainsi soient quatre débiteurs solidaires de 20,000 fr., le créancier consent à la division à l'égard de l'un d'eux, ou, en d'autres termes, il lui fait remise de la solidarité, il consent à ne lui demander que le quart, ou 5,000 fr. Le Code veut que ce créancier ne puisse plus demander aux autres que 15,000 f. Nous ne pouvons pas apercevoir la raison de cette décision.

Pothier au contraire dit : *En conservant son droit de solidarité contre les autres*, il ne met que cette restriction : la décharge ne pourra préjudicier aux autres, c'est-à-dire celui déchargé sera compris dans la répartition de la part des insolvables.

(2) *V.* art. 1211, C. civ.

Art. 1211 : « Le créancier qui re- « çoit divisément la part de l'un des « débiteurs, sans réserver dans la « quittance la solidarité ou ses droits « en général, ne renonce à la solida- « rité qu'à l'égard de ce débiteur. — « Le créancier n'est pas censé re- « mettre la solidarité au débiteur lors- « qu'il reçoit de lui une somme égale « à la portion dont il est tenu, si la « quittance ne porte pas que c'est « *pour sa part.* — Il en est de même « de la simple demande formée contre « l'un des codébiteurs *pour sa part*, « si celui-ci n'a pas acquiescé à la de-

Source : BIU Cujas

Cette décision n'a pas lieu, si la quittance par laquelle le créancier déclare avoir reçu d'un tel *pour sa part*, porte une réserve de la solidité : car les termes formels par lesquels le créancier se réserve son droit de solidité, l'emportent sur la conséquence qu'on voudrait tirer des termes, *pour sa part*, employés dans sa quittance, pour en induire la renonciation à la solidité. Et quand même on accorderait que ces termes, *pour sa part*, seraient aussi formels en faveur de la renonciation à la solidité, que la réserve expresse de la solidité serait formelle contre cette renonciation, il ne s'ensuivrait autre chose, sinon que ces termes, *pour sa part*, et ceux-ci, *sans préjudice de la solidité*, se détruiraient réciproquement, et que la quittance devrait être regardée comme si elle ne contenait ni les uns ni les autres; auquel cas elle ne peut préjudicier au droit de solidité. C'est le raisonnement d'Alciat, *ad eamd.* L. 18.

On opposera peut-être que, dans cette quittance, ces termes, *sans préjudice de la solidité*, doivent s'entendre d'une réserve que le créancier fait de son droit de solidité contre les autres codébiteurs, et non contre celui à qui il donne quittance; on croira les concilier par ce moyen avec les termes, *pour sa part*, employés dans la quittance.

Cette explication ne vaut rien. Lorsque, dans une quittance comme dans tout autre acte, on réserve des droits, sans dire contre qui, il est naturel que cela s'entende des droits qu'on a contre celui avec qui l'on traite, ou à qui l'on donne quittance, et non de ceux qu'on a contre d'autres.

On concilie d'une façon plus naturelle ces termes, *pour sa part*, avec la réserve de solidité, en disant qu'en ce cas le créancier qui a réservé son droit de solidité, a entendu par ces termes, *pour sa part*, non une part pour laquelle ce débiteur serait tenu vis-à-vis de lui créancier, mais la part pour laquelle ce débiteur est effectivement tenu de la dette vis-à-vis de ses codébiteurs; laquelle part le créancier a bien voulu recevoir de lui dans ce moment; sauf à exiger de lui le surplus, en vertu du droit de solidité qu'il a contre lui, et qu'il se réserve. C'est un des points jugés par un arrêt du 6 septembre 1712, rapporté au sixième tome du *Journal des Audiences*.

Lorsque la quittance porte, *sans préjudice de mes droits*, c'est la même chose que si elle portait, *sans préjudice de la solidité;* car le droit de solidité est compris dans la généralité des termes, *sans préjudice de mes droits;* et c'est même le droit dont la réserve a le plus de rapport à la quittance que je donne, et qui sert de correctif aux termes, *pour sa part*, employés dans ma quittance. *Alciat ad dict. leg.*

Lorsque le créancier a donné à l'un de ses codébiteurs solidaires quittance purement et simplement d'une certaine somme, qui fait précisément celle dont le débiteur est tenu de la dette pour sa part vis-à-vis de ses codébiteurs, sans exprimer qu'il l'a reçue pour sa part, le créancier est-il censé avoir remis son droit de solidité ?

Je pense qu'il ne doit pas être censé l'avoir remis, et que la décision de la loi *Si creditores*, ci-dessus citée, doit être restreinte dans son cas, qui est celui auquel l'un des codébiteurs a été reçu expressément à payer pour sa part personnelle, *ex parte pro personâ suâ*, et que c'est de cette expression portée par la quittance que le créancier reçoit *pour la part* de ce débiteur, que se tire la présomption de la renonciation à la solidité. Mais si le créancier a bien voulu recevoir de l'un de ses débiteurs une partie de sa dette, que ce débiteur solidaire lui devait pour le total, on ne doit pas de cela seul en conclure qu'il a voulu le décharger de la solidité; car il n'y a, en ce cas, aucune nécessité de tirer cette conséquence; et on ne la doit pas tirer sans nécessité, personne n'étant présumé remettre ses droits (1) : *Nemo facilè donare præsumitur.*

« mande, ou s'il n'est pas intervenu un « jugement de condamnation. »

(1) *V.* art. 1211, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

C'est ce qui est décidé en la loi 8, § 1, ff. *de Leg.* 1°, dans l'espèce de deux héritiers que le testateur avait grevés solidairement de la prestation d'un legs.

Pomponius décide que le légataire qui a demandé, ou même qui a reçu la part de l'un des codébiteurs, n'est pas censé pour cela l'avoir déchargé de la solidité, et qu'il peut exiger de lui le surplus. *Quid si ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere : idem erit et si alter partem solvisset.* Bacquet, *Traité des Droits de Justice*, chap. 21 n° 245; Basnage, *Traité des Hypoth.*, part. 2, 4, sont de notre avis.

Barthole prétend qu'il y a à cet égard une différence entre les débiteurs solidaires par testament, et ceux qui le sont par un acte entre-vif; mais cette distinction n'est fondée sur aucune raison solide.

Observez que ces termes de la loi, *idem erit et si alter partem solvisset*, doivent s'entendre du cas auquel le créancier, sans avoir fait aucune demande, reçoit volontairement de l'un des débiteurs solidaires la somme à laquelle monte ce que ce débiteur doit pour sa part, sans exprimer dans la quittance qu'il la reçoit *pour sa part*, comme il sera dit ci-après.

Lorsqu'un créancier a fait commandement à l'un des débiteurs solidaires de payer telle somme *pour sa part* de la dette, ou lorsqu'il l'a assigné pour payer *sa part* de la dette, est-il censé pour cela seul avoir divisé sa dette, et avoir déchargé ce débiteur de la solidité?

Les docteurs sont partagés sur cette question : Balde est pour l'affirmative, et Barthole pour la négative.

Pour l'affirmative, on dira qu'il paraît y avoir même raison de le décider dans ce cas, que dans le cas de la loi *Si creditores*, ci-dessus rapportée. Dans le cas de la loi, le créancier qui a exprimé en termes formels, dans la quittance qu'il a donnée à l'un des débiteurs solidaires, qu'il avait reçu telle somme *pour sa part*, a, par ces termes, reconnu et consenti qu'il ne fût débiteur que pour sa part, et par conséquent qu'il ne fût plus débiteur solidaire, étant deux choses opposées, d'être débiteur *pour une part*, et d'être débiteur solidaire. Or, lorsqu'un créancier a exprimé dans le commandement fait à l'un des débiteurs solidaires, ou dans l'exploit de demande donné contre lui, qu'il lui demande une telle somme *pour sa part;* ne peut-on pas dire de même que par ces termes, *pour sa part*, il a consenti que ce débiteur ne fût plus solidaire? Par conséquent il paraît y avoir, dans ce cas, même raison de décider que le créancier l'a déchargé de la solidité, que dans le cas de la loi *Si creditores.*

Au contraire, pour la négative, on a coutume d'alléguer la loi *Reos*, 23, Cod. *de Fidej.* et la loi 8, § 1, ff. *de Leg.* 1° ci-dessus citée.

La loi *Reos* ne me paraît nullement décider cette question; mais la loi 8, § 1, décide formellement qu'un débiteur solidaire n'est pas déchargé de la solidité par la demande que lui a faite le créancier de payer *sa part;* puisqu'elle décide que le créancier, nonobstant la demande, n'est pas exclu de demander le surplus à l'un ou à l'autre des débiteurs; et par conséquent, même à celui à qui il avait d'abord demandé sa part : *Quid si ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere.*

La raison est que les dettes étant contractées par le concours de volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties (part. 3, ch. 3, art. 1, § 3). D'où il suit qu'en supposant que la demande faite à l'un des débiteurs solidaires de payer *sa part*, renfermerait une volonté du créancier de lui remettre la solidité, tant que la volonté du débiteur n'a pas concouru avec celle du créancier; tant que le débiteur n'a pas acquiescé à cette demande, et offert en conséquence de payer sa part, cette demande ne peut faire acquérir au débiteur aucun droit, ni le décharger de la solidité, ni par conséquent empêcher le créancier d'augmenter ses conclusions contre lui, et de lui demander le total de la dette. En cela, ce cas-ci diffère de la loi *Si creditores*, dans laquelle la volonté du dé-

Source : BIU Cujas

biteur qui paie sa part de la dette au créancier, qui veut bien s'en contenter, concourt avec celle du créancier pour la remise du surplus (1).

Lorsque le débiteur poursuivi pour le paiement de sa part, avant que le créancier ait augmenté ses conclusions contre lui, a payé sa part, ou seulement même offert de la payer, il me paraît qu'en ce cas il y a une entière parité de raison de décider, de même que dans le cas de la loi *Si creditores*, pour la décharge de la solidité. C'est pourquoi je pense que ces derniers termes de la loi 8, § 1, ff. *de Leg.* 1°, *idemque erit et si alter partem solvisset*, qui font un verset séparé dans ce paragraphe, doivent être restreints au cas d'un paiement volontaire fait sans que la quittance exprime que le créancier a reçu *pour sa part*, et ils ne doivent pas s'entendre d'un paiement fait en conséquence d'une poursuite contre le débiteur pour le paiement *de sa part*.

Pareillement, lorsque, sur la demande du créancier contre l'un des débiteurs solidaires pour le paiement *de sa part*, il est intervenu sentence qui le condamne à payer sa part, le creancier ne peut plus lui demander le surplus : la sentence de condamnation supplée à cet égard à la volonté du débiteur pour l'acceptation de la remise du surplus ; *cùm in judiciis quasi contrahamus, et judicatum quamdam novationem inducat.* C'est l'avis de Bacquet, *ibid.*, n° 247.

278. Lorsqu'il y a plus de deux débiteurs solidaires, la quittance donnée à l'un d'eux d'une somme, avec l'expression que c'est pour le paiement *de sa part*, décharge-t-elle de la solidité tous les débiteurs, ou seulement celui à qui elle est donnée?

Les docteurs ont été encore partagés sur cette question.

Les anciens docteurs tenaient l'affirmative, et se fondaient sur la loi *Si creditores*, ci-dessus citée. Pierre de l'Etoile, dit *Stella*, célèbre professeur de l'université d'Orléans, a été le premier, au rapport d'Alciat, *ad eamd Leg.* qui ait tenu la négative.

Son sentiment paraît être le meilleur, et le plus conforme aux principes du droit.

La loi *Si creditores*, bien entendue, n'y est pas contraire. Cette loi est fondée sur une convention qu'on présume tacitement intervenue pour la décharge de la solidité, entre le créancier et celui des débiteurs à qui il a donné la quittance. Or, c'est un des principes de droit les plus constants « que les conventions ne peuvent faire acquérir de droit qu'entre les parties entre qui elles interviennent » (*suprà*, n° 85 *et seq.*) : d'où il suit que celle-ci n'a pu procurer la décharge de la solidité qu'au débiteur à qui le créancier a donné la quittance, qui est le seul avec qui il a traité, et qu'elle n'a pu le procurer aux autres débiteurs, avec lesquels le créancier n'a eu à cet égard aucune convention : la bonté que le créancier a eue pour l'un de ses débiteurs, en l'admettant à payer la dette pour sa part seulement, ne doit pas lui être préjudiciable vis-à-vis des autres : *Bonitas creditoris*, dit Alciat, *ad hanc L. non debet esse ei captiosa.*

La loi *Si creditores*, sur laquelle se fondent les anciens docteurs, n'a aucun rapport à cette question : il y a même apparence que dans l'espèce de cette loi, il n'y avait que deux débiteurs solidaires; s'il y en avait eu plusieurs, l'Empereur aurait dit : *Rector providebit ne unus pro cæteris exigatur.* Ces termes, *ne alter pro altero exigatur*, désignent deux débiteurs seulement, et s'entendent en ce sens, *ne alter qui solvit, pro altero qui nondùm solvit, exigatur* (2).

Cette décision doit être suivie, avec ce tempérament, que si, parmi les débiteurs qui restent, il y en avait quelqu'un d'insolvable, ces débiteurs devraient être déchargés de la part que celui qui a été déchargé de la solidité, aurait

---

(1) Il ne peut plus y avoir de doute aujourd'hui. *V.* 1211, dernier alinéa.

(2) *V.* art. 1211, 1er alinéa, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 131, note 2.

Source : BIU Cujas

portée de l'insolvabilité : car, s'ils ne devaient pas profiter de cette décharge, elle ne doit pas leur préjudicier (1). Il faut néanmoins avouer que Bacquet, *ibid.*, n° 245, après avoir dit que l'opinion de l'Etoile lui paraît équitable, avoue que l'opinion contraire, qui est celle des anciens docteurs, est suivie au Châtelet de Paris ; mais je crois que c'est une erreur qu'il faut réformer, si elle ne l'a déjà été.

Lorsque le créancier a fait condamner l'un des débiteurs solidaires à payer *sa part* de la dette, on doit, suivant les mêmes principes, décider que cette sentence ne doit pas décharger de la solidité les autres débiteurs, *cùm res judicata aliis non prosit ;* et qu'ils peuvent seulement demander, dans le cas où il y aurait quelqu'un parmi eux d'insolvable, que le créancier leur fasse raison et déduction de la part que celui qu'il a déchargé aurait dû porter de cette insolvabilité.

279. Il nous reste une question, qui est de savoir si, lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires d'une rente, la quittance que le créancier a donnée à l'un d'eux d'une telle somme *pour sa part* des arrérages qui étaient lors échus, le décharge de la solidité pour l'avenir, ou seulement quant aux arrérages échus pour lesquels la quittance a été donnée?

Il faut décider qu'elle ne le décharge de la solidité que pour les arrérages échus, et pour lesquels la quittance a été donnée, et non pour l'avenir (2). Cette décision est fondée sur la principe ci-dessus établi, que *Nemo facilè præsumitur donare.* D'où il suit qu'on ne doit point tirer de la quittance donnée par le créancier, la conséquence qu'il a voulu décharger le débiteur de la solidité de la rente pour l'avenir, s'il n'y a nécessité de la tirer. Or, il n'y a aucune nécessité : car, de ce que le créancier a bien voulu permettre à ce débiteur de payer, *pour sa part*, les arrérages qui étaient échus, et pour lesquels il a donné quittance *pour sa part*, il s'ensuit seulement que le créancier a voulu le décharger de la solidité pour lesdits arrérages ; mais il ne s'ensuit nullement qu'il ait voulu le décharger de la solidité de la rente pour l'avenir. Ainsi le décide Alciat, *ad eamd. L.* Bacquet, *ibid.*, n° 246.

Néanmoins si, pendant le temps requis pour la prescription, c'est-à-dire, pendant un espace de trente ans (3), le débiteur avait toujours été admis à payer les arrérages *pour sa part*, ce débiteur aurait acquis par prescription la décharge de la solidité, même pour l'avenir ; *Alciat, Bacquet, ibid.* Mais en ce cas même, comme l'observe Bacquet, *ibid.*, ce débiteur n'aurait pas acquis le droit de racheter la rente seulement pour sa part : car, de ce que le créancier a bien voulu le décharger de la solidité de la prestation des arrérages, il ne s'ensuit nullement qu'il ait pareillement consenti à la division du rachat de sa rente (4).

---

(1) *V.* art. 1215, C. civ., ci-dessus, p. 430, note. 2.

(2) *V.* art. 1212, C. civ.

Art. 1212 : « Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la « portion de l'un des codébiteurs dans « les arrérages ou intérêts de la dette, « ne perd la solidarité que pour les « arrérages ou intérêts échus, et non « pour ceux à échoir, ni pour le capi- « tal, à moins que le paiement divisé « n'ait été continué pendant dix ans « consécutifs. »

(3) Aujourd'hui, dix ans. *V.* art. 1212, C. civ., note précédente.

(4) La rédaction de l'art. 1212, C. civ. (V. *ibid.*), semble supposer le contraire : car, après avoir dit que le créancier ne perdait pas la solidarité *pour les arrérages à échoir ni pour le* CAPITAL, on ajoute : à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs : ce qui signifie bien évidemment, que, si le paiement divisé a été continué pendant dix ans consécutifs, alors le créancier a perdu la solidarité tant pour les arrérages à échoir que pour le *capital*. Or, que signifie perdre la solidarité pour le *capital;* si ce n'est que le débiteur aura le droit de racheter partiellement ou d'éteindre la rente pour sa part?

Source : BIU Cujas

§ V. *De la cession des actions du créancier, qu'a droit de demander un débiteur solidaire qui paie le total.*

280. Le débiteur solidaire qui paie le total, peut n'éteindre absolument la dette que pour la part qu'il est tenu de payer pour soi, et sans recours (1). (Voy. *suprà*, n° 264.) Il a le droit de se faire céder les actions du créancier pour le surplus contre ses débiteurs; et au moyen de cette cession d'actions, il est censé en quelque façon plutôt acheter la créance du créancier pour le surplus contre ses codébiteurs, que l'avoir acquittée : *Creditor non in solutum accepit, sed quodammodo nomen creditoris vendidit* (2); L. 36, ff. *de Fidejus.*

---

(1) Ce qui n'aurait lieu qu'au cas prévu par l'art. 1216 (V. ci-dessus, p. 123, note 2), en supposant le paiement effectué par celui qui, en réalité, était le seul débiteur.

(2) Voilà un de ces fragments dont il est facile d'abuser : et nous croyons qu'on en a en effet tiré des conséquences fort exagérées. Il ne sera pas inutile de mettre ce texte en entier sous les yeux du lecteur.

Mais auparavant il faut savoir que, lorsqu'il y avait plusieurs fidéjusseurs d'un même débiteur, et que l'un d'eux avait payé le total de la dette, il n'avait pas de recours contre les autres cofidéjusseurs, il ne pouvait agir que contre le débiteur *actione mandati ;* si donc le débiteur était insolvable, le fidéjusseur qui avait payé supportait en définitive lui seul toute la perte.

Voilà un résultat qui parut inique ; aussi les jurisconsultes romains, non moins ingénieux que partisans de l'équité, cherchèrent-ils à éviter cet inconvénient, et pour cela ils supposèrent une espèce de cession d'actions que le créancier aurait faite à celui de qui il avait reçu le paiement.

Cela posé, voici comment s'exprime le jurisconsulte Paul dans cette loi 36, ff. *de Fidej.* : « *Cum is, qui et reum,* « *et fidejussores habens, ab uno ex* « *fidejussoribus acceptâ pecuniâ præ-* « *stat actiones, poterit quidem dici* « *nullas jam esse, cum suum perce-* « *perit, et perceptione omnes liberati* « *sunt :* » oui, sans doute, on pourrait dire cela, et on aurait raison : ce langage serait parfaitement conforme aux principes qui veulent que le paiement fait, même par un fidéjusseur, éteigne toute la dette, libère en conséquence tous ceux qui en étaient tenus, soit principalement, soit accessoirement : donc, le créancier n'ayant plus de droit, n'en pouvait plus céder : *cum nulla actio superfuerit.*

Voilà précisément ce qui effraie le jurisconsulte : alors, préférant l'équité à la rigueur du principe, il s'empresse d'ajouter : « *Sed non ità est, non enim* « *in solutum accepit* » (ici commence la fiction, c'est-à-dire le contraire de la vérité) « *sed* QUODAMMODO *nomen* « *debitoris vendidit, et ideò habet ac-* « *tiones quia tenetur ad ipsum, ut* « *præstet actiones.* »

On trouvera le même raisonnement dans la loi 76, ff. *de Solutionibus* avec des circonstances et des détails plus précis.

Mais, en vérité, tout cela est-il donc bien raisonnable et bien fondé ? Il est permis d'en douter.

Le codébiteur, tenu personnellement du total, qui paie sa dette, a-t-il donc la pensée d'acheter une créance ? Le créancier qui reçoit ce qui lui est dû, entend-il vendre ? Y aura-t-il entre eux des discussions sur le montant du prix ? Y a-t-il spéculation, intention de réaliser un gain ? Non, évidemment non : le débiteur veut et entend payer, le créancier reçoit ce qui lui est dû : *it* SOLUTUM *accepit*, quoi qu'en dise Paul.

Aujourd'hui, puisque notre loi, fort équitable en cette matière, admet le recours de celui qui a payé, contre les coobligés, et qu'attendu les circonstances dans lesquelles le paiement a eu lieu, cette même loi accorde les priviléges et hypothèques de la dette primitive à la dette nouvelle, à quoi bon recourir à cette fiction de vente et d'achat de créance ?

Source : BIU Cujas

Le créancier ne peut refuser cette subrogation ou cession de ses actions au débiteur solidaire qui paie le total, lorsqu'il la lui demande : et même s'il était mis hors d'état de pouvoir les céder contre quelqu'un (1), il donnerait atteinte à son droit de solidité, comme il a été dit *suprà*.

Il y a plus : lorsque le débiteur a, par l'acte de paiement, requis la subrogation, quand même le créancier la lui aurait expressément refusée, le débiteur, selon nos usages, ne laisse pas de jouir de cette subrogation, sans être obligé de poursuivre le créancier pour le contraindre à la lui accorder. La loi supplée en ce cas à ce que le créancier aurait dû faire, et subroge elle-même le débiteur qui a requis la subrogation, en tous les droits et actions du créancier (2).

Quid, si le débiteur avait payé sans requérir la subrogation ?

Il ne pourrait plus par la suite se faire subroger aux actions du créancier : car le paiement pur et simple qu'il aurait fait, ayant éteint entièrement la créance et toutes les actions et droits qui en résultent, on ne peut plus par la suite lui céder ce qui n'existe plus (3) : *Si post solutum, sine ullo pacto, omne quod ex causâ tutelæ debetur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil eâ cessione actum, cùm nulla actio superfuit;* L. 76, ff. *de Solut.*

Les docteurs, entre autres textes de droit, ont coutume de citer cette loi, pour décider que la subrogation ne se fait pas de plein droit, si elle n'est requise par le paiement que fait le débiteur solidaire, ou une caution, ou quelque autre personne que ce soit, qui paie ce qu'elle doit pour d'autres, ou avec d'autres; et ce texte paraît effectivement le décider en termes assez formels.

Néanmoins Dumoulin, en la première de ses leçons solennelles qu'il fit à Dole, a prétendu, contre le sentiment de tous les docteurs, qu'un codébiteur solidaire, une caution, et généralement tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres, étaient, en payant, subrogés de plein droit, quoiqu'ils n'eussent pas requis la subrogation (4). Sa raison était qu'ils doivent toujours être présumés n'avoir payé qu'à la charge de cette subrogation qu'ils avaient droit d'exiger, personne ne pouvant être présumé négliger ses droits, et y renoncer. Il prétend que cette loi 76 n'est pas, comme tous l'ont pensé, dans l'espèce d'un tuteur qui a payé le reliquat qu'il devait solidairement avec ses cotuteurs, sans demander la subrogation contre eux; mais qu'elle est dans l'espèce d'un ami d'un tuteur, qui avait payé pour lui, et qui n'était pas obligé à la dette.

Dumoulin prétend que ce n'est que dans ce cas qu'il n'y a pas de subrogation, lorsque la quittance n'en fait pas mention; parce que, en ce cas, le créan-

---

(1) *V.* art. 2037, C. civ.

Art. 2037 : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux « droits, hypothèques et priviléges du « créancier, ne peut plus, par le fait « de ce créancier, s'opérer en faveur « de la caution. »

(2) *V.* art. 1251, § 3, C. civ.

Art. 1251 : « La subrogation a lieu « de plein droit : — 1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, « paie un autre créancier qui lui est « préférable à raison de ses priviléges « ou hypothèques; — 2° Au profit de « l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au « paiement des créanciers auxquels « cet héritage était hypothéqué; — « 3° Au profit de celui qui, étant tenu « avec d'autres ou pour d'autres au « paiement de la dette, avait intérêt de « l'acquitter; — 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses « deniers les dettes de la succession. »

(3) Puisque la loi nouvelle donne de droit la subrogation, cette décision de Pothier ne doit plus avoir lieu aujourd'hui.

(4) C'est la doctrine consacrée par le Code, art. 1251, § 3°, ci-dessus, note 2.

Source : BIU Cujas

cier n'étant pas obligé de céder ses actions, on ne peut supposer cette cession d'actions en ce cas, si elle n'est expressément convenue : mais toutes les fois que celui qui a payé avait intérêt de payer, et avait droit par conséquent de se faire subroger aux actions du créancier contre ceux pour qui ou avec qui il était débiteur de ce qu'il a payé (1), il doit toujours, dit Dumoulin, être censé avoir été subrogé, quoiqu'il n'ait pas requis la subrogation,

Il fonde son opinion principalement sur la loi 1, § 13, ff. *de Tut. et rat.* qu'il entend dans un sens tout différent de celui dans lequel ce texte a toujours été entendu. Il est dit : *Si fortè quis ex facto alterius tutoris condemnatus præstiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatæ sunt actiones, constitutum est à D. Pio et ab Imperatore nostro et patre ejus, utilem actionem tutori adversùs cotutorem dandam :* au lieu que le texte s'entend ordinairement de l'action *utilis negotiorum gestorum,* que ces constitutions accordent en ce cas au tuteur contre ses cotuteurs; laquelle action avait fait difficulté, parce que ce tuteur en payant ce qu'il était condamné en son propre nom, *non cotutoris, sed magis proprium negotium gessisse videbatur.*

Dumoulin, au contraire, entend ce texte de l'action de tutelle que le mineur avait contre l'autre tuteur, qui est appelée *utilis,* parce que la loi, *utilitate ita suadente,* à défaut d'une cession expresse, y subroge le tuteur qui a payé.

Cette opinion de Dumoulin n'a pas prévalu, et l'on a continué d'enseigner dans les écoles et de pratiquer au barreau qu'un codébiteur solidaire, de même que les cautions, et tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient avec d'autres ou pour d'autres, n'étaient subrogés aux actions du créancier que lorsqu'ils avaient requis la subrogation.

La raison est que, suivant un principe avoué par Dumoulin lui-même, il ne se fait pas de subrogation de plein droit, à moins que la loi ne s'en explique : *Non transeunt actiones, nisi in casibus jure expressis.* Or, Dumoulin ne peut trouver aucun texte de droit qui établisse en ce cas la subrogation : la loi 1, § 13, ff. *de Tut. et rationib. distr.* qui est le principal fondement de son opinion, ne l'établit point, n'y ayant aucune nécessité d'entendre ce texte dans le sens que Dumoulin l'entend d'une action *utilis tutelæ,* à laquelle le tuteur qui a payé soit subrogé; et ce texte peut s'entendre, dans un sens beaucoup plus naturel, de l'action *utilis negotiorum gestorum.* Bien loin donc que ce texte établisse que la subrogation se fait en ce cas de plein droit, au contraire, il suppose qu'elle ne se fait pas.

C'est aussi le sens naturel que présente la loi 76, ff. *de Solut.* Celui que Dumoulin donne à cette loi ne l'est point du tout. La loi 39, ff. *de Fidej.* et la loi 11, Cod. *eod tit.* souffrent encore moins de réplique. Ces lois décident que le fidéjusseur qui a manqué, en payant, de se faire subroger, n'a pas d'action contre ses cofidéjusseurs : ce qui suppose bien clairement qu'il n'est pas subrogé de plein droit sans requérir la subrogation; car, s'il l'était, il aurait été inutile de consulter l'empereur Alexandre, pour savoir s'il avait une action.

En vain dit-on, pour l'opinion de Dumoulin, que le débiteur solidaire ayant le droit de se faire subroger aux actions du créancier contre ses codébiteurs, ne doit pas être présumé avoir renoncé à ce droit, personne n'étant présumé renoncer à ses droits. La réponse est, que ce droit consistant dans une simple faculté qu'il a de requérir la subrogation, dont il peut user ou ne pas user, il ne suffit pas qu'il ne soit pas présumé avoir renoncé à son droit; il faut qu'il paraisse avoir usé de cette faculté; ce qui ne paraît pas, s'il ne l'a point déclaré. Le débiteur qui paie, ayant un autre motif pour payer que d'acquérir la subrogation, savoir, celui d'éviter les contraintes du créancier, et de libérer sa personne et ses biens; le paiement qu'il fait sans requérir la subrogation,

---

(1) Voilà bien évidemment où a été prise la rédaction de l'art. 1251, § 3°, C. civ. *Voyez* ci-dessus, p. 137, note 2.

Source : BIU Cujas

établit seulement qu'il a voulu se libérer, et non pas qu'il a voulu acquérir la subrogation. D'ailleurs, quand on supposerait une volonté de l'acquérir, cette volonté gardée au dedans de lui ne serait pas suffisante; son droit consistant dans la faculté de la requérir, la subrogation ne peut avoir lieu qu'il ne l'ait requise. Il est vrai que la loi l'accorde au défaut du créancier : mais pour qu'on puisse dire que c'est au défaut du créancier, il faut que le créancier ait été mis en demeure de l'accorder, par la réquisition qui lui en doit être faite.

C'est par ces raisons que les auteurs modernes ont continué de suivre l'opinion commune.

Renusson, *Traité des Subrogations*, ch. 7, n° 68, et ch. 9, n° 7, tient cette dernière opinion : elle a été suivie aussi par la jurisprudence des arrêts. Il y en a un du 26 août 1706, rapporté au 5e tome du *Journal des Audiences*, qui a jugé qu'une caution ayant payé sans requérir la subrogation, n'était pas subrogée aux actions du créancier, et qu'en conséquence elle n'avait aucune action contre la femme du débiteur qui s'était obligée envers le créancier à réintégrer son mari en prison, ou à payer pour lui (1).

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels la subrogation a lieu de plein droit (2). *Voy.* notre *Introduction au titre* 20 *de la coutume d'Orléans*, ch. 1, sect. 5.

281. Le débiteur solidaire qui, en payant, a requis la subrogation, est, pour le surplus de ce dont il était débiteur pour soi-même et sans recours, subrogé aux actions du créancier, non-seulement contre ses codébiteurs, mais contre leurs cautions, s'ils en ont donné au créancier : il est subrogé à tous les priviléges, et à tous les droits d'hypothèque attachés aux actions du créancier; et il peut les exercer même contre les tiers, comme l'aurait pu le créancier, dont il est le *procurator in rem suam* (3).

Lorsqu'il y a plusieurs codébiteurs, comme par exemple, lorsqu'une obligation a été contractée solidairement par quatre particuliers, c'est une question controversée entre les docteurs, si l'un des quatre, qui a payé le total de la créance, avec subrogation, peut agir solidement contre chacun de ses codébiteurs, sous la déduction seulement du quart dont il était tenu pour soi-même, et pour lequel il n'a pu être subrogé; ou s'il ne peut agir contre chacun d'eux que pour leur quart ?

La question a été jugée anciennement pour la première opinion.

Effectivement, il semble d'abord que le débiteur étant, par subrogation, le *procurator in rem suam* du créancier, il peut exercer les actions du créancier solidairement contre chacun des débiteurs, de la même manière que le créancier le pourrait lui-même.

Néanmoins, les nouveaux arrêts ont jugé pour la deuxième opinion. L'auteur du *Journal du Palais*, t. 1, p. 615 de l'édition de 1701, en rapporte un du 22 février 1650, qui a été suivi d'un autre du 5 septembre 1674.

La raison est qu'autrement il se ferait un circuit d'actions : car celui de mes codébiteurs à qui j'aurais fait payer le total de la créance, ma part déduite, aurait droit, en payant, d'être pareillement subrogé aux actions du créancier,

---

(1) *V.* art. 2029, C. civ.

Art. 2029 : « La caution qui a payé « la dette, est subrogée à tous les droits « qu'avait le créancier contre le débi- « teur. »

(2) *V.* art. 1251, C. civ., ci-dessus, p. 137, note 2.

(3) *V.* art. 1252, C. civ.

Art. 1252 : « La subrogation établie « par les articles précédents (1249, « 1250 et 1251) a lieu tant contre les « cautions que contre les débiteurs : « elle ne peut nuire au créancier lors- « qu'il n'a été payé qu'en partie; en ce « cas, il peut exercer ses droits, pour « ce qui lui reste dû, par préférence à « celui dont il n'a reçu qu'un paiement « partiel. »

Source : BIU Cujas

sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu ; et en vertu de cette subrogation, il aurait droit d'exiger de moi, sous la déduction de sa part, ce qu'il m'aurait payé, puisque je suis tenu moi-même de la solidité. Je ne pourrais pas dire, pour me défendre de ce circuit, que je ne suis plus débiteur, ayant payé le créancier ; car, au moyen de la subrogation, le paiement que j'ai fait n'a éteint la dette que pour la part dont j'en étais tenu pour moi-même, et non pour le surplus : au moyen de la subrogation, j'ai plutôt acquis la créance du créancier pour le surplus, que je ne l'ai acquittée. Mais étant remboursé par mon codébiteur qui aurait aussi requis la subrogation, cette créance pour le surplus, et sous la déduction de la part dont il est lui-même tenu, passerait en la personne de ce codébiteur : ce ne serait plus moi, mais lui qui serait le *procurator in rem suam* du créancier, et qui, en cette qualité, aurait droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce surplus, et de me faire rendre ce qu'il m'a payé (1).

Lorsqu'ayant payé le total avec subrogation, il se trouve entre mes codébiteurs quelqu'un qui est insolvable, et de qui je ne puis recouvrer la part pour laquelle il est tenu de la dette, cette insolvabilité doit se répartir entre ceux qui sont solvables et moi ; l'équité ne permet pas qu'ayant acquitté seul la dette commune, je porte seul cette insolvabilité (2).

§ VI. *Des actions que le débiteur solidaire qui a payé sans subrogation, peut avoir de son chef contre ses codébiteurs.*

282. Quoiqu'un débiteur solidaire ait omis, en payant, de requérir la subrogation, il n'est pas néanmoins dépourvu de tout recours, et il a de son chef contre chacun de ses codébiteurs une action pour répéter la part dont chacun desdits codébiteurs est tenu de la dette.

Cette action est différente, selon les différentes causes d'où procède la dette.

Lorsque la dette solidaire est contractée par plusieurs personnes pour une affaire commune ; comme lorsque plusieurs personnes ont fait en commun l'acquisition d'un héritage, au paiement du prix duquel ils se sont obligés solidairement ; ou lorsqu'elles ont emprunté une somme qu'elles ont employée à des affaires communes, ou qu'elles ont partagée entre elles, et à la restitution de laquelle elles se sont obligées solidairement ; dans ces cas et autres semblables, celui des débiteurs solidaires qui a payé le total, a contre chacun de ses codébiteurs l'action *pro socio*.

Il a cette action contre chacun d'eux pour la part que chacun d'eux a eue à l'affaire commune qui a donné lieu à cette dette, chacun d'entre eux devant être tenu de la dette pour cette part.

Si quelqu'un d'entre eux était insolvable, celui qui a payé le total, a en outre action contre chacun de ceux qui sont solvables, pour être payé de ce que chacun d'eux doit porter de cette insolvabilité ; et chacun d'eux en doit porter au *prorata* de la part qu'il a eue dans la société : car l'insolvabilité d'un

---

(1) Toute cette doctrine est très difficile à comprendre, en partant du principe d'une vente ou cession d'action.

Au contraire, rien de plus clair, lorsqu'on voit dans le paiement ce qui y est en effet, l'extinction de la dette primitive, et la naissance d'une dette nouvelle fondée sur le profit que les autres codébiteurs ont retiré de cette opération.

(2) *V.* art. 1214, C. civ.

Art. 1214 : « Le codébiteur d'une « dette solidaire, qui l'a payée en en- « tier, ne peut répéter contre les au- « tres que les part et portion de cha- « cun d'eux. — Si l'un d'eux se trouve « insolvable, la perte qu'occasionne « son insolvabilité, se répartit, par « contribution, entre tous les autres « codébiteurs solvables et celui qui a « fait le paiement. »

Source : BIU Cujas

associé est une perte pour la société ; cette perte doit tomber par conséquent sur chacun des associés, pour la part qu'il a dans la société.

Ceci s'éclaircira par un exemple. *Finge.* Six personnes, Pierre, Paul, Jacques, André, Jean et Thomas acquièrent une partie de marchandises ensemble, pour la somme de 1,000 livres, au paiement duquel prix ils s'obligent solidairement envers le vendeur. Par le partage qu'ils en font entre eux, Pierre prend la moitié pour son compte, en se chargeant de la moitié du prix ; les cinq autres partagent l'autre moitié par égales portions. Thomas paie au créancier tout le prix sans subrogation ; André est insolvable. Thomas, qui a payé la dette en entier, a recours contre ses codébiteurs solvables : 1° pour la part dont chacun d'eux était tenu dans la dette, savoir : contre Pierre pour 500 liv., et contre Paul, Jacques et Jean pour chacun 100 liv. ; et de plus il aura recours contre chacun desdits quatre codébiteurs solvables, pour la portion que chacun d'eux doit porter dans celle de l'insolvable, suivant la répartition qui en devait être faite entre eux, au *prorata* de ce dont chacun était tenu de la dette. Ainsi la portion dont Pierre est tenu de la dette, étant quintuple de celle dont chacun des autres débiteurs en est tenu, il doit porter dans les 100 liv., portion de l'insolvable, une part qui soit le quintuple de celle que chacun des autres débiteurs solvables en doit porter ; et, pour cet effet, il faut diviser cette somme de 100 liv. en neuf parts ou neuvièmes, ce qui fait pour chaque neuvième 11 liv. 2 den. et deux neuvièmes de denier. Pierre en doit porter cinq neuvièmes, qui montent à 55 liv. 1 sou. Thomas, qui a acquitté la dette, aura donc encore recours contre Pierre pour 55 liv. 1 sou, et contre chacun des trois autres, Paul, Jacques et Jean, pour 11 liv. 2 den. ; et il fera confusion sur lui du restant.

Lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée par plusieurs qui sont obligés solidairement, ne concerne que l'un d'entre eux, quoiqu'ils soient tous vis-à-vis du créancier débiteurs principaux, néanmoins entre eux, celui que l'affaire concerne est le seul débiteur principal, et les autres sont comme ses cautions.

Par exemple, si Pierre, Jacques et Jean empruntent une somme d'argent, qu'ils s'obligent solidairement de rendre, et que Pierre ait retenu la somme d'argent, Pierre est vis-à-vis de ses codébiteurs le seul débiteur principal : si c'est lui qui a acquitté la dette, il n'a aucun recours contre ses codébiteurs, qui ne se sont rendus débiteurs avec lui que pour lui faire plaisir. Au contraire, si c'est Jacques qui a acquitté la dette, Jacques aura l'action *mandati* contre Pierre, pour la répéter en entier de lui ; de même qu'une caution a l'action *mandati* contre le débiteur principal, lorsqu'elle a acquitté la dette (1).

---

(1) Tout ce que dit Pothier dans ce paragraphe, nous paraît avoir guidé les rédacteurs du Code pour les articles 1214 (*V.* note précédente), 1215 et 1216. On n'aperçoit plus l'idée d'une vente ou cession, ce qui serait fort inutile : il y a paiement ; l'équité ne permet pas que les autres codébiteurs restent étrangers à ce qu'il en a coûté pour obtenir la libération, c'était leur dette, comme celle de celui qui a payé, et puisqu'il a payé par nécessité, il aura les garanties de l'ancienne créance : voilà toute la théorie de la loi nouvelle.

Art. 1215 : « Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier. »

Art. 1216 : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions. »

Source : BIU Cujas

Mais en cas d'insolvabilité de Pierre, Jacques, qui a payé le total, aura-t-il action contre Jean pour en répéter de lui la moitié ?

Cela dépend de la décision de la question, « si le fidéjusseur a action contre ses cofidéjusseurs (1) ». *Voyez* cette question *infrà*, ch. 6, sect. 7, art. 4.

Lorsque la dette solidaire a pour cause une donation, *putà*, lorsque deux ou trois personnes ont par contrat de mariage donné à quelqu'un une certaine somme, qu'elles se sont obligées solidairement de lui payer, et que l'une d'elles a payé le total, il ne peut pas, en ce cas, y avoir lieu à l'action *pro socio* contre les codébiteurs : car on peut bien contracter société en achetant ensemble, en vendant ensemble, mais non pas en donnant ensemble, la société étant par sa nature un contrat qui se fait *lucri in commune quærendi causâ*. L'action qu'a, en ce cas, contre ses codébiteurs celui qui a payé le total, est l'action *mandati* : car, dans cette espèce, chacun des donateurs n'est donateur et débiteur pour lui-même que de sa part. Il l'est du surplus pour ses codonateurs, comme leur caution et leur mandataire ; il a par conséquent contre eux pour ce surplus l'action *mandati*, telle que l'a une caution.

Lorsque la dette solidaire procède d'un délit, *putà*, lorsque plusieurs ont été condamnés solidairement envers quelqu'un au paiement d'une certaine somme pour la réparation civile d'un délit qu'ils ont commis ensemble ; celui qui a payé le total ne peut avoir contre ses codébiteurs, ni l'action *pro socio*, ni l'action *mandati* : *Nec enim ulla societas maleficiorum* ; L. 1, § 14, ff. *Tut. et rat.*—*Nec societas, aut mandatum flagitiosæ rei ullas vires habet*, L. 35, § 2, *contrah. empt.*—*Rei turpis nullum mandatum est* ; L. 6, § 3, ff. *Mand.* Selon les principes scrupuleux des jurisconsultes romains, le débiteur qui a payé le total, n'a, en ce cas, aucun recours contre ses codébiteurs.

Notre pratique française, plus indulgente, accorde, en ce cas, une action à celui qui a payé le total, contre chacun de ses codébiteurs, pour répéter de lui sa part. (*Voyez* Papon, L. 24, t. 12, n° 4.) Cette action ne naît pas du délit qu'ils ont commis ensemble ; *nemo enim ex delicto consequi potest actionem* ; elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette qui lui était commune avec ses codébiteurs, et de l'équité, qui ne permet pas que ses codébiteurs profitent à ses dépens de la libération d'une dette dont ils étaient tenus comme lui. C'est une espèce d'action *utilis negotiorum gestorum* (2), fondée sur les mêmes raisons d'équité sur lesquelles est fondée l'action que nous donnons dans notre jurisprudence au fidéjusseur qui a payé contre ses cofidéjusseurs. *Voyez* ce qui en est dit *infrà*, ch. 6, sect. 7, art. 4.

---

(1) *V.* art. 2033, C. civ.

Art. 2033 : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ; — Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent. (*V.* cet article ci-après.) »

Art. 2032 : « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée : —1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ; —2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ; —3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; —4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; —5° 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 tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. »

(2) Voilà le véritable principe de l'action récursoire au profit de celui qui a payé, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres : il a fait leur affaire, il les a libérés à ses dépens, ils doivent coopérer à cette dépense.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE IV.

De quelques espèces particulières d'obligations considérées par rapport aux choses qui en sont l'objet.

Entre les divisions des obligations par rapport aux choses qui en sont l'objet, que nous avons rapportées *suprà*, ch. 1, § 3, nous avons dit qu'il y avait des obligations d'une chose certaine, comme d'*un tel cheval*, et des obligations d'une chose incertaine et indéterminée d'un certain genre, *putà*, celle d'*un cheval* indéterminément.

Nous avons dit aussi qu'il y avait des *obligations divisibles*, et d'autres *indivisibles*.

Nous traiterons ici, dans une première section, de l'espèce particulière d'obligation d'*une chose indéterminée d'un certain genre;* dans une seconde section, des *obligations divisibles et indivsiibles*.

SECT Ire. — DE L'OBLIGATION D'UNE CHOSE INDÉTERMINÉE D'UN CERTAIN GENRE.

283. Ce qui est absolument *indéterminé* ne peut être l'objet d'une obligation ; *suprà*, n° 131.

Par exemple, si je vous ai promis de vous donner *quelque chose*, sans dire quoi, il ne résulte de cette promesse aucune obligation. Mais on peut contracter l'obligation d'une chose indéterminée d'un certain genre de choses; comme lorsqu'on s'oblige envers quelqu'un de donner *un cheval, un lit garni, une paire de pistolets*, sans déterminer *quel cheval, quel lit, quels pistolets*. L'individu qui fait l'objet de ces obligations est *indéterminé ;* mais le genre dans lequel cet individu est à prendre, est certain et déterminé : ces obligations sont indéterminées *quoad individuum*, quoiqu'elles aient *quoad genus* un objet déterminé (1).

Ces obligations sont plus ou moins indéterminées, suivant que le genre dans lequel la chose est à prendre, est plus ou moins général.

Par exemple, si quelqu'un s'est obligé de me donner *un cheval de ses haras*, l'obligation étant restreinte à ses haras, est moins indéterminée que s'il s'était simplement obligé à me donner *un cheval*.

Dans ces obligations, chacune des choses comprises sous le genre dans lequel la chose due est à prendre, est *in facultate solutionis*, pourvu qu'elle soit bonne, loyale et marchande, *sed non in obligatione :* car il n'y a, à la vérité, aucun individu que le débiteur ne puisse payer ; mais il n'y en a aucun proprement qui puisse lui être demandé.

Il y a bien une des choses de ce genre qui est due; car l'obligation doit avoir un objet : mais cette chose n'est aucun des individus *in concreto ;* c'est une chose de ce genre, considérée *in abstracto*, par une idée transcendante qui fait abstraction des individus qui composent le genre ; c'est une chose incertaine, indéterminée, qui ne se déterminera que par le paiement valable qui sera fait de l'un des individus.

Il est vrai que cette chose ainsi considérée, jusqu'à ce qu'elle soit déterminée par le paiement, est une chose qui ne subsiste que dans l'entendement : mais nous avons vu *suprà*, que des êtres intellectuels pouvaient être l'objet des obligations, les obligations étant elles-mêmes des êtres intellectuels.

---

(1) *V.* art. 1129, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 62, note 1.

Source : BIU Cujas

Cette idée que nous donnons après Dumoulin (*Tract. de Div. et Indiv.*, p. 2, *quæst.* 5), de l'objet de l'obligation d'une chose d'un genre certain, paraît plus naturelle et plus véritable que celle de ceux qui pensent que ces obligations ont pour objet tous les individus renfermés sous le genre, de manière que chacun de tous ces individus est dû, *non quidem determinatè*, mais sous une espèce d'alternative, sous cette espèce de condition, *si alia res ejus generis non solvatur.*

Il suit de ces principes : 1° que, lorsqu'une chose d'un certain genre est due indéterminément, le créancier n'est pas fondé à demander déterminément quelqu'une des choses comprises sous ce genre ; mais il doit demander en général et indéterminément une de ces choses.

Il suit : 2° que la perte des choses de ce genre qui survient depuis l'obligation, ne tombe pas sur le créancier : car les choses qui périssent ne sont pas celles qui lui étaient dues ; et il suffit qu'il en reste quelqu'une pour que l'obligation subsiste.

Observez néanmoins que, si le débiteur, pour s'acquitter de son obligation, avait offert au créancier une des choses de ce genre, bonne, loyale et marchande, et avait, par une sommation judiciaire, mis le créancier en demeure de la recevoir ; la perte qui arriverait depuis sur cette chose, devrait tomber sur le créancier, le débiteur ne devant pas souffrir de la demeure en laquelle le créancier a été ; la dette, d'indéterminée qu'elle était, ayant été, par les offres, déterminée à la chose offerte ; L. 84, § 3, ff. *de Leg.* 1°.

284. Sur les choses que le débiteur d'une chose d'un certain genre peut valablement offrir pour s'acquitter de son obligation, observez qu'il faut qu'elles soient bonnes et loyales (L. 33, *in fine*, ff. *de Solut.*), c'est-à-dire qu'elles n'aient aucun défaut notable.

Par exemple, celui qui est débiteur d'un cheval indéterminément, n'est pas recevable à offrir un cheval borgne, boiteux, galeux, poussif, etc., ni un cheval d'une vieillesse extrême. Au reste, pourvu que la chose n'ait aucun défaut notable, et qu'il en puisse transférer la propriété irrévocable au créancier, il peut donner telle chose qu'il voudra (1) ; L. 72, § 5, ff. *de Solut.*

285. Pourra-t-il donner une chose qui n'aurait pas pu être valablement promise au créancier envers qui l'obligation a été contractée ? .

Par exemple, si je me suis obligé à vous donner *un cheval* indéterminément, puis-je m'acquitter de mon obligation en vous donnant un cheval qui vous appartenait lors du contrat, et qui ayant été depuis par vous vendu, me serait parvenu ?

Dumoulin décide pour l'affirmative ; et en cela cette obligation diffère de celle par laquelle je vous aurais promis ce cheval sous l'alternative d'une autre chose ; car, dans ce dernier cas, mon obligation n'ayant pu subsister par rapport à une chose qui vous appartenait, il n'y avait que l'autre qui fût due ; et elle est par conséquent la seule que je puisse payer. Mais dans l'obligation d'un cheval indéterminément, aucun individu n'étant dû, et les chevaux n'étant tous qu'*in facultate solutionis*, plutôt qu'*in obligatione*, il suffit qu'au temps du paiement, le cheval que je vous donne pour m'acquitter de mon obligation, ne vous appartienne plus, et qu'il m'appartienne, pour qu'il puisse vous être valablement payé. C'est ce que décide nettement Marcellus en la Loi 72, § 4, ff. *de Solut. Ei qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his qui tunc stipulatori servierunt dando, promissor liberatur.*

---

(1) *V.* art. 1246, C. civ.

Art. 1246 : « Si la dette est d'une « chose qui ne soit déterminée que « par son espèce, le débiteur ne sera « pas tenu, pour être libéré, de la « donner de la meilleure espèce ; mais « il ne pourra l'offrir de la plus mau- « vaise. »

Source : BIU Cujas

Il faut néanmoins convenir que la Loi 66, § 3, ff. *de Leg.* 2°, qui est de Papinien, décide le contraire : *Quum duobus testamentis homo generatim legatur, qui solvente altero legatarii factus est, quamvis posteà sit alienatus, ab altero hœrede idem solvi non poterit, eademque ratio stipulationis est; hominis enim legatum, orationis compendio, singulos homines continet; utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ità frustrà solvitur cujus dominium posteà legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desierit.*

Dumoulin (*Tract. de Div. et Indiv.*, p. 2, n° 102), suivant l'usage dans lequel il est d'asservir les lois à ses décisions, donne la torture à cette loi.

Il dit que la décision de cette loi doit être restreinte dans son espèce particulière « de deux legs faits d'une chose d'un certain genre par deux testateurs à la même personne, ou de deux promesses gratuites d'une chose d'un certain genre, revêtues de la forme de la stipulation, faites par deux donateurs à une même personne : » que c'est par une raison particulière que, dans cette espèce, la même chose qui a été payée au légataire ou au donataire, en exécution du premier legs ou de la première donation, ne peut plus être payée en exécution de l'autre legs ou donation, *ne scilicet videretur offendi juris regula : Non possunt duæ causæ lucrativæ in eâdem re et in eâdem personâ concurrere;* mais qu'on ne doit pas faire de cette loi une décision générale : que, dans toutes les obligations d'une chose d'un certain genre, les choses de ce genre qui, lorsque l'obligation a été contractée, appartenaient à celui envers qui elle a été contractée, ou qui lui ont appartenu depuis, doivent être censées exceptées de cette obligation, et ne pouvoir en conséquence lui être payées, quoiqu'elles ne lui appartiennent plus. Enfin il dit que, dans cette loi, ces termes *hominis legatum, orationis compendio, singulos homines continet*, ne signifient pas que tous les esclaves du monde sont chacun *in obligatione legati*, sous cette condition, *si alius non solvatur;* mais qu'ils signifient seulement que tous les esclaves du monde sont *in facultate solutionis*, et que le legs ne peut être acquitté et exécuté *in singulis hominibus.*

Cette interprétation me paraît contraire au sens naturel du texte : j'aime mieux, en reconnaissant une vraie antinomie entre cette Loi et la Loi 72, comme l'ont reconnu Ant. Faber et Bachovius, abandonner la décision de Papinien, comme fondée sur le faux principe que l'obligation d'une chose d'un certain genre renferme, *alternatè et orationis compendio*, celle de tous les individus qui en sont susceptibles, et m'en tenir à la décision de Marcellus, en la Loi 72, § 4, ci-dessus citée, par les raisons ci-dessus rapportées.

Cujas, sur ces lois, a pris un parti diamétralement opposé à celui de Dumoulin : car, pour les concilier, et pour faire dire à Marcellus, dans la Loi 72, *de Solut.*, la même chose que dit Papinien en la Loi 66, ff. *de Leg.* 1°, il fait un changement dans le texte de cette Loi 66; mais la fin du paragraphe démontre la fausseté de cette innovation dans le texte, qui d'ailleurs est faite sans fondement (1).

285. Lorsque le débiteur d'une chose d'un certain genre a payé une certaine chose qu'il croyait par erreur être due déterminément, il en a la répétition, en offrant d'en donner une autre : car, n'ayant pas donné cette chose en paiement de son obligation d'une chose d'un certain genre, mais comme se persuadant faussement qu'il devait cette chose déterminément, il a payé ce qu'il ne devait pas, et par conséquent *locus est condictioni indebiti;* L. 32. § 3, ff. *de Cond. indeb.*

Sur l'indivisibilité de paiement des obligations d'un certain genre, voyez *infrà*, part. 3, chap. 1, art. 6, § 3.

---

(1) Il est bien inutile de chercher à concilier ces deux textes, et il est encore évident que la décision de Marcellus ne peut souffrir aucune difficulté.

Source : BIU Cujas

286. Soit que l'obligation soit *generis generalissimi*, comme lorsque quelqu'un s'est obligé de donner *un cheval* en général ; soit que l'obligation soit *generis subalterni, aut generis limitati*, comme lorsque quelqu'un s'est obligé de donner *un de ses chevaux*, tout ce que nous avons dit jusqu'à présent a lieu, pourvu que la convention ne contienne aucune clause qui ôte le choix au débiteur.

Mais lorsque, par une clause particulière de la convention, le choix est accordé au créancier ; comme, lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me donner *un des chiens de sa meute à mon choix* ; en ce cas, quoique cette convention renferme principalement l'obligation pure et simple d'un chien indéterminé, néanmoins on peut dire aussi qu'en vertu de la clause qui m'accorde le choix, chacun des chiens de la meute du débiteur m'est dû, sous une espèce de condition, au cas que je le choisisse ; puisqu'en vertu de cette clause, il n'y en a aucun que je n'aie droit d'exiger. C'est pourquoi le débiteur est, en ce cas, obligé de me les conserver tous jusqu'à ce que j'aie fait mon choix ; il ne peut jusqu'à ce temps, sans contrevenir à son obligation, disposer d'aucuns ; *Arg.* L. 3, ff. *qui et à quib. man. Si indistinctè homo sit legatus, non potest hæres, quosdam manumittendo, evertere jus electionis ; nam quodammodo singuli sub conditione legati videntur.*

On ne peut pas dire de même, lorsque le débiteur a le choix, que chaque individu est compris dans l'obligation, au cas que le débiteur choisisse de le donner plutôt que les autres ; car ce n'est pas dans la faculté de payer une chose plutôt que d'autres, mais dans le droit de l'exiger, que consiste l'obligation (1). C'est la différence qu'établit Dumoulin (*Tract. de Div. et Indiv.*, p. 2, nos 112, 113, 114), entre le cas auquel le choix est donné au créancier, et le cas auquel il est donné au débiteur.

SECT. II. — DES OBLIGATIONS DIVIDUELLES ET DES OBLIGATIONS INDIVIDUELLES.

ART. Ier. — Quelles obligations sont dividuelles, et quelles obligations sont individuelles.

§ Ier. *Qu'est-ce qu'une obligation dividuelle, et une obligation individuelle.*

287. Une *obligation dividuelle* est celle qui peut se diviser. Une *obligation individuelle* est celle qui ne peut se diviser.

Une obligation n'en est pas moins *dividuelle* quoiqu'elle soit actuellement indivisée ; car il suffit, pour qu'elle soit dividuelle, qu'elle *puisse* se diviser (2) ; Molin., *Tract. de Div. et Indiv.*, p. 3, no 7 et seq.

Par exemple, lorsque j'ai contracté seul envers vous l'obligation de vous payer une somme de mille écus, cette obligation est indivisée ; mais elle est dividuelle, parce qu'elle peut se diviser, et qu'elle se divisera en effet entre mes héritiers, si j'en laisse plusieurs, et que je meure avant que de l'avoir acquittée.

Pareillement l'obligation solidaire que contractent plusieurs personnes de payer à quelqu'un une somme de dix écus, n'en est pas moins une obligation dividuelle. L'effet de la solidité est qu'elle ne soit pas actuellement divisée entre les débiteurs solidaires ; mais leur obligation n'en est pas moins une

(1) Ce qui est vrai, car la dette est le corrélatif de la créance ; mais il faut convenir que tout cela est bien subtil.

(2) *V.* art. 1217, C. civ.

Art. 1217 : « L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour « objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de « division, soit matérielle, soit intellectuelle. »

Source : BIU Cujas

obligation dividuelle, parce qu'elle peut se diviser, et qu'elle se divisera en effet entre leurs héritiers (1).

288. Il faut voir à présent quelles sont les obligations qui peuvent se diviser, et quelles sont celles qui ne le peuvent pas.

Une obligation peut se diviser et est *dividuelle*, lorsque la chose due qui en fait et la matière et l'objet, est susceptible de division et de parties pour lesquelles elle puisse être payée; et au contraire l'obligation est *individuelle* et ne peut se diviser, lorsque la chose due n'est pas susceptible de division et de parties, et ne peut être payée que pour le total.

La division dont il est ici question, n'est pas la division physique qui consiste *in solutione continuitatis*, telle que celle d'une planche qu'on scie en deux; mais c'est une division *civile* et propre au commerce des choses.

Il y a deux espèces de *divisions civiles*: l'une qui se fait en parties réelles et divisées, l'autre qui se fait en parties intellectuelles et indivisées.

Lorsqu'on partage un arpent de terre en deux, en plantant une borne au milieu, c'est une division de la première espèce; les parties de cet arpent qui sont séparées l'une de l'autre par la borne, sont des parties réelles et divisées.

Lorsqu'un homme qui était propriétaire de cet arpent de terre, ou de quelque autre chose, meurt et laisse deux héritiers qui en demeurent propriétaires chacun pour une moitié indivisée, c'est une division de la seconde espèce. Les parties qui résultent de cette division, et qui appartiennent à chacun des héritiers, sont des parties indivises qui ne sont point réelles, et qui ne subsistent que *in jure et intellectu*.

Les choses qui ne sont pas susceptibles de la première espèce de division, ne laissent pas de l'être de la seconde.

Par exemple, un cheval, un plat d'argent, ne sont pas susceptibles de la première espèce de division; car ces choses ne sont pas susceptibles, sans la destruction de leur substance, de parties réelles et divisées; mais elles sont susceptibles de la seconde espèce de division, parce que ces choses peuvent appartenir à plusieurs personnes pour une partie indivisée.

Il suffit qu'une chose soit susceptible de cette seconde division, quoiqu'elle ne le soit pas de la première, pour que l'obligation de donner cette chose soit une obligation divisible.

C'est ce qui résulte de la loi 9, § 1, ff. *de Solut.*, où il est dit: *Qui Stichum debet, parte Stichi datâ, in reliquam partem tenetur*. Suivant ce texte, l'obligation de donner l'esclave *Stichus*, est une obligation divisible, puisqu'elle peut, au moins du consentement du créancier, s'acquitter pour partie, quoique cet esclave ne soit pas susceptible de la première division (2); Molin., *ibid.*, p. 1, n° 5, p. 2, nos 200 et 201.

Les choses indivisibles sont celles qui ne sont susceptibles ni de parties réelles, ni même de parties intellectuelles: tels sont la plupart des droits de servitudes prédiales, *quæ pro parte acquiri non possunt*.

L'obligation de donner une chose de cette nature, est une obligation indivisible; Molin., p. 2, n° 201.

289. La même règle que nous venons d'exposer pour juger si les obligations *in dando* sont divisibles ou indivisibles, doit aussi servir à l'égard des obligations *in faciendo vel in non faciendo*.

Plusieurs docteurs avaient pensé que ces obligations étaient indivisibles indistinctement: mais Dumoulin (*ibid.*, p. 2, nos 203 et seq.), a démontré qu'elles n'étaient pas moins divisibles que les obligations *in dando*, à moins que le fait

(1) *V.* art. 1219, C. civ.

Art. 1219: « La solidarité stipulée « ne donne point à l'obligation le ca « ractère d'indivisibilité. »

(2) *V.* la définition donnée par l'art. 1217, C. civ. (ci-dessus, p. 146, note 2,) qui n'est que le résumé de tout ce numéro de Pothier.

Source : BIU Cujas

qui en est l'objet ne fût de nature à ne pouvoir s'acquitter par partie, comme lorsque je me suis obligé à bâtir une maison, etc. Mais si le fait qui est l'objet de l'obligation peut être acquitté par partie, comme si je me suis obligé à vous faire posséder une chose qui peut être possédée par parties, l'obligation sera divisible : c'est la cinquième des clefs de Dumoulin (1) : *Omnis obligatio etiam facti dividua est, nisi quatenùs de contrario apparet;* Molin., *ibid.*, et p. 3, n° 112.

Pareillement l'obligation *in non faciendo* sera divisible lorsque ce que je me suis obligé de ne pas faire, peut se faire pour une partie, et ne pas se faire pour l'autre partie : telle est l'obligation *ampliùs non agi ad aliquid dividuum;* comme, si je me suis engagé envers vous à ne point inquiéter le possesseur d'un héritage à qui vous devez garantie : c'est une obligation *in non faciendo,* qui est divisible ; car on y peut satisfaire pour partie. Je puis y contrevenir pour partie en revendiquant une partie seulement de cet héritage, et y satisfaire en partie, en m'abstenant de revendiquer l'autre partie.

290. Observez que c'est la chose même ou le fait même qui fait l'objet de l'obligation, qu'on doit considérer pour décider si l'obligation est divisible ou indivisible, et non pas l'utilité qui revient au créancier de l'obligation contractée à son profit, ni le détriment, *onus et diminutio patrimonii,* qui en résulte pour le débiteur ; autrement il n'y aurait aucune obligation qui ne fût divisible.

C'est pourquoi, par exemple, si les deux propriétaires d'une maison se sont obligés envers les deux propriétaires de la maison voisine, d'imposer sur leur maison une servitude utile à la maison voisine, cette obligation est individuelle ; parce que le droit de servitude qui en fait l'objet, est quelque chose d'indivisible, quoique l'utilité qui en résulte pour chacun de ceux envers qui elle est contractée, et le détriment qu'en souffrent ceux qui l'ont contractée, s'évalue à une somme qui est divisible. C'est ce qu'enseigne Dumoulin (*ibid.*, p. 2, n° 119) : *Cùm hic effectus,* dit-il, *sit quid remotum et separatum à substantiâ obligationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua penès effectum, sed secundùm se et secundùm naturam rei immediatè in eam deductæ.*

§ II. *Des différentes espèces d'indivisibilité.*

291. Dumoulin (*ibid.*, p. 3, n° 57 *et seq.* et n° 75) distingue fort bien trois espèces d'indivisibilité ; celle qui est *absolue* et qu'il appelle *individuum contractu ;* celle qu'il appelle *indivisibilité d'obligation, individuum obligatione ;* et celle qu'il appelle *indivisibilité de paiement, individuum solutione.*

L'*indivisibilité absolue,* que Dumoulin appelle *individuum contractu,* est lorsqu'une chose est par sa nature non susceptible de parties, tellement qu'elle ne pourrait pas être stipulée ou promise pour partie : telles sont les droits de servitudes réelles, comme par exemple, un droit de passage. Il est impossible de concevoir des parties dans un droit de passage ; et par conséquent on ne pourrait stipuler ni promettre ces sortes de choses pour partie (2).

292. La seconde indivisibilité est celle que Dumoulin appelle *individuum obligatione.* Tout ce qui est *individuum contractu,* l'est *obligatione ;* mais il y a certaines choses qui, quoiqu'elles eussent pu absolument être stipulées ou promises pour partie, et par conséquent quoiqu'elles ne soient pas *individuæ contractu,* néanmoins dans la manière dont elles ont été considérées par les parties contractantes, sont quelque chose d'indivisible, et qui ne peut par conséquent être dû par parties (3).

---

(1) Aussi l'art. 1217 précité comprend-t-il cumulativement les obligations de donner et celles de faire.

(2) C'est l'indivisibilité signalée dans l'art. 1217, C. civ.

(3) *V.* art. 1218, C. civ.

Art. 1218 : « L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle

Source : BIU Cujas

On peut apporter pour exemple de cette indivisibilité, l'obligation de la construction d'une maison, ou d'un bateau. Cette obligation n'est point indivisible *contractu;* car il n'est pas impossible qu'elle se contracte par partie. Je puis convenir avec un maçon qu'il me construira pour partie la maison que j'ai dessein de faire construire ; *putà*, qu'il en élèvera les murs jusqu'au premier plancher. Mais quoique la construction d'une maison ne soit pas indivisible *contractu*, elle est ordinairement indivisible *obligatione;* car, lorsque quelqu'un fait marché avec un architecte de lui construire une maison, la construction de la maison, qui fait l'objet de l'obligation, est, de la manière qu'elle est considérée par les parties contractantes, quelque chose d'indivisible, *et quod nullam recipit partium præstationem.* Il est vrai que cette construction ne peut se faire que par parties et successivement; mais ce n'est pas le fait passager de la construction qui fait l'objet de l'obligation ; c'est l'ouvrage même consommé; c'est *domus construenda.* Ne pouvant donc y avoir de maison qu'elle n'ait été entièrement construite, la forme et qualité de maison ne pouvant résulter que de la consommation de l'ouvrage, et ne pouvant pas y avoir de parties de ce qui n'existe pas encore, il s'ensuit que l'obligation de construire une maison ne peut s'accomplir que par la construction entière de la maison, et conséquemment que cette obligation n'est pas susceptible de parties, et ne peut s'accomplir par parties : c'est ce que veut dire le jurisconsulte en la loi 80, § 1, ff. *ad leg. Falcid.*, en laquelle, pour prouver que l'obligation de construire un ouvrage, comme un théâtre, des bains, est individuelle, il rapporte cette raison : *Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit, non dederit* (1).

Par la même raison, il est dit en la loi 85, § 2, ff. *de Verb. oblig.* que l'obligation de la construction d'un ouvrage est individuelle : *Singuli hæredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. Opus*, dit Dumoulin, *fit pro parte realiter et naturaliter; sed si illud* OPUS FIERI *referas ad effectum et præstationem ejus quod debetur, tunc verum non erit per partes fieri, quia parte fabricæ factâ, non est debitor liberatus in eâ parte; simplex enim fabricatio et operatio transiens non debetur, sed opus effectum cujus pars non est fabricæ pars, cùm nullæ sint partes domûs quæ nondùm est; nec sum stipulatus fabricam, sed fieri domum, id est tale opus sub tali formâ consummatum, quod ante perfectionem non subsistit, nec ullas actu partes habet ;* Molin, *Tract. de Divid. et Individ.*, p. 3, n° 76.

On peut encore ici rapporter la loi 5, ff. *de Verb. signif.*, qui dit que, *opere locato conducto significari non* ἔργον, *id est operationem, sed* ἀποτέλεσμα, *id est ex opere facto corpus aliquod factum.*

Certaines circonstances avec lesquelles est contractée l'obligation d'une chose, peuvent aussi en rendre l'obligation indivisible, quoique la chose en soi, et détachée de ces circonstances, soit très-divisible. Telle est l'obligation que je contracterais envers quelqu'un « de lui fournir une place de terre pour y construire un pressoir qu'il y entend placer » : car, quoique la place de terre que j'ai promise soit quelque chose en soi de divisible, néanmoins étant due, non comme une place de terre *simpliciter*, mais comme une place de terre destinée à placer un pressoir, elle devient sous cette vue quelque chose d'indivisible, parce qu'on n'en peut rien retrancher, sans qu'elle cesse d'être une place propre à placer un pressoir, et sans qu'elle cesse par conséquent d'être la chose qui fait l'objet de l'obligation ; *Molin.*, p. 2, n° 314.

« est considérée dans l'obligation ne « la rend pas susceptible d'excution « partielle. »

(1) Tant que l'ouvrage n'est pas consommé, parachevé, il y a un commencement d'exécution, une construction plus ou moins avancée, mais il n'y a point encore de maison.

Source : BIU Cujas

293. En bref, l'obligation indivisible *naturâ et contractu*, est l'obligation d'une chose qui en elle-même, par sa nature, et sous quelque espèce qu'on la considère, n'est pas susceptible de parties : l'obligation indivisible *obligatione*, est l'obligation d'une chose qui, considérée sous le respect sous lequel elle fait l'objet de l'obligation, n'est pas susceptible de parties.

Il est évident que ces obligations qui sont indivisibles, soit *contractu*, soit *obligatione*, le sont aussi *solutione;* car on ne peut payer par parties ce qui n'est pas susceptible de parties.

294. Il y a une troisième espèce d'indivisibilité qu'on appelle *individuum solutione tantum* (1).

C'est celle qui ne concerne que le paiement de l'obligation, et non l'obligation même, lorsque la chose due est par elle-même divisible et susceptible de parties, et peut être due pour parties, soit aux différents héritiers du créancier, soit par les différents héritiers du débiteur, mais ne peut être payée par parties.

Nous rapportons plusieurs exemples de cette espèce d'indivisibilité en l'article suivant, où nous traiterons de la nature des effets des obligations divisibles, à la classe desquelles appartiennent proprement les obligations dans lesquelles se rencontre cette espèce d'indivisibilité, puisqu'elle ne concerne pas l'obligation même, quoique néanmoins la loi 2, § 1, ff. *de Verb. oblig*, en fasse une troisième espèce mitoyenne entre les obligations dividuelles et les individuelles.

---

(1) Le Code n'a pas formellement indiqué cette troisième espèce d'indivisibilité.

Pothier n'en rapporte, dans ce numéro, aucun exemple, il se borne à dire qu'il indiquera plusieurs cas de cette espèce d'indivisibilité, en traitant des effets de l'obligation divisible, ce qui veut dire que ce sont des exceptions à la divisibilité d'exécution. Les rédacteurs du Code ont suivi la même marche, et ont résumé dans le § 5° de l'art. 1221 les divers exemples que donnera plus tard Pothier. Cette troisième espèce d'indivisibilité, si on veut l'appeler ainsi, se distingue des deux autres en ce qu'elle n'affecte pas l'obligation principalement, mais seulement le mode d'exécution ; elle n'empêche pas la division de la créance entre les héritiers du créancier. *V.* art. 1220 et 1221, C. civ.

Art. 1220 : « L'obligation qui est « susceptible de division, doit être exé- « cutée entre le créancier et le débi- « teur comme si elle était indivisible. « La divisibilité n'a d'application qu'à « l'égard de leurs héritiers, qui ne « peuvent demander la dette ou qui ne « sont tenus de la payer que pour les « parts dont ils sont saisis ou dont ils « sont tenus comme représentant le « créancier ou le débiteur. »

Art. 1221 : « Le principe établi dans « l'article précédent reçoit exception « à l'égard des héritiers du débiteur : « — 1° Dans le cas où la dette est hy- « pothécaire ; — 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 le 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 « sa dette ne pût s'acquitter partielle- « ment. — 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 hypo- « théqué, sauf le recours contre ses co- « héritiers. Dans le quatrième cas, « l'héritier seul chargé de la dette, et « dans le cinquième cas, chaque héri- « tier peut aussi être poursuivi pour le « tout ; sauf son recours contre ses co- « héritiers. »

Source : BIU Cujas

§ III. *Plusieurs espèces particulières d'obligations à l'égard desquelles on demande si elles sont divisibles ou indivisibles.*

De l'obligation de livrer une pièce de terre.

295. L'obligation de livrer une pièce de terre, *fundum tradi*, est une obligation divisible; car cette tradition peut se faire par parties; on peut livrer une partie de cette pièce de terre. Le fait qui fait l'objet de cette obligation étant donc un fait divisible, on ne peut douter, selon les principes que nous avons établis, que cette obligation ne soit divisible.

Notre décision se trouve confirmée par les textes de droit : car, quoique l'obligation d'un *commodataire* soit l'obligation de remettre une chose *obligatio rem tradi*, néanmoins la loi 3, § 3, ff. *Commod.*, décide que les héritiers en sont régulièrement tenus, pour la part seulement dont ils sont héritiers; ce qui est le caractère des obligations divisibles : *Hæredes ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ hæres est, convenitur.* Il est vrai que cette obligation du *commodataire*, quoique divisible *quoad obligationem*, est indivisible au moins *quoad solutionem :* mais on peut facilement donner des exemples d'obligation *tardi rem*, *fundum tardi*, qui soient divisibles, même *quoad solutionem;* tel est celui que donne Dumoulin, p. 2, n° 305.

Je transige avec ma partie adverse sur la demande en revendication d'un certain héritage qu'elle a donnée contre moi, et je m'oblige par cette transaction envers elle à le lui délaisser sans aucune garantie de ma part; cette obligation, qui est une obligation *fundum tradi*, est divisible, même *quoad solutionem;* et si je meurs avant que d'avoir fait le délais, et laissant quatre héritiers, chacun de mes héritiers s'acquitte de cette obligation, en abandonnant l'héritage pour la part à laquelle il a succédé.

La loi 71, ff. *de Verborum oblig.*, paraît néanmoins diamétralement contraire à notre décision; car l'obligation *fundum tradi* y est en termes formels rapportée comme un exemple d'obligation indivisible, avec les obligations *fossam fodiri, insulam fabricari, vel si quid simile*, qui sont indivisibles, *tam obligatione quàm solutionis.*

Dumoulin (p. 2, n° 278, *ad* n° 359) après avoir rapporté dix-sept opinions différentes de docteurs pour la conciliation de cette loi, rapporte la sienne, à laquelle il faut se tenir.

Il pense avec raison que cet exemple d'obligation *fundum tradi* ne doit pas s'entendre indistinctement de toute obligation par laquelle on s'oblige à livrer une pièce de terre, mais seulement de l'obligation par laquelle on s'oblige de livrer une pièce de terre, avec des circonstances qui en rendent l'obligation indivisible; comme, par exemple, si, voulant bâtir ma maison, et n'ayant point de chantier pour y placer les matériaux nécessaires que je veux faire venir pour cela, je conviens avec mon voisin « qu'il me donnera l'usage d'une pièce de terre qu'il a près de ma maison, pour me servir de chantier » : cette obligation est une obligation *fundum tradi non simpliciter, sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo;* et cette fin rend indivisible cette obligation *fundum tradi;* car une obligation est indivisible lorsque ce qui en fait l'objet n'est pas susceptible de prestation particulière, *cùm id jus quod in obligationem deductum est, non nisi in solidum præstari potest :* ce qui se rencontre dans l'espèce proposée; car cette pièce de terre devant m'être fournie pour me servir de chantier elle ne me peut être fournie pour cette fin que pour le total, puisqu'une partie qui ne serait pas assez grande pour placer mes matériaux, ne pourrait servir à la fin pour laquelle elle doit m'être fournie (1).

Dumoulin rapporte d'autres exemples, 312, 313, 314, 315.

---

(1) Il faut bien que le créancier obtienne l'utilité qu'il se proposait en contractant.

Source : BIU Cujas

De l'obligation d'une corvée ou journée.

296. L'obligation d'une journée est indivisible, de la même manière que l'obligation de construire une maison; car, quoique le service d'une journée ne soit pas en soi quelque chose d'indivisible, néanmoins l'obligation s'en contracte comme d'une chose indivisible, et qui ne peut s'acquitter pour partie : c'est pourquoi Ulpien dit : *Nec promitti, nec solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera;* L. 15, ff. *de Oper. libert.*

Pareillement Pomponius, en la Loi 3, § 1, ff. *de Oper. libert.* décide que le service d'une journée ne peut s'acquitter par partie, par celui d'un certain nombre d'heures, et qu'en conséquence le débiteur d'une journée qui aurait travaillé jusqu'à midi, et se serait retiré, n'aurait aucunement acquitté son obligation, et demeurerait débiteur de la journée : *Non pars operæ per horas solvi potest, quia id est officii diurni, neque ei liberto, qui sex horis duntaxat meridianis præsto fuisset, liberatio ejus diei contigit.* Mais après qu'il aura acquitté la journée dont il demeure débiteur, il pourra demander le prix de sa demi-journée qu'il ne devait pas.

Au reste, Dumoulin (p. 2, n° 355, *et seq.*) remarque fort bien que cette indivisibilité de l'obligation d'une journée n'est qu'une indivisibilité d'*obligation*, et non une indivisibilité absolue, ou une indivisibilité *contractu;* car rien n'empêche qu'on ne puisse contracter l'obligation d'une partie de journée, comme d'une demi-journée.

Il est vrai que la loi 15, § 1, *de Oper. libert.*, dit : *Nec promitti pro parte opera potest.* Mais c'est une pure subtilité. Le jurisconsulte prend *opera* pour *officium diurnum*, selon la définition de la loi 1, ff. *eod. tit.* qu'il regarde, selon cette idée, comme indivisible ; parce que, si vous divisez, ce n'est plus *officium diurnum*, c'est *officium horarium.*

De l'obligation de faire quelque ouvrage.

297. Nous entendons ici par ouvrage, *effectio transiens in opus specificum permanens*, suivant l'expression de Dumoulin (p. 2, n. 361); et nous avons déjà vu ci-dessus, n. 292, que l'obligation de faire un ouvrage pris en ce sens, telle que l'obligation de *construire une maison*, de *faire une statue*, un *tableau*, était une obligation indivisible; non de cette indivisibilité absolue que nous avons appelée avec Dumoulin indivisibilité *contractu*, mais de la simple indivisibilité d'*obligation.*

De l'obligation de donner une certaine somme léguée pour la construction d'un hôpital, ou pour quelque autre fin.

298. L'obligation qui résulte de ce legs est divisible, puisque c'est l'obligation de donner une somme d'argent. Ce qui est ajouté dans le testament, *pour bâtir un hôpital*, n'exprime que le motif qui a porté le testateur à faire ce legs; c'est *ratio legandi :* mais ce motif n'étant point uni à la disposition, (*ratio legandi non cohæret legato*, L. 72, § 6, ff. *de Cond. et Dem.*) ne peut, par conséquent, influer sur la nature du legs, ni sur l'obligation qui en résulte.

Si le testateur avait chargé ses héritiers «de bâtir un hôpital dans une certaine ville, et d'y employer une certaine somme d'argent; » l'obligation qui aurait pour objet la construction de l'hôpital, serait indivisible. C'est à cette dernière espèce que doit s'appliquer la loi 11, § 23, ff. *de Leg.* 3°. *Voyez* Dumoulin, p. 2, n° 368 *et seq.*

Source : BIU Cujas

ART. II. — De la nature et des effets des obligations divisibles.

§ Ier. *Principes généraux.*

299. Une obligation est appelée *divisible*, comme nous l'avons déjà remarqué, non parce qu'elle est actuellement divisée, mais parce qu'elle se peut diviser. C'est pourquoi, quelque divisible que soit la chose due, l'obligation, avant qu'elle ait été divisée, est indivise, et ne peut être acquittée par parties, comme nous le verrons *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 3, § 2.

Il faut donc bien prendre garde à ne point confondre l'*indivision* et l'*indivisibilité*; c'est la première des clefs de Dumoulin, *Tr. de Div. et Indiv.*, p. 3, n° 7 *et seq.* n° 112.

Cette division de l'obligation se fait ou du côté du débiteur, ou du côté du créancier, ou quelquefois de l'un et de l'autre côté ensemble.

L'obligation se divise du côté du créancier, lorsqu'il laisse plusieurs héritiers. Chacun des héritiers est créancier seulement de sa part : d'où il suit qu'il ne peut exiger cette créance que pour cette part; qu'il ne peut donner de quittance que pour cette part, à moins qu'il n'ait une procuration de ses cohéritiers pour recevoir la leur : de là il suit pareillement que le débiteur peut payer séparément à chacun de ces héritiers la portion qui lui est due.

L'obligation se divise pareillement du côté du débiteur, lorsqu'il laisse plusieurs héritiers : chacun des héritiers de ce débiteur n'est tenu de la dette que pour sa part, et ordinairement chacun des héritiers peut obliger le créancier à recevoir la dette pour cette part (1).

II. *Modifications du premier effet de la division de l'obligation du côté du débiteur.*

300. Le principe que nous avons établi, « que dans les obligations divisibles, chaque héritier du débiteur n'est tenu de la dette que pour la part dont il est héritier, » reçoit plusieurs exceptions et modifications.

La première est à l'égard des dettes hypothécaires. En ce cas, lorsque les héritiers du débiteur sont possesseurs d'immeubles hypothéqués à la dette; quoique la dette se divise entre eux, et qu'en conséquence ils ne soient tenus de l'action personnelle qui résulte de l'obligation du défunt, que pour la part dont ils sont ses héritiers; néanmoins ils peuvent être poursuivis hypothécairement pour le total de cette dette, comme possesseurs des biens qui y sont hypothéqués (2). *Voyez* ce que nous avons dit à ce sujet, en notre *Introduction* au titre 20 de la *Coutume d'Orléans*, ch. 1, sect. 3.

---

(1) *V.* art. 1220, C. civ., ci-dessus, p. 150, note 1.

Remarquons que la division s'opère en proportion des parts héréditaires : *quia hæreditas eos obligat.* L'art. 873, C. civ., qui parle de parts *viriles*, c'est-à-dire *parts égales*, n'est qu'un souvenir assez maladroit de l'ancienne jurisprudence « lorqu'il se trouve des « héritiers de différentes espèces de « biens, les uns aux meubles, les au- « tres aux propres, chacun de ces hé- « ritiers est tenu des dettes pour une « part proportionnée à l'émolument « qu'il a dans la succession; mais en « attendant la liquidation de cet émo- « lument, il peut être poursuivi pour « sa part virile, sauf de lui être fait « raison, après la liquidation, du plus « ou du moins. » *Prevost de la Janès, Succession*, chap. 3, n° 87.

Art. 873 : « Les héritiers sont tenus « des dettes et charges de la succession, « personnellement pour leur part et « portion virile, et hypothécairement « pour le tout; sauf leur recours, soit « contre leurs cohéritiers, soit contre « les légataires universels, à raison de « la part pour laquelle ils doivent y « contribuer. »

(2) *V.* art. 1221, § 1°, ci-dessus, p. 150, note 1, et 2114, C. civ.

Art. 2114 : « L'hypothèque est un « droit réel sur les immeubles affectés

Source : BIU Cujas

301. La deuxième est à l'égard des dettes d'un corps certain que le défunt a laissé dans sa succession. Lorsque le défunt a laissé des héritiers de différentes espèces, les uns aux meubles et acquêts, les autres aux propres, tous ne sont pas tenus de la dette de ce corps certain ; il n'y a que les héritiers du patrimoine duquel il fait partie, qui en soient tenus.

La raison est que le défunt n'en serait tenu lui-même, s'il vivait actuellement, qu'autant qu'il le posséderait encore, ou qu'il aurait cessé par son fait ou sa faute de le posséder ; ses héritiers du patrimoine, dont le corps certain ne fait point partie, qui ne l'ont par conséquent jamais possédé, ni cessé de le posséder, ne peuvent donc être tenus de la dette de ce corps certain, n'en pouvant être tenus que comme le défunt qu'ils représentent le serait : il n'y a donc que les héritiers du patrimoine dans lequel se trouve ce corps certain, qui en puissent être tenus (1).

Mais si, par le partage entre les héritiers de ce patrimoine, ce corps certain dû par le défunt à quelqu'un, a été compris dans le lot échu à l'un d'eux, les autres ne sont pas pour cela déchargés de cette dette, quand même ils auraient chargé celui d'entre eux au lot duquel ce corps certain est échu, d'acquitter la dette lorsqu'elle deviendrait exigible : car, ayant été une fois tenus de cette dette, ils n'ont pu par leur fait, en comprenant ce corps certain dans la masse des biens qu'ils ont partagés entre eux, se décharger de l'obligation de le délivrer au créancier.

302. La troisième modification concerne encore les dettes d'un corps certain. Quoique la dette d'un corps certain divisible se divise entre les héritiers du débiteur qui succèdent à l'espèce des biens dont il fait partie, et que même après le partage par lequel ce corps certain est échu dans le lot de l'un d'eux, chacun de ses héritiers continue d'en être débiteur pour sa part, comme nous venons de le voir ci-dessus ; néanmoins celui dans le lot duquel il est tombé,

---

« à l'acquittement d'une obligation.— « Elle est, de sa nature, indivisible, « et subsiste en entier sur tous les im- « meubles affectés, sur chacun et sur « chaque portion de ces immeubles.— « Elle les suit dans quelques mains « qu'ils passent. »

(1) Cette exception recevra rarement son application dans le droit actuel, attendu que nous n'avons plus régulièrement des héritiers à telle ou telle espèce de biens : cependant elle pourrait encore avoir lieu aux cas exceptionnels des art. 351, 352 et 747, C. civ., ou si le testateur avait légué à l'un ses meubles, à l'autre ses immeubles.

Art. 351 : « Si l'adopté meurt sans « descendants légitimes, les choses « données par l'adoptant, ou recueillies « dans sa succession, et qui existeront « en nature lors du décès de l'adopté, « retourneront à l'adoptant ou à ses « descendants, à la charge de contri- « buer aux dettes, et sans préjudice des « droits des tiers. — Le surplus des « biens de l'adopté appartiendra à ses « propres parents; et ceux-ci exclu- « ront toujours, pour les objets même « spécifiés au présent article, tous hé- « ritiers de l'adoptant autres que ses « descendants. »

Art. 352 : « Si, du vivant de l'adop- « tant, et après le décès de l'adopté, « les enfants ou descendants laissés « par celui-ci mouraient eux-mêmes « sans postérité, l'adoptant succédera « aux choses par lui données, comme « il est dit en l'article précédent ; mais « ce droit sera inhérent à la personne « de l'adoptant, et non transmissible à « ses héritiers, même en ligne descen- « dante. »

Art. 747 : « Les ascendants succè- « dent, à l'exclusion de tous autres, « aux choses par eux données à leurs « enfants ou descendants décédés sans « postérité, lorsque les objets donnés « se retrouvent en nature dans la suc- « cession.—Si les objets ont été alié- « nés, les ascendants recueillent le « prix qui peut en être dû. Ils succè- « dent aussi à l'action en reprise que « pouvait avoir le donataire. »

Source : BIU Cujas

peut être poursuivi pour le paiement du total (1), et condamné envers le créancier au paiement du total, pourvu que le jugement soit rendu avec ses cohéritiers, ou par défaut contre eux, s'il n'a pas été chargé de cette dette par le partage.

La raison qu'en rend Dumoulin, est que, quoique l'action qui naît de cette dette soit divisée contre chacun des héritiers du débiteur, néanmoins comme l'exécution de cette action doit se faire pour le total sur celui d'entre eux qui par le partage en est devenu seul possesseur, il s'ensuit qu'il peut être condamné à la délivrance de cette chose pour le total : *Quia quamvis actio merè sit personalis, tamen executio judicati in rem scripta est, et divisio non debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem et in ejus possessorem, salvo contrà hæredes recursu ;* Molin., p. 2, n. 84.

Cette décision a lieu, lorsque c'est en sa qualité d'héritier et par le partage de la succession que cet héritier pour partie du débiteur, se trouve posséder en entier la chose due. Il en serait autrement si c'était de son chef qu'il la possédât : il n'en serait pas en ce cas débiteur, et il ne pourrait être condamné à la payer que pour la part pour laquelle il est héritier. On peut tirer argument de la loi 86, § 3, ff. *de Leg.* 1°: *Si fundus ab omnibus hæredibus legatus sit, qui unius hæredis esset ; is cujus fundus esset, non ampliùs quàm partem suam præstabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur* (2).

Nous venons de voir que lorsque l'héritier pour partie du débiteur d'un corps certain, se trouvait, en cette qualité d'héritier, être en possession pour le total de cette chose, il pouvait être condamné à la prestation du total, pourvu que la sentence fût rendue avec ses cohéritiers, suivant que l'enseigne Dumoulin, *ibid.*, n. 84.

Cet auteur va plus loin (*ibid.*, p. 3, n. 242); car il décide que l'héritier peut y être condamné, même sans que ses cohéritiers aient été mis en cause, lorsqu'il est évident qu'ils ne pourraient avoir aucuns moyens de défense. C'est ce qu'il décide dans l'espèce d'un vendeur qui, ayant vendu une chose livrable dans le mois, et ayant reçu le prix, serait mort dans ce terme, laissant plusieurs héritiers : il décide que la vente et le paiement du prix étant constants, celui des héritiers par devers qui la chose se trouve, doit, après l'expiration du terme, être condamné à la livrer, sans qu'il soit reçu à mettre en cause ses cohéritiers.

303. La quatrième modification est, lorsque la dette consiste dans la simple restitution d'une chose dont le créancier est propriétaire, et dont le débiteur n'avait que la simple détention. Quoique la chose soit divisible, et qu'en conséquence la dette le soit aussi; néanmoins celui des héritiers du débiteur par devers qui est la chose, est tenu pour le total, de cette restitution.

Par exemple, si l'on vous a prêté ou donné en dépôt une bibliothèque; quoique cette dette soit divisible, celui de vos héritiers par devers qui elle se trouvera, sera tenu pour le total, de la restitution de cette bibliothèque : *Hæres ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ hæres est, convenitur, nisi fortè habuit totius rei facultatem restituendæ, nec faciat ; tunc enim condemnatur in solidum, quia hoc boni judicis arbitrio conveniat ;* L. 3, § 3, ff. *Commod.*

La raison est que cet héritier qui a par devers lui la chose entière, ayant la faculté de la rendre, et n'ayant pas besoin d'attendre pour cela le consentement de ses cohéritiers, qui n'ont aucun droit dans cette chose, et auxquels la

---

(1) *V.* art. 1221, § 2°, C. civ., ci-dessus, p. 150, note 1.

(2) On pourrait soutenir aujourd'hui qu'un pareil legs est nul comme legs de la chose d'autrui. *V.* art. 1021, C. civ.

Art. 1021 : « Lorsque le testateur « aura légué la chose d'autrui, le legs « sera nul, soit que le testateur ait « connu ou non qu'elle ne lui appar- « tenait pas. »

Source : BIU Cujas

restitution qu'il en fera ne peut être qu'avantageuse, en les déchargeant de l'obligation en laquelle ils sont de faire cette restitution ; la bonne foi ne permet pas qu'il refuse cette restitution: c'est ce qu'insinue le Jurisconsulte par ces termes : *quia hoc boni judicis arbitrio conveniat.* Si cet héritier n'est tenu que pour sa part héréditaire, *ex primâ et primativâ obligatione depositi aut commodati, quæ dividua est*, il est tenu pour le total de cette restitution qui est en son pouvoir, *ex obligatione accessoriâ præstandi bonam fidem*, l'obligation de la bonne foi étant une obligation indivisible ; *neque enim bona fides potest præstari pro parte.*

C'est encore une des clefs de Dumoulin : *Lex* 12 *Tabularum*, dit-il, *non dividit obligationes, etiam dividuas, quatenùs respiciunt bonam fidem ; undè obligatio, etiam dividua, ad officium bonæ fidei obligat in solidum, concurrente facultate præstandi, et quatenùs concurrit, et quandocumque hoc contigerit ;* Molin, p. 3, n. 112.

304. Une cinquième modification, est que celui des héritiers par le fait ou la faute duquel la chose est périe, est tenu du total de la dette.

La raison se tire du principe de Dumoulin, qui est « que l'obligation principale *rem dividuam dandi*, est divisible à la vérité ; mais l'obligation accessoire *præstandi bonam fidem et diligentiam*, qui y est jointe, est indivisible » : chacun des héritiers est à cet égard tenu *in solidum ; nec enim pro parte diligentia præstari potest :* d'où il suit que celui des héritiers qui y a manqué, et par le fait ou la faute duquel la chose est périe, doit être tenu pour le total.

Suivant ces principes, si quelqu'un s'est obligé envers moi « à me laisser jouir d'un héritage, soit par un bail à ferme qu'il m'en a fait, soit par la vente qu'il m'a faite d'un droit d'usufruit de cet héritage, » et qu'il ait laissé quatre héritiers ; si l'un des héritiers, sans avoir aucun droit de son chef dans cet héritage, me trouble injustement dans la jouissance du total de cet héritage, il sera tenu pour le total de mes dommages et intérêts, et non pas seulement pour la part dont il est héritier : car, quoique l'obligation principale de me faire jouir soit divisible, l'obligation accessoire *præstandi bonam fidem*, qui oblige de n'apporter aucun trouble, est indivisible, et passe par conséquent à chacun des héritiers pour le total : ainsi l'héritier qui y contrevient doit être tenu des dommages et intérêts pour le total (1).

De là cette maxime, « qu'un héritier ne peut être, à la vérité, poursuivi pour une dette divisible, que quant à la part pour laquelle il est héritier, lorsqu'il n'est poursuivi qu'en sa seule qualité d'héritier, et pour le fait du défunt ; mais qu'il peut être poursuivi pour le total, lorsqu'il est poursuivi pour son propre fait. » *Multùm refert unum hæredum debitoris teneri secundariâ obligatione ut hæredem tantùm ; id est ex facto vel non facto defuncti tantùm ; an verò ut ipsum, id est ex suo facto proprio vel non facto ;* Molin., p. 3, n. 5.

305. A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute de leur part, à la perte de la chose due, ils sont libérés ; car cet héritier est tenu de la dette, comme le défunt en était tenu. Le défunt aurait été libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute ; l'héritier doit donc pareillement être libéré par la perte de la chose arrivée sans la faute du défunt, et sans la sienne propre. L'héritier est bien tenu des faits du défunt, puisqu'il succède aux obligations du défunt ; mais il n'est pas tenu du fait de ses cohéritiers : c'est ce qui est décidé par les lois 9 et 10, ff. *Depos. In depositi actione, si de facto defuncti agatur, adversùs unum ex pluribus hæredibus pro parte hæreditariâ agere debeo ; si verò ex suo delicto, pro parte non ago ; meritò, quia æsti-*

(1) Remarquons que Pothier a supposé que cet héritier avait injustement troublé le créancier dans la jouissance du total, le créancier est donc privé de toute l'utilité qu'il s'était proposé d'obtenir.

Source : BIU Cujas

matio refertur ad dolum quem in solidum ipse admisit, nec adversùs cohæredes qui dolo carent, actio competit. — Paul décide la même chose pour le prêt à usage ; L. 17, § 2, *Commod.* Molin., p. 3, n°s 439 et 440.

Si on avait stipulé une peine en cas que la chose ne fût pas rendue ; en ce cas, quoiqu'elle ait péri par la faute de l'un d'eux, et sans le fait ni la faute des autres, ils ne laisseront pas d'être tenus de la peine, chacun pour leur part : car l'obligation de payer la somme convenue pour la peine, est une seconde obligation que le défunt a contractée, et qui est conditionnelle ; elle a pour condition l'inexécution de la première. Les héritiers du défunt ont chacun, quant à la part pour laquelle ils sont héritiers du défunt, succédé à cette seconde obligation sous la même condition : ils sont donc tenus, chacun pour leur part héréditaire, de payer cette somme, dans le cas de l'existence de la condition, c'est-à-dire, dans le cas où la première obligation ne serait pas exécutée, soit par le fait ou la faute du défunt, soit par celle de quelqu'un de ses héritiers ; sauf leur recours contre celui de leurs cohéritiers par le fait de qui la chose a péri.

C'est ce qu'enseigne Dumoulin, qui dit « que les cohéritiers de celui par le fait de qui la chose est périe, sont tenus en ce cas de la peine » : *Non immediatè ex facto et culpâ dolosi, sed ejus occasione et tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti quæ in eos sub eâ conditione descendit* (1) ; Molin. d. n. 440.

C'est de ce cas qu'entend parler Paul en la loi 44, § 5, ff. *Fam. erc.*, lorsqu'il dit : *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tanquam conditio stipulationis hæreditariæ extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.*

Observez que, pour que la contravention de l'un des héritiers rejaillisse sur ses cohéritiers, il faut qu'il y ait une seconde convention expresse, par laquelle le défunt se soit obligé au paiement d'une certaine peine, en cas d'inexécution de l'obligation principale ; ou par laquelle il se soit obligé aux dommages et intérêts, en cas de contravention par lui *ou ses héritiers*. Mais il ne suffit pas pour cela qu'il soit dit à la fin de l'acte, « que toutes les parties se sont obligées à tout le contenu de l'acte, à peine de tous dépens, dommages et intérêts ; » car cette clause ne contient pas une seconde obligation : *Hæc clausula nihil novi addit, cùm sit ex stylo communi ad confirmandum tantùm, secundùm materiam subjectam, et ejus limites ;* ibid. 442.

On opposera peut-être contre la distinction de Dumoulin, que, dans toutes les conventions qui contiennent une obligation principale, on doit toujours sous-entendre une seconde convention tacite accessoire de la première, par laquelle le débiteur s'engage aux dommages et intérêts, en cas de contravention par lui ou par ses héritiers à l'obligation principale ; que cette seconde convention tacite doit avoir le même effet que si elle était exprimée.

La réponse est qu'il est faux qu'on doive supposer cette seconde convention, lorsqu'elle n'est pas exprimée. Si le débiteur qui contrevient à son obligation principale, est tenu des dommages et intérêts résultant de sa contravention, ce n'est en vertu d'aucune seconde convention qu'on doive supposer, par laquelle il serait obligé à ces dommages et intérêts ; c'est uniquement parce que cette obligation des dommages et intérêts est renfermée dans l'obligation principale, et que cette obligation principale, *ex propriâ naturâ*, se convertit contre le contrevenant en une obligation de dommages et intérêts. Mais en ce cas, lorsque c'est l'un des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation, les autres héritiers qui n'y ont pas contrevenu, ne sont tenus d'aucuns dom-

---

(1) « *Et hoc casu*, ajoute Dumoulin, « *insons magis ad pœnam tenetur ex* « *conditione stipulationis, quæ extat* « *tanquam ex causâ propinquâ et* « *immediatâ quàm ex facto consor-* « *tis.* »

Source : BIU Cujas

mages et intérêts ; ces héritiers étant bien tenus des faits du défunt qu'ils représentent, et de leur propre fait, mais n'étant point tenus des faits de leur cohéritier, comme il a déjà été ci-dessus observé.

306. Lorsque la chose est périe par le fait ou le dol de plusieurs d'entre les héritiers, chacun d'eux en est tenu solidairement : *Nec enim*, dit Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quòd peccati habet consortem.*

Si néanmoins ces héritiers avaient, chacun par un fait particulier, perdu ou diverti différentes parties de la chose due, chacun ne serait tenu que de la perte ou divertissement de cette partie : car, en ce cas, *unusquisque non in solidum, sed in parte duntaxat dolum amisit.*

C'est ce que décide Marcellus en la loi 22, ff. *Deposit. Si duo hæredes rem apud defunctum depositam dolo intervenerint, quodam casu in partes duntaxat tenebuntur; nam si diviserunt decem millia, quæ apud defunctum fuerant, et quina millia singuli abstulerint, et uterque solvendo est, in partes abstricti erunt quòd si quæ species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterint; nam certè verum est in solidum quemque dolo fecisse.*

Observez à l'égard de la première espèce de la loi 22, qu'il est dit, *si uterque solvendo est* ; car, si l'un des deux héritiers était insolvable, celui des deux qui aurait été solvable, aurait été en faute, non-seulement par rapport à sa moitié, mais même par rapport à l'autre moitié, n'ayant pas dû partager la somme donnée en dépôt au défunt, avec son cohéritier insolvable. Si l'obligation de restituer la somme était une obligation divisible, l'obligation accessoire de la garder et de la conserver avec bonne foi, était une obligation indivisible, dont chacun d'eux était tenu pour le total, et à laquelle l'héritier solvable a contrevenu, non-seulement par rapport à la moitié qu'il a dû payer, mais aussi par rapport à l'autre qu'il a laissée à la merci de son cohéritier insolvable.

307. Une sixième exception est que, quoiqu'une obligation soit divisible, l'un des héritiers du débiteur peut en être tenu pour le total, soit par une convention, soit par le testament du défunt qui l'en aura chargé, ou par l'office du juge qui fait le partage des biens de la succession. En tous ces cas, l'un des héritiers est tenu de la dette pour le total, sans que les autres héritiers cessent d'en être tenus avec lui, chacun pour leur part (1).

308. Il résulte de toutes ces modifications, que *aliud est unum ex pluribus sive principalibus sive hæredibus tenerit in solidum, aliud obligationem esse individuam.* C'est la troisième des clefs de Dumoulin, part. 3, n° 112.

309. Hors ces cas, chaque héritier du débiteur n'est tenu des dettes divisibles, que pour la part dont il est héritier; et il n'est pas même tenu subsidiairement du surplus, en cas d'insolvabilité de ses cohéritiers.

La loi 2, Cod. *de Hæred. act.* qui décide que chaque héritier n'est tenu des dettes du défunt que pour sa part, ne distingue point si tous les héritiers sont solvables ou non. Cela est pris même de l'idée d'héritier. Un héritier est celui qui succède aux droits actifs et passifs, c'est-à-dire, aux dettes et obligations du défunt. Celui qui n'est héritier que pour partie, n'y succède que pour cette partie ; il n'est donc tenu que pour cette partie : l'insolvabilité de ses cohéritiers qui survient, ne le rend pas successeur pour le total aux droits du défunt; il ne l'est toujours que pour sa part, et par conséquent il ne doit être tenu des dettes que pour sa part.

On oppose que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittées pour le total sur les biens que retient cet héritier en partie.

La réponse est que l'universalité totale des biens est chargée du total des

---

(1) *V.* art. 1221, § 4°, C. civ., ci-dessus, p. 150, note 1.

Source : BIU Cujas

dettes ; mais les portions de cette universalité ne sont chargées que d'une pareille portion des dettes.

On insiste, et on dit : Si le débiteur avait dissipé la moitié de ses biens, l'autre moitié qui lui resterait, serait chargée du total des dettes : donc, lorsque l'un des héritiers du débiteur a dissipé sa moitié, l'autre moitié qui appartient à l'autre héritier, doit pareillement être chargée du total des dettes.

Je nie la conséquence.

Lorsque le débiteur a dissipé la moitié de ses biens, ce qui lui reste est le total des biens de la personne obligée au total de la dette ; et, par conséquent, le total des dettes est une charge de ce qui reste des biens : mais lorsque mon cohéritier a dissipé la moitié qui lui est échue, celle que j'ai n'est toujours que la portion d'un héritier pour moitié, lequel n'est tenu personnellement des dettes que pour cette moitié : cette portion ne doit donc être chargée que de la moitié des dettes.

On insiste encore, et on dit que le créancier ne doit pas souffrir de la multiplicité des héritiers que son débiteur laisse : donc la dissipation de la moitié de ces biens, que fait l'un des héritiers, ne doit pas lui faire perdre la moitié de sa dette ; puisque, si le débiteur ou l'unique héritier du débiteur eût perdu cette moitié de biens, le créancier ne perdrait rien de sa dette.

La réponse est, que ce n'est que *ex accidenti* que le créancier souffre en ce cas de la multiplicité des héritiers qu'a laissés le débiteur : il pouvait n'en pas souffrir, en arrêtant les biens de la succession avant le partage, ou en veillant à se faire payer.

Cette décision, « que l'héritier pour partie n'est pas tenu des dettes pour les portions de ses cohéritiers devenus insolvables, quand même sa portion serait plus que suffisante pour payer le total, » étant tirée des principes de la raison naturelle, et de la nature même de la qualité d'héritier, elle doit avoir lieu dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur ; Molin, part. 2, n° 82.

310. Ce principe, « qu'un héritier n'est pas tenu de l'insolvabilité de ses cohéritiers, » reçoit plusieurs exceptions.

La première, qui ne souffre pas de difficulté, est lorsque c'est par le dol et le fait d'un héritier que le créancier n'a pu se faire payer par les autres héritiers devenus insolvables ; *putà*, parce que cet héritier s'est fait passer pour le seul héritier ; Molin., *ibid.*, n° 85, *in fine*.

Dumoulin apporte pour le second cas d'exception, celui auquel un père laisserait pour héritiers deux enfants, dont l'un aurait dissipé d'avance ce qu'il aurait reçu en avancement de sa succession, et auquel, au moyen de ce qu'il est tenu de la précompter sur sa part, il serait revenu beaucoup moins dans l'actif des biens délaissés par le père, que n'est la part des dettes de cette succession, dont il est tenu en se portant héritier. L'autre enfant doit répondre, en ce cas, envers les créanciers de la succession, de la part des dettes dont est tenu son frère insolvable, quoique les créanciers n'aient pas eu la précaution d'arrêter les biens de la succession avant le partage.

La raison est que cet enfant ayant recueilli presque tout l'actif des biens délaissés par le défunt, au moyen de ce que son frère a été tenu de précompter ce qu'il avait reçu du vivant du père commun, il est juste qu'il ne profite pas, aux dépens des créanciers de la succession, de ce que son frère s'est mal à propos porté héritier : il y a lieu, en ce cas, de présumer une collusion entre les deux frères, et que c'est dans la vue de se décharger d'une portion des dettes, et d'en frauder les créanciers, que l'héritier solvable a engagé son frère insolvable à se porter héritier. *Hoc est injustum*, dit Dumoulin, *nec suspicione collusionis vacat* (1). *Ibid.*, n° 93, *in fine*.

---

(1) Le patrimoine laissé par le défunt, *tempore mortis*, forme le gage de ses créanciers : les biens sujets à rapport ne sont dans la succession que

Source : BIU Cujas

Cet auteur, n° 92, apporte pour troisième exception le cas auquel le créancier aurait fait un prêt au défunt, qui aurait été la cause de la fortune du défunt ; en ce cas, l'héritier solvable étant en quelque façon redevable au créancier de ce qu'il recueille pour sa part une succession opulente, ne doit pas laisser perdre au créancier la part de cette créance dont est tenu son cohéritier insolvable.

Cette décision de Dumoulin souffre difficulté. J'avoue que la gratitude exige cela ; mais la gratitude ne forme que des obligations imparfaites, qui n'obligent pas dans le for extérieur (1).

§ III. *Du second effet de la division de la dette, qui consiste en ce qu'elle peut être payée par parties.*

311. Nous avons vu qu'un des effets de la division de la dette, soit que ce fût du côté du créancier, soit que ce fût du côté du débiteur qu'elle fût arrivée, était que le paiement de la dette pouvait se faire par parties ; savoir, pour les parties qui sont dues à chacun des héritiers du créancier, et pour celles dues par chacun des héritiers du débiteur.

Ce principe a aussi ses exceptions et ses modifications, *non propter individuitatem obligationis, sed propter incongruitatem solutionis*, dit Dumoulin ; c'est-à-dire, non parce que le paiement partiel d'une obligation divisible n'est pas toujours, absolument parlant, possible ; car, puisque la chose due a des parties, c'est une conséquence nécessaire qu'elle puisse être payée par parties ; mais si le paiement de ses obligations ne doit pas quelquefois se faire par parties, c'est parce que le paiement partiel n'est pas toujours équitable : *aliud quippe individuitas obligationis, aliud incongruitas solutionis.* C'est la quatrième des clefs de Dumoulin, p. 3, n° 112.

312. Le premier cas auquel le paiement partiel d'une dette, quoique divisible, n'est pas valable, est le cas des dettes alternatives, ou de choses indéterminées.

Par exemple, si celui qui est débiteur *d'une telle maison, ou d'une somme de dix mille livres*, laisse deux héritiers, l'un des héritiers ne sera pas admis à payer la moitié d'une de ces deux choses, jusqu'à ce que l'autre héritier paie aussi l'autre moitié de la même chose : car, si l'un des héritiers ayant payé la

---

fictivement, et au regard seulement des héritiers et non des créanciers, ceux-ci ne peuvent demander le rapport, mais il est aussi très équitable que ce rapport ne puisse leur être opposé. Les créanciers, sans s'occuper du rapport, peuvent soutenir que les biens laissés par le défunt sont dévolus activement dans la même proportion et aux mêmes personnes qui supporteront les dettes. Exemple : le défunt laisse deux enfants, un patrimoine de 100,000 fr., un passif de 80,000 fr., il avait entrevifs donné 80,000 fr. à son fils aîné.

Entre les enfants la succession se compose de 180,000 fr., donc 90,000 fr. à chacun, donc le fils cadet prend 90,000 fr., et l'aîné seulement 10,000 fr., nous supposerons celui-ci insolvable. Mais le créancier pourra dire : si vous voulez m'opposer la division du passif, il faut aussi subir la division de l'actif. Chacun de vous me doit 40,000 fr., et chacun de vous doit prendre 50.000 fr., dans l'actif. Je n'ai point à entrer dans les comptes que vous pouvez vous devoir à l'occasion de cette succession.

Lorsque le rapport se fait en moins prenant, il y a en réalité une créance au profit de ceux des héritiers qui n'ont rien reçu contre les cohéritiers donataires : cette créance s'acquitte par les prélèvements qui sont faits par ceux qui n'avaient rien reçu. Mais ce règlement, bon *inter cohæredes* est étranger au créancier.

(1) Le Code a déterminé les diverses causes de préférence, et celle-là ne s'y trouve pas.

Source : BIU Cujas

moitié, par exemple, de la maison, l'autre voulait payer la moitié de la somme, il en résulterait un préjudice au créancier qui doit recevoir en paiement l'une des deux choses entières, et non pas deux moitiés de deux différentes choses (1).

Par cette même raison, quand même le créancier aurait volontairement reçu la moitié de l'une des deux choses, *putà*, la moitié de la somme, ce paiement ne recevra sa perfection, même pour cette moitié, que lorsqu'on lui aura payé l'autre moitié; et si par la suite on lui donne la maison, il y aura lieu à la répétition de ce qui aurait été payé en argent; *infrà*, p. 3, n° 525.

Il en est de même des dettes de choses indéterminées : comme si le défunt devait indéterminément *un arpent de terre*, l'un de ses héritiers n'est pas recevable à offrir au créancier la moitié d'un certain arpent de terre, jusqu'à ce que l'autre héritier donne aussi en paiement la moitié d'un autre arpent; autrement, il en résulterait un préjudice au créancier à qui il est dû un arpent entier, et qui a intérêt d'avoir un arpent entier, plutôt que la moitié de deux différents arpents. C'est ce qui résulte des lois 85, § 4, et loi 2, § 2, ff. *de Verb. oblig.* Molin., p. 2, n° 125.

Cette indivision de paiement doit avoir lieu, non-seulement lorsque la dette a été divisée du côté du débiteur, mais aussi pareillement lorsqu'elle l'a été du côté du créancier qui a laissé plusieurs héritiers : car il est de l'intérêt de ces héritiers du créancier de recevoir une seule chose qui leur est due, qui ne soit commune qu'entre eux, plutôt que des portions de différentes choses qu'ils auraient chacun en commun avec des étrangers; Molin., *ibid.*, p. 2, n° 130.

Lorsque l'un des héritiers du débiteur a été libéré pour sa part de la dette, soit par la remise que le créancier lui en a faite, soit autrement, rien n'empêche alors que l'autre héritier ne puisse payer l'une des choses qu'il voudra pour la moitié qu'il doit (*eod. loc.* 2, § 3). La raison qui empêchait le paiement partiel, cesse; car il n'y a plus lieu de craindre que le paiement se fasse en portion de différentes choses.

Observez que, dans le texte cité, après ces mots, *si tamen hominem stipulatus, cum uno ex hæredibus egero*, il faut suppléer *et victus fuero per injuriam judicis*. Voyez Cujas *ad hanc leg.* Molin., *ibid.*, p. 2, n° 188.

Observez aussi que l'indivision de paiement d'une dette alternative cesse d'avoir lieu, lorsque cette dette, par l'extinction de l'une des deux choses, cesse d'être alternative, et devient déterminée à la chose qui reste : rien n'empêche, en ce cas, que cette chose puisse être payée par parties, soit par les différents héritiers du débiteur, soit aux différents héritiers du créancier (2).

313. Le second cas auquel le paiement d'une obligation, quoique divisible et divisée entre plusieurs héritiers du débiteur, ne peut se faire par parties, est lorsqu'on en est convenu en contractant l'obligation, ou depuis.

On pourrait néanmoins douter si cette convention est valable, parce que la loi 56, § 1, *de Verb. oblig.* décide qu'une personne ne peut, en contractant, faire qu'un de ses héritiers soit obligé à sa dette pour une plus grande part que celle pour laquelle il sera héritier. *Te et Titium hæredem tuum decem daturum spondes : Titii persona supervacuè comprehensa est; sive enim solus hæres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo ceteri cohæredes ejus.* C'est-à-dire qu'il sera tenu, nonobstant cette clause de la stipulation, pour la part seulement dont il sera héritier : et la raison est que, n'étant héritier du contractant que pour cette part, et étant par conséquent étranger à l'égard des autres parts, il n'a pu être obligé pour les autres parts par la promesse du con-

(1) *V.* art. 1191, C. civ., ci-dessus, p. 131, note 3.

(2) Parce qu'il est bien évident que ces divers paiements convergeant tous sur le même objet, le créancier ne sera point lésé, il aura ce qu'il s'était proposé.

Source : BIU Cujas

tractant, suivant le principe de droit, que *Nemo nisi de se promittere potest, non de extraneo.*

Nonobstant cela, Dumoulin décide avec raison, qu'on peut valablement convenir qu'une dette ne pourra être acquittée par parties par les différents héritiers du débiteur; et il remarque fort bien que cette convention est bien différente de l'espèce de la loi ci-dessus rapportée, laquelle tombe sur la substance même de l'obligation, au lieu que cette convention ne concerne que la manière dont le paiement s'en fera : *Non concernit substantiam obligationis, sed modum; undè quemadmodùm potest in præjudicium hæredum determinari locus et tempus solutionis, ita et modus;* Molin., *ibid.*, part. 2, nº 30 et 31.

Cette convention n'empêche pas que l'un des héritiers du débiteur ne soit tenu que pour sa part de la dette; mais l'effet est qu'il ne peut faire le paiement que de la chose entière, conjointement avec ses cohéritiers; de manière que les offres qu'il ferait de donner sa part, seraient insuffisantes pour satisfaire, même pour sa part, à l'obligation dont il est tenu, si ses cohéritiers n'offrent également la leur (1). Voy. *infrà*, nº 316.

314. Cette convention, que la dette ne pourra être payée par parties, empêche bien que les héritiers du débiteur ne la puissent payer par parties; mais elle n'empêche pas qu'elle ne puisse être payée par parties aux différents héritiers du créancier.

Le débiteur ne peut même valablement payer à chacun d'eux que sa part; et s'il payait le total à l'un d'eux, il ne serait pas libéré envers les autres.

Néanmoins on peut aussi convenir que l'un des héritiers du créancier pourra exiger le total, et qu'on pourra lui payer le total; auquel cas le paiement qui lui est fait, libère le débiteur envers tous les héritiers du créancier, dont celui à qui le paiement est fait, est comme le préposé pour leurs parts, ou comme *adjectus solutionis gratiâ;* Molin., *ibid.*, nº 33.

315. Le troisième cas auquel la dette, quoique divisée entre les héritiers du débiteur, ne doit point s'acquitter par parties, est lorsque, sans qu'il y ait de convention, il résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin que l'on s'est proposée dans le contrat, que l'esprit des contractants a effectivement été que la dette ne pût s'acquitter par parties (2). Cela se présume facilement, lorsque la chose qui fait l'objet de la convention, est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, et est par conséquent divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles; Molin., part. 3, nº 223.

Cela se présume, même à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice au créancier.

Par exemple, si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage; quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne serait pas reçu à m'offrir sa part indivisée ou divisée de cet héritage, pour s'acquitter envers moi de son obligation, si ses cohéritiers n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs; parce que la division de cet héritage me porterait préjudice : je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total, ou pour en jouir en total; et je n'en aurais ni acheté ni pris à ferme une partie.

La fin que les contractants se sont proposée, peut aussi empêcher le paiement partiel, même des dettes d'une somme d'argent.—Par exemple, si par une transaction vous vous êtes obligé à me payer une somme de mille écus, avec déclaration que c'est pour me tirer de prison, où j'étais détenu pour la-

(1) *V.* art. 1221, § 4, C. civ., ci-dessus, p. 130, note 1.

(2) *V.* art. 1221, § 5, C. civ., ci-dessus, *ibid.*

Source : BIU Cujas

dite somme par un créancier, et que peu après vous soyez mort laissant quatre héritiers; un de ces héritiers ne sera pas reçu à m'offrir séparément le quart de ladite somme, qui ne peut me procurer la mainlevée de ma personne, qui a été l'objet du contrat, et que je ne pourrais pas conserver sûrement en prison, en attendant le paiement du surplus; Molin., part. 2, n° 40.

316. Dans tous les cas ci-dessus rapportés, dans lesquels une obligation, quoique en elle-même divisible, ne peut néanmoins s'acquitter par parties, le créancier ne peut, à la vérité, mettre les héritiers de son débiteur en demeure, qu'en donnant la demande contre tous; la demande qu'il ferait à l'un d'eux de lui payer le total ne serait pas valable, et ne le mettrait pas en demeure, puisque l'obligation étant divisible, il ne doit pas le total : mais, quoique l'un des héritiers ne soit débiteur que de la partie pour laquelle il est héritier, et ne puisse être poursuivi pour le total, néanmoins l'indivision de paiement empêche qu'il ne puisse valablement offrir la part dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en même temps par ses cohéritiers. C'est pourquoi de telles offres partielles non-seulement ne mettent pas le créancier en demeure de recevoir, et n'arrêtent pas le cours des intérêts, si la dette est de nature à en produire; mais si l'héritier qui a fait ces offres, avait été auparavant mis en demeure par une demande donnée contre tous les héritiers, ces offres imparfaites ne purgeraient pas sa demeure, et n'empêcheraient pas qu'il ne fût sujet, vis-à-vis du créancier, à toutes les peines de la demeure; sauf son recours contre ses cohéritiers; Molin., part. 2, n° 243.

Observez qu'une rente constituée qui n'est point accompagnée d'hypothèque, se divise entre les héritiers du débiteur comme les autres dettes : chacun des héritiers n'est tenu de la continuer et d'en payer les arrérages que quant à la part pour laquelle il est héritier; mais la faculté du rachat sous laquelle elle a été constituée, ne se divise pas (1). Nous avons traité cette matière dans notre *Traité du Contrat de Constitution de rente*, chap. 7, art. 3. *Voy.* Dumoulin, *Tract. de Div. et Ind.*, part. 2, n°s 207, 209; et part. 3, n° 23 et seq.

§ IV. *Du cas auquel la division de la dette se fait tant de la part du créancier que de celle du débiteur.*

317. Lorsque la dette a souffert division tant de la part du créancier que de celle du débiteur, *putà*, si le créancier a laissé quatre héritiers, et que le débiteur en ait pareillement laissé quatre, chacun des héritiers du débiteur, qui, par la division arrivée du côté du débiteur, n'est tenu que du quart de la dette, peut payer divisément, et pour le quart seulement dont il est débiteur, le quart qui est dû à chacun des héritiers du créancier; c'est-à-dire qu'il paiera à chacun d'eux le quart du quart, qui est un seizième au total (2).

---

(1) Les art. 1668, 1669 et 1670, nous présentent une hypothèse semblable. Le droit a été divisé, chacun n'a le droit que pour sa part : il ne peut l'exercer divisément.

Art. 1668 : « Si plusieurs ont vendu « conjointement, et par un seul con- « trat, un héritage commun entre eux, « chacun ne peut exercer l'action en « réméré que pour la part qu'il y avait. »

Art. 1669 : « Il en est de même, si « celui qui a vendu seul un héritage a « laissé plusieurs héritiers. — Chacun « de ces cohéritiers ne peut user de la « faculté de rachat que pour la part « qu'il prend dans la succession. »

Art. 1670 : « Mais, dans le cas des « deux articles précédents, l'acquéreur « peut exiger que tous les covendeurs « ou tous les cohéritiers soient mis en « cause, afin de se concilier entre eux « pour la reprise de l'héritage entier; « et, s'ils ne se concilient pas, il sera « renvoyé de la demande. »

(2) Ce sera bien le cas de dire avec la loi 3, ff. *Familiæ erciscund : quia sæpè et solutio et exactio partium non minima incommoda habet;* alors les

Source : BIU Cujas

§ V. *Si la réunion des portions, soit des héritiers du créancier, soit des héritiers du débiteur, en une seule personne, fait cesser la faculté de payer la dette par parties.*

318. La décision de cette question dépend du principe suivant.

La division de la dette, qui se fait par la mort du créancier ou du débiteur qui laisse plusieurs héritiers, ne fait pas d'une dette plusieurs dettes; mais elle assigne seulement à chacun des héritiers, soit du créancier, soit du débiteur, des portions dans cette dette qui n'avait pas de portions auparavant, mais qui en était susceptible. C'est en cela seul que consiste cette division; il n'y a toujours qu'une seule dette, *unum debitum;* la loi 9, ff. *de Pactis*, le dit en termes formels. Effectivement, les différents héritiers du créancier ne sont créanciers que de la dette qui a été contractée envers le défunt; les différents héritiers du débiteur ne sont débiteurs que de celle qui a été contractée par le défunt. Il n'y a donc toujours qu'une dette : mais (et c'est en cela que consiste la division) cette dette, qui était indivisée et ne contenait aucunes portions, tant qu'il n'y avait qu'une personne qui fût débitrice, et une seule qui fût créancière, se trouve avoir des portions, et être due par portions, soit à chacun des héritiers du créancier, soit par chacun des héritiers du débiteur.

De ce principe naît la décision de la question.

Les portions de la dette dans lesquelles consiste la division de cette dette, étant produites par la multiplicité des personnes à qui la dette est due, lorsque le débiteur a laissé plusieurs héritiers, ou par la multiplicité des personnes par qui la dette est due, lorsque le débiteur en a laissé plusieurs, il s'ensuit que, lorsque cette multiplicité de personnes cesse, il cesse d'y avoir des parties dans la dette : *Cessante causâ, cessat effectus;* et par conséquent la division de la dette cesse, et elle ne peut plus être payée par portions.

Si donc un débiteur ou un créancier a laissé plusieurs héritiers, et que le survivant des héritiers ait été lui-même seul héritier de tous les prédécédés, la dette cessera de pouvoir être payée par portions; parce que ne se trouvant plus qu'un seul créancier et un seul débiteur de la dette, il n'y a plus de portions dans la dette.

En vain dit-on que le débiteur ayant une fois acquis le droit de payer par portions, lorsque le créancier a laissé plusieurs héritiers, il ne peut plus le perdre; que l'obligation en laquelle chacun des héritiers du créancier était de recevoir sa portion séparément, doit passer au survivant qui a succédé à toutes les obligations des prédécédés. Cela serait vrai, si cette faculté de payer par portions était intrinsèque à l'obligation, et n'était pas au contraire uniquement dépendante de la circonstance extrinsèque de la multiplicité des person-

---

parties intéressées, au cas de partage à l'amiable, ou le juge, au cas du partage judiciaire, pourront faire usage du remède indiqué par la même loi : *Planè ad officium judicii*, ff. *non numquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alias attribuat.*

Mais, malgré notre art. 883, il faudrait raisonner encore, comme le jurisconsulte romain : *Nec tamen scilicet hæc attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui soli debeatur; sed ut sive agendum sit partim suo, partim procuratorio nomine agat; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur.*

Cette manière de procéder, loin d'être un partage ou une division, est au contraire une cession de dettes ou de créances qui opère réunion des fractions produites par la division légale.

Art. 883 : « Chaque cohéritier est « censé avoir succédé seul et immé- « diatement à tous les effets compris « dans son lot, ou à lui échus sur lici- « tation, et n'avoir jamais eu la pro- « priété des autres effets de la succes- « sion. »

Source : BIU Cujas

nes à qui ou par qui la dette est due : ainsi cette circonstance cessant, son effet doit cesser. *Voy.* Dumoulin, p. 2, n° 18 et seq.

Cette décision n'a pas lieu lorsque le dernier survivant de plusieurs héritiers du débiteur a recueilli à la vérité les successions des prédécédés, mais sous bénéfice d'inventaire ; car ce bénéfice empêchant la confusion des patrimoines des successions et de celui de l'héritier bénéficiaire, empêche aussi la réunion des portions de la dette. Le survivant doit séparément et diversement la portion dont il est tenu de la dette de son chef, et celle dont il est tenu comme héritier bénéficiaire des prédécédés, puisqu'il est tenu de l'une sur ses propres biens, et qu'il n'est tenu des autres que sur les biens des successions bénéficiaires des prédécédés. Or, étant tenu séparément et diversement de ces différentes portions de la dette, c'est une conséquence naturelle qu'il a droit de les acquitter séparément ; c'est l'avis de Dumoulin, p. 2, n° 22.

319. La réunion des portions des héritiers du créancier en une seule personne, fait cesser la faculté de payer par portions, de quelque manière que cette réunion se fasse, non-seulement lorsque l'un de ces héritiers est devenu héritier de tous les autres, mais aussi lorsqu'il a acquis par cession les droits de tous les autres.

Quid, s'il n'y avait point de cession ? L'un des héritiers qui aurait seulement la procuration de tous les autres cohéritiers pour exiger la dette, ou même un tiers qui aurait cette procuration de tous, pourrait-il refuser le paiement d'une portion ?

Il semble qu'il ne le pourrait, car il n'y a point, en ce cas, de réunion : il y a effectivement plusieurs personnes à qui la dette est due pour la portion de chacune d'elles, et par conséquent il semble que la dette peut se payer par portions.

Nonobstant cette raison, Dumoulin (p. 2, n° 25) décide que ce procureur de tous les héritiers peut refuser de recevoir le paiement de la dette par portions. En voici la raison. De même que, quand la dette se divise entre les héritiers du débiteur, cette division se fait pour l'intérêt de ces héritiers, afin qu'ils ne soient tenus chacun de la dette que pour leur portion héréditaire, et qu'ils puissent s'en libérer en payant cette portion ; de même, lorsque la dette se divise entre les héritiers du créancier, la division ne se fait, en ce cas, qu'en faveur et pour l'intérêt des héritiers du créancier, afin que chacun d'eux n'ait pas besoin d'attendre ses cohéritiers pour exiger et recevoir sa portion. Ces cohéritiers du créancier peuvent donc ne pas user du droit qu'opère cette division de la dette, qui n'est qu'en leur faveur, suivant cette maxime de droit, *Unicuique liberum est juri in favorem suum introducto renuntiare ;* et par conséquent celui qui a la procuration de tous les héritiers, peut refuser de recevoir la dette par portions.

320. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent a lieu lorsque les portions de plusieurs héritiers d'un seul créancier ou d'un seul débiteur se réunissent en une même personne. Il faut décider autrement, lorsqu'une dette a d'abord été contractée envers deux créanciers ou par deux débiteurs, sans solidité, et pour chacun leur portion. En ce cas, il y a deux dettes vraiment distinctes et séparées ; et elles ne cessent pas de l'être, quoique l'un des deux créanciers, ou l'un des deux débiteurs ait succédé à l'autre ; c'est pourquoi le pouvoir de les payer séparément subsiste toujours. Molin., *ibid.*, n° 29.

§ VI. *Différence entre la dette de plusieurs corps certains, et celle de plusieurs choses indéterminées, touchant la manière dont elles se divisent.*

321. Lorsque la dette est de plusieurs corps certains et déterminés, *putà* d'un *tel arpent de terre* et d'*un tel autre arpent*, et que la dette vient à se diviser, *putà* par la mort du créancier, qui a laissé deux héritiers ; la division se fait *in partes singularum rerum*. Le débiteur ne doit pas l'un des deux ar-

Source : BIU Cujas

pents à l'un des héritiers, et l'autre arpent à l'autre héritier : mais il doit à chacun des héritiers la moitié dans l'un et dans l'autre arpent, sauf à ces héritiers à les partager entre eux.

Il en est autrement lorsque la dette est de deux choses indéterminées ; *puta* si, dans l'espèce proposée, un débiteur eût dû, non pas un *tel arpent*, mais *deux arpents* indéterminément. En ce cas il devrait à chacun des héritiers du créancier un arpent, et non pas la moitié de deux arpents ; la division ne se fait pas *in partes singularum rerum*, mais numéralement ; *Numero dividitur obligatio* (1). C'est la décision des lois 54, ff. *de Verb. obl.*; et 29, ff. *de Solut.*

ART. III. — De la nature et des effets des obligations individuelles.

§ Ier. *Principes généraux sur la nature des obligations individuelles.*

322. L'obligation individuelle étant l'obligation d'une chose ou d'un fait qui n'est susceptible ni de parties réelles, ni de parties intellectuelles, c'est une conséquence nécessaire que, lorsque deux ou plusieurs personnes ont contracté une dette de cette espèce, quoiqu'elles ne l'aient pas contractée solidairement, et *tanquam correi debendi*, néanmoins chacun des obligés est débiteur du total de la chose ou du fait qui fait l'objet de l'obligation : car il ne peut pas en être débiteur pour une part seulement, puisqu'on suppose que cette chose ou ce fait n'est pas susceptible de parties (2).

Par la même raison, lorsque la personne qui a contracté une pareille dette, a laissé plusieurs héritiers, chacun des héritiers est débiteur du total de la chose, ne pouvant pas être débiteur pour partie de ce qui n'en est pas susceptible : *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis hæredibus debentur* (3); L. 192, ff. *de Reg. jur.*

Pareillement, lorsque le créancier d'une pareille dette a laissé plusieurs héritiers, la chose est due pour le total à chacun des héritiers, ne pouvant pas l'être pour partie, puisqu'elle n'en est pas susceptible (4).

323. En cela l'indivisibilité d'obligation convient avec la solidité : mais elle en diffère principalement en ce que, dans l'indivisibilité d'obligation, ce qui fait que chacun des débiteurs est débiteur du total venant de la qualité de

---

(1) La raison de la différence entre cette hypothèse et la précédente, c'est que, dans ce dernier cas, les droits des héritiers ne peuvent être lésés ; un arpent de terre, génériquement pris, est exactement remplacé par un arpent de terre également générique. Dans le premier cas, au contraire, la division réelle est impossible ; par la loi seule, un des arpents n'est pas l'équivalent de l'autre ; aucun des héritiers ne peut, d'après son caprice, s'attribuer tel arpent : *Plures in uno fundo dominium juris intellectu non divisione corporis obtinent;* L. 66, § 2, ff. *de Leg.* 2°. Ce n'est que le partage à intervenir qui déterminera leur propriété d'une manière précise.

(2) *V.* art. 1222, C. civ.

Art. 1222 : « Chacun de ceux qui « ont contracté conjointement une « dette indivisible, en est tenu pour le « total, encore que l'obligation n'ait « pas été contractée solidairement. »

(3) *V.* art. 1223, C. civ.

Art. 1223 : « Il en est de même à « l'égard des héritiers de celui qui a « contracté une pareille obligation. »

(4) *V.* art. 1224, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1224 : « Chaque héritier du « créancier peut exiger en totalité « l'exécution de l'obligation indivisi- « ble.—Il ne peut seul faire la remise « de la totalité de la dette ; il ne peut « recevoir seul le prix au lieu de la « chose. Si l'un des héritiers a seul re- « mis la dette ou reçu le prix de la « chose, son cohéritier ne peut de- « mander la chose indivisible qu'en « tenant compte de la portion du co- « héritier qui a fait la remise ou qui a « reçu le prix. »

Source : BIU Cujas

la chose due qui n'est pas susceptible de parties, cette indivisibilité est une qualité réelle de l'obligation, qui passe avec cette qualité aux héritiers, et qui fait que chacun des héritiers du débiteur est débiteur pour le total.

Au contraire, la solidité venant du fait des personnes qui se sont obligées chacune pour le total, cette solidité est une qualité personnelle qui n'empêche pas que cette obligation solidaire ne se divise entre les héritiers de chacun des débiteurs solidaires qui l'ont contractée, et entre les héritiers du créancier envers qui elle a été contractée : c'est ce qu'explique parfaitement Dumoulin avec son énergie ordinaire : *In correis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, et non transit in hærede nec ad hæredes, inter quos activè vel passivè dividitur; sed qualitas solidi in individuis realis est, quia non personis ut illa correorum, sed obligationi ipsi et rei debitæ adhæret, et transit ad hæredes, et in singulorum hæredum hæredes singulos in solidum ;* p. 2, n° 222.

324. De là naît une autre différence entre l'*indivisibilité* et la *solidité*. Celle-ci ne procédant pas de la qualité de la chose due, mais du fait personnel des codébiteurs qui ont contracté chacun toute l'obligation, non-seulement ces codébiteurs sont débiteurs de la chose pour le total, mais ils en sont débiteurs *totaliter*. Quoique l'obligation primitive qu'ils ont contractée solidairement vienne à se convertir, par son inexécution, en une obligation secondaire, ils sont tenus solidairement de cette obligation secondaire, comme ils l'étaient de la primitive.

Par exemple, si deux entrepreneurs se sont obligés envers moi solidairement à me construire une maison dans un certain temps ; en cas d'inexécution de cette obligation primitive, ils seront tenus chacun solidairement de l'obligation des dommages et intérêts, en laquelle l'obligation primitive s'est convertie.

Au contraire, lorsque l'obligation n'est pas solidaire, mais indivisible, comme lorsque plusieurs personnes se sont obligées sans solidité à quelque chose d'indivisible ; en ce cas, l'indivisibilité ne procédant que de la qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties, les débiteurs d'une telle obligation sont, à la vérité, chacun débiteurs du total, ne pouvant pas être débiteurs de parties d'une chose qui n'est pas susceptible de parties ; *singuli solidum debent :* mais ne s'étant pas obligés solidairement, *non debent totaliter. Aliud est,* dit Dumoulin (p. 3, n. 112) *quem teneri ad totum, aliud totaliter.* N'étant débiteurs pour le total qu'à cause de la qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties, si l'obligation primitive vient à se convertir en l'obligation secondaire d'une chose divisible, ces débiteurs n'en seront tenus chacun que pour leur part.

Par exemple, si deux entrepreneurs se sont, sans solidité, obligés envers moi à me construire une maison ; quoiqu'ils soient tenus chacun pour le total de l'obligation primitive, parce qu'elle a pour objet un fait qui n'est pas susceptible de parties, néanmoins, en cas d'inexécution de cette obligation, ils ne seront tenus chacun que pour leur portion de l'obligation secondaire des dommages et intérêts, en laquelle l'obligation primitive s'est convertie ; parce que ces dommages et intérêts consistent dans une somme d'argent, qui est divisible. Il résulte de là que *Longè aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam.* C'est encore une clef de Dumoulin, *ibid.*

Il faut dire la même chose à l'égard de plusieurs créanciers, ou de plusieurs héritiers d'un créancier d'une chose indivisible. Ils sont créanciers du total, *singulis solidum debetur ;* mais ils ne le sont pas *totaliter*, comme le sont des créanciers solidaires qu'on appelle *correi credendi ;* et *Aliud est pluribus deberi idem in solidum, aliud obligationem esse individuam.*

Tout ceci va s'éclaircir *in decursu,* dans les paragraphes suivants.

Source : BIU Cujas

325. De ce principe, « que *Aliud est debere totum, aliud est debere totaliter,* » il suit qu'une obligation indivisible ne laisse pas de pouvoir souffrir retranchement.

Par exemple, si mon parent, par son testament, m'a grevé envers Pierre d'un droit de servitude sur mon héritage; qu'il ne reste dans sa succession, toutes charges acquittées, que la somme de deux cents livres, et que ce droit de servitude soit de la valeur de trois cents livres; quoique ce legs et l'obligation qui en résulte soient indivisibles, le droit de servitude qui en fait l'objet étant indivisible, néanmoins, comme je ne suis pas tenu de cette obligation *totaliter,* mais seulement jusqu'à concurrence de deux cents livres qui restent de net dans la succession, ce legs et cette obligation, quoique indivisibles, souffriront retranchement, non pas à la vérité par rapport à la chose même qui est léguée, et qui n'est pas susceptible de parties, mais par rapport à sa valeur : c'est pourquoi je devrai au légataire un droit entier de servitude; mais à la charge qu'il ne pourra l'exiger qu'en me faisant raison de la somme qu'il vaut de plus que celle de deux cents livres, jusqu'à concurrence de laquelle seulement je suis tenu du legs (1); Arg., L. 76, ff. *de Leg.* 2°

§ II. *De l'effet de l'indivisibilité de l'obligation* in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du créancier.*

326. Lorsque l'obligation est indivisible, chaque héritier du créancier étant créancier de toute la chose, il en résulte que chacun des héritiers peut donner la demande pour toute la chose contre le débiteur (2).

Par exemple, si quelqu'un s'est engagé envers moi de me faire constituer, pour l'utilité de mon héritage, un droit de passage sur le sien, ou sur quelque autre héritage voisin; ce droit étant indivisible, chacun de mes héritiers pourra donner la demande pour le total contre le débiteur; L. 2, § 2, ff. *de Verb. oblig.*

Pareillement, si quelqu'un s'est engagé envers moi *à me faire un tableau,* ou *à me bâtir une maison,* chacun de mes héritiers peut lui demander qu'il lui fasse le tableau en entier, ou qu'il bâtisse toute la maison.

Mais comme chacun de mes héritiers, quoique créancier de toute la chose, n'en est pas néanmoins créancier *totaliter;* si, sur la demande de toute la chose, que l'un de mes héritiers aura donnée contre le débiteur, ce débiteur, faute d'exécuter son obligation, est condamné en des dommages et intérêts, il ne pourra l'être envers cet héritier que pour la part dont il est héritier; car, quoique créancier de toute la chose, il n'en est néanmoins créancier que comme mon héritier pour partie. S'il a droit de demander toute la chose, c'est que la chose ne peut être demandée pour partie, n'en étant pas susceptible : mais l'obligation de cette chose indivisible se convertissant, par l'inexécution, en une obligation de dommages et intérêts, laquelle est divisible, mon héritier pour partie ne peut prétendre dans lesdits dommages et intérêts que la part pour laquelle il est héritier; L. 25, § 9, ff. *Fam. ercisc.*

En cela les héritiers du créancier d'une dette indivisible sont différents des créanciers solidaires qu'on appelle *correi credendi.* Chacun de ceux-ci étant créancier, non-seulement de toute la chose due, mais l'étant *totaliter;* si, sur la demande du créancier, le débiteur ne remplit pas son obligation, il doit être condamné envers lui en total aux dommages et intérêts.

327. De ce que l'héritier pour partie d'une dette indivisible, quoique créancier de toute la chose, ne l'est pas néanmoins *totaliter,* il s'ensuit aussi qu'il

---

(1) *V.* aussi L. 7 et L. 80 *in fine, ad Leg. Falcidiam.*

(2) *V.* art. 1224, 1er alinéa, ci-dessus, p. 166, note 4.

Source : BIU Cujas

ne peut pas faire remise en entier de la dette (1), comme le pourrait un créancier solidaire (2) ; L. 13, § 12, ff. *de Accept.*

C'est pourquoi, si le créancier d'une dette indivisible a laissé deux héritiers, et que l'un d'eux ait fait remise au débiteur de la dette en ce qui le concerne, le débiteur ne sera pas libéré envers l'autre. Néanmoins cette remise aura effet. L'autre héritier pourra, à la vérité, demander au débiteur la chose entière ; mais il ne le pourra qu'en offrant de lui faire raison de la moitié de l'estimation de cette chose : car la chose due, quoique indivisible en soi, a néanmoins une estimation, laquelle est divisible, et à laquelle on peut, en ce cas, avoir recours : c'est une modification que reçoit, en ce cas, l'indivisibilité de la dette.

Il ne suffirait pas au débiteur d'offrir à celui qui n'a pas remis son droit, la moitié du prix de la chose due ; car cet héritier est créancier de la chose même; et son cohéritier, en faisant remise de son droit, n'a pu préjudicier à celui de cet héritier (3). C'est ce qu'enseigne Dumoulin (*Tr. de Div. et Ind.*, p. 3, n. 189); *Stipulator servitutis reliquit duos hæredes, quorum unus accepto fecit promissori..... debet alteri hæredum totam servitutem, sed non totaliter, utpotè deducendâ æstimatione dimidiæ partis..... sed cujus est electio ? Breviter dico creditoris, videlicet alterius hæredis, quia cohæres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere non potuit, nisi in refusione pretii, si hic hæres noluit jus suum vendere ; igitur gratis remittendo non potest in plus nocere.*

328. La même chose doit avoir lieu lorsque le débiteur est devenu héritier pour moitié du créancier ; l'autre lui demandera la chose entière, en offrant de lui faire raison de la moitié de l'estimation.

329. Tout ce que nous avons dit de plusieurs héritiers du créancier d'une dette indivisible, reçoit application à l'égard de plusieurs créanciers non solidaires envers qui une pareille dette aurait été contractée.

§ III. *De l'effet des obligations indivisibles* in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du débiteur.*

330. Lorsque la dette est indivisible, chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la chose entière. Mais comme il n'en est pas débiteur *totaliter*, qu'il ne l'est que comme héritier en partie du débiteur, et conjointement avec ses cohéritiers, il suit de là qu'étant assigné, il peut demander un délai pour appeler et mettre en cause ses cohéritiers (4), et qu'il ne doit être condamné seul que faute par lui de les avoir appelés en cause.

Dumoulin fonde cette décision sur la loi 11, § 23, ff. *de Leg.* 3°. *Si in opere civitatis faciendo relictum sit, unumquemque hæredem in solidum teneri D. Marcus et Verus Proculæ rescripserunt : tempus tamen cohæredi Proculæ, quem Procula vocari desideravit, ut secum curaret opus fieri, præstiterunt, intrà quod mittat ad opus faciendum, postquàm solam Proculam voluerunt*

---

(1) *V.* art. 1224 : « *Il* (l'un des « héritiers du créancier) *ne peut seul* « *faire la remise de la totalité de la* « *chose.* » (ci-dessus, p. 166, note 4).

(2) *V.* art. 1198, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 2.

(3) *V.* art. 1224, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 166, note 4.

(4) *V.* art. 1225, C. civ.

Art. 1225 : « L'héritier du débiteur, « assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour « mettre en cause ses cohéritiers, à « moins que la dette ne soit de nature « à ne pouvoir être acquittée que par « l'héritier assigné, qui peut alors être « condamné seul, sauf son recours en « indemnité contre ses cohéritiers. »

Source : BIU Cujas

facere, imputaturam sumptum cohæredi; Dumoulin, p. 3, nos 90 et 104; et p. 2, nos 469 *et seq.*

En cela ces cohéritiers sont différents des coobligés solidairement, qu'on appelle *correi debendi,* lesquels doivent chacun *totam rem et totaliter,* et ne sont pas reçus par conséquent (si ce n'est par une grâce, qui, à la vérité, s'accorde toujours) à demander délai pour mettre leurs cohéritiers en cause; mais ils sont obligés de payer aussitôt qu'ils sont interpelés, et ne peuvent demander autre chose au créancier que la cession de ses actions contre leurs coobligés, lorsqu'ils l'auront payé. Dumoulin établit cette différence, p. 3, no 107.

331. Il y a plus. Lorsque l'héritier qui est assigné par le créancier d'une dette indivisible, n'est héritier que pour une petite partie, et qu'il y a un héritier pour une plus grande partie; *putà,* si, dans les coutumes d'Anjou, de Touraine et autres semblales, le créancier assignait un puîné qui n'est héritier que pour une petite partie, l'aîné noble étant héritier principal, en ce cas, l'héritier assigné, non-seulement peut demander délai pour assigner ses cohéritiers, mais il peut demander que ce soit le créancier lui-même qui appelle en cause ce principal héritier, aux offres que le puîné fera de contribuer à ce qui est demandé (1); Molin., *ibid.,* no 105.

332. Au surplus, sur l'effet de l'obligation indivisible *in dando vel in faciendo,* par rapport aux héritiers du débiteur, il faut distinguer avec Dumoulin trois cas.—Ou cette dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le seul des héritiers du débiteur qui est assigné;—ou elle est de nature à pouvoir être acquittée séparément, soit par celui qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers;— ou elle est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous conjointement.

On peut apporter pour exemple du premier, la dette d'une servitude de vue ou de passage que le défunt a promis d'imposer sur un de ses héritages, qui est tombé par le partage à l'un de ses héritiers. Il n'y a que cet héritier à qui cet héritage est tombé par le partage, qui puisse acquitter cette dette, parce qu'une servitude ne peut être imposée que par le propriétaire de l'héritage. En ce cas, il sera seul condamné à la prestation du droit de servitude; et il pourra être contraint à l'imposer, par une sentence qui ordonnera que faute par lui de l'imposer, la sentence vaudra pour titre de constitution de la servitude (Molin., p. 3, no 100); sauf à lui son recours en indemnité contre ses cohéritiers, s'il n'a pas été chargé par le partage de l'acquittement de cette dette (2).

333. On peut apporter pour premier exemple du second cas, la dette d'une pareille servitude que le défunt se serait engagé de faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers. La chose qui fait l'objet de cette obligation est une chose indivisible, et qui de sa nature peut être acquittée séparément par chacun des héritiers du débiteur; car il est possible à chacun d'eux, au moins *naturâ,* de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage, sur lequel le défunt a promis à son créancier de lui faire avoir un droit de servitude.

Le créancier pourra donc demander ce droit de servitude pour le total à chacun des héritiers du débiteur, puisque ce droit étant indivisible, chacun d'eux est tenu de la dette pour le total. Mais comme cet héritier, quoique débiteur de ce droit de servitude pour le total, n'en est pas néanmoins tenu *totaliter,* et qu'il en est tenu conjointement avec ses cohéritiers, il peut de-

---

(1) Ce cas pourrait encore se présenter, quoique nos lois n'admettent plus de droit d'aînesse: la décision de Pothier est surtout conforme à l'équité.

(2) Ce cas est prévu par l'art. 1225, C. civ., *in fine.* V. p. 169, note 4.

Source : BIU Cujas

mander délai pour les mettre en cause, afin que lui et ses héritiers conjointement fassent avoir au créancier le droit de servitude qui lui est dû ; ou que, faute de le lui faire avoir, ils soient tous condamnés aux dommages et intérêts du créancier : y étant tous condamnés, ils n'en seront tenus que pour leurs parts, parce que cette obligation de dommages et intérêts est divisible.

Que s'il néglige d'appeler ses cohéritiers, et qu'il demeure seul en cause, il sera condamné seul à faire avoir au demandeur le droit de servitude qui lui a été promis par le défunt ; et à faute de ce, il sera condamné seul aux dommages et intérêts ; sauf son recours contre ses cohéritiers (*Molin*, p. 2, n° 175); car, ayant négligé de les appeler en cause, il doit seul subir la condamnation : il est tenu, en ce cas, *quasi ex facto proprio*, pour s'être chargé seul de la cause, *et non tantùm quasi hæres*.

Observez que cette condamnation de dommages et intérêts doit avoir lieu, quand même les héritiers de celui qui a promis cette servitude, seraient près de l'acheter du propriétaire de l'héritage sur lequel le défunt a promis de la faire imposer, et que ce propriétaire ne voudrait pas, à quelque prix que ce fût, l'accorder ; car, comme nous l'avons déjà vu ailleurs, il suffit que ce qui a été promis, soit en soi possible, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir du défunt qui l'a promis, et de ses héritiers, pour que l'obligation soit valable, et donne lieu, par son inexécution, à des dommages et intérêts ; celui qui a contracté l'obligation, doit s'imputer de s'être fait fort de ce tiers témérairement

Un second exemple, est l'obligation que j'aurais contractée envers quelqu'un de lui faire bâtir un certain édifice sur son terrain. Cette obligation est indivisible ; le créancier peut conclure contre chacun de mes héritiers, à ce qu'il soit condamné à faire l'édifice entier. Mais comme chaque héritier, quoique débiteur de toute la construction de l'édifice, n'en est pas néanmoins débiteur solidaire, chacun d'eux a droit de requérir que ses cohéritiers soient mis en cause ; et étant tous en cause, faute par eux de remplir l'obligation, ils seront condamnés aux dommages et intérêts, chacun seulement pour sa part héréditaire.

Au reste, ceux qui étaient prêts à y concourir ne seront pas moins condamnés que ceux qui refuseraient de le faire, sauf leur recours entre eux ; parce que chacun d'eux est obligé à construire l'édifice entier, et que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire.

Si l'un de mes héritiers assigné pour la construction entière de l'édifice, ne faisait pas mettre en cause ses cohéritiers, il pourrait être condamné seul aux dommages et intérêts pour le total, en cas d'inexécution de l'obligation : c'est sa faute de n'avoir pas mis en cause ses cohéritiers.

334. Il reste à parler du troisième cas auquel la dette indivisible ne peut être acquittée que conjointement par tous les obligés.

« On peut apporter pour exemple le cas auquel quelqu'un, par une transaction, s'est obligé envers vous de vous constituer sur son héritage un droit de passage pour aller au vôtre, par l'endroit de son héritage qu'il vous indiquerait. » Si cet homme, avant d'avoir accompli cette obligation, est mort, et a laissé plusieurs héritiers entre lesquels cet héritage est commun, l'obligation d'imposer le droit de passage à laquelle ils succèdent, est une obligation indivisible, qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous lesdits héritiers ; un droit de servitude ne pouvant être imposé sur un héritage que par tous ceux qui en sont les propriétaires ; L. 2, ff. *de Serv.* ; L. 18, ff. *Comm. præd.*

Dans le cas de cette espèce d'obligation, si l'un des héritiers déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à remplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution ; car celui qui offre n'est pas en demeure ; *Molin.*, *ibid.*, p. 3, n° 95.

S'il y avait eu une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation, le

Source : BIU Cujas

coobligé ou le cohéritier qui n'avait pas été en demeure, ne laisserait pas d'être sujet pour sa part à la peine, par la demeure de l'autre, *non immediatè, sed ejus occasione et tanquam ex conditionis eventu*, de même que dans les obligations divisibles, sauf son recours contre son coobligé.

335. Observez que la loi 25, § 10, ff. *Fam. erc.* ne contient rien de contraire à toutes les distinctions que nous avons faites jusqu'à présent; car, comme le remarque Dumoulin (p. 3, n° 99) ce texte ne suppose pas que l'héritier pour partie du débiteur d'une chose indivisible, soit toujours et indistinctement tenu d'en payer l'estimation pour le total, en cas d'inexécution; mais il décide seulement, que, dans le cas auquel il en serait tenu, *putà*, lorsqu'il s'est laissé condamner sans appeler ses cohéritiers qui en étaient tenus comme lui, il a contre eux l'action *familiæ erciscundæ*, pour s'en faire faire raison au partage.

§ IV. *De l'effet des obligations indivisibles* in non faciendo.

336. Lorsque quelqu'un s'est obligé envers un autre à *ne pas faire quelque chose*; si ce qu'il s'est obligé à ne pas faire est quelque chose d'indivisible, *putà*, s'il s'est obligé envers son voisin « à ne le point empêcher de passer par ses héritages,» la contravention faite par un seul de ses héritiers donne ouverture à l'action du créancier contre tous les héritiers, pour qu'il leur soit fait des défenses, et qu'ils soient condamnés en ses dommages et intérêts; avec cette différence, que celui qui a fait la contravention y doit être condamné pour le total, *quia non tenetur tantùm tanquam hæres, sed tanquam ipse et ex facto proprio*; et que les autres héritiers doivent être condamnés seulement quant à la part pour laquelle ils sont héritiers, et sauf leur recours contre celui qui a fait la contravention, pour qu'il soit tenu à payer à leur décharge, ou à les indemniser, s'ils ont été contraints de payer. Ils ne sont pas tenus solidairement comme celui qui a contrevenu, mais seulement pour leur part héréditaire; *quia tenentur tantùm ut hæredes.*

C'est en ce sens que Dumoulin enseigne qu'on doit entendre la loi 2, § 5, ff. *de Verb. oblig. Si stipulatus fuero per te non fieri, neque per hæredem tuum, quominùs mihi ire agere liceat, et unus ex pluribus hæredibus prohibuerit, tenentur et cohæredes ejus; sed familiæ erciscundæ repetent ab eo quod præstiterint*; Dumoulin, p. 3, n° 168 *et seq.*

Au reste, vis-à-vis du créancier, ceux qui n'ont point contrevenu, sont tenus pour leur part de la contravention de leur cohéritier : et en cela les obligations *in non faciendo* diffèrent des obligations *in faciendo*; car, lorsque l'obligation consiste à faire quelque chose d'indivisible, qui ne peut se faire séparément par chacun des deux héritiers du débiteur, mais qui doit être fait par les deux ensemble, et que l'un des deux se présente pour le faire, tandis que l'autre se refuse de concourir, nous avons vu ci-dessus, n° 334, que, suivant le sentiment de Dumoulin, le créancier n'avait point d'action contre celui qui n'était point en demeure, mais seulement contre celui qui avait refusé.

La raison de différence est, que c'est la demeure du débiteur qui donne lieu à l'action dans les obligations *in faciendo*; d'où il suit qu'elle ne peut avoir lieu contre celui qui est prêt, *quantùm in se est*, à remplir l'obligation, et qui n'est point par conséquent en demeure.

Au contraire, dans les obligations *in non faciendo*, c'est le fait même dont le débiteur a promis que lui et ses héritiers s'abstiendraient, qui donne lieu à l'action du créancier [1]; c'est pourquoi il suffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y ait lieu à l'action contre tous.

---

(1) L'art. 1145 semble reproduire cette doctrine. *V.* ci-dessus, p. 69, note 5.

Source : BIU Cujas

On doit supposer que telle a été l'intention des contractants, parce qu'autrement celui envers qui le débiteur s'est obligé de ne pas faire quelque chose n'aurait pas ses sûretés ; et il arriverait que souvent, lorsqu'on aurait fait ce qu'il a été stipulé qu'on ne ferait pas, il ne pourrait agir contre personne, faute de savoir qui l'aurait fait, n'étant pas souvent facile, lorsqu'une chose est faite, de savoir par qui elle a été faite ; au lieu que, dans les obligations qui consistent à faire quelque chose, on ne peut ignorer celui qui est en demeure de le faire, par l'interpellation qui lui est faite.

Dumoulin (part. 1, n° 27) donne aux héritiers qui n'ont pas contrevenu, l'exception de discussion, par laquelle ils peuvent obliger le créancier à discuter préalablement à leurs risques celui qui a contrevenu.

CHAPITRE V.

Des obligations pénales.

337. L'*obligation pénale* est, comme nous l'avons déja vu, celle qui naît de la clause d'une convention par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'un premier engagement, « s'engage, par forme de peine, à quelque chose, en cas d'inexécution de cet engagement (1). »

Par exemple, si vous m'avez prêté un cheval pour faire un voyage, que je me suis obligé de vous rendre sain et sauf, et de vous payer cinquante pistoles si je ne vous le rendais pas sain et sauf, cette obligation que je contracte de vous payer cinquante pistoles au cas que je ne vous le rende pas, est une obligation pénale.

Pour traiter cette matière avec ordre, après avoir exposé dans le premier article les principes généraux sur la nature des obligations pénales, nous verrons dans le second, quand il y a ouverture à la peine.

Nous examinerons dans le troisième, si le débiteur peut, en s'acquittant pour partie de son obligation, éviter la peine pour partie.

Nous discuterons dans le quatrième si la peine est encourue pour le total, et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux ;

Et dans le cinquième, si la contravention faite envers l'un des héritiers du créancier, fait encourir la peine pour le total, et envers tous lesdits héritiers.

ART. 1er. — De la nature des obligations pénales.

338. *Premier principe.* — L'obligation pénale étant, par sa nature, accessoire à une obligation primitive et principale, la nullité de celle-ci entraîne la nullité de l'obligation pénale (2). La raison est qu'il est de la nature des choses

---

(1) *V.* art. 1226, C. civ.

Art. 1226 : « La clause pénale est « celle par laquelle une personne, pour « assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en « cas d'inexécution. »

(2) *V.* art. 1227, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1227 : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de « la clause pénale. — La nullité de « celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

Pour justifier cette décision, il n'est peut-être pas nécessaire de considérer la clause pénale comme accessoire de l'obligation primitive ; car, si l'obligation pénale est nulle lorsqu'elle est ajoutée à la promesse d'une chose impossible, immorale ou illicite, c'est parce qu'elle est infectée du même vice

Source : BIU Cujas

accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale : *Quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum obtinent;* L. 129, § 1, ff. *de Regul. jur.*

D'ailleurs, l'obligation pénale étant l'obligation d'une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation primitive, si l'obligation primitive n'est pas valable, l'obligation pénale ne peut avoir lieu, parce qu'il ne peut pas y avoir de peine de l'inexécution d'une obligation qui, n'étant pas valable, n'a pu ni dû être exécutée.

La loi 69, ff. *de Verb. oblig.*, contient un exemple de notre décision : vous m'aviez promis de me donner ou de me représenter un certain esclave que vous ignoriez être mort, et de me payer une certaine somme par forme de peine, en cas que vous manquassiez, ou de me le donner, ou de me le représenter. Ulpien décide que l'obligation de la peine n'est pas plus valable que l'obligation principale, qui, étant l'obligation d'une chose impossible, ne peut pas valoir. *Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur, quemadmodùm si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur.*

339. Ce principe, « que la nullité de l'obligation primitive entraîne celle de l'obligation pénale, » reçoit exception dans le cas d'une obligation à l'accomplissement de laquelle celui envers qui elle a été contractée, n'a aucun intérêt appréciable; *putà, cùm quis alteri stipulatus est.*

Nous avons vu ci-dessus, n° 54, que cette obligation était nulle : néanmoins l'obligation pénale qui y est ajoutée est valable. *Alteri stipulari nemo potest..... Planè si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sicut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest, etc.* Instit., *tit. de Inut. stip.*, § 18.

La raison est que l'obligation principale n'est nulle en ce cas, que parce que le débiteur y peut impunément contrevenir, celui envers qui elle a été contractée n'ayant en ce cas aucuns dommages et intérêts à prétendre en cas d'inexécution : l'obligation pénale qui est ajoutée purge ce vice, en empêchant le débiteur d'y pouvoir contrevenir impunément (1).

---

que la promesse primitive; en effet, elle n'a point d'autre cause que cette promesse. Or, rien de plus constant que la nullité d'une obligation dont la cause est impossible ou contraire aux bonnes mœurs : « *Verum non est,* dit Vinnius, *pœnalem stipulationem esse* « *accessionem prioris, sed æquè atque* « *illa principalis est, ut nihil prohi-* « *beat quominùs subjecta pœnalis sti-* « *pulatio utilis sit, licet prior cui sub-* « *jicitur, sit inutilis : cum numquam* « *una stipulatio quæ per se utilis esse* « *potest, per aliam inutilem vitietur,* « *quod verò impossibili aut turpi sti-* « *pulationi subjecta pœnas stipulatio,* « *et ipsa inutilis est, non ex eo sit* « *quod pœnalis stipulatio est accessio* « *ejus cui subjicitur, sed quia hæc* « *eodem vitio, quo prior laborat.* « *Quippè subjecta impossibili, et ipsa* « *impossibilis habetur; turpi subjecta* « *et ipsa turpis, ut potè* DELICTI INVI- « TANDI CAUSA SUBJECTA; *neque verò* « *pecunia dari potest, ut pœna, ubi* « *non præstat promissor, quod na-* « *turâ aut jure præstare non potest.*» *V.* Vin. *de Inut. stip.*, § 18.

(1) Il ne faut plus, dans ce cas, dire que l'obligation pénale est un accessoire de l'obligation primitive, car, s'il en était ainsi, elle devrait être inefficace comme la première; mais, en considérant la clause pénale comme également principale, quoique secondaire, comme une obligation conditionnelle, dont la condition de réalisation est le non accomplissement de la première, on n'éprouve aucune difficulté à comprendre pourquoi la clause pénale, ajoutée à la stipulation pour autrui ou à la promesse du fait d'autrui est valable; car une obligation utile n'est pas viciée par cela seul qu'elle

Source : BIU Cujas

Pareillement, quoiqu'on ne puisse pas promettre valablement le fait d'autrui, l'obligation pénale ajoutée à une convention par laquelle quelqu'un a promis le fait d'un tiers est valable, parce que la clause pénale fait voir que celui qui a promis n'avait pas simplement intention de promettre le fait de ce tiers, mais de se faire fort de ce tiers; et par conséquent il a promis *non de alio, sed de se, Suprà,* n° 56.

Frain, en son Recueil d'arrêts du Parlement de Bretagne, en rapporte un du 12 janvier 1621, qui a jugé suivant ce principe. Le parent d'un chanoine qui avait offensé l'évêque de Saint-Malo, avait promis à l'évêque que le chanoine, pendant quatre mois, ne paraîtrait pas dans la ville, et il s'était obligé à payer, en cas de contravention, une somme de 300 livres. Le cas étant arrivé, la convention fut jugée valable, et la peine encourue.

340. *Second principe.* — La nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive (1).

La raison est que l'accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans le principal; mais le principal ne dépend pas de l'accessoire, et peut subsister sans lui. C'est ce que décide la loi 97, ff. *de Verb. oblig. Si stipulatus sum te sisti, nisi stiteris, hippocentaurum dari, perindè erit atque si te sisti solummodò stipulatus essem;* et comme dit Paul en la loi 126, § 3, *dict. tit.: Detractâ primâ stipulatione, prior manet utilis.*

341. *Troisième principe.* — L'obligation pénale a pour fin d'assurer l'exécution de l'obligation principale.

De là on doit conclure que la vue des contractants n'a été ni d'éteindre ni de résoudre par l'obligation pénale l'obligation principale, ni de la fondre dans l'obligation pénale; L. 122, § 2, ff. *de Verb. oblig.*

C'est pourquoi, quoiqu'il y ait eu ouverture à l'obligation pénale par la demeure en laquelle a été le débiteur d'exécuter l'obligation principale, le créancier peut, au lieu de demander la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale (2); L. 28, ff. *de Act. empt.;* L. 122, § 2, ff. *de Verb. oblig. et passim.*

C'est pourquoi, lorsqu'en stipulant une certaine somme, en cas d'inexécution d'une première obligation, l'intention des parties a été que, dans ce cas,

---

se trouve jointe à une obligation inutile. *V.* L. 1, § 5, ff. *de Verb. oblig.*

« La disposition de l'art. 1227, Cod. civ. (*V.* note précédente), n'est pas limitée, dit Merlin, aux clauses pénales qui sont ajoutées aux promesses des choses impossibles ou contraires aux bonnes mœurs; elle frappe également de nullité les clauses pénales ajoutées aux promesses qui sont nulles, soit à raison de ce que la loi les prohibe, soit à raison de l'incapacité des personnes, soit à raison de l'erreur, du dol ou de la violence qui ont extorqué ou surpris le consentement. Mais autre chose est la nullité, autre chose est l'inefficacité d'une promesse : une promesse est nulle lorsqu'elle est infectée de l'un des vices que je viens de signaler; elle est seulement inefficace lorsque, ne blessant ni les bonnes mœurs, ni l'ordre public, ni les lois prohibitives, et faite librement, consentie sciemment par une personne capable de s'obliger, elle porte sur un objet auquel n'est pas intéressé le stipulant, soit sur le fait d'autrui. Elle est inefficace, parce que la loi ne lui accorde pas sanction, elle n'a point de force coercitive, mais elle n'en produit pas moins une obligation naturelle; quelle raison y aurait-il dès lors pour qu'il ne fût pas permis de la renforcer par la stipulation d'une peine exigible au cas qu'elle soit enfreinte. »

(1) *V.* art. 1227, 2e alinéa, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 173, note 2.

(2) *V.* art. 1228, C. civ.

Art. 1228 : « Le créancier au lieu « de demander la peine stipulée contre « le débiteur qui est en demeure, peut « poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »

Source : BIU Cujas

aussitôt que le débiteur aurait été mis en demeure de satisfaire à la première obligation, il ne fût plus dû autre chose que la somme convenue, une telle stipulation n'est pas une stipulation pénale; l'obligation qui en résulte n'est pas une obligation *pénale*, mais une obligation aussi principale qu'était la première, dont les parties ont eu intention de faire novation (1) : c'est de cette espèce qu'il est parlé dans la loi 44, § *fin.* ff. *de Obl. et act.*

Sur la question de savoir quand on doit estimer que les parties ont eu cette intention de faire novation; *Voyez* ce qui en est dit *infrà*, part. 3, ch. 2, art. 4, § 2, nº 594.

342. *Quatrième principe.* — Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale (2).

Il suit de là qu'il doit en ce cas choisir, ou de poursuivre l'exécution de l'obligation principale, ou la peine; qu'il doit se contenter de l'une ou de l'autre, et qu'il ne peut pas exiger les deux (3).

Néanmoins, comme l'obligation pénale ne peut donner aucune atteinte à l'obligation principale; si la peine que le créancier a perçue pour l'inexécution de l'obligation principale ne le dédommageait pas suffisamment, il ne laisserait pas, quoiqu'il ait perçu cette peine, de pouvoir demander les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation principale, en imputant et tenant compte sur lesdits dommages et intérêts, de la peine qu'il a déjà perçue (4) : c'est la décision des lois 28, ff. *de Act. empt.*; 41 et 42, ff. *Pro socio.*

---

(1) On ne doit pas facilement présumer cette intention de faire novation, car le créancier veut plutôt stimuler le débiteur à l'accomplissement de la première obligation, que de changer son droit primitif; et nous avouons que nous n'aurions pas vu une novation dans l'espèce de la loi 44, § fin., ff. *de Oblig. et Act.*, dont voici les termes : *Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non fecerit centum : videndum utrum duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem : an verò transferat in se, et quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est.* Ce n'est pas là de la raison écrite.

(2) *V.* art. 1229, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1229 : « La clause pénale est « la compensation des dommages et « intérêts que le créancier souffre de « l'inexécution de l'obligation princi- « pale.—Il ne peut demander en même « temps le principal et la peine, à « moins qu'elle n'ait été stipulée pour « le simple retard. »

Cependant nous dirions volontiers que l'objet de la clause pénale n'est pas seulement de prévenir toute contestation sur le *quantum* des dommages-intérêts que le créancier pourra prétendre en cas d'inexécution de l'obligation principale : *Ne quantitas stipulationis in incerto sit*; mais c'est aussi de prévenir toute contestation sur le point de savoir si, en cas d'inexécution de l'obligation principale, le créancier sera fondé ou non à dire qu'il en souffre un dommage quelconque : *Pœnam enim cum stipulatur quis non illud inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis.* Inst. § 19, *de Inutili stipul.*

(3) *V.* art. 1229, 2e alinéa, C. civ. *V.* note précédente.

(4) Si on envisage la clause pénale comme *compensatoire des dommages-intérêts*, et c'est l'idée de Pothier, reproduite par le 2e alinéa de l'article 1229, il nous paraît difficile d'admettre que le créancier peut demander des dommages-intérêts plus considérables, car il y a un abonnement, un forfait qui nous paraît obligatoire pour les deux parties. *V.* art. 1152, C. civ.

Art. 1152 : « Lorsque la convention « porte que celui qui manquera de « l'exécuter paiera une certaine somme « à titre de dommages et intérêts, il

Source : BIU Cujas

Au reste, le juge ne doit pas être facile à écouter le créancier qui prétend que la peine qu'il a perçue ne le dédommage pas suffisamment de l'inexécution de la convention : car les parties ayant, par la fixation de la peine, réglé et fixé elles-mêmes les dommages et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de la convention, le créancier, en demandant de plus gros dommages et intérêts, semble (1) revenir contre une estimation qu'il a faite lui-même; en quoi il ne paraît pas recevable, à moins qu'il n'ait la preuve à la main, que le dommage par lui souffert excède la peine convenue, comme dans cette espèce : Si un marchand m'a prêté sa voiture, à la charge que je la lui rendrais un certain jour, auquel il en aurait besoin pour mener ses marchandises à une certaine foire, à peine de 30 liv., faute de la lui rendre au jour indiqué; ce marchand à qui j'ai promis de la rendre, peut ne se pas contenter de cette somme de 30 livres, s'il a la preuve à la main qu'il a été obligé d'en louer une pour 50 livres, et que le prix commun des voitures pour aller à cette foire, était de la somme de 50 livres dans le temps auquel je devais lui rendre la sienne.

343. De même que la clause pénale n'ôte point à celui qui a stipulé la peine, l'action qui naît de l'engagement principal, de même elle ne lui ôte point non plus les exceptions et fins de non-recevoir qui en pourraient résulter.

Par exemple, si je suis convenu avec un mineur devenu majeur, qu'il ne reviendrait point contre la vente d'un héritage qu'il m'a faite en minorité, et que j'aie stipulé de lui par forme de peine une certaine somme, au cas qu'il contrevînt à la convention; s'il vient par la suite à m'assigner en entérinement de lettres de rescision contre cette aliénation, la clause pénale insérée dans notre traité n'empêchera pas que je ne puisse opposer contre sa demande la fin de non-recevoir qui résulte de l'engagement principal qu'il a contracté dans notre traité, de ne point revenir contre cette aliénation.

Mais comme celui qui a stipulé la peine ne peut pas percevoir et la peine et ce qui est renfermé dans l'engagement principal; si j'use de la fin de non-recevoir, et que je fasse déclarer la demande non recevable, je ne pourrai plus exiger de lui la peine que j'ai stipulée; et *vice versâ*, si j'ai exigé de lui la peine, je ne pourrai pas user de la fin de non-recevoir. C'est ce qui résulte de la loi 10, § 1, ff. *de Pact.*

La décision de cette loi n'a rien de contraire à celle de la loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.*, rapportée *infrà* en l'article suivant, n° 348.

Lorsque j'ai eu convention, sous une certaine peine, avec vous devenu majeur, « que vous ne reviendriez pas contre la vente d'un héritage que vous m'aviez faite en minorité, » l'objet de cette convention est de me procurer la libération d'une action rescisoire que vous aviez effectivement contre moi : c'est

---

« ne peut être alloué à l'autre partie « une somme plus forte ni moindre. »

Le débiteur ne peut pas refuser l'exécution de l'obligation primitive en offrant le montant de la clause pénale, le créancier a conservé le droit de demander l'exécution de l'obligation principale, en nature, en tant qu'elle est possible; mais si, au lieu de prendre cette voie, il conclut à des dommages-intérêts, il nous paraît qu'il doit subir la loi du *quantùm* qui en a été réglé d'accord avec lui.

(1) Mais pourquoi Pothier dit-il que le créancier SEMBLE *revenir contre une estimation qu'il a faite lui-même?* Il y revient très réellement, il veut décliner les effets de sa propre convention, et cependant c'est une loi pour lui. (Art. 1134, C. civ.)

Art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi « à ceux qui les ont faites. — Elles ne « peuvent être révoquées que de leur « consentement mutuel, ou pour les « causes que la loi autorise. — Elles « doivent être exécutées de bonne « foi. »

Source : BIU Cujas

pourquoi, lorsqu'en vous opposant la fin de non-recevoir qui résulte de cette convention, et en vous faisant en conséquence déclarer non recevable dans votre action, je me suis procuré la libération de cette action, je ne puis plus vous demander la peine; autrement j'aurais tout à la fois et la chose et la peine, ce qui ne peut pas être.

Telle est l'espèce de la loi 10, § 1, ff. *de Pact.*, que nous venons de rapporter : celle de la loi 122, qui nous est opposée, est très différente.

Après un partage qui est par lui-même valable, et non sujet à aucune action rescisoire, dans la crainte d'essuyer un procès, quoique mal fondé, nous sommes convenus, sous une certaine peine, de ne pas revenir contre.

L'objet de cette convention n'est pas, comme dans l'espèce précédente, de me procurer la libération de quelque action rescisoire que vous eussiez contre ce partage, puisque vous n'en aviez aucune ; le seul objet de cette convention est de ne pas essuyer un procès : c'est pourquoi, si vous m'en avez fait un, quoique j'aie obtenu le congé de votre demande, il y aura lieu à la peine ; car la seule chose qui faisait l'objet de notre convention, étant de ne pas essuyer un procès, quoique mal fondé, m'en ayant fait essuyer un, il est vrai de dire que vous m'avez privé de ce qui faisait l'objet de notre convention, d'où il suit qu'il y a lieu à la peine (1).

344. Notre règle, « que le créancier ne peut avoir tout à la fois le principal et la peine, » souffre exception, non-seulement lorsqu'il est dit expressément dans la clause pénale, « que, faute par le débiteur d'accomplir son obligation dans un certain temps, la peine sera encourue et due, sans préjudice de l'obligation principale ; » ce qui s'exprimait par ces termes : *rato manente pacto ;* (L. 16, ff. *de Trans.*); mais même toutes les fois qu'il paraît que la peine est stipulée pour réparation de ce que le créancier doit souffrir, non de l'inexécution absolue de l'obligation, mais du simple retard dans l'exécution de l'obligation (2) ; car, en ce cas, le créancier qui a souffert du retard, peut recevoir le principal et la peine.

---

(1) Voici comment M. Delvincourt raisonne pour concilier les deux lois dont s'occupe ici Pothier : « Ou la « clause pénale a eu pour motif d'in- « demniser le créancier du dommage « que pourrait lui causer la rescision « de l'acte, ou seulement de lui éviter « un procès. Dans le premier cas, si le « créancier a opposé l'exception du « pacte de ratification résultant de la « clause pénale, il ne pourra plus de- « mander l'exécution de cette même « clause; car, puisque nous supposons « que la stipulation pénale avait pour « principal motif d'empêcher l'annu- « lation de l'acte, la non-annulation « est donc, dans ce cas, le principal. « Or, lorsqu'en opposant le second « pacte, le créancier a obtenu que le « premier contrat ne serait pas annulé, « il a le principal ; il ne peut donc exi- « ger la peine. C'est le cas de la loi 10, « § 1, ff. *de Pactis.*

« Mais lorsque la clause pénale a eu « pour motif d'éviter un procès, dès « que le procès a eu lieu, le créancier « n'a pas obtenu le principal ; il peut « donc exiger la peine. Mais comment « reconnaîtra-t-on quel a été le but des « parties, quand elles ont consenti la « clause pénale ? L'on se décidera prin- « cipalement par la nature de l'acte « pour le maintien duquel la clause « générale a été ajoutée. Si, par exem- « ple, cet acte est une transaction, « comme la transaction suppose dans « les parties le désir d'éviter les procès, « désir qui les a portées à faire des sa- « crifices mutuels pour y parvenir, on « présumera facilement que la clause « pénale a eu pour motif d'empêcher « même toute contestation. C'est l'es- « pèce de la loi 122, § 6, ff. *de Verb.* « *oblig.*, qui doit être entendue dans « le sens de la loi 26, ff. *de Trans.* »

(Note 2 de la page 151, 2e vol.)

(2) Ce cas est prévu dans la disposition finale de l'art. 1229, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 176, note 2.

Quant à la loi 16, ff. *de Transac-*

Source : BIU Cujas

345. *Cinquième principe.*—La peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation, peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge.

Ce principe est tiré d'une décision de Dumoulin, en son Traité *de Eo quod interest,* nos 159 *et seq.* Il le fonde sur ce que la nature de la peine est de tenir lieu des dommages et intérêts qui pourraient être prétendus par le créancier, en cas d'inexécution de l'obligation. Donc, dit-il, de même que, lorsque le créancier fait monter à une somme excessive les dommages et intérêts qu'il prétend souffrir de l'inexécution de l'obligation, le juge doit la réduire; et que la loi unique, Cod. *de Sent. quæ pro eo quod interest prof.* ne permet pas qu'elle excède le double de la valeur de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive; de même, lorsque la peine stipulée au lieu de dommages et intérêts, est excessive, elle doit être réduite : car cette peine peut bien, à la vérité, excéder la somme à laquelle montent les dommages et intérêts, et être même due dans le cas auquel le créancier n'en souffrirait aucuns, parce qu'elle est stipulée pour éviter la discussion du fait, « si le créancier a souffert effectivement, et à combien monte ce qu'il a souffert; » mais tenant lieu des dommages et intérêts du créancier, il est contre sa nature qu'elle puisse être portée au delà des bornes que la loi prescrit aux dommages et intérêts.

Si la loi ci-dessus citée les restreint, et ne permet pas qu'ils soient prétendus *ultrà duplum*, même dans le cas auquel l'inexécution du contrat aurait effectivement causé une plus grande perte au créancier, qui par ce moyen se trouve *versari in damno,* à plus forte raison on doit modérer la peine excessive à laquelle le débiteur s'est témérairement soumis, lorsque le créancier n'a pas souffert de perte, ou qu'il n'en a souffert qu'une beaucoup au-dessous de la peine stipulée, et par conséquent dans le cas auquel *certat de lucro captando.*

Enfin, Dumoulin se fonde sur le texte de ladite loi *unic.* Cod. *de Sent. pro eo quod interest, etc.*, qui, dans la généralité de ses termes, paraît comprendre *interesse conventionale,* aussi bien que toute autre espèce de dommages et intérêts.

Azon a été d'une opinion contraire à celle de Dumoulin, et il décide qu'une peine conventionnelle stipulée par forme de dommages et intérêts, n'est sujette à aucune modération (1). On peut dire, pour son sentiment, qu'il y a une différence entre l'intérêt conventionnel, et les dommages et intérêts qui ne sont pas réglés par le contrat. A l'égard de ceux-ci, il est bien vrai que le débiteur, en contractant l'obligation primitive, est censé avoir contracté l'obligation secondaire des dommages et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de l'obligation primitive; mais il y a lieu de présumer qu'il n'a pas entendu s'obliger *in immensum* aux dommages et intérêts, mais seulement *intrà justum modum*, et jusqu'à concurrence de la somme à laquelle il était vraisemblable qu'ils pussent monter : mais on ne peut pas dire la même chose de l'intérêt conventionnel; car *ubi est evidens voluntas, non relinquitur præsumptioni locus.* Quelque excessive que soit la somme stipulée par forme de peine, en cas d'inexécution de la convention, le débiteur ne peut disconvenir qu'il a entendu s'y obliger, lorsque la clause du contrat est expresse.

Nonobstant ces raisons, la décision de Dumoulin paraît plus équitable. Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution de

---

tionibus, on voit que Pothier entend ces mots *rato manente pacto*, comme la narration de ce qui avait été convenu entre les parties, et non pas comme étant la décision du Jurisconsulte; nous croyons que Pothier a raison, et nous en faisons la remarque, car certains auteurs les ont pris comme exprimant la décision du Jurisconsulte et nous croyons qu'ils se sont mépris.

(1) L'art. 1152, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 176, note 4), paraît avoir confirmé l'opinion d'Azon. On a voulu éviter l'arbitraire.

Source : BIU Cujas

l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant; et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver; qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable : c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages et intérêts du créancier résultant de l'inexécution de l'obligation primitive.

Cette décision doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que l'équité qui doit régner dans ces contrats, ne permettant pas que l'une des parties profite et s'enrichisse aux dépens de l'autre, il serait contraire à cette équité que le créancier s'enrichît aux dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop excessive, et trop manifestement au-dessus de ce qu'il a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive.

La décision doit pareillement avoir lieu dans les donations, *cùm nemini sua liberalitas debeat esse captiosa.*

Le texte des Institutes, au titre *de Inut. stip,,* § 20, non plus que la Loi 38, § 17, ff. *de Verb. oblig.,* ne décident rien contre la décision de Dumoulin; car de ce qu'il y est dit : *Pœnam cùm quis stipulatur, non inspicitur quod interesit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis*, il s'ensuit seulement que la peine peut être due, quoique celui qui l'a stipulée ne souffre rien de l'inexécution de l'obligation primitive, ou souffre moins : mais il ne s'ensuit nullement que cette peine puisse être immense, et n'avoir aucune proportion avec ce qui fait l'objet de l'obligation primitive.

A l'égard de la Loi 56, *de Evict.,* qui suppose qu'on peut stipuler dans un contrat de vente la restitution du triple, ou même du quadruple du prix en cas d'éviction, on y répond différemment.

Noodt prétend que les mots *triplum aut quadruplum* sont un mauvais glossême qui n'est pas du texte, et qui en doit être retranché.

Dumoulin, *ibid.*, n° 167 *et seq.*, répond mieux, en disant, qu'il n'est pas question, dans cette loi, de ce qu'on peut valablement stipuler en cas d'éviction, et qu'ainsi l'on ne doit pas en conclure qu'on puisse toujours et indistinctement, dans tous les contrats de vente, stipuler valablement la restitution du triple ou du quadruple du prix en cas d'éviction; qu'on en doit seulement conclure que cette stipulation peut avoir lieu quelquefois dans les contrats de vente : et ces cas sont ceux dans lesquels une chose a été vendue non purement et simplement, mais dans les circonstances d'un risque de souffrir par l'acheteur une grosse perte dans ses autres biens, en cas d'éviction de la chose vendue, lequel risque a été prévu et connu par les parties contractantes, comme dans cette espèce :

Je vends à un marchand, un peu avant le temps de la foire, une loge, avec déclaration par le contrat, que c'est pour y mettre ses marchandises. Le risque que court l'acheteur, en cas d'éviction dans le temps de la foire, de ne plus trouver de loge dans la foire à acheter ni à louer, et par conséquent de ne pouvoir débiter ses marchandises, est le risque d'un dommage prévu au temps du contrat par les contractants, qui peut surpasser de beaucoup le prix de la loge, et auquel le vendeur se soumet : c'est pourquoi, dans ce cas, les dommages et intérêts qui ne seraient pas fixés par le contrat, pourraient être estimés au delà du double, du triple et du quadruple du prix de la chose vendue.

Pareillement on peut, dans le même cas, stipuler une peine au delà du double du prix de cette chose; et la peine n'est pas, en ce cas, jugée excessive, pour n'avoir pas de proportion avec le prix de la chose vendue, pourvu qu'elle en ait avec le dommage que l'acheteur a souffert de n'avoir pu débiter ses marchandises, puisque c'est pour tenir lieu de ce dommage qu'elle a été stipulée.

Source : BIU Cujas

346. Il reste à observer que, si la peine qui tient lieu de dommages et intérêts ordinaires, est réductible lorsqu'elle est excessive, à plus forte raison les peines stipulées en cas de défaut de paiement d'une somme d'argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entièrement rejetées, dans les cas auxquels il n'est pas permis d'en stipuler (1).

ART. II. — Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'obligation pénale.

§ Ier. *Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de ne pas faire quelque chose.*

347. Il est évident, en ce cas, qu'il y a ouverture à l'obligation pénale, et que la peine est due aussitôt que celui qui s'était obligé sous cette peine à ne pas faire quelque chose, a fait ce qu'il s'était obligé de ne pas faire (2).

348. Est-il nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale, ait eu effet?

Cela dépend de l'intention qu'ont eue les parties.

Supposons qu'en fin d'un acte de partage ou de transaction que nous avons fait, nous nous sommes promis réciproquement de ne pas revenir contre, sous peine par le contrevenant de payer une certaine somme à l'autre : depuis vous avez donné demande contre moi pour faire déclarer l'acte nul. Cette demande, quoiqu'elle n'ait pas eu d'effet, et que le congé en ait été prononcé, donne ouverture à la peine contre vous; *arg.* L. 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.*

La raison est, qu'en stipulant de vous, sous une certaine peine, que vous ne reviendriez pas contre l'acte, ce que j'ai entendu n'était pas précisément que vous ne porteriez aucune atteinte à cet acte, lequel étant valable par lui-même, n'en était pas susceptible, quand même je ne l'aurais pas stipulé : ce que j'ai entendu stipuler de vous, était plutôt que vous ne me feriez pas de procès. Il suffit donc que vous m'ayez fait un procès, quoique vous y ayez succombé, pour qu'il y ait ouverture à la peine.

On ne peut pas dire en ce cas, que, dans cette espèce, je me fais payer tout à la fois de l'obligation principale et de la peine, ce qui est contraire au quatrième principe que nous avons établi en l'article précédent : car l'obligation principale que vous avez contractée envers moi de ne pas revenir contre l'acte, et à laquelle l'obligation pénale était attachée, avait pour objet que vous ne me feriez pas de procès. Je n'ai pas été satisfait, puisque vous m'en avez fait essuyer un ; je puis donc exiger la peine.

Au contraire, si j'ai stipulé de vous, sous une certaine peine, « que vous ne loueriez votre maison voisine de celle que j'occupe, à aucun ouvrier se servant de marteau, » le bail que vous en auriez fait à un serrurier, s'il n'a pas été exécuté, ne donnera pas ouverture à la peine : car ce que je me suis proposé en stipulant cela de vous, était que vous ne me causeriez pas l'incommodité du bruit que font ces ouvriers. Le bail n'ayant pas été exécuté, ne m'a causé aucune incommodité; il ne doit donc pas donner lieu à la peine.

---

(1) Dans les obligations qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, la clause pénale ne peut renfermer une somme supérieure à l'intérêt légal, art. 1153, C. civ. (ci-dessus, p. 82, note 5), autrement ce serait indirectement violer la loi prohibitive d'un intérêt usuraire.

Il peut aussi y avoir réduction au cas d'exécution partielle. *V.* art. 1231, C. civ.

Art. 1231 : « La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation « principale a été exécutée en partie. »

(2) *V.* art. 1145, C. civ., ci-dessus, p. 69, note 5.

Source : BIU Cujas

Par la même raison, Papinien décide en la Loi 6, ff. *de Serv. export.*, que lorsqu'un esclave a été vendu à condition « que l'acheteur ne l'affranchirait point, et sous une certaine peine, s'il le faisait ;» l'acte nul d'affranchissement ne donne pas ouverture à la peine.

§ II. *Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de donner ou de faire quelque chose.*

349. En ce cas, il y a ouverture à la peine, lorsque le débiteur a été mis en demeure de donner ou de faire ce qu'il a promis (1).

Les lois romaines font une distinction, si la convention contient un terme préfix dans lequel le débiteur doit donner ou faire ce qui a été convenu, ou si elle n'en contient point. Au premier cas, elles décident que la peine est due de plein droit aussitôt que le terme est expiré, sans qu'il soit besoin qu'il ait été fait aucune interpellation au débiteur ; et qu'il ne pourrait pas en être déchargé en offrant, après l'expiration du terme, de satisfaire à l'obligation principale ; L. 23, ff. *de Obl. et Act.*

L'expiration du terme paraissait aux jurisconsultes romains tellement suffisante pour donner ouverture à la peine, sans qu'il fût besoin de constituer autrement en demeure le débiteur, qu'elle y donnait ouverture, même dans le cas auquel le débiteur serait mort auparavant, sans laisser aucuns héritiers, et par conséquent quoiqu'il ne se trouvât personne qui pût être constitué en demeure : c'est la décision de la loi 77; ff. *de Verg. oblig.*

Il y a plus ; la loi 113, ff. *de Verb. oblig.*, décide que, lorsque l'obligation à laquelle la clause pénale a été ajoutée, consiste à faire dans un certain terme quelque ouvrage dont la construction exige un certain temps, la peine est due, même avant l'expiration du terme, aussitôt qu'il devient certain que l'ouvrage ne peut être fait dans le terme préfix ; de manière que la prorogation du terme qui serait depuis accordé au débiteur, ne le déchargerait pas de la peine encourue avant cette prorogation.

Au second cas, lorsque l'obligation de donner ou faire quelque chose, ne contient aucune préfixation de terme, en ce cas la loi 122, § 2, décide qu'il n'y a ouverture à la peine que par la litiscontestation sur la demande du créancier.

Selon nos usages, soit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doive être accomplie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement (2) une interpellation judiciaire (3) pour mettre le débiteur en demeure, et pour donner en conséquence ouverture à la peine.

Il nous reste à observer qu'il ne peut y avoir lieu à la peine, lorsque c'est par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter de son obligation ; L. 122, § 3, *de Verb. oblig.*

---

(1) *V.* art. 1230, C. civ.

Art. 1230 : « Soit que l'obligation « primitive contienne, soit qu'elle ne « contienne pas un terme dans lequel « elle doive être accomplie, la peine « n'est encourue que lorsque celui qui « s'est obligé soit à livrer, soit à pren- « dre, soit à faire, est en demeure. »

(2) J'ai dit *ordinairement;* car il y a des cas auxquels la peine aussi bien que les dommages et intérêts peuvent être encourus sans interpellation ; *supra*, n° 147. (*Note de l'édit. de* 1764.)

(3) Le Code ne parle pas d'interpellation judiciaire, mais de mise en demeure. *V.* art. 1230, ci-dessus.

Source : BIU Cujas

ART. III. — Si le débiteur peut, en s'acquittant par parties de son obligation, éviter la peine pour partie.

350. Un débiteur ne peut payer à son créancier, malgré lui, partie de ce qu'il lui doit, tant que son obligation, quoique divisible, est encore indivisée, suivant que nous le verrons *infrà*, p. 3, ch. 1, 3, § 2. C'est pourquoi les offres qu'il ferait à son créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent lui éviter aucune partie de la peine stipulée en cas d'inexécution, si le créancier refuse ce paiement partiel.

Mais si le créancier a volontairement reçu partie de sa dette, y aura-t-il lieu à la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reste à payer?

Ulpien, en la loi 9, § 1, ff. *Si quis caution. in jud.* décide qu'encore bien que, selon la subtilité du droit, il pût paraître que la peine doit, en ce cas, être encourue pour le total, néanmoins il est équitable qu'elle ne le soit que pour la même part qui reste à acquitter de l'obligation principale.

La vraie raison de cette décision est celle que donne Dumoulin, et que nous avons ci-dessus rapportée; savoir, que la peine étant censée promise pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'un et l'autre. Lors donc que le créancier a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie; autrement il recevrait l'un et l'autre, ce qui ne se doit pas.

C'est la dixième clef de Dumoulin, dans son Traité *de Divid. et Indiv.*, p. 3, n° 112. *In omnibus sive individuis, sive dividuis, pœna non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacis, nec potest exigi cum principali; sed creditor non tenetur partem principalis et partem pœnæ accipere.*

Ceci s'éclaircira par un exemple.

En me vendant une métairie dénuée de bestiaux nécessaires pour la faire valoir, vous vous êtes obligé de me fournir deux paires de bœufs, à peine de 500 liv. de dommages et intérêts, au cas que vous manquassiez de me les fournir. Vous ne pourrez pas, dans cette espèce, m'obliger à recevoir une paire de bœufs, n'étant pas obligé de recevoir pour partie ce qui m'est dû; et conséquemment les offres que vous me feriez d'une paire de bœufs, si je ne veux pas la recevoir, n'empêcheront pas que vous ne soyez tenu envers moi de la peine entière de 500 liv. Mais si j'ai volontairement reçu une des paires de bœufs que vous me deviez, faute par vous de me fournir l'autre paire, je ne pourrai vous demander que la moitié de la peine (1); car, ayant reçu une partie de ce qui faisait l'objet de l'obligation principale, je ne puis avoir la peine entière, ne pouvant pas avoir l'un et l'autre.

351. Notre principe, « que la peine n'est due qu'à proportion et quant à la part pour laquelle l'obligation principale n'est pas exécutée, » a également lieu, soit que vous vous soyez engagé à une telle peine, au cas que vous fissiez *telle chose;* soit que vous me l'ayez promise, au cas qu'un tiers fît une *telle chose.*

Par exemple, si vous vous êtes fait fort, sous peine de me payer cent écus, « que Pierre ne revendiquera pas sur moi un certain héritage, » la peine sera

---

(1) On voit que Pothier, d'après la loi romaine, fait subir à la clause pénale une diminution proportionnelle à la partie de l'obligation qui a été exécutée. L'article du Code (art. 1231, *V.* ci-dessus, p. 181, note 1), n'est pas aussi précis, il laisse, avec raison, une certaine latitude au juge : *la peine peut être modifiée par le juge*, cela ne veut pas dire qu'il doit nécessairement faire une réduction proportionnelle.

En effet, il est possible que la non-exécution, même partielle, cause au créancier un dommage bien supérieur à la part proportionnelle, le juge doit apprécier les circonstances.

Source : BIU Cujas

due seulement pour la moitié, si Pierre ne le revendique que pour moitié; à moins qu'il n'apparût d'une intention contraire des parties; *Molin., ibid.*, p. 3, n° 531.

352. Ces décisions ont surtout lieu à l'égard des obligations de choses divisibles. Il semblerait qu'elles ne pourraient recevoir d'application aux obligations de choses indivisibles; néanmoins elles s'y appliquent quelquefois.

1° Quoique l'exercice d'une servitude prédiale soit quelque chose d'indivisible, et qu'en conséquence l'obligation que contracte le possesseur de l'héritage servant, de souffrir l'exercice de la servitude, soit une obligation indivisible; néanmoins, lorsque cette servitude est limitée à une certaine fin pour laquelle elle a été constituée, laquelle fin se termine à quelque chose de divisible, la peine se divisera, si cette fin a été remplie pour partie; et elle n'aura lieu que pour la partie quant à laquelle elle n'aura pas été remplie.

Ceci va s'éclaircir par un exemple.

J'ai un héritage qui a un droit de servitude sur le vôtre, lequel droit consiste en ce que les possesseurs de l'héritage servant sont obligés, au temps des vendanges, de souffrir que mes gens transportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de servitude.

Dans cette espèce, si, après avoir laissé passer la moitié de ma vendange, vous avez empêché le transport du surplus par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié; car, quoique la servitude de passage soit indivisible, et que l'obligation de souffrir l'exercice de cette servitude, soit l'obligation de quelque chose d'indivisible, néanmoins, comme cette servitude est limitée à une fin, qui est le transport de ma vendange, et que ma vendange est quelque chose de divisible, on ne peut disconvenir que j'ai joui en partie de la fin pour laquelle la servitude a été imposée, et que vous m'en avez souffert jouir, en me laissant transporter par votre héritage la moitié de ma vendange. Je ne pourrai donc demander que la moitié de la peine; car je ne puis pas percevoir la peine pour le total, et jouir en partie de l'utilité de mon droit de servitude; je ne puis pas avoir tout à la fois l'un et l'autre.

C'est ce qu'enseigne Dumoulin dans l'espèce que nous venons de rapporter *quia*, dit-il, *hæc servitus de se individua, dividuatur ex accidenti, et ex fine dividuo.... et debet judicari secundùm regulam dividuorum*; p. 3, n° 363.

353. 2° Nos principes reçoivent encore quelque application, même à l'égard des obligations indivisibles, dans l'espèce suivante et autres semblables.

Vous vous êtes engagé par un traité, sous une certaine peine, à me faire constituer un droit de servitude de passage sur un héritage dont vous avez l'usufruit, et qui est voisin du mien, en vous faisant fort des propriétaires. Trois des propriétaires ratifient, un seul refuse d'imposer la servitude.

La peine, à la vérité, m'est due en entier; car le refus d'un seul propriétaire d'imposer la servitude, empêche qu'elle ne soit aucunement imposée, nonobstant la ratification des trois autres, un droit de servitude ne pouvant être imposé pour partie, et ne pouvant par conséquent être imposé que par tous les propriétaires; mais comme cette ratification, quoiqu'elle soit entièrement inutile pour imposer un droit réel de servitude sur l'héritage, a néanmoins un effet qui consiste à obliger personnellement ceux qui ont ratifié, à me laisser passer, je ne puis exiger toute la peine qu'en me désistant de mon droit qui résulte de cette obligation; autrement je ne pourrai exiger qu'une partie de la peine, ne pouvant pas percevoir toute la peine, et en même temps percevoir quelque chose de l'obligation principale; *Molin.* p. 3, n°s 472 et 473.

354. Notre principe, « que la peine n'est due qu'à proportion de la part pour laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée, a lieu, quand même la peine consisterait dans quelque chose d'indivisible. »

Finge. Je vous ai vendu un héritage dont vous m'avez payé le prix comp-

Source : BIU Cujas

tant, sauf cinquante pistoles que vous vous êtes obligé de me payer dans un an ; et il a été convenu entre nous « qu'à défaut de paiement de cette somme, vous m'accorderiez, à la place de cette somme, un droit de vue sur une maison à vous appartenante, voisine de la mienne.» J'ai reçu de vous vingt-cinq pistoles ; faute du paiement du surplus, je ne puis exiger la peine pour le total, mais seulement pour la moitié quant à laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée ; et comme la peine consiste dans un droit de servitude, qui est quelque chose d'indivisible, et non susceptible de parties, il faudra qu'en vous demandant que vous m'accordiez ce droit de servitude, je vous offre de vous payer la moitié de la valeur, la peine ne m'étant due que pour moitié ; *Molin.* p. 3, n° 523 et suiv. Voyez *suprà.*

ART. IV. — Si la peine est encourue pour le total et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux.

Il faut à cet égard distinguer entre les obligations indivisibles et les obligations divisibles.

§ I. *Décision de la question à l'égard des obligations indivisibles.*

355. Lorsque l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale est l'obligation d'une chose indivisible, la contravention faite à cette obligation par un seul des héritiers du débiteur, donne ouverture à toute la peine, non-seulement contre celui qui a donné ouverture à la peine par sa contravention, mais même contre tous ses cohéritiers, qui sont tous tenus de cette peine pour la part dont ils sont héritiers ; sauf leur recours contre celui qui, par sa contravention, a donné ouverture à la peine, pour en être par lui acquittés (1).

Par exemple, quelqu'un s'est obligé envers moi « de me laisser passer sur son héritage, contigu à la maison que j'occupe, tant que j'occuperais cette maison, à peine de dix livres de dommages et intérêts en cas d'empêchement.» Si l'un des héritiers de mon débiteur me bouche le passage, quoique sans la participation et contre le gré de ses co-héritiers, la peine entière de dix livres sera encourue ; et elle le sera contre chacun des héritiers de mon débiteur, qui en seront tenus chacun pour leur part héréditaire : car ce qui fait l'objet de l'obligation primitive étant indivisible, n'étant pas susceptible de parties, la contravention qui est faite par l'un des héritiers du débiteur à cette obligation, est une contravention à toute l'obligation : elle doit par conséquent faire encourir toute la peine par tous ceux qui en sont tenus comme héritiers du débiteur, qui s'est obligé à cette peine en cas de contravention.

C'est la décision de Caton, en la loi 4, § 1, ff. *de Verb. oblig. Cato scribit : Pœnâ certæ pecuniæ promissâ, si quid aliter sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus hæredibus unus contrà quàm cautum sit, fecerit, aut ab omnibus hæredibus pœnam committi pro portione hæreditariâ, aut ab uno pro portione suâ. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti iter fieri ; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodam modo factum videtur.*—Et plus bas : *Omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, illam stipulationem per te non fieri quominùs mihi ire agere liceat.*

(1) *V.* art. 1232, C. civ.

Art. 1232 : « Lorsque l'obligation « primitive contractée avec une clause « pénale est d'une chose indivisible, la « peine est encourue par la contra- « vention d'un seul des héritiers du « débiteur, et elle peut être deman- « dée, soit en totalité contre celui qui « a fait la contravention, soit contre « chacun des cohéritiers pour leur « part et portion, et hypothécaire- « ment pour le tout, sauf leur recours « contre celui qui a fait encourir la « peine.»

Source : BIU Cujas

Le jurisconsulte Paul décide la même chose en la loi 85, § 3, ff. *Eod. tit. Quoniam licèt ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor;* et il ajoute : *Sed cæteri familiæ erciscundæ judicio sarcient damnum.*

Les héritiers n'étant tenus de la peine chacun que pour la part dont il est héritier, sont en cela différents des débiteurs solidaires, qui sont débiteurs de la peine pour le total, lorsqu'elle est encourue par l'un d'eux, comme ils le sont du principal.

356. Le créancier peut-il demander la peine entière à celui des héritiers qui a fait la contravention?

La raison de douter est que la loi ne le dit pas, et qu'elle dit au contraire « que la peine est due par tous les héritiers, pour leur portion héréditaire seulement. » On ajoute, que la contravention de l'héritier ne donne ouverture à la dette de la peine qu'en tant que cette contravention est comme la condition sous laquelle l'obligation de la peine a été contractée par le défunt : cette dette de la peine qui a été contractée par le défunt, étant une dette du défunt, et une dette divisible, l'héritier n'en peut être tenu que quant à la portion pour laquelle il est héritier, et pour laquelle il succède en cette qualité aux dettes du défunt.

Il faut décider néanmoins que l'héritier, qui contrevient à l'obligation indivisible contractée par le défunt, devient débiteur de la peine pour le total.

On ne peut douter qu'il n'en soit tenu au moins obliquement et indirectement; car, étant tenu d'acquitter ses cohéritiers des parts dont ils en sont tenus, le créancier doit être admis, pour éviter le circuit d'actions, à lui demander la peine, non-seulement pour sa part mais pour celle de ses cohéritiers dont il est tenu de les acquitter, et par conséquent pour le total (1).

Dumoulin (p. 3, nos 173 et 174, *et passim alibi*) va plus loin, et soutient que cet héritier doit la peine pour le total, non-seulement obliquement, mais même directement; car l'obligation primitive étant supposée indivisible, il en est débiteur pour le total, et débiteur sous la peine convenue. Or, sa contravention à une obligation dont il est tenu pour le total, doit lui faire encourir toute la peine.

Cela se prouve par un argument tiré de la loi 9, ff. *Depos.* que nous avons ci-dessus rapportée. Il y est décidé que l'héritier en partie du dépositaire, qui, par son fait, a causé la perte de la chose donnée en dépôt au défunt, est tenu pour le total des dommages et intérêts envers celui qui l'a donnée en dépôt.

En effet, quoique l'obligation principale de restituer la chose déposée, soit une obligation divisible, l'obligation accessoire de la prestation de la bonne foi pour la conservation de la chose déposée, est une obligation indivisible, dont chacun des héritiers du dépositaire est tenu pour le total et qui le rend débiteur pour le total des dommages et intérêts du créancier, lorsqu'il y contrevient. Si un héritier pour partie, qui contrevient par son fait à une obligation indivisible du défunt, est débiteur pour le total des dommages et intérêts, il doit l'être aussi pour le total de la peine, puisque la peine tient lieu des dommages et intérêts, et n'en est que la liquidation convenue par les parties elles-mêmes. Tel est le raisonnement de Dumoulin.

A l'égard de la première objection, tirée du paragraphe *Cato*, en voici la réponse : Lorsque Caton décide que, dans les obligations indivisibles, la contravention faite par l'un des héritiers fait encourir la peine contre chacun d'eux pour leurs portions héréditaires, il n'entend parler que des héritiers qui n'ont point participé à la contravention.

---

(1) Aussi l'art. 1232, C. civ., *V.* note précédente, dit-il que la peine *peut être demandée* EN TOTALITÉ *contre celui qui a fait la contravention.*

Source : BIU Cujas

A l'égard de la deuxième objection, qui consiste à dire que l'obligation de la peine étant une obligation divisible contractée par le défunt, chaque héritier ne peut être tenu que pour la part dont il est héritier : la réponse de Dumoulin est que cela est vrai, lorsque l'héritier n'en est tenu que comme héritier, *tanquam hæres* : mais lorsqu'il en est tenu *ut ipse et ex proprio facto*, il en est tenu pour le total ; et c'est une de ses clefs pour décider les questions sur cette matière : *Aliud est teneri hæredem ut hæredem, aliud teneri ut ipsum. Tr. de Div. et Indiv.*, p. 3, nos 5 et 112.

357. Lorsque la contravention à une obligation indivisible est faite par un des héritiers du débiteur, l'héritier qui a fait la contravention étant tenu de la peine pour le total, il faut, par la même raison, décider que, si la contravention a été faite par plusieurs héritiers, chacun d'eux est solidairement tenu de la peine ; car les contraventions de ses cohéritiers ne diminuent pas la sienne : *Nec qui peccavit, ex eo relevari debet, quòd peccati consortem habuit; multitudo peccantium non exonerat, sed potiùs aggravat ;* Molin, *ibid.*, part. 3, n° 148.

358. Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette indivisible, reçoit application à l'égard de plusieurs débiteurs principaux qui ont contracté ensemble sans solidité, et sous une peine, une obligation indivisible : la contravention faite par l'un d'eux oblige les autres à la prestation de la peine, chacun pour sa part virile, sauf leur recours ; et elle oblige pour le total celui qui l'a faite. Lorsque la contravention a été faite par plusieurs, elle y oblige solidairement.

§ II. *Décision de la question à l'égard des obligations divisibles.*

359. Lorsque l'obligation primitive qui a été contractée sous une clause pénale, est l'obligation d'un fait divisible, Caton, au paragraphe ci-dessus cité, paraît décider que celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, encourt seul la peine pour la part dont il est héritier : *Si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti ampliùs non agi, eum hæredem qui adversùs ea facit, pro portione suâ solùm pœnam committere.*

On peut faire de cette manière l'espèce de la loi : — Une personne s'est engagée envers moi, sous peine de 300 livres, à acquiescer à la sentence d'un arbitre qui avait donné congé d'une demande par laquelle elle se croyait être ma créancière de dix muids de blé. Un de ses héritiers, qui l'est pour une cinquième portion, a, contre la foi de cette convention, renouvelé la contestation, et m'a demandé sa cinquième portion de dix muids de blé, que l'arbitre avait jugé que je ne devais pas : il encourt seul la peine convenue, et il ne l'encourt que pour la cinquième portion dont il est héritier.

La raison est que l'obligation est divisible ; et cet héritier n'y ayant pu contrevenir que pour la part pour laquelle il en est tenu, il ne peut être tenu de la peine que pour cette part : ses cohéritiers, qui, loin de contrevenir à cette obligation, y ont satisfait pour leur part, en acquiesçant pour leur part à la sentence de l'arbitre, ne peuvent être tenus de cette peine : le créancier qui est satisfait pour leur part de l'obligation principale, ne peut exiger la peine pour leur part, ne pouvant être à la fois payé de l'obligation principale et de la peine (1), comme on l'a vu ci-dessus, nos 342 et suiv.

---

(1) *V.* art. 1233, 1er alinéa, C. civ. Art. 1233 : « Lorsque l'obligation « primitive contractée sous une peine « est divisible, la peine n'est encourue « que par celui des héritiers du débi- « teur qui contrevient à cette obliga- « tion, et pour la part seulement dont « il était tenu dans l'obligation princi- « pale, sans qu'il y ait d'action contre « ceux qui l'ont exécutée. — Cette « règle reçoit exception lorsque la « clause pénale ayant été ajoutée dans « l'intention que le paiement ne pût se « faire particllement, un cohéritier a

Source : BIU Cujas

Le paragraphe 4, *Si sortem*, de la loi 5, *eod. tit.*, paraît contraire à cette décision de Caton. Il y est décidé que, lorsque l'un des héritiers du débiteur a satisfait à l'obligation pour la part dont il était tenu, il ne laisse pas d'encourir la peine, si son cohéritier n'y satisfait pas pareillement; sauf à lui son recours contre ce cohéritier qui a fait encourir la peine, en ne satisfaisant pas de sa part à l'obligation : *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex hœredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominùs pœnam committet, donec portio cohœredis solvatur..... Sed à cohœrede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuriâ stipulatoris constitui potest.*

Les interprètes, tant anciens que modernes, se sont efforcés de concilier ces deux textes. Dumoulin rapporte différentes conciliations des anciens interprètes, qu'il réfute toutes.

Il faut s'en tenir à celles de Cujas et de Dumoulin (*Tr. de Div. et Ind.*, p. 1, nos 62 *et seq.*) qu'on doit réunir en une, et dire : Lorsque l'obligation est indivisible, *tam solutione quàm obligatione*, lorsque l'intention des parties, en ajoutant la clause pénale, a été simplement d'assurer l'exécution de l'obligation, et non d'empêcher que le paiement ne pût s'en faire par parties par les différents héritiers du débiteur, surtout lorsque le fait qui fait l'objet de l'obligation primitive, est tel que les différents héritiers du débiteur ne peuvent l'accomplir autrement que chacun pour la part dont il est héritier; en ce cas, la décision de Caton doit avoir lieu; celui des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation, doit seul encourir la peine, et pour la part seulement dont il est héritier.

Le fait rapporté dans l'espèce du paragraphe *Cato*, *ampliùs non agi*, est de ces faits divisibles *tàm solutione quàm obligatione*, et qui, par la nature des choses, ne peuvent s'accomplir par les différents héritiers de celui qui a contracté l'engagement, que pour la part dont chacun est héritier; car aucun de ces héritiers ne succédant que pour sa part au droit et à la prétention que le défunt s'est engagé de ne pas exercer, chacun des héritiers ne peut que pour sa part contrevenir à cet engagement ou l'exécuter, en renouvelant ou ne renouvelant pas cette prétention pour la part qu'il y a.

Au contraire, lorsque l'obligation est divisible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indivisible *quoad solutionem*, et que l'intention des parties a été, en ajoutant la clause pénale, que le paiement ne pût se faire que pour le total, et non par parties; en ce cas, chacun des héritiers, en satisfaisant pour sa part à l'obligation primitive, n'évitera pas d'encourir la peine (1); et c'est à ce cas qu'on doit restreindre le paragraphe *Si sortem*, lequel se concilie avec le paragraphe *Cato*.

Dumoulin (part. 1, no 72) donne pour exemple de la décision du paragraphe *Si sortem*, l'espèce d'un négociant qui a stipulé de son débiteur une certaine somme par forme de peine, « au cas que la somme principale à lui due ne lui fût pas remise dans un certain lieu, au temps d'une certaine foire.» Les offres que l'un des héritiers ferait de lui remettre sa part de ladite somme, ne doivent pas empêcher que la peine ne soit due pour le total, faute d'offrir le total; parce que ce négociant ne pouvant faire les affaires qu'il a à la foire, qu'avec le total de la somme qui lui est due, l'intention des parties a été, en stipulant la peine, qu'elle fût encourue pour le total, faute du paiement du total de la somme due, et nonobstant le paiement partiel qui en serait fait : car ce paiement partiel ne peut réparer, même pour partie, le tort que le créancier

« empêché l'exécution de l'obligation « pour la totalité. En ce cas, la peine « entière peut être exigée contre lui, « et contre les autres cohéritiers pour « leur portion seulement, sauf leur re« cours. »

(1) *V.* art. 1233, C. civ., 2e alinéa, note précédente.

Source : BIU Cujas

souffre du retard du paiement du surplus ; et c'est pour la réparation de ce tort que la peine a été stipulée.

Observez aussi que, dans l'espèce du paragraphe *Si sortem*, la peine est stipulée pour le retard de l'exécution, et non pour l'inexécution ; c'est pourquoi le créancier doit recevoir le principal et la peine.

La loi 85, § 6, *eod. tit.*, est aussi dans l'espèce d'une obligation divisible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indivisible *quoad solutionem* : il est dit, dans l'espèce de cette stipulation : *Si fundus Titianus datus non erit, centum dari ; nisi totus detur, pœna committitur centum ; nec prodest partes fundi dare cessante uno, quemadmodùm nec prodest ad liberandum pignus, partes creditori solvere.*

Quoique l'obligation de donner *fundum Titianum* soit une obligation divisible *quoad obligationem*, néanmoins cette obligation, soit qu'elle naisse d'un contrat de vente, ou d'un contrat d'échange, ou de transaction, ou de quelque autre cause, est indivisible *quoad solutionem*, le créancier ayant intérêt de n'avoir pas le fonds Titien pour partie, et n'ayant entendu l'acquérir que pour le total : c'est pourquoi, si l'un des héritiers du débiteur est en demeure de donner sa part de cet héritage, les offres des autres héritiers de donner les leurs, la cession même qu'ils en auraient faite au créancier, qui ne l'aurait acceptée qu'en attendant, et comptant sur la cession du surplus, n'empêcheraient pas le créancier de pouvoir demander la peine pour le total, en offrant néanmoins de se désister des portions de l'héritage qu'il aurait reçues ; car il ne peut avoir l'un et l'autre.

360. Dans le cas du paragraphe *Si sortem*, lorsque l'un des héritiers pour partie du débiteur, en ne satisfaisant pas à l'obligation primitive pour la part dont il était tenu, a fait encourir la peine contre les autres qui étaient prêts à y satisfaire pour leurs parts, encourt-il lui-même cette peine pour le total ?

Il ne l'encourt directement que pour la part dont il est héritier ; car, n'étant tenu de l'obligation primitive que pour cette part, il ne peut y avoir contrevenu lui-même que pour cette part ; il ne peut donc encourir que pour cette part la peine, qui doit être proportionnée à la contravention. En cela les obligations divisibles diffèrent des indivisibles.

Mais quoiqu'il ne soit tenu directement de la peine que pour sa part, il en est tenu indirectement pour le total : car ses cohéritiers, qui étaient prêts à accomplir l'obligation pour leur part, ayant encouru pour leur part la peine, par la demeure en laquelle cet héritier a été d'y satisfaire pour la sienne, cet héritier est tenu envers eux, *judicio familiæ erciscundæ*, de les en acquitter : (*eod.* § *Si sortem*) ; et pour éviter un circuit d'actions inutiles, le créancier peut être reçu à exiger de cet héritier la peine, non-seulement pour la part dont il est tenu directement, mais aussi pour celles de ses cohéritiers, dont il est tenu de les acquitter, et par conséquent pour le total (1).

361. Nous avons parlé jusqu'à présent du cas auquel l'héritier pour partie a manqué de satisfaire à une obligation divisible du défunt, pour la part dont il en était tenu ; l'espèce du paragraphe *Cato*, et celle du paragraphe *Si sortem*, quoique différentes entre elles, comme nous l'avons observé, sont l'une et l'autre dans ce cas.

On peut supposer un autre cas, sur lequel nous n'avons aucun texte de droit ; c'est celui auquel l'héritier pour partie de celui qui aurait contracté sous une clause pénale une obligation divisible, contreviendrait pour le total, et non pas seulement pour la part dont il est héritier, à cette obligation du défunt.

Par exemple, une personne a affermé son héritage à quelqu'un, et laisse quatre héritiers, dont l'un a expulsé le fermier pour le total.

---

(1) « *La peine entière peut être exigée contre lui.* (*V.* p. 185, note 1). »

Source : BIU Cujas

On fait sur cette espèce deux questions : la première, de savoir si, en ce cas, la peine est encourue pour le total par cet héritier ; la seconde, si elle est encourue, non-seulement contre lui, mais contre ses cohéritiers pour leur part héréditaire ?

La raison de douter sur ces deux questions, est que cet héritier n'étant tenu comme héritier, que pour la part dont il est héritier, de l'entretien du bail, il doit être regardé comme étranger pour les autres parts : le trouble qu'il fait au fermier, il ne le fait comme héritier que pour sa part ; il le fait comme étranger pour les autres parts : d'où l'on conclut que, de même que le trouble qu'un étranger sans droit aurait apporté à la jouissance du fermier, n'aurait donné ouverture à la peine, ni contre cet étranger, qui aurait seulement été tenu des dommages et intérêts, ni contre les héritiers du bailleur, qui auraient seulement été tenus de faire remise au fermier de la ferme, à proportion du défaut de jouissance, en cas d'insolvabilité de celui qui a fait le trouble ; de même, dans cette espèce, la peine ne doit pas être encourue contre cet héritier en partie, si ce n'est pour la part dont il est héritier : il doit seulement être tenu des dommages et intérêts pour le surplus, et la peine ne doit pas non plus être encourue contre ses cohéritiers.

Néanmoins Dumoulin, qui agite ces questions (p. 3, n°s 412 *et seq.*) décide que, dans cette espèce, la peine est encourue pour le total contre cet héritier en partie, et même qu'elle est encourue contre ses cohéritiers, pour la part dont chacun est héritier.

Pour établir sa décision, et pour réfuter en même temps le raisonnement que nous venons de rapporter, il distingue dans cette obligation d'entretenir le bail, et dans toutes les autres obligations divisibles, deux espèces d'obligations ; la principale, telle qu'est, dans cette espèce, celle d'entretenir le bail, laquelle est divisible, et l'obligation accessoire, qui est l'obligation de la prestation de la bonne foi, laquelle est indivisible, et dont en conséquence chaque héritier est tenu pour le total. L'héritier en partie du bailleur, qui expulse le fermier, n'était, à la vérité, tenu de l'obligation principale que pour sa part ; mais il était tenu pour le total et indivisément de la prestation de la bonne foi. Cette bonne foi l'obligeait à n'apporter aucun trouble à la jouissance du fermier, non-seulement pour sa part, mais même pour les autres parts.

En expulsant le fermier du total de la jouissance, il ne doit donc pas être considéré comme ayant simplement péché en qualité d'étranger, par rapport aux autres parts, mais comme ayant contrevenu à l'obligation de la prestation de la bonne foi, dont il était tenu comme héritier, même par rapport aux autres parts. Cette contravention étant donc une contravention même par rapport aux autres parts, et par conséquent pour le total, à une obligation héréditaire, contractée par le défunt sous la peine contenue en la convention, elle doit donner ouverture pour le total à la peine contre l'héritier qui y a contrevenu : telle est la décision de Dumoulin sur la première question.

Dumoulin confirme cette décision par ce raisonnement : S'il était vrai, dit-il, que cet héritier, en expulsant totalement le fermier, ne dût être censé avoir contrevenu que pour sa part, et dût être considéré comme n'ayant péché que comme étranger pour les autres parts, il s'ensuivrait que le fermier n'aurait point, pour raison de cette contravention pour lesdites parts, l'hypothèque résultant de son bail sur les biens du défunt.

Il s'ensuivrait que, quoique le bail eût été passé sous un sceau attributif de juridiction, tel qu'est celui du Châtelet d'Orléans, le fermier ne pourrait traduire cet héritier qui l'aurait expulsé, devant le bailli d'Orléans, si ce n'est pour la part dont il est héritier ; or, c'est ce que personne ne s'avisera de dire : donc cet héritier en partie, en expulsant le fermier, doit être réputé avoir contrevenu, non-seulement pour sa part, mais pour les autres parts, et pour le total, à une obligation héréditaire ; et par conséquent il doit encourir pour le total la peine convenue en cas de contravention.

Source : BIU Cujas

A l'égard de la seconde question, Dumoulin, par la même raison, décide que la peine est encourue non-seulement contre cet héritier, mais contre chacun de ses cohéritiers, pour la part dont ils sont héritiers : car, par la clause pénale le défunt s'est obligé, lui et tous ses héritiers, au paiement de la peine, en cas de contravention à l'obligation primitive. Il suffit donc qu'il y ait eu une contravention pour que l'on puisse dire que la condition sous laquelle a été contractée cette obligation de la peine, a existé, et par conséquent pour que tous les héritiers du défunt en soient tenus.

Si le défunt avait donné des cautions *in omnem causam*, dont le cautionnement s'étendît tant à l'obligation primitive qu'à l'obligation pénale, le fait de cet héritier qui a expulsé le fermier, aurait obligé les cautions à la prestation de la peine : à plus forte raison doit-il obliger ses cohéritiers qui succèdent à cette obligation comme débiteurs principaux.

362. Cette décision sur la seconde question a lieu, quand même celui des héritiers qui a expulsé le fermier, serait seul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, comme dans cette espèce :

J'ai fait bail d'un propre paternel à un fermier, sous la peine de 200 livres, en cas que je manquasse à le faire jouir. Je laisse un héritier de ce propre paternel, et plusieurs héritiers d'une autre ligne à mes autres biens (1). Cet héritier paternel empêche par son fait le fermier de jouir ; *putà*, en vendant l'héritage sans charger l'acquéreur de l'entretien du bail.

Quoique cet héritier fût seul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, suivant les principes exposés ci-dessus, n° 301, cette obligation étant l'obligation d'un corps certain auquel il a seul succédé ; néanmoins la contravention à cette obligation fera encourir la peine à tous les héritiers, pour la part dont chacun est héritier : car la dette de la peine est la dette d'une somme d'argent, contractée par le défunt sous la condition de cette contravention, à laquelle dette par conséquent tous les héritiers du défunt succèdent. Au reste, ils ont recours contre celui qui a fait la contravention (2); Molin., part. 3, n° 430.

363. Voici une autre espèce.

Un usufruitier a fait un bail à ferme de l'héritage dont il avait l'usufruit, en taisant sa qualité d'usufruitier, et se portant pour propriétaire. Il y a une peine de 200 livres stipulée au profit du fermier, au cas qu'il manque de le faire jouir. Il laisse quatre héritiers, l'un desquels est propriétaire de l'héritage, qui, en sa qualité de propriétaire, expulse le fermier.

Il y a lieu à la peine contre les quatre héritiers : mais celui qui l'a expulsé n'en est tenu que pour sa part, et n'est pas obligé, comme dans l'espèce précédente, à indemniser les autres ; car, ayant, en sa qualité de propriétaire, le droit de jouir de son héritage, il n'a pas péché contre la bonne foi ; *Dolo non facit qui jure suo utitur ;* il n'est tenu de l'inexécution du bail et de la peine qu'en sa qualité d'héritier, et par conséquent seulement pour sa part héréditaire ; Molin., *ibid.*, n 432.

ART. V. — Si la peine est encourue pour le total, et envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux.

364. Paul, en la loi 2, § *fin. de Verb. oblig.*, décide cette question dans l'espèce d'une stipulation pénale apposée à une obligation primive indivisible.

---

(1) Une espèce semblable pourrait avoir lieu au cas de l'art. 747 (p. 154, n. 1).

(2) C'est en envisageant la clause pénale comme une obligation distincte, mais conditionnelle, qu'on peut s'expliquer ce résultat. La contravention même d'un seul réalise toute la convention.

Source : BIU Cujas

Finge. Vous vous êtes, par une transaction, obligé envers moi de me laisser passer moi et mes héritiers par votre parc, tant à pied qu'à cheval, et avec des bêtes de charge, à peine de 12 livres en cas de contravention à votre obligation. J'ai laissé quatre héritiers. Vous avez empêché l'entrée du parc à l'un des quatre héritiers, et l'avez permise aux trois autres.

Paul décide qu'en ce cas la contravention étant faite à une obligation indivisible, et non susceptible de parties, ne peut être une contravention partielle; qu'ainsi la peine à laquelle elle donne lieu, paraîtrait, selon la subtilité du droit, devoir être encourue pour le total au profit de tous les héritiers: néanmoins que, selon l'équité, qui doit, en ce cas, prévaloir la subtilité, la peine ne doit être encourue qu'envers celui des héritiers à qui on refuse l'entrée, et qu'elle ne doit l'être que pour sa part héréditaire seulement. *Si stipulator decesserit, qui stipulatus erit sibi hæredique suo agere licere, et unus ex hæredibus ejus prohibeatur; si pœna sit adjecta, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione summovebuntur; Eod.* §.

La raison est que l'équité ne permet pas que les trois héritiers à qui le débiteur a accordé l'entrée de son parc, puissent en même temps percevoir tout le fruit de l'exécution de l'obligation, et percevoir la peine stipulée pour l'inexécution de cette obligation, ni qu'ils puissent se plaindre de la contravention que le débiteur a faite à son obligation envers leur cohéritier, à laquelle contravention ils n'ont aucun intérêt. *Non debet aliquis habere simul implementum obligationis, et pœnam contraventionis; et pœna quæ subrogatur loco ejus quod interest, non debet committi his qui non sunt prohibiti, et quorum nullâ interest cohæredem ipsorum esse prohibitum.* Dumoulin, p. 1, nos 32 et 35. — La loi 3, § 1, *Eod. tit.*, paraît contraire. La réponse est qu'Ulpien ne parle que selon la subtilité du droit.

La contravention faite à l'obligation par le débiteur envers l'un des héritiers, ne donnant lieu à la peine qu'envers cet héritier, et pour sa part héréditaire seulement, quoique l'obligation primitive fût indivisible; à plus forte raison doit-on décider la même chose, lorsque l'obligation primitive est une obligation divisible.

CHAPITRE VI.

Des obligations accessoires des fidéjusseurs, et autres qui accèdent à celle d'un principal débiteur.

Ce chapitre est divisé en huit sections, dont les sept premières concernent les *cautionnements.*

Nous traiterons dans la première de la nature du cautionnement.

Nous verrons dans la deuxième quelles sont les différentes espèces de cautions.

Dans la troisième, nous traiterons des qualités que doivent avoir les cautions.

Nous verrons dans la quatrième, pour qui, envers qui, pour quelle espèce d'obligation, et comment se contractent les cautionnements;

Dans la cinquième, à quoi ils s'étendent.

Dans la sixième, nous traiterons des manières dont s'éteignent les cautionnements, et des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions;

Dans la septième, des actions qu'a de son chef la caution contre le débiteur principal et contre les fidéjusseurs.

Source : BIU Cujas

La huitième et dernière section traite des autres espèces d'obligations accessoires.

SECT. Ire. — De la nature du cautionnement. Définition des cautions ou fidéjusseurs, et les corollaires qui en dérivent.

365. Le *cautionnement* est un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer en tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à son obligation (1).

On appelle *caution* ou *fidéjusseur* (2), celui qui contracte une telle obligation.

Le cautionnement, outre le contrat qui intervient entre la caution et le créancier envers qui la caution s'oblige, renferme aussi assez souvent un autre contrat, qui est censé intervenir, au moins tacitement, entre la caution et le débiteur pour qui la caution s'oblige; et ce contrat est le contrat de mandat, qui est toujours censé intervenir lorsque c'est au su et au gré du débiteur principal que la caution s'oblige pour lui, suivant cette règle de droit : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur;* L. 60, ff. *de Reg. jur.*

Lorsque le cautionnement a été fait à l'insu du débiteur qu'on a cautionné, il ne peut être censé renfermer aucun contrat entre la caution et ce débiteur; mais il est censé intervenir en ce cas, entre eux, l'espèce de quasi-contrat qu'on appelle *negotiorum gestorum* (3).

Nous traiterons des obligations qui naissent de ce contrat de mandat, ou du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, en la septième section de ce chapitre.

Le contrat qui intervient entre la caution et le créancier envers qui elle s'oblige, n'est pas de la classe des contrats bienfaisants; car le créancier ne reçoit par ce contrat rien au delà de ce qui lui est dû : il ne se procure qu'une sûreté pour ce qui lui est dû, sans laquelle il n'aurait pas contracté avec le débiteur principal, ou ne lui aurait pas accordé le terme qu'il lui accorde : mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige.

De la définition que nous venons de donner du cautionnement et des cautions, dérivent plusieurs corollaires.

366. *Corollaire* Ier. — L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur qui soit valable : conséquemment si celui pour qui le fidéjusseur s'est obligé envers vous, n'était pas votre débiteur, le fidéjusseur ne serait pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant pas subsister sans une obligation principale, suivant cette règle de droit : *Cùm causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent* (4); L. 178, ff. *de Reg. jur.*

---

(1) *V.* art. 2011, C. civ.

Art. 2011 : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

(2) Cette expression *fidéjusseur*, vient de l'interrogation qui était adressée à celui qui s'obligeait en cette qualité *fidejubes ne quod mihi Titius debet?* c'est-à-dire *an jubes quod mihi Titius debet esse sub tuâ fide?* à quoi il répond : *fidejubeo :* c'est-à-dire, *jubeo quod tibi Titius debet esse sub mea fide.*

(3) Ce mandat ou cette gestion d'affaire est le principe du recours de la caution contre le débiteur pricipal.

(4) *V.* art. 2012, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 70, note 1.

Source : BIU Cujas

367. *Corollaire* II. — Une seconde conséquence de notre définition, est que le fidéjusseur, en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de son obligation, mais en contracte une qui accède à la sienne : en quoi le fidéjusseur est différent de celui qu'on appelle en droit *expromissor*, qui s'oblige envers le créancier; de manière que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge.

368. *Corollaire* III. — Il résulte de notre définition, que le fidéjusseur ne peut valablement s'obliger qu'à la prestation de la chose même à laquelle le débiteur principal est obligé, ou à la prestation d'une partie de cette même chose : c'est pourquoi si quelqu'un se rendait caution envers moi pour cent muids de blé, en faveur d'une personne qui me doit 2,000 livres, ce cautionnement serait nul; L. 24, *de Fidejuss. Quia in aliam rem quàm quæ credita est fidejussor obligari non potest; quia, non ut æstimatio rerum quæ mercis numero habentur in pecuniâ numeratâ fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda est.*

Contrà vice versâ, on peut valablement se rendre caution envers moi pour une somme de 2,000 livres en faveur de celui qui me doit cent muids de blé : car l'argent étant l'estimation commune de toutes les choses, celui qui me doit une quantité de cent muids de blé, de valeur de 2,000 livres, me doit effectivement et véritablement 2,000 livres; et par conséquent celui qui s'oblige pour lui envers moi à me payer 2,000 livres ne s'oblige pas à quelque chose de différent de ce qui m'est dû par mon principal débiteur (1).

369. Si quelqu'un s'était obligé envers moi à me donner un certain héritage, et qu'un autre le cautionnât pour l'usufruit de cet héritage, le cautionnement serait-il valable ?

Oui; car l'usufruit étant un droit dans cet héritage qui m'est dû, fait, en quelque façon, partie de la chose qui m'est due ; et par conséquent on ne peut pas dire que la caution se serait obligée à quelque chose de différent de la chose due par le débiteur principal.

C'est ce que décide Caïus en la loi 70, § 2, ff. *de Fidejuss. In eo*, dit-il, *videtur dubitatio esse, ususfructus pars rei sit an proprium quiddam? Sed cùm ususfructus, fundi jus est, incivile est fidejussorem ex suâ promissione non teneri.*

370. *Corollaire* IV. — Il résulte de cette définition, que la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal est obligé; et comme le plus s'estime non-seulement *quantitate*, mais aussi *die, loco, conditione, modo*, il en résulte que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal obligé : car l'obligation accessoire ne peut surpasser la principale; mais il peut s'obliger à des conditions moins dures (2).

C'est ce que décide la loi 8, § 7, ff. *Fidejuss. Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari; in leviorem planè causam accipi possunt.*

Il résulte de ce principe, que si quelqu'un s'est rendu caution pour une

---

(1) Il faudrait qu'il fût bien établi que cette somme de 2,000 fr. est pour tenir lieu du blé que doit le débiteur principal, et cette somme, sans pouvoir augmenter, pourrait diminuer en raison de la diminution du prix du blé.

(2) *V.* art. 2013, 1er et 2e alinéa, C. civ.

Art. 2013 : « Le cautionnement ne « peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des « conditions plus onéreuses.—Il peut « être contracté pour une partie de la « dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.—Le cautionnement qui excède la dette, ou qui « est contracté sous des conditions « plus onéreuses, n'est point nul : il « est seulement réductible à la mesure « de l'obligation principale. »

Source : BIU Cujas

somme déterminée, *putà*, pour une somme de 300 livres, pour un débiteur dont la dette n'était pas encore liquidée, la fixation du cautionnement à la somme de 300 livres doit être censée n'avoir été faite qu'en faveur de la caution, et à l'effet seulement que si, par la liquidation qui se ferait, la dette montait à une plus grande somme, la caution n'en serait tenue que pour 300 livres. Mais si, par la liquidation, la dette était liquidée à une somme moindre, *putà*, à 250 livres, la caution, qui ne peut devoir plus que le principal débiteur, ne sera débitrice que de la somme de 250 livres; et si elle avait payé celle de 300 livres portée par son cautionnement, elle aurait la répétition de l'excédant.

Le créancier peut-il, en ce cas, avant la liquidation de la dette, contraindre la caution au paiement de la somme de 300 livres par provision, nonobstant qu'elle demande qu'il soit procédé à la liquidation de la dette, qu'elle soutient ne devoir pas monter à une si grande somme?

La coutume de Bretagne, art. 189, décide pour l'affirmative: mais cette décision ne doit pas être suivie hors de son territoire (1), car, suivant le principe que nous venons d'exposer, la caution ne pouvant pas être tenue à plus que le débiteur principal, elle ne doit pas être contraignable au paiement de la dette plutôt que le débiteur principal; celui-ci n'y étant contraignable qu'après la liquidation de la dette, (ordonnance de 1661, tit. 33, art. 2) la caution ne doit pas être contrainte au paiement plus tôt.

D'Argentré, en sa note sur l'article de la coutume ci-dessus cité, convient que sa disposition est contraire au droit, *contrà jus romanum;* et dans son Commentaire sur l'art. 206 de l'ancienne coutume, dont celui-ci est tiré, il dit: *Hic se Auctores consuetudinis produnt non jurisconsultos.*

371. Suivant ce principe, lorsque le débiteur principal s'est obligé purement et simplement, la caution s'oblige valablement à payer dans un certain terme ou sous une certaine condition: mais au contraire si le debiteur principal ne s'est obligé que sous une certaine condition qui soit encore pendante, ou dans un certain terme qui ne soit pas encore expiré, le fidéjusseur ne peut pas s'obliger à payer pour lui présentement et à la première réquisition du créancier; *Dict.* L. 8, § 7.

Observez que si le cautionnement n'exprime rien, on y doit sous-entendre le terme ou la condition exprimée dans l'obligation principale, de même qu'il est décidé en la loi 61, ff. *eod. tit.*, que le lieu du paiement exprimé dans l'obligation principale, est sous-entendu dans le cautionnement.

372. Si le principal débiteur est obligé de payer dans un terme, la caution peut s'obliger à payer dans le même terme ou dans un terme plus long; mais elle ne peut s'obliger à payer dans un terme plus court.

De là il suit que, lorsque le débiteur principal est obligé de payer dans un certain terme, et que la caution s'oblige sous une certaine condition à payer aussitôt que la condition sera accomplie, ce cautionnement ne sera pas valable si la condition vient à s'accomplir avant que le terme de paiement dans lequel le principal débiteur doit payer soit expiré (2) (L. 16, § 5, *eod. tit.*): car, si le cautionnement était valable, la caution serait obligée de payer avant que la dette pût être exigée du débiteur principal, et par conséquent *in duriorem causam*, ce qui ne se peut.

Lorsque le débiteur principal est obligé sous une condition, la caution peut bien s'obliger sous la même condition, et sous une autre conjointement; car, en ce cas, la condition de la caution est meilleure que celle du débiteur, puis-

(1) Et aujourd'hui nulle part.

(2) Il faut décider aujourd'hui que le cautionnement sera valable, mais que la caution jouira du terme accordé au débiteur principal. *V.* art. 2013, dernier alinéa, C. civ., p. 191, note 2.

Source : BIU Cujas

qu'elle ne peut être obligée que les deux conditions ne soient accomplies. Si la caution s'oblige sous l'alternative de la condition sous laquelle le débiteur principal s'est obligé, et d'une autre condition, ou simplement sous une condition différente, le cautionnement sera valable, si la condition sous laquelle le débiteur principal s'est obligé arrive la première : mais si c'est l'autre qui arrive la première, le cautionnement ne sera pas valable, la caution ne pouvant pas être obligée avant que le débiteur principal le soit (1); L. 77, *pp°* et § 1, ff. *de Fidejuss.*

373. Le lieu du paiement peut aussi rendre plus dure l'obligation : c'est pourquoi si la caution permettait de payer dans un lieu plus éloigné que celui dans lequel le débiteur principal doit payer, le cautionnement ne serait pas valable, comme fait à une condition plus dure que l'obligation principale (2); *Dict.* L. 16, § 1 et 2.

374. Si quelqu'un dans nos colonies s'était obligé envers un autre de lui donner l'un ou l'autre de deux certains nègres, *putà*, Jacques ou Jean, lesquels fussent à peu près de même prix, le cautionnement par lequel la caution s'obligerait pour le débiteur à donner Jean déterminément, serait-il valable?

La loi 54, ff. *de Fidejuss.*, décide qu'il est valable; et que la condition de la caution est, dans cette espèce, meilleure que celle du débiteur principal, puisque la caution peut être libérée par la mort du seul Jean, au lieu que le débiteur principal ne peut l'être que par la mort de l'un et de l'autre.

Contrà, si le débiteur principal s'était obligé à donner Jean déterminément, le cautionnement par lequel la caution s'obligerait de donner Jean ou Jacques ne serait pas valable, non-seulement par la raison que nous avons dite, « que cette obligation alternative est plus dure que l'obligation déterminée de Jean »; mais encore par une autre raison, qui est que, si la caution choisissait de donner Jacques, il se trouverait devoir autre chose que ce que devait donner le débiteur principal, qui n'est débiteur que de Jean; ce qui ne se peut (3); *suprà*, n° 368. C'est la décision de la loi 8, § 8, ff. *eod. tit.*

Cela n'est pas à craindre dans l'espèce précédente, dans laquelle le débiteur principal a promis Jean ou Jacques, et la caution Jean déterminément : car, dans cette espèce, si le débiteur principal offre Jacques au créancier, et le constitue en demeure de le recevoir, en déterminant par ce choix son obligation à l'obligation de donner Jacques, il se libère de l'obligation de donner Jean, et il en libère par conséquent son fidéjusseur; *nam reo liberato, liberantur fidejussores.* Le fidéjusseur, qui n'avait accédé qu'à l'obligation de donner Jean, ne doit plus rien. Si au contraire ce débiteur principal avait offert Jean, il devrait la même chose que son fidéjusseur : il ne peut donc point arriver, dans cette espèce, que le débiteur principal et la caution doivent différentes choses.

Si le débiteur principal s'était obligé à donner les nègres Jean ou Jacques, *au choix du créancier,* la caution s'obligera valablement à donner l'un des deux *qu'elle voudra* (*eâd.* L. 8, § 10); car le créancier conservant toujours son choix contre le débiteur principal jusqu'au paiement, le débiteur sera toujours débiteur de l'une des deux choses, et par conséquent de celle que la caution voudra.

375. C'est une question, « si le cautionnement est entièrement nul, lorsque

---

(1) On pourrait peut-être dire, en vertu du 3e alinéa de l'art. 2013, C. civ., (*V.* ci-dessus, p. 194, note 2) que la caution jouira du bénéfice des deux conditions; mais que si elles se réalisent l'une et l'autre le cautionnement sera valable.

(2) Il serait seulement réduit à la mesure de l'obligation principale.

(3) Cette raison devrait, sous l'empire du Code, faire annuler un pareil cautionnement : car il ne s'agit pas de réduire, puisque l'objet de la dette et du cautionnement sont différents.

Source : BIU Cujas

la caution s'est obligée à plus que le débiteur principal, ou s'il est nul seulement en ce qu'il excède l'obligation principale. »

Il paraît que les jurisconsultes romains ont pensé qu'il était entièrement nul, quoique Dumoulin, *ad L.* 51, *Si stipulanti*, § *sed si mihi*, nos 30 et seq., ait voulu leur faire dire le contraire : cela résulte évidemment de ces termes de la loi 8, § 7, ci-dessus citée, *placuit eos omninò non obligari.*

Il est vrai que *Haloander*, dans son édition, lit *non omninò;* mais c'est de son autorité privée qu'il a changé la leçon, contre la foi des exemplaires, et contre l'autorité des interprètes grecs, qui ont traduit ces termes, *omninò non*, par οὐδὲν ὅλως *id est nullo modo.*

C'est ce qui résulte pareillement des autres textes ci-dessus cités.

La raison que rapporte Connanus, *Comm. jur.*, n° 68, de ce sentiment des jurisconsultes romains, est qu'un cautionnement étant essentiellement une obligation accessoire de l'obligation principale, et étant de l'essence d'une obligation accessoire de ne rien contenir de plus que la principale, un cautionnement par lequel la caution s'oblige à quelque chose de plus, pèche dans sa forme essentielle de cautionnement, et doit par conséquent être absolument nul.

Ce raisonnement, sur lequel il y a lieu de penser que les jurisconsultes romains se sont fondés, est plus subtil que solide.

De ce qu'un cautionnement est un accessoire de l'obligation principale, il s'ensuit seulement que, lorsque la caution s'est obligée à plus, elle n'est pas valablement obligée à ce plus; mais rien ne doit empêcher qu'elle le soit jusqu'à concurrence de ce à quoi le débiteur principal s'est obligé : car, en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu s'obliger à la somme à laquelle le débiteur principal s'est obligé.

C'est pourquoi les lois romaines n'étant suivies dans nos provinces qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité naturelle, je pense qu'on doit en ce point s'en écarter, et décider qu'une caution qui s'est obligée à une plus grande somme que celle portée par l'obligation principale, ou qui s'est obligée de payer présentement ce que le débiteur principal ne devait qu'au bout d'un certain terme ou sous une certaine condition, est valablement obligée à payer la somme portée en l'obligation principale, aux termes et sous les conditions y portées.

La coutume de Bretagne, art. 118, a suivi ce sentiment; et Wissembach, *ad Tract. de Fid.*, n° 10, convient que, quoique contraire aux textes de droit, il est suivi dans la pratique (1).

376. Le principe que nous avons établi, « que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que ne l'est le débiteur principal, *in duriorem causam* », doit s'entendre par rapport à ce qui est dû, et à ce qui a fait l'objet de l'obligation. Le fidéjusseur ne peut pas, à la vérité, devoir plus que le débiteur ne doit, *quantitate, die, loco, conditione, modo;* mais quant à la qualité du lien, il peut être plus étroitement et plus durement obligé.

Par exemple : 1° suivant les principes du droit romain, le fidéjusseur qui accède à une obligation purement naturelle, est plus étroitement obligé que le débiteur principal, puisqu'il peut être contraint à payer, et que le débiteur principal ne le peut être, le créancier n'ayant point d'action contre lui.

2° Suivant les principes du même droit romain, lorsque quelqu'un a cautionné un débiteur qui a ce qu'on appelle *exceptionem competentiæ;* comme si quelqu'un a cautionné le père envers le fils créancier de son père; le fidéjusseur est plus étroitement obligé que ne l'est le débiteur principal, puisque le fidéjusseur peut être contraint dans toute la rigueur au paiement de toute

(1) *V.* dernier alinéa de l'art. 2013, C. civ., ci-dessus, p. 194, note 2, qui a formellement consacré cette doctrine.

Source : BIU Cujas

la dette; au lieu que le débiteur principal ne le peut être que jusqu'à la concurrence de ce qui lui restera, en lui laissant ce qui lui est nécessaire pour sa subsistance (1); L. 173, ff. *de Reg. jur.*

3° Le fidéjusseur d'un mineur est souvent plus étroitement obligé que le débiteur principal, qui peut, s'il a été lésé, être restitué contre son obligation; au lieu que le fidéjusseur est obligé sans espérance de restitution (2); L. 13, *de Min.*; L. 1, Cod. *de Fidejuss. minor.*

4° Suivant nos usages, une caution judiciaire est contraignable par corps (3), quoique le débiteur principal n'y soit pas sujet; *putà*, si c'est un prêtre (4), un mineur, une femme, un septuagénaire (5); il est par conséquent plus étroitement, et, quant à la qualité du lien, plus durement obligé.

377. *Corollaire* V. Il résulte de notre définition, que le cautionnement étant une obligation accessoire à celle du principal débiteur, l'extinction de l'obligation principale entraîne aussi l'extinction du cautionnement, puisqu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale. Toutes les fois donc que le débiteur principal est libéré, de quelque manière que ce soit, non-seulement par le paiement réel qu'il aurait fait de

---

(1) Nos lois nouvelles n'ont point reproduit cette exception.

(2) *V.* art. 2012, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 70, note 1.

(3) Cette décision paraît résulter encore de l'art. 2040, 2e alinéa, C. civ., cependant le § 5° de l'art. 2060, C. civ., laisse quelque doute à cet égard.

Art. 2040 : « Toutes les fois qu'une « personne est obligée, par la loi ou « par une condamnation, à fournir une « caution, la caution offerte doit rem- « plir les conditions prescrites par les « art. 2018 et 2019 (*V.* ci-après, p. 209, « note 1). — Lorsqu'il s'agit d'un cau- « tionnement judiciaire, la caution « doit, en outre, être susceptible de « contrainte par corps. »

Art. 2060 : « La contrainte par corps « a lieu pareillement : — 1° Pour dépôt « nécessaire; — 2° En cas de réinté- « grande, pour le délaissement, or- « donné par justice, d'un fonds dont « le propriétaire a été dépouillé par « voies de fait; pour la restitution des « fruits qui en ont été perçus pendant « l'indue possession, et pour le paie- « ment des dommages et intérêts ad- « jugés au propriétaire; — 3° Pour ré- « pétition de deniers consignés entre « les mains de personnes publiques « établies à cet effet; — 4° Pour la re- « présentation des choses déposées aux « séquestres, commissaires et autres « gardiens; — 5° Contre les cautions « judiciaires et contre les cautions des « contraignables par corps, lorsqu'elles « se sont soumises à cette contrainte; « — 6° Contre tous officiers publics, « pour la représentation de leurs mi- « nutes, quand elle est ordonnée; — « 7° Contre les notaires, les avoués et « les huissiers, pour la restitution des « titres à eux confiés, et des deniers « par eux reçus pour leurs clients, par « suite de leurs fonctions. »

(4) Les prêtres seraient aujourd'hui, et avec raison, soumis à la contrainte par corps comme les autres citoyens.

(5) *V.* art. 2064 et 2066, C. civ.

Art. 2064 : « Dans les cas même ci- « dessus énoncés, la contrainte par « corps ne peut être prononcée contre « les mineurs. »

Art. 2066 : « Elle ne peut être pro- « noncée contre les septuagénaires, les « femmes et les filles, que dans les cas « de stellionat. — Il suffit que la « soixante-dixième année soit com- « mencée, pour jouir de la faveur ac- « cordée aux septuagénaires. — La con- « trainte par corps pour cause de stel- « lionat pendant le mariage, n'a lieu « contre les femmes mariées que lors- « qu'elles sont séparées de biens, ou « lorsqu'elles ont des biens dont elles « se sont réservé la libre administra- « tion, et à raison des engagements « qui concernent ces biens. — Les « femmes qui, étant en communauté, « se seraient obligées conjointement « ou solidairement avec leurs maris, « ne pourront être réputées stelliona- « taires à raison de ces contrats. »

Source : BIU Cujas

la dette ou par la compensation de la dette, mais aussi par la remise qui lui en aurait été faite, le fidéjusseur est pareillement libéré : car l'essence du cautionnement étant que le fidéjusseur soit obligé pour un principal débiteur, il ne peut plus être obligé lorsqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qui il soit obligé (1).

378. Pareillement la caution est libérée par la novation qui est faite de la dette : car la caution ne peut plus être tenue de la première dette pour laquelle elle a été caution du débiteur puisqu'elle ne subsiste plus, ayant été éteinte par la novation. Elle ne peut non plus être tenue de la nouvelle dette en laquelle a été convertie la première, puisque cette nouvelle dette n'est pas celle à laquelle elle a accédé (2) : *Novatione legitimè perfectâ debiti in aliam speciem translati, prioris contractûs fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverint;* L. 4, Cod. *de Fidejuss.*

379. Pareillement lorsque le débiteur principal devient seul héritier pur et simple du créancier ; *aut vice versâ*, lorsque le créancier devient seul héritier pur et simple du débiteur principal (3) ; ou lorsqu'une même personne devient successivement héritière de l'une ou de l'autre, les fidéjusseurs sont libérés, parce qu'il ne reste plus de débiteur principal, par la confusion qui se fait des qualités de créancier et de débiteur, lesquelles, se trouvant réunies en une même personne, se détruisent l'une l'autre, personne ne pouvant être créancier de soi-même, ni débiteur de soi-même.

Il en serait autrement si le débiteur n'était devenu héritier du créancier que sous bénéfice d'inventaire, *aut vice versâ;* car, un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confusion des qualités, et de distinguer la personne de l'héritier de la succession bénéficiaire, le débiteur héritier bénéficiaire du créancier demeurant toujours débiteur envers la succession bénéficiaire, ses cautions ne sont point libérées; car il y a un débiteur principal (4).

Lorsque le créancier succède à son débiteur, non à titre d'héritier, mais à titre de donataire universel, ou de légataire universel (5), ou de déshérence,

---

(1) *V.* art. 2034, C. civ.

Art. 2034 : « L'obligation qui résulte « du cautionnement, s'éteint par les « mêmes causes que les autres obliga- « tions. »

(2) *V.* art. 1281, 2e alinéa, C. civ.

Art. 1281 : « Par la novation faite « entre le créancier et l'un des débi- « teurs solidaires, les codébiteurs sont « libérés.—La novation opérée à l'é- « gard du débiteur principal libère les « cautions.—Néanmoins, si le créan- « cier a exigé, dans le premier cas, « l'accession des codébiteurs, ou, dans « le second, celle des cautions, l'an- « cienne créance subsiste, si les codé- « biteurs ou les cautions refusent d'ac- « céder au nouvel arrangement. »

(3) *V.* art. 1301, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1301 : « La confusion qui « s'opère dans la personne du débiteur « principal, profite à ses cautions;— « Celle qui s'opère dans la personne « de la caution, n'entraîne point l'ex- « tinction de l'obligation principale;— « Celle qui s'opère dans la personne « du créancier, ne profite à ses co- « débiteurs solidaires que pour la por- « tion dont il était débiteur. »

(4) *V.* art. 802, § 2°, C. civ.

Art. 802 : « L'effet du bénéfice d'in- « ventaire est de donner à l'héritier « l'avantage : —1° De n'être tenu du « paiement des dettes de la succession « que jusqu'à concurrence de la valeur « des biens qu'il a recueillis, même de « pouvoir se décharger du paiement « des dettes en abandonnant tous les « biens de la succession aux créanciers « et aux légataires; — 2° De ne pas « confondre ses biens personnels avec « ceux de la succession, et de conser- « ver contre elle le droit de réclamer « le paiement de ses créances. »

(5) On voit que Pothier ne confond pas le légataire universel avec un hé-

Source : BIU Cujas

ou de confiscation ; comme, dans tous ces cas, il n'est pas tenu des dettes indéfiniment, mais seulement jusqu'à la concurrence de la valeur des biens auxquels il succède, la confusion ne se fait que jusqu'à cette concurrence : d'où il suit que les cautions ne sont déchargées que jusqu'à cette concurrence ; et que, s'il n'y a pas dans les biens qu'a laissés le débiteur de quoi acquitter toute la dette, les cautions sont obligées de payer le surplus ; mais le créancier ne peut les poursuivre qu'il ne leur ait compté des biens du débiteur auquel il a succédé.

Lorsque le débiteur devient héritier pur et simple, à la vérité, du créancier, mais pour partie seulement, *aut vice versâ*, la confusion ne se faisant que quant à la portion pour laquelle il est héritier, ses cautions ne sont libérées que pour cette portion.

380. Lorsque le débiteur principal n'est pas libéré de plein droit, mais par quelque exception ou fin de non-recevoir qu'il peut opposer contre la demande du créancier, les fidéjusseurs peuvent-ils opposer les mêmes fins de non-recevoir que peut opposer le débiteur principal ?

Il faut, à cet égard, distinguer entre les exceptions ou fins de non-recevoir qu'on appelle *exceptiones in personam*, et celles qu'on appelle *exceptiones in rem*. Les exceptions *in personam* sont celles qui sont fondées sur quelque raison qui est personnelle au débiteur principal ; les exceptions *in rem* sont celles qui sont ainsi appelées, parce qu'elles ne sont pas fondées sur quelque raison qui soit personnelle au débiteur principal, mais sur la chose même, c'est-à-dire sur la dette elle-même.

Ces exceptions *in rem* peuvent être opposées par les cautions aussi bien que par le débiteur principal : ***Rei cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt,*** (L.7, § 1, ff. *de Except.*) : et c'est de ces exceptions qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 19, ff. *eod. tit. Omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt* (1).

Telle est l'exception de dol ou de violence ; telle est aussi l'exception de la chose jugée ou du serment décisoire (2), (*eâd.* L., § 1) : car ces exceptions étant fondées sur ce qui a été décidé par la sentence ou par le serment décisoire « que la chose n'était pas due », sont des exceptions qui tombent sur la chose, et qui ne sont pas fondées sur quelque raison qui soit personnelle au principal débiteur ; et par conséquent ce sont des exceptions, non *in personam*, mais *in rem ;* et ces dernières exceptions peuvent être opposées par les cautions, aussi bien que par le débiteur principal avec qui la chose a été jugée, ou à qui l'on a déféré le serment. — *Nec obstat regula juris*, « que la chose jugée, non plus que le serment décisoire, ne peuvent acquérir le droit à des tiers qui n'ont pas été parties ; L.2, Cod. *Quib. res jud. non noc.* » ; (L.3, § 3,

---

ritier : le premier n'est à ses yeux qu'un successeur aux biens, il n'est pas tenu indéfiniment des dettes, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens auxquels il succède.

(1) *V.* art. 2036, C. civ., ci-dessus, p. 47, note 2.

(2) *V.* art. 1363, 3e alinéa, C. civ.

Art. 1365 : « Le serment fait ne « forme preuve qu'au profit de celui « qui l'a déféré ou contre lui, et au « profit de ses héritiers et ayants cause « ou contre eux.—Néanmoins le ser- « ment déféré par l'un des créanciers « solidaires au débiteur ne libère celui- « ci que pour la part de ce créancier; « — Le serment déféré au débiteur « principal libère également les cau- « tions;—Celui déféré à l'un des débi- « teurs solidaires profite aux codébi- « teurs;—Et celui déféré à la caution « profite au débiteur principal.—Dans « ces deux derniers cas, le serment du « codébiteur solidaire ou de la caution, « ne profite aux autres codébiteurs ou « au débiteur principal que lorsqu'il a « été déféré sur la dette, et non sur « le fait de la solidarité ou du caution- « nement. »

Source : BIU Cujas

ff. *de Jurejur.* : car cette règle ne doit pas s'entendre de ceux dont le droit est essentiellement lié avec celui de la personne qui a été partie ; tels que sont les cautions à l'égard du principal débiteur.

Lorsqu'un débiteur principal, par une transaction avec le créancier sur la légitimité de la dette, est convenu de la payer, mais à la charge qu'il aurait terme de trois ans ; l'exception que cette convention donne contre le créancier, s'il faisait des poursuites avant le terme, est aussi une exception *in rem ;* car elle est fondée sur la chose même : elle est fondée sur le doute qu'il y avait de la légitimité de la dette ; doute sur lequel on a transigé. Cette exception peut, par conséquent être opposée par les fidéjusseurs aussi bien que par le débiteur principal, quoiqu'ils n'aient pas été parties en la transaction.

De là naît une question : on demande si le débiteur, par une nouvelle convention avec le créancier, peut, au préjudice des fidéjusseurs, permettre au créancier d'exiger sa créance avant le terme porté par la première convention ?

Paul, en la loi 27, § 2, ff. *de Pact.*, décide formellement qu'il le peut (quoique quelques interprètes, pour concilier ce texte avec la loi *fin.* ff. *eod. tit.*, qui décide le contraire, aient donné la torture au texte pour lui faire dire autre chose). La raison de la décision de Paul, est que le droit qui résulte de la première convention, ayant été formé par le concours des seules volontés du créancier et du débiteur sans que les fidéjusseurs y soient intervenus, il peut se détruire par un consentement contraire ; *cùm quæque eodem modo dissolvantur quo colligata sunt.*

Au contraire, Furius-Anthianus décide que la nouvelle convention ne peut priver les fidéjusseurs de l'exception qui leur a été acquise par la première (L. *fin.* ff. *de Pact.*), et je pense qu'il faut s'en tenir à cette décision : la raison alléguée pour celle de Paul ne peut avoir lieu que lorsqu'il n'y a pas un droit acquis à un tiers.

Quelques interprètes dont j'ai suivi autrefois l'opinion pour concilier Furius-Anthianus avec Paul, disent que la décision de Furius n'a lieu que dans le cas auquel les fidéjusseurs ont ratifié et accepté la première convention : mais cette conciliation est divinatoire. Il n'est pas dit dans cette loi que les fidéjusseurs avaient accepté la première convention ; on ne peut pas même le supposer ; car, en le supposant, Furius aurait mis en question ce qui n'aurait pas pu faire de question (1).

Passons maintenant aux exceptions *in personam.*

Ces exceptions, qui sont fondées sur l'insolvabilité ou le peu de solvabilité

---

(1) Mais est-il bien sûr que Paul, en la loi 27, § 2, *de Pactis*, examine l'effet *contre le fidejusseur*, du second pacte qu'aurait fait le débiteur principal ?

Il est permis d'en douter : *Pactus ne peteret, posteà convenit ut peteret, priùs pactum per posteriùs elidetur.* C'est le débiteur qui a fait successivement les deux pactes avec le créancier : le premier est élidé par le second. Le Jurisconsulte explique ensuite par quelle voie de procédure le premier pacte sera rendu inefficace : puis il termine par ces mots qui occasionnent toute la difficulté : *Eâdem ratione contingit, ne fidejussoribus priùs pactum prosit.* On pourrait entendre cette phrase ainsi : par la même raison, et de la même manière, le premier pacte qu'aurait fait un fidéjusseur, *ne à se peteretur*, serait rendu inefficace par un second pacte que ferait le même fidejusseur *ut à se peteretur. Eâdem ratione*, c'est-à-dire, qu'il faudra employer la même procédure (ce qui était l'idée principale de Paul dans ce passage) *non quidem ipso jure sed exceptionis ope.*

Paul aurait simplement établi une comparaison entre deux pactes, en sens contraires, faits par le débiteur, avec deux pactes semblables, mais faits par le fidéjusseur.

Source : BIU Cujas

du débiteur principal, et sur le privilége personnel qu'il a de ne pouvoir être contraint sur son nécessaire (1), ne peuvent être opposées par les cautions. C'est ce que nous apprenons de loi 7, ff. *de Except.*, qui enseigne que l'exception accordée à un débiteur, qui serait ou le père, ou la mère, ou le mari, ou le patron, ou l'associé du créancier, pour ne pouvoir être contraint au paiement sur son nécessaire, ne peut être opposée par les cautions.

La raison est évidente. L'état de pauvreté de ce débiteur principal ne le libère pas de son obligation; et s'il venait par la suite à avoir la commodité de payer, il pourrait y être contraint. En attendant, son obligation ne laisse pas de subsister dans tout son entier, et elle sert d'un fondement suffisant à celle de ses cautions. Son état de pauvreté ne la détruit pas; elle en arrête seulement l'exécution, par l'exception qu'il a de ne pouvoir être contraint au paiement sur son nécessaire : mais cette exception étant fondée sur sa qualité de père ou de mari, etc., qui lui est personnelle, ne peut être opposée par ses cautions.

Il en est de même de l'exception qui résulte de la cession des biens : lorsque le débiteur principal a fait une cession de ses biens, et qu'ils n'ont pas suffi à payer ce qu'il devait, il n'est pas libéré du surplus (L. 1, Cod. *Qui bon. ced.*), et son obligation, qui subsiste pour le surplus, est un fondement suffisant à l'obligation de ses cautions pour ce surplus.

Néanmoins, tant qu'il n'a pas acquis de nouveaux biens au delà de ce qui lui est nécessaire pour sa subsistance, il peut opposer contre les poursuites que ferait contre lui un créancier, une fin de non-recevoir résultant de la cession qu'il a faite de ses biens; L. 3, Cod. *de Bon. author. jud. possid.*; L. 4, ff. *de Cess. bonor.* Il est évident que cette fin de non-recevoir est fondée sur une raison de faveur (2) qui est personnelle au débiteur; c'est *exceptio in personam*, que ses cautions ne peuvent opposer.

Je pense qu'il en est de même de l'exception qui naît d'un contrat d'atermoiement auquel un créancier aurait été obligé d'accéder, par lequel on accorde au débiteur remise d'une partie de la dette, et certains termes pour le paiement du surplus.

Je crois que l'exception que donne ce contrat au débiteur principal, contre la demande qui serait donnée contre lui avant les termes accordés par ledit contrat, ou contre la demande de ce qui lui a été remis par ledit contrat, ne doit pas passer aux fidéjusseurs (3), et qu'ils peuvent être pousuivis incontinent pour le paiement du total de la créance : car il est évident que cette exception est une exception *in personam*, qui n'est accordée au débiteur qu'en considération de son état de pauvreté qui lui est personnel.

Les remises accordées par le contrat d'atermoiement n'ayant pas été accordées *animo donandi*, mais par nécessité, l'exception qui résulte de ce contrat, ainsi que la précédente, ne donne atteinte qu'à l'obligation civile : l'obligation naturelle, pour ce qui reste à payer, subsiste dans toute son intégrité (4), et sert d'un fondement suffisant à l'obligation des fidéjusseurs.

---

(1) Cette exception n'a point été reproduite par les lois nouvelles.

(2) Cette faveur ne lui est plus accordée.

(3) *V.* art 545, C. comm.

Art. 545 : « Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur « action pour la totalité de leur créance « contre les coobligés du failli. »

(4) *V.* art. 604, C. comm.

Art. 604 : « Le failli qui aura intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par « lui dues, pourra obtenir sa réhabilitation. — Il ne pourra l'obtenir, s'il « est l'associé d'une maison de commerce tombée en faillite, qu'après « avoir justifié que toutes les dettes de « la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, « lors même qu'un concordat particulier lui aurait été consenti. »

Source : BIU Cujas

Cette raison sert de réponse à celle qu'on allègue en premier lieu pour l'opinion contraire, qui consiste à dire « qu'il est de l'essence du cautionnement que le fidéjusseur ne puisse être tenu à plus que n'est tenu le débiteur principal ».

Quant au second moyen qu'on allègue pour l'opinion contraire, qui consiste à dire que « si le fidéjusseur ne profitait pas du contrat d'atermoiement, et pouvait être obligé de payer le total de la dette, il arriverait indirectement que le débiteur principal n'en profiterait pas lui-même, à cause du recours que le fidéjusseur qui aurait payé le total, aurait contre lui » :

La réponse est que cela n'arrivera pas, parce que le fidéjusseur qui a payé le total, est, en sa qualité de créancier de cette somme pour son indemnité, obligé, aussi bien que les autres créanciers, d'accéder au contrat d'atermoiement, et de faire sur cette indemnité au débiteur principal les remises qui sont portées audit contrat.

Il faut néanmoins convenir que l'opinion contraire est autorisée par deux anciens arrêts cités par Basnage dont l'un est du Parlement de Paris, et l'autre du Parlement de Normandie. Ce dernier est le 114e de ceux rapportés par Montholon : mais je ne pense pas que la décision de ces arrêts doive être suivie, pour les raisons ci-dessus rapportées. Cette décision paraît même opposée à la nature du cautionnement, qui est un acte auquel un créancier a recours pour sa sûreté, contre le risque de l'insolvabilité du débiteur principal. Or que deviendrait cette sûreté, si le créancier n'avait pas le droit d'exiger de la caution ce que l'insolvabilité du débiteur principal l'obligerait de remettre au débiteur principal?

Notre sentiment est conforme à l'article 13 des arrêtés de M. de Lamoignon sur ce titre.

Lorsqu'il y avait eu une convention entre un créancier et le débiteur principal, par laquelle le créancier, pour gratifier le débiteur principal, était convenu avec lui *de ne lui pas demander le paiement de la dette;* si le créancier, par la suite, en demandait le paiement aux cautions, les cautions pouvaient, à la vérité, lui opposer l'exception qui résulte de la convention qu'il avait eue avec le débiteur principal; mais, suivant l'ancien droit romain, les cautions n'avaient ce droit que parce que la demande donnée contre les cautions réfléchissait contre le débiteur principal, qui était obligé de les en acquitter, *actione contrariâ mandati, aut negotiorum gestorum :* c'est pourquoi, dans le cas auquel la demande donnée contre les cautions n'eût pas dû réfléchir contre le débiteur principal, *putà*, parce que ces cautions l'avaient cautionné *donandi animo*, avec protestation de ne rien répéter contre le débiteur principal de ce qu'ils seraient obligés de payer pour lui, les cautions ne pouvaient en ce cas, suivant les principes de l'ancien droit, opposer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier et le débiteur principal; parce que cette convention et l'exception qui en résulte étant fondées sur la considération personnelle que le créancier a eue pour le débiteur principal qu'il a voulu gratifier, c'est une exception *in personam*, qui n'appartient point aux cautions.

C'est ce que nous apprenons de la loi 32, ff. *de Pact.*, où il est dit : *Quod dictum est, si cum reo pactum sit ut non petatur, fidejussori quoque competere exceptionem, propter rei personam placuit, ne mandati judicio conveniatur : igitur si mandati actio nulla sit, fortè si donandi animo fidejusseret, dicendum est non prodesse exceptionem fidejussori.*

Quand même la caution serait une caution ordinaire, qui a recours contre le débiteur principal pour ce qu'elle est obligée de payer pour lui, elle ne pourrait, selon les principes du droit romain, opposer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier et le débiteur principal, si par cette convention le créancier, en promettant de ne pas demander le paiement de la dette au débiteur principal, s'était expressément réservé de pouvoir le

Source : BIU Cujas

demander à la caution : *Debitoris conventio fidejussoribus proficiet, nisi hoc actum est, ut duntaxat à reo non petatur, à fidejussore petatur : tunc enim fidejussor exceptione non utetur ;* L. 21, § 5, *in fin.* 22, ff. *eod. tit.*

Cujas, dans son commentaire sur ledit paragraphe 5, observe fort bien qu'en cela les fidéjusseurs différaient de ceux qu'on appelle en droit *mandatores pecuniæ credendæ;* car, si, à votre réquisition, j'avais prêté à quelqu'un une somme d'argent, je ne pourrais pas par la suite, en convenant avec le débiteur que je ne lui demanderais pas le paiement de la dette, me réserver valablement le pouvoir de vous le demander.

Il nous en donne cette raison de différence : lorsqu'à votre réquisition, j'ai prêté une somme d'argent à quelqu'un, je suis, par la nature du contrat de mandat qui est intervenu entre nous, obligé de vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait en exécution de votre mandat; tout mandataire étant obligé, *actione mandati directâ*, à tenir compte au mandant de tout ce qu'il a acquis en exécutant le mandat : donc lorsque par mon fait je me suis mis hors d'état de pouvoir remplir mon obligation envers vous, et de pouvoir vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait au débiteur, soit en convenant avec le débiteur de ne lui rien demander, soit en laissant, par ma faute, donner congé de ma demande contre ce débiteur, soit de quelque autre manière que ce soit, je ne dois plus être recevable à répéter de vous, *actione mandati contrariâ*, la somme que j'ai prêtée par votre ordre à ce débiteur (L. 95, § pén. ff. *de Solut.*) ; car c'est un principe commun à tous les contrats synallagmatiques, « que la partie qui manque à son obligation, n'est pas recevable à demander à l'autre partie l'accomplissement de la sienne ».

Il n'en est pas de même des fidéjusseurs.

Un créancier, suivant les principes de l'ancien droit romain, comme l'observe Cujas, *ad dict.* § 5, ne contracte aucune obligation envers les fidéjusseurs de leur conserver ses actions contre le débiteur principal, contre lequel ils en ont une de leur chef. C'est par une pure raison d'équité qu'il n'en peut refuser la cession à la caution, lors du paiement qu'elle fait; mais il n'est tenu de les céder que telles qu'il les a, et autant qu'il les a : c'est pourquoi la convention qu'il a eue avec le débiteur, par laquelle il a rendu inefficaces ses actions contre lui, ne l'exclut pas de pouvoir demander au fidéjusseur le paiement de la dette.

Tel était l'ancien droit, qui, comme l'observe Cujas, *ad dict.* § 5, ne peut guère avoir lieu depuis la Novelle de Justinien : *Jure novo*, dit Cujas, *haud facilè procedere potest ;* car Justinien ayant par sa Novelle, accordé aux fidéjusseurs l'exception de discussion, *beneficium ordinis*, qui consiste dans le droit qu'il leur donne, lorsqu'ils sont poursuivis par le créancier, de le renvoyer à se pourvoir auparavant contre le débiteur principal, et à discuter pour cet effet ses biens, il est évident que le créancier ne peut plus aujourd'hui, en convenant avec le débiteur de ne lui pas demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux fidéjusseurs ; car il ne peut, par son fait, les priver du droit et de l'exception que la loi leur donne.

Selon les principes du droit français, outre cette raison tirée de la Novelle, pour qu'un créancier ne puisse, en convenant avec le débiteur de ne pas lui demander le paiement de la dette, se réserver le pouvoir de le demander aux cautions, il y en a une autre qui n'est pas moins décisive ; elle se tire de la différence des principes du droit romain, et des nôtres sur les simples pactes.

Selon les principes du droit romain, il n'y avait que les obligations qui avaient été formées par le seul consentement des parties, qui pouvaient se détruire par un consentement contraire. A l'égard de toutes les autres, lorsque le créancier voulait en faire remise au débiteur, il ne pouvait le faire que par la formule de l'acceptilation ou simple, ou Aquilienne. Sans cela la convention qu'il avait eue avec le débiteur « de ne point exiger de lui la dette », n'était qu'un

Source : BIU Cujas

simple pacte, qui ne pouvait détruire l'obligation du débiteur; car de même qu'un simple pacte ne peut pas produire une obligation civile, il ne peut pas non plus la détruire.

Il est vrai que cette convention donnait au débiteur une exception pour exclure le créancier de la demande qu'il aurait donnée contre lui, et contre la foi de la convention; mais le débiteur ne tenait cette exception que de l'équité prétorienne, contre la rigueur du droit : l'obligation qu'il avait contractée ne laissait pas de subsister *ipso jure* en sa personne, et était un suffisant fondement pour conserver celle des fidéjusseurs qui y avaient accédé.

Il en était de même lorsque le créancier était convenu, par libéralité, d'accorder un certain terme à son débiteur, qui avait d'abord contracté une obligation pure et simple, et sans aucun terme.

Cette convention n'était qu'un simple pacte, qui ne donnait au débiteur qu'une exception contre la demande que le créancier, contre la foi de la convention, aurait donnée contre lui avant le terme; mais si, par la convention, le créancier avait déclaré qu'il n'entendait accorder le terme qu'au débiteur, et non aux cautions, cette convention, suivant les principes de l'ancien droit, ne l'empêchait pas d'agir contre les cautions avant le terme; et celles-ci ne pouvaient pas lui opposer le principe de droit, « qu'il est de la nature et de l'essence du cautionnement que la caution ne soit pas obligée à plus que le débiteur principal, et qu'elle ait les mêmes termes de paiement »; car la convention par laquelle le terme a été accordé au débiteur, n'étant qu'un simple pacte, n'a pu donner atteinte à son obligation, ni la diminuer : elle subsiste *ipso jure*, telle qu'elle a été contractée, comme obligation pure et simple, et sans terme, et elle laisse subsister de même celle des cautions.

Si le débiteur peut jouir du terme qui lui a été accordé par la convention, ce n'est que par une exception qu'il ne tient que de l'équité prétorienne, contre la rigueur du droit, et qui n'étant fondée que sur une considération personnelle pour le débiteur, ne passe pas à ses cautions.

Ces principes du droit romain sur l'effet des simples pactes, ne sont point puisés dans le droit naturel, et ne sont fondés que sur des subtilités très opposées à l'esprit et à la simplicité de notre droit français.

Nous ne connaissons point la solennité de l'acceptilation : toutes les conventions peuvent produire des obligations civiles, les éteindre et les modifier. Lorsqu'un créancier a convention avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, cette convention, selon la simplicité de notre droit français, libère de plein droit le débiteur; c'est pourquoi le créancier ne peut pas valablement se réserver d'en pouvoir demander le paiement aux cautions; la libération du débiteur entraîne nécessairement celle des cautions.

Pareillement dans notre droit, lorsque depuis le contrat un créancier accorde par libéralité un certain terme de paiement à son débiteur, il ne peut pas valablement exclure de ces termes les cautions; car la convention ayant l'effet de modifier de plein droit l'obligation du débiteur, et d'une obligation pure et simple d'en faire une obligation avec un terme de paiment, l'obligation des cautions reçoit nécessairement la même modification, et a le même terme de paiement qu'a l'obligation du débiteur principal; parce qu'il est de l'essence du cautionnement, que la caution ne soit pas obligée à plus que le débiteur principal (1).

Si, dans le cas d'un contrat d'atermoiement fait entre les créanciers et le

---

(1) Toutefois la caution n'est point obligée de prolonger ainsi la durée de son cautionnement. *V.* art. 2039, C. civ.

Art. 2039 : « La simple prorogation « de terme, accordée par le créancier « au débiteur principal, ne décharge « point la caution, qui peut, en ce « cas, poursuivre le débiteur pour le « forcer au paiement. »

Source : BIU Cujas

débiteur, les cautions ne jouissent pas des remises et des termes accordés au débiteur par le contrat, comme nous l'avons décidé ci-dessus, c'est que les remises et les termes qui sont accordés au débiteur par ce contrat, ne tombent que sur l'obligation civile ; l'obligation naturelle demeure dans son entier, en conséquence de laquelle le débiteur lui-même, si la commodité de payer lui survenait, ne pourrait, dans le for de la conscience, jouir des remises ni des termes qui lui ont été accordés.

Cette obligation naturelle suffit, comme nous l'avons dit, pour servir de fondement à celle des cautions : mais lorsqu'un créancier, de son bon gré et par libéralité, a déchargé son débiteur, ou lui a accordé terme, le débiteur n'étant plus obligé, ni naturellement, ni civilement, de payer la somme qui lui a été remise; n'étant plus obligé, ni naturellement, ni civilement, de payer avant le terme, c'est une conséquence que les cautions ne le soient pas non plus (1).

381. Lorsque le débiteur principal se fait restituer, contre son obligation, par des lettres de rescision, la rescision de son obligation entraîne-t-elle la rescision de celle des cautions ?

Il faut faire la même distinction que nous avons faite à l'égard des exceptions. Si la restitution est fondée sur quelque vice réel de l'obligation, comme sur le dol, la violence, l'erreur, la lésion énorme, la rescision de l'obligation principale entraîne celle des fidéjusseurs. Si, au contraire, la restitution est fondée sur des raisons qui soient personnelles au débiteur principal, comme par exemple, sur sa minorité ; en ce cas, la rescision qu'il obtient de son obligation n'entraîne point celle des fidéjusseurs : ce débiteur principal n'acquiert, par la restitution, qu'une défense qui lui est personnelle contre son debiteur, laquelle, nonobstant la rescision, subsiste en quelque façon *naturaliter*, et est un sujet suffisant auquel l'obligation des fidéjusseurs peut accéder : c'est ce qui est décidé par la loi 13, ff. *de Minorib.;* et bien nettement par la loi 1, Cod. *de Fidejuss. min.* (2).

Il y a néanmoins un cas auquel la rescision de l'obligation principale, quoique pour seule cause de minorité, entraîne celle des fidéjusseurs ; c'est lorsque le débiteur principal s'est obligé en une qualité que la rescision a détruite; comme s'il s'était obligé en qualité d'héritier, et qu'il se fît restituer contre son acceptation de succession; car le débiteur principal n'étant pas obligé de son chef, mais en une qualité d'héritier qu'il n'a plus, et qu'il a perdue par la rescision de son acceptation de succession, il n'est plus débiteur en tout, même *naturaliter;* son obligation, attachée à cette qualité qui est détruite, ne subsiste plus : c'est ce qui est décidé en la loi 89, ff. *de Acquir. hæred.*

382. La règle que nous avons établie, « que l'extinction de l'obligation principale entraînait celle du fidéjusseur », souffre une espèce d'exception dans le cas auquel la chose due serait périe par le fait ou la faute du fidéjusseur, ou depuis qu'il a été constitué en demeure : en ce cas, quoique l'obligation du

---

(1) Notre Code applique d'ailleurs aux cautions ce que Papinien disait à l'égard des *mandatores pecunias credendas*, dans le paragraphe pénultième de la loi 95, ff. *de Solut.*, ci-dessus cité.

En effet, l'art. 2037 porte : « La « caution est déchargée lorsque la sub- « rogation aux droits, hypothèques et « priviléges du créancier, ne peut plus, « par le fait de ce créancier, s'opérer « en faveur de la caution. » *V.* ci-dessus, p. 137, note 1.

« *Si creditor à debitore culpâ suâ* « *causa ceciderit: prope est ut actione* « *mandati nihil à mandatore consequi* « *debeat; cum ipsius vitio acciderit ne* « *mandatori possit actionibus cedere.*»

(2) *V.* art. 2036, C. civ., ci-dessus, p. 147, note 2.

Source : BIU Cujas

débiteur principal, qui n'a pas été constitué en demeure, soit éteinte par l'extinction de la chose qui en faisait l'objet, le fidéjusseur demeure obligé. C'est ce que décide la loi 32, § 5, *de Usur. Si fidejussor solus moram fecerit, reus non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit; sed* UTILIS ACTIO *in hunc (fidejussorem) dabitur.*

Ce qui a été établi contre le principe de droit, qui ne permet pas que l'obligation du fidéjusseur puisse subsister après l'extinction de l'obligation principale : c'est ce que nous marque le Jurisconsulte, en nous disant qu'en ce cas l'action qui a lieu contre le fidéjusseur, est une action utile (*actio utilis*); c'est-à-dire, qui est donnée *contrà tenorem juris, ita suadente utilitate et æquitate*, par forme de dommages et intérêts, et en punition de la faute ou demeure du fidéjusseur.

383. *Corollaire* VI. — De ce que le fidéjusseur, suivant notre définition, est celui qui s'oblige pour un autre, qui accède à l'obligation d'un autre, les jurisconsultes romains avaient tiré cette conséquence, que, toutes les fois que les deux qualités de débiteur principal et de fidéjusseur de ce débiteur se trouvaient concourir dans une même personne, ce qui arrive lorsque le fidéjusseur devient héritier du débiteur principal; *aut vice versâ*, lorsque le débiteur principal devient héritier du fidéjusseur, ou lorsqu'un tiers devient héritier de l'un et de l'autre; en tous ces cas, la qualité de débiteur principal détruisait celle de fidéjusseur; un fidéjusseur étant essentiellement celui qui est obligé pour un autre, et ne pouvant être le fidéjusseur de soi-même : d'où ils concluaient que, dans tous ces cas, l'obligation du cautionnement était éteinte, et qu'il ne restait plus que l'obligation principale; L. 93, §, 2 *et fin.* ff. *de Solut.*; L. 5, ff. *de Fid.*; L. 24, Cod. *de Fidej.*

De là ils concluaient que, si le fidéjusseur avait lui-même donné un fidéjusseur qui accédât à son obligation, en tous ces cas, l'obligation de ce fidéjusseur du fidéjusseur était éteinte par l'extinction de celle du fidéjusseur, qui était comme une obligation principale vis-à-vis de celle de ce fidéjusseur du fidéjusseur; L. 38; § *Fin.* ff. *de Solut.*

Selon nos usages, on n'a pas égard à cette subtilité; et un certificateur de caution, qui est *fidejussor fidejussoris*, n'est pas déchargé parce que le fidéjusseur qu'il a certifié est devenu héritier du principal débiteur (1), *aut vice versâ*. Il y a d'autant plus lieu de le penser, que les jurisconsultes romains avaient été partagés d'avis sur cette question; *eâd.* L. 93, § *fin.*

Au surplus, quand même on déciderait, suivant le droit romain, qu'il se ferait, dans ce cas, confusion de l'obligation du fidéjusseur, les hypothèques données par ce fidéjusseur ne laissent pas de subsister; car les hypothèques ne s'éteignent que par le paiement; et cette confusion, qui, selon la subtilité, désoblige le fidéjusseur en sa qualité de fidéjusseur, n'équipolle pas à un paiement : c'est ce qui est décidé *eâd.* L. 38, § *fin.*

Lorsque la caution devient héritière de son cofidéjusseur, il est indubitable qu'il ne se fait, en ce cas, aucune confusion, et que les deux obligations subsistent, quoique réunies dans une même personne (L. 21, § 1, ff. *de Fidej.*); de même que les deux obligations subsistent, lorsqu'un débiteur principal succède à son codébiteur principal; L. 5, ff. *eod. tit.*

384. De ce qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs d'accéder à l'obligation d'un débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'elle soit éteinte lorsque le débiteur principal est mort sans avoir laissé d'héritiers. La

---

(1) *V.* art. 2035, C. civ.

Art. 2035 : « La confusion qui s'o-« père dans la personne du débiteur « principal et de sa caution, lorsqu'ils « deviennent héritiers l'un de l'autre, « n'éteint point l'action du créancier « contre celui qui s'est rendu caution « de la caution. »

Source : BIU Cujas

raison de douter serait qu'il ne reste aucun débiteur principal à l'obligation duquel le fidéjusseur puisse paraître accéder.

La raison de décider, qui peut en même temps servir de réponse à cette objection, est que la succession de ce débiteur principal, quoique vacante, le représente, et tient lieu de sa personne, suivant la règle : *Hæreditas jacens personæ defuncti vicem sustinet;* et par conséquent il reste, au moins *fictione juris*, un débiteur principal, à l'obligation duquel accède celle des fidéjusseurs.

Vice versâ, lorsque le créancier envers qui le cautionnement a été subi, meurt, et laisse sa succession vacante, cette succession le représente, et est une personne fictive envers laquelle le cautionnement continue de subsister.

385. Lorsque le cautionnement a été subi envers un créancier dans une certaine qualité qu'avait le créancier, le cautionnement subsiste envers les personnes à qui cette qualité a passé.

Par exemple, si j'ai cautionné le débiteur d'une succession envers l'héritier, en sa qualité d'héritier, cet héritier ayant depuis restitué la succession à un héritier fidéicommissaire en la personne de qui la qualité d'héritier et tous les droits héréditaires ont passé, le cautionnement subsiste envers l'héritier fidéicommissaire; L. 21, ff. *de Fid.*

SECT. II. — Division des fidéjusseurs ou cautions.

386. Nous avons, dans notre droit français, trois différentes espèces de cautions ou fidéjusseurs; les *cautions purement conventionnelles,* les *légales* et les *judiciaires.*

Les *conventionnelles* sont celles qui interviennent par la convention des parties dans les différents contrats; comme dans les contrats de prêt, de vente, de louage, et autres semblables.

Par exemple, une personne emprunte de l'argent, et donne une caution qui s'oblige envers le prêteur à la restitution de la chose prêtée; ou bien elle achète une chose, ou la prend à loyer, et donne une caution qui s'oblige avec elle au paiement du prix ou de la ferme : telles cautions sont *cautions conventionnelles :* ce n'est ni la loi ni le juge qui ordonne ces cautions; c'est la seule convention des parties qui les fait intervenir, parce que l'emprunteur, l'acheteur, le preneur sont convenus avec le prêteur, le vendeur, le bailleur, de donner caution.

Les *cautions légales* sont celles que la loi ordonne de donner, telles que celles qu'un donataire mutuel ou autre usufruitier est tenu de donner pour jouir des biens dont on lui a donné ou légué l'usufruit, etc.

Les cautions judiciaires sont celles qui sont ordonnées par le juge; comme lorsque le juge ordonne qu'une personne touchera par provision une somme, en donnant caution de la rapporter, s'il est dit que faire se doive (1).

---

(1) Notre Code reconnaît également ces trois espèces de cautionnement. Cependant, on ne voit pas très distinctement, comment on discernera la caution judiciaire de la caution légale, car, dans les cas mêmes où le juge ordonne qu'une caution sera fournie, la loi le veut ainsi, le principe de l'obligation de ce cautionnement est dans la loi, le juge en fait l'application : toute caution légale devient-elle judiciaire, par cela seul que le juge a prononcé qu'elle doit être donnée? ou faudrait-il qu'il y ait eu contestation sur la question de savoir si le cautionnement devait ou non avoir lieu?

Source : BIU Cujas

SECT. III. — Des qualités que doivent avoir les cautions.

§ Ier. *Des qualités que doit avoir une personne pour contracter un cautionnement valablement.*

387. Il faut, avant toutes choses, que la caution soit capable de contracter, et de s'obliger comme caution (1).

Tous ceux qui sont incapables de contracter, tels que sont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les religieux (2), ne peuvent être cautions.

388. Par le droit romain, les femmes ne pouvaient s'obliger comme cautions pour les affaires des autres; le sénatus-consulte Velléien infirmait leur obligation.

Justinien, par sa Novelle 134, cap. 8, avait permis aux femmes, en s'obligeant, de renoncer à l'exception que leur donnait ce sénatus-consulte.

Ce droit a été autrefois suivi en France : mais comme la clause de renonciation au sénatus-consulte Velléien, qui était devenue de style dans les actes des notaires, en rendait l'effet inutile, et qu'il n'en pouvait résulter que des procès, il a plu au roi Henri IV d'abroger entièrement, par son édit de 1606, le droit du sénatus-consulte Velléien; et, en conséquence, il n'a plus lieu dans tout le ressort du Parlement de Paris, où cet édit a été enregistré.

En Normandie, où il ne l'a point été, le droit du Velléien y est observé dans toute sa rigueur; et la Novelle qui permettait aux femmes d'y renoncer, n'y est pas suivie.

Dans cette diversité de jurisprudence (3), on doit suivre la loi du lieu du domicile qu'avait la femme lorsqu'elle a contracté le cautionnement; car les lois qui règlent les obligations des personnes, telle qu'est le Velléien, qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui, sont des statuts personnels, qui exercent leur empire sur toutes les personnes qui y sont soumises par le domicile qu'elles ont dans leur territoire, en quelque lieu que soient situés les biens de ces personnes, et en quelque lieu qu'elles contractent. C'est pourquoi, si une femme domiciliée en Normandie, se rendait caution pour quelqu'un; quoique l'acte du cautionnement fût passé à Paris, où le Velléien est abrogé, le cautionnement serait nul.

Mais quoiqu'une femme ait été mariée en Normandie, si son mari a transféré son domicile à Paris, cette femme ayant cessé, par cette translation de domicile, d'être soumise aux lois de Normandie, les cautionnements qu'elle contractera depuis cette translation de domicile, seront valables.

L'obligation personnelle qu'une Normande a contractée en se rendant caution, étant nulle, c'est une conséquence que l'hypothèque de ses biens sous

---

(1) *V.* art. 2018, 2019 et 2040, C. civ. *V.* ce dernier ci-dessus, p. 198, note 3.

Art. 2018 : « Le débiteur obligé à « fournir une caution doit en présenter « une qui ait la capacité de contracter, « qui ait un bien suffisant pour répon- « dre de l'objet de l'obligation, et dont « le domicile soit dans le ressort de la « Cour royale où elle doit être don- « née. »

Art. 2019 : « La solvabilité d'une « caution ne s'estime qu'eu égard à « ses propriétés foncières, excepté en « matière de commerce, ou lorsque la « dette est modique. — On n'a point « égard aux immeubles litigieux, ou « dont la dicussion deviendrait trop « difficile par l'éloignement de leur « situation. »

(2) Nos lois nouvelles ne reconnaissent point cette incapacité.

(3) Aujourd'hui, dans toute la France, la femme majeure non mariée, et la femme mariée dûment autorisée, peuvent se porter caution des obligations d'autrui.

Source : BIU Cujas

laquelle elle s'est obligée, soit pareillement nulle, quoiqu'ils soient situés à Paris ; l'hypothèque ne peut subsister sans l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Vice versâ, si une Parisienne s'est rendue caution par un acte devant notaires, ses biens, quoique situés en Normandie, seront hypothéqués ; cette hypothèque étant une suite de l'obligation qu'elle a contractée par un acte authentique.

On fera peut-être cette objection : On convient, dira-t-on, que le Velléien est un statut personnel quant à sa première partie, par laquelle il défend aux femmes d'obliger leurs personnes pour autrui ; mais il a une seconde partie par laquelle il leur défend aussi d'obliger leurs biens pour la dette d'autrui.

Le Velléien ayant pour objet de cette seconde partie, des choses, il est, quant à cette seconde partie, un statut réel ; et, suivant la nature des statuts réels, il exerce son empire sur toutes les choses situées dans le territoire où il est en vigueur, à quelques personnes que ces choses appartiennent : donc il annulle l'obligation qu'une femme, quoique personne non soumise personnellement à son empire, fait de ses biens situés en Normandie, pour la dette d'autrui.

Ma réponse est que cet argument prouve seulement que, si une Parisienne, sans se rendre caution et sans s'obliger personnellement, obligeait ses biens situés en Normandie, pour la dette d'autrui, cette obligation serait nulle ; parce que le Velléien, observé en Normandie, qui a empire sur les choses qui y sont situées, en empêche l'obligation pour la dette d'autrui : mais lorsque l'obligation desdits biens n'est qu'une suite de l'obligation personnelle qu'une Parisienne a contractée par un acte devant notaire, la loi de Normandie ne peut l'infirmer ; car cette loi n'ayant aucun empire sur l'obligation personnelle d'une Parisienne, n'en peut avoir sur ce qui n'en est que l'accessoire.

Le Velléien n'étant statut personnel que quant à la première partie, et étant statut réel quant à la seconde partie, il s'ensuit qu'une femme normande peut, en ne se rendant pas caution, et en ne contractant aucune obligation personnelle, obliger à la dette d'autrui les biens qu'elle a, qui sont situés hors de la Normandie, dans une province où le Velléien est abrogé ; car les statuts réels n'exercent leur empire que sur les choses situées dans leur territoire (1).

389. Les mineurs, quoique émancipés, ne s'obligent pas valablement comme cautions pour les affaires des autres ; car l'émancipation ne leur donne que le pouvoir d'administrer leurs biens ; et il est évident que le cautionnement pour les affaires d'autrui, ne fait pas partie de cette administration.

Cela a lieu, même à l'égard d'un mineur marchand qui cautionnerait un autre marchand pour une affaire de commerce à laquelle il n'aurait aucun intérêt : car sa qualité de marchand ne lui donne le pouvoir de contracter sans espérance de restitution, que pour les affaires de son commerce : or une affaire d'un autre marchand, à laquelle il n'a aucun intérêt, n'est pas une affaire de son commerce ; Basnage, *Traité des Hypoth.*, part. 2, chap. 2 ; Despeisses, *Traité des Cautions*, sect. 1.

Par la même raison, un mineur qui, par dispense du prince, exerce une charge publique, n'en est pas moins restituable contre un cautionnement qu'il aurait contracté ; car la dispense du prince ne le fait réputer majeur que pour ce qui concerne la charge publique qui lui permet de posséder : d'où il suit qu'il n'y a que les engagements relatifs à l'administration de cette charge,

(1) Toute cette discussion est aujourd'hui sans application.

Source : BIU Cujas

qu'il puisse contracter sans espérance de restitution. Ces principes sont certains, malgré un arrêt contraire cité par Despeisses, *ibid.*

Il y a des cas extrêmement favorables, dans lesquels le cautionnement d'un mineur peut être valable.

Par exemple, on a jugé un mineur non restituable contre son cautionnement, pour tirer son père de prison.

Le cautionnement d'un mineur fait pour cette cause doit surtout être confirmé, lorsque le père n'avait pas la voie de la cession de biens pour sortir de prison, et lorsque ce cautionnement ne causait pas un dommage et un dérangement trop notable dans la fortune du fils.

Mais si le père avait la voie de la cession de biens, on doit subvenir au fils mineur qui a eu la facilité de subir, en faveur de son père, un cautionnement considérable qui n'était pas nécessaire.

On peut aussi entrer en considération de l'âge du mineur. Celui qui était dans un âge qui approchait de la majorité, doit être plus difficilement restitué contre son cautionnement fait pour cette cause, que celui qui était dans un âge moins avancé.

Basnage prétend que, pour que le cautionnement d'un mineur fût dans ce cas non sujet à la rescision, il faut que le mineur eût, lorsqu'il l'a subi, au moins l'âge de dix-huit ans, qui est l'âge de la puberté complète, et celui auquel, par la Novelle 115, cap. 3, § 13, les enfants étaient obligés, sous peine d'exhérédation, de racheter leurs pères captifs : il cite un arrêt qui annulle un cautionnement fait pour cette cause, par un mineur de seize ans.

Dans tous ces cas, on a beaucoup d'égard aux différentes circonstances ; et de là naît la variété des arrêts rapportés par Brodeau sur Louet (1), lettre A, ch. 9.

§ II. *Des qualités requises pour qu'une personne soit reçue à être caution.*

390. Lorsqu'un débiteur est obligé, soit par la loi, soit par le juge, soit par la simple convention, de donner à son créancier une caution ; pour que la caution qu'il présente soit recevable, il ne suffit pas qu'elle ait cette première qualité qui est requise avant toutes choses, et qui consiste à être capable de s'obliger comme caution : il faut, outre cela : 1° que cette caution soit solvable, et ait un bien suffisant pour répondre de l'obligation à laquelle elle accède (2).

Lorsque le créancier à qui la caution est présentée, conteste sa solvabilité, la caution doit en justifier par le rapport des titres des biens immeubles qu'elle possède ; sinon la caution doit être rejetée.

Pour juger de la solvabilité d'une caution, et si les biens sont suffisants pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ses biens meubles, attendu que ces biens s'aliènent facilement, et qu'ils n'ont pas de suite par hypothèque ; néanmoins lorsque la dette est modique, et qu'elle ne doit pas durer longtemps, on admet pour cautions des marchands qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne consiste qu'en biens meubles ; Basnage, *ibid.*

On n'a pas d'égard non plus aux biens immeubles qui sont litigieux, ni à ceux qui sont situés dans un pays trop éloigné, la discussion en étant trop difficile ; Basnage, *ibid.*

2° La caution doit être domiciliée sur le lieu où elle doit être donnée, c'est-à-dire dans l'étendue du bailliage, afin que la discussion n'en soit pas trop difficile : *Fidejussor locuples videtur non tantùm ex facultatibus, sed ex conveniendi facilitate ;* L. 2, ff. *Qui satisd.*

---

(1) Quelque favorable que soit le cautionnement dans ce cas, aucune loi n'autorise les tribunaux à le maintenir.

(2) *Voyez* article 2018 et 2019 du Code civil, ci-dessus, page 209, note 1.

Source : BIU Cujas

On est néanmoins, à cet égard, plus indulgent envers ceux qui sont obligés par la loi ou par le juge à donner caution, qu'envers ceux qui s'y sont soumis volontairement : ceux-ci ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils n'en peuvent trouver sur le lieu, s'étant soumis volontairement à en donner; *sibi imputare debent* : on doit facilement admettre les autres à donner pour cautions des personnes de leur pays, lorsqu'ils n'en peuvent donner dans le lieu où la caution doit être donnée; Basnage, Despeisses.

3° Par la même raison, si l'on présentait pour caution une personne puissante, le créancier pourrait la rejeter. On pourrait aussi rejeter une personne qui, par son droit de *committimus*, pourrait traduire le créancier dans une autre juridiction (1), ou un militaire qui serait dans le cas d'obtenir des lettres d'Etat (2). *Voy.* Basnage, *Traité des Hypothèques*, p. 2, ch. 2.

C'est encore une qualité requise dans les personnes, qu'on présente pour cautions judiciaires, qu'elles soient sujettes à la contrainte par corps (3). C'est pourquoi on peut rejeter pour cautions judiciaires les femmes, les ecclésiastiques qui sont dans les ordres sacrés, et les septuagénaires, parce que ces personnes ne sont pas sujettes à cette contrainte.

Sur la forme de la réception des cautions (4), *Voy.* l'ordonnance de 1667, tit. 28.

§ III. *Des cas auxquels un débiteur est tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue.*

391. Si la caution avait les qualités lorsqu'elle a été reçue, mais qu'elle ait cessé depuis de les avoir; *putà*, si de solvable qu'elle était elle est devenue insolvable, le débiteur sera-t-il obligé d'en donner une autre ?

Il faut distinguer : il y sera obligé, si c'est une caution légale ou judiciaire (5): *Si calamitas insignis fidejussoribus, vel magna inopia accidit, ex integro satisdandum erit;* L. 10, § 1, *qui satisd. cog.*; L. 4, ff. *de Stipul. prætor.*

Si c'est une caution conventionnelle, il faut distinguer. Si je me suis obligé à donner une caution indéterminément, et qu'en exécution de cette obligation j'en aie donné une qui depuis est devenue insolvable, il faudra que j'en donne une autre : mais si j'ai contracté d'abord sous la caution d'un tel, ou que je me sois obligé à donner un tel pour caution, et qu'il devienne ensuite insolvable, je ne puis être obligé à en donner une autre, parce que je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné (6).

392. Il nous reste la question de savoir si celui qui est tenu de donner une caution, peut être admis à donner à la place des gages suffisants pour répondre de la dette ?

Pour la négative, on allègue cette maxime de droit, *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest;* maxime qui a lieu quand même la chose qu'on offrirait serait meilleure : d'où il paraît suivre que le créancier à qui l'on doit

---

(1) Tous ces priviléges sont aujourd'hui abolis.

(2) Il n'y a plus de lettres d'Etat; mais on comprend qu'un militaire est plus difficile à poursuivre judiciairement qu'un autre citoyen.

(3) *V.* art. 2040 et 2066, C. civ., ci-dessus, p. 198, note 3, et note 5. Quant aux ecclésiastiques, ils sont comme les autres citoyens soumis à la contrainte par corps.

(4) *V.* art. 517 et suiv., C. proc.

(5) *V.* art. 2020, 1er alinéa, C. civ. Art. 2020 : « Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.—Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution. »

(6) *V.* art. 2020, 2e alinéa, C. civ.

Source : BIU Cujas

une caution, n'est pas obligé de recevoir des gages à la place. Nonobstant ces raisons, on doit être facile à permettre à celui qui doit une caution, de donner des gages à la place, lorsqu'il ne peut donner de caution; parce que celui à qui la caution est due, n'ayant d'autre intérêt que de se procurer une sûreté, et en trouvant dans des gages autant, et même plus (*cùm plus cautionis sit in re quàm in personâ, et tutius sit pignori incumbere, quàm in personam agere*), ce serait de sa part une pure mauvaise humeur de refuser les gages à la place de la caution, si ce qu'on lui offre pour gages peut se garder sans aucun embarras, sans aucun péril (1); *Basnage, ibid.*

SECT. IV. — POUR QUI, ENVERS QUI, POUR QUELLE OBLIGATION, ET COMMENT LE CAUTIONNEMENT PEUT-IL ÊTRE FAIT.

§ Ier. *Pour qui, et envers qui.*

393. On peut se rendre caution pour quelque débiteur que ce soit, même pour une succession vacante, *cùm personæ vicem sustineat*; (L. 22, ff. *de Fidej.*) et pareillement envers quelque créancier que ce soit de celui pour qui on s'oblige. On peut se rendre pareillement caution même pour les impubères, les fous, les interdits, pour les causes pour lesquelles ces personnes peuvent être, sans aucun fait de leur part, valablement obligées.

Par exemple, si j'ai utilement géré les affaires d'un impubère ou d'un interdit, cet impubère ou cet interdit étant en ce cas obligé envers moi, *ex quasi contractu*, à me rendre les sommes que j'ai déboursées pour ses affaires, et qui ont tourné à son profit, on peut, quant auxdites sommes, se rendre caution envers moi pour lui.

C'est en ce sens que Cujas enseigne qu'on doit entendre la loi 25, ff. *de Fidejussor.* qui dit : *Si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove, vel furioso fidejusserit, magis esse ut ei non subveniatur.*

Cette explication fait disparaître la contrariété que Basnage trouve entre cette loi et la loi 6, ff. *de Verb. oblig.* qui dit : *Is qui bonis interdictum est... non potest promittendo obligari, et ideò nec fidejussor pro eo intervenire potest* : car, au lieu que, dans l'espèce précédente, l'interdit doit être supposé valablement obligé, au contraire, dans celle-ci, l'interdit n'est pas obligé, étant incapable de contracter : d'où il suit que sa caution ne l'est pas, ne pouvant pas y avoir de cautionnement sans une obligation principale (2); *suprà*, n° 366.

Gaïus établit clairement notre distinction en la loi 70, § 4, ff. *de Fidejuss. Si à furioso*, dit-il, *stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est.... Quòd si pro furioso jure obligato fidejussorem acceperis, tenetur fidejussor.*

Il est évident qu'on ne peut se rendre caution pour soi-même (L. 21, § 2, ff. *eod. tit.*) ni envers soi-même.

394. On ne peut se rendre caution qu'envers le créancier de celui qu'on cautionne : le cautionnement qu'on contracterait envers celui qui n'est pas son créancier, mais qui a seulement pouvoir de recevoir la dette, ne serait pas valable (3); L. 23, ff. *eod tit.*

---

(1) *V.* art. 2041, C. civ.

Art. 2041 : « Celui qui ne peut pas « trouver une caution, est reçu à don- « ner à sa place un gage en nantisse- « ment suffisant. »

(2) *V.* art. 2012, C. civ., ci-dessus, p. 70, note 3.

(3) Le principe est vrai; mais il faut aussi convenir que l'on interprétera souvent l'intention des parties en ce sens que celui qui s'obligeait en qualité de caution a voulu et entendu cautionner le débiteur envers et au profit du créancier véritable, et que celui qui a reçu le cautionnement a voulu faire une chose utile au créancier, et qu'il n'était dans cette opération que son *negotiorum gestor*.

Source : BIU Cujas

§ II. *Pour quelle obligation.*

395. On peut se rendre caution pour quelque obligation que ce soit : *Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur;* L. 16, § 3, ff. *eod tit.*

Observez que les obligations naturelles pour lesquelles il est dit dans ce texte que des cautions peuvent intervenir, sont celles pour lesquelles la loi civile n'accordait pas d'action; telles que celles qui étaient formées par un simple pacte, qui étaient contractées par des esclaves, et qui n'étaient pas d'ailleurs réprouvées par les lois; mais une caution ne peut pas utilement intervenir pour des obligations réprouvées par les lois, quoiqu'elles obligent dans le for de la conscience, et qu'elles puissent en ce sens être appelées obligations naturelles.

C'est sur ce principe que les lois décident qu'une caution ne peut valablement accéder à l'obligation d'une femme qui s'est obligée contre la défense du sénatus-consulte Velléien; (L. 16, § 1, ff. *ad Sen. Vell.*; L. 14, Cod. *eod. tit.*) Car, quoique, dans le for de la conscience, cette femme soit tenue de s'acquitter de son obligation, néanmoins cette obligation ayant été contractée contre la défense de la loi, elle est, dans le for extérieur, regardée comme nulle, et ne peut par conséquent servir de fondement à l'obligation d'une caution. La loi, en annulant l'obligation de la femme, annulle tout ce qui en dépend, et par conséquent les cautionnements qui en sont des accessoires. C'est le sens de ces termes de la loi 16, § 1er, *quia totam obligationem senatus improbat.*

Il me paraît qu'on doit décider la même chose à l'égard d'un cautionnement que quelqu'un aurait subli pour une femme sous puissance de mari, qui a contracté quelque obligation sans être autorisée. On doit même le décider *à fortiori;* car la loi n'annulait que *per exceptionem* l'obligation de la femme qui s'était obligée contre le Velléien : mais on peut dire que, selon notre droit coutumier, celle de la femme qui a contracté sans être autorisée, quoiqu'elle puisse être valable dans le for de la conscience, est nulle, même *ipso jure*, dans le for extérieur, puisque nos coutumes la déclarent absolument inhabile à contracter et incapable de s'obliger. *Femme mariée* NE SE PEUT *obliger, etc.* Paris, art. 234; NE PEUT *aucunement contracter;* Orléans, art. 194.

Domat, tit. *des Cautions*, sect. 1, n° 4, est d'un avis contraire au nôtre; et Basnage cite un arrêt du Parlement de Bourgogne, rapporté par Bouvot, qui a jugé valable un cautionnement pour une femme qui avait contracté sans être autorisée : mais je ne crois pas que la décision de cet arrêt doive être suivie. La distinction sur laquelle Basnage veut fonder cette décision, « si l'obligation principale est nulle *ratione rei in obligationem deductæ*, ou si elle l'est *ratione personæ*, » ne me paraît pas solide : une obligation, de quelque côté qu'elle soit nulle, soit *ratione rei*, soit *ratione personæ*, n'est pas une vraie obligation; et il est de la nature des cautionnements qu'ils ne puissent subsister s'il y a une vraie obligation principale; *suprà*, n° 366.

On ne doit pas comparer la femme sous puissance de mari au mineur. L'obligation d'un mineur n'est pas nulle; la voie de la restitution que les lois lui accordent contre son obligation suppose une obligation : il y en a donc une à laquelle des cautions peuvent accéder. Mais l'obligation d'une femme sous puissance de mari, qui contracte sans être autorisée, est absolument nulle; il n'y a aucune obligation à laquelle la caution ait pu accéder (1).

Mais si quelqu'un s'était obligé conjointement avec une femme non autorisée, non comme caution de cette femme, mais comme débiteur principal, la nullité de l'obligation de la femme n'entraînerait pas la nullité de la sienne.

(1) La législation a changé sur ce point : la nullité résultant du défaut d'autorisation, est de même nature que celle qui résulte de la minorité : dans l'un et l'autre cas le cautionnement est aujourd'hui valable.

Source : BIU Cujas

Par exemple, si une femme, sans être autorisée, et moi, nous avons emprunté de vous une certaine somme d'argent qui a été touchée par cette femme, et que nous nous sommes obligés solidairement de vous rendre; la femme ne sera pas obligée envers vous si elle a dissipé cette somme : mais je n'en suis pas moins obligé à vous la rendre, en étant moi-même débiteur principal, et vous l'ayant empruntée : car, pour que j'en sois l'emprunteur, il n'est pas nécessaire que je l'aie reçue moi-même; il suffit que vous l'ayez réellement comptée à cette femme de mon consentement.

Les obligations qui sont contraires aux bonnes mœurs, étant nulles, on ne peut les cautionner.

Par exemple, si quelqu'un, en me chargeant de commettre un crime, s'était obligé envers moi de m'indemniser de toutes les suites que ce crime pourrait avoir, et de me donner une certaine récompense, on ne pourrait valablement cautionner une pareille obligation, qui, étant contraire aux bonnes mœurs, est nulle, et ne peut être par conséquent le sujet d'un cautionnement.

C'est en ce sens qu'on dit *maleficiorum fidejussorem accipi non posse* : mais on peut valablement cautionner celui qui a commis le délit, pour la réparation du tort qu'il a fait; L. 70, § *fin.*, ff. *de Fidejussor.*

396. On peut se rendre caution même de l'obligation d'un fait personnel dont la prestation ne peut se faire que par le débiteur principal; (L. 8, § 1er, ff. *de Op. lib.*:) car cette obligation se convertit, par son inexécution, en une obligation de dommages et intérêts que la caution peut payer; ce qui suffit pour que le cautionnement soit utilement contracté.

397. Le droit romain ne permettait pas qu'une femme reçût une caution de son mari pour la restitution de sa dot : cette défiance à l'égard de celui à qui elle confiait et soumettait sa personne, avait paru aux empereurs blesser la bienséance; L. 1 et 2, Cod. *de Fid. vel mand. dot.* Ces lois ne sont pas observées parmi nous (1).

398. On peut se rendre caution, non-seulement d'une obligation principale, mais même d'un cautionnement (2) : *Pro fidejussore fidejussorem accipi posse nequaquàm dubium est;* L. 8, § 12.

Nos certificateurs de cautions sont des espèces de cautions de cautions.

399. Enfin on peut se rendre caution, non-seulement d'une obligation déjà contractée, mais d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore : *Adhiberi fidejussor tam futuræ quàm præsenti obligationi potest;* (L. 6, § *fin. eod. tit.*) de manière néanmoins que l'obligation résultant de ce cautionnement ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale; car il est de son essence qu'elle ne puisse subsister sans une obligation principale.

Suivant ces principes, je peux bien dès aujourd'hui me rendre caution envers vous pour une somme de mille écus que vous vous proposez de prêter à Pierre; mais l'obligation résultant de ce cautionnement, ne commencera à avoir d'effet que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre : tant que vous ne l'aurez pas encore fait, et que la chose sera entière, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, et que je n'entends plus être caution pour lui; *Basnage, Traité des Hyp.*, p. 2, chap. 6.

---

(1) *V.* art. 1550, C. civ.

Art. 1550 : « Le mari n'est pas tenu « de fournir caution pour la réception « de la dot, s'il n'y a pas été assujetti « par le contrat de mariage. »

(2) *V.* art. 2014, 2e alinéa, C. civ., même décision.

Art. 2014 : « On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel « on s'oblige, et même à son insu. — « On peut aussi se rendre caution, « non-seulement du débiteur princi- « pal, mais encore de celui qui l'a « cautionné. »

Source : BIU Cujas

§ III. *Comment se contractent les cautionnements.*

400. Par le droit romain, le cautionnement ne se contractait que par la stipulation. La stipulation n'est point en usage parmi nous. Le cautionnement peut se faire par une convention simple, soit par acte devant notaires, soit sous signature privée, soit même verbalement; sauf que, si l'objet est de plus de cent livres, la preuve par témoins de la convention verbale n'est pas admise (1).

401. Quoique le cautionnement se puisse faire par une lettre missive ou même verbalement, il faut néanmoins avoir grande attention de ne pas prendre pour cautionnement ce que dit ou écrit une personne, à moins qu'il n'y ait une intention bien marquée de cautionner. C'est pourqui, si je vous ai dit ou écrit par une lettre « qu'un homme qui vous demandait de l'argent à emprunter était solvable,» on ne peut pas prendre cela pour un cautionnement; car j'ai pu en cela n'avoir d'autre intention que de vous certifier ce que je croyais, et non pas de m'obliger.

Suivant ces principes, il a été jugé par un arrêt rapporté par Papon, X, 4, 12, que ces termes d'une lettre écrite à un maître de pension : *Un tel doit mettre son fils en pension chez vous; c'est un homme de probité, qui vous paiera bien*, ne renfermaient aucune obligation. Suivant le même principe, si j'accompagne une personne chez un marchand pour acheter des étoffes, le marchand n'en doit pas conclure que j'ai cautionné cette personne (2).

Quoiqu'une personne soit entrée en paiement pour une autre, même pour son fils, en payant pour lui une partie de sa dette, on n'en peut pas conclure qu'elle a voulu le cautionner pour le surplus de la dette; L. 4, Cod. *Ne uxor pro marito, etc.*

S'il était porté par une obligation « qu'elle a été passée en ma présence, et que je l'eusse souscrite,» on ne pourraitpas en conclure que je me suis rendu caution; je dois être censé en ce cas n'avoir signé que comme témoin; L. 6, Cod. *de Fidej.*

402. Lorsque le débiteur est obligé de donner caution, soit par la convention, soit par la loi, le créancier peut exiger que la caution s'oblige par acte devant notaire (3).

Les cautions judiciaires s'obligent au greffe de la justice, par un acte que reçoit le greffier (4).

---

(1) *V.* art. **1341, C.** civ. ci-dessus, p. 12, note 6.

(2) *V.* art. 2015, C. civ.

Art. 2015 : « Le cautionnement ne « se présume point; il doit être exprès, « et on ne peut pas l'étendre au delà « des limites dans lesquelles il a été « contracté. »

Toutefois il faut convenir qu'il est assez difficile de tracer la ligne de démarcation entre le cautionnement qui est obligatoire et la recommandation qui n'oblige point : *Quæsitum est an mandati teneatur qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* Inst. § 6, *de Mandato.*

(3) Nous croyons que cette décision doit encore être admise aujourd'hui, car le créancier n'est point obligé de subir les chances d'un procès en vérification d'écritures.

(4) *V.* art. 519, C. proc.

Art. 519, C. proc. : « La partie « pourra prendre au greffe communi- « cation des titres; si elle accepte la « caution, elle le déclarera par un « simple acte : dans ce cas, ou si la « partie ne conteste pas dans le délai, « la caution fera au greffe sa soumis- « sion, qui sera exécutoire sans juge- « ment, même pour la contrainte par « corps, s'il y a lieu à contrainte. »

Source : BIU Cujas

403. Il n'importe que le cautionnement se contracte en même temps que l'obligation principale, ou en différents temps, avant ou depuis.

Il n'est pas nécessaire que celui que l'on cautionne y consente (1); L. 30, ff. *eod. tit.*

SECT. V. — De l'étendue des cautionnements.

404. Pour juger de l'étendue de l'obligation de la caution, il faut bien faire attention aux termes du cautionnement (2).

Lorsque la caution a exprimé pour quelle somme, pour quelle cause elle se rendait caution, son obligation ne s'étend qu'à la somme ou à la cause qu'elle a exprimée. Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi de mon fermier *pour le paiement de ses fermes*, il ne sera pas tenu des autres obligations du bail, telles que celles qui résultent des dégradations qu'aurait faites le fermier, du remboursement des avances qui lui auraient été faites, etc.

Si quelqu'un s'est rendu caution *pour la somme principale* que devait le principal obligé, il ne sera pas tenu des intérêts que cette somme produit; L. 68, § 1, ff. *eod. tit.*

Au contraire, lorsque les termes du cautionnement sont généraux et indéfinis, le fidéjusseur est censé s'être obligé à toutes les obligations du principal débiteur, résultant du contrat auquel il a accédé (3) : il est censé l'avoir cautionné *in omnem causam.*

Par exemple, si le cautionnement par lequel quelqu'un s'est rendu envers moi caution pour mon fermier, porte en termes généraux « qu'il s'est rendu caution du bail », il sera tenu non-seulement du paiement des fermes, mais généralement de toutes les obligations du bail; comme, par exemple, des dégradations, de la restitution des avances, ou des meubles qui ont été laissés au fermier pour l'exploitation de la ferme, *dotes prædiorum* (L. 52, § 2, ff. *eod. tit.*); des dommages et intérêts pour les anticipations que le fermier aurait laissé faire, etc.

Celui qui se rend caution en termes généraux, est aussi tenu non-seulement du sort principal dû par celui pour qui il s'est obligé, mais encore de tous les intérêts qui en seraient dus; L. 2, § 11 et 12, ff. *de Adm. rer. ad. civit. pertin.* L. 54, ff. *Locat.*

Il est tenu non-seulement de ceux qui sont dus *ex rei naturâ*, mais même de ceux que produit la demeure en laquelle est le principal débiteur. *Paulus respondit, si in omnem causam conductionis se obligavit, eum quoque exemplo coloni, tardiùs illatarum per moram coloni pensionum præstare debere usuras; eâd.* L. 54.

Il doit aussi être tenu des frais faits contre le principal obligé; car ces frais font un accessoire de la dette; mais il n'en doit être tenu que du jour que les poursuites lui ont été dénoncées : ce qui a été établi pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais, qu'on ferait souvent à son insu, et qu'elle peut éviter en payant, lorsqu'elle en est avertie. C'est pourquoi, jusqu'à ce que les poursuites lui soient dénoncées, elle ne doit être tenue que du premier commandement ou du premier exploit de demande.

405. Quelque étendu et général que soit le cautionnement, il ne s'étend

---

(1) *V.* art. 2014, C. civ., ci-dessus, p. 215, note 2.

(2) *V.* art. 2015, C. civ., ci-dessus, p. 216, note 2.

(3) *V.* art. 2016, C. civ.

Art. 2016 : « Le cautionnement indéfini d'une obligation principale « s'étend à tous les accessoires de la « dette, même aux frais de la première « demande, et à tous ceux postérieurs « à la dénonciation qui en est faite à « la caution. »

Source : BIU Cujas

qu'aux obligations qui naissent du contrat même pour lequel la caution s'est obligée, et non pas à celles qui naîtraient d'une cause étrangère.

En voici un exemple : Un créancier dans nos colonies a prêté de l'argent à quelqu'un, et pour plus grande sûreté le débiteur lui a donné en nantissement un nègre qu'il savait être voleur, sans en avertir le créancier. Le nègre a volé le créancier à qui il a été donné en nantissement. Le créancier peut agir en dommages et intérêts *contrariâ pignoratitiâ actione*, contre le débiteur qui ne l'a point averti ; mais le cautionnement ne s'étendra pas à ces dommages et intérêts qui naissent d'une cause étrangère au prêt pour lequel on a cautionné le débiteur : *Ea actio fidejussorem onerare non poterit, cùm non pro pignore, sed pro pecuniâ mutuâ fidem suam obliget;* L. 54, ff. *de Fidejuss.*

Par la même raison, celui qui s'est rendu caution pour un administrateur des revenus publics, n'est obligé qu'à la restitution des deniers publics, et non point aux amendes auxquelles cet administrateur aurait été condamné pour des malversations dans son administration. C'est ce qui a été décidé par l'empereur Sévère : *Fidejussores magistratuum in pœnam vel mulctam non conveniri debere decrevit ;* L. 68, ff. *eod. tit.*

En général, en quelque cas que ce soit, le cautionnement ne s'étend pas aux peines auxquelles le débiteur a été condamné *officio judicis, propter suam contumaciam ;* car c'est une cause étrangère au contrat. *Non debet imputari fidejussoribus, quod ille reus propter suam pœnam præstitit ;* L. 73, ff. *Eod. tit.*

SECT. VI. — De quelle manière s'éteignent les cautionnements, et des exceptions que la loi accorde aux cautions.

Art. Ier. — De quelle manière s'éteignent les cautionnements.

406. L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint,

1° De toutes les différentes manières dont s'éteignent toutes les obligations (1) : nous les rapporterons *infrà*, part. 3.

2° Il est de la nature des cautionnements, de même que de toutes les obligations accessoires, que l'extinction de l'obligation principale entraîne l'extinction des cautionnements et la libération des cautions; *suprà*, n° 377, *et seq.*

3° La caution est déchargée lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de lui pouvoir céder ses actions contre quelqu'un des débiteurs principaux, auxquels la caution avait intérêt d'être subrogée (2); *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 2.

4° Lorsque le créancier a reçu volontairement du débiteur quelque héritage en paiement d'une somme d'argent qui lui est due, la caution est-elle déchargée, quoique longtemps après il souffre éviction de cet héritage ?

La raison de douter est que le paiement, en ce cas, n'est pas valable, n'ayant pas transféré à celui à qui il a été fait la propriété de la chose ; (*infrà*, p. 3, ch. 1, art. 3, § 3). Par conséquent l'obligation principale subsiste; d'où il semble suivre que celle des cautions doit subsister. Basset IV, 22, 5, rapporte un arrêt de son parlement qui l'a ainsi jugé.

Nonobstant ces raisons, et quoiqu'on ne puisse nier que le paiement en ce cas n'est pas valable, et que l'obligation principale subsiste, il a été jugé par des arrêts rapportés par Basnage (*Traité des Hypothèques*, p. 3, ch. fin.), que le créancier était, en ce cas, non recevable à agir contre les cautions, si, pendant ce temps, le débiteur principal était devenu insolvable.

La décision de ces arrêts est fondée sur cette règle d'équité, que *Nemo ex*

---

(1) *V.* art. 2034, C. civ., ci-dessus, p. 199, note 1.

(2) *V.* art. 2037, C. civ., ci-dessus, p. 137, note 1.

Source : BIU Cujas

alterius facto prægravari debet. La caution ne doit pas souffrir préjudice de l'arrangement qui est intervenu entre le créancier et le débiteur principal. Or, si, dans cette espèce, le créancier était reçu à agir contre la caution, elle aurait souffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage; le créancier, par cet arrangement, ayant ôté le moyen à la caution de pouvoir, en payant le créancier pendant que le débiteur était solvable, répéter de ce débiteur la somme pour laquelle elle avait répondu (1).

Quid, si le créancier avait simplement accordé au débiteur une prorogation de terme pour le paiement, et que, pendant le temps de cette prorogation, le débiteur fût devenu insolvable, la caution pourrait-elle se défendre de payer?

Vinnius, Quest. illust. 11, 42, tient la négative.

Cette espèce-ci est bien différente de la précédente. Dans l'espèce précédente la dation de cet héritage donné en paiement, ayant jusqu'au temps de l'éviction fait paraître la dette acquittée, un tel arrangement a ôté tout moyen à la caution de pourvoir à l'indemnité de son cautionnement, même dans le cas auquel elle se serait aperçue que la fortune du débiteur qu'elle a cautionné commençait à se déranger; car elle ne pouvait demander à ce débiteur qu'il la déchargeât de son cautionnement, qui paraissait acquitté aussi-bien que la dette principale: mais la simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur, ne faisant pas paraître la dette acquittée, n'ôte pas à la caution le moyen de pourvoir à son indemnité et d'agir contre le débiteur principal, si on s'aperçoit que sa fortune commence à se déranger (2), *Si Bona dilapidare cœperit;* L. 10, Cod. *mand.* La caution ne peut donc pas prétendre que cette prorogation de terme accordée au débiteur lui fasse tort, puisqu'au contraire elle-même en profite.

L'obligation du cautionnement s'éteignait aussi, suivant les principes du droit romain, par la confusion dont on a parlé *suprà*, n° 383; ce qui n'a pas lieu parmi nous (3).

Les poursuites faites par le créancier contre le débiteur principal, ne libèrent pas la caution, qui demeure toujours obligée jusqu'au paiement; L. 28, Cod. *de Fidej.* C'est pourquoi le créancier peut abandonner les poursuites commencées contre le débiteur principal, pour poursuivre la caution; mais ordinairement la caution peut lui opposer l'exception de discussion, dont nous allons traiter en l'article suivant.

ART. II. — De l'exception de discussion.

§ Ier. *Origine de ce droit.*

407. Suivant le droit qui était en usage avant la Novelle 4 de Justinien, le créancier pouvait exiger des cautions le paiement de ce qui lui était dû avant que de s'adresser au débiteur principal: *Jure nostro*, dit Antonin Caracalla en la loi 5, Cod. *de Fidej., est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur.*

Les empereurs Dioclétien et Maximien décident la même chose en la loi 19,

---

(1) *V.* art. 2038, C. civ.

Art. 2038: « L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un « immeuble ou d'un effet quelconque « en paiement de la dette principale, « décharge la caution, encore que le « créancier vienne à en être évincé. »

(2) *V.* art. 2039, C. civ., ci-dessus, p. 205, note 1.

(3) *V.* art. 2035, C. civ., contraire à la loi romaine.

Art. 2035: « La confusion qui « s'opère dans la personne du débiteur « principal et de sa caution, lorsqu'ils « deviennent héritiers l'un de l'autre, « n'éteint point l'action du créancier « contre celui qui s'est rendu caution « de la caution. »

Source : BIU Cujas

Cod. *eod. tit.* Justinien, *dictâ Nov.*, cap. 1, a accordé aux fidéjusseurs l'exception qu'on appelle de *discussion* ou *exception d'ordre*, c'est-à-dire l'exception par laquelle ils peuvent renvoyer le créancier qui leur demande le paiement de sa dette, à discuter auparavant les biens du débiteur principal.

Ce droit de la Novelle est suivi parmi nous, mais non pas à l'égard de toutes les cautions, ni dans tous les cas (1).

§ II. *Quelles cautions peuvent opposer l'exception de discussion.*

408. Les cautions judiciaires ne peuvent opposer cette exception (2); Louet, lettre F, 23.

Les cautions pour les fermes du roi ne sont pas non plus aujourd'hui reçues à opposer cette exception, quoique l'ordonnance de Louis XII, de l'an 1513, la leur eût accordée. La jurisprudence en était introduite dès le temps de M. Le Bret, qui en rapporte cette raison, que ces cautions sont présumées être secrètement les associés du fermier débiteur principal ; Le Bret, *Plaid.* 42, *in fin.*

Enfin les cautions qui, par leur cautionnement, ont renoncé à cette exception, ne peuvent pas l'opposer (3) : *Unicuique enim licet juri in favorem suum introducto renuntiare.*

La caution est-elle censée avoir renoncé à cette exception, lorsqu'il est dit par le cautionnement, qu'elle s'oblige comme *débiteur principal ?*

Les auteurs paraissent partagés sur cette question.

On rapporte d'anciens arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé que cela ne suffisait pas, et que la renonciation à cette exception doit être expresse.

Basnage, en son *Traité des Hypothèques,* dit que la jurisprudence de Normandie est que ces termes suffisent pour constater la renonciation à l'exception de discussion, et qu'on ne doit pas croire qu'on ait employé ces termes pour qu'ils ne signifiassent rien.

Cela est conforme aux règles de l'interprétation des conventions (4), *suprà,* n° 92.

La renonciation aux exceptions de discussion et de division ne doit pas s'inférer de ces termes qui se trouveraient à la fin de l'acte de cautionnement, *promettant, obligeant et renonçant, etc.* Ce terme *renonçant,* vague et indéterminé, sans qu'on exprime en quoi les parties renoncent, ne peut être regardé que comme un pur style, qui ne signifie rien : *Ea quæ sunt styli, non operantur.* Cette décision a lieu, quand même dans la grosse le notaire aurait étendu cette clause de *renonçant, etc.*, et y aurait exprimé la renonciation aux exceptions de division et de discussion (5).

Dumoulin (*Tr. usur. quæst.* 7, *in fin.*), dit l'avoir fait juger ainsi par arrêt : la raison est que le notaire ne peut pas, par ce qu'il ajoute dans la grosse,

---

(1) *V.* art. 2021, C. civ.

Art. 2021 : « La caution n'est obligée « envers le créancier à le payer qu'à « défaut du débiteur, qui doit être « préalablement discuté dans ses biens, « à moins que la caution n'ait renoncé « au bénéfice de discussion, ou à moins « qu'elle ne soit obligée solidairement « avec le débiteur ; auquel cas l'effet « de son engagement se règle par les « principes qui ont été établis pour les « dettes solidaires. »

(2) *V.* art. 2042, C. civ.

Article 2042 : « La caution judi- « ciaire ne peut point demander la dis- « cussion du débiteur principal. »

(3) Et cette renonciation est devenue à peu près une clause de style.

(4) Cette décision ne nous paraît pas susceptible de la moindre difficulté.

(5) Les notaires ne doivent délivrer des grosses ou expéditions que parfaitement conformes à la minute ; et les copies ne font foi que de ce qui est contenu au titre. *V.* art. 1334, C. civ.

Art. 1334 : « Les copies, lorsque le « titre original subsiste, ne font foi que « de ce qui est contenu au titre, dont « la représentation peut toujours être « exigée. »

Source : BIU Cujas

augmenter l'obligation des parties ; *infrà*, part. 4, chap. 1, art. 3, *au commencement.*

§ III. *En quel cas le créancier est-il obligé à la discussion ; et quand l'exception de discussion doit-elle être opposée.*

409. Le créancier n'est pas obligé à la discussion en tous cas, et on peut, à cet égard, établir pour principe que le créancier n'est pas obligé à une discussion qui serait trop difficile.

C'est pour cette raison que la Novelle, en accordant aux fidéjusseurs le bénéfice de discussion, en excepte le cas auquel le débiteur principal serait absent; à moins que le fidéjusseur n'offrît de le représenter dans un bref délai qui lui serait imparti par le juge.

Cette exception que la Novelle met au bénéfice de discussion, n'a pas lieu parmi nous, comme le remarque fort bien Loyseau.

Les raisons sur lesquelles elle est fondée, sont tirées de la difficulté qu'il y avait selon la procédure des Romains, à discuter un absent : elles n'ont parmi nous aucune application.

Les assignations et significations à domicile, qui, selon notre procédure, ont le même effet que si elles étaient faites à la personne même, rendent la discussion du débiteur principal, lorsqu'il est absent, aussi facile que s'il était présent (1).

410. Le créancier n'est obligé à discuter le principal débiteur avant le fidéjusseur, que lorsque le fidéjusseur le demande, et oppose l'exception de discussion : c'est pourquoi, quoique le créancier n'ait pas discuté le débiteur principal, sa demande et les poursuites contre le fidéjusseur sont bien faites jusqu'à ce que le fidéjusseur ait opposé l'exception de discussion (2).

C'est en conséquence de ces principes, qu'il a été jugé par arrêt du 1er septembre 1705, cité par Bretonnier sur Henrys, que le juge ne pouvait d'office ordonner cette discussion.

Cette exception de discussion est du nombre des exceptions dilatoires, puisqu'elle ne tend qu'à différer l'action du créancier contre le fidéjusseur jusqu'après le temps de la discussion, et non à l'exclure entièrement.

C'est pourquoi, selon la règle commune aux exceptions dilatoires (L. 12, Cod. *de Except.*), elle doit être opposée avant la contestation en cause (3). Si le fidéjusseur a contesté au fond, sans l'apposer, il n'y est pas recevable, étant censé, en défendant au fond, avoir tacitement renoncé à cette exception, (Gui Pape et les docteurs par lui cités, quest. 50). Il pourrait néanmoins y être reçu en un cas, savoir, si les biens dont il demande la discussion n'étaient échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause ; *putà*, par une succession qui lui serait échue depuis : car la règle « que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant la contestation en cause », ne peut avoir lieu qu'à l'égard des exceptions déjà nées, et non à l'égard de celles qui ne sont nées que depuis ; le défendeur ne pouvant pas être censé, lorsqu'il a défendu au fond, avoir renoncé à des exceptions qui ne sont nées que depuis (4), Guthierés et les docteurs par lui cités, *Tract. de Contr. jurat.* xxij, 18.

---

(1) Si la déclaration d'absence est déjà prononcée, l'action peut être dirigée contre les envoyés en possession des biens de l'absent, en qualité de détenteurs des biens, et rien n'empêche cette discussion préalable.

(2) *V.* art. 2021, C. civ., ci-dessus, p. 220, note 1, et 2022, C. civ.

Art. 2022 : « Le créancier n'est « obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites « dirigées contre elle. »

(3) Le Code dit : *Sur les premières poursuites dirigées contre elle.*

(4) C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 186 du Code de procédure qui porte : « Les exceptions dilatoires « seront proposées conjointement et « avant toutes défenses au fond. »

Source : BIU Cujas

§ IV. *Quels biens le créancier est-il obligé de discuter?*

411. Lorsque la discussion est opposée, le créancier, s'il n'a pas de titre exécutoire contre le débiteur principal, doit l'assigner, et obtenir sentence de condamnation contre lui. En vertu de cette sentence, ou, sans assignation, en vertu de son titre exécutoire, lorsqu'il en a un, il doit procéder par commandement contre le débiteur principal, et saisir et exécuter les meubles qui sont en la maison dudit débiteur.

S'il n'y en a point sur lesquels on puisse asseoir une exécution, l'huissier doit le constater par un procès verbal de carence de meubles; et ce procès verbal tient lieu de discussion mobilière.

A l'égard des autres biens meubles et immeubles que pourrait avoir le débiteur principal, le créancier n'étant pas obligé de les connaître, n'est pas obligé de les discuter, s'ils ne lui sont indiqués par la caution. Cette indication doit se faire en une fois: on y doit comprendre tous les biens du débiteur qu'on veut que le créancier discute. On ne serait pas recevable, après la discussion de ceux qu'on a indiqués, à en indiquer d'autres (1); *arrêtés* de Lamoignon, titre des *Discussions*, art. 9; arrêt du 20 janvier 1701, rapporté par Bretonnier sur Henrys, t. 4, 34.

412. La discussion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont hors du royaume. M. de Lamoignon voulait qu'il ne pût même être obligé à la discussion de ceux situés dans le ressort d'un autre parlement (2); *Arrêtés de Lamoignon, ibid.*

Le créancier n'est pas non plus obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont litigieux; car il n'est pas obligé à soutenir des procès, ni à en attendre l'événement pour être payé: c'est encore une suite du même principe, « que la discussion ne doit être ni trop longue ni trop difficile. »

Par la même raison, il n'est pas obligé de discuter les biens hypothéqués par le principal débiteur, lorsque le principal débiteur les a aliénés, et qu'ils sont possédés par des tiers; ce sont au contraire ces tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal et de ses cautions les créanciers qui donneraient contre eux l'action hypothécaire (3); *edd. Novel.* cap. 2.

---

(1) A moins qu'ils ne fussent depuis échus au débiteur. *V.* le numéro précédent *in fine.*

(2) *V.* art. 2023, C. civ.

Art. 2023: « La caution qui requiert « la discussion, doit indiquer au créan- « cier les biens du débiteur principal, « et avancer les deniers suffisants pour « faire la discussion.—Elle ne doit in- « diquer ni les biens du débiteur prin- « cipal situés hors de l'arrondissement « de la Cour royale du lieu où le paie- « ment doit être fait, ni des biens liti- « gieux, ni ceux hypothéqués à la dette « qui ne sont plus en la possession du « débiteur. »

(3) Cette disposition, reproduite par l'art. 2023 du Code civil, précité, (*V.* note précédente) ne se comprend pas très facilement: car, si la caution, après avoir payé, est subrogée aux droits du créancier, elle pourra sans aucun doute invoquer les hypothèques qui compétaient à ce créancier, et par conséquent agir hypothécairement contre les tiers détenteurs.

Pourquoi donc, si le débiteur est déjà notoirement insolvable, refuser à la caution le droit d'indiquer au créancier, pour objet de la discussion, les immeubles hypothéqués à la dette, mais qui sont actuellement dans les mains de tiers détenteurs.

En définitive, la caution pour être remboursée de ce qu'elle a payé, atteindra ces mêmes immeubles par l'action hypothécaire, à moins qu'on ne lui refuse la subrogation aux hypothèques du créancier, lorsque les immeubles hypothéqués ne sont plus en la possession du débiteur.

Il ne sera pas inutile de mettre sous

Source : BIU Cujas

Il n'en est pas de même de ceux qui ont succédé à titre universel aux biens du débiteur principal, tels que sont des donataires et légataires universels,

---

les yeux du lecteur la discussion qui a eu lieu sur ce point entre deux membres du Tribunat : Voici comment s'exprimait M. Goupil-Préfeln, « Et qu'im- « porte que ces immeubles se trouvent « dans la possession de telle personne « que ce soit, si, comme le projet le « suppose, ils n'ont pas cessé d'être « hypothéqués à la dette, et s'ils le sont « encore ?

« Sans cette hypothèque, la caution « n'aurait pas consenti l'obligation à « laquelle elle s'est soumise ; et, de « caution simple, elle ne peut devenir « caution solidaire, ou, ce qui équivaut, « elle ne peut être privée du bénéfice « de discussion par un acte qui est le « fait d'autrui, qu'elle n'a pu ni préve- « nir ni empêcher, et qui ne change « rien au sort ni aux droits d'aucun « des intéressés.

« En effet, le créancier hypothé- « caire, ni la caution qui ne s'est obli- « gée qu'en considération de l'hypo- « thèque, ne peuvent mettre obstacle « à l'aliénation de l'immeuble hypothé- « qué. Cette aliénation ne leur préju- « dicie point, s'ils ont pris les précau- « tions convenables pour conserver « leur hypothèque. »

Voici la réponse du tribun Chabot :

« La discussion qu'il est permis à la « caution de demander, ne doit être ni « longue ni difficile : l'équité le veut « ainsi ; les auteurs n'ont cessé de le « réclamer, et les tribunaux l'ont de- « mandé constamment.

« Ne serait-ce donc pas exposer le « créancier à une discussion longue et « difficile, que de le forcer à discuter « des biens qui ne seraient plus dans la « possession du débiteur ? N'aurait-il « pas des contestations sans nombre à « soutenir et avec les nouveaux déten- « teurs de ces biens et avec les créan- « ciers ? Des demandes en désistement, « des expropriations forcées, des in- « stances d'ordre, ne sont-ce pas là « des procès ? Et pourquoi forcerait-on « le créancier à en subir toutes les « longueurs et tous les désagréments « pour les intérêts de la caution ? Ce « serait lui faire acheter bien cher le « bénéfice du cautionnement.

« Il peut y avoir, a-t-on dit encore, « une connivence entre le créancier et « le débiteur.

« Mais la caution n'est-elle pas sub- « rogée à tous les droits du créancier, « et n'est-elle pas déchargée lorsque « cette subrogation ne peut avoir lieu « par le fait du créancier ?

« Le contrat de cautionnement est « un acte très utile dans la société ; et « le moyen le plus sûr d'en multiplier « l'usage, c'est de l'organiser de ma- « nière à ce qu'il inspire une grande « confiance au créancier, sans l'expo- « ser à des contestations longues et « pénibles. »

M. Goupil-Préfeln avait déjà répondu par avance : « Le créancier hypo- « thécaire ne peut empêcher que, dans « le cas d'une expropriation forcée, il « y ait un état d'ordre, qui aurait éga- « lement lieu quand le débiteur serait « encore possesseur du bien hypothé- « qué à la dette. Tout ce qui l'inté- « resse c'est d'être employé dans cet « état à un rang utile. L'aliénation ne « lui porte aucun préjudice, si son hy- « pothèque a conservé sa date et son « privilége. »

Malgré ces raisons, l'opinion de M. Chabot l'emporta.

Quant à ce que dit Pothier : « *Que « ce sont au contraire ces tiers déten- « teurs qui ont le droit de renvoyer à « la discussion du débiteur principal « et* DE SES CAUTIONS, *les créanciers « qui donneraient contre eux l'action « hypothécaire!* »

Nous ne pouvons admettre qu'il en soit ainsi.

L'art. 2170, C. civ., qui autorise les tiers détenteurs, non personnellement obligés à la dette, à requérir la discussion préalable, n'admet cette exception qu'autant qu'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et ce sont ces mêmes immeubles hypothéqués qui doivent être discutés. L'article ne

Source : BIU Cujas

même le fisc, lorsqu'il a succédé au débiteur principal à titre de déshérence ou de confiscation (1). Ces successeurs universels *sunt loco hæredis* : ils tiennent lieu d'héritiers du débiteur principal, et ils le représentent ; ils doivent par conséquent être discutés de même qu'aurait dû l'être le débiteur principal, jusqu'à concurrence de ce dont ils sont tenus de ses dettes.

Lorsque plusieurs débiteurs principaux ont contracté une obligation solidaire, et que l'un d'entre eux a donné un tiers pour caution, on demande si cette caution peut obliger le créancier à discuter, non-seulement celui des débiteurs pour qui elle s'est rendue caution, mais pareillement tous les autres débiteurs principaux ?

Je pense qu'elle le peut : il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner quelle est la raison sur laquelle est fondée l'exception de discussion. Ce n'est point que l'on présume que la caution n'ait eu intention de s'obliger qu'au défaut, et en cas d'insolvabilité de celui pour qui elle a répondu : cette intention doit être exprimée : lorsqu'elle ne l'est pas, elle ne se présume pas, et l'obligation est pure et simple.

Si cette présomption avait lieu dans les cautionnements ordinaires, le droit qu'aurait la caution de renvoyer le créancier à la discussion du débiteur principal, serait un droit qu'elle aurait en rigueur de justice ; le créancier n'aurait pas d'action contre la caution avant que l'insolvabilité du débiteur principal eût été constatée par la discussion (2) : or tous conviennent que l'exception de discussion que la loi accorde à la caution, ne lui est accordée que comme une pure grâce, et que la demande du créancier contre la caution procède en rigueur, et est bien fondée, quoique le principal débiteur soit solvable et n'ait pas été discuté (3) ; il faut donc chercher une autre raison de

---

parle point des cautions. *V.* art. 2170, C. civ.

Art. 2170 : « Néanmoins le tiers « détenteur qui n'est pas personnelle- « ment obligé à la dette, peut s'opposer « à la vente de l'héritage hypothéqué « qui lui a été transmis, s'il est de- « meuré d'autres immeubles hypothé- « qués à la même dette dans la pos- « session du principal ou des princi- « paux obligés, et en requérir la « discussion préalable selon la forme « réglée au titre *du Cautionnement* : « pendant cette discussion, il est sur- « sis à la vente de l'héritage hypothé- « qué. »

D'ailleurs que deviendrait, dans l'opinion de Pothier, la subrogation que la loi accorde à la caution, et que lui-même appelle cession d'actions ?

L'art. 2037, C. civ., (*V.* ci-dessus, p. 137, note 1) suppose évidemment que la caution ne s'est obligée qu'en vue des hypothèques, elle n'en peut pas être privée par l'aliénation que le débiteur a faite de l'immeuble hypothéqué : et si elle a le droit d'agir hypothécairement contre les tiers détenteurs, ceux-ci ne peuvent renvoyer le créancier à discuter préalablement la caution, elle se trouverait évincée par le fait indirect de ceux qui lui doivent garantie. Or, *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Nous verrons au n° 557 *in fine*, que Pothier lui-même accorde aux fidéjusseurs le droit de veiller à la conservation des hypothèques sur les immeubles qui sont entre les mains des tiers détenteurs, *en sommant le créancier d'intercepter à leurs risques les tiers acquéreurs* ou *de s'opposer au décret*. Comment concilier cette décision avec celle qui autorise les tiers acquéreurs, poursuivis hypothécairement par le créancier, à renvoyer ce créancier à la discussion préalable des biens des cautions ?

Il nous paraît y avoir contradiction.

(1) La confiscation générale est abolie. (Charte, art. 57.)

(2) L'obligation de la caution serait alors conditionnelle : la condition devrait être réalisée pour que cette obligation existât.

(3) C'est ce qui explique pourquoi le créancier agit d'abord régulièrement contre la caution, et qu'il n'est obligé

Source : BIU Cujas

cette exception de discussion, et il n'y en a pas d'autre que celle-ci, savoir, qu'il est équitable qu'une dette, autant que faire se peut, soit payée plutôt par ceux qui en sont les véritables débiteurs, et qui ont profité du contrat, que par ceux qui en sont débiteurs pour autrui; qu'il y a toujours du désagrément à payer pour autrui; c'est pourquoi il est de l'humanité que le créancier, lorsque cela lui est à peu près indifférent, épargne ce désagrément à la caution, et se fasse payer plutôt par ses véritables débiteurs que par elle.

C'est la raison que Quintilien (*déclam.* 273), rend du bénéfice de discussion. Après avoir dit que c'est une chose fâcheuse pour une caution que d'être obligée de payer pour un autre, *miserabile est*, il en conclut qu'un créancier n'a pas bonne grâce à causer ce désagrément à la caution, tant qu'il peut se faire payer par le véritable débiteur : *Non aliter salvo pudore, ad sponsorem venit creditor, quàm si recipere à debitore non possit* (1).

Or il est évident que ces raisons militent pour obliger le créancier, non-seulement à la discussion de celui des débiteurs solidaires pour qui la caution a répondu, mais à celle de tous les codébiteurs principaux : donc la caution est bien fondée à demander la discussion, non-seulement de celui des débiteurs pour lequel elle s'est rendue caution, mais même celle des autres débiteurs principaux. On peut même dire que celui qui s'est rendu caution pour l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, est aussi en quelque façon caution des autres : car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous (2).

§ V. *Aux dépens de qui doit se faire la discussion.*

413. La discussion se fait aux risques et périls du fidéjusseur qui a demandé qu'elle fût faite; et comme celle des biens immeubles ne se peut faire sans de grands frais, le créancier peut demander que ce fidéjusseur lui fournisse des deniers pour la faire. C'est une règle générale pour tous les cas auxquels l'exception de discussion est opposée; *Journal des audiences*, tom. 1, liv. 5, ch. 25 : et c'est une suite de notre principe (3).

§ VI. *Le créancier qui a manqué à faire la discussion, est-il tenu de l'insolvabilité du débiteur.*

414. Il nous reste une question.

Le créancier à qui le fidéjusseur a opposé l'exception de discussion, n'a point jugé à propos de la faire aussitôt, et a laissé passer plusieurs années,

---

de discuter le débiteur principal qu'autant que la caution requiert cette discussion. *V.* art. 2022, C. civ., ci-dessus, p. 221, note 2.

(1) Voilà un texte bien antérieur à la novelle de Justinien, et l'on est bien près de l'exception de discussion, lorsqu'on peut tenir au créancier un pareil langage.

(2) Cependant l'art. 2030, C. civ., exige que la caution ait cautionné tous les débiteurs principaux solidaires pour avoir recours contre chacun pour la totalité.

Art. 2030 : « Lorsqu'il y avait plu« sieurs débiteurs principaux solidai« res d'une même dette, la caution qui « les a tous cautionnés, a, contre cha« cun d'eux, le recours pour la répé« tition du total de ce qu'elle a « payé. »

(3) *V.* art. 2023, 1er alinéa, C. civ.

Art. 2023 : « La caution qui requiert « la discussion, doit indiquer au créan« cier les biens du débiteur principal, « et avancer les deniers suffisants pour « faire la discussion.—Elle ne doit in« diquer ni des biens du débiteur prin« cipal situés hors de l'arrondissement « de la Cour royale du lieu où le paie« ment doit être fait, ni des biens li« tigieux, ni ceux hypothéqués à la « dette qui ne sont plus en la posses« sion du débiteur. »

Source : BIU Cujas

pendant lesquelles le débiteur est devenu insolvable; pourra-t-il, en le discutant depuis qu'il est devenu insolvable, revenir contre le fidéjusseur?

Je crois le créancier bien fondé, et que la caution ne peut lui opposer aucune fin de non-recevoir, sous le prétexte qu'il n'a pas fait assez à temps la discussion des biens du débiteur principal à laquelle il a été renvoyé (1).

La raison est que le droit que donne aux cautions l'exception de discussion qui leur est accordée par la Novelle, se borne à arrêter les poursuites du créancier contre elles, tant qu'il ne s'est pas encore pourvu contre le débiteur principal, et qu'il n'a pas discuté ses biens. Le bénéfice de cette Novelle se borne à ce que, comme il y est dit, *Creditor non primùm ad fidejussorem aut sponsorem accedat.* Il suffit donc que le créancier ne poursuive pas les cautions avant que d'avoir poursuivi le débiteur principal, et discuté ses biens; le créancier peut faire cette poursuite quand bon lui semblera, et rien ne l'oblige à la faire au gré des cautions.

La loi ayant fixé le temps dans lequel un créancier peut exercer ses actions, le fidéjusseur ne peut lui en fixer un plus court que celui que la loi lui accorde : *Nemo invitus agere compellitur; toto tit.* Cod. *Ut nemo invitus, etc.—Creditor ad petitionem debiti urgeri minimè potest;* L. 20, Cod. *de Pign.*

Donc si le débiteur principal, à la discussion duquel le créancier a été renvoyé, est, par la suite, devenu insolvable, la caution ne doit pas s'en prendre au créancier qui ne l'a pas poursuivi pendant qu'il était solvable : le créancier n'y était pas obligé; et la caution, si elle appréhendait le cas d'insolvabilité qui est arrivé, pouvait obvier à cela, en poursuivant elle-même le débiteur principal, comme elle en avait le droit, aussitôt qu'elle a été assignée; *infrà,* n° 440.

Henrys, tom. 2, liv. 4, art. 34, est de notre sentiment; il l'autorise par un arrêt rendu dans une espèce approchante, et il atteste que c'était, de son temps, l'opinion commune du barreau de Paris.

La coutume de Bretagne, art. 192, a une disposition contraire. Je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire. D'Argentré, sur cet article, dit que cette disposition tirée de l'ancienne coutume, a été conservée lors de la réformation, contre son avis.

---

(1) Le Code n'a point reproduit, et avec raison, cette doctrine. *V.* art. 2024, C. civ.

Art. 2024 : « Toutes les fois que la « caution a fait l'indication de biens « autorisée par l'article précédent, et « qu'elle a fourni les deniers suffisants « pour la discussion, le créancier est, « jusqu'à concurrence des biens indi- « qués, responsable, à l'égard de la « caution, de l'insolvabilité du débiteur « principal survenue par le défaut de « poursuite. »

« La caution, disait M. Tronchet, « doit payer pour le débiteur; telle est « la règle générale. Le bénéfice de « discussion lui donne seulement la « faculté de prouver que le débiteur « peut payer. La condition de cette « faculté est d'indiquer les biens et « d'avancer les frais de discussion : « alors le créancier ne peut se dispen- « ser de prendre sur lui les poursuites. « Néanmoins la caution n'est pas dé- « chargée; si les biens du débiteur ne « suffisent pas à l'acquittement de la « dette, elle est forcée de compléter le « paiement. Ainsi le bénéfice de dis- « cussion ne fait que suspendre l'action « du créancier contre la caution.

« Cependant le créancier lorsqu'il a « reçu l'avance des frais, devient son « mandataire : de là résulte, non qu'elle « soit affranchie de plein droit, mais « que, si son mandataire néglige de « remplir son mandat, il doit répondre « des suites de son inexactitude; et « alors la caution se trouve dégagée « envers lui, comme créancier, jusqu'à « concurrence de ce qu'il a pu recou- « vrer de la dette. »

Rien n'est plus vrai; il y aurait iniquité manifeste à rendre la caution victime de l'inertie du créancier.

Source : BIU Cujas

Nous n'avons traité la question qu'à l'égard des fidéjusseurs ordinaires : mais si le fidéjusseur ordinaire s'était seulement obligé à payer ce que le créancier ne pourrait retirer du débiteur principal, *in id quod servari non poterit*, le créancier qui aurait eu le moyen, pendant un temps considérable, de se faire payer, ne serait pas admis facilement, après que le débiteur, au bout d'un temps considérable, serait devenu insolvable, à donner demande contre ce fidéjusseur (L. 41, ff. *dict. tit.*); parce que ce fidéjusseur, qui ne s'est obligé qu'à ce que le créancier *ne pourrait retirer*, lui opposerait qu'il a pu très facilement retirer du débiteur principal ce qui lui était dû, et qu'en conséquence il ne lui doit rien ; L. 41, ff. *dict. tit.*

ART. III. — De l'exception de division.

§ Ier. *Origine de ce droit.*

415. Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions d'un débiteur principal pour la même dette, elles sont censées s'obliger chacune à toute la dette (1): *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur,* Instit. *tit. de Fidej.* § 4.

En cela, plusieurs fidéjusseurs sont différents de plusieurs débiteurs principaux, lesquels ne sont censés s'obliger chacun que pour leur part, à ce qu'ils promettent conjointement, si la solidité n'est point exprimée.

La raison de la différence est, qu'il est de la nature du cautionnement, de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal ; et, par conséquent, chacun de ceux qui le cautionnent est censé contracter cet engagement, à moins qu'il ne déclare expressément qu'il ne s'oblige que pour partie : c'est la raison qu'en rapporte Vinnius, *select. quæst.*, lib. 11, cap. 40.

L'empereur Adrien a apporté une modification à cette solidité, par l'exception de division qu'il a accordée aux fidéjusseurs : le fidéjusseur à qui le créancier demande toute la dette, obtient, par cette exception, que le créancier soit tenu de diviser et partager sa demande entre lui et ses cofidéjusseurs, lorsqu'ils sont solvables, et qu'en conséquence, il soit reçu à payer au créancier sa portion, sauf au créancier à se pourvoir pour le surplus contre les autres.

Ce droit a été adopté dans notre pratique française (2).

§ II. *Qui sont ceux qui peuvent ou non opposer l'exception de division.*

416. Il y a quelques cautions qui ne peuvent pas opposer cette exception ; telles sont les cautions pour les deniers royaux ; *Voyez* Lebret, *Plaidoyer*, 42, *in fin.*

On en exclut aussi les cautions judiciaires ; c'est le sentiment de Basnage.

Les cautions qui par leur cautionnement ont renoncé à cette exception, ne l'ont pas non plus (3).

---

(1) *V.* art. 2025, C. civ.

Art. 2025 : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette. »

(2) *V.* art. 2026, 1er alinéa, C. civ.

Art. 2026 : « Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.— Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division. »

(3) Pour être privées de cette exception il faut ou que les cautions soient solidaires, ou qu'elles aient renoncé à ce bénéfice, ce qui arrive le plus ordinairement.

Source : BIU Cujas

Lorsqu'il est porté par le cautionnement « que les cautions se sont obligées *solidairement et comme débiteurs principaux* », cette clause est-elle censée renfermer une renonciation à l'exception de division ?

Ceux qui pensent que cette clause ne renferme pas une renonciation à l'exception de discussion, doivent aussi penser qu'elle n'en renferme pas une à celle de division : mais les raisons qui nous ont porté à croire qu'elle renfermait une renonciation à l'exception de discussion, et que nous avons rapportées, *suprà* n° 408, nous portent aussi à croire qu'elle emporte la renonciation à celle de division.

Enfin les lois refusent l'exception de division aux cautions qui ont commencé par dénier de mauvaise foi leur cautionnement : *Inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum* (1); L. 10, § 1, ff. *de Fidej.*

417. Non-seulement les cautions elles-mêmes, mais leurs héritiers, peuvent user de cette exception.

Le certificateur de la caution, qui est *fidejussor fidejussoris*, peut aussi opposer les mêmes exceptions qu'aurait pu opposer la caution qu'il a certifiée; et par conséquent, il peut opposer cette exception, et demander la division de la dette entre lui et les cofidéjusseurs de celui qu'il a certifié.

§ III. *Qui sont ceux entre qui la dette doit être divisée.*

418. Le fidéjusseur peut demander la division de l'action entre lui et les autres fidéjusseurs, qui sont également fidéjusseurs principaux. Il ne pourrait pas demander qu'elle fût divisée entre lui et son certificateur; car il est lui-même un débiteur principal vis-à-vis son certificateur; L. 27, § 4, ff. *de Fidejuss.*

419. Il faut aussi que ceux avec qui le fidéjusseur demande la division de l'action du créancier, soient fidéjusseurs du même débiteur. Si deux débiteurs solidaires d'une même dette avaient donné chacun un fidéjusseur, le fidéjusseur de l'un de ces débiteurs ne pourrait pas demander que l'action fût divisée entre lui et le fidéjusseur de l'autre débiteur solidaire; car, quoiqu'ils soient fidéjusseurs d'une même dette, n'étant pas fidéjusseurs d'un même débiteur, ils ne sont pas proprement cofidéjusseurs (2); c'est la décision des lois 43, 51, § 2, ff. *dict. tit.*

420. Enfin il faut que les cofidéjusseurs avec lesquels le fidéjusseur demande la division de l'action, soient solvables; et ils sont censés l'être, si, ne l'étant pas par eux-mêmes, ils le sont par leurs certificateurs : c'est ce que décide la Loi 27, § 2. *Si quæratur an solvendo sit principalis fidejussor, etiam vires sequentis fidejussoris, ei aggregandæ sunt.*

Au reste, si mon cofidéjusseur était solvable lors de la contestation en cause, et qu'en conséquence, l'action du créancier ait été divisée entre lui et moi; quoique par la suite, depuis la contestation en cause, il soit devenu insolvable, le créancier ne pourra plus revenir contre moi pour sa part (3) : c'est la décision de Papinien; L. 51, § 4 et L. 52, § 1.

En cela, l'exception de division diffère de celle de discussion.

La raison de différence vient de la différente nature de ces exceptions. Celle de discussion n'est que dilatoire; elle ne fait que différer l'action du créancier contre le fidéjusseur, après que le créancier aura discuté le débiteur principal : au lieu que l'exception de division tient de la nature des exceptions péremp-

---

(1) Le Code n'a point reproduit cette disposition.

(2) C'est ce qu'a voulu dire l'art. 2025, C. civ., (*V.* p. 227, note 1) par ces expressions : « *Cautions d'un même « débiteur, pour une même dette.* »

(3) *V.* art. 2026, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 227, note 2.

Source : BIU Cujas

toires : elle périme entièrement, lorsqu'elle a lieu, l'action du créancier contre le fidéjusseur qui l'a opposée, pour la part de ses cofidéjusseurs, avec lesquels la division lui est accordée ; et c'est pour cela que le créancier ne peut plus revenir contre lui, quand même les cofidéjusseurs, par la suite, deviendraient insolvables.

Il y a plus : quand même, lors de la demande du créancier, mon cofidéjusseur aurait déjà été insolvable, si le créancier a volontairement divisé son action, en nous demandant à chacun notre part, il ne pourra plus me demander la part de mon cofidéjusseur insolvable (1) : c'est la décision de Gordien en la Loi 16, Cod. *dict. tit.*

421. Pourvu que mon cofidéjusseur soit solvable, quoique le terme ou la condition sous laquelle il s'est obligé ne soit pas encore échue, je puis néanmoins demander que l'action soit par provision divisée entre lui et moi; sauf au créancier à revenir contre moi pour la part de ce fidéjusseur, si, à l'échéance du terme ou de la condition, il n'était pas solvable (L. 27, ff. *de Fidej.*); et à plus forte raison si la condition sous laquelle il s'est obligé, venait à défaillir.

422. La demande du créancier ne devant être divisée que lorsque les cofidéjusseurs sont solvables, s'il y a contestation entre le créancier et le fidéjusseur qui demande la division sur le fait de la solvabilité des cofidéjusseurs, le fidéjusseur est reçu, en offrant de payer sa part, à demander qu'avant de faire droit sur le surplus, le créancier soit tenu de discuter les cofidéjusseurs (L. 10, ff. *dict. tit.*); mais ce sera aux risques de ce fidéjusseur.

423. Je ne puis pas opposer l'exception de division, si mon cofidéjusseur est demeurant hors du royaume (2); car cette exception est une grâce que la loi n'accorde qu'autant que le créancier n'en souffrirait pas trop d'incommodité; Papon, X, 4, 15.

§ IV. *Un cautionnement peut-il se diviser avec une caution qui n'a pas valablement contracté, et avec une caution mineure.*

424. Lorsque je me suis obligé comme caution pour quelqu'un, avec une personne qui était incapable de contracter une pareille obligation, telles qu'étaient chez les Romains toutes les femmes, je ne puis éviter de payer le total de la dette au créancier, comme si j'étais seul fidéjusseur ; la personne incapable qui s'est rendue caution avec moi, ne devant point être considérée. On ne distingue point, en ce cas, si j'ai contracté mon cautionnement avant celui de cette personne incapable, ou si je l'ai contracté conjointement ou depuis.

Il n'en est pas de même, suivant le droit romain, lorsque je me suis rendu caution avec un mineur qui se fait par la suite restituer contre son obligation. Je ne suis tenu du total de la dette qu'au cas auquel j'aurais d'abord seul subi le cautionnement sans compter sur le mineur, qui ne s'est rendu caution que depuis, pour la même personne que moi : mais si nous nous sommes rendus cautions ensemble, la restitution qu'il obtient contre son obligation ne doit pas, suivant le droit romain, me charger seul de la dette, que je m'étais attendu qu'il paierait avec moi ; L. 48, pp. et § 1, ff. *de Fidej.*

Papinien rapporte à cet égard cette raison de différence entre une femme et un mineur. Celui qui se rend caution conjointement avec une femme, n'a

---

(1) *V.* art. 2027, C. civ., même décision.

Art. 2027 : « Si le créancier a divisé « lui-même et volontairement son ac- « tion, il ne peut revenir contre cette « division, quoiqu'il y eût, même an- « térieurement au temps où il l'a ainsi « consentie, des cautions insolvables. »

(2) Cette exception ne se trouve pas dans le Code.

Source : BIU Cujas

pas dû compter sur la femme pour partager avec elle l'obligation, puisqu'il devait savoir qu'elle en était incapable, *cùm ignorare non debuerit mulierem frustrà intercedere*. Mais il n'en est pas de même de celui qui s'est rendu caution avec un mineur, *propter*, dit Papinien, *incertum œtatis et restitutionis*, parce qu'il pouvait ignorer qu'il fût mineur, ou espérer qu'il ne reviendrait pas contre son obligation : c'était au créancier plus qu'à lui à s'en informer lorsqu'il l'a admis pour caution, et c'est le créancier plutôt que lui qui doit souffrir de la restitution que le mineur a obtenue contre son obligation ; *eâd.*, L. 48, pp. et § 1.

Quelque respect que j'aie pour les décisions du grand Papinien, celle-ci me paraît souffrir difficulté. Plusieurs fidéjusseurs étant, comme nous l'avons dit ci-dessus, débiteurs de toute la dette, la division qu'en accorde la constitution d'Adrien, lorsqu'ils sont tous solvables, n'est qu'une grâce qui ne doit pas leur être accordée au préjudice du créancier.

Cette raison qui fait qu'on me refuse la division de la dette avec mon cofidéjusseur, lorsqu'il est devenu insolvable, doit la faire refuser avec mon cofidéjusseur qui s'est fait restituer contre son cautionnement. Il n'y a pas plus de raison de l'accorder avec l'un qu'avec l'autre ; je n'ai pas dû compter plus sur l'un que sur l'autre : si j'ai pu prévoir l'insolvabilité, j'ai pu encore plus facilement prévoir la restitution. On ne peut pas dire que le créancier a bien voulu se charger de ce risque en acceptant le cautionnement d'un mineur ; car, ne s'étant pas contenté du cautionnement de ce mineur, et ayant exigé qu'on lui joignît une autre caution, c'est au contraire une preuve qu'il a cherché ses sûretés contre la restitution, et qu'il n'a pas voulu se charger de ce risque (1).

Ces raisons me paraissent suffisantes pour décider indistinctement, contre l'autorité de la loi romaine, que la restitution obtenue pour cause de minorité par mon cofidéjusseur, doit, de même que son insolvabilité, me charger du total de la dette.

Il y a plus : si, avant que mon cofidéjusseur mineur se fût pourvu contre son cautionnement, j'étais poursuivi par le créancier, et que je lui opposasse l'exception de division, je pense qu'il serait équitable qu'il ne pût être obligé de diviser son action entre son cofidéjusseur mineur et moi, que sous la réserve de revenir contre moi, dans le cas auquel ce mineur se ferait restituer contre son cautionnement.

Mais si le créancier avait consenti à la division de son action sans aucune reserve, il y a lieu de penser qu'en ce cas il aurait pris sur lui le risque de la restitution du mineur, et qu'il n'aurait aucun recours contre moi.

§ V. *Quand l'exception de division peut-elle être opposée ?*

425. On a fait une question de savoir si l'exception de division ne pouvait être opposée qu'avant la contestation en cause ?

Quelques anciens docteurs, comme Pierre de Belleperche, Cynus et autres, étaient dans ce sentiment : mais le sentiment contraire, qui est suivi par Vinnius (*Select. quæst.* 11, 40), est le plus véritable ; il est fondé sur le texte formel de la loi 10, § 1, Cod. *de Fidéj. Ut.... dividatur actio inter eos qui solvendo sunt, antè condemnationem ex ordine solet postulari.*

Il suffit, aux termes de cette loi, de demander la division de l'action avant la sentence, et par conséquent on le peut après la contestation en cause.

En effet, cette exception tient plus des exceptions péremptoires que des dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entièrement l'action du créancier contre celui qui l'oppose pour les parts de ses cofidéjusseurs (2).

---

(1) Cette raison est tout à fait déterminante.

(2) Le Code semble exiger, par sa rédaction, que la caution poursuivie

Source : BIU Cujas

Le texte des Institutes (*Tit. de fid.*, § 4), sur lequel se fondent ceux de l'autre sentiment, ne prouve rien. Il dit bien que tous les fidéjusseurs doivent être solvables lors de la contestation en cause, pour qu'il y ait lieu à la division de l'action ; mais il ne s'ensuit pas de là que cette division ne puisse être demandée depuis.

La loi 10, § 1, ff. *de Fid.*, où il est dit que la caution qui a dénié son cautionnement, n'est pas recevable à opposer l'exception de division, n'est pas contraire à notre décision : car c'est cette dénégation faite de mauvaise foi qui le rend indigne de cette grace et non recevable dans cette exception, et non la litiscontestation. La litiscontestation intervenue entre le créancier et la caution, ne suppose pas que la caution ait dénié son cautionnement : elle a pu intervenir sur toute autre chose, *putà*, sur ce que la caution a soutenu la dette acquittée, ou qu'il y avait quelque fin de non-recevoir qui rendait le créancier non recevable en sa demande.

Quelques docteurs ont donné dans l'excès opposé, en décidant que l'exception de division peut être opposée même après le jugement de condamnation, à l'exemple de l'exception *cedendarum actionum*, et des exceptions *SC. Macedoniani et SC. Velleiani.*

Cette opinion est démentie par la loi 10, § 1, Cod. *de Fid.*, où il est dit « que les cautions peuvent proposer l'exception de division avant le jugement de condamnation, *ante condemnationem* » : donc ils ne le peuvent pas après.

A l'égard des exemples qu'on apporte des exceptions qui peuvent s'opposer même après le jugement, la raison est qu'il y a une grande différence entre l'exception de division et l'exception *cedendarum actionum*. Celle-ci n'attaque pas la sentence, ni le droit acquis par cette sentence au créancier ; et lorsque la caution qui a été condamnée envers lui l'a payé, il n'a aucun intérêt à lui refuser la cession de ses actions : au lieu que l'exception de division, si on la proposait après le jugement de condamnation, attaquerait ce jugement, et le droit acquis par ce jugement au créancier, puisqu'elle tend à restreindre à une portion le droit qui est acquis au créancier par ce jugement, d'exiger le total de la dette de la caution qui a été condamnée envers lui.

Quant à ce qui est décidé pour les exceptions *SC. Macedoniani, SC. Velleiani*, c'est un droit singulier fondé sur la faveur de ces exceptions et sur une espèce d'intérêt public, *ad coercendos fœneratores, et ad subveniendum sexui muliebri.* Ce droit singulier ne peut être tiré à conséquence, et ne peut être étendu à l'exception de division, ni aux autres exceptions péremptoires ; *Vinnius., ibid.*

Lorsque le jugement de condamnation est suspendu par un appel, on peut dire qu'il n'y a pas de condamnation, jusqu'à ce qu'il intervienne un arrêt définitif : d'où il suit que la caution peut être admise, en cause d'appel, à opposer l'exception de division. C'est l'avis des docteurs cités par Bruneman, *ad* L. 10, Cod. *de Fid.* : c'est aussi l'avis de Vinnius.

§ VI. *De l'effet de l'exception de division.*

426. L'effet de l'exception de division est de faire prononcer par le juge

---

pour le tout ne tarde pas à proposer l'exception de division, car il dit : « *Que le créancier divise* PRÉALABLEMENT *son action.* » (*V.* art. 2026, C. civ., ci-dessus, p. 227, note 2.)

On comprend au surplus que la caution poursuivie pour le tout, et qui sans raison différerait de proposer l'exception de division, devrait être considérée comme ayant renoncé à ce bénéfice.

Cependant on ne pourrait pas induire cette renonciation de ce que la caution aurait allégué d'autres moyens de défense par exemple, comme dit Vinnius, « *Si dicat se non teneri, quia « rem principalis liberatus sit ;... aut « si ex suâ personâ utatur exceptione « vel pacti vel jurisjurandi.* »

Source : BIU Cujas

la division de la dette entre les fidéjusseurs qui sont solvables, et de restreindre par ce moyen à la part seulement du fidéjusseur qui a opposé la division, la demande qui a été donnée contre lui.

Avant que cette division de la dette ait été prononcée par le juge sur l'exception de division, ou qu'elle ait été faite volontairement par le créancier, par la demande qu'il aurait donnée contre chacun des fidéjusseurs pour sa part (L. 16, Cod. *de Fid.*), chacun des fidéjusseurs est véritablement débiteur du total de la dette.

C'est pourquoi, si l'un d'eux a payé le total, il ne peut avoir contre le créancier aucune répétition des parts de ses cofidéjusseurs (L. 49, § 1, ff. *de Fid.*) : car il devait véritablement le total qu'il a payé, en n'usant pas de l'exception de division dont il pouvait user, *pleniùs fidem exsolvit.*

Mais depuis que la division de la dette a été prononcée, la dette est tellement divisée, que quand même l'un des fidéjusseurs entre qui la dette a été divisée deviendrait depuis insolvable, le créancier n'aurait aucun recours contre les autres pour la part de cet insolvable; L. 15, § 4, ff. *de Fidej.*

Il reste une question. Si le fidéjusseur qui demande la division de l'action du créancier entre lui et son cofidéjusseur, a payé auparavant une partie de la dette, doit-il payer la moitié de ce qui reste dû, sans rien imputer de ce qu'il a payé ?

Papinien l'avait décidé ainsi; *eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent.*

Cette décision, quoique conforme à la rigueur du principe, n'a pas été suivie; il a été trouvé plus équitable d'accorder au fidéjusseur la faculté d'imputer sur la part dont il est tenu de la dette ce qu'il a déjà payé, de ne l'obliger à payer que le surplus de sa part du total de la dette, et de charger de l'autre en entier son cofidéjusseur : *Sed humanius est*, dit l'annotateur, *si et alter solvendo sit, per exceptionem ei qui solvit succurri: eâd.* L. 51, § 1.

ART. IV. — De la cession d'actions, ou subrogation que le créancier est tenu d'accorder au fidéjusseur qui le paie.

427. Un troisième bénéfice que les lois accordent au fidéjusseur, c'est que, lorsqu'il paie, il peut requérir le créancier de le subroger à tous ses droits, actions et hypothèques, tant contre le débiteur principal qu'il a cautionné, que contre toutes les autres personnes qui sont tenues de cette dette (1). C'est ce qui résulte de la loi 17, ff. *de Fid.*; L. 21, Cod. *eod. tit.*; et de quantité d'autres textes.

V. sur cette cession d'actions, et sur l'exception qu'a le fidéjusseur qui s'est par son fait mis hors d'état de les céder, *infrà*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 2.

SECT. VII. — DU DROIT QU'A LA CAUTION CONTRE LE PRINCIPAL DÉBITEUR, ET CONTRE SES COFIDÉJUSSEURS.

428. La caution a recours contre le débiteur principal après qu'elle a payé.

Nous traiterons de ce recours dans un premier article.

Il y a même des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé : nous en parlerons dans le second article.

Nous traiterons dans un troisième, de la question particulière, « si la caution d'une rente constituée peut obliger, au bout d'un certain temps, le débiteur au rachat de la rente. »

Nous traiterons, dans le quatrième, du droit de la caution contre ses cofidéjusseurs.

---

(1) *V.* art. 2029, C. civ., note suivante.

Source : BIU Cujas

ART. Ier. — Du recours de la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé.

§ Ier *Quelles sont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé.*

429. Après que la caution a payé, si elle s'est fait subroger aux droits et actions du créancier, elle peut les exercer contre le débiteur, comme le créancier aurait pu faire lui-même. Si elle a négligé d'acquérir cette subrogation, elle ne laisse pas d'avoir de son chef une action contre le débiteur principal, pour se faire rembourser de ce qu'elle a payé pour lui (1).

Cette action est l'action *mandati contraria*, si c'est au su et au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionnée : car ce consentement du débiteur principal renferme un contrat tacite de mandat, suivant cette règle de Droit : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur;* L. 60, ff. *de Reg. jur.* Si la caution s'est obligée pour le débiteur principal sans sa connaissance, elle ne peut pas avoir contre lui l'action *mandati;* mais elle a contre lui l'action *contraria negotiorum gestorum,* qui a le même effet.

§ II. *Quel paiement donne lieu à ces actions.*

430. Il n'importe que la caution ait payé en conséquence d'une sentence de condamnation, ou volontairement et sans sentence : car, en l'un et en l'autre cas, *utiliter debitoris negotium gessit.* Elle a procuré au débiteur la libération de sa dette, et par conséquent il doit la rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour la lui procurer.

Il n'importe que le paiement ait été un paiement réel, ou une compensa-

---

(1) *V.* art. 2028 et 2029, C. civ.

Art. 2028 : « La caution qui a payé, « a son recours contre le débiteur « principal, soit que le cautionnement « ait été donné au su ou à l'insu du « débiteur.—Ce recours a lieu tant pour « le principal que pour les intérêts et « les frais; néanmoins la caution n'a « de recours que pour les frais par elle « faits depuis qu'elle a dénoncé au dé- « biteur principal les poursuites diri- « gées contre elle.—Elle a aussi re- « cours pour les dommages et intérêts « s'il y a lieu. »

Art. 2029 : « La caution qui a payé « la dette, est subrogée à tous les droits « qu'avait le créancier contre le débi- « teur. »

Pothier distingue :

Ou la caution s'est fait subroger aux droits et actions du créancier, ou elle a négligé d'acquérir cette subrogation : au premier cas, elle exerce les droits du créancier *contre le débiteur* comme le créancier aurait pu faire lui-même. Si elle n'apas la subrogation, alors il lui accorde ou l'action de mandat ou de gestion d'affaires.

Le Code, dans les deux art. 2028 et 2029, n'a certainement pas reproduit cette doctrine.

Le 1er alinéa de l'art. 2028, constate d'abord que la caution qui a payé a un recours contre le débiteur, que ce recours a lieu soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur. Evidemment le principe de ce recours est l'exécution d'un mandat, ou une gestion d'affaires, comme l'explique immédiatement Pothier. C'est donc une action que la caution a de son chef.

Puis, le législateur détermine l'étendue, l'objet de cette action.

Et l'article suivant nous parle de subrogation? Quest-ce donc que cette subrogation? Ce n'est, et ne peut-être, que l'attribution faite par la loi des accessoires de la primitive créance, à la nouvelle action qui prend naissance dans la caution qui a payé, et qui par le paiement a éteint le droit primitif du créancier.

Source : BIU Cujas

tion, ou une novation. En tous ces cas, la caution a droit de demander que le débiteur principal la rembourse, soit de la somme qu'elle a payée, soit de celle qu'elle a compensée, soit de celle qu'elle s'est obligée de payer pour éteindre l'obligation du principal débiteur.

431. Si le créancier, en considération de la caution, a fait remise de la dette à titre purement gratuit, la caution ne peut rien demander au principal débiteur qui a profité de cette remise, parce qu'il n'en a rien coûté à la caution. Si la remise était faite pour la récompense des services que la caution a rendus au créancier, la caution pourrait se faire rembourser de cette somme par le débiteur principal ; car, en ce cas, il en a coûté à la caution la récompense qu'elle aurait pu espérer de ses services, dont elle souffre la compensation pour la dette de ce débiteur principal à laquelle elle a accédé comme caution. C'est la disposition de la Loi 12, ff. *Mandat.* Et cela est conforme à cette maxime de la loi 26, § 4, ff. *eod. tit. Sciendum est non plus fidejussorem consequi debere mandati judicio, quàm quod solverit* (1).

§ III. *Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu à l'action contre le débiteur principal.*

432. Pour que le paiement fait par la caution donne lieu à ces actions, il faut : 1° que la caution n'ait pas par sa faute négligé quelque fin de non-recevoir qu'elle eût pu opposer au créancier ;

2° Que le paiement ait été valable, et ait libéré le débiteur principal ;

3° Que le débiteur principal n'ait pas payé une seconde fois par la faute de la caution.

433. *Première condition.* Pour que la caution qui a payé ait recours contre le débiteur principal, il faut qu'elle n'ait pas négligé par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir, si elle en avait quelques-unes à opposer contre le créancier.

Par exemple, si quelqu'un m'a cautionné pour le prix d'un héritage que j'ai acheté, et qu'ayant connaissance que cet héritage m'a été évincé, il paie néanmoins le prix à mon vendeur envers qui il s'est rendu caution pour moi, il n'aura aucun recours contre moi ; parce qu'il pouvait se dispenser de payer, en opposant au vendeur l'exception résultant de l'éviction que j'avais soufferte. Si la caution a ignoré l'éviction, et par conséquent, l'exception qui en résultait contre la demande du prix que lui a faite le vendeur, je serai obligé de lui rendre ce qu'elle a payé, sauf mon recours contre mon vendeur : car elle n'est pas en faute de n'avoir pas opposé une exception dont elle n'avait pas de connaissance, et c'est moi qui suis en faute, au contraire, de ne l'en avoir pas avertie (2).

---

(1) Voilà un principe qui est extrêmement important, et qui établit une des notables différences entre la cession d'action et la subrogation : celui qui est cessionnaire d'un droit peut l'exercer dans sa plénitude sans avoir aucun égard à ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir, il pourrait même en être devenu cessionnaire par l'effet d'une donation : le débiteur contre qui le droit s'exercera ne peut point rechercher combien le demandeur a dépensé, c'est une opération qui lui est entièrement étrangère.

Au contraire, la caution, et en général quiconque invoque la subrogation, ne peut répéter que ce qu'il a dépensé *non plus consequi debere quam quod solverit.* Elle n'a point voulu spéculer, il suffit qu'elle ne soit pas en perte.

(2) Pothier suppose que la caution n'a payé que sur la demande judiciaire du créancier, par conséquent elle a été poursuivie : le débiteur est en faute de n'avoir pas prévenu la caution ; mais si la caution avait payé volontairement et sans être poursuivie, c'est elle-même qui serait alors en faute de ne s'être pas informée si ce débiteur avait des

Source : BIU Cujas

La loi 29, ff. *Mand.*, établit ces principes dans une espèce assez ressemblante. Au reste, il n'y a que l'ignorance de fait qui puisse, en ce cas, excuser la caution; il en serait autrement de l'ignorance de droit. *Finge.* J'ai acheté sous votre cautionnement une maison que je croyais subsister, et qui avait été entièrement brûlée avant le contrat (1) : quoique vous eussiez depuis appris l'incendie, vous avez payé le prix que vous croyiez par erreur de droit être dû; vous ne devez avoir aucun recours contre moi; *eâd.* L. 29, § 1.

434. Si la caution avait une fin de non-recevoir à opposer contre le créancier, mais qui fût telle qu'elle ne pût l'opposer honorablement, en ce cas, la caution n'est pas à la vérité obligée de l'opposer; mais elle ne doit pas priver le débiteur de la faculté de l'opposer. C'est pourquoi elle doit se laisser assigner pour le paiement, et appeler en cause le débiteur principal, afin qu'il puisse l'opposer, si bon lui semble; faute de le faire, la caution n'aura aucun recours contre le débiteur principal de ce qu'elle aura payé. C'est ce qui résulte des lois 48, ff. *Mand.* et 10, § 12, *eod. tit.*

On peut apporter pour exemple de ces fins de non-recevoir qu'on ne peut honorablement opposer, celle qu'on peut opposer au créancier de rente constituée, qui a laissé accumuler plus de cinq années.

435. La règle que nous avons établie, « que la caution, pour avoir recours contre le débiteur principal, doit n'avoir pas omis par sa faute d'opposer les fins de non-recevoir qu'elle avait à opposer,» souffre exception, lorsque ces fins de non-recevoir lui étaient personnelles, et ne pouvaient être opposées par le débiteur principal.

Par exemple, si la caution qui m'a cautionné jusqu'à un certain temps, paie pour moi après ce temps, quoiqu'elle eût pu se dispenser de payer, elle ne laissera pas d'avoir recours contre moi, parce qu'elle a payé pour moi ce que je n'aurais pu éviter de payer. C'est la décision de la loi 29, § 6, ff. *Mand. Quamquàm enim jam liberatus solverit, fidem implevit, et debitorem liberavit.* Il suffit qu'elle m'ait procuré à ses dépens la libération, pour que je doive l'en indemniser; autrement je m'enrichirais à ses dépens, ce que l'équité ne permet pas (2) : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari.*

436. *Deuxième condition.* Pour que la caution ait un recours contre le débiteur principal, il faut que le paiement qu'elle a fait soit valable : c'est pourquoi si celui qui me doit un cheval indéterminément m'a donné une caution, et que cette caution, par la suite, m'en fournisse un qui se trouve ne lui pas appartenir, la caution n'aura point de recours contre le débiteur principal; parce que le paiement qu'elle a fait n'est pas valable, et n'a point procuré au principal débiteur sa libération (3).

---

causes d'extinction de la dette qu'il pût opposer. *V.* art. 2031, 2e alinéa, C. civ.

Art. 2031 : « La caution qui a payé « une première fois, n'a point de re- « cours contre le débiteur principal qui « a payé une seconde fois, lorsqu'elle « ne l'a point averti du paiement par « elle fait; sauf son action en répéti- « tion contre le créancier.—Lorsque la « caution aura payé sans être poursui- « vie et sans avoir averti le débiteur « principal, elle n'aura point de re- « cours contre lui dans le cas où, au « moment du paiement, ce débiteur « aurait eu des moyens pour faire dé- « clarer la dette éteinte; sauf son ac- « tion en répétition contre le créan- « cier. »

(1) *V.* art. 1601, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 6, note 1.

(2) Elle aurait bien évidemment l'action de gestion d'affaires.

(3) Pothier paraît mettre de côté la règle, *En fait de meubles possession vaut titre :* mais le créancier qui peut l'invoquer, n'y est cependant pas obligé; c'est une faculté pour le possesseur actuel du meuble, mais non pas une nécessité.

Source : BIU Cujas

437. Cette règle souffre exception dans le cas auquel la caution poursuivie par le créancier paierait, dans l'ignorance où elle serait que le débiteur principal a déjà payé (1); car, quoique ce paiement fait par la caution, étant le paiement d'une somme qui avait cessé d'être due, ne soit pas un paiement valable, néanmoins la caution ne laissera pas d'avoir recours, *actione mandati contrariâ*, contre le débiteur principal, pour être remboursée de la somme qu'elle a payée, à la charge seulement par la caution de subroger le débiteur principal en son action de répétition contre le créancier qui peut être insolvable, pour que le débiteur principal s'en fasse payer comme il pourra.

C'est la décision de la loi 29, § 2, ff. *Mand.* Le débiteur principal est en faute de n'avoir pas averti la caution qu'il avait payé (2).

Cette décision ne doit pas avoir lieu lorsque la caution a cautionné le débiteur principal à son insu; car, en ce cas, le débiteur principal n'est pas en faute de n'avoir pas averti du paiement cette caution qu'il ne connaissait pas.

438. *Troisième condition.* — Un troisième cas auquel la caution qui a payé n'a pas de recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a payée, c'est lorsque, faute par elle d'avoir averti le débiteur principal, ce débiteur a payé une seconde fois au créancier; mais au moins elle peut demander que le débiteur lui cède son action pour répéter contre le créancier qui a reçu, ce qui ne lui était plus dû (3).

C'est la décision de la loi 29, § 3, ff. *Mand.*

Selon nos usages, ces cessions se suppléent, et on permettrait en ce cas-ci à la caution de répéter *rectâ viâ* du créancier ce qu'il aurait reçu une seconde fois.

§ IV. *Quand la caution qui a payé peut-elle exercer son recours.*

439. Régulièrement la caution qui a payé peut agir en recours contre le débiteur principal aussitôt qu'elle a payé pour lui; mais si elle avait payé avant que le terme fût échu, elle ne pourrait agir en recours contre lui qu'après l'expiration du terme; car elle ne doit pas par son fait le priver du terme dont il a droit de jouir; L. 22, § 1, L. 51, ff. *Mand.*

§ V. *Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux, la caution a-t-elle action contre chacun d'eux, et pour combien.*

440. La caution peut, par l'action *contraria mandati*, ou par l'action *contraria negotiorum gestorum*, agir contre chacun des débiteurs principaux qu'elle a cautionnés, pour la répétition du total de ce qu'elle a payé : car chacun de ces débiteurs principaux étant débiteur du total de la dette envers le créancier, la caution, en se rendant caution pour chacun d'eux, et en payant, a libéré chacun d'eux du total; et par conséquent elle a droit de conclure solidairement contre chacun d'eux au remboursement du total de ce qu'elle a payé (4), et aux intérêts, du jour de sa demande.

Si, dans ce que la caution a payé, il y avait des intérêts et des arrérages, ces intérêts et ces arrérages forment un capital à l'égard de la caution qui les a payés, vis-à-vis le débiteur pour qui elle les a payés, et les intérêts en sont

---

(1) La caution agira très prudemment en dénonçant au débiteur les poursuites dirigées contre elle par le créancier. *V.* art. 2031, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 234, note 2.

(2) Mais il pourrait aussi y avoir faute de la part de la caution pour avoir payé sans s'être assurée que le paiement n'avait pas déjà été effectué par le débiteur.

(3) *V.* art. 2031, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 234, note 2.

(4) *V.* art. 2030, C. civ., ci-dessus, p. 225, note 2.

Source : BIU Cujas

dus à la caution du jour de sa demande (1). Arrêt rapporté par Papon, X, 4, 20.

Observez néanmoins que, pour la somme qu'elle a payée pour ces intérêts et arrérages, la caution qui s'est fait subroger aux droits du créancier, sera colloquée sur les biens du débiteur contre qui elle exerce son recours, dans le même rang qu'y serait colloqué le créancier, s'il n'était pas payé : mais à l'égard des intérêts de cette somme, que nous disons lui être dus du jour de sa demande, comme ce n'est que de son chef qu'elle a droit de les prétendre, elle ne sera colloquée que du jour de l'acte d'indemnité passé devant notaire, si le débiteur lui en a passé un; ou s'il n'y en a point, du jour de la condamnation qu'elle aura obtenue contre lui (2).

La caution qui exige de l'un des débiteurs principaux qu'elle a cautionné, le total de la dette qu'elle a acquittée, doit céder à ce débiteur non-seulement ses actions qu'elle a de son chef contre les autres débiteurs, mais aussi les actions du créancier auxquelles elle a dû se faire subroger en le payant (3).

Si la caution, en payant le créancier a négligé de requérir cette subrogation, et qu'elle se soit par là mise hors d'état d'en pouvoir procurer la subrogation à celui des débiteurs principaux de qui elle exige le total de la dette qu'elle a acquittée, ce débiteur pourra, en offrant de la rembourser pour sa part, obtenir, *per oppositam exceptionem cedendarum actionum*, le congé de la demande de la caution pour les parts des autres débiteurs principaux.

Cela a lieu si le débiteur avait effectivement intérêt d'avoir la subrogation aux actions du créancier; mais s'il n'avait aucun intérêt à cette subrogation, si la subrogation aux actions que la caution a de son chef lui donne le même avantage sur les biens de ses codébiteurs, que la subrogation aux actions du créancier, en ce cas, il n'est pas recevable à se plaindre que la caution n'ait pas requis, en payant, la subrogation aux actions du créancier, et ne puisse la lui procurer; il est par conséquent non recevable dans l'exception *cedendarum actionum*.

C'est ce qui paraîtra par l'exemple suivant.

Finge. Plusieurs débiteurs ont emprunté solidairement une somme d'un créancier, sous mon cautionnement; et ils m'ont donné chacun un acte d'indemnité devant notaire, de même date que l'obligation qu'ils ont contractée envers le créancier. J'ai acquitté cette dette sans requérir la subrogation aux actions du créancier; j'en demande le remboursement pour le total à l'un des débiteurs. Il est évident qu'il ne peut pas se plaindre de ce que je ne puis lui procurer la subrogation aux actions du créancier; car l'action que j'ai de mon chef contre les codébiteurs, et à laquelle je suis prêt à le subroger, ayant une hypothèque résultant de l'acte d'indemnité de même date que l'hypothèque des actions du créancier; la subrogation à cette action, que je lui offre, lui procure le même avantage sur les biens de ses codébiteurs, que lui aurait procuré la subrogation à celles du créancier, et par conséquent le rend

---

(1) *V.* art. 1155, C. civ.

Art. 1155 : « Les revenus échus, « tels que fermages, loyers, arrérages « de rentes perpétuelles ou viagè- « res, produisent intérêt du jour de « la demande ou de la convention. « —La même règle s'applique aux re- « stitutions de fruits, et aux intérêts « payés par un tiers au créancier en « acquit du débiteur. »

(2) En tant que subrogée, la caution ne peut avoir une collocation hypothécaire plus ample que ne l'aurait eue le créancier primitif. Mais en tant qu'elle a rendu au débiteur un service, et comme ayant droit à la réparation du tort que lui a causé ce service rendu, elle ne peut obtenir de collocation en vertu des hypothèques primitives, c'est un droit qui est né postérieurement et en la personne de la caution, il lui faut donc une hypothèque de son chef pour cet objet.

(3) La subrogation aurait lieu de plein droit. *V.* art. 1251, 3e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 137, note 2.

Source : BIU Cujas

sans intérêt, et non recevable à se plaindre de ce que je ne la lui ai pas pu procurer (1).

Lorsque la caution ne s'est rendue caution que pour l'un des débiteurs solidaires, et non pas pour les autres, elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné : elle peut seulement, comme exerçant les droits et actions de son débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquittant la dette, aurait pu exercer contre eux, et de la même manière qu'il les aurait exercées (2); sur quoi voyez *suprà*, n° 281.

ART. II. — Des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé.

441. La loi 10, Cod. *Mand.*, ne reconnaît que trois cas dans lesquels une caution puisse, avant qu'elle ait acquitté la dette, agir contre le débiteur qu'elle a cautionné, pour en être par lui indemnisée. *Si pro eâ contrà quam supplicas fidejussor, seu mandator intercessisti, et neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare posteà cœpisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam præbeat; neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et antè solutionem convenire; nullâ ratione, antequàm satis creditori pro eâ feceris, eam ad solutionem urgeri certum est; eâd.* L. 10.

Le premier cas rapporté dans cette loi, est lorsque la caution a été condamnée à payer, *si neque condemnatus es.*

Selon notre pratique française, la caution n'est pas obligée d'attendre qu'elle ait été condamnée. Aussitôt qu'elle est poursuivie par le créancier, elle peut assigner le débiteur principal comme son garant, pour qu'il soit tenu de l'acquitter : elle doit même le faire ; faute de quoi le débiteur n'est point tenu d'acquitter la caution des frais faits avant qu'il ait été appelé en cause, mais seulement de l'exploit de la demande originaire, et des frais faits depuis qu'il a été mis en cause (3).

Le débiteur que la caution n'a pas appelé, peut même quelquefois se défendre de l'acquitter du principal, au paiement duquel la caution a été condamnée, lorsqu'il avait de bons moyens de défense contre la demande du créancier, qu'il eût pu opposer, s'il eût été appelé en cause ; *suprà*, n° 432.

Le second cas est lorsque le débiteur principal est en déroute, *neque posteà bona sua dilapidare comprobare possis* : en ce cas, la caution, quoiqu'elle n'ait pas encore payé, peut faire arrêt sur les biens du débiteur principal, afin qu'ils répondent du cautionnement qu'elle a subi pour lui (4).

---

(1) Au temps où écrivait Pothier, l'hypothèque résultait de tout acte notarié.

(2) *V.* art. 1166 et 1251, 3°, C. civ., *V.* ce dernier article, p. 137, note 2.

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. »

(3) *V.* art. 2032, § 1°, C. civ. *V.* également l'art. 2028, 2e alinéa, ci-dessus, p. 233, note 1.

Art. 2032 : « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée : — 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ; — 2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ; — 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; — 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; — 5° 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 tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé. »

(4) *V.* art. 2032, § 2°, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

Le troisième cas exprimé par cette loi, est lorsque le débiteur s'est obligé à rapporter à la caution la décharge de son cautionnement dans un certain temps : en ce cas, après le temps expiré, la caution peut agir contre le débiteur principal, pour qu'il lui rapporte cette décharge, ou deniers à suffire pour payer le créancier (1).

La loi dit, *neque ab initio,* parce que, suivant les principes du droit romain, cette convention devait intervenir dès le temps du mandat ; les conventions qui n'interviennent que depuis le contrat, n'étant que de simples pactes, qui, selon la subtilité du droit romain, ne pouvaient pas produire d'action. Voyez *in Pand. Justin. tit. de Pactis,* n° 34.

Ces subtilités n'ayant point été reçues dans notre droit, il n'importe que la convention soit intervenue dès le temps du contrat ou depuis.

La loi 38, § 1, *Mand.,* rapporte un quatrième cas ; *si diù reus in solutione cessavit.* Suivant cette loi, quoiqu'il n'y ait aucune clause par laquelle le débiteur principal serait obligé à faire décharger la caution de son cautionnement dans un certain temps ; néanmoins la caution, dont l'obligation dure depuis un temps considérable, peut assigner le débiteur principal à lui en procurer la décharge. La loi, par ce terme *diù,* désigne un temps considérable ; mais elle ne le détermine pas précisément.

Barthole l'arbitre à deux ou trois ans : plusieurs l'arbitrent au temps de dix ans depuis la date du cautionnement.

On ne peut rien définir à cet égard : cela doit dépendre des circonstances, et être laissé à l'arbitrage du juge (2) ; *glos. ad dict.* L. 38.

442. Lorsque l'obligation à laquelle une caution a accédé, doit par sa nature durer un certain temps, quelque long qu'il soit, la caution ne peut demander, pendant tout ce temps, que le débiteur principal l'en fasse décharger ; car, ayant connu ou dû connaître la nature de l'obligation à laquelle elle accédait, elle a dû compter qu'elle demeurerait obligée pendant tout ce temps : c'est pourquoi celui qui s'est rendu caution d'un tuteur pour la gestion de sa tutelle, ne peut demander au tuteur, tant que sa tutelle durera, qu'il le fasse décharger de son cautionnement, parce que l'obligation qui résulte de l'administration de sa tutelle, ne peut finir avant la fin de la tutelle (3).

Par la même raison, celui qui s'est rendu caution pour un mari envers sa femme de la restitution de sa dot, ne peut demander à ce mari, tant que le mariage dure, à être déchargé de son cautionnement, parce que l'obligation de la restitution de la dot est de nature à ne pouvoir s'acquitter qu'après la dissolution du mariage.

ART. III. — Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat.

443. Ou il y a eu une convention entre la caution et le débiteur principal, « que le débiteur serait obligé de la décharger de son cautionnement au bout d'un certain temps convenu entre les parties, » ou il n'y a eu à cet égard aucune convention.

Le premier cas fait moins de difficulté ; il ne laisse pas néanmoins d'avoir quelque difficulté apparente.

On peut dire qu'une telle convention n'est pas valable, comme contraire à la nature des rentes constituées, parce qu'il est de leur essence que le débiteur ne puisse jamais être forcé de les racheter : on ajoute que de telles conventions, si elles étaient permises, ouvriraient la voie aux fraudes des créanciers, qui, pour se ménager le pouvoir de forcer au rachat les débiteurs des

---

(1) *V.* art. 2032, § 3°, C. civ., ci-dessus, p. 238, note 3.

(2) *V.* art. 2032, § 5°, C. civ., *ibid.*

(3) Cette restriction est indiquée dans le § 5° de l'art. 2032, C. civ. *V. ibid.*

Source : BIU Cujas

rentes qu'on leur constituerait, n'acquerraient la rente que sous la condition secrète qu'on ferait intervenir une caution à eux affidée, avec qui le débiteur aurait convention de racheter la rente au bout d'un certain temps; et par ce moyen ces créanciers se feraient indistinctement des rentes usuraires, sans aliéner leur fonds et leur principal (1).

Nonobstant ces raisons, Dumoulin (*Tract. de Usur.*, quest. 30) décide que cette convention est valable; que la caution peut, au bout du temps convenu, exiger du débiteur principal qu'il la fasse décharger de son cautionnement, et que pour cet effet il soit tenu de rembourser la rente.

Si l'on oppose contre cette convention, qu'il est de l'essence des rentes constituées, que le débiteur ne puisse être forcé à les racheter; la réponse est qu'à la vérité il est de l'essence de ces rentes que le débiteur ne puisse être forcé par le créancier à les rembourser; mais rien n'empêche qu'il ne puisse y être forcé par un tiers. C'est la parfaite aliénation du sort principal que le créancier a payé pour l'acquisition de la rente, qui fait l'essence de la rente constituée; mais il suffit pour cette aliénation, que le créancier de la rente ne se soit pas retenu le droit de pouvoir l'exiger, et qu'il n'y puisse jamais obliger le débiteur : il est indifférent que le débiteur puisse y être obligé par un tiers.

Quant à la seconde objection, tirée de la fraude, la réponse est qu'elle ne se présume pas. Il est vrai que la permission de cette convention peut donner quelquefois occasion à l'espèce de fraude ci-dessus mentionnée, et c'est un inconvénient : mais si, sous le prétexte de cet inconvénient, cette convention, qui en elle-même n'a rien que de très licite, était défendue, il en résulterait un plus grand, qui est que souvent des personnes ne trouveraient pas l'argent dont elles ont besoin pour leurs affaires, faute de trouver des cautions qui voulussent contracter une obligation dont la durée ne serait pas limitée.

Le second cas, qui est celui auquel il n'y a eu aucune convention entre le débiteur principal et la caution, souffre plus de difficulté.

Dumoulin (*ibid.*) décide qu'en ce cas la caution ne peut, au bout de quelque longtemps que ce soit, obliger le débiteur principal à rembourser la rente, pour la décharger de son cautionnement; parce que la nature de la rente étant de durer perpétuellement, jusqu'à ce qu'il plaise au débiteur de la racheter, la caution, qui en a connu la nature, et qui a bien voulu la cautionner, s'est soumise à contracter une obligation perpétuelle, ainsi que l'est la rente. *Non obstat*, dit-il, *quòd diù vel perpetuò remanebit in obligatione, quia hoc est de naturâ obligationis, et sic prævisum fuit, et tamen fidejussit, et se perpetuò obligavit : simplex autem promissio indemnitatis intelligitur secundùm naturam obligationis principalis.*

Ainsi, ajoute-t-il, celui qui se rend caution pour celui qui a pris à bail un héritage pour le temps de quatre-vingts ans, contracte un cautionnement de pareille durée : ainsi les cautions d'une tutelle, ainsi les cautions d'un mari pour la restitution de la dot, contractent des cautionnements qui doivent durer autant que la tutelle ou le mariage, et dont elles ne peuvent être déchargées plus tôt : c'est la jurisprudence du Parlement de Toulouse, attestée par Catelan, t. 2, liv. 5, ch. 21.

Nonobstant ces raisons, on tient au palais que, même dans ce cas, auquel il n'y a eu aucune convention entre le principal débiteur et la caution, lorsque la caution s'est obligée à la prière du débiteur, et que son cautionnement dure depuis un temps très considérable, comme de dix ans au moins (2), la

(1) Toutes ces raisons seraient aujourd'hui sans fondement, puisqu'il est permis de placer des capitaux exigibles avec stipulation d'intérêts.

(2) Il est probable que l'art. 2032, § 5°, qui admet ce terme de dix ans, fait allusion à cette pratique. *V.* ci-dessus, p. 238, note 3.

Source : BIU Cujas

caution est bien fondée à demander au débiteur principal qu'il l'en décharge, en remboursant la rente dans un certain temps qui lui sera limité par le juge.

La raison est que, si une rente est de nature à toujours durer jusqu'à ce qu'elle soit remboursée, elle est aussi de nature à pouvoir toujours être remboursée.

Si la caution d'un preneur par bail à longues années, d'un tuteur, ou d'un mari, pour la restitution de la dot, ne peut être déchargée qu'après l'expiration du bail, ou après l'expiration du temps de la tutelle ou du mariage, c'est qu'il est de la nature de ces obligations de ne pouvoir finir plus tôt.

C'est pourquoi celui qui s'est rendu caution par ces espèces d'obligations, a dû compter que l'obligation de son cautionnement ne finirait pas plus tôt : mais les rentes constituées pouvant être remboursées, et se remboursant très fréquemment, celui qui s'est rendu caution pour le débiteur, a compté que le débiteur rembourserait la rente, et que son cautionnement ne serait pas éternel : c'est pourquoi, lorsqu'il dure trop longtemps, il doit être reçu à demander que le débiteur le décharge en remboursant la rente : c'est l'avis de Basnage, p. 2, ch. 5 ; Lacombe cite un arrêt qui l'a jugé.

Le droit qui résulte de la convention « que le débiteur sera tenu de rembourser la rente dans un certain temps convenu, pour décharger la caution, » ne s'exerce pas à la rigueur.

C'est pourquoi si la caution, après l'expiration du temps convenu, poursuit le débiteur pour faire ce remboursement, le juge doit être facile à accorder au débiteur une prorogation de temps pour satisfaire à cette obligation, lorsque le débiteur n'a pas la commodité de le faire incontinent ; Molin., *ibid.*

444. Lorsque le fidéjusseur qui est convenu avec le débiteur principal « qu'il rembourserait la rente dans un certain temps, » est devenu l'unique héritier du créancier de la rente ; ou lorsqu'en étant devenu héritier pour partie, la rente est tombée par le partage en son lot ; il est évident qu'il ne peut plus exiger du débiteur principal le remboursement de la rente ; car son cautionnement se trouve en ce cas éteint, ne pouvant pas être caution envers lui-même ; il ne peut donc plus être recevable à demander que le débiteur le décharge d'un cautionnement qui ne subsiste plus, et dont il se trouve libéré.

Quid, si la rente pour laquelle il s'est rendu caution envers le défunt, est tombée au lot de son cohéritier, ou que le partage ne soit pas encore fait ?

Dumoulin, *ibid.*, décide que, si la caution n'est devenue héritière du créancier que pour une petite portion, elle peut, en l'un et en l'autre cas, exercer le droit qu'elle a de son chef, d'obliger le débiteur à lui procurer la décharge de son cautionnement, en remboursant la rente ; mais que, si elle est devenue héritière du créancier pour une portion considérable, comme pour une moitié ou pour un tiers, elle ne peut, ni dans l'un ni dans l'autre cas, exiger du débiteur cette décharge.

La raison qu'il en rapporte est, que la caution, en devenant héritière pour une portion considérable de la rente, est devenue créancière de cette rente pour une portion considérable ; et que cette qualité de créancier pour une portion considérable de la rente qu'elle a, ou qu'elle a eue avant le partage, résiste au droit d'en exiger du débiteur le remboursement, pour se procurer la décharge de son cautionnement ; d'autant plus qu'il lui est ou qu'il lui a été facile de se procurer d'une autre manière cette décharge, en faisant tomber par le partage cette rente dans son lot.

J'aurais de la peine à me rendre à cette décision de Dumoulin, surtout dans le cas auquel la rente est échue en entier par le partage au cohéritier de la caution : car, suivant les principes de notre jurisprudence sur l'effet déclaratif et rétroactif des partages, qui n'étaient pas si bien établis au temps de Dumoulin qu'ils le sont aujourd'hui, un héritier n'est censé avoir succédé au défunt qu'aux effets qui lui sont échus dans son lot par le partage.

Source : BIU Cujas

La caution est donc censée n'avoir jamais succédé à la rente pour laquelle elle s'est rendue caution envers le défunt, cette rente étant tombée en entier dans le lot de son cohéritier. Elle n'a donc, et est censée n'avoir jamais eu pour aucune portion, la qualité de créancière de cette rente (1). Rien ne peut donc l'empêcher d'exercer le droit, qu'elle a de son chef, d'exiger du débiteur qu'il la rembourse, pour lui procurer la décharge de son cautionnement.

Quant à ce qu'ajoute Dumoulin, qu'il a été facile à la caution de se procurer d'une autre manière la décharge de son cautionnement, en faisant tomber la rente dans son lot, je réponds : —1° que cela ne dépendait pas entièrement de la caution, son cohéritier, à qui cette rente pouvait faire plus de plaisir que des fonds d'héritages, ayant pu exiger que le sort en décidât ;—2° quand cela aurait dépendu de la caution, je ne vois pas qu'elle fût obligée, pour faire plaisir au débiteur, de prendre cette rente plutôt que d'autres effets de la succession qui pouvaient lui faire plus de plaisir, et lui être plus avantageux.

Le cas auquel le partage n'est pas fait, a plus de difficulté : je penserais qu'en ce cas, sur la demande que donnerait la caution contre le débiteur pour le remboursement de la rente, on devrait surseoir jusqu'après le partage : car il n'est pas équitable que la caution poursuive le débiteur pour le remboursement, lorsqu'elle a espérance d'acquérir la décharge de son cautionnement par le partage, qui peut faire tomber cette rente dans son lot.

Quid, si le partage était fait, et que la rente fût demeurée en commun entre la caution et son cohéritier?

Je conviens qu'en ce cas la qualité qu'a la caution de créancière pour une portion de cette rente, l'empêche de pouvoir exiger du débiteur qu'il fasse le remboursement du total de cette rente; mais pourquoi ne pourrait-elle pas, en lui déclarant qu'elle consent qu'il la lui continue pour la portion qui lui est tombée en partage, exiger qu'il la lui rembourse pour la portion qui appartient à son cohéritier, afin de la décharger envers lui de son cautionnement? Je ne vois rien qui l'en doive empêcher.

La caution cesse d'avoir le droit d'exiger que le débiteur principal fasse le rachat de la rente, non-seulement lorsque c'est à titre d'héritier qu'elle devient propriétaire et créancière de la rente, mais aussi lorsqu'elle le devient à quelque titre que ce soit, soit universel, soit particulier; *putà*, si elle devient donataire ou légataire universelle du créancier de la rente, ou donataire ou légataire particulière de la rente : car elle n'a droit d'en demander le rachat que pour être déchargée de son cautionnement; et elle n'a plus besoin d'en être déchargée lorsqu'elle est devenue propriétaire de la rente, à quelque titre que ce soit, puisque dès lors son cautionnement est éteint, personne ne pouvant être caution envers soi-même.

Si le droit de propriété de la rente que la caution a acquis, n'était qu'un droit résoluble; *putà*, si elle était donataire ou légataire de cette rente, à la charge de substitution; l'obligation de son cautionnement serait, en ce cas, plutôt suspendue qu'éteinte : elle revivrait lorsque son droit de propriété viendrait à se résoudre, *putà*, par l'ouverture de la substitution.

C'est pourquoi la caution ne pourrait pas, à la vérité, exiger le rachat de la rente pendant le temps qu'elle en serait propriétaire; mais son droit de propriété venant à se résoudre, et en conséquence l'obligation de son cautionnement venant à revivre envers celui à qui la propriété de la rente a passé, le

---

(1) Pothier applique l'effet déclaratif et rétroactif du partage, aux rentes, c'est-à-dire à des choses incorporelles : cela nous paraît fort douteux, surtout en présence de l'art. 1220 (*V.* p. 150, note 1); et si par l'événement du partage le droit se trouve en totalité dans un lot, on peut dire qu'il y a eu cession de droits et que celui dans le lot duquel se trouve cette rente agira, *partive suo, partive procuratorio nomine*. *V.* L. 3, ff. *Familiæ ersciscundæ*.

Source : BIU Cujas

droit de demander au principal débiteur qu'il rachète la rente, pour qu'elle soit déchargée de son cautionnement, doit pareillement revivre ; et le temps dans lequel il s'est obligé de faire ce rachat, qui avait cessé de courir pendant que la caution était propriétaire de la rente, recommencera à courir.

Mais si la caution qui est devenue propriétaire de la rente, cesse d'en être propriétaire par une aliénation volontaire qu'elle en a faite, et non par la résolution de son droit, l'obligation de son cautionnement ne revit pas, ni par conséquent le droit d'exiger du débiteur le rachat de la rente; *Molin. ibid, quæst.* 29, n° 246.

Si la caution avait elle-même fait le rachat de la rente, quoiqu'elle se fût fait subroger aux droits du créancier, et qu'au moyen de cette subrogation, elle pût la faire revivre contre le débiteur, néanmoins elle pourra, en ne faisant pas usage de cette subrogation, répéter du débiteur principal la somme qu'elle a payée pour ce rachat.

La raison est, qu'un mandataire peut répéter, *actione mandati contrariâ*, tout ce que l'affaire dont il s'est chargé l'a obligé de débourser, *quidquid ex causâ mandati ipsi inculpabiliter abest* (V. *Pand. Justin. tit. Mand.*, n° 53 *et seq.*). Or c'est le cautionnement que la caution a subi à la prière du débiteur, qui l'a obligée à faire ce rachat, pour mettre fin à son obligation : donc cette somme *ipsi abest ex causâ mandati, et quidem inculpabiliter;* car le débiteur principal ne peut désapprouver cette dépense, puisqu'il s'était obligé lui même à faire le rachat, pour mettre fin à l'obligation de la caution son mandataire, si la caution ne l'eût fait elle-même : donc ce débiteur principal ne peut se défendre de la répétition de cette somme ; *Molin. ibid, quæst.* 30.

Soit que la caution ait donné des deniers pour le rachat de la rente, soit que, du consentement du créancier, elle lui ait donné quelque chose équivalent à la somme dont elle était rachetable, elle a la répétition de cette somme contre le débiteur principal ; car, en l'un et en l'autre cas, *ipsi ex causâ mandati abest.*

Observez que, si la caution avait fait le rachat de la rente avant l'expiration du temps dans lequel le débiteur s'était obligé de la racheter, elle n'en pourrait avoir la répétition qu'après l'expiration de ce temps : même après ce temps, cette répétition ne doit pas s'exercer avec rigueur, et lorsqu'elle est demandée, le juge doit être facile à accorder terme au débiteur pour trouver de l'argent.

Nous avons dit que la caution qui a racheté la rente, ne pouvait avoir la répétition des deniers du rachat contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, qu'autant qu'elle n'userait pas de la subrogation à elle accordée pour faire revivre la rente : pourquoi cela ?

Il semblerait au contraire que la caution ayant deux qualités, *duarum personarum vices sustinens,* pourrait exercer tout à la fois les droits différents qui résultent de ces deux qualités, savoir, celui d'exiger la continuation de la rente, comme subrogée aux droits du créancier, et celui qu'elle a de son chef, d'exiger que le débiteur principal rachète la rente. Il semble qu'elle le peut d'autant plus, que le débiteur principal paraît ne souffrir en cela aucun préjudice; puisque, si la caution n'avait pas fait le rachat, la caution pourrait exiger de lui qu'il le fît; et nonobstant cette demande de la caution, il ne laisserait pas d'être tenu de payer les arrérages au créancier jusqu'à ce qu'il l'eût fait : or il lui est indifférent de les payer à la caution subrogée aux droits du créancier, ou au créancier.

Nonobstant ces raisons, Dumoulin, *quæst.* 29, décide que la caution qui veut user du droit de subrogation, et se faire servir de la rente, ne peut plus, dès lors, user du droit qu'elle avait d'en exiger le rachat, parce que ce sont deux droits absolument incompatibles. Le créancier d'une rente constituée, ou celui qui en veut exercer les droits, est, par cette qualité, obligé de procurer au débiteur la libre jouissance du sort principal de la rente aussi longtemps

Source : BIU Cujas

qu'il plaira au débiteur; ce qui est contradictoire avec le droit d'exiger le sort principal.

Dumoulin, *quæst.* 30, n° 249, apporte ce tempérament à sa décision, que, si la caution, dans l'ignorance du droit où elle était qu'elle ne pouvait pas cumuler le droit de faire revivre à son profit la rente, et celui d'en exiger le rachat, en avait reçu une année ou deux d'arrérages, elle ne laisserait pas de pouvoir être reçue à en exiger le rachat, en offrant de renoncer à la subrogation aux droits du créancier, et d'imputer en conséquence sur le principal, les arrérages qu'elle a reçus.

ART. IV. — Des actions de la caution contre ses cofidéjusseurs.

445. Une caution peut bien exercer contre ses cofidéjusseurs les actions du créancier, lorsqu'elle a eu la précaution de s'y faire subroger; mais, suivant les lois romaines, elle n'a de son chef aucune action contre eux, même dans le cas auquel elle aurait payé la dette : c'est la décision de la loi 39, ff. *de Fid.*, L. 11, Cod. *eod. tit.*

Les jurisconsultes romains se sont fondés sur le principe suivant.

Lorsque plusieurs personnes se rendent cautions pour un même débiteur, elles ne contractent entre elles aucune obligation : chacune d'elles n'a d'autre intention que d'obliger le débiteur principal ; chacune d'elles ne se propose de faire l'affaire que du débiteur principal, et non celle de ses cofidéjusseurs : *Solius rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Ce principe est vrai, et on peut même dire évident : mais la conséquence que les jurisconsultes romains en ont tirée, « qu'un fidéjusseur ne peut jamais, sans subrogation d'actions, avoir aucune action de recours contre ses cofidéjusseurs, même lorsqu'il a payé la dette entière, dont ils étaient tous tenus, » est une conséquence trop dure, et que nous n'avons pas admise dans notre jurisprudence.

Au contraire, nos jurisconsultes français ont pensé que la caution qui a payé toute la dette, peut, sans subrogation d'actions, en répéter une part de chacun de ses cofidéjusseurs. C'était l'avis de d'Argentré, sur l'art. 213 de l'ancienne coutume de Bretagne, et l'on en a fait une disposition lors de la réformation, art. 194 (1).

Cette action ne naît pas du cautionnement que ce fidéjusseur a subi avec ses cofidéjusseurs, puisque par ce cautionnement ils n'ont contracté aucune obligation entre eux, suivant le principe ci-dessus établi : elle ne naît que du paiement que ce fidéjusseur a fait de toute la dette, et de l'équité, qui ne permet pas que ses cofidéjusseurs, qui étaient tenus comme lui de la dette, profitent à ses dépens du paiement qu'il en a fait.

Cette action n'est pas la vraie action *negotiorum gestorum;* ce fidéjusseur qui a payé la dette entière, ayant payé ce qu'il devait effectivement, s'étant acquitté de sa propre obligation, *proprium negotium gessit, magis quàm cofidejussorum* : mais cette action est une action *utilis negotiorum gestorum, quæ non ex subtili juris ratione, sed ex solâ utilitatis et æquitatis ratione proficiscitur;* parce que, quoique ce fidéjusseur, *ipsius inspecto proposito*, en payant la dette entière, fît plutôt sa propre affaire que celle de ses cofidéjusseurs, néanmoins, *effectu inspecto,* ayant, quant à l'effet, géré l'affaire de ses cofidéjusseurs en même temps qu'il faisait la sienne, les ayant, par le paiement qu'il a fait, libérés d'une dette qui lui était commune avec lui, l'équité exige qu'ils portent leur part de ce paiement, dont ils ont profité autant que lui.

Il y a quelques auteurs qui ont été bien plus loin, et qui ont soutenu que, dans le cas d'insolvabilité du débiteur principal, un fidéjusseur avait action de son

---

(1) *V.* art. 2033, C. civ., ci-dessus, p. 142, note 1.

Source : BIU Cujas

chef contre ses cofidéjusseurs, non-seulement après qu'il avait payé le créancier, pour répéter d'eux leurs parts de ce qu'ils auraient été tenus comme lui de payer au créancier; mais que, même avant d'avoir payé, chacun des fidéjusseurs avait action contre ses cofidéjusseurs pour qu'ils contribuent avec lui au paiement de la somme qu'ils doivent tous au créancier.

Ils ont été même jusqu'à dire, que, dans le cas de l'insolvabilité d'un débiteur de rente constituée, un fidéjusseur qui se trouvait depuis un temps considérable caution de cette rente, avait action contre ses cofidéjusseurs pour qu'ils fussent tenus de contribuer avec lui au rachat de cette rente; *Voyez* Basnage, *Traité des Hypothèques*, p. 2, ch. 6, qui cite quelques arrêts du Parlement de Normandie qui l'ont jugé ainsi; et Brodeau sur Louet, lettre F, ch. 27, qui cite aussi un arrêt du Parlement de Paris. Mais je pense que ces auteurs on tété trop loin.

J'accorde que, lorsque l'un des fidéjusseurs est poursuivi par le créancier, ce fidéjusseur poursuivi a action contre ses cofidéjusseurs, pour qu'ils aient à fournir chacun leur part de la somme demandée, dont le paiement doit faire cesser les poursuites; et qu'à faute de ce faire, ils seront tenus, chacun pour leur part, des frais faits depuis que les poursuites leur auront été dénoncées.

Cette action naît des poursuites faites contre ce fidéjusseur, et de l'équité, qui ne permet pas qu'entre plusieurs qui sont tenus également d'une même dette, l'un en soit plus poursuivi que les autres. C'est sur cette raison d'équité qu'a été établi le bénéfice de division entre les cofidéjusseurs.

Cette même raison d'équité qui fait admettre un fidéjusseur poursuivi pour le paiement, à demander au créancier qu'il partage son action et ses poursuites entre tous les fidéjusseurs, le doit pareillement faire admettre à demander à ses cofidéjusseurs qu'ils contribuent, chacun pour leur part, au paiement de la dette; et faute de ce, au paiement des frais faits depuis que les poursuites leur sont dénoncées. Il doit être admis à cette demande, même lorsqu'il a renoncé au bénéfice de division, ou qu'il en est exclu par la nature de la dette cautionnée; cette renonciation et cette exclusion n'ayant lieu qu'en faveur du créancier.

Mais, tant que le fidéjusseur n'est pas poursuivi pour le paiement, il n'a aucune action contre ses cofidéjusseurs pour les obliger à contribuer avec lui au paiement de la dette : car les cofidéjusseurs, suivant le principe établi ci-dessus, n'ayant entendu contracter entre eux aucune obligation, celle d'où naît l'action que l'un d'eux a contre ses cofidéjusseurs, lorsqu'il est poursuivi, n'est fondée que sur une raison d'équité, qui naît de la poursuite même qui est faite contre lui; d'où il suit qu'il n'en peut avoir aucune, tant qu'il n'est pas poursuivi.

A plus forte raison, le fidéjusseur d'une rente ne peut pas, en cas d'insolvabilité du débiteur principal, avoir action contre ses cofidéjusseurs, pour les obliger à contribuer avec lui au rachat de la rente; car de quelle obligation pourrait naître cette action? Lorsque le fidéjusseur l'a rachetée, il ne peut non plus demander autre chose à ses cofidéjusseurs, que la continuation de la rente, chacun pour leur part : car l'action qu'il a contre eux ne pouvant naître que de la règle d'équité, qui ne permet pas que ses cofidéjusseurs profitent de ce rachat à ses dépens; ces cofidéjusseurs ne retirant de ce rachat d'autre profit que la libération de la prestation d'une rente, ils ne peuvent être tenus à autre chose qu'à lui continuer, chacun pour leur part, une rente pareille à celle dont le rachat les a libérés envers le créancier (1).

Une caution qui a payé une dette exigible, ou racheté une rente, a action

---

(1) Le 2e alinéa de l'art. 2033, C. civ. (*V.* la note précédente), autorise le recours de l'une des cautions contre les autres, lorsqu'elle a payé dans un des cinq cas exprimés dans l'article précédent.

Source : BIU Cujas

contre les autres cautions principales, et en cas d'insolvabilité de quelques-unes d'entre elles, contre les certificateurs de cette caution insolvable, qui, à cet égard, la représentent; mais elle n'a aucune action contre ses propres certificateurs qui l'ont certifiée elle-même : car le certificateur est le fidéjusseur de la caution qu'il certifie, *est fidejussor fidejussoris;* la caution, vis-à-vis de ses propres certificateurs, tient lieu d'un débiteur principal, *est instar rei principalis.*

Par la même raison, lorsque le certificateur a payé, il a recours pour le total contre la caution qu'il a certifiée.

SECT. VIII. — DE PLUSIEURS AUTRES ESPÈCES D'OBLIGATIONS ACCESSOIRES.

ART. Ier. — De l'obligation de ceux qu'on appelle en droit MANDATORES.

446. Celui par l'ordre duquel j'ai prêté de l'argent à quelqu'un, est ce qu'on appelle en droit *mandator pecuniæ credendæ; toto tit.*, ff. *de Fidej. et Mand.*

Lorsque vous me donnez l'ordre de prêter une certaine somme d'argent à Pierre, cet ordre, que je me charge d'exécuter, renferme un contrat de mandat qui intervient entre nous.

Suivant les principes du contrat de mandat, le mandataire étant obligé envers le mandant, *actione mandati directâ*, à lui tenir compte de tout ce qu'il a *ex causâ mandati*, je suis, par ce contrat, en ma qualité de mandataire, obligé, *actione mandati directâ*, envers vous qui êtes le mandant, à vous céder l'action qui naît du prêt de la somme d'argent que j'ai fait en exécution de votre mandat, et que j'ai par conséquent *ex causâ mandati.*

De votre côté, vous êtes obligé envers moi, *actione mandati contrariâ*, de me rembourser et indemniser de la somme que j'ai déboursée pour exécuter votre mandat, en la prêtant par votre ordre à Pierre.

Par cette obligation vous devenez envers moi le répondant de Pierre pour la dette qu'il a contractée envers moi par le prêt que je lui ai fait.

En cela les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les fidéjusseurs.

Il ne faut pas néanmoins les confondre, et il y a une différence essentielle entre les uns et les autres.

L'obligation d'un fidéjusseur n'est autre chose qu'un simple accessoire à l'obligation du débiteur principal, laquelle a pour cause celle de l'obligation du débiteur principal.

Par exemple, lorsque vous vous rendez caution envers moi pour une somme d'argent que j'ai prêtée à Pierre, ou pour une somme d'argent que Pierre me doit pour le prix d'une chose que je lui ai vendue, le cautionnement que vous contractez n'est qu'une simple accession à l'obligation de Pierre; la cause de votre obligation, aussi bien que de celle de Pierre, à laquelle vous avez accédé, est la vente ou le prêt que j'ai fait à Pierre.

Il n'en est pas de même de l'obligation que vous contractez envers moi, par l'ordre que vous me donnez de prêter une certaine somme à Pierre : il est vrai qu'elle a le même objet que celle que Pierre contracte envers moi par le prêt que je lui fais par votre ordre. La somme d'argent que vous me devez rembourser, *actione mandati contrariâ*, n'est pas une pareille somme; mais c'est précisément la même somme qui m'est due par Pierre; et il ne m'est pas permis de la recevoir de vous et de lui, suivant la règle : *Bona fides non patitur ut idem bis exigatur;* L. 57, ff. *de Reg. jur.*

Mais, quoique votre obligation ait le même objet que celle de Pierre, quoique la somme qui m'est due par vous et par lui, soit une seule et même chose dont Pierre est le débiteur le plus principal, puisqu'il en est le débiteur pour lui-

Source : BIU Cujas

même absolument, et que vous en êtes débiteur plutôt pour lui que pour vous; néanmoins votre obligation n'est pas une pure accession à celle de Pierre; elle a une cause différente de celle de l'obligation de Pierre, qui est le contrat de mandat intervenu entre nous.

Ce contrat n'est pas un simple contrat accessoire, tel qu'est un cautionnement; c'est un contrat principal : votre obligation qui naît de ce contrat, qui est une obligation *ex causâ mandati*, a donc une cause distinguée de celle de l'obligation de Pierre, qui m'est débiteur *ex causâ mutui*.

De ces principes sur la différence de l'obligation d'un *mandator pecuniæ credendæ*, et de celle d'un simple fidéjusseur, suit cette différence entre l'un et l'autre, que, lorsqu'un simple fidéjusseur a payé la dette pour laquelle il s'est rendu caution, sans requérir, en faisant le paiement, la cession des actions du créancier contre le débiteur principal, il éteint par ce paiement la dette du débiteur principal, et il ne peut plus par la suite se faire céder les actions du créancier contre le débiteur principal, qui ont été éteintes par ce paiement; car sa dette n'étant pas seulement une dette de la même chose, mais étant précisément la même dette que celle du débiteur principal, à laquelle il n'a fait qu'accéder, le paiement qu'il a fait a éteint la dette du débiteur principal (1).

Au contraire, lorsqu'un *mandator pecuniæ credendæ*, par l'ordre de qui j'ai prêté une certaine somme à un tiers, *putà* à Pierre, me rembourse de cette somme, quoiqu'il n'ait pas requis la cession de mes actions contre Pierre, le paiement qu'il me fait n'éteint que son obligation, et celle de Pierre n'est pas éteinte : je demeure, nonobstant ce paiement, créancier de Pierre, *ex causâ mutui;* non pas à l'effet que je puisse exiger à mon profit la somme qui m'est due par Pierre *ex causâ mutui*, en ayant déjà été payé *ex causâ mandati;* mais j'en demeure créancier, à l'effet que je puisse céder les droits de cette créance à mon mandant lorsqu'il le requerra, comme j'y suis obligé envers lui *obligatione mandati directâ*.

C'est ce que nous apprenons de la Loi 28, ff. *Mand. Papinianus ait mandatorem debitoris solventem ipso jure reum non liberare; propter enim mandatum suum solvit et suo nomine, ideòque mandatori actiones putat adversùs reum cedi debere;* quoiqu'il n'ait pas requis cette cession lors du paiement.

A ces différences près, les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les cautions ou fidéjusseurs : quoique l'obligation *contraria mandati*, qu'ils contractent envers celui qui a prêté à quelqu'un une somme d'argent par leur ordre, ne soit pas tout à fait, comme l'est un cautionnement, une pure accession à l'obligation du débiteur à qui la somme a été prêtée par leur ordre, et qu'elle ait *propriam causam*, elle est néanmoins, ainsi que celle des cautions, accessoire à l'obligation de ce débiteur, et elle en dépend : elle n'est valable qu'autant que l'obligation de ce débiteur est valable; les *mandatores*, de même que les cautions, peuvent opposer toutes les exception *in rem*, que pourrait opposer le débiteur à qui la chose a été prêtée par leur ordre; L. 32, ff. *de Fidej.*

L'extinction de l'obligation de ce débiteur, de quelque manière qu'elle se fasse, soit par le paiement réel de la somme prêtée, soit par la compensation, la novation, la remise, la confusion, éteint l'obligation de ces *mandatores* (2), de même que celle des cautions. La Novelle 4, § 1, leur a donné, de même

(1) Mais aujourd'hui la loi lui donne la subrogation; ainsi cette distinction n'a plus lieu. *V.* art. 2029, C. civ., ci-dessus, p. 129, note 1.

(2) Soit parce que le créancier n'a plus de droit qu'il puisse céder au *mandator*, soit parce que les dépenses qu'il avait faites pour l'exécution du mandat lui étant pleinement remboursées, *jàm à se nihil abest.*

Source : BIU Cujas

qu'aux cautions, l'exception de discussion. Tout ce que nous avons dit de cette exception, *suprà*, sect. 6, art. 2, s'applique aux *mandatores*, de même qu'aux fidéjusseurs.

Pour que quelqu'un soit réputé *mandator pecuniæ credendæ*, et responsable par conséquent envers moi de la somme d'argent que j'ai prêtée à un tiers par son ordre, il faut que ce qu'il m'a dit ou écrit renferme un vrai mandat, par lequel il m'a chargé de prêter la somme à cette personne, avec intention de m'en indemniser.

Mais si, dans une conversation, vous ayant dit que j'avais une somme de mille écus à placer à constitution de rente, vous m'avez dit que Pierre cherchait à prendre de l'argent à constitution, et que vous croyiez l'emploi bon, ces termes n'expriment pas un mandat, mais un simple conseil, qui ne vous fait contracter envers moi aucune obligation, selon cette règle de droit : *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio, nisi dolus intervenerit*; L. 47, ff. *de Reg. jur.*

Observez néanmoins que, pour qu'un conseil n'oblige pas celui qui l'a donné, il faut qu'il ait été donné de bonne foi : c'est pourquoi la loi ajoute, *nisi dolus intervenerit :* car, si vous aviez connaissance de la mauvaise situation des affaires de Pierre, lorsque vous m'avez conseillé de lui donner mon argent, ce serait un dol de votre part, qui vous obligerait, au moins dans le for de la conscience (1), de m'indemniser de ce que je perdrais par l'insolvabilité de Pierre.

Vous pourriez même en être tenu dans le for extérieur, si j'avais une preuve bien évidente que vous en aviez connaissance.

Pareillement il ne faut pas prendre pour un *Mandatum credendæ pecuniæ*, ce qui n'est qu'une simple recommandation.

Par exemple, si vous avez dit : « Pierre, notre ami commun, a besoin que vous lui prêtiez dix pistoles, je vous le recommande »; ce discours ne renferme pas un mandat, mais une simple recommandation qui n'est pas obligatoire, L. 12, § 12, ff. *Mandat.*

Il en serait autrement si je vous avais dit : « Pierre a besoin de dix pistoles; je n'ai pas pour le présent la commodité de les lui prêter, je vous prie de lui prêter cette somme à ma place. » C'est un vrai mandat.

Pour qu'un *mandator pecuniæ credendæ* soit obligé de vous indemniser de l'argent que vous avez prêté à un tiers par son ordre, il faut que vous vous soyez renfermé exactement dans les termes de son mandat; *diligenter enim fines mandati custodiendi sunt;* L. 5, ff. *Mand.* Si donc vous avez fait autre chose que ce qui est porté par mon mandat; *putà*, si, vous ayant donné ordre de prêter une certaine somme d'argent à Pierre, vous la lui avez donnée à constitution de rente; *aut vice versâ*, si, vous ayant donné ordre de la lui donner à constitution de rente, vous la lui avez donnée à titre de prêt, je ne serai point obligé envers vous; car, une constitution de rente et un prêt étant choses différentes, on ne peut pas dire que vous ayez fait ce qui était porté par mon mandat.

Si je vous avais donné ordre de prêter une certaine somme à Pierre, *putà* 500 liv., et que vous lui ayez prêté 600 liv.; la somme de 500 liv. portée par mon mandat, étant contenue dans celle de 600 liv. que vous lui avez prêtée, suivant cette règle de droit : *In eo quod plus sit, semper inest et minùs;* (L. 110, ff. *de Reg. jur.*); il est vrai de dire que vous avez fait ce qui était porté par mon mandat, et en conséquence je suis obligé envers vous, *obligatione mandati contrariâ*, pour Pierre, jusqu'à concurrence de cette somme de 500 liv.

---

(1) Et selon les circonstances il pourrait bien y avoir obligation civile résultant du dol : il faut sans doute que le dol soit prouvé; et le procès peut se perdre *defectu probationis non defectu juris.*

Source : BIU Cujas

A l'égard des 100 liv. de surplus, ayant, quant à cet excédant, passé les bornes de mon mandat, je ne suis pas obligé envers vous à cet excédant.

Vice versâ, si vous avez prêté à Pierre une somme moindre que celle portée par mon mandat, je suis obligé envers vous pour Pierre; car vous avez exécuté mon mandat pour partie.

Si vous avez fait ce qui était à la vérité porté par mon mandat, mais que vous ne l'ayez pas fait de la manière qui y était prescrite, je ne serai point obligé envers vous.

Par exemple, si l'ordre que je vous ai donné de prêter une certaine somme à Pierre, portait « que vous tireriez de lui des effets en nantissement de cette somme,» et que vous n'en ayez point tiré ; ou s'il portait « que vous lui feriez passer une obligation devant notaire, à l'effet d'acquérir une hypothèque sur ses biens,» et que vous vous soyez contenté de son billet; dans tous ces cas et autres semblables, je ne serai pas obligé envers vous, parce que vous n'avez pas suivi ce qui était porté par l'ordre que je vous ai donné; L. 7, Cod. *de Fidej.*

Contrà vice versâ, si je vous avais donné ordre de prêter à Pierre une certaine somme, et de vous contenter de son simple billet, sans exiger de lui ni gages, ni caution, et que vous lui ayez fait passer une obligation par-devant notaires de la somme que vous lui avez prêtée par mon ordre, et que vous ayez même exigé de lui gage ou caution, je ne puis, en ce cas, me plaindre que vous ne vous soyez pas renfermé dans les termes de mon mandat; car vous avez fait ce qui y était renfermé, en faisant à Pierre le prêt de la somme que je vous avais donné ordre de lui faire; et ce que vous avez fait de plus, ne pouvant m'être qu'avantageux, je ne puis pas m'en plaindre.

Si je vous ai donné ordre de prêter une certaine somme à Pierre purement et simplement, et qu'en la lui prêtant, vous lui ayez accordé un terme pour le paiement, ou la faculté de payer quelque chose à la place, je ne contracterai aucune obligation envers vous; car, en lui accordant cela, vous avez passé les bornes de mon mandat. Je ne me suis obligé, *obligatione mandati contrariâ*, à vous rembourser la somme que je vous ai donné ordre de lui prêter, qu'autant que vous auriez été en état de me céder, après que je vous aurais remboursé cette somme, des actions contre Pierre, par lesquelles j'eusse pu, aussitôt que je l'eusse voulu, exiger cette somme de Pierre, sans qu'il pût me donner quelque chose à la place : ainsi vous étant, par les termes et facultés que vous avez accordés à Pierre, mis hors d'état de pouvoir me céder ces actions, je ne suis point tenu envers vous du prêt que vous avez fait à Pierre.

Au contraire, si je vous avais donné ordre de prêter à Pierre une certaine somme et de lui accorder un certain terme, et que vous la lui eussiez prêtée sans lui accorder de terme, je serai obligé envers vous pour cette somme, mais sans que vous puissiez l'exiger de moi qu'après l'expiration du terme porté par mon mandat. Au reste, je ne puis me plaindre que vous n'ayez pas accordé à Pierre le terme porté par mon mandat; car, pourvu que vous ne puissiez exiger de moi la somme qu'après l'expiration de ce terme, il m'est indifférent que vous puissiez l'exiger plus tôt du débiteur principal.

ART. II. — De l'obligation des commettants.

Nous verrons sur cette matière,

1° En quel sens les commettants accèdent aux obligations des contrats de leurs préposés, et en quoi ils diffèrent des autres débiteurs accessoires·

2° En quels cas il y a lieu à cette obligation des commettants.

3° Nous parlerons de l'effet de cette obligation ;

4° De l'obligation accessoire des commettants à celles qui naissent des délits de leurs préposés.

Source : BIU Cujas

§ I. *En quel sens les commettants accèdent aux obligations des contrats de leurs préposés, et en quoi ils diffèrent des autres débiteurs accessoires.*

447. Lorsqu'un négociant a commis quelqu'un à une maison de commerce, ou au gouvernement d'un vaisseau marchand, et pareillement lorsque des fermiers du roi ont préposé quelqu'un à la direction d'un bureau : dans tous les engagements que ce préposé contracte, quoique en son propre nom, pour les affaires auxquelles il est préposé, il s'oblige comme débiteur principal; et il oblige en même temps son commettant comme débiteur accessoire : car ce commettant est censé, par la commission qu'il lui a donnée, avoir consenti par avance à tous les engagements qu'il contracterait pour toutes les affaires auxquelles il l'a préposé, et s'en être rendu responsable.

Ces commettants sont des débiteurs accessoires d'une espèce différente des cautions et des *mandatores pecuniæ credendæ*. Ceux-ci ordinairement, en accédant à l'obligation du débiteur principal, s'obligent pour l'affaire du débiteur principal, et non pour leur propre affaire : au contraire le commettant, en accédant aux contrats de ses préposés, fait sa propre affaire plutôt que celle de ses préposés.

Si, dans le contrat du préposé, le préposé, par rapport aux engagements qu'il y contracte, est regardé comme le débiteur principal, et le commettant comme un débiteur accessoire, c'est seulement parce que le contrat se passe avec le préposé : le commettant, qui souvent n'a pas même connaissance du contrat, ne fait qu'y accéder par une adhésion générale qu'il est censé avoir faite d'avance aux contrats que ferait son préposé, lorsqu'il l'a préposé à ses affaires.

Mais ces contrats que fait le préposé, sont plutôt l'affaire du commettant que celle de son préposé; et au lieu que les fidéjusseurs et les *mandatores pecuniæ credendæ* doivent être indemnisés par le débiteur principal, des obligations qu'ils contractent, c'est au contraire le commettant qui doit indemniser son préposé.

§ II. *En quels cas y a-t-il lieu à l'obligation accessoire des commettants?*

448. Pour qu'il y ait lieu à cette obligation accessoire du commettant, il faut que le préposé ait contracté en son propre nom, quoique pour les affaires du commettant : mais lorsqu'il contracte dans la qualité de facteur ou de fondé de procuration de son commettant, ce n'est pas lui qui contracte, c'est son commettant qui contracte par son ministère (*suprà*, n° 74) : le préposé, en ce cas, ne s'oblige pas; c'est le commettant seul qui, par le ministère de son préposé, contracte une obligation principale.

Lorsque le préposé contracte en son nom, pour qu'il oblige son commettant, il faut que le contrat concerne les affaires auxquelles il est préposé, et que ce préposé n'ait pas excédé les bornes de sa commission; L. 1, § 7 et 12, *de Exerc. act.*

Tels sont les contrats de vente et d'achat de marchandises que fait un préposé à une maison de commerce, les achats que fait un capitaine préposé à la conduite d'un vaisseau marchand, des choses nécessaires pour équiper ou radouber son vaisseau, etc.

Les emprunts de deniers faits par un préposé, sont aussi censés faits pour les affaires auxquelles il est préposé, et obligent en conséquence le commettant, lorsque le contrat d'emprunt contient une déclaration de la cause pour laquelle l'emprunt est fait, et que cette cause concerne effectivement les affaires auxquelles l'emprunteur est préposé.

Par exemple, si un préposé à la conduite d'un vaisseau marchand, après avoir essuyé une tempête ou un combat, qui a fort maltraité son vaisseau, relâche à un port et y fait un emprunt d'une somme d'argent, avec déclara-

Source : BIU Cujas

tion que c'est pour radouber son vaisseau, le négociant qui l'a préposé, sera obligé à cet emprunt (1).

On décide même que le commettant est, en ce cas, obligé, quand même le préposé aurait diverti les deniers, et n'aurait point fait cet emploi; pourvu que la déclaration faite par le contrat d'emprunt fût vraisemblable, et que la somme empruntée n'excédât pas de beaucoup ce qui est nécessaire à l'affaire pour laquelle on a déclaré devoir l'employer; L. 1, §§ 8 et 9; L. 7, *Princip.* et § 1, ff. *de Exerc. act.*

Les préposés obligent leurs commettants tant que leur commission dure; et elle est toujours censée durer jusqu'à ce qu'ils aient été révoqués, et que la révocation ait été connue dans le public.

Quoique régulièrement tout mandat finisse par la mort du mandant, néanmoins l'utilité du commerce a établi que la commission de ces personnes durât même après la mort du négociant qui les a préposés, jusqu'à ce qu'ils soient révoqués par l'héritier ou autre successeur; et en contractant pour les affaires auxquelles ils sont préposés, ils obligent l'héritier du négociant qui les a préposés, ou sa succession vacante, s'il n'en a point laissé; L. 17, §§ 2 et 3; 11, ff. *Instit. act.*

Par la même raison, le commis de la direction d'un bureau de finance oblige les successeurs des fermiers qui l'ont préposé, tant qu'il n'est pas révoqué.

§ III. *De l'effet des obligations accessoires des commettants.*

449. Cette obligation s'étend à tout ce qui renferme l'obligation du préposé. Elle en dépend, de même que toutes les obligations accessoires dépendent de l'obligation principale à laquelle elles accèdent : c'est pourquoi cette obligation du commettant s'éteint lorsque celle du préposé s'éteint, soit par le paiement, soit par la novation (L. 13, § 1, ff. *de Inst. act.*); ou de quelque autre manière que ce soit.

Le commettant peut opposer toutes les exceptions *in rem* et fins de non-recevoir que peut opposer le préposé.

Il ne peut pas opposer le vice de l'obligation de son préposé, qui naîtrait de

---

(2) *V.* art. 232 et 234, C. comm.

Art. 232, C. comm. : « Le capitaine, « dans le lieu de la demeure des pro- « priétaires ou de leurs fondés de pou- « voir, ne peut, sans leur autorisation « spéciale, faire travailler au radoub du « bâtiment, acheter des voiles, corda- « ges et autres choses pour le bâti- « ment, prendre à cet effet de l'argent « sur le corps du navire, ni fréter le « navire. »

Art. 234, C. comm. : « Si, pendant « le cours du voyage, il y a nécessité « de radoub, ou d'achat de victuailles, « le capitaine, après l'avoir constaté « par un procès-verbal signé des prin- « cipaux de l'équipage, pourra, en se « faisant autoriser en France par le « tribunal de commerce, ou, à défaut, « par le juge de paix; chez l'étranger, « par le consul français, ou, à dé- « faut, par le magistrat des lieux, em- « prunter sur corps et quille du vais- « seau, mettre en gage ou vendre des « marchandises jusqu'à concurrence de « la somme que les besoins constatés « exigent.—Les propriétaires, ou le « capitaine qui les représente, tien- « dront compte des marchandises ven- « dues, d'après le cours des marchan- « dises de même nature et qualité dans « le lieu de la décharge du navire, à « l'époque de son arrivée. — L'affré- « teur unique ou les chargeurs divers, « qui seront tous d'accord, pourront « s'opposer à la vente ou à la mise en « gage de leurs marchandises, en les « déchargeant et en payant le fret en « proportion de ce que le voyage est « avancé. A défaut du consentement « d'une partie des chargeurs, celui qui « voudra user de la faculté de dé- « chargement sera tenu du fret entier « sur ses marchandises. »

Source : BIU Cujas

quelque incapacité personnelle de ce préposé : car le commettant qui l'a préposé ne peut pas arguer son propre fait et le choix qu'il en a fait : c'est pourquoi, quoiqu'un impubère, en contractant, ne s'oblige pas valablement, *ne quidem naturaliter* (1), si ce n'est *quatenùs locupletior factus est*, et qu'en conséquence, des cautions ne puissent intervenir (2) pour lui; néanmoins lorsqu'un marchand a préposé à son commerce un impubère, il est tenu *institoriâ actione*, des obligations qui naissent des marchés faits par cet impubère, sans pouvoir opposer le défaut d'âge de celui qui les a faits : *Pupillus institor obligat eum qui eum præposuit, institoriâ actione, quoniam sibi imputare debet qui eum præposuit;* L. 7, § *fin.* ff. *de Inst. act.*

450. En ce qui concerne l'exécution de l'action *institoria*, qui naît de l'obligation accessoire des commettants, il y a quelques différences à observer entre eux et les fidéjusseurs.

Lorsque plusieurs négociants ou plusieurs fermiers du prince ont commis quelqu'un à leur commerce, à la conduite de leur vaisseau, ou à la direction d'un bureau, ils sont tenus solidairement des obligations de leur préposé (L. 1, § *fin.;* et L. 2, ff. *de Exerc. act.*); et ils n'ont pas le bénéfice de division entre eux, qui est accordé aux fidéjusseurs. Cela doit d'autant plus avoir lieu parmi nous, que, selon notre jurisprudence, les associés sont tenus solidairement de tous les engagements relatifs à leur société.

451. Les fidéjusseurs, et même les *mandatores pecuniæ credendæ*, ont le bénéfice de discussion, qui leur a été accordé par la Novelle de Justinien, et dont nous avons traité *suprà*, sect. 6, art. 2; parce qu'ils ont contracté leur obligation plutôt pour les affaires du débiteur principal, que pour leurs propres affaires : mais l'obligation qu'un commettant contracte *ex contractu institoris*, étant une obligation que ce commettant contracte pour ses propres affaires, il n'a pas ce bénéfice de discussion, quand même il aurait déjà indemnisé son préposé, et lui aurait remis des fonds pour payer : mais, en ce cas, le créancier doit, s'il en est requis lors du paiement, lui accorder la cession de ses actions.

452. L'ordonnance de la marine (du mois d'août 1681), tit. 8, art. 2, accorde un bénéfice particulier aux armateurs, c'est de pouvoir se décharger des engagements contractés par le capitaine qu'ils ont préposé à la conduite de leur vaisseau, en abandonnant aux créanciers le bâtiment et le fret (3).

§ IV. *De l'obligation accessoire des commettants, qui naît des délits de leurs préposés.*

453. Ce n'est pas seulement en contractant, que les préposés obligent leurs commettants. Quiconque a commis quelqu'un à quelques fonctions, est responsable des délits et quasi-délits que son préposé a commis dans l'exercice des

---

(1) La loi 59, ff. *de Obl. et Act.*, le dit formellement. Je sais néanmoins que la question est controversée. Nous avons suivi le sentiment de Cujas. Voyez *in Pand. Justin.*, une scholie, après le n° 17 du titre *de Obl. et act.*, où nous avons rapporté fort au long les raisons sur lesquelles ce sentiment est établi, et les objections. Par obligation naturelle, nous entendons celle qui dans le for extérieur est reconnue comme obligation naturelle, et a *juris effectus :* car nous ne disconvenons pas qu'un impubère, *pubertati proximus*, s'il entend assez ce qu'il fait, peut s'obliger dans le for de la conscience. (*Note de l'édition de* 1764.)

(2) Cujas dit que la loi 127, ff. *de Verb. oblig.*, qui dit le contraire, doit s'entendre du cas auquel l'impubère a profité du contrat. (*Note de l'édition de* 1764.)

(3) *V.* art. 216, C. comm., ci-dessus, p. 44, note 3.

Source : BIU Cujas

fonctions auxquelles il était préposé (1) (L. 5, § 8, ff. *de Inst. act.*); et s'ils sont plusieurs qui l'ont préposé, ils en sont tous tenus solidairement (2) sans aucune exception de division ni de discussion.

Par exemple, si un commis aux aides, en faisant son exercice chez un cabaretier, a maltraité ce cabaretier, ou lui a causé quelque dommage dans ses effets, les fermiers du prince qui l'ont préposé sont responsables de ce délit, et obligés au paiement des dommages et intérêts auxquels leur commis sera condamné, sauf leur recours contre lui; parce que ce préposé a commis le délit dans ses fonctions. Si le commis avait maltraité ou volé quelqu'un hors de ses fonctions, ils n'en seraient pas tenus.

Cette obligation du commettant est une obligation accessoire à l'obligation principale du préposé qui a commis le délit.

Elle s'étend à tout ce que l'obligation principale renferme pour les dommages et intérêts dus à celui contre qui le délit a été commis; mais le commettant n'en est tenu que civilement, quoique celui qui a commis le délit en soit tenu par corps. Les commettants ne peuvent opposer contre l'action qui en naît, ni l'exception de division, ni celle de discussion; ils peuvent seulement, en payant, requérir la cession des actions du créancier.

§ V. *Des pères de famille et des maîtres.*

454. Une autre espèce d'obligation accessoire, est celle des pères de famille, qui sont responsables des délits de leurs enfants mineurs et de leurs femmes, lorsqu'ils ne les ont pas empêchés, ayant été en leur pouvoir de le faire (3).

Ils sont présumés avoir pu empêcher le délit, lorsqu'il a été fait en leur présence. Lorsqu'il a été fait en leur absence, il faut juger par les circonstances si le père a pu empêcher le délit.

Par exemple, si un enfant a eu querelle avec son camarade, et l'a blessé d'un coup d'épée, quoique hors de la présence de son père, le père peut être tenu de ce délit, comme ayant pu l'empêcher; ce qu'il pouvait faire en ne permettant pas à son fils de porter l'épée, surtout s'il était naturellement querelleur.

455. Ce que nous disons des pères, s'applique aux mères, lorsque, après la mort de leurs maris, elles ont leurs enfants sous leur puissance.

Cela peut s'appliquer pareillement aux précepteurs, pédagogues, et à tous ceux qui ont des enfants sous leur conduite.

456. Les maîtres sont aussi tenus des délits de leurs domestiques, lorsqu'ils ne les ont pas empêchés, ayant pu le faire (4).

Ils sont même tenus de ceux qu'ils n'ont pu empêcher, lorsque les domestiques les ont commis dans les fonctions auxquelles ils étaient préposés.

Par exemple, si votre cocher, en conduisant votre carosse, a, par brutalité ou par impéritie, causé quelque dommage, vous en êtes civilement responsable, sauf votre recours contre lui, qui est le débiteur principal.

Les pères et les maîtres ne sont pas tenus des engagements que contractent leurs enfants ou leurs domestiques en contractant, à moins qu'il ne soit justifié qu'ils les avaient préposés à quelque administration à laquelle ces engagements contractés par les enfants ou domestiques, ont rapport.

---

(1) *V.* art. 1384, 3e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 58, note 2.

(2) Le Code n'a pas expressément déclaré cette solidarité. Peut-être pourrait-on invoquer l'art. 55, C. pénal. *V.* ci-dessus p. 123, note 3.

(3) *Voyez* article 1384, Code civil, rapporté ci-dessus, page 58, note 3.

(4) Le Code ne déclare les maîtres responsables du dommage causé par leurs domestiques que *dans les fonctions auxquelles ils les ont employés;* et alors il n'admet pas l'excuse de n'avoir pu l'empêcher. *V. ibid.*

Source : BIU Cujas

Par exemple, s'il était justifié que j'étais dans l'usage de payer aux marchands les fournitures qu'ils faisaient à ma fille, ou à ma cuisinière pour l'approvisionnement de ma maison, un marchand sera bien fondé à me demander le paiement de ce que madite fille ou madite domestique a acheté chez lui en mon nom; à moins que je ne prouvasse que je l'ai averti de ne plus lui en fournir, ou à moins que ce qu'il a fourni n'excédât de beaucoup ce qu'il faut pour la provision de ma maison. Faute par le marchand de prouver cet usage, je dois avoir congé de sa demande, en affirmant que, lorsque j'ai envoyé ma fille ou ma cuisinière acheter des provisions, je lui ai donné de l'argent pour les payer; arrêt du *Journal des Audiences*, tom. 5.

SECT. IX ET DERNIÈRE.—Du pacte constitutæ pecuniæ.

Le pacte *constitutæ pecuniæ*, est une espèce d'obligation accessoire qui est ajoutée à une première obligation, et qui n'est contractée que pour la corroborer.

457. Le pacte *constitutæ pecuniæ*, chez les Romains, était une convention par laquelle quelqu'un assignait à un créancier un certain jour ou un certain temps dans lequel il promettait de le payer; *Diem solvendæ pecuniæ constituebat.* C'est ce qui résulte des termes de l'édit *de Constitutâ pecuniâ.*

Le mot *pecunia,* dans cet édit, comme dans la loi des Douze-Tables et dans les autres édits des préteurs, se prend pour toutes les choses, tant corporelles qu'incorporelles, qui composent les biens des particuliers, et qui peuvent être l'objet des obligations : *Pecuniæ nomine non solùm numerata pecunia, sed omnes res tam soli quàm mobiles, et tam corpora quàm jura continentur;* L. 222, ff. *Verb. sign.—Pecuniæ appellatione* rem *significari Proculus ait;* L. 4, ff. *eod. tit.*

Selon nos usages, le pacte *constitutæ pecuniæ* peut se définir tout simplement, une convention par laquelle quelqu'un promet à un créancier de le payer (1).

458. On peut faire cette promesse à son propre créancier, ou au créancier d'un autre.

Lorsque quelqu'un, par ce pacte, promet à son propre créancier de le payer, il naît une nouvelle obligation qui ne détruit pas la première dont il était déjà tenu, mais qui y accède; et par cette multiplication d'obligations le droit du créancier se trouve fortifié.

En cela le droit de créance personnelle est différent du droit de domaine et de propriété.

Lorsque j'ai, en vertu de quelque titre, le domaine et la pleine propriété d'une certaine chose, je ne puis plus acquérir ce domaine en vertu d'aucun autre titre. *Dominium non potest nisi ex unâ causâ contingere;* L. 3, § 4, ff. *de Acq. poss.*

Au contraire, quoique je sois déjà créancier d'une chose en vertu d'un titre, je puis encore par la suite devenir créancier de la même chose, soit du même débiteur qui s'obligera de nouveau de me la donner, soit d'autres débiteurs.

Paul, en la loi 159, ff. *de Reg. jur.* observe cette différence entre le droit de domaine et le droit de créance personnelle : *Non ut ex pluribus causis idem nobis deberi potest, ita ex pluribus causis idem potest nostrum esse.*

459. A quoi, dira-t-on, peut être utile au créancier la nouvelle obligation que contracte envers lui son débiteur par le pacte *constitutæ pecuniæ?*

---

(1) Le Code ne s'est point occupé particulièrement de cette convention; il faut donc lui appliquer les effets généraux des contrats, tels qu'ils sont déterminés par la loi. *V.* art. 1107, C. civ., ci-dessus, p. 8, note 1.

Source : BIU Cujas

Elle lui est utile dans l'un et dans l'autre for. En ce qui concerne le for intérieur, plus les obligations du débiteur sont multipliées, plus il y aurait d'infidélité de sa part de ne les pas acquitter; et par conséquent le droit qu'a le créancier d'en attendre l'exécution, est d'autant plus fort (1).

A l'égard du for extérieur, lorsque l'obligation du débiteur qui, par ce pacte, avait promis à son créancier de le payer, était une obligation purement naturelle, telles qu'étaient chez les Romains toutes celles qui n'étaient formées que par de simples pactes non revêtus de la stipulation; il est évident, en ce cas, que l'obligation que le débiteur contractait par le pacte *constitutæ pecuniæ*, était très utile au créancier, puisqu'elle lui donnait une action que ne lui donnait pas la première (2).

Le degré d'infidélité qu'il y a à manquer à des obligations réitérées, avait porté le préteur à donner une action contre le débiteur, pour le contraindre à accomplir l'obligation qui naissait de ce pacte : *Quoniam grave est fidem fallere;* L. 1, ff. *de Pec. const.*

Lorsque l'obligation du débiteur qui, par ce pacte, avait promis à son créancier de le payer, était une obligation civile qui lui donnait une action, l'obligation et l'action qui naissent de ce pacte, ne lui étaient pas à la vérité nécessaires : le pacte n'était pas néanmoins inutile, et il paraît qu'on l'interposait à l'égard des obligations civiles aussi bien qu'à l'égard des obligations naturelles : *Debitum ex quâcumque causâ constitui potest, ex quocumque contractu, etc.;* L. 1, § 6, *et seq.*, ff. *de Pec. const.*

Ce pacte servait surtout à déterminer le temps dans lequel le paiement devait se faire, lorsqu'on ne s'en était pas expliqué par le contrat; et cette détermination servait, selon les principes du droit romain, à mettre de plein droit, par le seul laps de ce temps, le débiteur en demeure, lorsqu'il n'avait pas satisfait à son obligation (3); au lieu que, lorsqu'on n'avait déterminé aucun temps, le débiteur ne pouvait être mis en demeure que par la litiscontestation.

460. Même dans le cas auquel le créancier n'aurait pas eu besoin du pacte *constitutæ pecuniæ*, pour fixer le temps du paiement qui se trouvait déjà fixé et déterminé par le contrat, Ulpien décide que le pacte peut encore avoir quelque utilité. *Si is qui et jure civili et prætorio debebat, in diem fit obligatus, an constituendo teneatur... habet utilitatem, ut ex die obligatus, constituendo se eâdem die soluturum teneatur;* L. 3, § 2, ff. *eod. tit.*

Pour comprendre en quoi pouvait consister cette utilité, il faut faire attention que, selon les principes de l'ancien droit romain, les actions dépendaient de formules embarrassantes, dont la moindre inobservation faisait déchoir le créancier de son droit d'action. Il était par conséquent utile d'avoir plusieurs actions pour la créance d'une même chose, afin que si, par défaut de forme, on venait à décheoir d'une, on pût avoir recours à l'autre : c'est pourquoi, bien que l'obligation fût une obligation civile, qui donnait une action au créancier, le pacte *constitutæ pecuniæ* qui donnait une nouvelle action, n'était pas tout à fait inutile.

461. Les pactes *constitutæ pecuniæ* qui avaient pour objet de déterminer un certain jour ou un certain terme dans lequel quelqu'un s'obligeait envers un créancier de lui payer ce qui était dû, ne sont guère en usage parmi nous : car cette détermination du temps dans lequel le paiement doit se faire, qui, selon les principes du droit romain, était utile au créancier, pour que le dé-

---

(1) Celui qui ne respecte pas une première promesse pourra bien ne pas trop s'inquiéter de la seconde.

(2) Dans notre droit l'obligation naît déjà de la première promesse. *V.* art. 1134, C. civ., ci-dessus, p. 46, note 1.

(3) Il faudrait une convention expresse à cet égard. *V.* art. 1139, C. civ., ci-dessus, p. 67, note 4.

Source : BIU Cujas

biteur fût plus facilement constitué en demeure, n'est ordinairement, selon les principes de notre droit français, d'aucune utilité au créancier; puisque, selon les principes de notre droit français, soit qu'il y ait un certain terme de paiement, soit qu'il n'y en ait pas, le débiteur ne peut ordinairement être constitué en demeure que par une interpellation judiciaire; c'est-à-dire, par un exploit de demande; ou, lorsqu'il y a un titre exécutoire de créance, par un commandement.

Nous avons néanmoins parmi nous des conventions qu'on peut aussi appeler des pactes *constitutæ pecuniæ*, par lesquelles on promet à un créancier de lui payer ce qui lui est dû. Telles sont celles par lesquelles les héritiers d'un débiteur passent un titre nouvel au créancier, et s'obligent de lui payer ce qu'ils lui doivent en leur qualité d'héritiers.

La nouvelle obligation qui en résulte, et qui est ajoutée à celle contractée par le défunt, à laquelle ces héritiers ont succédé, est utile au créancier, puisqu'elle lui donne le droit d'exécution que ne lui donnait plus celle contractée par le défunt (1).

Nous verrons sur ce pacte,

1° Ce qui est nécessaire pour sa validité;

2° S'il renferme nécessairement un terme dans lequel le paiement doit se faire;

3° Si par ce pacte on peut s'obliger à plus, ou à autre chose, ou différemment que par la première obligation;

4° Quelle est la nature de l'obligation qui naît de ce pacte.

Nous dirons quelque chose, dans un cinquième paragraphe, du pacte par lequel on promet à un créancier de lui donner certaines sûretés.

§ I. *De ce qui est nécessaire pour la validité du pacte* constitutæ pecuniæ.

462. Il résulte de la définition que nous avons donnée du pacte *constitutæ pecuniæ*, qu'il suppose la préexistence d'une dette qu'on promet de payer à celui qui en est le créancier.

C'est pourquoi, si, par erreur, je suis convenu avec vous de vous payer une certaine somme que je croyais vous être due par moi, ou par un autre; l'erreur ayant été depuis découverte, vous ne pouvez pas en exiger le paiement, le pacte étant nul, faute d'une dette qui en ait été le fondement (2). *Hactenus constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit;* L. 11, ff. *de Const. pec.*

Quid, si je vous ai promis de payer une somme que j'ai déclaré vous devoir, quoique dès lors j'eusse connaissance que je ne vous la devais pas?

Cette convention ne peut pas être valable comme pacte *constitutæ pecuniæ*, faute d'une dette qui en doit être le fondement: elle renferme, en ce cas, une donation que je vous ai voulu faire; et elle ne peut être valable, si elle n'est revêtue des formes que la loi civile requiert pour la validité des donations (3).

463. Lorsque la dette dont on a promis le paiement par le pacte *constitutæ pecuniæ*, était suspendue par une condition sous laquelle elle avait été contractée, et qui n'était pas encore accomplie; quoiqu'il n'y eût pas encore alors de dette, néanmoins si par la suite la condition s'accomplit, le pacte sera valable; car les conditions, lorsqu'elles sont accomplies, ayant un effet rétroactif au temps du contrat, la dette sera censée avoir existé dès le temps qu'elle a

---

(1) *V.* art. 877, C. civ., ci-dessus, p. 74, note 4.

(2) La promesse a été faite sur une fausse cause; or l'obligation sur une fausse cause est sans effet. *V.* art. 1131, C. civ., ci-dessus, p. 24, note 1.

(3) A moins qu'on n'admette la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, lorsqu'elles ne sont pas faites en fraude des droits d'autrui, ni pour violer les dispositions prohibitives de la loi.

Source : BIU Cujas

été contractée, et par conséquent dès le temps du pacte *constitutæ pecuniæ* qui n'est intervenu que depuis; L. 19, ff. *eod. tit.*

Mais si la condition vient à défaillir, le pacte ne sera pas valable; il renferme nécessairement la condition sous laquelle la dette était due, quoique les parties ne s'en soient pas expliquées.

Quid, si j'avais promis expressément de payer, même dans le cas auquel la condition viendrait à défaillir?

La promesse de payer en ce cas ne peut pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ*, faute d'une dette qui y serve de fondement : elle renferme, pour le cas de la défaillance de la condition, une donation qui ne peut être valable, si l'acte n'est revêtu des formes des donations entre-vifs (1).

464. Il n'importe de quelle manière soit dû ce qu'on promet de payer par le pacte *constitutæ pecuniæ;* car de quelque manière que vous soit dû ce que je promets de vous payer, ne fût-ce que par une obligation purement naturelle, ce n'est pas une donation que je vous fais; c'est un paiement que je promets de vous faire, et par conséquent c'est la vraie espèce du pacte *constitutæ pecuniæ.*

Quid, si la dette était de celles qui sont expressément réprouvées par la loi civile, le pacte *constitutæ pecuniæ* par lequel on se serait obligé à la payer, serait-il valable?

Je pense que, si cette dette était réprouvée par la loi civile, non par un vice de la cause d'où elle était née, mais par une incapacité de la personne qui l'a contractée, à qui la loi civile défendait de la contracter, et que cette incapacité ne subsistât plus lors du pacte, le pacte ne laisserait pas d'être valable (2).

Par exemple, lorsqu'une femme, étant sous puissance de mari, a emprunté une somme qui n'a pas tourné à son profit, je pense qu'étant devenue veuve, elle peut valablement s'obliger par ce pacte à la payer; car, quoique cette dette soit réprouvée par la loi civile qui la déclare nulle, il suffit qu'elle soit due dans le for de la conscience, pour que le paiement qui en serait fait par cette femme, fût un vrai paiement, et non une donation.

D'où il suit que la convention par laquelle elle a promis de la payer, ne renferme pas une donation, mais une promesse de payer; et par conséquent c'est un véritable pacte *constitutæ pecuniæ*, que cette femme a pu valablement faire, puisqu'elle était alors libre, et capable de s'obliger.

On opposera que nous avons décidé *suprà*, n° 395, que cette obligation ne peut pas servir de fondement à un cautionnement; donc, dira-t-on, elle ne peut pas, par la même raison, servir de fondement au pacte *constitutæ pecuniæ* (3).

Je réponds qu'il y a une grande différence entre l'un et l'autre. Un cautionnement n'est qu'une simple adhésion à l'obligation du débiteur principal : l'obligation d'un cautionnement ne peut subsister seule par elle-même; il faut qu'il y ait une obligation principale dont elle soit l'accessoire. Or une obligation que la loi civile réprouve, et qu'elle déclare absolument nulle, nest pas susceptible d'accessoires, et ne peut par conséquent servir de matière à un cautionnement.

Le droit que j'acquiers contre vous, lorsque vous vous rendez caution envers moi pour quelqu'un, n'étant qu'une extension du droit que j'ai contre

---

(1) On pourrait, selon les circonstances, voir dans ce pacte une nouvelle convention pour nover la précédente, surtout si la somme était inférieure à la première.

(2) On y verrait une ratification de la première obligation.

(3) Cette objection ne serait plus proposable aujourd'hui; l'obligation de la femme n'est plus absolument nulle.

Source : BIU Cujas

celui que vous cautionnez ; si je n'en ai aucun contre lui, la loi déclarant son obligation absolument nulle, je n'en puis avoir contre vous.

Il n'en est pas de même du pacte *constitutæ pecuniæ*.

Si l'on dit que l'obligation qui en naît est *accessoire* à l'obligation principale qu'on s'oblige par ce pacte d'acquitter, on ne le dit qu'en ce sens, qu'elle est ajoutée à cette obligation principale ; mais on ne le dit pas dans le même sens qu'on le dit d'un cautionnement.

Ce n'est pas une obligation qui ne soit, comme l'est un cautionnement, qu'une simple adhésion à l'obligation principale : c'est une obligation qui subsiste par elle-même, *propriis viribus*, et même quelquefois après que l'obligation principale a cessé d'exister, comme nous le verrons *infrà* par la loi 18, § 1, ff. *eod. tit.*

S'il est de l'essence du pacte *constitutæ pecuniæ* qu'il préexiste une dette, ce n'est que parce qu'il doit avoir pour objet un paiement, sans quoi il renfermerait une donation.

Or, pour que ce pacte ne renferme pas une donation, et qu'il ait pour objet un paiement, il suffit que la dette qu'on promet de payer par ce pacte soit due, au moins dans le for de la conscience, et qu'il y ait en conséquence un juste sujet d'en faire le paiement, quoiqu'elle soit, pour le for extérieur, déclarée nulle par la loi civile.

465. Observez néanmoins que, pour la validité du pacte *constitutæ pecuniæ*, par lequel on a promis de payer quelqu'une de ces dettes que la loi civile réprouve et déclare nulles, il faut que cette dette ne soit pas réprouvée par un vice de la cause d'où elle est née, mais seulement par une incapacité civile de la contracter dans la personne qui l'a contractée, et que cette incapacité ne subsiste plus dans cette personne lors du pacte, par lequel elle promet de la payer ; telle qu'était celle dont nous venons de rapporter l'exemple.

Mais si la dette qu'on a promis de payer par le pacte *constitutæ pecuniæ* était une dette que la loi civile réprouve pour un vice de la cause d'où elle est née ; *putà*, si c'est une dette pour dépenses faites par un domicilié au cabaret ; quoiqu'elle soit due dans le for de la conscience, et que le paiement qui en serait fait, fût valable ; néanmoins le pacte par lequel on promettrait au cabaretier de la payer, ne serait pas valable, et il ne serait pas écouté à en demander le paiement.

La raison est que le vice de la cause de cette dette subsiste toujours : soit que le cabaretier en demande le paiement, en vertu de la première obligation qu'a contractée celui qui a fait la dépense dans son cabaret, soit qu'il le demande en vertu de ce pacte, c'est toujours la demande d'une dette de cabaret, qui n'est pas écoutée en justice (1).

466. Lorsque la dette n'est dette que selon la subtilité du droit, telle qu'est celle qui résulterait d'une promesse que vous auriez extorquée sans cause et par violence, dont je ne suis tenu ni dans le for extérieur, au moyen de l'exception par laquelle je puis m'en défendre, ni dans le for de la conscience ; elle ne peut servir de fondement au pacte *constitutæ pecuniæ*. *Si quis constituerit quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id est, per exceptionem an constituendo teneatur ? Et est verum non teneri, quia debita juribus* (2) *non est pecunia quæ constituta est ;* L. 3, § 1, ff. *de Pec. const.*

La raison est qu'étant de l'essence du pacte *constitutæ pecuniæ*, qu'il ait pour objet le paiement d'une dette, une telle dette, dont il ne peut se faire un

(1) Cette disposition, toute morale qu'elle était, n'a point été renouvelée par nos lois.

(2) *Id est, nec jure naturali, nec quoad effectum jure civili, propter exceptionem.* (Note de l'édition de 1764.)

Source : BIU Cujas

paiement valable, ne peut servir de fondement à ce pacte (1) : car, ou le paiement s'en fait par erreur, et il n'est pas valable, puisqu'il y a lieu à la répétition de la chose payée (L. 26, § 3, ff. *de Cond. ind.*); ou le paiement s'en fait avec connaissance du vice de la dette, et, en ce cas, c'est plutôt une donation qu'un paiement, suivant cette règle : *Cujus per errorem dati conditio est, ejus per errorem dati donatio est* (L. 53, ff. *de Reg. jur.*) Or une donation ne peut être l'objet du pacte *constitutæ pecuniæ;* ce ne peut être que le paiement d'une dette.

467. Il est à la vérité nécessaire, comme nous l'avons vu jusqu'à présent, pour que le pacte *constitutæ pecuniæ* soit valable, que, lors de ce pacte, il existe une dette qu'on promette par ce pacte de payer ;

Mais l'existence de la chose qu'on promet par ce pacte de payer, n'est pas de même toujours nécessaire : car si cette chose était périe par le fait ou la faute de celui qui en était le débiteur, ou depuis qu'il a été constitué en demeure, la chose continuerait, en ce cas, d'être due (2), quoiqu'elle ait cessé d'exister, comme nous le verrons *infrà*, part. 3, ch. 6, art. 3; ce qui suffit pour que le pacte *constitutæ pecuniæ* par lequel on promet de payer cette chose, quoiqu'elle n'existât plus lors du pacte, soit valable, et oblige celui qui a fait la promesse à payer le prix de cette chose.

C'est ce que décide Julien : *Promissor hominis, homine mortuo quum per eum staret quominùs traderetur, si hominem daturum se constituerit, de constitutâ pecuniâ tenebitur ut pretium ejus solvat;* L. 23, ff. *eod. tit.*

468. Pourvu que lors du pacte il existe une dette dont le paiement en fasse l'objet, il n'importe pour la validité du pacte, que ce soit le débiteur qui promette de la payer, ou que ce soit une autre personne qui promette de la payer pour lui (3) : *Et quod ego debeo, tu constituendo teneberis;* L. 5, § 2, *eod. tit.*

Il n'est pas même nécessaire que le consentement du débiteur intervienne, lorsqu'un autre s'oblige par ce pacte de payer pour lui ce qu'il doit : on pourrait même faire ce pacte malgré lui : car, de même qu'on peut payer pour quelqu'un sans son consentement, et même malgré lui (L. 52, ff. *de Solut.*), de même on peut s'obliger de payer pour quelqu'un sans son consentement, et même malgré lui.

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Utrùm præsente debitore, an absente constituat quis, parvi refert : Hoc ampliùs etiam invito.... undè falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si postquàm quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, exceptionem dandam : Nec immeritò; nam cùm semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare;* L. 27, ff. *eod. tit.*

Je puis à la vérité, par le pacte *constitutæ pecuniæ,* promettre de payer ce qui est dû par un autre; mais il faut, pour que le pacte soit valable, que je promette de le payer comme chose due par celui qui en est effectivement le débiteur. Si je promettais de le payer, comme m'en croyant le débiteur, le pacte ne serait pas valable, si je n'étais pas le débiteur ; L. 11, ff. *eod. tit.*

469. De même qu'un paiement est valable, non-seulement lorsqu'il est fait au créancier, mais lorsqu'il est fait à un autre de son ordre ou de son consentement, de même ce pacte est valable, soit que ce soit au créancier lui-même à qui on promette de payer, soit que ce soit à un autre, pourvu que ce soit de son consentement.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Ulpien : *Quod constituitur, in rem*

---

(1) La cause de cette seconde promesse est infectée du même vice que la première.

(2) C'est plutôt l'estimation de la chose qui est due que la chose elle-même.

(3) Celui qui fait cette promesse intervient ou comme débiteur accessoire ou comme caution du premier débiteur.

Source : BIU Cujas

exactum est non utique ut is cui constituitur creditor sit ; nam quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur; L. 5, § 2 : pourvu, comme nous venons de le dire, que ce soit du consentement du créancier. Mais si on promettait de payer à un autre qu'au créancier sans son consentement, le pacte ne serait pas valable, quand même ce serait à celui à qui on eût pu valablement payer. *Si mihi, aut Titio stipuler, Titio.* C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Constitui suo nomine non posse, Julianus ait ; quia non habet petitionem, tametsi ei solvi possit;* L. 7, § 1, ff. *eod. tit.*

§ II. *Si le pacte* constitutæ pecuniæ *renferme nécessairement un terme dans lequel on promet de payer.*

470. Chez les Romains, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, le pacte *constitutæ pecuniæ* renfermait ordinairement un certain jour ou un certain terme dans lequel on promettait de payer. Ce mot *constitutum* paraissait tellement renfermer l'idée d'un terme de paiement, qu'on avait douté si le pacte *constitutæ pecuniæ* pouvait être valable, lorsqu'il n'y en avait aucun d'exprimé.

C'est ce que nous apprenons d'Ulpien, qui pense néanmoins que le pacte, en ce cas, ne laisse pas d'être valable, mais qu'on doit y sous-entendre un terme au moins de dix jours ; L. 21, § 1, ff. *eod. tit.*

Cette décision ne doit, à mon avis, avoir lieu que lorsque les parties ne s'étaient pas plus expliquées sur le temps du paiement dans le contrat par lequel la dette avait été contractée, que dans le pacte *constitutæ pecuniæ* par lequel on s'est obligé de la payer : mais si le contrat portait le temps dans lequel elle devait être payée, je pense que les parties qui ne s'en sont pas expliquées par le pacte *constitutæ pecuniæ*, doivent être présumées être convenues du même temps qui est porté par le contrat.

Ce principe du droit romain, « que le pacte *constitutæ pecuniæ* doit toujours contenir un certain terme exprès ou tacite, dans lequel devra se faire le paiement qu'on promet par ce pacte de faire, » n'a pas lieu parmi nous (1), suivant ce que nous avons observé au commencement de cette section.

§ III. *Si l'on peut, par le pacte* constitutæ pecuniæ, *s'obliger à plus que ce qui est dû, ou à autre chose que ce qui est dû, ou s'y obliger d'une différente manière.*

471. Il n'est pas nécessaire, pour la validité du pacte *constitutæ pecuniæ*, qu'on promette par ce pacte de payer précisément la même somme que celle qui est due ; ce peut être une somme moindre : *Si quis viginti debens, decem constituit se soluturum, tenebitur;* L. 13, ff. *de Pec. const.* Observez que, dans ce cas, quoique le débiteur ne soit tenu *ex pacto constitutæ pecuniæ* que *in decem*, il ne laisse pas de demeurer débiteur de la somme entière, *ex pristinâ obligatione;* le pacte *constitutæ pecuniæ* ne détruisant point la première obligation; et ne faisant qu'y accéder (2).

472. On peut bien promettre valablement par le pacte *constitutæ pecuniæ*, de payer une somme moindre que celle qui est due, mais on ne peut valablement promettre une plus grande somme; et si on l'a fait, le pacte ne sera valable que jusqu'à la concurrence de la somme due : *v. g. Si quis centum aureos debens, ducentos constituat, in centum tantummodò tenetur;* L. 11, § 1, ff. *eod. tit.*

---

(1) *V.* art. 1900, C. civ.

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. »

(2) A moins que les parties n'aient voulu faire novation, en contractant une obligation nouvelle.

Source : BIU Cujas

La raison est que ce qui serait donné de plus que la somme due, ne serait pas un paiement, mais une donation. Or, comme nous l'avons déjà dit plusieurs fois, le pacte *constitutæ pecuniæ* ne peut être valable que comme promesse de payer, et non comme donation.

Par la même raison, si quelqu'un avait promis par ce pacte de payer une autre chose outre la somme qu'il doit, le pacte ne serait valable que pour la somme : *Si decem debeantur, et decem et Stichum constituat, potest dici decem tantummodò nomine teneri;* L. 12, *eod. tit.*

473. Il n'est pas néanmoins nécessaire pour la validité du pacte *constitutæ pecuniæ*, qu'on s'oblige de payer précisément la même chose qui est due : on peut promettre valablement de payer une autre chose, non pas outre celle qui est due, mais à sa place ; car le paiement qui est fait d'une autre chose à la place de celle qui est due, étant valable, lorsque le créancier y consent, comme nous le verrons *infrà*, part. 3, n° 531, la convention de payer autre chose que celle qui est due, doit pareillement être valable.

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *An potest constitui aliud quàm quod debetur quæsitum est? Sed cùm jam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui;* L. 1, § 5, ff. *eod. tit.*

474. Ce pacte « de payer une autre chose que celle qui est due » peut se faire valablement, non-seulement par le débiteur, mais par un tiers qui promet de payer cette autre chose pour le débiteur : car, de même qu'un tiers peut valablement payer pour le débiteur une autre chose à la place de celle qui est due, lorsque le créancier y consent, il peut aussi promettre valablement par ce pacte de faire ce paiement.

En cela ce pacte est différent du cautionnement : car, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 368, une caution ne peut valablement s'obliger à une autre chose qu'à celle qui est due par le débiteur principal : *In aliam rem quàm quæ creditа est fidejussor obligari non potest;* L. 42, ff. *de Fidej.*

La raison de différence est qu'un cautionnement n'est qu'une simple adhésion de la caution à l'obligation du débiteur principal ; elle ne peut donc avoir un objet différent.

Au contraire, le pacte *constitutæ pecuniæ* suppose à la vérité la préexistence d'une dette, ayant pour objet le paiement de cette dette; mais il n'est pas pour cela une simple adhésion à l'obligation principale : il peut avoir un objet différent de celui de l'obligation principale ; car le paiement de la dette principale, qui est l'objet de ce pacte, pouvant se faire, du consentement du créancier, en une autre chose que celle qui est due, on peut promettre par ce pacte de payer une autre chose que celle qui est due; auquel cas le pacte a un autre objet que celui de l'obligation principale. Une autre preuve « que le pacte *constitutæ pecuniæ* n'est pas une simple adhésion à l'obligation principale, » est que l'obligation qui naît de ce pacte subsiste quelquefois après que l'obligation principale est éteinte, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

475. On peut s'obliger par ce pacte différemment que par l'obligation principale.

Par exemple, on peut par ce pacte s'obliger de payer dans un autre lieu que celui porté par l'obligation principale : *Eum qui Ephesi promisit se soluturum, si constituit alio loco se soluturum, teneri constat;* L. 5, ff. *de Pec. const.*

On peut même par ce pacte s'obliger de payer dans un terme plus court que celui porté par l'obligation principale : *Sed et si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur;* L. 4, ff. *eod. tit.*

Ce pacte par lequel on promet de payer dans un terme plus court est valable, soit qu'il soit interposé par le débiteur, soit qu'il soit interposé par un tiers qui promet de payer pour lui, comme l'a fort bien remarqué Accurse, en sa glose sur cette loi.

Source : BIU Cujas

Cela n'est pas contraire au principe de droit que nous avons rapporté *suprà*, n° 370. *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari* (L. 8, § 7, ff. *de Fidej.*) car ce principe n'a lieu qu'à l'égard de ceux dont l'obligation n'est qu'une pure adhésion à celle du débiteur principal, tels que sont des fidéjusseurs : mais l'obligation qu'on contracte par le pacte *constitutæ pecuniæ*, quoiqu'elle doive avoir pour objet le paiement d'une obligation préexistante, n'est pas, comme nous l'avons déjà remarqué, une pure adhésion à cette obligation ; puisque, comme nous l'avons déjà vu, on peut s'obliger par ce pacte à donner une autre chose que celle qui est due, pourvu que ce soit en paiement et à la place de celle qui est due, qu'on promette de la donner.

Pareillement, pourvu que le pacte n'ait d'autre objet que le paiement de la dette, on peut par ce pacte s'obliger plus durement à faire ce paiement que ne s'y était obligé le débiteur par l'obligation principale, et par conséquent à le faire dans un terme plus court. Accurse observe fort bien sur cette loi, que celui qui s'oblige par ce pacte, et qu'il appelle *reus constitutæ pecuniæ*, est en cela différent du fidéjusseur.

Je ne puis approuver le sentiment de Cujas, qui, dans son Commentaire sur Paul *ad Ed.* sur cette loi, reprend Accurse d'avoir distingué le *reus constitutæ pecuniæ*, du fidéjusseur ; et qui soutient que le fidéjusseur peut aussi bien que le *reus constitutæ pecuniæ*, s'obliger à payer dans un plus court terme que n'y est obligé le débiteur principal, et qu'on ne trouvera nulle part dans les lois qu'il ne le puisse pas.

Je réponds qu'il suffit que les lois disent en général que les fidéjusseurs ne peuvent pas s'obliger *in duriorem causam*, pour qu'on en puisse conclure qu'ils ne peuvent s'obliger à payer dans un terme plus court, que ne l'est le débiteur principal : car il est clair que la condition de celui qui est obligé à payer *hîc et nunc* et sans terme, est plus dure que celle de celui qui a un terme : et il est vrai de dire qu'il est obligé à plus, puisque le plus s'estime *non solùm quantitate*, mais DIE, *conditione*, *loco*, *etc.*

Il y a plus : la loi 16, § 5, ff. *de Fidej.*, décide expressément que, si quelqu'un a cautionné, sous une certaine condition, un débiteur principal qui était obligé de payer au bout d'un certain terme, et que la condition s'accomplisse avant le terme, la caution ne sera pas obligée. N'est-ce pas dire bien expressément qu'une caution ne peut être obligée à payer sans terme, lorsque le débiteur principal a un terme ?

476. La loi 8, ff. *de Pec. const.* nous fournit un autre exemple du principe « qu'on peut s'obliger différemment et plus durement par le pacte *constitutæ pecuniæ*, que par l'obligation principale. » Elle décide que je puis valablement convenir par ce pacte, « qu'on me paiera à moi seul ce qui, par l'obligation principale, était payable ou à moi, ou ès mains d'une autre personne ; » ce qui ne se pourrait pas par un cautionnement : la condition de la caution qu'on priverait de la faculté qu'a le débiteur de payer entre les mains d'une autre personne, serait plus dure que celle du débiteur principal ; L. 34 ff. *de Fidej.*

Cujas, dans le même ouvrage, *ad leg.* 10 et 13, dit que cette loi doit être restreinte dans son cas, c'est-à-dire, lorsque c'est le débiteur lui-même qui me promet par ce pacte de me payer à moi seul ce qui était payable à moi, ou entre les mains d'une autre personne ; et qu'un tiers ne pourrait pas faire ce pacte, parce qu'il ne peut pas plus qu'un fidéjusseur s'obliger *in duriorem causam.*

Je pense, au contraire, que ce pacte n'étant pas une pure adhésion à l'obligation principale, un tiers peut, par ce pacte, s'obliger *in duriorem causam*, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Source : BIU Cujas

477. Il nous reste à observer que, dans les titres nouveaux, que passent des héritiers, et par lesquels ils s'obligent au paiement de ce qui était dû par le défunt, ils peuvent bien, à la vérité, selon les principes que nous venons de rapporter, apposer pour ce paiement des clauses différentes de celles portées par le titre primordial; mais il faut pour cela qu'ils déclarent qu'ils entendent en cela innover au titre primordial; autrement, tout ce qui, dans les actes, se trouve différent de ce qui est porté par le titre primordial, est présumé s'y être glissé par erreur, et n'est pas valable; la présomption étant que l'intention de ceux qui passent ces actes, est de reconnaître et de confirmer ce qui est porté par le titre primordial, et non d'y rien innover (1). Voy. *infrà*, n. 778.

§ IV. *De l'effet du pacte* constitutæ pecuniæ, *et de l'obligation qui en naît.*

478. *Premier principe.* Le pacte *constitutæ pecuniæ*, qui a pour objet le paiement d'une obligation préexistante, ne renferme aucune novation; il produit une nouvelle obligation qui n'éteint pas la première, mais qui y accède (2).

Second principe. Quoique le pacte *constitutæ pecuniæ* n'éteigne pas la première obligation, il y apporte quelquefois quelques changemens ou modifications; ce qui, néanmoins, selon la subtilité des principes du droit romain, ne se faisait pas *ipso jure*, mais *per exceptionem* (3).

Troisième principe. Quoique l'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ* accède à la première elle n'est pas moins une pure adhésion à la première obligation; elle subsiste par elle-même, et même quelquefois elle continue de subsister après l'extinction de la première.

Quatrième principe. Le paiement de l'une de ces obligations éteint et acquitte les deux.

479. Le premier de nos principes n'a pas besoin d'explication.

Le second s'éclaircira par des exemples.

Premier exemple. Nous avons vu en l'article précédent, qu'on pouvait, par le pacte *constitutæ pecuniæ*, promettre de payer à la place de la somme ou de la chose qui est due, une autre chose que celle qui est due. Supposons que mon débiteur d'une somme de trente pistoles, m'a promis de me donner à la Toussaint six poinçons du vin de sa récolte, en paiement de la solde de trente pistoles qu'il me doit : ce pacte ne détruit point la première obligation. Je puis, en vertu de la première obligation, demander à mon débiteur les trente pistoles; et ma demande procède *ipso jure*.

Mais comme par le pacte je suis convenu qu'il pourrait me payer, à la place de cette somme, six pièces du vin qu'il aurait recueilli, il peut, *per exceptio-*

---

(1) *V.* art. 1337, 1er et 2e alinéa, C. civ.

Art. 1337 : « Les actes récognitifs ne « dispensent point de la représentation « du titre primordial, à moins que sa « teneur n'y soit spécialement relatée. « —Ce qu'ils contiennent de plus que « le titre primordial, ou ce qui s'y « trouve de différent, n'a aucun effet. « —Néanmoins, s'il y avait plusieurs « reconnaissances conformes, soute- « nues de la possession, et dont l'une « eût trente ans de date, le créancier « pourrait être dispensé de représen- « ter le titre primordial. »

(2) Chez nous la novation n'est assujettie à aucune forme, à aucune solennité de paroles comme chez les Romains, tout dépend de l'intention des parties, il faudra donc rechercher cette intention.

(3) Cette distinction est inutile chez nous, car les simples conventions, sérieusement faites, produisent des effets reconnus et approuvés par le droit civil.

Source : BIU Cujas

nem pacti, en offrant lesdites six pièces de vin, demander à être renvoyé de ma demande des trente pistoles.

Au moyen de cette exception qu'il peut m'opposer, sa première obligation, qui était une obligation pure et simple de me payer précisément la somme de trente pistoles, reçoit par le pacte une modification, et devient une obligation de trente pistoles, avec la faculté de payer les six pièces de vin à la place.

Le créancier étant créancier des trente pistoles en vertu de la première obligation, et créancier des six pièces de vin en vertu de celle qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ*, il peut, si bon lui semble, intenter l'action qui naît du pacte, et demander les six pièces de vin : mais si le débiteur aimait mieux payer les trente pistoles, il pourrait, en offrant le paiement des trente pistoles, faire cesser la demande des six pièces de vin ; parce que, suivant le quatrième de nos principes, le paiement des trente pistoles qui acquitte la première obligation, acquitte les deux.

480. *Second exemple.*—Si, étant votre débiteur d'une somme qui était payable à vous seul en votre domicile, je vous ai promis par le pacte *constitutæ pecuniæ* de la payer, ou entre vos mains ou entre celles de votre correspondant, dans un lieu moins éloigné, ce pacte apporte en ma faveur une modification à mon obligation, en ce que, au lieu que j'étais obligé précisément de payer entre vos mains et au lieu de votre domicile, j'acquiers par ce pacte la faculté de pouvoir payer entre les mains de votre correspondant, et dans un lieu qui m'est plus commode ; ce qui ne se faisait néanmoins, selon la subtilité du droit romain, que *per exceptionem. Si quis pecuniam constituerit* tibi aut Titio; *etsi stricto jure, priori* (1) *actione pecuniæ constitutæ manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur ;* L. 30, ff. *de Pec. const.*

481. *Troisième exemple.* —Lorsque par le pacte *constitutæ pecuniæ* mon débiteur a promis de me payer dans un certain terme la somme qu'il me devait sans terme, ou dans un terme plus court, ce pacte apporte une modification à sa première obligation, et la rend payable au terme porté par ce pacte : car je suis censé lui avoir accordé par ce pacte le terme dans lequel il a promis de me payer; ce qui doit me rendre non recevable à le demander plus tôt, même par l'action qui naît de la première obligation.

Il en serait autrement si c'était un tiers qui m'eût promis de payer pour vous dans un certain terme ce que vous me devez sans terme, ou dans un terme plus court.

Ce pacte ne ferait aucun changement à votre obligation, et ne m'empêcherait pas de vous demander, avant le terme porté par ce pacte, ce que vous me devez : car ce n'est pas à vous que j'ai accordé le terme porté par ce pacte où vous n'étiez pas partie.

482. Il y a néanmoins des cas auxquels vous pouvez profiter indirectement du pacte par lequel un tiers a promis de payer pour vous : tel est le cas auquel le tiers aurait promis de payer pour vous une certaine somme à la place de la chose que vous devez. Vous acquérez indirectement par ce pacte, quoique vous n'y soyez pas partie, la faculté de vous libérer de votre obligation

(1) Cujas a substitué ce mot *priori* au mot *propriâ*, qui n'a pas de sens : au moyen de cette correction, le sens de ce texte est clair. Quoique le débiteur qui a payé entre les mains de Titius, demeure toujours, *stricto jure*, débiteur de la première obligation, qui n'est payable qu'entre les mains du créancier, néanmoins ce paiement le décharge *per exceptionem doli aut pacti*, parce qu'il peut opposer au créancier qu'il l'a fait en vertu de la permission qu'il lui en a accordée par le pacte. (*Note de l'édition de* 1764.)

Source : BIU Cujas

par le paiement de cette somme : car, toutes personnes ayant la permission de faire au nom du débiteur le paiement de ce qui est dû par un autre, lorsqu'elles ont quelque intérêt à faire ce paiement, il suffit que vous ayez intérêt au paiement de la somme que le tiers s'est obligé par le pacte *constitutæ pecuniæ* de payer à la place de la chose que vous devez, pour que vous deviez être reçu à faire au nom de ce tiers le paiement de cette somme ; et en la payant pour ce tiers, et l'acquittant de son obligation, vous vous acquittez aussi de la vôtre : car, suivant le quatrième de nos principes, le paiement de l'une des obligations éteint les deux.

Par la même raison, si un tiers a promis par ce pacte de payer dans un autre lieu que celui où le débiteur était obligé de payer ; ou s'il a promis de payer au créancier, ou entre les mains d'une autre personnne, ce que le débiteur ne pouvait payer qu'entre les mains du créancier ; le débiteur peut profiter indirectement de ce pacte, en faisant au nom de ce tiers le paiement au lieu où il lui est permis par le pacte *constitutæ pecuniæ* de le faire, et entre les mains de la personne à laquelle il lui est permis de payer ; et en faisant ce paiement pour ce tiers, vous vous acquittez de votre obligation par laquelle vous étiez tenu de payer précisément entre les mains du créancier ou dans un autre lieu : car, suivant le quatrième de nos principes, le paiement de l'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ,* éteint la première ; *et vice versâ.*

483. Nous avons rapporté plusieurs exemples des changements et modifications que la première obligation pouvait recevoir par le pacte *constitutæ pecuniæ* au profit du débiteur : elle en peut recevoir aussi au profit du créancier.

En voici un exemple. Lorsque celui qui m'était débiteur d'une somme payable à moi, ou entre les mains d'une autre personne, me promet par le pacte *constitutæ pecuniæ,* de me la payer à moi-même, la première obligation reçoit par ce pacte un changement au profit du créancier : car, au lieu que c'était une obligation avec la faculté de payer entre les mains d'une autre personne, elle devient par ce pacte une obligation qui n'est plus payable qu'à moi-même.

Si (mihi aut Titio dare obligatus) posteà quàm soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilominùs teneberis, L. 8, ff. *de Pecun. const. :* car par ce pacte vous êtes censé avoir renoncé à la faculté que vous vous étiez réservée par votre première obligation, de payer entre les mains de Titius : c'est pourquoi le paiement que vous lui avez fait n'est pas valable.

Il en serait autrement si c'était un tiers qui m'eût promis de me faire ce paiement pour vous ; car ce pacte où vous n'étiez pas partie, n'a pu vous ôter la faculté que vous aviez de payer entre les mains de Titius.

484. Voici un cas où le pacte *constitutæ pecuniæ* apporte des changements à la première obligation, tant de la part du créancier que de celle du débiteur ; c'est lorsque celui qui m'était débiteur de deux choses sous une alternative, m'a promis de me payer déterminément l'une des deux.

Ce pacte apporte, par rapport au créancier, un changement à la première obligation, en ce que d'alternative qu'elle était, ce pacte, qui la détermine à la chose que le débiteur a promis de payer, donne au créancier le droit d'exiger cette chose déterminément, sans que le débiteur puisse avoir dorénavant le choix de payer l'autre.

C'est ce qu'enseigne Papinien : *Illud aut illud debuit, et constituit alterum ; an vel alterum quod non constituit solvere possit, quæsitum est ? Dixi, non esse audiendum, se velit hodiè fidem constitutæ rei frangere ;* L. 25, ff. *eod. tit.*

La première obligation reçoit aussi en ce cas un changement par rapport au débiteur : car, étant par ce pacte déterminée à la seule chose que le débiteur a promis de payer, le débiteur pourra acquérir la libération de son obli-

Source : BIU Cujas

gation par l'extinction de cette chose survenue sans sa faute avant sa demeure; au lieu qu'avant ce pacte son obligation n'aurait pu s'éteindre que par l'extinction des deux choses.

485. Notre troisième principe, « que l'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ*, n'est qu'une pure adhésion à la première», résulte assez de ce que nous avons dit dans les articles précédents : et elle pourrait avoir un objet différent; comme lorsqu'on promet par ce pacte « de payer une autre chose à la place de celle qui est due par la première obligation. »

Cela résulte aussi de ce qu'elle peut être contractée sous des conditions plus dures; comme lorsqu'on promet de payer dans un terme plus court que celui porté par la dernière obligation; *suprà*. n° 475.

Ce qui prouve encore plus évidemment que l'obligation qui naît du pacte n'est pas une simple adhésion à la première obligation qu'on s'est obligé par ce pacte de payer, et qu'elle subsiste par elle-même, c'est qu'elle peut continuer de subsister après l'extinction de cette première obligation.

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si quid debitum tunc fuit quum constitueretur, nunc non sit, nihilominùs tenet constitutum ; quia retrorsùm se actio refert : proindè temporali actione obligatum, constituendo Celsus et Julianus teneri debere, licèt post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare etsi post tempus obligationis se soluturum constituit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit quo erat obligatio, licèt in id tempus quo non tenebatur;* L. 18, § 1, ff. *de Pec. const.*

La Glosse apporte pour exemple de cette décision le cas auquel un vendeur aurait, par un pacte *constitutæ pecuniæ*, promis à l'acheteur de lui payer une certaine somme pour le dédommagement d'un vice de la chose vendue, dont il était tenu envers lui *actione æstimatoriâ*.

Suivant la décision de cette loi, l'obligation qui naît de ce pacte de payer cette somme, dure même après le temps de six mois que durait l'action *æstimatoria;* et on aurait pu même par le pacte assigner pour le paiement de la somme un jour qui n'aurait dû arriver qu'après l'expiration du terme de six mois de l'action *æstimatoria*.

Dans l'exemple qu'apporte la Glosse, on peut dire que, quoique l'action *æstimatoria* soit éteinte par l'expiration du temps de six mois, il reste néanmoins après ce temps une obligation naturelle de dédommager l'acheteur, laquelle peut être la matière du paiement que le vendeur a promis de faire par le pacte *constitutæ pecuniæ*.

Quid, si la dette pour le paiement de laquelle est intervenu le pacte *constitutæ pecuniæ*, et qui existait au temps dudit pacte, a été depuis éteinte autrement que par un paiement réel ou fictif, de manière qu'il ne subsiste plus aucune obligation ni naturelle ni civile, l'obligation contractée par le pacte *constitutæ pecuniæ* pour le paiement de cette dette, continuera-t-elle de subsister?

Oui. C'est ce que décide Paul en la loi 19, § 2, ff. *de Pec. const.*, où il dit que « si un père, débiteur envers le créancier de son fils, de la somme qui se trouvait alors dans le pécule de ce fils, a promis au créancier par ce pacte de lui payer cette somme, il continue de la devoir en vertu de ce pacte, quoique l'obligation *de peculio* dont il était tenu, et en paiement de laquelle il a promis de payer cette somme, soit éteinte, s'il ne se trouve plus rien dans le pécule de ce fils; *licèt interierit peculium, non tamen liberatur.* »

Voici d'autres exemples plus conformes à nos usages.

Finge. Je me suis rendu caution envers vous pour Pierre, d'une somme de mille livres qu'il vous devait, à la charge que l'obligation de mon cautionnement ne durerait que pendant le temps de deux ans, au bout duquel temps j'en serais déchargé.

Avant l'expiration des deux ans, et par conséquent pendant que mon obli-

Source : BIU Cujas

gation subsistait, Jacques vous a promis de vous payer pour moi cette somme; il vous a même assigné pour le paiement de cette somme, un terme qui tombe après le temps de deux ans. Jacques, après l'expiration des deux ans, sera-t-il obligé, par le pacte *constitutæ pecuniæ*, de vous payer ?

La raison de douter est, que ne m'étant obligé qu'à la charge que mon obligation ne durerait que deux ans, et que j'en serais déchargé après ce temps, il ne subsiste plus en ma personne de dette, ni naturelle, ni civile, qui puisse servir de matière au paiement qu'il a promis de faire pour moi.

La raison de décider que l'obligation de Jacques continue de subsister, malgré l'extinction de ma dette, en paiement de laquelle il a promis de vous donner la somme de mille livres, c'est qu'on doit juger de l'existence de la dette pour le paiement de laquelle est interposé le pacte *constitutæ pecuniæ*, par le temps où ce pacte a été interposé.

Si au temps qu'il a été interposé, je vous devais véritablement la somme de mille livres, en paiement de laquelle Jacques vous a promis de vous payer mille livres, le pacte a été valablement interposé : Jacques a valablement contracté l'obligation de vous payer cette somme. Il n'importe que depuis ma dette ait été éteinte; celle qu'il a contractée subsiste : *Si quid debitum tunc fuit quum constitueretur, nunc non sit, tenet constitutum;* QUIA RETRORSUM SE ACTIO REFERT.

On objectera : Il s'est obligé de payer ma dette ; il ne peut plus la payer lorsqu'elle est éteinte; son obligation ne peut donc plus subsister : elle est réduite à quelque chose d'impossible. Je réponds que c'est, à la vérité, en paiement de ma dette qu'il s'est obligé de vous payer mille livres, et il était nécessaire pour cela que je vous les dusse alors; mais après qu'il en a contracté l'obligation, le paiement qu'il doit faire et qu'il fait de cette somme, est le paiement de sa propre dette : ce n'est qu'indirectement que ce serait aussi le paiement de la mienne, si elle subsistait encore.

Voici un autre exemple. Un tiers s'est obligé de vous payer pour moi trente pistoles, à la place d'un certain cheval que je vous devais : quoique depuis mon obligation ait été éteinte par la mort du cheval, celle de ce tiers doit subsister.

Ce cas est bien différent de celui d'une personne qui serait débitrice d'un certain cheval, si mieux elle n'aimait donner trente pistoles à la place. En ce cas, la mort du cheval la libère entièrement de son obligation, parce qu'en ce cas il n'y a que le cheval de dû; les trente pistoles ne sont qu'*in facultate solutionis*.

Mais, dans notre cas, le tiers était véritablement débiteur des trente pistoles; ce n'était pas même du cheval, ce n'était que de cette somme qu'il était débiteur : c'est pourquoi la mort du cheval, qui éteint mon obligation, n'éteint pas la sienne.

486. L'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ*, peut bien continuer après l'extinction de l'obligation principale pour le paiement de laquelle le pacte a été interposé : mais il faut pour cela, comme nous l'avons déja observé, qu'elle ait été éteinte autrement que par un paiement réel ou fictif : car, suivant le quatrième de nos principes, le paiement de l'une des deux obligations, soit de l'obligation principale, soit de celle du pacte, éteint les deux.

487. La raison de ce quatrième principe est évidente. Ce qui est promis par le pacte *constitutæ pecuniæ*, étant promis en paiement de l'obligation principale, cette promesse, lorsqu'elle est effectuée par le paiement qui est fait, renferme un paiement de l'obligation principale. Le paiement de ce qui a été promis par le pacte est donc un paiement des deux obligations, et les éteint par conséquent l'une et l'autre.

Vice versâ, le paiement de l'obligation principale éteint celle du pacte, en

Source : BIU Cujas

rendant le créancier non recevable à en demander le paiement : car ce qui lui a été promis par ce pacte, ne lui ayant été promis et ne lui étant dû que pour le payer de l'obligation principale; si, après avoir été payé d'ailleurs de l'obligation principale, il se faisait payer encore de ce qui lui a été promis par le pacte *constitutæ pecuniæ*, il se ferait payer deux fois de l'obligation principale, ce que la bonne foi ne permet pas : *Bona fides non patitur ut bis idem exigatur;* L. 57, ff. *de Reg. jur.* On ne peut pas se faire payer deux fois d'une même dette.

488. Ce principe, « que le paiement de l'une des deux obligations éteint les deux », est vrai, non-seulement à l'égard du paiement réel; il l'est pareillement à l'égard des paiements fictifs, tels que sont la compensation, la novation et même la remise.

Le créancier acquérant, par la compensation de pareille somme qu'il devait, la libération de cette somme, se trouve par cette libération payé de celle qui lui était due : le créancier, dans le cas de la novation, se trouve payé de la dette dont il a fait novation, par la nouvelle qui est contractée envers lui : il ne peut donc, dans ces cas, demander à être payé de ce qui lui a été promis par le pacte *constitutæ pecuniæ*, puisque ce serait demander à être payé deux fois.

Il en est de même du cas de la remise; car, quoique, dans ce cas, il n'ait rien reçu, il suffit que par cette remise il se soit tenu pour payé de l'obligation principale, pour qu'il ne puisse être recevable à demander à en être payé une seconde fois.

489. Notre principe, « que le paiement de l'une des deux obligations éteint les deux », a lieu lorsque ce qui a été promis par le pacte *constitutæ pecuniæ*, a été promis pour le paiement de tout ce qui était dû par l'obligation principale. Lorsqu'on n'a promis d'en payer qu'une partie, le paiement de ce qui a été promis par le pacte, n'éteint l'obligation principale que pour cette partie. Par exemple, si, étant votre débiteur de vingt pistoles, j'ai promis, ou un autre a promis d'en payer quinze dans un certain temps, le paiement des quinze pistoles promises par le pacte, n'éteindra l'obligation principale que jusqu'à concurrence de quinze pistoles.

490. Il nous reste à observer à l'égard de l'obligation *constitutæ pecuniæ*, que suivant la loi 16, ff. *de Pec. const.*, lorsque deux personnes ont promis de payer ce qui est dû par un tiers, elles en sont tenues chacune solidairement (1); en quoi elles ressemblent aux fidéjusseurs (*suprà*, n° 415) : mais elles ont, de même que les fidéjusseurs, l'exception de division, lorsqu'elles sont solvables; L. *fin.* Cod. *de Pec. const.*

Haloander a pensé que ceux qui ont promis, par le pacte *constitutæ pecuniæ*, de payer ce qui est dû par un tiers, ont aussi, de même que les fidéjusseurs, l'exception de discussion, lorsqu'ils sont poursuivis pour avoir manqué de payer au jour nommé; et qu'ils sont compris dans la disposition de la Novelle 4, chap. 1, sous le terme αντιφωνητης, qu'il traduit par *constitutæ pecuniæ reus* (2).

§ V. *De l'espèce de pacte par lequel on promet au créancier de lui donner certaines sûretés.*

491. C'est une espèce de pacte *constitutæ pecuniæ*, lorsqu'on promet au créancier, non de le payer, mais de lui donner, dans un certain terme, certaines sûretés, comme gage, hypothèque, caution : *Si quis constituerit se*

(1) Il serait plus exact de dire qu'elles en sont tenues pour le tout. *Aliud est teneri in solidum* (solidairement), *aliud teneri totaliter.*

(2) Sans s'inquiéter des textes grecs ou romains, cette opinion est tout à fait incontestable; elle doit donc être suivie.

Source : BIU Cujas

pignus daturum, debet hoc constitutum admitti; L. 14, §1, ff. *de Pec. const.*

L'effet de ce pacte est que celui qui a promis par ce pacte de donner certaines sûretés, peut, faute par lui de les donner, être contraint au paiement de la dette, même avant le terme dans lequel elle est payable; et si c'est une rente, il peut être contraint au remboursement du principal (1).

492. Celui qui a promis par ce pacte de donner pour caution une certaine personne, est déchargé de son obligation, si, avant que d'y avoir satisfait, et d'avoir été en demeure d'y satisfaire, la personne qu'il a promis de donner pour caution vient à mourir; *eâd.* L. 14, § 2.

La raison est que son obligation devient impossible par la mort de cette personne, qui ne peut plus se rendre caution.

Il en serait autrement si la personne qu'il a promis de donner pour caution, refusait de subir le cautionnement : *Si nolit fidejubere, puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est; eod.* §.

La raison est que pour que mon obligation soit valable, il suffit que le cautionnement de cette personne que j'ai promis, soit un fait possible en soi, quoiqu'il ne me soit pas possible, par le refus que fait cette personne de subir le cautionnement : c'est ma faute d'avoir promis ce que je ne pouvais pas tenir. Cela est conforme aux principes établis au n° 136.

---

(1) *V.* art. 1912 et 1977, C. civ.

Art. 1912 : « Le débiteur d'une « rente constituée en perpétuel peut « être contraint au rachat : — 1° S'il « cesse de remplir ses obligations « pendant deux années; — 2° S'il « manque à fournir au prêteur les « sûretés promises par le contrat. »

Art. 1977 : « Celui au profit duquel « la rente viagère a été constituée « moyennant un prix, peut demander « la résiliation du contrat, si le consti- « tuant ne lui donne pas les sûretés « stipulées pour son exécution. »

Source : BIU Cujas

TROISIÈME PARTIE.

DES MANIÈRES DONT S'ÉTEIGNENT LES OBLIGATIONS, ET DES DIFFÉRENTES FINS DE NON-RECEVOIR, OU PRESCRIPTIONS CONTRE LES CRÉANCES.

493. Les obligations peuvent s'éteindre de différentes manières, ou par le paiement réel, ou par la consignation, ou par la compensation, ou par la confusion, ou par la novation, ou par la remise de la dette, ou par l'extinction de la chose due.

Celles qui ont été contractées sous quelque condition résolutoire, s'éteignent par l'existence de cette condition, quelques-unes par la mort du débiteur ou du créancier (1).

Nous traiterons de ces différentes manières séparément dans sept chapitres.

Nous en ajouterons un huitième, dans lequel nous traiterons des *fins de non-recevoir*, ou *prescriptions* contre les créances.

CHAPITRE PREMIER.

Du paiement réel, et de la consignation.

494. Le *paiement réel* est l'accomplissement réel de ce qu'on s'est obligé de donner ou de faire.

Lorsque l'obligation est de faire quelque chose, le paiement réel de cette obligation consiste à faire la chose qu'on s'est obligé de faire.

Lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le paiement est la donation et translation de la propriété de cette chose.

Il est évident que celui qui a accompli son obligation en est quitte et libéré: d'où il suit que le paiement réel, qui n'est autre chose que l'accomplissement de l'obligation, est la manière la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre (2).

Nous verrons dans les deux premiers articles de ce chapitre, par qui et à qui le paiement doit se faire;

Dans le troisième, quelle chose doit être payée, comment et dans quel état;

Dans les quatrième et cinquième, quand le paiement doit se faire, où, et aux dépens de qui.

Nous traiterons dans le sixième, de l'effet des paiements.

Le septième contiendra les règles sur les imputations.

---

(1) *V.* art. 1234, C. civ., ci-dessus, p. 106, note 3.

(2) Il est facile de voir que par le paiement les parties atteignent directement le but qu'elles s'étaient proposé en contractant.

Source : BIU Cujas

Enfin dans le huitième, nous traiterons de la consignation et des offres de paiement.

ART. Ier. — Par qui le paiement doit-il être fait.

495. Lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le paiement consistant, comme nous l'avons dit, dans la dation ou translation de la propriété de la chose, il suit de là que, pour que le paiement soit valable, il faut qu'il ait été fait par une personne capable de transférer la propriété de la chose qu'elle a payée (1).

De là il suit que le paiement n'est pas valable, s'il n'est fait par le propriétaire de la chose qui a été payée, ou de son consentement : car, autrement, celui qui paie ne peut transférer au créancier à qui il fait le paiement, la propriété de la chose : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet ;* L. 54, ff. *de Reg. juris.*

Suivant ce principe, quoique la dette du défunt fût d'une chose due déterminément, l'un des héritiers du défunt qui paie cette chose au créancier sans le consentement de ses cohéritiers, ne la paie valablement que pour sa part, selon la subtilité du droit, n'étant pas propriétaire des autres parts qui appartiennent à ses cohéritiers : mais quant à l'effet, ce paiement est valable ; à moins que la chose ne fût due sous l'alternative d'une autre chose, ou avec la faculté de payer une autre chose à la place : autrement les cohéritiers sont obligés à ratifier ce paiement, qu'ils seraient obligés de faire eux-mêmes s'il n'était pas fait : *Quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi ;* L. 9, ff. *de Neg. gest.* Molin., *Tract. de Div. et Ind.*, p. 2, nos 165 et 166.

Si la dette ne consistait pas *in dando,* mais dans la simple restitution d'une chose dont le défunt n'avait qu'une nue détention, *putà*, qui lui avait été prêtée ou déposée, la restitution qu'en ferait l'un des héritiers par devers qui la chose se trouverait, serait un paiement valable, même *ipso jure*, sans le consentement des autres héritiers : car ses cohéritiers n'ayant aucun droit dans cette chose, ni aucun intérêt d'en empêcher la restitution, leur consentement est superflu (2); Molin., *ibid.*

496. De même que le paiement n'est pas valable lorsque celui qui a payé une chose n'en était pas le propriétaire, de même il ne l'est pas si, quoiqu'il en fût propriétaire, il était, par quelque défaut personnel, incapable de l'aliéner (3).

---

(1) *V.* art. 1238, 1er alinéa, C. civ. Art. 1238 : « Pour payer valablement, « il faut être propriétaire de la chose « donnée en paiement, et capable de « l'aliéner.—Néanmoins le paiement « d'une somme en argent ou autre « chose qui se consomme par l'usage, « ne peut être répété contre le créan- « cier qui l'a consommée de bonne « foi, quoique le paiement en ait été « fait par celui qui n'en était pas pro- « priétaire ou qui n'était pas capable « de l'aliéner. »

Cette disposition est empruntée au droit romain : Pothier, conformément aux principes de ce droit, ne la justifie que parce que le paiement doit opérer la translation de la propriété de la chose ; mais aujourd'hui que les principes sont changés, que la propriété a été transférée par la convention elle-même, il est difficile de rendre raison de cette règle.

(2) Cette situation est, sous la nouvelle législation, à peu près celle de tout débiteur d'un corps certain qui se trouve l'avoir aliéné en contractant l'obligation de donner. *V.* art. 1138, C. civ., ci-dessus, p. 68, note 5.

(3) Cette capacité d'aliéner est également exigée par l'art. 1238, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, note 1. Mais à quoi bon cette capacité si l'aliénation a précédé le paiement? Et si l'incapable d'aliéner n'a payé que ce qu'il devait, et s'il n'éprouve aucune lésion, pourquoi le paiement n'est-il pas valable ?

Source : BIU Cujas

Par cette raison, le paiement n'est pas valable lorsqu'il est fait par une femme sous puissance de mari et non autorisée; par un mineur étant sous puissance de tuteur; par un interdit; **L. 14.** § *fin.*, ff. *de Solut.*

497. Lorsque le paiement fait par une personne qui n'était pas propriétaire, ou qui était incapable d'aliéner, est d'une somme d'argent, ou autre chose qui se consomme, la consommation qu'en fait de bonne foi le créancier, valide le paiement qui en est fait (1); *eod.* §.

La raison est que la consommation qu'il a faite de bonne foi de la somme d'argent, ou autre pareille chose qui lui a été payée, équipolle à la translation de la propriété de cette chose.

En effet, la translation de propriété n'aurait rien donné de plus au créancier : il a usé de cette chose et l'a consommée, comme il eût fait si la propriété lui en eût été transférée. Il n'est pas plus sujet à la répétition de la somme d'argent, ou autre chose qu'il a consommée de bonne foi, que s'il en eût été fait le vrai propriétaire ; puisque cette chose, qui a cessé d'être par devers lui sans aucune malice de sa part, ne peut plus être revendiquée contre lui ; la revendication ne pouvant jamais avoir lieu que contre le possesseur, ou celui qui a cessé malicieusement de posséder (2).

498. Quoique le paiement de la chose dont la propriété n'a pas été transférée au créancier, ne soit pas valable, néanmoins, tant qu'il l'a entre ses mains, il n'est pas recevable à demander à son débiteur ce qui lui est dû ; il faut que la chose lui ait été évincée, ou qu'il offre de la rendre au débiteur (3); **L. 94,** ff. *de Solut.*

499. Pour que le paiement soit valable, il n'est pas nécessaire que ce soit le débiteur, ou quelqu'un qui ait charge de lui, qui paie : quelque personne que ce soit qui fasse le paiement, quand même elle n'aurait aucun pouvoir du débiteur, quand même elle ferait ce paiement malgré lui, pourvu qu'elle le fasse au nom et en acquit du débiteur, et qu'elle soit capable de transférer la propriété de la chose qu'elle paie, le paiement est valable ; il opère l'extinction de l'obligation, et libère malgré lui le débiteur.

C'est ce que décide Gaïus en la loi 53, ff. *de Solut. Solvere pro invito et ignoranti cuique licet, cùm sit jure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.*

La loi 23 contient la même décision. La loi 40, ff. *eod. tit.*, et la loi 39, ff. *de Neg. gest.*, décident la même chose (4).

Si le paiement n'était pas fait au nom du véritable débiteur, il ne serait pas valable. Comme si quelqu'un me paie, en son nom, une somme d'argent, croyant en être le débiteur, quoiqu'elle ne soit pas due par lui, mais par un autre ; ce paiement n'éteint point l'obligation du véritable débiteur, et je suis obligé de rendre la somme à celui qui me l'a payée par erreur (5).

---

(1) *V.* art. 1238, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 271, note 1.

(2) Quand même il ne s'agirait pas d'une somme d'argent ou d'une chose qui se consomme, mais de meubles, corps certains, le créancier qui les aurait reçus de bonne foi serait en général à l'abri de la revendication. *V.* art. 2279, C. civ., ci-dessus, p. 72, note 1.

(3) En vertu de l'article 2279 du Code civil (*V.* note précédente), le créancier pourrait garder la chose, mais il n'y est point obligé, c'est pour lui une faculté et non une nécessité.

(4) *V.* art. 1236, C. civ.

Art. 1236 : « Une obligation peut « être acquittée par toute personne « qui y est intéressée, telle qu'un co- « obligé ou une caution.—L'obligation « peut même être acquittée par un « tiers qui n'y est point intéressé, « pourvu que ce tiers agisse au nom et « en l'acquit du débiteur, ou que, s'il « agit en son nom propre, il ne soit pas « subrogé aux droits du créancier. »

(5) *V.* art. 1377, C. civ., ci-dessus, p. 24, note 3.

Source : BIU Cujas

Cette décision a lieu quant à la subtilité du droit, même au cas auquel vous m'auriez payé en votre nom une somme que vous ne me deviez pas, des deniers et par ordre de celui qui me la devait véritablement.

Mais si je demandais le paiement de cette somme à mon véritable débiteur, il pourrait s'en défendre en vous appelant en cause, et en faisant prononcer avec vous, « que cette somme que vous m'avez mal à propos payée en votre nom de ses deniers, me demeurerait en paiement de ce qu'il me doit, et qu'il serait en conséquence quitte et déchargé de ma demande. »

Si c'était vous qui donnassiez contre moi la demande en répétition de cette somme que vous avez payée, comme me l'ayant payée sans la devoir, je pourrais être renvoyé de votre demande en faisant intervenir mon débiteur, qui ferait ordonner « que cette somme vous ayant été fournie par lui, pour me la payer en son nom, me demeurerait en acquit de sa dette. »

Quoique le paiement d'une somme ou chose qui m'était due, ne soit pas valable, lorsque celui qui ne me la devait pas me l'a payée en son propre nom ; néanmoins si par la suite il en est devenu lui-même débiteur, le paiement est rendu par là valable, si ce n'est *ipso juro*, au moins *per exceptionem doli*; L. 25, ff. *de Solut.*

500. Le principe que nous avons établi, « que le paiement est valable, par quelque personne qu'il soit fait, pourvu qu'il soit fait au nom du débiteur, » ne souffre pas de difficulté, lorsqu'il a été fait effectivement, et que le créancier a bien voulu le recevoir.

La question de savoir si un étranger qui n'a ni pouvoir, ni qualité pour gérer les affaires du débiteur, ni intérêt à l'acquittement de la dette, peut obliger le créancier à recevoir le paiement qu'il lui offre au nom de son débiteur, est une question qui souffre plus de difficulté.

Les lois ci-dessus citées ne décident pas cette question : elles disent bien que le paiement fait par quelque personne que ce soit, au nom du débiteur, libère le débiteur ; mais elles ne décident pas si le créancier peut être obligé ou non à recevoir le paiement.

Il faut chercher la décision de cette question dans la loi 72, § 2, ff, *de Solut.*

Elle décide que les offres faites au créancier par quelque personne que ce soit, au nom et à l'insu du débiteur, de recevoir le paiement de sa dette, constituent le créancier en demeure.

L'ordonnance de 1673, tit. 5, art. 3, veut aussi qu'en cas de protêt, les lettres de change puissent être acquittées par quelque personne que ce soit ? (1)

De ces textes on doit tirer cette règle, « que les offres faites au créancier par quelque personne que ce soit, au nom du débiteur, de recevoir le paiement de ce qui lui est dû, sont valables, et constituent le créancier en demeure, lorsque le débiteur a intérêt à ce paiement ; » comme lorsque ces offres sont faites pour arrêter les poursuites que ce créancier aurait commencées, ou lorsqu'elles sont faites pour arrêter le cours des intérêts, ou pour éteindre les hypothèques.

Mais si le paiement offert ne procurait aucun avantage au débiteur, et n'avait d'autre effet que de lui faire changer de créancier, ces offres ne devraient pas être écoutées (2). *Voy.* Molin., *Tr. de Usur.*, quest. 45.

---

(1) *V.* art. 158, C. comm.

Art. 158, C. comm. : « Une lettre de « change protestée peut être payée par « tout intervenant pour le tireur ou « pour l'un des endosseurs.—L'inter- « vention et le paiement seront con- « statés dans l'acte de protêt ou à la « suite de l'acte. »

(2) Voici comment s'exprime cet auteur : *Secundo casu, quando offerem vult sibi cedi, non debet audiri... Non esset liberatio, sed creditoris mu.*

Source : BIU Cujas

Le principe, « que le paiement doit être fait pour le débiteur, par quelque personne que ce soit », est vrai à l'égard des obligations de donner quelque chose. La raison est qu'il n'importe jamais au créancier par qui la chose qui lui est due lui soit donnée, pourvu qu'elle lui soit effectivement donnée.

A l'égard des obligations de faire quelque chose, notre règle n'a pas toujours lieu : elle a lieu lorsque le fait qui est l'objet de l'obligation, se trouve de telle nature qu'il n'importe au créancier par qui la chose soit faite.

Par exemple, si j'ai fait marché avec un vigneron pour me façonner un arpent de vignes, tout autre vigneron pourra acquitter mon débiteur, en le façonnant pour lui.

Il n'en est pas de même de l'obligation des faits dans lesquels on considère l'habileté et le talent personnel de l'ouvrier qui a contracté l'obligation ; cette obligation ne peut être acquittée que par le débiteur (1); L. 31, ff. *de Solut.*

Par exemple, si j'ai fait marché avec un peintre pour me peindre un plafond, il ne peut pas s'acquitter de son obligation en le faisant peindre par un autre peintre, à moins que je n'y consente.

ART. II. — A qui le paiement doit-il être fait.

501. Le paiement, pour être valable, doit être fait au créancier, ou à quelqu'un qui ait pouvoir de lui, ou qualité pour recevoir (2).

§ I. *Du paiement fait au créancier.*

502. Nous entendons par *créancier*, non-seulement la personne même avec qui le débiteur a contracté, mais pareillement les héritiers, et tous ceux qui ont succédé à sa créance, même à titre singulier.

Lorsque le créancier a laissé plusieurs héritiers, chaque héritier ne devenant créancier que quant à la part pour laquelle il est héritier (3), on ne peut payer valablement à l'un des héritiers que la portion qui lui appartient dans la créance, à moins qu'il n'ait le pouvoir de ses cohéritiers de recevoir le total.

Celui à qui le créancier a cédé sa créance à quelque titre que ce soit ; soit de vente, soit de donation, soit de legs, en devient le créancier par la signification qu'il fait au débiteur de son titre de cession, ou par l'acceptation volontaire que le débiteur fait du transport, et par conséquent le paiement qui lui est fait est valable (4).

---

tatio, et cogere eum ad vendendum jus suum quod est injuriosum... Hoc etiam captiosum esset debitoribus, quorum interest inscios non mutare creditores, quos nonnunquam habent propitios. C'est peut-être ce que les rédacteurs du Code ont voulu reproduire dans la disposition finale de l'art. 1236, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 272, note 4.

(1) *V.* art. 1237, C. civ.

Art. 1237 : « L'obligation de faire ne « peut être acquittée par un tiers con- « tre le gré du créancier, lorsque ce « dernier a intérêt qu'elle soit remplie « par le débiteur lui-même. »

(2) *V.* art. 1239, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1239 : « Le paiement doit être « fait au créancier, ou à quelqu'un « ayant pouvoir de lui, ou qui soit au- « torisé par justice ou par la loi à re- « cevoir pour lui.—Le paiement fait « à celui qui n'aurait pas pouvoir de « recevoir pour le créancier, est va- « lable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en « a profité. »

(3) *V.* art. 1220, C. civ., ci-dessus, p. 150, note 1.

(4) *V.* art. 1690, C. civ.

Art. 1690 : « Le cessionnaire n'est « saisi à l'égard des tiers que par la « signification du transport faite au dé- « biteur.—Néanmoins le cessionnaire « peut être également saisi par l'ac- « ceptation du transport, faite par le « débiteur dans un acte authenti- « que. »

Source : BIU Cujas

Au contraire, l'ancien créancier cesse de l'être par cette signification que le cessionnaire fait au débiteur, ou par l'acceptation du transport; et le paiement qui serait fait depuis à l'ancien créancier ne serait pas valable (1).

Pareillement lorsque par une sentence un débiteur arrêté a été condamné de payer à l'arrêtant ce qu'il doit, et que l'arrêt a été déclaré pour consenti par le créancier de cet arrêtant, l'arrêté devient par cette sentence aux droits du créancier de l'arrêté, et le paiement qui est fait par l'arrêté à cet arrêtant est valable (2).

503. On répute quelquefois pour *créancier* celui qu'on a juste sujet de croire tel, quoique ce soit une autre personne qui soit le créancier véritable; et le paiement fait à ce créancier putatif est valable, comme s'il eût été fait au créancier véritable (3).

Par exemple, vous êtes en possession d'une terre qui ne vous appartient pas, dont il dépend des mouvances féodales et censuelles : le paiement qui vous est fait, pendant que vous êtes en possession, des arrérages de cens et profits, soit censuels, soit féodaux, est valable, quoique, n'étant pas propriétaire, vous n'en soyez pas proprement le créancier : et lorsque le véritable propriétaire sera apparu, et se sera fait restituer cette terre, quoiqu'il fût le vrai créancier de ces droits seigneuriaux qui vous ont été payés, il ne sera pas recevable à les demander à ceux qui vous les ont payés; le paiement qu'ils vous ont fait les a libérés.

La raison est que tout possesseur étant de droit réputé et présumé propriétaire de la chose qu'il possède, tant que le vrai propriétaire n'apparaît point, ces débiteurs ont eu juste sujet de croire, en vous voyant en possession de la seigneurie, que vous en étiez propriétaire, et par conséquent le créancier des droits qu'ils vous ont payés. Leur bonne foi doit rendre valable le paiement qu'ils ont fait; c'est la faute du vrai propriétaire de ne s'être pas fait connaître plus tôt.

Par la même raison, les paiemens faits à celui qui est en bonne et légitime possession d'une succession, par les débiteurs de cette succession, sont valables, quoique la succession ne lui appartienne pas; sauf au véritable héritier, lorsqu'il apparaîtra, à se faire faire raison par le possesseur de la succession, de ce qu'il a reçu.

A plus forte raison les paiements faits par les débiteurs de la succession à un héritier bénéficiaire sont valables, quoique par la suite cet héritier soit exclu de la succession par un parent qui se porte héritier pur et simple (4) : car, si, au moyen de cette exclusion, il n'était pas l'héritier, au moins il était l'administrateur de la succession, ce qui lui donnait une qualité pour recevoir.

A plus forte raison encore le paiement fait à un héritier qui s'est depuis fait restituer contre son acceptation, ne laisse pas d'être valable (5).

---

(1) Mais le paiement fait auparavant serait valable. *V.* art. 1691, C. civ.

Art. 1691 : « Si, avant que le cédant « ou le cessionnaire eût signifié le « transport au débiteur, celui-ci avait « payé le cédant, il sera valablement « libéré. »

(2) *V.* art, 579, C. proc.

Art. 579, C. proc. : « Si la saisie-« arrêt ou opposition est déclarée va-« lable, il sera procédé à la vente et « distribution du prix, ainsi qu'il sera « dit au titre *de la Distribution par « contribution.* »

(3) *V.* art. 1240, C. civ.

Art. 1240 : « Le paiement fait de « bonne foi à celui qui est en posses-« sion de la créance, est valable, en-« core que le possesseur en soit par la « suite évincé. »

(4) Cette exclusion ne pourrait avoir lieu aujourd'hui.

(5) Par exemple dans les cas prévus par l'art. 783, C. civ.

Art. 783 : « Le majeur ne peut at-« taquer l'acceptation expresse ou ta-« cite qu'il a faite d'une succession, « que dans le cas où cette acceptation

Source : BIU Cujas

504. Pour que le paiement fait, ou à la personne du créancier, ou à celles qui sont à ses droits, soit valable, il faut que la personne soit capable d'administrer son bien (1).

C'est pourquoi, si le créancier était, par exemple, un mineur, un interdit, ou une femme sous puissance de mari, le paiement qui lui serait fait ne serait pas valable, et ne procurerait pas au débiteur la libération.

Néanmoins si ce créancier, ou son tuteur ou curateur pour lui, sous le prétexte de la nullité de ce paiement, demandait à être payé une seconde fois, et que le débiteur pût justifier que ce créancier a profité de la somme qui lui a été payée, et que ce profit subsistât encore au temps de la demande; *putà*, si ses dettes en ont été acquittées, si ses bâtiments en ont été réparés; le créancier devrait être débouté de sa demande, comme contraire à la bonne foi, qui ne permet pas que quelqu'un profite et s'enrichisse aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari.*

Observez que, si la somme a été employée à lui acheter une chose qui lui était nécessaire, quoique cette chose ait depuis péri par un cas fortuit avant la demande, il ne laisse pas d'être censé, au temps de la demande, profiter de cette chose : car, dans la supposition que la chose lui était nécessaire, s'il n'eût pas employé à l'acheter la somme qui lui a été payée, il eût fallu qu'il y eût employé d'autres sommes, qu'il a par ce moyen conservées : *Hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est;* L. 47, § 1, ff. *de Solut.*

Si la somme a été employée à acheter des choses qui n'étaient pas nécessaires à ce créancier, il sera reçu dans sa demande, si elles ne subsistent plus; et si elles subsistent, il pourra encore y être reçu, en offrant de les abandonner au débiteur; *eâd.* L, 47, *princ.;* L. 4, ff. *de Excep.*

505. Le paiement que fait le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie-arrêt faite entre ses mains par les créanciers de son créancier, est bien valable vis-à-vis de son créancier : mais il n'est pas valable vis-à-vis des créanciers arrêtants, qui peuvent obliger ce débiteur à payer une seconde fois, s'il est jugé que les arrêts soient valables; sauf son recours contre son créancier, à qui il a payé au préjudice de l'arrêt (2).

Au reste, quoiqu'un homme soit en décret de prise de corps, ses débiteurs peuvent lui payer valablement, tant qu'il n'y a pas d'arrêts entre leurs mains; L. 46, § 6, ff. *de Jur. fisc.;* L. 41, ff. *de Solut.*

§ II. *De ceux qui ont pouvoir du créancier pour recevoir.*

506. Le paiement fait à ceux qui ont pouvoir du créancier de recevoir pour lui, est réputé fait au créancier lui-même, et par conséquent il est aussi valable que s'il était fait au créancier.

C'est ce qu'enseigne la loi 180, ff. *de Reg. jur. Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.*

« aurait été la suite d'un dol pratiqué « envers lui : il ne peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, excepté « seulement dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au « moment de l'acceptation. »

(1) *V.* art. 1241, C. civ.

Art. 1241 : « Le paiement fait au « créancier n'est point valable s'il était « incapable de le recevoir, à moins que « le débiteur ne prouve que la chose « payée a tourné au profit du créancier.

(2) *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 ou opposants : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, « en ce cas seulement, son recours « contre le créancier. »

Source : BIU Cujas

507. Il suit de cette règle : 1° qu'il n'importe quelle soit la personne à qui le créancier a donné pouvoir : fût-ce un mineur, fût-ce un religieux, le paiement est valable.

La raison est que le paiement étant censé fait à celui qui a donné le pouvoir, c'est sa personne, et non celle à qui il a donné le pouvoir, qui doit être considérée ; et il doit s'imputer d'avoir choisi cette personne ; L. 4, Cod. *de Solut.*

508. Il suit 2° de cette règle, qu'on peut payer valablement non-seulement à celui qui a le pouvoir de la personne même du créancier, mais aussi à celui qui a pouvoir d'une personne qui a qualité pour recevoir pour le créancier. Par exemple, si le créancier est un mineur, ou une femme mariée, le paiement fait à celui qui a pouvoir du tuteur, ou du mari, est valable ; L. 96, ff. *de Solut.*

509. Il suit 3° de cette règle, que le paiement fait à celui qui a le pouvoir de la personne même du créancier, n'est valable qu'autant qu'il aurait pu être valablement fait au créancier lui-même. C'est pourquoi si le créancier est un mineur ou un interdit, le paiement fait à celui à qui le mineur ou l'interdit a donné pouvoir de recevoir, n'est pas plus valable que s'il eût été fait au mineur ou à l'interdit.

510. Le paiement fait à celui à qui on a donné le pouvoir de recevoir, n'est valable qu'autant que son pouvoir dure encore lors du paiement.

C'est pourquoi si un créancier a donné pouvoir à quelqu'un de recevoir ce qui lui était dû pendant un certain temps, ou bien pendant le temps de son absence, le paiement fait à cette personne après l'expiration du temps, ou depuis le retour de ce créancier, ne sera pas valable, parce que le pouvoir ne subsistait plus.

Pareillement, si le créancier a révoqué le pouvoir qu'il avait donné, le paiement fait depuis la révocation n'est pas valable : mais il faut pour cela que le débiteur qui a payé depuis la révocation, ait eu connaissance de la révocation, ou qu'elle lui ait été suffisamment notifiée, pour qu'il ait pu avoir cette connaissance ; autrement le paiement fait, quoique depuis la révocation, sera valable (1) ; L. 12, § 2 ; L. 34, § 3 ; L. 51, ff. *de Solut.*

La raison est que l'erreur du débiteur qui paie depuis la révocation de la procuration, vient plutôt de la faute du créancier, qui devait avertir le débiteur de cette révocation, que de celle du débiteur, qui, voyant une procuration de recevoir, et ne pouvant deviner la révocation, a eu un juste sujet de payer à la personne qui avait la procuration. C'est pourquoi il n'est pas juste que le débiteur souffre de cette erreur, et puisse être obligé de payer deux fois : le créancier qui est en faute doit seul en souffrir.

Ce cas-ci est bien différent du cas auquel un débiteur aurait payé sur un faux pouvoir du créancier : car, en ce cas, il n'y a nulle faute du créancier ; c'est celle du débiteur, de ne s'être pas informé suffisamment de la vérité du pouvoir. C'est pourquoi un tel paiement est nul, et ne libère pas le débiteur ; L. 34, § 4, ff. *de Solut.*

511. Le pouvoir expire aussi par la mort du créancier qui a donné ce

---

(1) *V.* art. 2005, 2008 et 2009, C.

Art. 2005 : « La révocation notifiée « au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans « l'ignorance de cette révocation, sauf « au mandant son recours contre le « mandataire. »

Art. 2008 : « Si le mandataire ignore « la mort du mandant, ou l'une des « autres causes qui font cesser le man- « dat, ce qu'il a fait dans cette igno- « rance 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. »

Source : BIU Cujas

pouvoir, ou par son changement d'état; *putà*, si c'est une femme, par son mariage; et par conséquent le paiement fait à celui qui a ce pouvoir, n'est pas valable, s'il est fait depuis la mort du créancier qui a donné le pouvoir (L. 108, ff. *de Solut.*); ou depuis le changement d'état; *arg.* L. 58, § 1.

Mais si la mort et le changement d'état n'étaient pas connus lors du paiement, la bonne foi du débiteur rendrait le paiement valable; L. 32, ff. *eod. tit.*

512. Le pouvoir donné par celui qui avait qualité de recevoir pour le créancier, expire lorsque sa qualité cesse. Par exemple, si le tuteur d'un mineur a donné pouvoir à quelqu'un de recevoir des débiteurs de son mineur, on ne pourrait plus payer, après la tutelle finie, à ce fondé de pouvoir; parce que la qualité de celui qui a donné ce pouvoir a cessé, et qu'on ne pourrait plus payer à lui-même. C'est encore une suite de la loi 180, ff. *de Reg. juris.*

513. Il nous reste à observer qu'il n'importe pas que le pouvoir du créancier soit un pouvoir spécial, ou un simple pouvoir général *omnium negotiorum*, pour que le paiement fait à celui qui a ce pouvoir soit valable; L. 12, *de Solut.*

Le titre exécutoire dont est porteur le sergent qui va de la part du créancier pour le mettre à exécution, équipolle à un pouvoir de recevoir la dette contenue en ce titre; et la quittance qu'il donne au débiteur est aussi valable que si elle eût été donnée par le créancier.

Il en est autrement d'un procureur *ad litem*, à qui j'ai donné pouvoir de donner demande contre mon débiteur; cette procuration n'est pas censée renfermer le pouvoir de recevoir la dette; L. 86, ff. *de Solut.*

C'est une question célèbre, « si le pouvoir que nous donnons à quelqu'un de contracter pour nous, comme de vendre ou de louer une chose, renferme celui de recevoir pour nous le prix de la vente ou du louage. »

Barthole a tenu l'affirmative, et il est suivi par Fachin, II, *contr.*, 94.

Je trouve plus plausible l'opinion de Wissembach, *ad tit.* ff. *de Solut.*, n° 14, qui pense que le pouvoir de vendre ne renferme pas celui de recevoir le prix, à moins qu'il n'y ait des circonstances qui donnent lieu de le présumer.

La loi 1, § 12, ff. *de Exerc. act.*, me paraît décisive pour cette opinion. Il y est dit que celui qui n'est préposé sur un vaisseau que pour faire avec le passager le marché de leur passage, n'a pas pouvoir d'en recevoir le prix. On ne peut pas dire plus formellement que le pouvoir de vendre ou de louer ne renferme pas celui de recevoir le prix.

Au reste, il peut se trouver des circonstances dans lesquelles celui qui a pouvoir de vendre est présumé avoir le pouvoir de recevoir le prix. Par exemple, s'il y a dans une ville certains revendeurs publics qui soient dans l'usage de porter par les maisons les choses qu'on veut vendre, et d'en recevoir le prix des acheteurs; en remettant à une de ces personnes une chose pour la porter vendre, je suis censé lui avoir aussi donné pouvoir d'en recevoir le prix.

§ III. *De ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir.*

514. Le paiement fait à ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir à la place du créancier, est valable.

La loi donne cette qualité aux tuteurs, pour recevoir ce qui est dû à leurs mineurs, aux curateurs des interdits (1), pour recevoir ce qui est dû à ces interdits; aux maris, pour recevoir ce qui est dû à leurs femmes qui ne sont point

(1) Aujourd'hui les interdits sont en tutelle.

Source : BIU Cujas

séparées; aux receveurs d'hôpitaux, de fabriques, ce qui est dû auxdits hôpitaux, etc.

Ces personnes ont qualité pour recevoir non-seulement les revenus des biens des personnes dont elles ont l'administration, mais même les principaux de leurs rentes, lorsque les débiteurs jugent à propos de les rembourser, sans qu'il soit besoin qu'il intervienne pour cet effet aucune ordonnance du juge; et les débiteurs qui ont payé entre les mains de ces personnes, sont parfaitement libérés, et n'ont aucun recours à craindre, quand même ces personnes auxquelles ils ont payé, deviendraient insolvables.

La loi 25, Cod. *de Adm. tut.* qui requérait le décret du juge pour mettre le débiteur à couvert, en cas d'insolvabilité du tuteur à qui il avait payé, n'est pas suivie parmi nous (1).

515. La seule raison de proximité, quelque étroite qu'elle soit avec la personne du créancier, n'est point une qualité suffisante pour recevoir ce qui lui est dû.

C'est pourquoi, ni le père n'a qualité pour recevoir ce qui est dû à son fils qui n'est plus sous sa puissance; ni le fils pour recevoir ce qui est dû à son père; ni le mari pour recevoir ce qui est dû à sa femme séparée d'avec lui; ni encore moins la femme pour recevoir ce qui est dû à son mari; L. 22, ff. *de Solut.*; L. 11, Cod. *hoc tit.*

§ IV. *De ceux à qui la convention donne qualité pour recevoir.*

516. Quelquefois dans le contrat par lequel une personne s'oblige de payer quelque chose à une autre, il y a une personne tierce indiquée entre les mains de laquelle on convient que le paiement pourra se faire, comme en celles du créancier. Une telle personne a qualité par la convention même de recevoir pour le créancier; et par conséquent le paiement qui lui est fait, est aussi valable que s'il était fait au créancier lui-même.

Ces tierces personnes à qui l'on convient que le débiteur pourra payer, sont celles qui sont appelées par les jurisconsultes romains, *adjecti solutionis gratiâ.*

Ces tierces personnes à qui on indique au débiteur de payer, sont le plus souvent des créanciers du créancier qui les indique.

Par exemple, vous me vendez un héritage pour le prix de dix mille livres; et il est dit par le contrat « que je paierai cette somme en votre acquit à un tiers », qui est votre créancier de pareille somme.

Quelquefois aussi la personne à qui je vous indique de payer la somme que vous vous obligez de me donner, est une tierce personne qui n'est point mon créancier, mais qui recevra pour moi cette somme, comme mon mandataire; ou bien qui la recevra comme mon donataire, si j'ai eu intention de la lui donner. Ce sont là proprement les *adjecti solutionis gratiâ* dont il est parlé dans les lois romaines.

517. On peut indiquer de payer à un tiers, non-seulement la même chose que le débiteur s'oblige de payer à son créancier, mais même quelquefois une chose différente; comme si je vous loue le droit de paître vos porcs dans mes bois, à la charge que vous me paierez la somme de trente livres en mon domicile, ou bien un cochon du poids de tant de livres à mon vigneron d'un tel endroit; en ce cas, le paiement du cochon fait à mon vigneron vous libère envers moi des trente livres que vous me deviez; L. 34, § 2, ff. *de Solut.*; L. 141, § 5, ff. *de Verb. oblig.*

518. La somme qu'on indique par le contrat de payer à un tiers, peut être moindre que celle que le débiteur s'oblige par le contrat de payer au créancier.

---

(1) Il est à regretter qu'on n'ait pas conservé cette sage disposition.

Source : BIU Cujas

De là naît la question agitée en la loi 98, § 5, ff. *de Solut.* de savoir si, en ce cas, le paiement de cette somme moindre, fait à ce tiers, libère entièrement le débiteur envers le créancier, ou seulement jusqu'à concurrence de cette somme?

On doit, sur cette question, rechercher par les circonstances, quelle a été l'intention des parties; mais, à moins que le contraire ne paraisse évidemment, la présomption est que l'intention des parties a été que le paiement de la somme moindre, fait à la personne indiquée, ne libérerait le débiteur que jusqu'à concurrence de cette somme.

519. L'indication qui se fait par le contrat d'une tierce personne à qui on pourra payer, peut se faire pour un lieu ou pour un temps différent du lieu ou du temps auquel la chose est payable au créancier lui-même.

Par exemple, je puis convenir « que vous paierez une somme à moi, en mon domicile à Orléans, ou à mon banquier à Paris. »

Pareillement, je puis convenir « que vous me paierez une telle somme, ou à moi-même au temps d'une telle foire, ou à un tel après le temps de ladite foire. » *Vice versâ*, je puis convenir « que vous me paierez une telle somme, ou à moi au temps d'une telle foire, ou à un tel avant le temps de ladite foire »; L. 98, §§ 4 et 6, ff. *de Solut.*; L. 141, § 6, ff. *de Verb. oblig.*

520. On peut aussi faire dépendre d'une condition l'indication, quoique l'obligation soit pure et simple : mais si l'obligation dépendait elle-même d'une condition, l'indication, quand même elle aurait été faite purement et simplement, ou sous une autre condition, dépendrait nécessairement de la condition de laquelle on a fait dépendre l'obligation. Car on ne peut faire de paiement valable à la personne indiquée que d'une chose due; et elle ne peut pas être due si la condition de l'obligation n'existe; L. 141, §§ 7 et 8, ff. *de Verb. oblig.*

Il n'en est pas de même du terme de paiement : le paiement pouvant se faire valablement avant le terme, l'indication de payer à un tiers n'est pas nécessairement assujettie au terme que j'ai accordé à mon débiteur pour me payer.

C'est pourquoi je puis, en contractant, permettre à mon débiteur de payer à un tiers, *pourvu qu'il le fasse dans le mois*, quoique je lui accorde le terme de deux mois pour me payer à moi-même; *eâd.* L. 98, § 4.

521. Le paiement fait à la personne indiquée est valable, non-seulement lorsqu'il est fait par le débiteur lui-même à qui on a fait cette indication, mais par quelque personne que ce soit; L. 59, *vers. et si à filio*, ff. *de Solut.*

522. Ce droit qu'a le débiteur de payer la somme à la personne indiquée aussi valablement qu'à la personne du créancier, est un droit qui passe aux héritiers du débiteur. Ils ont ce droit, quand même il aurait été omis d'en faire mention dans le titre nouvel qu'ils ont passé; car on ne présume jamais qu'on ait voulu innover au titre primordial par un titre nouvel [1].

523. Régulièrement ce ne peut être qu'à la personne même indiquée par le contrat qu'on peut payer valablement, et non à ses héritiers ou autres personnes qui la représenteraient; L. 55, ff. *de Verb. oblig.*; L. 81, ff. *de Solut.*

Néanmoins lorsqu'un vendeur indique à l'acheteur, par le contrat de vente, de payer le prix à un de ses créanciers, le paiement peut se faire valablement non-seulement à la personne même du créancier, mais aux héritiers de ce créancier, et autres qui auraient succédé à sa créance.

La raison est que, dans cette indication, ce n'est pas tant la personne indiquée, que sa qualité de créancier qui a été considérée, par l'intérêt que le vendeur avait qu'on acquittât pour lui cette créance, et par celui qu'avait

---

[1] *V.* art. 1337, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 263, note 1.

Source : BIU Cujas

l'acheteur de payer au créancier, pour être subrogé aux droits et hypothèques de ce créancier.

524. On cesse de pouvoir valablement payer à la personne indiquée lorsqu'elle a changé d'état. C'est pourquoi si la personne à qui, par le contrat, il est indiqué de payer, a depuis perdu la vie civile, je ne pourrai pas lui payer valablement (L. 38, *de Solut.*), quoique le créancier eût pu m'indiquer une personne qui, dès le temps du contrat, serait morte civilement; et c'est en ce sens qu'on doit entendre la loi 95, § 6, *Dicto titulo*, qui paraît contraire. (V. *Cujas in Comment. ad Papin. ad hanc* L.)

La raison de cette différence est qu'on peut présumer que le créancier n'aurait pas voulu qu'on payât entre les mains de cette personne, s'il eût prévu qu'elle perdrait la vie civile. Mais lorsque, dès le temps du contrat, cette personne l'avait perdue, et que le créancier le savait, la volonté du créancier qu'on puisse payer entre ses mains, quoiqu'elle ne jouisse pas de l'état civil, ne peut plus être ambiguë.

Il faut dire la même chose d'une personne à qui on aurait indiqué de payer, et qui par la suite serait interdite, ou passerait sous puissance de mari, ou ferait banqueroute. Dans tous ces cas, le débiteur ne peut plus lui payer valablement, la présomption étant qu'elle n'aurait pas été indiquée, si ces cas eussent été prévus.

525. Celui à qui le créancier, par la convention même, a indiqué de payer, est très différent de celui qui est simplement fondé de pouvoir du créancier pour recevoir.

La faculté de payer à un simple fondé de pouvoir, cesse par la révocation du pouvoir notifié au débiteur, que le créancier peut faire quand bon lui semble.

La raison est que la faculté de payer à ce fondé de pouvoir, n'étant fondée que sur la procuration que lui a donnée le créancier, laquelle est révocable comme toute autre procuration, il s'ensuit que cette procuration venant à cesser par la révocation, la faculté de lui payer doit cesser.

Au contraire, la faculté de payer à la personne indiquée par la convention, ayant son fondement dans la convention même dont elle fait partie, et à laquelle on ne peut déroger que par le consentement des deux parties, le créancier ne peut pas en priver le débiteur, qui peut, malgré le créancier, selon la loi de la convention, payer entre les mains de la personne qui lui a été indiquée par la convention (1). C'est ce qu'enseignent la loi 12, § 3, et la loi 106, ff. *de Solution.*

Néanmoins si le créancier alléguait qu'il a des raisons pour que le paiement ne se fasse pas entre les mains de cette personne indiquée par le contrat, et que le débiteur n'eût aucun intérêt de payer entre les mains de cette personne plutôt qu'au créancier lui-même, ou à quelque autre personne qu'il lui indiquerait à la place de celle indiquée par le contrat, ce serait de la part de ce débiteur une mauvaise humeur et une obstination déraisonnables de vouloir payer entre les mains de la personne indiquée; obstination que la justice ne devrait pas approuver.

526. Par le droit romain, la faculté de payer à la personne indiquée par la convention, cessait lorsque, sur la demande faite par le créancier, il

---

(1) Une doctrine semblable est consacrée par l'art. 1856, C. civ.

Art. 1856 : « L'associé chargé de « l'administration par une clause spé- « ciale du contrat de société, peut « faire, nonobstant l'opposition des au- « tres associés, tous les actes qui dé- « pendent de son administration, pour- « vu que ce soit sans fraude.—Ce pou- « voir ne peut être révoqué sans cause « légitime, tant que la société dure; « mais s'il n'a été donné que par acte « postérieur au contrat de société, il est « révocable comme un simple mandat. »

Source : BIU Cujas

était intervenu contestation en cause (L. 57, § 1, ff. *de Solut.*); ce qui n'était fondé que sur une subtilité, que je ne pense pas devoir être suivie dans notre droit.

527. Il n'est pas douteux que le paiement fait d'une partie de la dette à la personne même du créancier, ne fait pas cesser la faculté de payer le restant à la personne indiquée; L. 71, ff. *de Solut.*

§ V. *De quelles manières le paiement fait à la personne qui n'avait ni pouvoir, ni qualité pour recevoir, peut-il être rendu valable ?*

528. Le paiement fait à une personne qui n'avait ni qualité ni pouvoir pour recevoir, devient valable : 1° par la ratification et approbation que le créancier fait par la suite de ce paiement (1); L. 12, § 4, ff. *de Solut.*; L. 12, Cod. *dicto tit.*; L. 24, ff. *de Neg. gest.*

Les ratifications ayant un effet rétroactif, suivant la règle *Ratihabitio mandato comparatur* (*eâd.* L. 12, § 4); le paiement sera censé avoir été valable dès le temps qu'il a été fait.

C'est pourquoi si quelqu'un s'est rendu caution envers moi pour mon débiteur, avec la clause « que son cautionnement ne durerait que jusqu'au premier janvier 1770, au bout duquel temps il en demeurerait quitte et déchargé de plein droit; » le paiement qu'il a fait dans le cours de l'année 1769, à une personne qui n'avait pas pouvoir de moi, sera valable, et il ne pourra répéter la somme payée, quoique je n'aie ratifié ce paiement qu'en l'année 1770, temps auquel il aurait cessé d'être mon débiteur, s'il n'eût pas payé : car, au moyen de l'effet rétroactif de ma ratification, le paiement est valable du jour qu'il a été fait; et il l'a été dans un temps auquel son obligation subsistait; L. 71, § 1, ff. *de Solut.*

Suivant le même principe, si je suis débiteur d'une somme de mille livres envers Pierre et Paul, cocréanciers solidaires, et que j'aie payé cette somme en premier lieu à une personne qui l'a reçue pour Pierre, sans aucun pouvoir de lui, et que je l'aie payée une seconde fois à Paul, la validité du paiement fait à Paul dépendra de la ratification de Pierre. Le premier paiement sera valable si Pierre le ratifie; et celui fait à Paul sera nul, comme étant le paiement d'une dette acquittée. Si Pierre ne ratifie pas, le premier paiement ne sera pas valable, et celui fait à Paul le sera; L. 58, § 2, ff. *eod. tit.*

529. Le second cas auquel devient valable le paiement fait à une personne qui n'avait pas de qualité pour recevoir, est lorsque la somme payée a tourné par la suite au profit du créancier (L. 28; L. 34, § 9, ff. *de Solut.*); *putà*, si elle a servi à libérer le créancier de ce qu'il devait; L. 66, *verbo sed exceptione*, ff. *dicto titulo.*

Le troisième cas est si cette personne à qui le paiement a été fait, est devenue l'héritière du créancier, ou a succédé à quelque autre titre à la créance; L. 96, § 4, ff. *dicto titulo.*

ART. III. — Quelle chose doit être payée, comment et en quel état.

§ Ier. *Peut-on payer une chose pour une autre ?*

530. Régulièrement, c'est la chose due qui doit être payée; et un débiteur ne peut obliger son créancier à recevoir en paiement autre chose que ce qu'il lui doit (2); L. 16, Cod. *de Solut.*

---

(1) *V.* art. 1239, C. civ., 2e alinéa, ci-dessus, p. 114, note 1.

(2) *V.* art. 1243, C. civ.

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

Source : BIU Cujas

Nous n'observons point la Novelle 4, cap. 3, qui permet au débiteur d'une somme d'argent, et qui n'a ni argent, ni meubles pour en faire, d'obliger son créancier à recevoir en paiement, des héritages pour l'estimation qui en sera faite, si mieux n'aime le créancier lui trouver un acheteur.

531. Non-seulement le débiteur ne peut pas obliger le créancier à recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû; mais si par erreur le créancier, croyant recevoir ce qui lui était dû, avait reçu autre chose, le paiement ne serait pas valable, et le créancier pourrait, en offrant de rendre ce qu'il a reçu, exiger la chose qui lui est due.

C'est ce que décide Paul en la loi 50, ff. *de Solut. Si quum aurum tibi promisissem, tibi ignoranti quasi aurum æs solverim, non liberabor.*

Si le créancier a bien voulu recevoir en paiement de ce qui lui était dû une autre chose, il n'est pas douteux que le paiement est valable (L. 17, Cod. *de Solut.*); à moins qu'il n'y eût lieu à la restitution contre ce paiement en cas de lésion, pour cause de la minorité du créancier, qui aurait donné imprudemment ce consentement, ou pour cause de dol, etc.; L. 26, ff. *de Lib. leg.*

532. Le débiteur peut quelquefois obliger le créancier à recevoir en paiement de ce qui lui est dû, quelque autre chose; savoir, lorsque la faculté lui en a été accordée, soit par le contrat, soit par quelque convention postérieure intervenue depuis avec le créancier; L. 57; L. 96, § 2, ff. *de Solut.*

Par le droit romain cette faculté cessait lorsque, sur la demande du créancier, il y avait eu contestation en cause (*eâd.* L. 57); ce que je ne pense pas devoir être suivi dans notre droit.

533. Ces conventions « de payer quelque chose à la place de ce qui est dû », sont toujours présumées faites en faveur du débiteur. Ainsi il est toujours loisible au débiteur de payer la somme même qui est due, et le créancier ne peut exiger autre chose.

C'est pourquoi si, par contrat de mariage, un mari reçoit une certaine somme en dot, pour sûreté de laquelle il oblige certains héritages, et qu'il soit dit « que, lors de la dissolution du mariage, la femme les recevra en paiement de sa dot », cette convention n'empêche pas le mari ou ses héritiers de retenir lesdits héritages, en offrant la somme reçue en dot dont la restitution est due; L. 45, ff. *de Solut.*

Par la même raison, si j'ai affermé un lieu de vignes pour une somme de 500 livres par an, payable en vins qui s'y recueilleront, la faculté de payer en vins est censée mise en faveur du fermier débiteur; et je ne pourrai l'obliger de me donner du vin, s'il offre de me payer en argent la somme de 500 livres, prix de sa ferme.

Mais si une fois le paiement avait été fait d'une chose à la place de ce qui était dû, la chose étant consommée, le débiteur ne serait plus recevable à répéter, en offrant de payer la somme qui était due; L. 10, L. 24, Cod. *de Solut.*

§ II. *Le créancier est-il tenu de recevoir par parties ce qui lui est dû.*

534. Quoiqu'une dette soit divisible, tant qu'elle n'est pas encore divisée, le créancier n'est pas obligé de recevoir par parties ce qui lui est dû (1).

---

(1) *V.* art. 1244, 1er alinéa, C. civ. Art. 1244 : « Le débiteur ne peut « point forcer le créancier à recevoir « en partie le paiement d'une dette, « même divisible.—Les juges peuvent « néanmoins, en considération de la « position du débiteur, et en usant de « ce pouvoir avec une grande réserve, « accorder des délais modérés pour le « paiement, et surseoir à l'exécution « des poursuites, toutes choses demeu- « rant en état. »

Source : BIU Cujas

C'est sur ce principe que Modestin décide en la loi 41, § 1, ff. *de Usur.*, que s'il n'y a pas une clause au contrat, « que le débiteur pourra payer par parties, » la consignation par lui faite d'une partie, n'arrête pas le cours des intérêts, même pour la partie consignée.

Cette décision suppose bien clairement le principe, « qu'un créancier n'est pas obligé de recevoir par parties ce qui lui est dû. » S'il y était obligé, et que la consignation de la partie offerte fût valable, les intérêts cesseraient d'en courir : car, lorsque la dette d'une somme d'argent est acquittée pour partie, les intérêts ne courent plus que pour le surplus qui reste dû.

C'est ce que décide la loi quatrième, Cod. *de Comp.*, et c'est ce que le seul bon sens apprend.

Quel intérêt, dira-t-on, a un créancier de refuser à son débiteur la commodité de le payer par parties ?

La réponse est qu'on a intérêt de recevoir tout à la fois une grosse somme avec laquelle on fait ses affaires, plutôt que plusieurs petites sommes en différents temps, qui se dépensent imperceptiblement à mesure qu'on les reçoit. D'ailleurs c'est un embarras pour le créancier de charger son registre d'une recette de plusieurs petites sommes, et d'avoir des calculs à faire. Molin. *Tr. de Div. et Ind.* p. 2, n° 14.

Il ne suffit pas même au débiteur d'offrir toute la somme principale qu'il doit, lorsqu'elle porte intérêt ; le créancier n'est pas obligé de la recevoir, si on ne lui paie en même temps tous les intérêts qui en sont dus.

535. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions pour un débiteur ; quoiqu'elles aient entre elles le bénéfice de division, néanmoins, tant que le créancier ne les poursuit pas pour le paiement, chacune d'elles ne peut l'obliger de recevoir le paiement pour partie.

La raison est que la dette, à laquelle plusieurs cautions ont accédé, n'est pas de plein droit divisée entre elles : ces cautions n'ont qu'une exception pour faire prononcer la division de la dette ; c'est lorsqu'elles sont poursuivies pour le paiement : mais si elles se trouvent toutes alors solvables, cette exception ne peut point être proposée. La dette, jusqu'à ce temps, n'étant pas encore divisée, c'est une conséquence que le créancier ne puisse être tenu de la recevoir pour partie.

La sommation que la caution non poursuivie fait au créancier de recevoir sa part, si mieux il n'aime la décharger, n'est pas fondée, quelque temps qu'il y ait que cette caution s'est obligée : car ce n'est que contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, et non contre le créancier, que la caution a l'action *mandati*, pour qu'il la fasse décharger.

Cette sommation n'est pas fondée, quand même la caution alléguerait que le débiteur principal et les cofidéjusseurs, quoique encore solvables, commencent à dissiper leurs biens, et qu'elle ne doit pas souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre : cette caution n'a d'autre ressource que de payer toute la dette, et de se faire subroger aux droits et actions du créancier ; Molin., *Tract. de Div. et Ind.* p. 2, n°s 54, 55, 56.

Dumoulin, n° 57, va plus loin : quand même l'obligation des cautions serait entre elles divisée de plein droit ; *putà*, si trois personnes s'étaient rendues, chacune pour un tiers, cautions d'un débiteur, il pense que, même en ce cas, la caution qui n'est pas poursuivie pour le paiement, ne peut forcer le créancier à recevoir le paiement de son tiers ; parce que, dit-il, l'obligation des cautions ne doit pas donner indirectement atteinte à l'obligation principale, et la rendre payable par parties, avant qu'elle soit divisée.

Je pense que Dumoulin va trop loin : en effet, cette caution n'étant obligée que pour le tiers, doit avoir la faculté de se libérer en payant ce tiers, qui est tout ce qu'elle doit ; car il est permis à tout débiteur de se libérer en offrant

Source : BIU Cujas

tout ce qu'il doit (1). Je pense même que le débiteur principal qui ne pourrait en son nom payer pour partie, pourrait payer pour l'une des cautions le tiers que doit cette caution (2). Le débiteur ayant intérêt de payer pour cette caution, afin de se décharger de l'indemnité qu'il lui doit, le créancier ne peut refuser ce paiement.

Dumoulin (*ibid.*, n° 50), convient que c'est le sentiment commun des docteurs, quoiqu'il soit d'un avis contraire.

536. La règle « que le créancier ne peut être obligé à recevoir par parties ce qui lui est dû, tant que la dette n'est pas encore divisée », reçoit une première exception lorsqu'il y a clause au contrat, « que la somme due sera divisée en un certain nombre de paiements ; *putà*, en deux, ou en trois paiements »; ou lorsque, en considération de la pauvreté du débiteur, le juge l'a ordonné ainsi par un jugement de condamnation. Le créancier est tenu, dans tous ces cas, de se conformer à ce qui est prescrit par la convention, ou par le jugement de condamnation (3).

Lorsqu'on ne s'est pas expliqué sur la somme dont serait chaque paiement, les paiements doivent s'entendre de paiements égaux entre eux.

Par exemple, si je me suis obligé de payer une somme de dix mille écus en quatre paiements, chaque paiement doit être du quart de la somme, ni de plus ni de moins ; sauf que je puis faire plusieurs paiements à la fois, en payant la moitié ou les trois quarts de la somme.

Lorsque la convention porte que « le paiement sera fait en deux différents lieux » qui sont unis par une conjonctive ; comme s'il était dit « que je paierai à Orléans mon domicile, *et* à Paris au domicile de mon banquier » ; cette clause renferme celle que le paiement se fera par moitié en chacun desdits lieux. *Secùs*, si la particule est disjonctive ; comme s'il est dit : « Je paierai à Paris *ou* à Orléans », le créancier n'est tenu de recevoir qu'en un paiement, en l'un desdits lieux que choisira le débiteur.

537. Notre règle souffre une seconde exception, savoir, lorsqu'il y a contestation sur la quantité de ce qui est dû ; *putà*, si par un compte je me suis rendu reliquataire d'une certaine somme, et que celui à qui je rends compte, prétende par ses débats que le reliquat doit monter à une plus grande somme ; la loi 31, ff. *de Reb. cred.*, veut, en ce cas, que le créancier puisse être obligé de recevoir la somme dont je me fais reliquataire, sans préjudice du plus, en attendant la décision de la contestation.

Cette décision étant très équitable, il est de la prudence du juge d'ordonner ce paiement provisionnel, lorsque le débiteur le demande (4).

538. La règle souffre une troisième exception dans le cas de la compensation ; car un créancier est obligé de compenser jusqu'à concurrence de la

---

(1) En acceptant un pareil cautionnement, le créancier nous paraît avoir consenti à ce que chaque caution pût se libérer en payant le montant de son cautionnement, c'est-à-dire le tiers de la dette principale.

(2) Nous ne le croyons pas : la convention qui est intervenue entre le créancier et chaque caution et qui règle leurs rapports respectifs, n'a rien changé, rien altéré dans l'obligation du débiteur principal, il doit donc le total et doit payer ce total comme s'il n'y avait pas de caution : il ne doit pas dépendre de lui de payer en une qualité qui peut, jusqu'à un certain point, préjudicier au créancier.

(3) *V.* art. 1244, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 283, note 1.

(4) *V.* art. 535, C. proc.

Art. 535 : « Le compte présenté et « affirmé, si la recette excède la dé- « pense, l'oyant pourra requérir du « juge-commissaire exécutoire de cet « excédant, sans approbation du « compte. »

Source : BIU Cujas

somme qui lui est due, celle qu'il doit à son débiteur, quoiqu'elle soit moindre que celle qui lui est due (1).

539. Celui qui est créancier d'une personne pour différentes dettes, est obligé de recevoir le paiement que son débiteur lui offre de l'une de ses dettes, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le paiement des autres dettes.

Par la même raison le débiteur de plusieurs années d'arrérages peut obliger le créancier à recevoir le paiement d'une année, quoiqu'il ne lui offre pas en même temps le paiement des autres années; car tous ces termes d'arrérages sont autant de différentes dettes : le créancier ne peut néanmoins être obligé de recevoir les dernières années avant les précédentes, *ne rationes ejus conturbentur*. Molin., *ibid.*, n° 44.

Suivant ce principe, Dumoulin, *ibid.*, décide qu'un emphytéote, sujet par la clause du bail « à déchoir de son droit par la cessation du paiement de trois années de redevance », peut éviter cette peine en offrant le paiement d'une année avant l'expiration de la troisième.

§ III. *Comment la chose qui est due peut-elle être payée ?*

540. Le paiement d'une chose ne se fait qu'en transférant au créancier par la tradition, la propriété irrévocable de cette chose (2) : *Non videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt ;* L. 167, ff. *de Reg. juris.*

De là il suit, comme il a déja été dit en l'art. 1, que le paiement d'une chose n'est pas valable, lorsqu'elle n'appartient pas à celui qui la donne en paiement sans le consentement du propriétaire.

Néanmoins, ce paiement peut devenir par la suite valable, si le créancier qui l'a reçu en paiement, en est devenu propriétaire par le temps requis pour l'usucapion; ou du moins lorsqu'il a cessé d'avoir à craindre aucune éviction de cette chose; comme lorsque celui qui la lui a donnée en paiement, est devenu l'héritier unique du propriétaire de cette chose, ou lorsque cette chose a cessé d'exister, ou a été consommée de bonne foi par le créancier qui l'a reçue en paiement; L. 69; L. 78; L. 94, § 2, ff. *de Solut.*

La raison est que, dans ces cas, ce qui est arrivé depuis a suppléé à ce qui manquait au paiement, en faisant acquérir au créancier, ou la propriété de la chose qu'il a reçue en paiement, ou quelque chose d'équipollent au droit de propriété.

541. Mais lorsqu'un créancier reçoit en paiement, par erreur, sa propre chose, le paiement qui lui en est fait est tellement nul, qu'il ne peut jamais devenir valable; car il ne peut jamais être censé avoir acquis, soit réellement, soit équipollemment, ce qui lui appartient déjà : *Quod meum est, amplius meum esse non potest.*

542. Lorsque le paiement est fait à un tiers, de l'ordre du créancier, il faut pareillement que la propriété de la chose qui est payée, soit transférée, ou au créancier, lorsque ce tiers la reçoit au nom du créancier, et pour la lui acquérir; ou à ce tiers, lorsque l'intention du créancier a été qu'elle fût acquise à ce tiers.

De là il suit que, lorsque j'ai donné ordre à celui qui m'a vendu un héritage, d'en faire la délivrance à ma femme, à qui j'avais volonté de le donner, le paiement ou la délivrance qu'il fait par mon ordre à ma femme de cet héritage,

---

(1) *V.* art. 1290, C. civ.

Art. 1290 : « La compensation s'o-« père de plein droit par la seule force « de la loi, même à l'insu des débiteurs; « les deux dettes s'éteignent récipro-« quement, à l'instant où elles se trou-« vent exister à la fois, jusqu'à concur-« rence de leurs quotités respectives. »

(2) Cette décision n'est vraie aujourd'hui que dans les cas où la propriété n'a point été transférée par le consentement.

Source : BIU Cujas

n'ayant pu en transférer la propriété à ma femme, parce que les donations entre mari et femme sont défendues par la loi ; ni à moi, ma femme ne l'ayant pas reçu pour moi : mon vendeur est demeuré propriétaire de l'héritage dont il a fait la tradition à ma femme.

Ce paiement donc, à ne considérer que la subtilité du droit, n'est pas valable, et n'a pas libéré mon vendeur ; mais s'il ne l'a pas, en ce cas, libéré *ipso jure*, et selon la subtilité du droit, il est libéré *per exceptionem doli*, la bonne foi ne permettant pas que je lui demande un héritage qu'il s'est mis par mon fait hors d'état de me livrer, en le délivrant par mon ordre à ma femme. C'est pourquoi il n'est plus, dans cette espèce, tenu envers moi à autre chose qu'à me céder son droit de revendication, pour que je l'exerce à mes risques.

C'est ce qui résulte de la Loi 26, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.* et de la Loi 38, § 1, ff. *de Solut.*

Selon nos usages, il ne serait pas même nécessaire que mon débiteur me subrogeât à son droit de revendication ; la justice m'y subroge de plein droit (1).

Il faut expliquer à peu près de même la Loi 34, § 7, ff. *de Solut.*

Voyez cette explication dans les notes sur cette loi, *in Pandect. Justin.* tit. *de Solut.* n° 27.

543. Pour que le paiement soit valable, il ne suffit pas que la propriété soit transférée au créancier ; il faut, comme nous l'avons dit, qu'elle le soit d'une manière irrévocable : car ce n'est pas la lui transférer véritablement, que de la transférer de manière qu'il ne puisse pas toujours la retenir, suivant cette règle de droit : *Quod evincitur, in bonis non est ;* L. 190, ff. *de Reg. jur.*

Par exemple, si la chose donnée en paiement était chargée d'hypothèques, soit que ce fût cette chose elle-même qui fût due, soit qu'elle eût été donnée en paiement d'une somme, le débiteur ne serait pas, par ce paiement, quitte de sa dette, s'il ne purgeait lesdites hypothèques (L. 20 ; L. 69 ; L. 98, *de Solut.*) Car ce paiement n'ayant pas transféré au créancier à qui il a été fait, une propriété de la chose qu'il pût toujours retenir, n'est pas un paiement valable, et n'a pas par conséquent éteint la dette (2).

Si par une clause du contrat, le débiteur, qui s'était obligé à donner une certaine chose, avait chargé le créancier des risques de certaines évictions de cette chose, ou que la chose fût déclarée par le contrat être d'une nature sujette à une certaine espèce d'éviction, la sujétion à ces évictions, pourvu qu'il n'y en ait pas d'autres à craindre que celles dont on a chargé le créancier, n'empêchera pas la validité du paiement qui lui a été fait de cette chose.

§ IV. *En quel état la chose doit-elle être payée ?*

544. Lorsque la dette est d'un corps certain et déterminé, la chose peut être valablement payée, en quelque état qu'elle se trouve, pourvu que les détériorations qui sont survenues depuis le contrat, ne viennent point du fait ni de la faute du débiteur, ni de celle de certaines personnes dont il est responsable, telles que peuvent être ses ouvriers ou ses domestiques (3).

---

(1) D'ailleurs les donations entre mari et femme ne sont pas prohibées : seulement elles sont révocables. Dans l'espèce, la donation serait nulle par défaut de formes.

(2) C'est une question fort controversée. V. nos observations *Traité du Contrat de Vente*, n° 604, t. 3, p. 240.

(3) *V.* art. 1245, C. civ.

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

Source : BIU Cujas

Si c'est par cas fortuit, ou par le fait d'un étranger que la chose a été détériorée, le débiteur peut valablement la payer en l'état qu'elle se trouve. Il n'est pas obligé à davantage, si ce n'est à céder à son créancier les actions qu'il peut avoir contre celui qui a causé le dommage; et quand il ne les lui céderait pas, le juge y subrogerait le créancier qui se trouve être celui qui souffre de ce dommage (1).

545. Il n'en est pas de même lorsque la dette est d'un corps indéterminé; comme si un marchand de chevaux a promis par contrat de mariage à son gendre de lui donner un cheval pour partie de la dot de sa fille, sans spécifier quel cheval. Si l'un de ses chevaux est devenu borgne ou galeux, il ne pourra pas donner ce cheval pour s'acquitter de sa dette; il doit en donner un qui n'ait aucun vice notable (L. 33, *in fin.* ff. *de Solut.*) Au lieu que, s'il s'était obligé déterminément de donner à son gendre *un tel cheval*, il s'acquitterait de son obligation en le lui donnant tel qu'il se trouve.

ART. IV. — Quand le paiement doit il être fait.

546. Il est évident qu'on ne peut faire le paiement d'une chose avant qu'elle soit due; car, tant qu'il n'y a pas encore de dette, il ne peut y avoir de paiement.

De là il suit que, lorsqu'une dette est suspendue, parce que la condition sous laquelle elle a été contractée, n'est pas encore accomplie, le paiement ne peut s'en faire. Non-seulement le débiteur ne peut être obligé de payer, ni le créancier obligé de recevoir avant l'accomplissement de la condition; mais si le débiteur, ignorant la condition, avait par erreur payé, il en aurait la répétition *per condictionem indebiti;* car il est vrai, qu'en ce cas, il aurait payé ce qu'il ne devait pas encore.

Mais ce paiement qui n'était pas valable, est confirmé et devient valable par l'accomplissement de la condition; car cet accomplissement a un effet rétroactif au temps du contrat, qui, en faisant réputer la dette due dès le temps du contrat (*suprà*, n° 220), fait, par une conséquence nécessaire, réputer valable le paiement qui a été fait avant la condition; L. 16, ff. *de Cond. indebit.*

547. Il n'en est pas de même du terme de paiement que de la condition. Le terme n'ayant pas l'effet de suspendre la dette, mais seulement d'en arrêter l'exigibilité (*suprà*, n° 230), le paiement fait avant le terme est valable (2); L. 1, § 1, ff. *de Cond. et Dem.*

Cette règle souffre néanmoins quelques exceptions.

Par exemple, si un testateur ayant légué une somme à un mineur, pour empêcher que le tuteur ne la dissipât, avait ordonné qu'elle ne serait payée qu'à la majorité du légataire, l'héritier débiteur du legs qui l'aurait payée auparavant, ne serait pas libéré dans le cas de l'insolvabilité du tuteur. *Voyez* L. 15, ff. *de Ann. leg.*

Voyez, sur le terme de paiement, ce que nous avons dit, part. 2, ch. 3, art. 3.

---

(1) *V.* art. 1303, C. civ.

Art. 1303 : « Lorsque la chose est « périe, mise hors du commerce ou « perdue, sans la faute du débiteur, il « est tenu, s'il y a quelques droits ou ac- « tions en indemnité par rapport à cette « chose, de les céder à son créancier.»

Et d'après les principes nouveaux sur la translation de la propriété, il arrivera souvent que le droit naîtra directement en la personne du créancier.

(2) *V.* art. 1186, C. civ., ci-dessus, p. 109, note 3.

Source : BIU Cujas

ART. V. — Où le paiement doit-il être fait, et aux dépens de qui ?

§ I. *Où le paiement doit-il être fait?*

548. Lorsque par la convention il y a un lieu convenu où le paiement doit se faire, il doit être fait en ce lieu. S'il n'y a aucun lieu désigné, et que la dette soit d'un corps certain, le paiement doit se faire au lieu où est la chose (1).

Par exemple, si j'ai vendu à un marchand le vin de ma récolte, c'est dans ma grange où est ce vin, que je dois en recevoir le paiement : il doit l'y envoyer chercher, le charger à ses dépens sur ses charrettes; le lui devant livrer où il est. Je ne suis point obligé de le déplacer, mais seulement de lui donner la clef de ma grange, et de souffrir qu'il l'enlève. Cela est conforme à la loi 47, § 1, ff. *de Leg.* 1° : *Si quidem certum corpus legatum est..... ibi præstabitur ubi relictum est.*

Si le débiteur, depuis le marché, avait transporté la chose du lieu où elle était, en un autre lieu d'où l'enlèvement se trouverait plus dispendieux au créancier, le créancier pourrait prétendre, par forme de dommages et intérêts, ce que l'enlèvement lui coûterait de plus qu'il ne lui aurait coûté si la chose fût restée au même lieu où elle était lors du marché, le débiteur ne devant pas par son fait rendre pire la condition du créancier.

549. Si la dette n'est pas d'un corps certain, mais d'une chose indéterminée; comme si l'on me donnait une paire de gants indéterminément, une certaine somme d'argent, une certaine quantité de blé, de vin, etc., le lieu du paiement ne pourrait plus être, en ce cas, le lieu où la chose est, puisque son indétermination empêche qu'on ne puisse assigner aucun lieu où elle soit. Quel sera-t-il donc?

La loi ci-dessus citée dit, qu'en ce cas, la chose doit être payée au lieu où elle est demandée, *ubi petitur;* c'est-à-dire, au lieu du domicile du débiteur; Molin., *Tr. de Usur. quest.* 9.

La raison est que les conventions sur les choses à l'égard desquelles les parties ne se sont pas expliquées, devant s'interpréter plutôt en faveur du débiteur qu'en faveur du créancier (2), *in cujus potestate fuit legem apertiùs dicere* (*suprà*, n° 97); il suit de ces principes, que, lorsqu'elles ne se sont pas expliquées sur le lieu où devait se faire le paiement, la convention doit à cet égard s'interpréter de la manière qui est la moins onéreuse et la moins coûteuse au débiteur.

Notre principe, « que les choses indéterminées sont payables au domicile du débiteur, lorsqu'il n'y a aucun lieu de paiement désigné par la convention,» souffre une exception lorsque deux choses concourent, savoir, lorsque les demeures du créancier et du débiteur ne sont pas beaucoup éloignées l'une de l'autre, *putà*, lorsqu'ils demeurent dans la même ville, et lorsque la chose due consiste dans une somme d'argent, ou dans quelque autre chose qui peut être portée ou envoyée sans frais chez le créancier.

Lorsque ces deux choses concourent, le paiement doit se faire en la maison du créancier; Molin., *ibid.* Le débiteur doit, en ce cas, à son créancier cette déférence qui ne lui coûte rien (3). Faute de payer au créancier, le créancier

---

(1) *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 dé- « signé, 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. »

(2) *V.* art. 1162, C. civ., ci-dessus, p. 50, note 1.

(3) Il est très convenable qu'il en soit ainsi, surtout si le débiteur a retiré toute l'utilité du contrat, par

Source : BIU Cujas

pourra faire un commandement à son débiteur au domicile de ce débiteur, qui en devra les frais, et le débiteur pourra payer à l'huissier qui lui fait le commandement.

Quoiqu'il soit dit expressément par l'acte, que la somme sera payable en la maison du créancier, qui, lors de l'acte, était dans la même ville que celle du débiteur, et à plus forte raison lorsqu'on ne s'est pas expliqué sur le lieu du paiement, si, depuis le contrat, le créancier a transféré son domicile dans une autre ville éloignée de celui du débiteur, le débiteur sera fondé à demander que le créancier élise domicile dans le lieu où il l'avait lorsque le contrat a été passé; cette translation de domicile dans un lieu où le débiteur n'a aucunes habitudes, ne devant pas lui être onéreuse, et rendre sa condition pire qu'elle n'était, suivant cette règle : *Nemo alterius facto prægravari debet.*

Voyez, sur le lieu du paiement, ce qui a été dit ci-dessus, part. 2, chap. 3, art. 4.

§ II. *Aux dépens de qui se fait le paiement.*

550. Le paiement se fait aux dépens du débiteur; c'est pourquoi s'il veut une quittance par-devant notaires, c'est à ses dépens que doit être passée la quittance (1).

C'est aussi pour cette raison que celui qui a vendu du vin, doit payer au bureau des aides le congé nécessaire pour le livrer.

ART. VI. — De l'effet des paiements.

551. L'effet du paiement est d'éteindre l'obligation, et tout ce qui en est accessoire, et de libérer tous ceux qui en sont débiteurs; L. 43, ff. *de Solut.*

§ Ier *Si un seul paiement peut éteindre plusieurs obligations.*

552. Quelquefois un seul paiement peut éteindre plusieurs obligations : cela arrive lorsque la chose qui est donnée en acquit d'une obligation, est la chose même qui était l'objet d'une autre obligation.

Par exemple, si je suis convenu avec vous « de vous vendre en paiement de la somme que vous m'avez prêtée, la chose que je vous avais donnée en gage,» ce paiement que je vous fais de cette chose éteint en même temps, et l'obligation résultant du prêt que vous m'aviez fait, et celle résultant de la vente que je vous ai faite de la chose (L. 44, ff. *de Solut.*): car cette chose que je vous paie en acquit de l'obligation résultant du prêt d'argent que vous m'avez fait, est la chose même qui fait l'objet de mon obligation résultante de la vente que je vous ai faite.

553. Cette règle a lieu même à l'égard de différents créanciers.

Par exemple, si, vous devant dix mille livres, je les ai payées par votre ordre à votre créancier à qui vous deviez pareille somme, ce paiement éteint en même temps deux obligations, et la mienne et la vôtre; L. 64, ff. *dict. tit.* Il me libère envers vous, et il vous libère envers votre créancier.

Ce paiement en contient deux, *juris effectu :* car c'est comme si je vous avais payé la somme, et que vous l'eussiez payée ensuite à votre créancier : *Celeritate conjungendarum inter se actionum, unam actionem occultari;* L. 3, § 12, ff. *Don. int. vir. et uxor.*

554. Cette règle, « que le paiement fait en acquit d'une obligation, éteint les autres obligations qui ont le même objet,» a lieu aussi à l'égard de différents débiteurs.

---

exemple au cas de prêt sans intérêts. Cependant le Code n'a point de disposition à cet égard.

(1) *V.* art. 1248, C. civ.
Art. 1248 : « Les frais du paiement « sont à la charge du débiteur. »

Source : BIU Cujas

Par exemple, si par votre mandement j'ai prêté une somme d'argent à Pierre, le paiement que me fait Pierre de la somme que je lui ai prêtée, éteint en même temps, et l'obligation de Pierre, et votre obligation résultant du mandement que vous m'aviez donné.

Ce que nous venons de dire « que, lorsqu'il y a des obligations qui, quoiqu'elles procèdent de causes différentes, ont néanmoins un seul et unique objet, le paiement qui est fait de l'une de ces obligations éteint les deux,» n'a lieu que dans le cas auquel le débiteur qui a payé n'avait pas le droit de se faire céder les actions du créancier contre le débiteur de l'autre obligation.

Mais dans le cas contraire, lorsque celui qui a payé avait le droit de se faire céder les droits et actions du créancier contre le débiteur de l'autre obligation, il n'éteint, en payant, que son obligation; l'autre subsiste, non à l'effet que le créancier puisse se faire payer une seconde fois, mais à l'effet qu'il puisse céder l'action qui en naît à celui à qui il la doit céder.

Par exemple, en retenant l'espèce ci-dessus rapportée, si par votre mandement j'ai prêté une somme d'argent à Pierre, nous avons vu que le paiement fait par Pierre éteignait son obligation et la vôtre : mais si, avant que Pierre m'ait payé, vous me payez vous-même cette somme pour vous libérer de l'obligation résultant du mandement que vous m'avez donné, ce paiement n'éteint que votre obligation, et non celle de Pierre; parce qu'en me payant vous avez droit d'obtenir de moi la cession de mes droits et actions contre Pierre, qui par conséquent demeure obligé, non plus envers moi, qui ne puis pas exiger deux fois la même chose, mais envers vous, en conséquence de la cession de mes actions, que je dois vous faire; L. 95, § 10, ff. *de Solut.*; L. 28, ff. *Mand.*

Cette cession d'actions contre le débiteur d'une différente obligation, peut se faire même *ex intervallo*, après le paiement (1); en quoi il diffère de celle qui se fait contre les codébiteurs de la même obligation, dont nous allons parler au paragraphe suivant.

§ II *Si le paiement fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation de tous les autres débiteurs de la même obligation; et de la cession d'actions.*

555. Si le paiement d'une obligation peut libérer les débiteurs d'une obligation différente, mais qui a le même objet, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent; à plus forte raison, le paiement fait par l'un des débiteurs d'une même obligation, doit libérer tous les autres débiteurs de cette obligation, soit qu'ils soient débiteurs principaux, soit qu'ils soient débiteurs accessoires, tels que sont les fidéjusseurs (2).

556. Cette règle reçoit une limitation dans le cas de la cession d'actions : car, si l'un des codébiteurs ou des cautions, en payant la dette, s'est fait céder les droits et actions du créancier, la dette n'est pas censée éteinte vis-à-vis de ceux contre qui les actions du créancier lui ont été cédées (3).

---

(1) Parce que, dans ce cas, le mandant n'a pas payé la dette de l'emprunteur, donc elle subsiste, donc elle peut être cédée : le mandant s'est libéré de sa propre obligation envers le prêteur qui était son mandataire : *Propter enim suum mandatum et suo nomine solvit*, dit Papinien.

(2) *V.* art. 1236, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 272, note 4.

(3) Il est facile de voir que Pothier appelle ici *cession d'action* ce que le Code qualifie DE PAIEMENT *avec subrogation*. Le créancier peut sans doute vendre, céder, transporter ses droits à un tiers, et ce cessionnaire aura évidemment la plénitude des droits du cédant, créancier primitif; mais alors il n'y a pas eu paiement de la dette, au contraire, une nouvelle convention est intervenue entre le créancier et le tiers, cette convention était une vente, l'objet vendu était la créance avec toutes ses qualités (art. 1692, C. civ.),

Source : BIU Cujas

On peut faire sur cette cession d'actions plusieurs questions.

1° Qui sont ceux qui, en payant une dette, ont droit de se faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs qui en sont tenus ?

2° Le créancier est-il tellement obligé à cette cession d'actions, qu'il soit non recevable à exiger sa créance en tout ou en partie, de ceux à qui il était obligé de les céder, lorsqu'il s'est mis par son fait hors d'état de les leur pouvoir céder ?

3° Cette cession d'actions a-t-elle lieu de plein droit, ou si elle doit être requise ? et quant peut-elle l'être ?

4° Quels sont les effets de cette cession d'actions ?

Sur la première question, on doit tenir pour principe, que tous ceux qui sont tenus d'une dette pour d'autres, ou avec d'autres par lesquels ils en doivent être acquittés, soit pour le tout, soit pour partie, ont droit, en payant cette dette, de se faire céder les actions du créancier contre les autres débiteurs qui en sont tenus (1).

C'est sur ce principe que Julien décide que le fidéjusseur doit, en payant, obtenir la cession des actions du créancier, tant contre le débiteur principal, que contre tous les autres qui sont tenus de cette dette : *Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est vendere cæterorum nomina;* L. 17, ff. *Fidejus.* (2).

Par la même raison, le créancier ne peut refuser à un débiteur solidaire, de qui il exige le total de la dette, la cession de ses actions contre les autres débiteurs; L. 47, ff. *Locat.*

Cette obligation du créancier de céder ses actions, est fondée sur cette règle d'équité, « qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien (3). »

---

ce que le cessionnaire a payé a éteint sa propre dette envers le cédant, mais tout cela est fort étranger au paiement ou à l'extinction de la première dette. Mais s'il y a eu paiement, il y a eu extinction de la dette, il n'est pas possible que celui qui a payé agisse comme cessionnaire des droits du créancier ; le principe de l'action contre le débiteur est dans la gestion des affaires de ce même débiteur, avec attribution légale ou conventionnelle des garanties de la première créance à la seconde.

Art. 1692 : « La vente ou cession « d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilége et hypothèque. »

(1) La loi accorde la subrogation, à tous ceux qui avaient intérêt à acquitter la dette, ou dont le paiement par eux effectué, se justifie par la situation dans laquelle ils se trouvaient, sans qu'on ait à craindre de leur part la mauvaise intention de tourmenter le débiteur. *V.* art. 1251, C. civ.

Art. 1251 : « La subrogation a lieu « de plein droit :—1° Au profit de celui « qui, étant lui-même créancier, paie « un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges ou « hypothèques ;—2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie « le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet « héritage était hypothéqué ;—3° Au « profit de celui qui, étant tenu avec « d'autres ou pour d'autres au paiement « de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;—4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les « dettes de la succession. »

(2) *V.* art. 2029, C. civ., ci-dessus, p. 139, note 1.

(3) Cette règle, comme principe de droit, nous paraît exagérée. La subrogation est fondée d'une part sur l'intérêt que celui qui paie avait à payer, et par conséquent à éviter des poursuites, et d'autre part sur le défaut d'intérêt, tant de la part du débiteur que de ses autres créanciers, à critiquer cette subrogation au profit de celui qui a payé, attendu que leur situation respective reste complétement la même.

Source : BIU Cujas

Un débiteur solidaire ayant donc un juste intérêt d'avoir les actions du créancier contre ses codébiteurs solidaires, pour leur faire porter leur part d'une dette dont ils sont tenus aussi bien que lui, le créancier ne peut les lui refuser. Par la même raison, il ne les peut refuser à une caution, et généralement à tous ceux qui, étant tenus de la dette, ont intérêt de s'en faire acquitter en tout ou en partie par ceux pour qui ou avec qui ils sont débiteurs.

Mais lorsqu'un étranger paie une dette dont il n'était pas tenu, et sans qu'il eût aucun intérêt de l'acquitter, le créancier n'est pas obligé, si bon ne lui semble, de lui céder ses actions (L. 5, Cod. *de Solut.*); car il n'en avait pas besoin, puisque rien ne l'obligeait à payer (1).

Ceci souffre une exception à l'égard des lettres de change. Lorsqu'un étranger, pour faire honneur, soit au tireur, soit à quelqu'un des endosseurs, soit à l'accepteur, acquitte une lettre de change dont il n'est pas débiteur, non-seulement la cession des actions du créancier de la lettre de change ne peut lui être refusée; il y est même subrogé de plein droit par l'ordonnance de 1673, comme on le verra en notre *Traité des Lettres de Change;* ce que la faveur du commerce a fait établir (2).

559. Sur la seconde question, qui est de savoir si le créancier doit être exclu de sa demande, *per exceptionem cedendarum actionum*, contre un des débiteurs, lorsque par son fait il s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder ses actions contre les autres débiteurs; cela ne souffre pas de difficulté à l'égard des *mandatores pecuniæ credendæ.*

Papinien le décide en termes formels en la loi 95, § 11, ff. *Si creditor à debitore culpâ suâ causa ceciderit, propè est ut actione mandati nihil à mandatore consequi debeat; cùm ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.*

La raison en est évidente : c'est un principe commun à tous les contrats synallagmatiques, « que, lorsque nous avons contracté des obligations réciproques, je ne suis pas recevable à vous demander l'exécution de la vôtre, lorsque par ma faute je manque à la mienne.»

Suivant ce principe, lorsque par mon ordre vous avez prêté une certaine somme d'argent à Pierre, et que par votre faute vous vous êtes laissé décheoir de l'action que vous aviez requise par ce prêt, et que vous ne pouvez plus par conséquent me céder, vous ne devez pas être recevable à me demander cette somme, au remboursement de laquelle je me suis obligé par le contrat de mandat intervenu entre nous; puisque de votre côté vous vous êtes mis par votre faute hors d'état de pouvoir remplir l'obligation que vous aviez par ce contrat contractée envers moi, de me céder l'action que vous aviez acquise par le prêt que vous avez fait à Pierre, en exécution de mon mandat. Voy. *suprà*, n° 445.

Doit-on décider la même chose à l'égard des fidéjusseurs ?

Un fidéjusseur à qui le créancier demande le paiement d'une dette pour laquelle il s'est rendu caution, peut-il faire déclarer ce créancier non recevable dans sa demande, pour ce que ce fidéjusseur aurait pu répéter par la cession

---

(1) On ne peut plus dire que le paiement est fait *ex necessitate.*

(2) *V.* art. 159, 1er alinéa, C. comm., même disposition.

Art. 159, C. comm. : « Celui qui « paie une lettre de change par inter- « vention, est subrogé aux droits du « porteur, et tenu des mêmes devoirs « pour les formalités à remplir.—Si le « paiement par intervention est fait « pour le compte du tireur, tous les « endosseurs sont libérés.—S'il est fait « pour un endosseur, les endosseurs « subséquents sont libérés.—S'il y a « concurrence pour le paiement d'une « lettre de change par intervention, « celui qui opère le plus de libérations « est préféré.—Si celui sur qui la let- « tre était originairement tirée, et sur « qui a été fait le protêt faute d'accep- « tation, se présente pour la payer, il « sera préféré à tous autres. »

Source : BIU Cujas

des actions du créancier, lorsque ce créancier s'est mis par son fait hors d'état de les lui céder ?

La raison de douter est que je ne vois aucun texte de loi qui le décide formellement à l'égard des fidéjusseurs (1).

La loi 95, § 11, ci-dessus citée, qui donne cette fin de non-recevoir aux *mandatores pecuniæ credendæ*, ne me paraît pas décisive pour les fidéjusseurs; car il n'y a pas même raison. Celui qui a prêté une somme d'argent à Pierre par l'ordre de quelqu'un, a, par le contrat de mandat que l'ordre qu'il a exécuté renferme, contracté une obligation formelle envers le *mandator pecuniæ credendæ*, de lui céder et de lui conserver l'action qu'il acquerrait par le prêt qu'il ferait à Pierre en exécution du mandat. On ne peut pas dire de même à l'égard d'un fidéjusseur, que le créancier ait contracté envers lui l'obligation de lui conserver et de lui céder ses actions; le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel il n'y a que la caution qui s'oblige.

Si le créancier est obligé de céder ses actions au fidéjusseur lors du paiement qu'il lui fait, ce n'est que la seule équité qui l'y oblige, parce qu'il n'a aucun intérêt de les refuser; mais il ne doit être obligé de les céder qu'autant qu'il les a, et telles qu'il les a; et on ne doit pas lui imputer s'il ne les a pas conservées, et s'il s'est mis hors d'état de les pouvoir céder (2).

Ajoutez une autre différence que Cujas observe *ad* L. 21, ff. *de Pact.* Celui par l'ordre de qui j'ai prêté une somme à Pierre, n'ayant aucune action contre Pierre, a besoin absolument que je lui cède mes actions contre Pierre; mais un fidéjusseur ayant de son chef une action contre le débiteur principal qu'il a cautionné, n'a pas absolument besoin de la cession de l'action du créancier contre le débiteur principal, quoique la cession des hypothèques puisse lui être utile (3) : *Nec usquàm legitur*, dit Cujas, *cogi creditorem fidejussori cedere actionibus sortis.*

Non-seulement il n'y a pas de texte de droit qui décide que le fidéjusseur puisse exclure le créancier de sa demande pour le tout ou pour partie, lorsqu'il s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions, soit contre le débiteur principal, soit contre quelqu'un des autres fidéjusseurs; il y en a qui paraissent supposer le contraire.

Telle est la loi 22, ff. *de Pactis*, où il est dit qu'un créancier peut avoir convention avec le débiteur principal, de ne point lui demander le paiement de la dette, et se réserver néanmoins de pouvoir le demander à la caution.

Dans cette espèce, le créancier peut demander à la caution le paiement de la dette, quoiqu'il se soit mis hors d'état de pouvoir lui céder son action contre le débiteur principal, qui est devenue inefficace par la convention que le créancier a eue avec ce débiteur, qui a acquis à ce débiteur l'exception *pacti*.

---

(1) L'art. 2037, C. civ., *V.* ci-dessus, p. 137, note 1, ne laisse plus aucun doute à cet égard.

(2) Notre Code a raisonné bien plus exactement en supposant que la caution ne s'était portée telle qu'en contemplation des garanties attachées à la créance, et que, si le créancier reçoit, par le cautionnement, un supplément de sûretés, il ne doit pas de son côté tromper les espérances légitimes de la caution. « Le fidéjusseur doit sans « doute, disait le tribun Lahary, s'in- « terdire tout ce qui pourrait compro- « mettre la garantie de l'obligation « qu'il a cautionnée. Mais, de son côté, « le créancier ne doit-il pas s'interdire « aussi tout ce qui tendrait à ravir au « fidéjusseur les moyens d'être indem- « nisé du cautionnement qu'il a fourni ? « C'est pour maintenir entre eux ce « devoir de réciprocité que le projet « décharge le fidéjusseur de son obli- « gation, lorsque la subrogation aux « droits, hypothèques et priviléges du « créancier ne peut plus par le fait de « ce créancier s'opérer en sa faveur. »

(3) Et il faut bien reconnaître que ce sera ordinairement la plus grande utilité.

Source : BIU Cujas

La loi 15, § 1, ff. *de Fidej.* paraît aussi décider que le créancier qui, par son fait, s'était mis hors d'état de pouvoir céder à l'un des fidéjusseurs ses actions contre l'autre, n'était pas pour cela exclu aucunement de sa demande. *Si ex duobus qui apud te fidejusserant in viginti, alter,* NE AB EO PETERES, *quinque tibi dederit vel promiserit; nec alter liberabitur, et si ab altero quindecim petere institueris, nullâ exceptione summoveris.* Néanmoins, le créancier s'était mis hors d'état de pouvoir faire à celui de qui il exigeait les quinze écus qui lui restaient dus, la cession de ses actions contre l'autre, par laquelle il aurait eu recours pour cinq écus.

Nonobstant ces raisons, il faut décider que, lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder au fidéjusseur ses actions, soit contre le débiteur principal, soit contre les autres fidéjusseurs, soit parce qu'il les a déchargés, soit parce qu'il a par sa faute laissé donner congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut, *per exceptionem cedendarum actionum,* faire déclarer le créancier non recevable en sa demande, pour ce qu'aurait pu procurer au fidéjusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder (1).

Cela ne souffre pas de difficulté à l'égard de l'action contre le débiteur principal : car, comme nous l'avons observé *suprà,* n° 370, étant de l'essence de la caution de ne pouvoir être obligée à plus que le débiteur principal, la décharge que le créancier accorde au débiteur principal, décharge pareillement la caution ; et toutes les exceptions *in rem,* et prescriptions qu'acquiert le débiteur principal, sont acquises à la caution.

Nous avons répondu *suprà,* n° 380, à la loi 22, *de Pactis.*

Lorsque le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir céder aux autres fidéjusseurs, l'action qu'il avait contre l'un d'eux, en déchargeant ce fidéjusseur, ou en laissant donner congé de sa demande contre lui, on doit pareillement décider que le créancier doit être, *per exceptionem cedendarum actionum,* exclu de sa demande contre les autres fidéjusseurs, non pour le total, mais pour la part pour laquelle ils auraient eu recours contre le fidéjusseur déchargé, si le créancier ne s'était pas mis hors d'état de leur céder son action contre lui.

Par exemple, s'ils étaient quatre fidéjusseurs tous solvables, le créancier ne peut demander sa dette aux trois autres, que sous la déduction du quart pour lequel ils auraient eu recours contre celui qui a été déchargé ; et si entre les trois autres il y en avait un d'insolvable, le créancier doit faire déduction aux deux solvables, non-seulement du quart pour lequel celui qui a été déchargé était tenu de son chef, mais encore du tiers que ce fidéjusseur eût dû porter dans la portion de l'insolvable.

La raison de cette décision est, que, lorsque plusieurs personnes se rendent ensemble cautions pour un débiteur principal, elles comptent sur le recours qu'elles auront les unes contre les autres (2) : ce n'est que dans cette confiance qu'elles contractent leur engagement, qu'elles n'auraient pas contracté sans cela; il n'est donc pas juste que le créancier les en prive par son fait.

---

(1) On voit que le Code, dans les art. 1285,1287 ci-après, et 2036,C. civ., ci-dessus, p. 47, note 1, et p. 101, note 2, a consacré la doctrine de Pothier.

Art. 1285 : « La remise ou décharge « conventionnelle au profit de l'un des « codébiteurs solidaires, libère tous les « autres, à moins que le créancier « n'ait expressément réservé ses droits « contre ces derniers.—Dans ce der- « nier cas, il ne peut plus répéter la « dette que déduction faite de la part « de celui auquel il a fait la remise. »

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. »

(2) *V.* art. 2033, C. civ., ci-dessus, p. 142, note 1.

Source : BIU Cujas

Observez que, si le fidéjusseur déchargé par le créancier ne s'était rendu caution que depuis le cautionnement des autres, ceux-ci n'auraient pas l'exception *cedendarum actionum* contre le créancier : car, en contractant leur cautionnement, ils n'ont pas dû compter sur un recours contre celui qui a été déchargé, puisqu'il ne s'était pas encore rendu caution : c'est à ce cas qu'il faut restreindre la décision de la loi 15, § 1, ci-dessus citée.

Il faut dire à l'égard des débiteurs solidaires ce que nous avons dit à l'égard des fidéjusseurs. Lorsque plusieurs personnes contractent une obligation solidaire, elles ne s'obligent chacune au total, que dans la confiance qu'elles pourront avoir recours contre les autres, en payant le total.

C'est pourquoi, lorsque le créancier, par son fait, les a privées de ce recours, en se mettant par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions contre l'une d'elles qu'il a déchargée, il ne doit plus être recevable à agir solidairement contre les autres, si ce n'est sous la déduction des portions pour lesquelles elles auraient eu recours contre celle qu'il a déchargée. Voyez *suprà*, n° 275.

Lorsque le créancier a laissé perdre quelque droit d'hypothèque sur des biens de quelqu'un de ses débiteurs, soit en manquant de s'opposer aux décrets qui en ont été faits, soit en manquant d'interrupter les tiers acquéreurs, qui ayant acquis sans la charge de l'hypothèque, en ont acquis la libération par la possession de dix ou vingt ans, les codébiteurs solidaires et les fidéjusseurs peuvent-ils opposer à ce créancier l'exception *cedendarum actionum*, sur le fondement qu'il s'est mis hors d'état de leur céder l'action hypothécaire qui résultait de cette hypothèque qu'il a laissé perdre, et sur laquelle action ils comptaient pour la sûreté du recours qu'ils avaient à exercer, en payant le total, contre le débiteur à qui appartenaient les biens dont le créancier a laissé perdre l'hypothèque?

Je ne crois pas qu'ils y soient fondés. L'exception *cedendarum actionum* ne me paraît devoir lui être opposée que lorsque c'est ou par un fait positif de sa part qu'il s'est mis hors d'état de céder ses actions contre l'un des débiteurs, en déchargeant sa personne ou son bien; ou lorsqu'en laissant donner congé de la demande qu'il avait donnée contre ce débiteur, il s'est rendu suspect de collusion.

Mais une simple négligence de sa part « de n'avoir pas interrupté les acquéreurs, ou de ne s'être pas opposé aux décrets, » ne doit pas lui être imputée;

1° parce que n'étant obligé à la cession de ses actions que par une pure raison d'équité, n'ayant contracté à cet égard envers les autres débiteurs et fidéjusseurs aucune obligation précise de les leur conserver, il suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'est-à-dire, qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation; et il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence;

2° Les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu, aussi bien que lui, veiller à la conservation du droit d'hypothèque qui s'est perdu : ils pouvaient le sommer d'interrupter à leurs risques les tiers acquéreurs, ou de s'opposer aux décrets (1). Ce n'est que dans ce cas où ils auraient mis le créancier en demeure, qu'ils peuvent se plaindre qu'il a laissé perdre ses hypothèques : mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé que lui, ils ne sont pas recevables à lui opposer une négligence qui leur est commune avec lui (2).

---

(1) *V.* ce que nous avons dit à ce sujet au n° 412 de Pothier, p. 222, note 3, *in fine*.

(2) L'art. 2037, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 137, note 1), parle *du fait* du créancier : il est hors de doute que, si le créancier a accordé décharge des hypothèques, mainlevée de l'inscription, etc., la caution pourra se prévaloir de cet article; mais, si, au lieu d'un fait positif du créancier, il n'y a eu qu'une omission, une négligence à renouveler l'inscription en temps utile, nous pensons qu'il faut décider de la même manière : le créancier est responsable envers la caution, il y a

Source : BIU Cujas

558. La troisième question, « si la cession des actions du créancier se fait de plein droit, » a déjà été agitée *suprà*, n° 280, à l'égard des débiteurs solidaires. Nous y avons établi, contre l'avis de Dumoulin, qu'elle n'avait pas lieu de plein droit, et qu'elle devait être requise ; mais que, lorsqu'elle l'avait été, il n'était pas nécessaire dans notre pratique française de poursuivre, en ce cas, le créancier qui était refusant, et que la loi suppléait au refus du créancier, et transférait ses actions à celui qui en avait requis la cession.

Tout ce que nous avons dit à l'égard des débiteurs solidaires, a pareillement lieu à l'égard des fidéjusseurs.

Cette cession doit être faite ou requise dans le temps même du paiement; sans cela, le paiement ayant éteint la créance et les actions du créancier, on ne peut plus faire la cession d'actions qui n'existent plus (1).

Il n'y a que les *mandatores pecuniæ credendæ* qui, par une raison particulière, peuvent *ex intervallo* se faire céder les actions du créancier. Voyez cette raison *suprà*, n° 445.

Observez qu'il y a certains cas dans lesquels la loi transfère les droits et actions du créancier à la personne qui a payé la dette, quoiqu'elle n'ait pas requis cette cession.

Ces cas sont : 1° lorsque quelqu'un, pour empêcher le protêt (2), et faire honneur, a de son bon gré acquitté une lettre ou billet de change : il est alors subrogé de plein droit à tous les droits et actions du créancier de la lettre ou billet de change, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 556 *in fine*.

Lorsque, pendant la communauté de biens entre deux conjoints par mariage, une rente qui n'était due que par l'un d'eux, a été rachetée des deniers de la communauté, l'autre conjoint ou ses heritiers sont, pour leur part en la communauté, subrogés de plein droit à toutes les actions du créancier, contre celui des conjoints qui était le débiteur de la rente, ou contre ses héritiers (3). *Cout.* de Paris, 244, 245.

Voyez ce que nous en avons dit en notre *Introduction au titre* 10 *de la Coutume d'Orléans*, chap. 6, § 4.

3° Lorsqu'un créancier hypothécaire, pour fortifier son droit d'hypothèque, paie à un autre créancier hypothécaire ce qui lui est dû par le débiteur commun, ce créancier n'a pas besoin de requérir la subrogation : il est subrogé de plein droit à la créance qu'il a acquittée, et aux hypothèques et droits qui en dépendent. L. 4, Cod. *de His qui in prior.* Il est évident qu'il ne payait

---

des devoirs de réciprocité qu'il faut maintenir, comme le disait le tribun Lahary. Or nous sommes responsables du dommage qui résulte, non-seulement de notre faute positive *in faciendo*, mais encore de celle qui consiste dans une négligence *in omittendo*. *V.* art. 1383, C. civ., ci-dessus, p. 57, note 2.

Le créancier qui a entre les mains les titres, qui est le principal intéressé, est plus à même que la caution de veiller à la conservation de ces droits.

(1) Cette subrogation est actuellement l'œuvre de la loi, et la doctrine de Dumoulin a triomphé.

(2) Le paiement par intervention, qui emporte subrogation, n'empêche pas le protêt. *V.* C. comm., art. 158 et 159, 1er alinéa, ci-dessus, p. 273, note 1, et p. 293, note 2.

(3) Pothier, conformément aux principes coutumiers, faisait continuer la rente pour moitié au profit de l'autre conjoint ou de ses héritiers. Nous pensons qu'on devrait aujourd'hui voir dans ce rachat une extinction de la rente, et une indemnité due à la communauté par celui des conjoints qui était débiteur de la rente. Mais comme la communauté avait intérêt à racheter la rente, nous ne voyons pas pourquoi elle ne pourrait pas invoquer le § 3° de l'art. 1251, C. civ. (ci-dessus, p. 137,

Source : BIU Cujas

que pour avoir cette subrogation (1) *Voyez* notre *Introduction au titre* 20 *de la Coutume d'Orléans*, n° 71.

A l'égard du tiers détenteur d'un héritage, qui, pour en éviter le délais, a payé la dette à laquelle son héritage était hypothéqué; si, en payant, il a manqué de requérir la subrogation aux droits du créancier, il ne sera pas à la vérité subrogé à tous les droits du créancier; mais il pourra au moins, selon nos usages, les exercer sur cet héritage dont il est détenteur, contre tous les autres créanciers postérieurs à celui qu'il a payé (2).

Car, en libérant l'héritage de cette hypothèque, *meliorem fecit in eo fundo cæterorum creditorum pignoris causam;* ce qui lui donne contre eux *exceptionem doli*, pour retenir ce qu'il a payé, et pour libérer cette hypothèque : la bonne foi ne permet pas qu'ils profitent à ses dépens de cette libération : *Dolo faciunt, si velint cum ejus damno locupletari.*

Ce cas est semblable à celui auquel le détenteur d'un héritage sujet à des hypothèques, y a fait des améliorations (3). *Voy.* notre *Introduct.*, ibid., n° 72.

La cession d'actions, ou du moins la réquisition de cette cession est nécessaire pour être subrogé aux créances hypothécaires, sauf dans les cas que nous venons de rapporter.

Mais à l'égard des créances auxquelles il y a un privilége personnel attaché, telles que celles des frais funéraires, des frais de la dernière maladie, des loyers de maison et des arrérages de rentes foncières, du fisc, etc., il n'est pas nécessaire d'en requérir la subrogation : le privilége attaché à ces créances passe de plein droit à ceux qui les ont acquittées, et il l'exercent de la manière que l'eût exercé le créancier privilégié qu'ils ont payé de leurs deniers (4) : *Eorum ratio prior est creditorum quorum pecunia ad creditores privilegiarios pervenit;* L. 24, § 3, ff. *de Reb. aut Jud. poss. alias;* L. 9, § 3, ff. *de Privil. cred.*

---

note 2). Nous en dirions autant de l'usufruitier qui aurait payé les dettes auxquelles était affecté le fonds dont il a l'usufruit. *V.* note 1, tom. 1er, p. 249.

(1) *V.* art. 1251, § 1°, p. 137, note 2.

Nous ferons seulement remarquer que le Code suppose que le créancier qui a payé était primé par l'autre créancier qui a reçu son paiement : c'est en effet ce qui aura lieu le plus souvent. Mais cependant, si c'est un créancier antérieur qui paie un créancier postérieur? il peut y avoir intérêt: donc, s'il ne peut réclamer la subrogation en vertu du § 1er de cet article, il invoquera le § 3 qui consacre une règle, indiquant suffisamment l'intention du nouveau législateur; car il est évident que les jurisconsultes antérieurs au Code, et notamment Pothier, se tourmentaient avec l'idée d'une cession de créance; les fictions du droit romain exerçaient sur eux une pénible influence; la loi 36, ff. *de Fidejuss.* avec *quodammodo nomen debitoris vendidit*, les a plus d'une fois embarrassés; mais la pratique, devançant, comme toujours, ce qu'on appelle les principes, faisait bonne justice de ces fictions, et les rédacteurs du Code sont restés dans la vérité, en constatant le paiement, là où il y avait eu intention de payer, et en accordant les priviléges et hypothèques, là où il y avait légitime raison de les attribuer à celui qui avait effectivement payé et éteint la dette.

(2) *V.* art. 1251, § 2°, C. civ., ci-dessus, p. 137, note 2.

(3) *V.* art. 2175, C. civ.

Art. 2175 : « Les détériorations qui « procèdent du fait ou de la négligence « du tiers détenteur, au préjudice des « créanciers hypothécaires ou privilé- « giés, donnent lieu contre lui à une « action en indemnité; mais il ne peut « répéter ses impenses et améliorations « que jusqu'à concurrence de la plus- « value résultant de l'amélioration. »

(4) Le Code n'a point reproduit cette doctrine; et pour pouvoir invoquer la subrogation aux priviléges comme aux hypothèques, il faut avoir payé dans les circonstances prévues par la loi.

Source : BIU Cujas

559. Sur la quatrième question, « quel est l'effet de la cession des actions »? il faut voir la loi 36 ff. *de Fidej.* Elle nous apprend que le paiement qui est fait par quelqu'un à un créancier, avec subrogation à ses droits et actions, est réputé n'être pas tant un paiement qu'une vente, que ce créancier est réputé faire de sa créance et de tous les droits qui en dépendent, à celui de qui il reçoit l'argent : *Non in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, eâd.* L.

C'est pourquoi la créance ainsi acquittée est, en faveur de celui qui est subrogé, réputée subsister encore avec tous les droits qui en dépendent : il peut les exercer comme aurait pu faire le créancier, duquel il est censé être le procureur *in rem suam* (1).

Cette subrogation ne se fait pour le total que lorsque celui qui paie, doit avoir recours pour le total; comme lorsque celui qui paie, est un fidéjusseur qui a recours pour le total contre le débiteur principal (2).

Mais lorsque celui qui paie, ne doit avoir recours que pour partie, et qu'il est débiteur sans recours et pour lui-même du surplus, la subrogation n'aura lieu que pour les portions pour lesquelles il peut avoir recours, et le paiement sera pour la portion dont il est débiteur sans recours, et pour lui-même, un paiement pur et absolu, qui aura entièrement éteint la dette pour cette partie.

Par exemple, supposons qu'il y ait quatre débiteurs solidaires d'une dette; si l'un d'eux, qui est débiteur pour le total envers le créancier, et débiteur pour un quart vis-à-vis de ses codébiteurs, paie cette dette en entier avec subrogation, la subrogation ne peut avoir lieu que pour les trois quarts, pour lesquels il doit avoir recours contre ses codébiteurs; mais pour le quart dont il était débiteur sans recours, le paiement fait par ce débiteur est un paiement pur et absolu, qui éteint la dette pour cette partie (3).

---

(1) Cette manière d'envisager la subrogation, l'a confondue avec la cession de créance.

Il nous paraît que l'idée principale, qui est le principe doctrinal de toute cette théorie, n'est qu'une fiction, c'est-à-dire le contraire de la vérité.

Pourquoi donc confondre celui qui veut et entend payer la dette d'un autre, avec le spéculateur qui achète une créance, qui veut réaliser un gain; et qui, lorsqu'il paie, n'a l'intention que d'éteindre sa propre dette en qualité d'acheteur? Ce sont deux opérations bien distinctes, elles n'ont rien de commun.

Dumoulin, dont le génie envisageait surtout le droit en pratique, ne craignait pas, malgré la fiction de la loi 36, ff. *de Fidej.*, de s'exprimer dans les termes suivants : « *Licet (creditor) « dicat se cedere et vendere jus suum, « tamen hoc non intelligitur fieri ad « transferendum dominium, sed solam « hypothecam, in cessionarium, quia « non censetur emere et pecuniam « dare dominii acquirendi causâ.* » *De Usuris, Quest.* 49.

Au surplus, tout lecteur qui voudra connaître les véritables principes en cette matière, peut étudier et méditer avec la plus scrupuleuse attention une consultation très remarquable de M. GRAPPE, aussi profond jurisconsulte qu'homme de bien, plein de candeur et de désintéressement : *Vir probus, jurisque peritus.* Elle est insérée au recueil des *Questions de droit de Merlin*, v° *Subrogation*, § 1er. Elle est un traité complet sur cette importante matière.

(2) Cette décision n'est pas exacte : car le subrogé trouve le principe générateur de son droit dans ses déboursés utiles au débiteur, et non pas dans la créance primitive, laquelle est éteinte.

(3) *V.* art. 1214, C. civ., ci-dessus, p. 140, note 2, 875 et 876, C. civ.

Art. 875 : « Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par « l'effet de l'hypothèque, a payé au « delà de sa part de la dette commune, « n'a de recours contre les autres co- « héritiers ou successeurs à titre uni- « versel, que pour la part que chacun

Source : BIU Cujas

560. C'est une grande question, « si ce débiteur peut exercer solidairement contre chacun de ses codébiteurs les actions du créancier auxquelles il est subrogé pour les trois quarts » : nous l'avons traitée avec étendue *suprà*, n° 281.

On peut faire la même question à l'égard d'un fidéjusseur subrogé aux actions du créancier contre ses cofidéjusseurs, et on la doit décider de même; les mêmes raisons se rencontrent (1).

Il nous reste à observer que ce n'est que par une fiction de droit, établie en faveur de celui qui a payé avec subrogation, que la créance est réputée subsister. Dans la vérité elle est payée et éteinte : car la véritable intention des parties a été de faire un paiement, et non un transport (2).

C'est pourquoi, lorsque quelqu'un, en remboursant une rente dont il était débiteur solidaire ou caution, s'est fait subroger aux droits du créancier de cette rente, il n'est pas sujet aux hypothèques que les créanciers du créancier propriétaire de cette rente avaient sur cette rente, comme le serait un véritable cessionnaire, à qui le créancier en aurait fait un transport : le remboursement qu'il en a fait, quoiqu'avec subrogation, étant un véritable paiement, a éteint la rente, et par conséquent les hypothèques, qui s'éteignent *rei obligatæ interitu.*

La subrogation aux actions du créancier n'étant qu'une fiction établie en faveur de celui qui a payé, ne peut lui être opposée, suivant la maxime : *Quod in favorem alicujus introductum est, non debet contrà ipsum retorqueri.*

§ III. *De l'effet des paiements partiels.*

561. Régulièrement le paiement d'une partie de ce qui est dû, éteint la dette pour cette partie. Par exemple, si vous me devez dix écus, et que vous m'en payiez cinq, la dette est éteinte pour moitié; L. 9, § 1er, ff. *de Solut.*

562. Cette règle reçoit trois exceptions.

La première, à l'égard des obligations alternatives, qui ne sont acquittées en aucune partie par le paiement qui est fait d'une partie de l'une des deux choses dues sous une alternative, jusqu'à ce que l'autre partie de cette même chose soit payée.

Par exemple, si un paysan a promis à sa fille en mariage une telle vache, ou vingt écus, et qu'il paie à son gendre dix écus; il n'acquitte par ce paiement aucune partie de son obligation, tant que la vache vivra, jusqu'à ce qu'il ait payé les dix écus restans. Le paiement qu'il a fait, est jusqu'à ce temps en suspens; et c'est celui des dix écus restans qui le validera, et acquittera totalement la dette. S'il jugeait à propos de payer la vache, le paiement des dix premiers écus qu'il aurait fait, serait nul, et il pourrait répéter cette somme, comme payée et non due; L. 26, § 13, ff. *de Cond. ind.*

Si, après avoir payé les premiers dix écus, la vache vient à mourir, en ce cas, la vache ne pourra plus être payée, et l'obligation devenant déterminée à la

---

« d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers; sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier. »

Art. 876 : « En cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres, au marc le franc. »

(1) Ce n'est plus une question aujourd'hui : le législateur s'est expliqué très explicitement dans les articles ci-dessus cités.

(2) Voilà enfin la vérité : il était bien inutile de rester aussi longtemps sous l'empire des fictions, introduites sans aucune raison.

Source : BIU Cujas

somme de vingt écus promise, le paiement des premiers dix écus deviendra valable, et la dette en sera éteinte pour moitié (1).

563. La seconde exception est à l'égard des obligations d'un corps indéterminé, *obligationes generis* : il faut dire, à cet égard, les même choses que nous avons dites à l'égard des obligations alternatives.

Par exemple, si un paysan a promis à sa fille en mariage un cheval indéterminément, et qu'en acquit de cette obligation, il lui donne la part qu'il a dans un certain cheval qui lui est commun avec son voisin, il n'est quitte en aucune partie de son obligation, jusqu'à ce qu'il ait pu racheter la part que son voisin a dans ce cheval, et qu'il l'ait cédée à son gendre : jusque-là, nonobstant le paiement qu'il a fait de la part qu'il avait dans ce cheval, son gendre peut lui demander un cheval en entier, aux offres néanmoins de lui rendre celui qu'il lui a donné pour partie ; L. 9, § 1er, ff. *de Solut.*

Ces décisions ont lieu, soit que l'obligation alternative, ou d'une chose indéterminée, ait été contractée par un seul ou par plusieurs débiteurs, soit qu'elle l'ait été envers un seul ou plusieurs créanciers ; L. 34, § 1er, ff. *de Solut.* ; *eâd.* L. 26, § 14, ff. *de Cond. indeb.*

564. La troisième exception est, lorsqu'un débiteur a donné un ou plusieurs corps certains en paiement d'une somme qu'il devait : si ce paiement se trouvait n'être pas valable pour une partie, par l'éviction que souffrirait le créancier, d'une partie des choses qu'il a reçues en paiement, il n'aurait éteint la dette pour aucune partie ; et le créancier pourrait, en offrant de lui rendre ce qui lui reste des choses qui lui ont été données en paiement, exiger la dette entière ; parce qu'il n'aurait pas reçu ces choses en paiement, s'il n'eût cru retenir le tout ; L. 46, *pr. etc.*, § 1er, ff. *de Solut.*

ART. VII. — Règles sur les imputations

565. *Première règle.* — Le débiteur, lorsqu'il paie, a le pouvoir de déclarer sur quelle dette il entend imputer la somme qu'il paie (2) : *Quoties quis debitor ex pluribus causis, unum solvit debitum, est in arbitrio solventis, dicere quod potiùs debitum voluerit solutum ;* L. 1, ff. *de Solut.*

La raison qu'en apporte Ulpien est évidente ; *Possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus ; eâd.* L.

Suivant notre règle, quoique régulièrement les intérêts doivent se payer avant le capital, néanmoins si le débiteur qui devait capital et intérêts, en payant une somme d'agent, a déclaré qu'il payait sur le capital, le créancier qui a bien voulu recevoir (3), ne peut plus par la suite contester cette imputation : *Respondi si quis dabat, in sortem se dare dixisset, usuris non debere proficere ;* L. 102, § 1er, ff. *de Solut.*

566. *Seconde règle.* — Lorsque le débiteur, en payant, ne fait point d'imputation, le créancier à qui il est dû pour différentes causes, peut la faire par la quittance qu'il lui donne : *Quoties non dicimus in id quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat ; eâd.* L.

---

(1) *V.* art. 1191 et 1192, C. civ., ci-dessus, p. 115, note 3 et p. 116, note 1.

(2) *V.* art. 1253, C. civ.

Art. 1253 : « Le débiteur de plu-
« sieurs dettes a le droit de déclarer,
« lorsqu'il paie, quelle dette il entend
« acquitter. »

(3) Mais le créancier aurait pu refuser le paiement fait à cette condition. *V.* art. 1254, C. civ.

Art. 1254 : « Le débiteur d'une
« dette qui porte intérêt ou produit
« des arrérages, ne peut point, sans le
« consentement du créancier, imputer
« le paiement qu'il fait sur le capital
« par préférence aux arrérages ou in-
« térêts : le paiement fait sur le capi-
« tal et intérêts, mais qui n'est point
« intégral, s'impute d'abord sur les in-
« térêts. »

Source : BIU Cujas

Il faut, 1° que cette imputation ait été faite dans l'instant : *Dummodò in re præsenti fiat, in re agendâ, ut vel creditori liberum sit non accipere, vel debitori non dare, si alio nomine solutum quis eorum velit: posteà non permittitur ;* L. 2, L. 3, ff. *Hoc tit.*

Il faut, 2° que l'imputation que fait le créancier, soit équitable : *In arbitrio est accipientis, cui potiùs debito acceptum ferat ; dummodò*, ajoute la loi, *in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus ; id est* (1), *non in id debitum quod est in controversiâ, aut in illud quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondùm venerat*; *câd.* L. 1re, ff. *de Solut.*

Bachovius (*ad Treut.*, t. 2, disp. 29, th. 3, l. C.), dit que cette limitation doit s'entendre en ce sens, que, tant que la chose est encore entière, tant que le débiteur n'a pas encore reçu du créancier la quittance qui renferme l'imputation, il peut s'opposer à ce que le créancier impute le paiement qui lui a été fait, sur celle des dettes que le débiteur a le moins d'intérêt d'acquitter; et en conséquence exiger que le créancier, ou fasse une imputation équitable par sa quittance, ou lui rende son argent.

Mais lorsque le débiteur a consenti l'imputation, en recevant la quittance qui la renferme, il ne peut pas, selon Bachovius, contredire cette imputation, quoiqu'elle soit faite sur la dette qu'il avait le moins d'intérêt d'acquitter; parce que *volenti non fit injuria*, et parce que autrement il ne serait pas vrai de dire que, lorsque l'imputation n'a pas été faite par le débiteur, le choix de l'imputation est référé au créancier.

Car, si on suppose que le créancier ne peut faire l'imputation que sur la créance que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter, et par conséquent sur la créance sur laquelle de droit l'imputation se ferait, dans le cas auquel le créancier n'en aurait fait aucune, il s'ensuit que celle que le créancier fait, est inutile, et qu'il n'a pas le choix. Tel est le raisonnement de Bachovius (2).

On peut répondre à ce raisonnement, que, pour que la règle qui réfère au créancier le choix de l'imputation, lorsque le débiteur ne la fait pas, soit véritable, il n'est pas nécessaire que le créancier puisse, dans tous les cas, user de ce choix; il suffit qu'il puisse user de ce choix en certains cas : et il le peut, lorsque les différentes dettes dont le débiteur est tenu, sont telles qu'il importe peu au débiteur que l'une soit acquittée plutôt que l'autre.

En ce cas, le créancier a le choix de l'imputation, lorsque le débiteur ne la fait pas ; et au lieu que, s'il n'y avait aucune imputation de faite, elle se ferait sur la dette la plus ancienne, ou sur toutes par contribution, en cas de concurrence de dettes, comme nous le verrons ci-après, l'imputation se fera sur celle sur laquelle le créancier aura choisi de la faire.

Supposons, par exemple, que je sois votre créancier d'une somme de mille livres pour le prix d'un héritage que je vous ai vendu en 1760, par acte devant notaires; plus, d'une autre somme de mille livres pour le prix d'un autre héritage que je vous ai vendu par acte devant notaires en 1770.

Après m'avoir payé les intérêts des deux sommes, vous me payez une somme de mille liv., sans faire d'imputation sur laquelle des deux dettes vous entendez la payer : il vous est indifférent sur laquelle des deux l'imputation se fasse, puisque l'une et l'autre sont hypothécaires, exigibles, et produisent des

---

(1) C'est ici où doit être placée la négation, qui se trouve déplacée dans le texte florentin : cette correction est nécessaire pour le sens du texte. (*Note de l'édition de* 1764.)

(2) Cette doctrine nous paraît avoir été consacrée par l'art. 1255, C. civ. Art. 1255 : « Lorsque le débiteur de « diverses dettes a accepté une quit- « tance par laquelle le créancier a im- « puté ce qu'il a reçu sur l'une de ces « dettes spécialement, le débiteur ne « peut plus demander l'imputation sur « une dette différente, à moins qu'il « n'y ait eu dol ou surprise de la part « du créancier. »

Source : BIU Cujas

intérêts; mais il m'importe fort à moi de faire cette imputation sur la dette de 1770, afin de conserver mon hypothèque de 1760 : car, si je ne faisais pas cette imputation, ce serait la dette de 1760, qui, comme la plus ancienne, serait censée payée.

L'autre moyen opposé par Bachovius, paraît plus plausible, savoir : que le débiteur qui, en acceptant la quittance qui renferme l'imputation, a consenti à cette imputation, n'est pas recevable à la contredire, quelque intérêt qu'il eût qu'elle se fît sur l'autre dette.

Cependant je ne crois pas qu'on doive décider indistinctement qu'il n'y soit pas recevable : car, si le débiteur est une personne qui ne sait pas lire, ou une personne simple et rustique, cette imputation glissée dans la quittance, ne doit pas lui préjudicier, lorsque la somme payée égalait ou surpassait celle des dettes que le débiteur avait le plus d'intérêt d'acquitter, tellement que le créancier n'aurait pu avoir aucune raison pour se dispenser de faire l'imputation que le débiteur avait intérêt qui fût faite.

Par exemple, je suppose qu'un paysan doit d'une part à un procureur une somme de 300 livres exigible pour le prix d'un morceau d'héritage qu'il lui a vendu, et environ une année d'intérêts; et qu'il lui doit d'autre part 500 ou 600 livres pour salaires.

Si ce paysan porte au procureur une somme de 400 livres, et que ce procureur lui donne une quittance de cette somme, avec mention que c'est à compte des salaires qui lui sont dus, il est évident que cette imputation qu'il fait sur ses salaires, est une surprise qu'il fait au débiteur (1), et que le débiteur est en droit de demander que, nonobstant ce qui est porté par la quittance, le paiement soit imputé sur les 300 livres qu'il devait pour le prix de l'héritage, et que les intérêts soient déclarés en conséquence avoir cessé du jour de la quittance.

Au contraire, lorsque le créancier a pu avoir une raison suffisante pour se dispenser de faire l'imputation sur celle des dettes qu'il importait le plus au débiteur d'acquitter, *putà*, parce que la somme payée était moindre que celle due pour cette cause; et que le créancier n'était pas obligé de recevoir pour partie le paiement de cette dette; l'imputation faite sur une autre dette ne peut, en ce cas, être contredite; parce que, en ce cas, le créancier, qui était maître de refuser le paiement qui lui a été fait, ne l'a accepté qu'à la condition de l'imputation qu'il en a faite, et qui a été convenue entre lui et le débiteur.

Observez que, lorsqu'il est porté expressément par la quittance « que la somme est reçue à valoir sur toutes les différentes créances du créancier, *ex universo credito* », cette imputation générale n'est censée comprendre que les créances pour lesquelles le créancier a action, et non les créances purement naturelles; L. 94, § *fin. de Solut.*

Cette expression me paraît aussi ne devoir comprendre que les créances dont le terme du paiement est échu.

567. *Troisième règle.*—Lorsque l'imputation n'a été faite ni par le débiteur, ni par le créancier, l'imputation doit se faire sur celle des différentes dettes que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter (2).

Corollaire Ier. — L'imputation doit se faire plutôt sur la dette non contestée, que sur celle qui était contestée; plutôt sur celle dont le paiement était échu, lorsque le débiteur a payé, que sur celle dont le terme n'était pas encore échu; L. 3, § 1; L. 100, ff. *de Solut.*

---

(1) Aussi l'art. 1255, C. civ., ci-dessus cité (*V.* la note précédente) réserve-t-il le cas où il y aurait eu *dol ou surprise de la part du créancier.*

(2) *V.* art. 1256, C. civ., qui consacre la règle et les corollaires.

Art. 1256 : « Lorsque la quittance ne « porte aucune imputation, le paie- « ment doit être imputé sur la dette « que le débiteur avait pour lors le plus

Source : BIU Cujas

Corollaire II.—Entre plusieurs dettes dont le terme est venu, l'imputation doit se faire plutôt sur la dette pour laquelle le débiteur était contraignable par corps, que sur les dettes purement civiles.

Corollaire III. — Entre les dettes civiles, l'imputation doit se faire plutôt sur celles qui produisent intérêt, que sur celles qui n'en produisent point.

Corollaire IV. — L'imputation doit être faite plutôt sur une dette hypothécaire, que sur une dette chirographaire ; L. 97, ff. *de Solut.*

Corollaire V. — L'imputation se fait plutôt sur la dette pour laquelle le débiteur avait donné des cautions, que sur celles qu'il devait seul ; *eâd.*, L. 4, *in fin.*; L. 5, ff. *eod. tit.*

La raison est, qu'en l'acquittant il se décharge envers deux créanciers, envers son créancier principal, et envers sa caution, qu'il est obligé d'indemniser. Or on a plus d'intérêt de s'acquitter envers deux, qu'envers un seul.

Corollaire VI. — L'imputation doit se faire plutôt sur une dette dont celui qui a payé était débiteur principal, que sur celles qu'il devait comme caution d'autres personnes; *eâd.*, L. 97; L. 4, ff. *dict. tit.*

Tous ces corollaires peuvent recevoir par les circonstances, des exceptions qui sont laissées à l'arbitrage du juge.

Par exemple, quoique la dette dont le terme est échu, prévaille, pour l'imputation, sur celle dont le terme n'est pas échu, néanmoins si celle dont le terme n'est pas échu, devait échoir dans peu de jours, et qu'elle emportât contrainte par corps, je pense qu'elle devrait prévaloir, pour l'imputation, à une dette ordinaire, dont le terme était échu : car il était de l'intérêt du débiteur d'acquitter plutôt une dette pour laquelle il serait, dans peu de jours, contraignable par corps, quoique le terme de paiement n'en fût pas encore échu, que d'acquitter d'autres dettes ordinaires dont le terme était échu.

Pareillement, quoique la dette qui porte la contrainte, soit préférable, pour l'imputation, aux dettes purement civiles, néanmoins si le débiteur était un homme à qui sa dignité et ses richesses donnassent lieu de se flatter que son créancier n'userait pas envers lui de la rigueur de cette contrainte par corps, cette dette, si elle ne portait pas intérêt, devrait céder, pour l'imputation, à la dette purement civile qui porterait intérêt.

568. *Quatrième règle.* — Lorsque les dettes étaient d'égale nature, et telles que le débiteur n'avait pas d'intérêt d'acquitter l'une plutôt que l'autre, l'imputation doit se faire sur la plus ancienne : *Si nulla causa prægravet, in antiquiorem;* L. 5, ff. *eod. tit.*

Observez qu'entre deux dettes contractées le même jour, mais avec différents termes qui sont l'un et l'autre échus, celle dont le terme était plus court, et par conséquent échu plus tôt, est réputée à cet égard la plus ancienne ; L. 89, § 2, ff. *Hoc. tit.*

569. *Cinquième règle.* — Si les différentes dettes étaient de même date, et toutes choses d'ailleurs égales, l'imputation se fera proportionnellement sur chacune : *Si par et dierum et contractuum causa sit, ex summis omnibus proportione solutum;* L. 8, ff. *de Solut.*

570. *Sixième règle.* — Dans les dettes qui sont de nature à produire des intérêts, l'imputation se fait d'abord sur les intérêts avant le capital : *Primò in usuras, id quod solvitur, deindè in sortem, accepto feretur;* L. 1, Cod. *Hoc tit.*

« d'intérêt d'acquitter entre celles qui « sont pareillement échues ; sinon, sur « la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point.

« —Si les dettes sont d'égale nature, « l'imputation se fait sur la plus ancienne : toutes choses égales, elle se « fait proportionnellement. »

Source : BIU Cujas

Cela a lieu, quand même la quittance porterait que la somme a été payée à compte *du principal et des intérêts ;* IN SORTEM ET USURAS. La clause s'entend en ce sens, que la somme est reçue à compte du principal, après les intérêts acquittés ; L. 5, ff. *fin.* ff. *de Solut.*

Observez que, si la somme payée excède ce qui est dû pour les intérêts, le surplus s'impute sur le principal, quand même l'imputation aurait été faite expressément sur les intérêts, sans parler du principal ; L. 102, § *fin.* ff. *de Solut.*

Cette décision doit s'entendre du sort principal exigible. Mais si le débiteur d'une rente constituée avait par erreur payé plus qu'il ne devait pour les arrérages de cette rente, il aurait la répétition de ce qu'il aurait payé de plus ; et il n'en pourrait pas demander l'imputation sur le principal de la rente : car, à proprement parler, le principal d'une rente constituée n'est pas dû ; il n'est qu'*in facultate luitionis*, et le créancier n'est pas présumé avoir consenti le rachat de sa rente pour partie (1).

571. La règle que nous avons établie, « que l'imputation doit se faire sur les intérêts avant que de se faire sur le principal, » n'a pas lieu à l'égard de ceux qui sont dus par un débiteur pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice.

Ces intérêts sont adjugés comme des dommages et intérêts, et forment une dette distincte du principal ; et ce que le débiteur paie, lorsqu'il n'y a point d'imputation de faite, s'impute sur le principal plutôt que sur les intérêts, suivant le troisième corollaire ci-dessus. Telle est notre jurisprudence. Arrêt du 8 juillet 1649, au premier tome du *Journal des Audiences ;* autre arrêt du 15 juillet 1706, au *Journal des Audiences.*

Lorsque le créancier se paie par lui-même du prix d'une chose qui lui était hypothéquée, et qu'il a fait vendre, on suit, pour l'imputation, d'autres règles que celles qui ont été ci-dessus établies.

Première règle. — La première règle est, que l'imputation doit, en ce cas, se faire sur la dette à laquelle la chose était hypothéquée, plutôt que sur celles auxquelles elle ne l'était pas, quelque intérêt qu'eût le débiteur de les acquitter plutôt que celle-ci ; L. 101, § 1, ff. *de Solut.*

Nota. Lorsque la dette à laquelle la chose était hypothéquée, porte intérêt, le créancier peut faire l'imputation sur les intérêts, avant de la faire sur le capital ; L. 48, *dict. tit.*

Seconde règle. — Lorsque la chose était obligée à différentes dettes, l'imputation se fait sur celle dont le droit d'hypothèque était le plus fort.

Par exemple, si l'une des dettes a une hypothèque privilégiée, et que les autres n'aient qu'une hypothèque simple, l'imputation se fera d'abord sur la dette dont l'hypothèque était privilégiée. Entre des hypothèques simples, l'imputation se fera sur la dette dont l'hypothèque était la plus ancienne. Si les droits d'hypothèque étaient égaux, l'imputation doit se faire sur toutes par contribution, *pro modo debiti ;* L. 96, § 3, ff. *dict. tit.*

---

(1) L'art. 1254, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 301, note 3), reproduit la doctrine de Pothier dans ce numéro ; il est même à remarquer que cet article, dans sa première partie, parle tout à la fois d'une dette qui *porte intérêt* ou qui *produit des arrérages*, c'est-à-dire selon le langage de la jurisprudence, des *capitaux exigibles* ou *des rentes.* Tandis que, dans la disposition finale, il ne parle que d'un *capital* qui porte *intérêt ;* d'où il est permis de conclure que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer ce que dit ici Pothier pour le cas où le débiteur d'une rente aurait payé plus qu'il ne devait pour les arrérages de cette rente, il n'y aurait pas lieu d'imputer cet excédant sur le principal de la rente ; il serait sujet à répétition.

Source : BIU Cujas

ART. VIII. — De la consignation, et des offres du paiement.

572. La *consignation* est un dépôt que le débiteur fait par autorité de justice, de la chose ou de la somme qu'il doit, entre les mains d'une tierce personne.

573. La consignation n'est pas proprement un paiement : car le paiement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose qui est payée, en la personne du créancier (*suprà*, n° 540). Or il est évident que la consignation ne transfère pas la propriété de la chose consignée, en la personne du créancier; le créancier ne pouvant l'acquérir qu'en recevant volontairement la chose qui lui est offerte : *Dominium non acquiritur, nisi corpore et animo.*

Mais quoique la consignation qui se fait sur le refus du créancier de recevoir la chose ou la somme à lui due, qui lui est offerte, ne soit pas un véritable paiement, néanmoins lorsqu'elle est faite valablement, elle équipolle à un paiement, et elle éteint la dette, de même que l'éteindrait le paiement réel qui serait fait au créancier (1) : *Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter factâ, liberationem contingere manifestum est;* L. 9, Cod. *de Solut.*

574. Pour que cette consignation soit valable et équipolle à paiement, il faut qu'il n'ait pas tenu au débiteur de payer au créancier, et que le créancier ait été mis en demeure de recevoir, par des offres valables qui lui aient été faites.

Pour que les offres soient valables, il faut, 1° qu'elles soient faites au créancier, s'il est capable de recevoir; sinon à celui qui a qualité pour recevoir à sa place, tel qu'est son tuteur, son curateur, etc.

S'il y avait une personne indiquée par le contrat, à qui le paiement pût se faire, les offres pourraient se faire à cette personne : car le débiteur ayant droit, par la loi de la convention, de payer à cette personne, c'est une suite de ce droit qu'il ne soit pas obligé d'aller chercher le créancier.

Il faut, 2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer : car celui qui n'est pas capable de payer, n'est pas capable d'offrir.

575. Il faut, 3° que les offres soient de la somme entière, à moins que les lois de la convention n'accordent la faculté au débiteur de payer par parties : autrement les offres n'ont pu mettre en demeure le créancier, qui n'était pas obligé de recevoir sa dette par parties.

576. Il faut, 4° lorsque la dette a été contractée sous une condition, que cette condition soit arrivée; et s'il y a un terme de paiement stipulé en faveur du créancier, que ce terme soit échu : car, tant que le créancier ne peut être obligé de recevoir, les offres qui lui sont faites ne peuvent le mettre en demeure.

577. Il faut, 5° que ces offres soient faites au lieu où doit se faire le paiement (2) : *Ità demùm oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur, solutio fuerit celebrata;* L. 9, Cod. *Solut.*

C'est pourquoi, si la somme due est payable au créancier en sa maison, les offres ne peuvent lui être valablement faites qu'en sa maison. Si la somme est payable en un autre lieu, la sommation peut lui être faite au domicile par lui élu en ce lieu pour recevoir : et s'il n'en a point élu, il faudra l'assigner à sa personne ou à son domicile, devant son juge, pour faire ordonner qu'il sera tenu d'élire un domicile où le débiteur puisse faire son paiement, sinon qu'il sera permis au débiteur de consigner.

---

(1) *V.* art. 1257 C. civ., ci-dessus, p. 68, note 2.

(2) *V.* art. 1258, C. civ., ci-dessus, p. 113, note 1.

Source : BIU Cujas

Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, il faudra faire sommation au créancier, à personne ou domicile, de l'enlever; et sur cette sommation, qui tient lieu d'offre de paiement, le débiteur pourra obtenir du juge la permission de mettre cette chose en dépôt dans quelque lieu, s'il a besoin des cénacles que cette chose occupe (1).

378. Enfin il doit être dressé un acte des offres et de la sommation faite en conséquence au créancier.

Cet acte de sommation doit se faire par un huissier ou sergent, et être revêtu des formalités des autres exploits : il est d'usage qu'il soit recordé de témoins pour attester les offres.

Cette sommation contient aussi assignation devant le juge, sans délai, pour faire ordonner de la consignation : la sentence qui ordonne de la consignation, se signifie au créancier, avec assignation pour être présent à la consignation chez un tel, à tel jour, à telle heure.

Il n'est pas néanmoins nécessaire pour la validité de la consignation, qu'elle ait été précédée de l'ordonnance du juge. Quoique le débiteur, par sa sommation, n'ait pas donné d'assignation devant le juge au créancier et qu'il ait déclaré simplement au créancier que sur son refus il allait consigner en tel lieu, à tel jour, à telle heure, la consignation faite en conséquence, dûment signifiée au créancier, est valable, et le jugement qui intervient par la suite, et qui la confirme, a un effet rétroactif au temps où elle a été faite (2); arrêt du 11 août 1703, au *Journal des Audiences*.

379. Cette consignation doit se faire au jour et à l'heure indiqués : elle doit, pour être valable, être de la somme due, à moins qu'il n'y eût faculté, par la convention, de payer par parties.

On dresse un acte de consignation, qui contient le bordereau des espèces dans lesquelles elle a été faite ; et on le signifie au créancier.

380. L'effet de la consignation est que, si elle est jugée valable, le débiteur est censé avoir été pleinement libéré par la consignation : et quoique, *subtilitate juris*, il demeure propriétaire des espèces consignées, jusqu'à ce qu'elles aient été retirées par le créancier, ces espèces cessent d'être à ses risques, et elles deviennent aux risques du créancier, qui, de créancier qu'il était d'une somme, devient créancier desdites espèces, *tanquàm certorum corporum ;* et

---

(1) *V.* art. 1264, C. civ.

Art. 1264 : « Si la chose due est un « corps certain qui doit être livré au « lieu où il se trouve, le débiteur doit « faire sommation au créancier de « l'enlever, par acte notifié à sa per- « sonne ou à son domicile, ou au do- « micile élu pour l'exécution de la con- « vention. Cette sommation faite, si le « créancier n'enlève pas la chose, et « que le débiteur ait besoin du lieu « dans lequel elle est placée, celui-ci « pourra obtenir de la justice la per- « mission de la mettre en dépôt dans « quelque autre lieu. »

(2) *V.* art. 1259, C. civ., même décision.

Art. 1259 : « Il n'est pas nécessaire, « pour la validité de la consignation, « qu'elle ait été autorisée par le juge : « il suffit :—1° Qu'elle ait été précédée « d'une sommation signifiée au créan- « cier, et contenant l'indication du « jour, de l'heure et du lieu où la « chose offerte sera déposée ;—2° Que « le débiteur se soit dessaisi de la « chose offerte, en la remettant dans « le dépôt indiqué par la loi pour re- « cevoir les consignations, avec les in- « térêts jusqu'au jour du dépôt ;— « 3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé « par l'officier ministériel, de la nature « des espèces offertes, du refus qu'a « fait le créancier de les recevoir, ou « de sa non-comparution, et enfin du « dépôt ;—4° Qu'en cas de non-com- « parution de la part du créancier, le « procès-verbal du dépôt lui ait été « signifié avec sommation de retirer la « chose déposée. »

Source : BIU Cujas

il est créancier, non plus de son débiteur, qui a été pleinement libéré par la consignation ; mais il est créancier du consignataire, qui par la consignation, s'oblige, *tanquàm ex quasi contractu*, à restituer lesdites espèces au créancier, si la consignation est jugée valable, ou au débiteur qui les a consignées, si la consignation est déclarée nulle.

De là il suit que l'augmentation ou diminution qui surviendrait dans les espèces, doit être au profit ou à la perte du créancier, si la consignation est jugée valable ; car, lorsque la chose due est un corps certain, elle est aux risques du créancier. Si la consignation n'est pas jugée valable, le débiteur retirera les espèces telles qu'elles se trouveront.

En cas d'une augmentation survenue sur les espèces depuis la consignation, le débiteur n'est pas recevable, pour profiter de cette augmentation, à vouloir retirer les espèces consignées, et à soutenir la consignation nulle : car nul n'est recevable à arguer sa propre procédure. Les formes auxquelles le débiteur aurait manqué, étant établies en faveur du créancier, il n'y a que le créancier qui ait droit de se plaindre, si elles n'ont pas été observées.

Il reste une question ; c'est de savoir si la consignation ayant été régulièrement faite, et le débiteur ayant retiré volontairement les espèces par lui consignées, cette consignation doit être regardée comme non avenue vis-à-vis des cautions et des coobligés de ce débiteur ; et si en conséquence les cautions et les coobligés demeurent obligés (1).

Pour la négative, on peut dire que la consignation ayant été faite régulièrement, a éteint la dette, et libéré tous ceux qui en étaient tenus ; que ces cautions et ces coobligés ayant été libérés, il ne peut être au pouvoir du débiteur de faire, en retirant les espèces consignées, revivre leur obligation qui a été éteinte.

On tire argument de la loi *fin*, ff. *de Pact.*, qui décide, que, lorsque le débiteur a acquis à lui et à ses cautions, par le pacte *de non petendo*, intervenu entre le créancier et lui, une exception contre l'action du créancier, il ne peut plus, en renonçant à ce pacte, par une convention contraire, priver ses cautions de l'exception qui leur a été acquise : à plus forte raison, dit-on, il ne doit pas être en son pouvoir de faire revivre l'obligation de ses cautions, après qu'elles ont été libérées de plein droit par la consignation.

On ajoute que de même qu'après un paiement réel qui éteint la dette, la restitution volontaire que le créancier ferait à son débiteur, des espèces qu'il lui a payées, ne ferait pas revivre la dette, de même après la consignation, qui tient lieu de paiement, et qui a la même vertu d'éteindre la dette, la restitution des espèces consignées, faite au débiteur, ne peut pas faire revivre la dette.

---

(1) Les art. 1261, 1262, 1263, C. civ., répondent à cette question. *V.* ces articles.

Art. 1261 : « Tant que la consigna- « tion n'a point été acceptée par le « créancier, le débiteur peut la retirer ; « et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses « cautions ne sont point libérés. »

Art. 1262 : « Lorsque le débiteur a « lui-même obtenu un jugement passé « en force de chose jugée, qui a dé- « claré ses offres et sa consignation « bonnes et valables, il ne peut plus, « même du consentement du créan- « cier, retirer sa consignation au pré- « judice de ses codébiteurs ou de ses « cautions. »

Art. 1263 : « Le créancier qui a « consenti que le débiteur retirât sa « consignation après qu'elle a été dé- « clarée valable par un jugement qui a « acquis force de chose jugée, ne peut « plus pour le paiement de sa créance « exercer les priviléges ou hypothèques « qui y étaient attachés : il n'a plus « d'hypothèque que du jour où l'acte « par lequel il a consenti que la con- « signation fût retirée aura été revêtu « des formes requises pour emporter « hypothèque. »

Source : BIU Cujas

Nonobstant ces raisons, il a été jugé par un arrêt de 1624, rapporté par Basset, IV, 21, 2, que la consignation devait être, en ce cas, réputée comme non avenue; et que les cautions demeuraient obligées.

Basset donne pour raison de cette décision, que la consignation qui éteint la dette, n'est pas une consignation momentanée, mais une consignation *quæ in suo statu permanserit*, et qui n'ait pas été retirée par le débiteur qui l'a faite. Mais ne peut-on pas répliquer que c'est une pétition de principe? Car il est précisément question de savoir si le débiteur qui a fait une consignation dans les règles, peut la retirer au préjudice de ses cautions?

Je penserais qu'on doit distinguer, si la consignation a été retirée par le débiteur, avant qu'elle ait été ordonnée ou déclarée valable par le juge, ou si elle n'a été retirée que depuis.

Au premier cas, je pense que la consignation doit être regardée comme non avenue, et que les cautions ne sont pas libérées : car la consignation n'étant pas en soi-même un paiement, c'est de l'autorité du juge qu'elle tient la vertu qu'elle a d'équipoller à un paiement et d'éteindre la dette.

La sentence du juge qui déclare valable une consignation, a, je l'avoue, un effet rétroactif, et la consignation confirmée par cette sentence, est censée avoir éteint la dette dès l'instant qu'elle a été faite; mais une consignation qui n'a été ni ordonnée ni confirmée par le juge, et que le débiteur a retirée, n'a pu avoir la vertu d'éteindre la dette, ni de libérer par conséquent les cautions; et elle doit être regardée comme non avenue.

Dans le second cas, lorsque le débiteur n'a retiré les deniers par lui consignés, qu'après que la consignation a été déclarée valable, je ne pense pas que cela puisse préjudicier aux cautions et aux codébiteurs qui ont été libérés par cette consignation (1).

CHAPITRE II.

De la novation.

Ce chapitre sera divisé en six articles.

Nous verrons dans le premier, ce que c'est que la novation, et quelles en sont les différentes espèces.

Dans le second, nous traiterons des dettes qui doivent servir de matière à la novation;

Dans le troisième, des personnes qui peuvent faire novation;

Dans le quatrième, comment se fait la novation;

Dans le cinquième, de l'effet de la novation.

Nous parlerons dans le sixième, de la délégation, qui est une espèce particulière de novation.

ART. Ier. — Ce que c'est que la novation, et quelles sont ses différentes espèces.

581. La *novation* est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne (2). L'ancienne est éteinte par la nouvelle qui est contractée en sa place : c'est

---

(1) On voit que le Code a consacré la distinction faite par Pothier, seulement il décide que le débiteur ne peut plus retirer sa consignation, sans le consentement du créancier, après que le jugement l'a déclarée valable : et Pothier semble supposer le contraire.

(2) *Novatio est prioris debiti, in*

Source : BIU Cujas

pourquoi la novation est comptée parmi les manières dont s'éteignent les obligations.

582. La novation peut se faire de trois différentes manières, qui forment trois différentes espèces de novations.

La première est celle qui se fait sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, lorsqu'un débiteur contracte un nouvel engagement envers son créancier, à la charge qu'il sera quitte d'un précédent.

Cette espèce de novation s'appelle simplement *novation* (1).

583. La seconde espèce de novation est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, lorsque quelqu'un se rend à ma place débiteur envers mon créancier, qui l'accepte pour son débiteur, et me décharge en conséquence (2).

Celui qui se rend ainsi débiteur pour un autre qui est en conséquence déchargé, s'appelle en droit *expromissor;* et cette espèce de novation s'appelle *expromissio.*

Cet *expromissor* est très différent de la caution qu'on appelle en droit *ad promissor :* car celui qui se rend caution pour quelqu'un, ne le décharge pas de son obligation; mais il y accède, et se rend débiteur conjointement avec lui.

584. La troisième espèce de *novation* est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur, pour demeurer quitte envers son ancien créancier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque engagement envers un nouveau créancier (3).

Il y a une espèce particulière de novation qu'on appelle *délégation*, qui assez souvent renferme une double novation.

Nous en traiterons à l'article 6.

Nous ne dirons rien de celle qui résultait *ex litiscontestatione* (4), les principes du droit romain à cet égard n'étant plus d'usage parmi nous.

---

aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio: cum ex precedenti causâ ita nova constituatur, ut prior perimatur, novatio enim à novo nomen accepit, et à novâ obligatione. L. 1, ff. *de Novat.*

(1) *V.* art. 1271, § 1°, C. civ.

Art. 1271 : « La novation s'opère de « trois manières : — 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est « éteinte; — 2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui « est déchargé par le créancier; — « 3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel « engagement, un nouveau créancier « est substitué à l'ancien, envers lequel « le débiteur se trouve déchargé. »

(2) *V.* art. 1271, § 2°, C. civ. *V.* note précédente.

(3) *V.* art. 1271, § 3°, C. civ. *Ibid.*

(4) « *Tollitur adhuc obligatio litis-* « *contestatione, si modo legitimo judi-* « *cio fuerit actum, nam tunc obligatio* « *quidem principalis dissolvitur, inci-* « *pit autem teneri reus litiscontesta-* « *tione, sed si condemnatus sit, subla-* « *tâ litiscontestatione incipit ex causâ* « *judicati teneri, et hoc est quod apud* « *veteres scriptum est, ante litem con-* « *testatam dare debitorem oportere,* « *post litem contestatam condemnari* « *oportere, post condemnationem ju-* « *dicatum facere oportere.* » Gaius, *Comm.* 3, n° 180.

Cependant cette novation ne produisait pas les mêmes effets que la novation volontaire, c'est ce que nous apprend Paul en la loi 29 ff. *de Novat.* « *Aliam causam esse novationis vo-* « *luntariæ, aliam judicii accepti,* « *multa exempla ostendunt. Perit* « *privilegium dotis et tutelæ, si post* « *divortium dos in stipulationem de-* « *ducatur, vel post pubertatem tu-* « *telæ actio novetur, si id specialiter* « *actum est, quod nemo dixit lite con-* « *testatâ : neque enim deteriorem cau-* « *sam nostram facimus, actionem*

Source : BIU Cujas

ART. II. — Des dettes qui font la matière nécessaire de la novation.

585. Il résulte de la définition que nous avons donnée de la novation, qu'il ne peut y avoir de novation qu'il n'y ait eu deux dettes contractées, dont l'une soit éteinte par l'autre qui lui est substituée.

De là il suit que, si la dette dont on veut faire novation par un autre engagement, est une dette conditionnelle, la novation ne pourra avoir lieu que lorsque la condition existera ; L. 8, § 1, ff. *de Novat. et deleg.*

C'est pourquoi si la condition vient à manquer, il n'y aura point de novation, parce qu'il n'y aura point eu de première dette à laquelle la nouvelle ait pu être substituée.

Pareillement, si la dette conditionnelle dont on a voulu faire novation par un autre engagement, était d'un corps certain, et qu'avant l'existence de la condition la chose fût périe, il n'y aura pas de novation, quand même la condition existerait : car, la condition ne pouvant pas confirmer la dette d'une chose qui n'existe pas, il n'y aura pas encore eu de première dette (1) à laquelle la nouvelle ait pu être substituée.

586. *Vice versâ*, si la première dette ne dépendait d'aucune condition, mais que le second engagement, par lequel on a voulu faire novation de cette première dette, dépende d'une condition, la novation ne pourra s'accomplir que par l'existence de la condition du nouvel engagement avant l'extinction de la première dette (2).

C'est pourquoi il n'y aura pas de novation, non-seulement dans le cas auquel cette condition manquerait, mais même dans le cas auquel, avant l'existence de cette condition, la première dette aurait été éteinte ; *putà*, par l'extinction de la chose qui en faisait l'objet : car l'existence de la condition ne peut opérer la novation d'une dette qui n'est plus ; L. 14, ff. *de Novat.*

587. Le simple terme de paiement est bien différent de la condition : la

---

« *exercentes, sed meliorem : ut solet* « *dici in his actionibus, quæ tempore* « *vel morte finiri possunt.* »

(1) La perte du corps certain, avant l'arrivée de la condition, a empêché la réalisation de la première obligation : elle n'a pu prendre naissance faute d'objet.

(2) Donc, si la condition du nouvel engagement vient à défaillir, la dette primitive continue d'exister : telle est la conséquence naturelle du principe que, pour opérer novation, il faut nécessairement des obligations.

Cependant, si la seconde obligation était d'une valeur supérieure à la première, ne pourrait-on pas supposer que les parties ont eu l'intention de nover dès à présent, en substituant à un droit moindre mais positif, un droit plus considérable mais conditionnel?

Que s'il n'y a rien de changé dans l'objet de la dette, il est difficile de se rendre raison de cette nouvelle convention; car, si la condition vient à défaillir, la chose sera due en vertu de la première obligation: si au contraire, elle s'accomplit, la même chose sera due en vertu de la seconde.

Ne serait-il pas plus raisonnable de supposer que le créancier, ayant un droit certain, et qui le soumet à l'éventualité d'une condition, veut faire remise, pour le cas où la condition ne s'accomplirait pas. Voici à ce sujet, comment s'exprime Gaius, *Comm.* 3, § 179. « *Quod autem diximus, si con-* « *ditio adjiciatur novationem fieri,* « *sic intelligi oportet, ut ità dicamus* « *factam novationem si conditio exti-* « *terit : alioquin si defecerit, durat* « *prior obligatio. Sed videamus, num* « *is qui eo nomine agat, doli mali aut* « *pacti conventi exceptione possit sub-* « *moveri :* ET VIDETUR INTER EOS ID « ACTUM UT ITA EA RES PETERETUR, SI « POSTERIORIS STIPULATIONIS EXSTITE- « RIT CONDITIO.

Source : BIU Cujas

dette ne laisse pas d'exister, quoique le terme de paiement ne soit pas encore échu.

C'est pourquoi on peut faire novation d'une dette dont le terme de paiement n'est pas encore échu, par un autre engagement pur et simple; ou d'une dette pure et simple, par un autre engagement qui contiendra un terme pour le paiement; et dans l'un et dans l'autre cas, la novation s'accomplira d'abord, sans attendre l'échéance du terme; L. 5; L. 8, § 1, ff. *de Novat.*

588. Il est, à la vérité, de l'essence de la novation qu'il y ait deux dettes contractées; une première, et une seconde qui lui soit substituée : mais il suffit que la première ait précédé la seconde d'un pur instant de raison. La novation de la première dette peut se faire par la seconde, dans le même instant que la première est contractée.

Par exemple, si vous me vendez un héritage pour le prix de dix mille livres; que par le même contrat un tiers s'engage à ma place à vous payer cette somme, et que vous l'acceptiez pour votre seul débiteur; on doit supposer, pendant un instant de raison, une dette que je contracte pour le prix de l'héritage que j'achète, et dont il se fait novation par l'engagement que contracte ce tiers de payer ce prix à ma place. Quoique cette dette que je contracte n'ait subsisté pendant aucun instant réel, il s'en fait novation dans le même instant que je l'ai contractée.

Voyez un autre exemple en la loi 8, § 2, ff. *de Novat.*

589. La novation est valable, quelle que soit la première dette à laquelle on en substitue une nouvelle, et quelle que soit celle qu'on lui substitue : *Non interest qualis præcessit obligatio, seu civilis, seu naturalis, qualiscumque sit novari potest; dummodò sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter;* L. 1, § 1, ff. *de Novat.*

Il faut néanmoins que ces obligations ne soient pas de celles que la loi réprouve formellement, et déclare nulles; car ce qui est nul ne peut être susceptible d'aucun effet. Voyez *suprà,* part. 2, ch. 2.

ART. III. — Quelles personnes peuvent faire novation.

590. Le consentement que donne le créancier à la novation de la dette, étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en serait fait; il suit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement, qui *puissent* faire novation de la dette.

Donc, par la même raison qu'on ne peut payer valablement à un mineur, à une femme non autorisée de son mari, à un interdit, on doit décider que ces personnes ne peuvent faire novation de ce qui leur est dû (1); L. 3; L. 20, § 1, ff. *eod. tit.*

591. *Vice versâ,* celui à qui on peut payer une dette, peut aussi ordinairement faire novation : *Cui rectè solvitur, is etiam novare potest;* L. 10, ff. *de Novat.*

Il suit de là qu'un créancier solidaire peut faire novation. Ainsi le décide Venuleïus (L. 31, § 1, ff. *de Novat. et deleg.*) dont la décision me paraît devoir être suivie, quoique Paul soit d'un sentiment contraire (2); L. 27, ff. *de Pactis.* Les interprètes ont fait de vains efforts pour les concilier. *Voyez* Wissembach, *ad tit. de Novat.* 10.

---

(1) *V.* art. 1272, C. civ.

Art. 1272 : « La novation ne peut « s'opérer qu'entre personnes capables « de contracter. »

(2) Cette décision est peut-être moins certaine en droit français qu'en droit romain, dans le cas où ils n'étaient pas *socii :* et c'est probablement l'espèce de Venuleius; tandis que Paul raisonne dans l'hypothèse où ils sont *socii :* et chez nous ils sont de droit réputés tels.

Source : BIU Cujas

592. Pareillement un tuteur, un curateur, un mari, peuvent faire novation (1); L. 20, § 1; L. *fin.* § 1, ff. *eod. tit.*

Un fondé de procuration générale du créancier le peut aussi. Celui qui n'a qu'un pouvoir particulier pour recevoir des débiteurs ne le peut, parce que son pouvoir étant borné à recevoir, *non debet egredi fines mandati.*

Il en est de même de ceux qu'on appelle *adjecti solutionis gratiâ,* dont nous avons parlé au chapitre précédent, art. 2, § 4 : ils ne peuvent faire novation (L. 10, ff. *de Solut.*), quoiqu'on puisse leur payer valablement.

ART. IV. — Comment se fait la novation.

§ I. *De la forme de la novation.*

593. Par le droit romain, la novation ne se pouvait faire que par la *stipulation.* La forme de la *stipulation* n'est point d'usage dans notre droit; les simples conventions y ont la même force qu'avait par le droit romain la stipulation : c'est pourquoi la novation se fait par la simple convention.

§ II. *De la volonté de faire novation.*

594. Il faut pour la novation une volonté de faire dans la personne du créancier, ou dans celle qui a pouvoir de lui ou qualité pour faire la novation en sa place.

Par l'ancien droit romain, cette volonté de faire novation se présumait facilement : mais suivant la constitution de Justinien en la loi dernière, Cod. *de Novat.,* cette volonté de faire novation doit être expressément déclarée; sans quoi il n'y a pas de novation; et le nouvel engagement qui est contracté, est censé fait plutôt pour confirmer le premier et pour y accéder, que pour l'éteindre.

La raison de cette loi est que personne ne doit facilement être présumé abdiquer les droits qui lui appartiennent. C'est pourquoi la novation renfermant une abdication que le créancier fait de la première créance, à laquelle la seconde est substituée, cette novation ne doit pas facilement se présumer, et les parties doivent s'en expliquer.

Nous ne nous sommes pas néanmoins attachés dans notre jurisprudence d'une manière tellement littérale à cette loi, qu'il faille toujours que le créancier déclare en termes précis et formels, qu'il entend faire novation : il suffit que, de quelque manière que ce soit, sa volonté de faire novation paraisse si évidente qu'elle ne puisse être révoquée en doute (2). C'est ce qu'établit d'Argentré, sur l'art. 273 de l'ancienne coutume de Bretagne.

En voici un exemple :

Je suis créancier de Pierre d'une somme de mille livres : il se passe un acte entre Jacques, débiteur de Pierre, et moi, par lequel il est dit « que Jacques s'oblige envers moi à me payer la somme de mille livres qui m'est due par Pierre » : et il est ajouté « que j'ai bien voulu, *pour faire plaisir à Pierre,* me contenter de la présente obligation qui m'est subie par Jacques. » On doit décider dans cette espèce qu'il y a novation, et que Pierre est déchargé envers moi, quoiqu'il ne soit pas dit en termes formels et précis, que je décharge Pierre, et que j'accepte l'obligation de Jacques en faisant novation de celle de Pierre : car les termes dont je me suis servi « que je me *contentais* de l'obligation de Jacques, *pour faire plaisir à Pierre* », déclarent suffisamment que j'ai voulu décharger Pierre, et me contenter de Jacques pour débiteur à sa place.

---

(1) Il faut convenir qu'en accordant ce pouvoir au mari et au tuteur, les droits de la femme et du mineur pourront être grandement compromis.

(2) *V.* art. 1273, C. civ.

Art. 1273 : « La novation ne se présume point; il faut que la volonté de « l'opérer résulte clairement de l'acte. »

Source : BIU Cujas

Mais, à moins qu'il ne paraisse évidemment que le créancier a eu intention de faire novation, la novation ne se présume pas. C'est pourquoi si, dans la même espèce, ayant fait une saisie et arrêt sur Jacques, pour le fait de Pierre mon débiteur, Jacques s'est obligé envers moi purement et simplement, par un acte, à me payer la somme de mille livres qui m'est due par Pierre, et pour laquelle j'ai fait arrêt, sans qu'il ait été ajouté, comme dans l'espèce ci-dessus, *que j'ai bien voulu, pour faire plaisir à Pierre, me contenter de l'obligation de Jacques,* ou quelque autre chose semblable, qui ferait connaître évidemment que j'ai voulu décharger Pierre, je ne serai point censé avoir fait de novation, et Jacques sera censé avoir accédé à l'obligation de Pierre, qui demeure toujours mon obligé.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt du Parlement de Toulouse, rapporté par Catelan, tom. 2, liv. 5, ch. 38.

Pareillement si, depuis la dette contractée, il a été passé quelque acte entre le créancier et le débiteur, par lequel on aurait accordé un terme pour le paiement, ou par lequel on serait convenu d'un nouveau lieu pour le paiement, ou par lequel on aurait accordé la faculté au débiteur de payer à une autre personne que le créancier, ou de payer une chose à la place de celle qui est due, ou même par lequel le débiteur se serait obligé de payer une plus grande somme, ou d'en payer une moindre à laquelle le créancier aurait bien voulu se restreindre; dans tous ces cas et autres semblables, suivant notre principe, que *la novation ne se présume pas*, il faut décider qu'il n'y a pas de novation, et que les parties ont seulement voulu modifier, diminuer ou augmenter la dette, plutôt que de l'éteindre pour y en substituer une nouvelle, si elles ne s'en sont pas expliquées.

§ III. *Si la constitution d'une rente, pour le prix d'une somme due par le constituant, renferme essentiellement une novation.*

595. Lorsque par une convention entre le créancier et le débiteur d'une somme d'argent, le débiteur a constitué une rente à son créancier pour la somme qu'il lui devait, y a-t-il nécessairement, en ce cas, novation?

Plusieurs prétendent qu'il n'y a pas, en ce cas, de novation, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, et à plus forte raison, lorsqu'elles ont déclaré expressément, par la constitution de rente, « qu'elles n'entendaient faire aucune novation. »

Ils prétendent que, par l'acte de constitution de rente, le créancier ne donne pas quittance de la somme qui lui est due; qu'il consent seulement de ne pas exiger la somme qui lui est due, tant qu'on lui paiera les intérêts de cette somme; conséquemment que c'est toujours l'ancienne dette qui subsiste, quoique sous une nouvelle modification; c'est-à-dire, que d'exigible qu'elle était, elle est devenue une dette dont le principal est aliéné, et qui ne peut plus s'exiger tant que le débiteur en paie les arrérages.

Cette opinion me paraît souffrir beaucoup de difficulté.

Il est de l'essence du contrat de constitution de rente qui est un contrat réel, que celui qui constitue la rente reçoive le prix de la constitution; lorsque mon débiteur d'une certaine somme, *putà*, de mille livres, me constitue pour cette somme cinquante livres de rente, il faut donc qu'il reçoive la somme de mille livres pour le prix de la rente qu'il me constitue, et il ne peut être censé la recevoir que par la quittance que je lui en donne en paiement de la rente qu'il me constitue. Cette constitution de rente renferme donc une quittance que je lui donne de cette somme : elle renferme une compensation de la dette de cette somme dont il m'était débiteur, avec pareille somme que je devais lui donner pour prix de la rente qu'il me constitue : or il est évident que cette quittance et cette compensation éteignent cette dette, et forment une novation.

Source : BIU Cujas

On ne peut pas dire que le principal de la rente qui m'est constituée, est mon ancienne créance de mille livres contre Pierre, qui continue de subsister sous une nouvelle modification de principal de rente, au lieu de créance exigible qu'elle était : car, outre qu'elle a été éteinte par la constitution de rente, comme nous venons de le faire voir, c'est que la créance d'une rente est proprement la créance des arrérages qui en courront à perpétuité jusqu'au rachat, plutôt que du principal, qui, ne pouvant pas être exigé, n'est pas proprement dû, et est *in facultate luitionis, magis quàm in obligatione.*

Ces raisons paraissent concluantes pour décider « qu'un acte par lequel le débiteur d'une certaine somme constitue une rente à son créancier pour cette somme, renferme essentiellement une novation, quand même il serait porté expressément par l'acte, que les parties n'ont pas entendu faire une novation ; » car une protestation ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte.

C'est pourquoi cette clause me paraît ne pouvoir avoir d'autre effet que d'empêcher l'extinction des hypothèques de l'ancienne dette, et de les transférer à la nouvelle (1), comme cela se peut, suivant la loi 12, § 5, ff. *Qui potior.*

Quoique ces raisons me paraissent très fortes pour décider que l'acte par lequel une dette exigible est convertie en une constitution de rente, contient essentiellement une novation, néanmoins l'opinion contraire paraît avoir en sa faveur le suffrage des auteurs.

On l'autorise par deux arrêts qu'on prétend avoir jugé la question : le premier, qui est du 13 avril 1683, est rapporté au *Journal du Palais,* tom. 2 de l'édition in-fol.

Dans l'espèce de cet arrêt, Ligondez, débiteur solidaire avec Sablon, d'une somme de six mille livres, en avait depuis constitué rente, tant en son nom, qu'en se faisant fort de Sablon ; et le contrat portait réserve de l'obligation et des hypothèques. Le créancier ayant assigné Sablon, pour qu'il passât contrat de constitution, ou payât ladite somme de six mille livres, Sablon a été condamné.

L'arrêtiste infère de cet arrêt, qu'il a été jugé qu'un débiteur d'une somme d'argent pouvait constituer rente pour cette somme, sans qu'il se fît novation de sa dette. Mais je crois la conséquence mal tirée, et que les moyens respectifs des parties qui sont rapportés au Journal, ne touchent pas au point de décision de la cause.

La raison décisive pour laquelle Sablon a été condamné par cet arrêt à payer, ou à passer contrat de constitution, me paraît être que Ligondez ayant passé contrat, tant en son nom que se faisant fort de Sablon, et par conséquent le créancier n'ayant consenti à la conversion de sa créance de six mille livres en un contrat de constitution, que sous la condition que le contrat serait passé par ses deux débiteurs, la conversion de la créance de six mille livres en un contrat de constitution, la novation et l'extinction de cette créance qui devait en résulter, dépendaient de cette condition.

C'est pourquoi le refus de Sablon de passer le contrat, faisant manquer la condition, il n'y avait point de novation : la créance subsistait, et Sablon a été bien condamné par l'arrêt à payer.

L'autre arrêt est du 6 septembre 1712, et est rapporté au tome sixième du *Journal des audiences.* Dans l'espèce de cet arrêt, plusieurs personnes avaient subi solidairement l'obligation de payer une certaine somme : deux avaient payé réellement chacun leur tiers, et le créancier, en le recevant, avait réservé la solidité.

Lebegue et de Villemenard avaient, par un billet, promis de passer contrat de

(1) Voilà un effet qui diminue beaucoup l'intérêt de la question.

Source : BIU Cujas

constitution de rente pour le tiers restant, et il était dit par le billet, *sans que cela pût nuire à la solidité.*

Longtemps après, le créancier assigna Montpensier, l'un de ceux qui avaient payé leur tiers sous la réserve de la solidité, pour qu'il eût à payer le restant, ou à accéder au contrat de constitution, et l'arrêt l'y a condamné.

Donc, dit-on, il a été jugé qu'un contrat de constitution de rente, fait par un débiteur pour la somme qu'il devait, n'emportait pas nécessairement novation et extinction de la dette de cette somme : autrement, dans l'espèce proposée, Montpensier, codébiteur solidaire de la somme qui restait due, et pour laquelle la rente a été constituée, aurait été libéré de cette dette par la constitution de rente, et n'aurait pas été condamné par l'arrêt à payer.

Je ne sais pas quelle a été la raison sur laquelle a été fondée la décision de l'arrêt; mais pour sauver les principes, on pourrait dire que l'arrêt n'a pas jugé ce qu'on en infère; mais qu'il a plutôt jugé que, par la clause de réserve de solidité, le créancier était censé avoir apposé à la conversion de sa créance en un contrat de constitution de rente, cette condition « que tous les débiteurs solidaires de cette dette accéderaient au contrat de constitution »; et qu'en conséquence le refus de Montpensier d'y accéder, faisant défaillir cette condition, la créance subsistait.

§ IV. *De la nécessité qu'il y a que quelque chose différencie la nouvelle dette de l'ancienne.*

596. Lorsqu'il se fait une nouvelle convention entre le même créancier et le même débiteur, sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, quoiqu'il soit expressément déclaré par l'acte qui contient le nouvel engagement « que les parties entendent faire novation », il faut, pour que la novation soit valable, que cet acte contienne quelque chose de différent de la première obligation qui a été contractée; soit dans la qualité de l'obligation, comme si la première était déterminée, et la seconde alternative, *aut vice versâ;* soit sur les accidents accessoires de l'obligation, comme sur le temps ou sur le lieu du paiement. C'est aussi une différence suffisante, si la première obligation avait été contractée sous la caution d'une autre personne, ou sous l'hypothèque de mes biens, et que par la nouvelle je m'engage sans caution et sans hypothèque, *aut vice versâ.*

Si le nouvel engagement, fait sans l'intervention d'une nouvelle personne, ne contient rien de différent du premier, il est évident que ce nouvel engagement est inutilement contracté; Instit. *tit quib. mod. toll. obl.*, § 4.

597. Lorsque la novation se fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur est une différence suffisante pour rendre la novation utile, sans qu'il soit nécessaire qu'il en intervienne d'autre.

§ V. *Si le consentement de l'ancien débiteur est nécessaire pour la novation.*

598. La novation qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, peut se faire entre le créancier et ce nouveau débiteur, sans que le premier, dont la dette doit s'éteindre par la novation, y ait aucune part, et sans qu'il y consente : *Liberat me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim*; L. 8, § 5, ff. *de Novat.* La raison est que la novation, à l'égard du premier débiteur, ne renferme autre chose que l'acquittement de sa dette, par la nouvelle que le tiers contracte en sa place : or on peut acquitter la dette d'un autre sans qu'il y consente (1), comme nous l'avons vu au chapitre précédent : *Ignorantis enim et inviti conditio melior fieri potest;* L. 53, *de Solut.*

---

(1) *V.* art. 1274, C. civ., même décision.

Art. 1274 : « La novation par la « substitution d'un nouveau débiteur, « peut s'opérer sans le concours du « premier débiteur. »

Source : BIU Cujas

ART. V. — De l'effet de la novation.

599. L'effet de la novation est que la première dette est éteinte de la même manière qu'elle le serait par un paiement réel.

Lorsque l'un de plusieurs débiteurs solidaires contracte seul un nouvel engagement avec le créancier pour faire novation du premier, la première dette étant éteinte par la novation, comme elle le serait par un paiement réel, tous ses codébiteurs sont libérés aussi bien que lui.

Pareillement, comme l'extinction de l'obligation principale entraîne celle de toutes les obligations accessoires, la novation qui se fait de la dette principale éteint toutes les obligations accessoires, telles que celles des cautions.

Si le créancier voulait conserver l'obligation des autres débiteurs et des cautions, il faudrait qu'il mît pour condition à la novation « que les codébiteurs et les cautions accéderaient à la nouvelle dette » ; auquel cas, faute par eux d'y vouloir accéder, il n'y aurait pas de novation, et le créancier conserverait son ancienne créance (1).

Du principe « que la novation éteint l'ancienne dette », il suit aussi qu'elle en éteint les hypothèques qui en étaient accessoires : *Novatione legitimè factâ liberantur hypothecæ;* L. 18, ff. *de Novat.*

Mais le créancier peut, par l'acte même qui contient la novation, transférer à la seconde dette les hypothèques qui étaient attachées à la première (2) ; L. 12, § 5, ff. *Qui potior.*

Par exemple, si par acte de 1760 vous m'avez emprunté une somme de mille livres sous l'hypothèque de vos biens, et que par un autre acte passé entre nous en 1770, vous ayez contracté envers moi une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par l'acte, qu'au moyen de cette nouvelle obligation, vous demeurerez quitte de celle de 1760, *dont les parties ont entendu faire novation sous la réserve des hypothèques*, je serai, par cette clause, conservé dans mon ordre d'hypothèque pour ma nouvelle créance, du jour de la date de l'ancienne ; L. 3, L. 21, ff. *dicto titulo.*

Observez que, si la nouvelle créance était plus forte que la première, je ne serais conservé dans mon rang d'hypothèque que jusqu'à concurrence de la somme qui m'était due par l'acte de 1760, cette translation des hypothèques, de l'ancienne créance à la nouvelle, ne devant pas être préjudiciable aux créanciers intermédiaires.

Observez aussi que cette translation des hypothèques, de l'ancienne créance à la nouvelle, ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent. Dans l'espèce ci-dessus rapportée, il est clair que vous avez consenti à cette translation d'hypothèque, puisque vous êtes partie à l'acte où la réserve de ces hypothèques est stipulée ; mais si un tiers, par acte de 1770, s'est obligé envers moi à me payer la somme que vous me deviez par l'acte de 1760, et qu'il soit dit « qu'au moyen des présentes, la dette de 1760 demeure acquittée, *sous la réserve des hypothèques* » ; quoique la novation puisse se faire sans que vous interveniez à l'acte, la translation de l'hypothèque de vos biens attachée à votre dette de 1760, ne peut se faire à la nouvelle dette de 1770, si vous n'intervenez à l'acte pour la consentir ; le nouveau débiteur à qui les choses hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant pas, sans vous à qui elles appartiennent, les hypothéquer à la nou-

---

(1) *V.* art. 1281, C. civ., ci-dessus, p. 199, note 2.

(2) *V.* art. 1278, C. civ.

Art. 1278 : « Les priviléges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés. »

Source : BIU Cujas

velle dette (1). C'est ce que décide Paul, en la loi 30, ff. *de Novat.* ***Paulus respondit, si creditor à Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut à primâ obligatione in universum discederetur, rursùm easdem res à posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.***

Suivant les mêmes principes, si l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires contracte envers le créancier une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par

(1) Mais il ne s'agit pas précisément de les hypothéquer à la nouvelle dette : ces biens étaient déjà hypothéqués; le créancier, en faisant remise au débiteur primitif de l'action personnelle seulement, peut-il retenir et conserver les hypothèques pour sûreté de la nouvelle dette? Telle est la question : en répondant affirmativement, il en résulterait toujours pour le débiteur cet avantage d'être libéré de l'obligation personnelle, et de n'être dorénavant tenu que comme tiers détenteur : rien n'empêche d'avoir des immeubles hypothéqués à la dette d'autrui.

La loi 30, ff. *de Novat.*, que Pothier cite à l'appui de son opinion, ne nous paraît point applicable à l'espèce :

En effet, cette loi suppose que la première obligation avait été, par la novation, entièrement éteinte *in universum*, et elle décide que le second débiteur ne peut de nouveau, *rursum*, hypothéquer les mêmes choses sans le consentement de l'ancien débiteur propriétaire de ces choses.

Dans l'espèce proposée par le jurisconsulte romain, la novation avait été complète et sans aucune réserve : *ita ut à primâ obligatione in universum discederetur*, les hypothèques étaient donc éteintes. Paul décide avec grande raison que le second débiteur ne peut de nouveau soumettre ces choses à l'hypothèque sans le consentement du premier débiteur. Mais, nous dira-t-on, quelle pouvait être la raison de douter? Nous pourrions répondre : de ce qu'une solution est évidemment conforme à la vérité, ce n'est pas une raison pour chercher un autre sens que celui quelle présente naturellement. Mais cette raison de douter se tirait, peut-être, de ce que le débiteur primitif semblait ne pas pouvoir légitimement se plaindre de cette nouvelle hypothèque, sur les mêmes biens que l'ancienne et pour la même somme, que ce débiteur primitif devait probablement à l'*expromisseur*, et celui-ci aurait un intérêt visible à la ressusciter, si cela était possible, afin de se faire céder par le créancier son dû paiement.

Quoi qu'il en soit, cette loi est étrangère à la question, elle fournirait plutôt un argument *à contrario* pour l'affirmative.

Le Code, dans l'art. 1279, se borne à dire « que les hypothèques primitives ne peuvent passer sur les biens du nouveau débiteur », ce qui est évident; mais il ne dit pas qu'elles ne peuvent être conservées sur les biens de l'ancien débiteur, lorsque le créancier en a fait la réserve expresse lors de la novation.

Cependant l'article suivant (art. 1280) fournit un puissant argument pour soutenir que cette réserve ne peut être efficace qu'avec le consentement de l'ancien débiteur, ce qui reproduirait complétement la doctrine de Pothier : et nous croyons que telle était l'intention des rédacteurs du Code. On peut dire, pour les justifier, ainsi que Pothier : que, si l'on peut hypothéquer ses immeubles pour la dette d'un autre, il est raisonnable d'exiger que le propriétaire connaisse cette situation et y ait consenti, afin de surveiller la conservation de ses droits dans ses nouveaux rapports avec le débiteur actuel.

Art. 1279 : « Lorsque la novation « s'opère par la substitution d'un nou« veau débiteur, les priviléges et hypo« thèques primitifs de la créance ne « peuvent point passer sur les biens du « nouveau débiteur. »

Art. 1280 : « Lorsque la novation « s'opère entre le créancier et l'un des « débiteurs solidaires, les priviléges et « hypothèques de l'ancienne créance « ne peuvent être réservés que sur les « biens de celui qui contracte la nou« velle dette. »

Source : BIU Cujas

l'acte « que les parties ont entendu faire novation de la première dette, *sous la réserve des hypothèques,* » cette réserve ne peut avoir d'effet que pour l'hypothèque des biens de ce débiteur qui contracte la nouvelle dette, et non pour les hypothèques des biens de ses codébiteurs; leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette nouvelle dette sans leur consentement (1).

Quelque réserve que fasse le créancier par l'acte qui contient la novation, les cautions de l'ancienne dette ne peuvent être obligées à la nouvelle, si elles n'y consentent.

ART VI. — De la délégation.

§ I. *Ce que c'est que la délégation; et comment elle se fait.*

600. La *délégation* est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui, à sa place, s'oblige envers ce créancier, ou envers la personne qu'il indique.

Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit; L. 11, ff. *de Novat.*

Il résulte de cette définition, que la délégation se fait par le concours de trois personnes, et qu'il en intervient quelquefois une quatrième.

1° Il faut le concours du déléguant, c'est à-dire, de l'ancien débiteur qui donne à son créancier un autre débiteur en sa place;

2° De la personne du délégué qui s'oblige envers le créancier, à la place de l'ancien débiteur, ou envers la personne indiquée par le créancier;

3° Du créancier, qui, en conséquence de l'obligation que la personne déléguée contracte envers lui, ou envers la personne qu'il lui indique, décharge le déléguant.

Quelquefois il intervient dans la délégation une quatrième personne; savoir, celle que le créancier indique, et envers qui, sur l'indication du créancier, et de l'ordre du déléguant, la personne déléguée s'oblige.

Pour qu'il y ait délégation, il faut que la volonté du créancier, de décharger le premier débiteur, et de se contenter de l'obligation de ce nouveau débiteur qui s'oblige envers lui à la place du premier, soit bien marquée. C'est pourquoi si Pierre, l'un des héritiers de mon débiteur, pour se décharger d'une rente envers moi, a, par un partage, chargé Jacques son cohéritier, de me la payer à sa décharge, il n'y aura pas de délégation, et Pierre ne sera pas déchargé envers moi, si je n'ai pas, par quelque acte, déclaré formellement que je déchargeais Pierre: sans cela, quoique j'aie reçu de Jacques seul les arrérages pendant un temps considérable, on n'en pourra pas conclure que je l'ai accepté pour mon seul débiteur à la place de Pierre, et que j'ai déchargé Pierre (2); *Arg.* L. 40, § 2, ff. *de Pact.*

§ II. *De l'effet de la délégation.*

601. La délégation renferme une novation; savoir l'extinction de la dette du déléguant, et l'obligation que la personne déléguée contracte en sa place. Ordinairement même la délégation contient une double novation: car ordinairement la personne déléguée est un débiteur du déléguant, lequel, pour s'acquitter envers le déléguant de son obligation, contracte, de l'ordre du

---

(1) *V.* art. 1280, C. civ., note précédente.

(2) *V.* art. 1275, C. civ., même décision.

Art. 1275: « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation. »

Source : BIU Cujas

déléguant, une nouvelle obligation envers le créancier du déléguant. Il se fait en ce cas une novation, et de l'obligation du déléguant envers son créancier à qui le déléguant donne un autre débiteur en sa place, et de l'obligation de la personne déléguée envers le déléguant, en conséquence de celle qu'elle contracte de son ordre envers son créancier.

602. Si la personne déléguée n'était pas débitrice du déléguant, quoiqu'elle ne se fût obligée en sa place envers son créancier que dans la fausse persuasion qu'elle était débitrice du déléguant, l'obligation qu'elle aurait contractée envers ce créancier n'en serait pas moins valable, et elle ne pourrait se défendre de le payer; sauf à elle son recours contre le déléguant, pour qu'il fût tenu de l'acquitter. Le créancier, qui par l'obligation que contracte envers lui la personne déléguée, ne fait que retirer ce qui lui était dû par son ancien débiteur qu'il a déchargé, ne doit point souffrir de cette erreur: *Si per ignorantiam promiserit, nullâ quidem exceptione uti poterit adversùs creditorem, quia ille suum recepit; sed is qui delegavit, tenetur conditione;* L. 12, ff. *de Novat.*

Il en serait autrement, si celui envers qui la personne déléguée s'est obligée, n'était point créancier du déléguant, soit que le déléguant fût lui-même dans l'erreur, et qu'il crût être débiteur, soit qu'il voulût lui faire donation. En l'un et l'autre cas, la personne déléguée qui s'est obligée envers lui par erreur, dans la fausse persuasion qu'elle était débitrice du déléguant, ne sera pas valablement obligée, et pourra se défendre de payer, l'erreur étant découverte; L. 7, ff. *de Dol. excepl.*; L. 2, § 4, ff. *de Donat.*

La raison de cette différence est, que, dans cette espèce-ci, celui envers qui la personne déléguée s'est obligée, *certat de lucro captando;* pendant que la personne déléguée, qui s'est par erreur obligée envers lui, *certat de damno vitando.* Or on doit plutôt subvenir à celui qui *certat de damno*, qu'à celui qui *certat de lucro.* C'est pourquoi on doit non-seulement le décharger de son obligation contractée par erreur, mais même lui accorder la répétition de ce qu'il aurait payé en conséquence, suivant cette règle de droit, *Melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro.*

Au contraire, dans l'espèce précédente, le créancier envers qui la personne déléguée s'est obligée, *versaretur in damno*, si la personne déléguée était déchargée de son obligation.

603. Si la personne déléguée ne s'oblige que sous une condition, tout l'effet de la délégation sera en suspens, jusqu'à l'échéance de la condition : et de même que, en ce cas, il dépend de l'échéance de la condition que la personne déléguée soit obligée, de même il dépend de l'échéance de la même condition que le déléguant soit libéré de son obligation, laquelle ne peut être éteinte que par la nouvelle obligation de la personne déléguée, qui doit être substituée en sa place.

L'obligation de la personne déléguée envers le déléguant dépend pareillement de cette condition : car la personne déléguée ne peut être libérée envers le déléguant qu'autant qu'elle s'oblige en sa place envers le créancier.

Quoique la personne déléguée ne soit pas libérée envers le déléguant jusqu'à l'échéance de cette condition, néanmoins le déléguant, par l'ordre duquel elle s'est obligée sous condition, ne peut faire aucune poursuite contre elle, jusqu'à ce que cette condition soit faillie : car, tant qu'elle peut exister, il est incertain si elle demeurera obligée envers lui, ou si elle le sera envers le nouveau créancier : c'est la décision de la Loi 36, ff. *de Reb. cred.*

§ III. *Si le déléguant est tenu de l'insolvabilité du délégué.*

604. Régulièrement, lorsque la personne déléguée s'est obligée valablement envers le créancier à qui elle a été déléguée, le déléguant est pleinement libéré envers ce créancier, et ce créancier n'a aucun recours contre lui,

Source : BIU Cujas

dans le cas auquel le nouveau débiteur a lui délégué deviendrait insolvable : ce créancier, en acceptant la délégation, a suivi la solvabilité du débiteur qui lui était délégué ; *nomen ejus secutus est* (1).

Ce principe souffre exception, dans le cas auquel il aurait été convenu « que le déléguant donnerait *à ses risques* un nouveau débiteur à sa place. »

Paul décide que, en ce cas, le créancier peut agir *actione mandati contrariâ*, contre le déléguant, pour être indemnisé de la somme dont il n'a pu être payé par l'insolvabilité du nouveau débiteur à lui délégué ;

Car, lorsque, à la prière de mon ancien débiteur, j'accepte à ses risques un autre débiteur à sa place, c'est un contrat de mandat qui intervient entre nous ; je suis son mandataire en acceptant la délégation, et par conséquent je dois être par lui indemnisé de ce qu'il m'en coûte pour l'avoir acceptée.

Or, il m'en coûte la somme dont je n'ai pu être payé par le débiteur délégué : j'en dois donc être indemnisé par lui.

Observez qu'il faut pour cela qu'on ne puisse me reprocher de n'avoir pas fait les diligences qui auraient pu me procurer mon paiement, pendant que le débiteur délégué était solvable : car, en ce cas, c'est ma faute si je n'ai pas été payé.

Or, selon les règles du contrat de mandat, un mandataire n'a d'action pour être indemnisé, que de ce qu'il lui en a coûté sans sa faute : *Venit in actione mandati quod mandatario ex causâ mandati abest inculpabiliter.*

Comme ce n'est pas la délégation par elle-même, mais le contrat de mandat qu'on suppose intervenu entre le déléguant et le créancier, qui rend le déléguant responsable de l'insolvabilité du débiteur délégué, c'est au créancier qui prétend se servir de ce contrat de mandat, à faire voir par écrit qu'il est intervenu, et qu'il n'a accepté la délégation qu'aux risques du déléguant.

Cette convention ne se suppose point ; c'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bouvot.

Cujas (*ad* L. 26, § 2, ff. *Mand. ad* libr. 33 Paul *ad edic.*), rapporte une seconde exception à notre principe, qui est que, « quoique la délégation n'ait pas été faite à la charge qu'elle serait aux risques du déléguant, néanmoins si, dès le temps de la délégation, l'insolvabilité du débiteur délégué était arrivée, et ignorée du créancier, le déléguant en devrait être tenu. »

Cette décision de Cujas est fondée en équité (2) : la délégation renferme entre le déléguant et le créancier une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre, dans lesquelles chacun entend recevoir autant qu'il donne.

L'équité de ces conventions consiste dans l'égalité : elles sont iniques, lorsque l'une des parties donne beaucoup, et reçoit peu à la place.

Suivant ces principes, la délégation que vous me faites d'une créance de mille livres que vous doit Pierre insolvable, à la place d'une pareille somme dont vous m'êtes débiteur, est manifestement inique : car, par cette délégation, vous recevez la remise de votre dette de mille livres, laquelle remise a une valeur réelle et effective de mille livres ; et pour cette valeur de mille livres que vous recevez de moi, vous me donnez une créance sur un débiteur insolvable, qui n'a aucune valeur, ou n'en a presque aucune : il faut donc que, pour réparer l'iniquité de la convention, vous soyez tenu envers moi de l'in-

---

(1) V. art. 1276, C. civ.

Art. 1276 : « Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite « la délégation, n'a point de recours « contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte « n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà « en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la déléga- « tion. »

(2) C'est ce que le Code consacre par la disposition finale de l'art. 1276 ci-dessus cité.

Source : BIU Cujas

solvabilité de ce débiteur que j'ai accepté par erreur pour mon débiteur à votre place.

Il en serait autrement, si, lors de la délégation que vous m'avez faite de ce débiteur à votre place, j'avais connaissance de l'insolvabilité.

La délégation ne renferme pas, en ce cas, une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre ; mais elle renferme un bienfait que j'ai bien voulu vous faire, en acceptant ce débiteur à votre place, quelque insolvable qu'il fût. Vous ne m'avez fait aucun tort, puisque, en connaissance de cause, j'ai bien voulu accepter (1): *Volenti non fit injuria.*

Despeisses rejette le sentiment de Cujas, et prétend qu'à moins qu'il n'ait été expressément convenu « que le délégnant déléguait à ses risques, *suo periculo*, » le créancier ne peut jamais se plaindre de l'insolvabilité du débiteur qui a été délégué, et qu'il a bien voulu accepter, quelque ignorance qu'il allègue en sa faveur.

Sa raison est qu'autrement la délégation n'aurait jamais l'effet de libérer le déléguant, qui est l'effet qu'elle doit avoir par sa nature, puisque le créancier dirait toujours qu'il a ignoré l'insolvabilité du débiteur qu'on lui a délégué.

Ces raisons peuvent faire rejeter, dans le for extérieur, l'opinion du Cujas ; mais elle me paraît indubitable dans le for de la conscience (2).

§ IV. *Différence entre la délégation, le transport et la simple indication.*

605. Il nous reste à observer que la *délégation* est quelque chose de différent du *transport*, aussi bien que de la simple *indication*.

Le *transport* que fait un créancier à quelqu'un de sa créance, ne contient aucune novation : c'est la même créance qui passe du cédant au cessionnaire lequel même n'est, à proprement parler, que le *procurator in rem suam* du créancier qui la lui a cédée. D'ailleurs ce transport ne se passe qu'entre deux personnes, le cédant et le cessionnaire, sans qu'il soit besoin que le consentement du débiteur intervienne (3).

Nous traiterons du transport dans notre *Traité du Contrat de vente*, part. 6, chap. 3.

La novation diffère aussi de la simple indication.

Lorsque j'indique à mon créancier une personne de qui il recevra le paiement de la somme que je lui dois, et sur laquelle pour cet effet je lui donne une reseription, cet acte ne contient qu'un simple mandat. Il ne contient ni un transport, ni une novation ; je demeure toujours le débiteur de mon créancier ; la personne que je lui indique, et sur qui je lui donne une rescription, ne le devient pas à ma place.

Pareillement, lorsqu'un créancier indique à son débiteur une personne à qui il pourra payer, cette indication ne contient aucune novation ; le débiteur ne devient pas le débiteur de la personne à qui on lui indique de payer, il demeure toujours le débiteur de l'indiquant (4). *V.* sur cette espèce d'indication, *suprà*, ch. 1, art. 2, § 4.

---

(1) Quoique l'art. 1276 (voy. la note précédente) ne contienne pas cette restriction, elle est trop fondée en raison pour ne pas l'admettre.

(2) Le for extérieur et le for de la conscience sont aujourd'hui d'accord sur ce point.

(3) *V.* art. 1689 et suiv., C. civ.

Art. 1689 : « Dans le transport « d'une créance, d'un droit ou d'une « action sur un tiers, la délivrance s'o- « père entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre. »

V. 1690 et 1691, p. 274, note 4, et p. 275, note 1.

(4) *V.* art. 1277, C. civ. « La simple « indication faite par le débiteur, d'une « personne qui doit payer à sa place, « n'opère point novation. — Il en est « de même de la simple indication faite « par le créancier, d'une personne « qui doit recevoir pour lui. »

Source : BIU Cujas

CHAPITRE III.

De la remise d'une dette.

606. La *remise* que fait le créancier de la dette, est aussi une des manières dont s'éteignent les obligations ; car elle libère de plein droit.

ART. Ier. — Comment se fait la remise d'une dette.

§ I. *Si la remise d'une dette peut se faire par une simple convention.*

607. Selon les principes du droit romain, il y avait sur ce point une différence entre les obligations civiles qui résultaient des contrats consensuels, et qui se contractaient par le seul consentement des parties ; et entre les autres obligations civiles qui résultaient des contrats réels, ou de la stipulation.

A l'égard de celles qui se contractaient par le seul consentement des parties, la remise pouvait s'en faire par une simple convention, par laquelle le créancier convenait avec le débiteur de l'en tenir quitte ; et cette convention éteignait de plein droit l'obligation ; L. 35, ff. *de Reg. jur.*

A l'égard des autres obligations civiles, pour que la remise que le créancier en faisait au débiteur pût éteindre de plein droit l'obligation, il fallait avoir recours à la formalité de l'*acceptilation*, ou *simple*, si l'obligation résultait d'une stipulation, ou *Aquilienne*, si elle résultait d'un contrat réel ; *V.* tit. *de Acceptil. in Instit. et Pandect.* La simple convention par laquelle le créancier était convenu avec le débiteur *de le tenir quitte*, n'éteignait pas de plein droit ces obligations ; mais elle donnait seulement au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre l'action du créancier qui aurait demandé le paiement de la dette, contre la foi de la convention.

Cette distinction et ces subtilités ne sont pas reçues dans notre droit français : nous n'y connaissons pas la forme de l'acceptilation ; et toutes les dettes quelles qu'elles soient, et de quelque façon qu'elles aient été contractées, s'éteignent de plein droit par la simple convention de remise entre le créancier et le débiteur, pourvu que le créancier soit capable de disposer de son bien, et que le débiteur ne soit pas une personne à qui il soit défendu au créancier de donner (1).

C'est pourquoi tout ce qui est dit au titre du ff. *de Accept.* sur la forme de l'acceptilation, ne reçoit aucune application dans notre droit français, et notamment que l'acceptilation ne peut se faire sous une condition ; L. 4, ff. *de Acceptilat.*

Parmi nous rien n'empêche qu'un créancier puisse faire dépendre d'une condition la remise qu'il fait de la dette ; et l'effet d'une telle remise est de rendre la dette conditionnelle, de même que si elle eût été contractée sous une condition contraire.

§ II. *En quel cas présume-t-on une remise tacite.*

608. La remise de la dette peut se faire non-seulement par une convention expresse, mais aussi par une convention tacite qui résulte de certains faits qui la font présumer.

---

(1) Car la remise de la dette est une véritable libéralité, dispensée des formes de la donation, mais à laquelle il faut cependant appliquer les règles sur la réduction, les rapports, et sur les incapacités de donner et de recevoir.

Source : BIU Cujas

Par exemple, si le créancier a rendu au débiteur son billet, ou le brevet d'obligation, il est présumé lui avoir remis la dette (1) : *Si debitori meo reddiderit cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem* ; L. 2, § 1, ff. *de Pact.*

Si le billet était souscrit par plusieurs débiteurs solidaires, et que le créancier l'eût rendu à l'un d'eux, quelques docteurs cités par Bruneman, *ad* L. 2, ff. *de Pact.* ont pensé que la restitution du billet ne devait, en ce cas, faire présumer qu'une décharge personnelle de la dette, que le créancier a bien voulu accorder à celui à qui il a remis le billet. Il me paraît au contraire qu'on doit présumer qu'il a entendu remettre et éteindre entièrement la dette : car, s'il n'eût voulu décharger que l'un des débiteurs, il aurait retenu le billet, qui lui aurait été nécessaire pour faire payer les autres (2).

609. La possession en laquelle le débiteur se trouve du billet, fait-elle présumer que le créancier le lui a rendu ?

Boiceau, après quelques anciens docteurs, fait une distinction : il dit, que si le débiteur allègue qu'il a payé, la possession en laquelle il est du billet, fait présumer le paiement, et que le billet lui a été rendu comme acquitté, à moins que le créancier ne prouve le contraire : mais s'il allègue que le créancier lui a remis la dette, la possession en laquelle il est du billet, n'est pas, selon lui, suffisante, et il doit prouver que le créancier lui a volontairement remis et rendu son billet ; parce que la remise est une donation qui ne se présume point, suivant cette règle, *Nemo donare facilè præsumitur* : et que d'ailleurs c'est une convention qui doit, suivant l'ordonnance, s'établir par écrit.

Je ne crois pas cette distinction solide, et je pense qu'on doit indistinctement décider que la possession du billet par le débiteur, doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté, ou comme remis ; à moins que le créancier ne justifie le contraire ; *putà*, que le billet lui a été volé.

En vain dira-t-on que la donation ne se présume pas ; car cela veut dire qu'elle ne se présume pas facilement, et sans qu'il y ait un sujet suffisant pour la présumer. Or, suivant la loi citée, il y a un sujet suffisant de présumer la donation et remise de la dette, lorsque le créancier a remis le billet au débiteur ; et la possession du billet par le débiteur, doit aussi faire présumer que le créancier le lui a rendu, puisque c'est la voie naturelle par laquelle la possession en a pu passer de la personne du créancier en laquelle il était, en celle du débiteur (3). L'argument tiré de l'ordonnance, qui veut que les conventions dont l'objet excède cent livres, se prouvent par écrit, n'est pas meilleur.

---

(1) *V.* art. 1282, C. civ.

Art. 1282 : « La remise volontaire « du titre original sous signature pri- « vée, par le créancier au débiteur, « fait preuve de la libération. »

Cet article ne reproduit pas complétement la décision de Pothier : D'abord cet auteur parle de la remise *du billet* ou du *brevet d'obligation*, le Code ne parle que de la remise du titre original sous *signature privée.* Pothier décide que le créancier est *présumé avoir remis la dette*, et le Code dit : *fait preuve de la libération.*

Mais le billet peut être remis après paiement effectué, et il y aura preuve de la libération, tout aussi bien que dans le cas où il est remis dans l'intention de faire remise de la dette. Peut-être sera-ce à ceux qui prétendent qu'il y a eu remise de la dette et non paiement à prouver cette libéralité.

(2) *V.* art. 1284, C. civ.

Art. 1284 : « La remise du titre ori- « ginal sous signature privée, ou de la « grosse du titre, à l'un des débiteurs « solidaires, a le même effet au profit « de ses codébiteurs. »

(3) Mais ce n'est là qu'une présomption du magistrat : elle n'est point écrite dans la loi.

Source : BIU Cujas

L'ordonnance n'a voulu exclure par là que la preuve testimoniale, et non pas les présomptions résultant des faits avoués par les parties.

La distinction de Boiceau sur la qualité de la personne du débiteur, est plus plausible. Si le débiteur était le facteur du créancier, ou autre domestique à portée de se saisir du billet, la possession en laquelle il serait du billet, pourrait n'être pas une présomption suffisante, ni de la remise, ni même du paiement de la dette.—*Idem* si c'était un voisin chez lequel le créancier eût porté ses effets, dans le cas d'un incendie (1).

Ce qui est décidé à l'égard d'un billet ou d'un brevet d'obligation, ne doit pas s'étendre à la grosse d'un contrat de constitution, ou d'une obligation dont il y a une minute. Quoique cette grosse se trouve entre les mains du débiteur, il n'en résulte pas une présomption suffisante du paiement ou de la remise de la dette, à moins que d'autres circonstances ne concourent : car la minute qui demeure chez le notaire, et qui n'est pas quittancée, réclame en faveur du créancier à qui la grosse à pu être volée, ou qui, se fiant à la minute, a pu s'en dessaisir, et la confier au débiteur (2).

610. La restitution que le créancier a faite au débiteur, des choses qu'il lui avait données en nantissement de sa dette, ne fait pas non plus présumer la remise ni le paiement de la dette (L. 3, ff. *de Pact.*); car il a pu en cela n'avoir d'autre intention que de lui remettre le nantissement, et non de lui remettre la dette (3).

611. Un créancier est présumé avoir remis la solidité à des débiteurs solidaires, lorsqu'il les a admis à payer seulement leur part (4); *V. suprà*, nos 277 et suiv.

612. Lorsqu'après un contrat synallagmatique fait entre nous, avant qu'il ait été exécuté ni de part ni d'autre, il intervient entre nous une nouvelle convention, par laquelle il est dit « que je vous décharge de ce contrat, » vous êtes censé pareillement m'avoir déchargé tacitement de l'obligation réciproque que j'avais contractée envers vous. Par exemple, si, après que vous m'avez vendu une chose, nous convenons que je vous décharge de la vente que vous m'avez faite, vous êtes censé m'avoir pareillement déchargé de mon achat; L. 23, ff. *de Accept.*

613. Le défaut de réserve d'une dette, dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de présomption de la remise de la dette dont il n'a point fait de réserve; L. 20, ff. *de Oblig. et act.*

Pareillement, si, dans un compte entre deux parties qui étaient en relation de commerce, l'une d'elles n'a pas compris un article de créance qu'elle avait contre l'autre, il n'en résulte aucune présomption de la remise de cette créance. On présumera au contraire que c'est une omission faite par oubli, qui n'empêchera point le créancier d'exiger sa dette, nonobstant le compte dans lequel elle n'a point été comprise.

Néanmoins, il peut résulter une présomption de la remise de la dette non employée dans les comptes, lorsque trois circonstances concourent :

1° Lorsque le créancier et le débiteur étaient unis par les liens du sang, ou d'une amitié très étroite ;

---

(1) Ce n'est plus qu'un dépôt, et non pas une *remise* qui signifie ici une abdication perpétuelle.

(2) *V.* art. 1283, C. civ.

Art. 1283 : « La remise volontaire de « la grosse du titre fait présumer la re- « mise de la dette ou le paiement sans « préjudice de la preuve contraire. »

(3) *V.* art. 1286, C. civ.

Art. 1286 : « La remise de la chose « donnée en nantissement ne suffit « point pour faire présumer la remise « de la dette. »

(4) *Voyez* article 1211 du Code civil, rapporté ci-dessus, page 5, note première.

Source : BIU Cujas

2° Lorsqu'il ne s'est pas fait pour un seul compte entre les parties, mais plusieurs, dans aucun desquels la dette n'a été employée ;

3° Enfin, lorsque le créancier est mort sans l'avoir demandée.

Du concours de ces trois circonstances, Papinien fait résulter une présomption suffisante de la remise de la dette (1). C'est la décision de la célèbre loi *Procula*, 26, § *de Probat.*

§ III. *Si la remise peut se faire par la seule volonté du créancier, sans convention.*

614. Nous avons vu que la remise d'une dette peut se faire valablement par une convention expresse ou tacite entre le créancier et le débiteur : quelques auteurs pensent qu'elle peut se faire par la seule volonté du créancier, qui déclarerait qu'il fait la remise, pourvu qu'il soit capable de disposer de ses biens. C'est le sentiment de Barbeyrac en ses notes sur Pufendorf.

Sa raison est, que toute personne qui a la disposition de ses biens, peut, par sa seule volonté, répudier les droits qui lui appartiennent, et qu'elle les perd en les répudiant. Paul, en la loi 2, § 1, ff. *Pro Derel.*, décide expressément que nous pouvons par notre seule volonté répudier et perdre le droit de domaine d'une chose corporelle qui nous appartient. Par la même raison, nous pouvons, par notre seule volonté, répudier le droit de créance que nous avons contre notre débiteur : et comme il ne peut y avoir de dette sans un droit de créance au profit de celui envers qui elle est contractée, la répudiation et l'abandon que le créancier fait de son droit de créance entraîne nécessairement l'extinction de la dette.

Suivant ces principes, si un créancier d'Orléans a écrit à son débiteur de Marseille une lettre, par laquelle il lui marque qu'il lui fait remise de sa dette ; quoique le débiteur soit mort depuis la lettre écrite, mais avant qu'elle lui soit parvenue, et qu'ainsi on ne puisse dire qu'il soit intervenu aucune convention entre le créancier et lui ; néanmoins, suivant les principes de Barbeyrac, il faudra décider que la dette est éteinte, et que le créancier qui a par cette lettre déclaré sa volonté de répudier sa créance, n'est pas recevable à la demander aux héritiers du débiteur.

Je ne crois pas que ce sentiment de Barbeyrac puisse être suivi dans la pratique.

Je conviendrai volontiers avec lui, qu'en supposant un cas métaphysique, un créancier qui aurait une volonté absolue d'abdiquer son droit de créance, pourrait par sa seule volonté l'éteindre : mais lorsqu'un créancier déclare qu'il fait remise à son débiteur de sa dette, ce n'est pas cette volonté absolue d'abdiquer sa créance qu'on doit supposer en lui, mais plutôt la volonté d'en faire don à son débiteur.

Or, comme tout don exige une acceptation du donataire, on doit penser que ce créancier n'a entendu vouloir abdiquer son droit que lorsque la remise et le don qu'il entend faire à son débiteur, auraient reçu leur perfection par l'acceptation de ce débiteur (2).

C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, je pense qu'on doit décider, contre le principe de Barbeyrac, que la remise d'une dette portée par une lettre, ne doit avoir aucun effet, si le débiteur à qui on faisait la remise est mort avant que la lettre lui soit parvenue.

Quand même le principe de Barbeyrac devrait être suivi, ce ne pourrait être

---

(1) Ce ne serait plus aujourd'hui qu'une présomption abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat.

(2) Il est plus raisonnable d'interpréter la volonté du créancier comme une offre qu'il peut même révoquer jusqu'à l'acceptation du débiteur.

Source : BIU Cujas

que lorsque la remise est pure et simple. Lorsqu'elle est faite sous certaines conditions, il est évident qu'elle ne peut avoir d'effet avant que le débiteur ait accepté les conditions.

§ IV. *Si la remise peut se faire pour partie.*

615. La remise d'une dette peut se faire pour le total ou pour partie.

Les lois romaines exceptaient, à l'égard de l'acceptilation, le cas auquel la chose due n'était pas susceptible de parties.

Par exemple, si je m'étais obligé envers vous d'imposer sur mon héritage un certain droit de servitude pour l'utilité du vôtre, l'acceptilation de cette dette ne pouvait se faire par partie; L. 13, § 1, ff. *de Acceptil.*

Mais parmi nous rien n'empêche qu'une pareille dette ne puisse être remise pour partie, *putà,* pour la moitié, le tiers, etc.; et l'effet de cette remise sera que vous ne pourrez exiger de moi ce droit de servitude qu'en me faisant raison de la moitié du prix, ou du tiers (1).

ART. II. — Des différentes espèces de remises.

On peut distinguer deux différentes espèces de remises qu'un créancier peut faire de sa dette : l'une, que nous appelons *remise réelle;* l'autre, que nous appelons *décharge personnelle.*

§ I. *De la remise réelle.*

616. La *remise réelle* est lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée ; ou lorsqu'il en donne quittance, comme s'il en avait reçu le paiement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu.

Cette remise équipolle au paiement, et fait que la chose n'est plus due ; et, par conséquent, elle libère tous ceux qui en étaient débiteurs, ne pouvant plus y avoir de débiteurs; lorsqu'il n'y a plus de chose due.

§ II. *De la décharge personnelle.*

617. La *remise* ou *décharge personnelle* est celle par laquelle le créancier décharge simplement le débiteur de son obligation.

Cette décharge *magis eximit personam debitoris ab obligatione quàm extinguit obligationem;* elle n'éteint la dette qu'indirectement, dans le cas auquel le débiteur à qui elle serait accordée, serait le seul débiteur principal ; parce qu'il ne peut y avoir de dette sans débiteur.

Mais s'il y a deux ou plusieurs débiteurs solidaires, la décharge accordée à l'un n'éteint pas la dette, elle ne libère que celui à qui elle est accordée, et non son codébiteur.

La dette est éteinte néanmoins pour la part de celui à qui la décharge est accordée, et l'autre ne demeure obligé que pour le surplus.

La raison est, que, si chacun devait le total, ce n'était qu'à condition que le créancier lui céderait ses droits et actions contre l'autre. Le créancier s'étant mis par son fait hors d'état de les céder contre celui qu'il a déchargé, l'autre n'en doit pas souffrir (2), comme nous l'avons vu *suprà,* n° 337, p. 276.

---

(1) Argument de l'art. 1224, C. civ., ci-dessus. p. 166, note 4.

(2) L'art. 1285, C. civ., suppose que la remise est de droit commun *réelle,* et qu'en conséquence tous les débiteurs sont libérés; il faut une réserve expresse pour que le créancier conserve ses droits contre les autres codébiteurs. *V.* cet article.

Art. 1285 : « La remise ou décharge « conventionnelle au profit de l'un des « codébiteurs solidaires, libère tous les « autres, à moins que le créancier « n'ait expressément réservé ses droits

Source : BIU Cujas

La décharge accordée au débiteur principal emporte celle de ses cautions; car il serait inutilement déchargé, si les cautions ne l'étaient pas; puisque les cautions, étant obligées de payer, auraient recours contre ce débiteur; d'ailleurs il ne peut y avoir de caution sans un débiteur principal (1).

Cette règle reçoit néanmoins une espèce d'exception à l'égard des contrats d'atermoiement (2), *suprà*, n° 380.

Contrà vice versâ, la décharge accordée à la caution, ne décharge pas le débiteur principal (3) : car l'obligation de la caution dépend bien de celle du débiteur principal; mais celle du débiteur principal ne dépend pas de celle de la caution : il ne peut y avoir de caution sans débiteur principal; mais il peut y avoir un débiteur principal, sans qu'il y ait de caution.

La décharge personnelle accordée à une caution, ne décharge pas non plus ses cofidéjusseurs (4); L. 23, ff. *de Pact.*; L. 15, § 1, ff. *de Fidej.*

Néanmoins, si les cofidéjusseurs ont pu compter sur le recours qu'ils auraient, en payant, contre cette caution que le créancier a déchargée, ayant contracté leurs cautionnements avec elle ou depuis elle, il est équitable que la décharge accordée à cette caution les libère, quant à la part pour laquelle, en payant, ils auraient eu recours contre cette caution, si elle n'eût pas été déchargée. Le créancier n'ayant pu, en déchargeant cette caution, et en les privant de ce recours, leur préjudicier (5), ils peuvent, en ce cas, opposer pour cette part au créancier l'exception *cedendarum actionum*, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 557.

Cette décision, « que la décharge accordée à une caution ne libère ni le débiteur principal ni les cofidéjusseurs, » a lieu, quand même le créancier aurait reçu une somme d'argent de la caution pour la décharger de son cautionnement. Le débiteur principal ne sera pour cela déchargé de rien : car cette somme n'est pas donnée en paiement et pour venir en déduction de la dette; mais elle est donnée pour le prix de la décharge du cautionnement (6).

§ III. *Si le créancier peut licitement recevoir quelque chose d'une caution pour la décharger, sans l'imputer sur la dette; et plusieurs questions qui en dépendent.*

618. Ce que nous venons de dire conduit à la célèbre question de savoir, si, lorsqu'une personne s'est rendue caution envers moi pour un débiteur à qui j'ai prêté une somme d'argent, je puis, non-seulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conscience, recevoir quelque chose de la caution

---

« contre ces derniers. — Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la « dette que déduction faite de la part « de celui auquel il a fait la remise. »

(1) *V.* art. 1287, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1287 : « La remise ou décharge « conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. — « Celle accordée à la caution ne libère « pas le débiteur principal; — Celle accordée à l'une des cautions ne libère « pas les autres. »

(2) *V.* art. 545, C. comm., ci-dessus, p. 202, note 3.

(3) *V.* art. 1287, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, note 1.

(4) *V.* art. 1287, dernier alinéa, C. civ., *ibid.*

(5) Le Code ne s'est pas formellement expliqué sur ce point; mais puisqu'il accorde à la caution qui a payé la dette, recours contre ses cofidéjusseurs (art. 2033, C. civ., ci-dessus, p. 142, note 1), il est évident que le créancier n'a pas pu empirer la condition d'une des cautions, et l'art. 1215, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 430, note 2), fournit un puissant argument pour adopter la décision de Pothier.

(6) L'art. 1288 décide le contraire.

Art. 1288 : « Ce que le créancier a « reçu d'une caution pour la décharge « de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des « autres cautions. »

Source : BIU Cujas

pour la décharge de son cautionnement, et exiger ensuite du débiteur principal la somme entière que je lui ai prêtée, sans rien imputer de ce que j'ai reçu de la caution ?

Dumoulin, en son Traité *de Usur.*, quest. 34, décide que je le puis licitement, pourvu que, lorsque j'ai déchargé la caution, il y eût sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur principal. Je ne commets en cela aucune usure; car l'usure consiste à recevoir quelque chose au delà de la somme prêtée, pour le prix et la récompense du prêt; elle consiste à tirer un lucre d'un office qui doit être gratuit.

Mais, dans cette espèce, la somme que j'ai reçue de la caution, et que je me trouve avoir outre la somme que j'ai prêtée, qui m'a été depuis rendue en entier, n'est pas une somme que j'ai reçue pour le prix et pour la récompense du prêt que j'ai fait : je l'ai reçue pour une cause toute différente.

Le risque de l'insolvabilité du débiteur, qui était à craindre, était un risque qui devait tomber sur la caution, et non sur moi. Je veux bien prendre ce risque sur moi, et en décharger la caution : je ne suis pas obligé de le faire pour rien. Ce risque est appréciable, et je puis licitement recevoir une somme pour le prix de ce risque.

Finge. J'étais créancier de Pierre d'une somme de 12,000 livres; vous étiez sa caution.

Les affaires de Pierre se dérangeaient, et il y avait lieu de craindre qu'il n'y eût moitié à perdre sur ce qu'il devait, et peut-être plus. Ce risque vous regardait. Vous m'offrez 3,000 livres pour que je me charge de ce risque en vous déchargeant de votre cautionnement; j'accepte vos offres. Il arrive depuis que les affaires de Pierre se rétablissent, et qu'il me paie entièrement; je gagne les trois mille livres que j'ai reçues de vous.

Ce gain est très licite; il est le prix du risque dont j'ai bien voulu me charger à votre place, d'en perdre six, et peut-être davantage; le débiteur principal ne peut s'en plaindre, ni vous.

Le débiteur principal ne le peut; car il n'y a aucun intérêt; il n'a payé que ce qu'il me devait, et rien au delà : vous ne pouvez pas non plus vous en plaindre; car, si vous m'avez donné 3,000 livres, excédant la somme qui m'était due, je vous en ai donné l'équivalent en me chargeant à votre place du risque d'en perdre six, ou plus : c'est un contrat aléatoire qui est intervenu entre nous, qui est aussi licite que les contrats d'assurance de mer.

On opposera peut-être que c'est un principe, en matière de prêt, « que le risque de l'insolvabilité du débiteur ne peut donner droit au créancier de recevoir rien au delà du principal qui lui est dû. »

Je réponds que ce principe n'est vrai que vis-à-vis du débiteur; le risque qu'un créancier court de perdre la somme qu'il lui prête, par son insolvabilité, ne peut lui donner droit d'exiger de lui rien au delà de cette somme; parce que le débiteur paierait cela en pure perte pour lui, il ne reçoit rien à la place : d'ailleurs sa pauvreté doit être une raison pour le soulager, plutôt que pour le charger.

Mais le risque de l'insolvabilité du débiteur peut donner droit au créancier de recevoir quelque chose d'un tiers qui est chargé de ce risque, lorsque le créancier s'en est chargé en sa place; car ce tiers reçoit quelque chose pour ce qu'il donne, savoir, la décharge du risque.

Lorsqu'il n'y a aucun sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, en ce cas, Dumoulin décide, *ibidem*, que le créancier ne peut licitement rien recevoir de la caution, pour la décharger de son cautionnement.

On opposera contre cette décision, que le droit que j'avais contre la caution était un droit qui était *in bonis*, qui faisait partie de mes biens. Je lui donne ce droit, lorsque je lui en fais remise; pourquoi ne me sera-t-il pas permis de recevoir d'elle quelque chose à la place de ce que je lui donne ?

Source : BIU Cujas

Je réponds que, selon les règles de la justice commutative, je ne puis exiger à la place de la chose que j'ai donnée, que l'équivalent de cette chose, c'est-à-dire ce à quoi elle est appréciable : si elle n'est appréciable à rien, je ne puis rien exiger pour cette chose. Or tel est, dans cette espèce, le droit que j'ai contre la caution, et dont je lui fais don et remise.

Finge. J'ai une bonne créance de cent pistoles contre Pierre : il n'y a aucun sujet de craindre son insolvabilité ; il y a des biens fonds de la valeur de plus de dix fois autant, qui y sont hypothéqués. Vous étiez sa caution, je vous décharge de votre cautionnement : à quoi peut s'apprécier le droit qui résultait de ce cautionnement ?

Ma créance, avec tous les droits qui en résultaient, valait cent pistoles, et rien de plus : sans votre cautionnement dont je vous ai fait don et remise, ma créance vaut encore la somme entière de cent pistoles, puisqu'on la suppose bien assurée ; par conséquent le droit dont je vous ai fait remise n'est appréciable à rien ; en vous le remettant, je ne souffre aucune diminution dans mes biens, et par conséquent je ne puis licitement rien recevoir à la place.

Observez que, lorsqu'une caution a donné quelque chose au créancier pour être déchargée de son cautionnement, on doit présumer dans le for extérieur qu'il y avait lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur : car on n'est pas présumé donner sans sujet ce qu'on donne : *Nemo res suas jactare facilè præsumitur.*

Quand même il serait pleinement justifié qu'il n'y avait aucun sujet de craindre que le débiteur devînt insolvable lorsque la caution a donné de l'argent pour être déchargée de son cautionnement, la caution, dans le cas auquel la dette ne serait pas encore acquittée, n'aurait la répétition de ce qu'elle a donné, qu'aux offres qu'elle ferait de demeurer obligée, comme elle l'était avant la décharge qui lui a été donnée ; *Molin. ibidem.*

La caution pourrait aussi en ce cas offrir de payer la dette, en imputant et faisant déduction de ce qu'elle a donné sans sujet pour être déchargée de son cautionnement ; et si c'était d'une rente qu'elle fût caution, cette imputation se devrait faire d'abord sur les arrérages qui en sont dus, et ensuite sur le principal. Elle peut, en faisant le paiement, exiger la subrogation aux droits du créancier : car, quoiqu'elle ait été déchargée, elle ne doit pas être regardée comme une personne entièrement étrangère, puisqu'elle fait le paiement pour se faire faire raison de ce qu'elle a déjà donné pour être déchargée ; *Molin. ibidem.*

A l'égard du débiteur principal, il ne peut jamais répéter contre le créancier ce que le créancier a reçu indûment pour décharger la caution, ni en rien retenir sur la somme qu'il doit, lorsqu'il la paiera : car la caution n'ayant aucun recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a donnée indûment pour la décharge de son cautionnement, le débiteur principal est sans intérêt.

Mais si la caution avait un recours contre le débiteur principal, pour la somme qu'elle a donnée pour la décharger de son cautionnement ; *putà*, si le débiteur principal s'était obligé envers elle à payer la dette dans un certain temps, et qu'on fût convenu qu'après que le débiteur aurait été mis en demeure de le faire, il serait permis à la caution d'acheter du créancier la décharge de son cautionnement à la meilleure condition que faire se pourrait, dont elle serait indemnisée par le débiteur principal ; en ce cas, il n'est pas douteux que le débiteur principal pourrait retenir cette somme sur la dette, lorsqu'il la paierait au créancier : car, au moyen du recours que la caution a contre lui, c'est comme si c'était lui qui l'eût payée au créancier (1) ; *Molin. ibidem.*

---

(1) On ne sera pas fâché de lire le texte même de Dumoulin, voici comment il s'exprime :

« *Quæro si creditor accepit à fidejussore ut eum obligatione eximat?*
« *Primâ facie non videtur vitiosum*

Source : BIU Cujas

ART. III. — Quelles personnes peuvent faire remise, et à qui.

§ Ier *Quelles personnes peuvent faire remise.*

619. Il n'y a que le créancier, lorsqu'il a le pouvoir de disposer de ses biens, qui puisse remettre la dette, ou une personne fondée de son pouvoir spécial pour faire cette remise.

« *nec repetendum, non solum quia non* « *fuit hoc præmeditatum tempore con-* « *tractus, nec alia fraus intercessit,* « *sed multo magis quia vera, nova et* « *efficax causa supervenit : creditor* « *enim dat liberationem, et remittit* « *isti jus suum et actionem validam* « *et efficacem, quod dare et facere* « *gratis non tenebatur; igitur justè* « *mercedem accepit. In contrarium,* « *quia si non licet accipere à princi-* « *pali, ut in questione præcedenti,* « *non videtur licitum accipere à fide-* « *jussore, quia accessorium sequitur* « *naturam principalis. Breviter idem* « *decernendum puto in his reditibus,* « *sicut in vero mutuo : unde quem-* « *admodum si quis fidejussit in mille* « *mutuata cuidam, qui in transma-* « *rinam negotiationem abiit, si cre-* « *ditor rogatu fidejussoris sibi me-* « *tuentis, eum liberaverit obligatione* « *fidejussoriâ centum acceptis, nemo* « *dixerit esse usuram, nec ideò minùs* « *creditorem exigere posse mille à de-* « *bitore, si redierit et solvendo sit :* « *quia illa centum non sunt recepta* « *nomine debitoris, nec de bonis ejus,* « *nec propter officium mutui, nec ejus* « *occasione nec debitoris interest : sed* « *sunt recepta à fidejussore suum pro-* « *prium et non debitoris negotium* « *gerente, ut que fidejussor liberare-* « *tur periculo quod imminebat, si de-* « *bitor qui alia bona non habebat,* « *rem periculo obnoxiam malè ageret* « *ut que illud periculum in creditorem* « *transferretur, et sic illa centum* « *sunt velut periculi pretium... Ces-* « *sante verò dicto periculo, si creditor* « *verisimiliter non est amissurus de-* « *bitum, licet fidejussorem liberet,* « *injusti videtur accipere, et maximè* « *in debito usurario : ità dicendum in* « *his reditibus usurarum succedaneis.* « *Et sic concludo, quod si subest im-* « *minens periculum sortis et reditus* « *in personâ debitoris, non est repro-* « *bandum quod creditor aliquid acci-* « *piat à fidejussore, quem non solum* « *obligatione, sed etiam periculo exi-* « *mit : cessante verò probabili peri-* « *culo, injustè accipit, nisi alia justa* « *causa accedat, ut quia contempla-* « *tione fidejussoriæ cautionis minorem* « *reditum emerat.* »

Il est difficile de ne pas donner son assentiment aux raisons de Dumoulin : oui, ce qui a été payé par la caution, est le prix du risque de l'insolvabilité du débiteur, risque dont la caution se trouve déchargée, risque qui dorénavant sera pour le compte du créancier. On pourrait même aller plus loin que Dumoulin et ne pas admettre sa distinction, car le débiteur, aujourd'hui solvable, peut devenir insolvable; il y a donc toujours danger pour le créancier à abandonner ainsi ses sûretés, surtout si le terme de l'exigibilité est encore éloigné : il faut cependant appliquer la loi, car l'art. 1288 ne laisse aucun doute, et il a été adopté en parfaite connaissance de cause. Dumoulin et Pothier ont été invoqués, leurs opinions et leurs motifs étaient bien connus.

M. BERENGER dit : qu'un créancier prend des cautions pour se ménager des sûretés qui s'évaluent en argent : la considération de ces sûretés décide le créancier à exiger un intérêt moins fort du débiteur; donc, lorsqu'il y renonce, c'est lui et non le débiteur qui doit recevoir le prix de la décharge. Il se peut qu'un pacte semblable offense quelquefois la délicatesse; cependant, quelquefois aussi il n'a rien que d'honnête; car, en relâchant la caution, le créancier s'expose dans certaines circonstances à des risques dont il est juste de lui donner l'indemnité.

Au surplus la caution ne s'engage ordinairement qu'au moyen d'arran-

Source : BIU Cujas

Un procureur général de toutes les affaires, un tuteur, un curateur, un administrateur, n'ont pas ce droit; (L. 37, ff. *de Pact.*; L. 22, ff. *de Adm. tut. et*

gements particuliers qu'elle prend avec le débiteur : ainsi le créancier seul mérite véritablement la protection de la loi.

M. TREILLARD dit : que le créancier, en prenant une caution, n'a d'autre objet que de pourvoir à la sûreté de sa créance : or, lorsqu'il reçoit, cet objet est rempli jusqu'à concurrence de la somme qu'il recouvre. Les lois réputent tout cautionnement gratuit et officieux, et par ce motif elles accordent de la faveur aux cautions : la moindre est de faire tourner à leur profit le remboursement partiel qui diminue réellement la dette : la disposition présentée est donc conforme aux principes de la justice et à l'esprit du contrat de cautionnement.

Voici ce que disait M. BIGOT-PRÉAMENEU, en présentant le projet au Corps législatif : « Les jurisconsultes étaient partagés sur la question de savoir si ce que le créancier a reçu d'une caution pour le décharger de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions.

« On dit, en faveur du créancier, que ce qu'il a reçu est le prix du risque auquel la caution était exposée, et que, s'il a bien voulu prendre sur lui ce risque, on ne doit pas en induire qu'il ait donné décharge d'une partie de la dette.

« Cette opinion n'est spécieuse que dans le cas où l'insolvabilité du débiteur principal était à craindre. Mais comment prouver qu'il y avait des risques d'insolvabilité? Et ne doit-on pas aussi craindre que ce ne soit un moyen de fraude à l'égard des autres cautions, si le créancier et la caution s'entendent pour que la somme payée ne soit pas imputée sur la dette? »

Nous ne comprenons pas ce dernier argument de M. Bigot; au surplus, il dénature l'hypothèse de la véritable question.

Enfin le tribun MOURICAULT s'exprime de la manière suivante : « Dumoulin, cité par Pothier, qui, sans le dire expressément, paraît adopter son opinion, n'est pas d'avis de cette imputation. Il prétend que le créancier peut licitement recevoir quelque chose d'une caution, pour la décharger de son cautionnement, sans être obligé de tenir compte de cette somme au débiteur principal et aux autres cautions, pourvu qu'elle puisse être regardée comme une indemnité de l'insolvabilité apparente du débiteur principal, de laquelle le créancier a consenti, à ce prix, de prendre sur lui le risque. *Il est aisé de reconnaître l'illusion de ce motif.* Tout ce que le créancier reçoit d'une caution, à l'occasion de la dette cautionnée, doit naturellement tourner à la décharge du débiteur et des autres cautions. Si le créancier recevait de la caution toute la dette, à cause de l'insolvabilité réelle du débiteur, il n'aurait plus rien à demander à personne : pourquoi donc, quand il reçoit une partie, fût-ce en vue de l'insolvabilité apparente, n'en tiendrait-il pas également compte? »

Il n'y a point d'illusion à reconnaître que ce que la caution paie pour obtenir sa décharge, est payé en son propre nom, et non pas en l'acquit du débiteur; que ce paiement a pour cause le risque dont la caution est déchargée. Lorsque la caution paie la totalité de la dette, il est évident que c'est en l'acquit du débiteur, le cautionnement est alors éteint, parce qu'il n'y a plus de dette, et c'est la caution qui supporte toute l'insolvabilité du débiteur. Ce n'est plus notre hypothèse.

Pour être conséquents, les nouveaux législateurs auraient dû décider que la caution n'était point déchargée, que ce qu'elle a payé est simplement un à-compte de la dette principale, et que le contrat primitif continue de régler, pour ce qui reste dû, les relations du créancier avec le débiteur et avec la caution. Mais ils n'ont rien dit de semblable : le créancier sera donc victime de sa bonne foi, ou comme le disait au conseil d'Etat, M. Ségur : « Cette dis-

Source : BIU Cujas

passim) ; car toutes ces personnes n'ont pouvoir et qualité que pour administrer, et non pas pour donner : or la remise est une donation.

Il faut excepter la remise qui se fait de partie de la dette à un débiteur en cas de faillite. Comme elle ne se fait pas tant *animo donandi*, que dans l'intention de s'assurer par ce moyen le paiement du surplus de la dette, et de ne pas tout perdre ; cette remise peut passer pour un acte d'administration dont ces personnes sont capables.

Les remises qui se font d'une partie des profits seigneuriaux à une personne qui vient composer desdits profits avant que de conclure le marché de l'héritage qu'elle se propose d'acheter, sont aussi des actes d'administration que les tuteurs et autres administrateurs peuvent faire : car ces remises sont, en ce cas, des compositions plutôt que des donations : elles ne se font pas tant *animo donandi*, que pour ne pas laisser échapper le profit, le refus de la remise pouvant faire manquer le marché de l'héritage (1).

Les tuteurs et autres administrateurs peuvent faire remise d'une partie des profits, même après le marché conclu, et dans les cas des mutations nécessaires, pourvu qu'elles ne soient pas excessives, et qu'elles soient conformes à celles que les seigneurs sont dans l'usage de faire ;

Car, quoiqu'on ne puisse disconvenir que de telles remises soient de vraies donations, *liberalitas nullo jure cogente facta*, néanmoins l'usage a fait de ces remises, non pas à la vérité une obligation, mais une espèce de devoir de bienséance : or les donations qui sont de bienséance ne sont pas interdites aux tuteurs et autres administrateurs ; *Arg.* L. 12, § 3, ff. *de Adm. tut.*

C'est sur ce fondement que les receveurs des domaines du roi sont autorisés à faire la remise du quart qui leur est passée à la chambre des comptes, pourvu que les acquéreurs déclarent leur acquisition, et paient dans les trois mois ; lettres patentes de 1556, citées par Livonière en son *Traité des Fiefs.*

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers solidaires, *correi credendi*, l'un d'eux peut sans les autres faire remise de la dette ; et cette remise décharge le débiteur envers tous les créanciers, de même que le paiement réel qui lui aurait été fait, l'aurait déchargé envers tous (2) ; L. 13, § 12, ff. *de Accept.*

§ II. *A qui la remise peut-elle être faite.*

620. Il est évident que la remise d'une dette ne peut être faite qu'au débiteur : au reste elle est censée faite au débiteur, soit que la convention qui contient cette remise, intervienne avec la personne même du débiteur ; soit qu'elle intervienne avec la personne de son tuteur, de son curateur, de son procureur, ou des autres administrateurs de ses biens.

Les parents de la ligne ascendante ayant, par l'ordonnance de 1731, art. 7, qualité pour accepter les donations faites à leurs enfants mineurs, quoiqu'ils ne soient pas sous leur tutelle ; c'est une conséquence qu'ils peuvent accepter valablement la remise que les créanciers de leurs enfants veulent leur faire (3).

621. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, le créancier peut, par la

---

position sera facilement éludée : si le créancier manque de délicatesse, il recevra le prix moyennant lequel il relâche la caution, et n'exprimera dans l'acte qu'une décharge pure et simple. »

Et on peut le dire, rarement le créancier croira par là faire une mauvaise action : Toute loi qu'on peut violer si facilement, et avec autant de tranquillité de conscience, n'est pas en pratique une bonne loi.

(1) Ces sortes de remises ne peuvent se présenter aujourd'hui.

(2) *V.* art. 1198, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 121, note 2.

(3) L'art. 935, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 31, note 2), contenant la même disposition que l'art. 7 de l'ordonnance, il faut en tirer la même conséquence.

Source : BIU Cujas

remise de la dette qu'il fait à l'un d'eux, éteindre la dette et libérer tous les autres; L. 16, ff. *eod. tit.*

Mais il faut qu'il paraisse que le créancier a eu intention d'éteindre la dette: car, s'il n'a eu intention que de décharger la personne du débiteur, ses codébiteurs ne sont pas libérés, si ce n'est pour la part de celui qui a été déchargé (1), comme il a été dit au paragraphe précédent.

622. La remise étant une donation, il faut, pour qu'elle soit valable, que le débiteur à qui elle est faite, ne soit pas une personne à qui les lois défendent de donner. La remise qu'une femme ferait à son mari de ce qu'il lui doit (2), celle qu'un malade ferait à son médecin (3), ne seraient pas valables.

Cela ne doit pas être étendu aux remises qui se font plutôt par composition que par donation; telles que celles qui se font en cas de faillite, et les compositions pour les profits seigneuriaux.

Quoique la remise d'une partie d'un profit seigneurial, faite à une personne à qui les lois ne permettent pas de donner, n'ait pas été faite par forme de composition, mais par pure libéralité, *putà,* dans le cas d'une mutation nécessaire, elle doit être valable, et ne doit pas passer pour donation prohibée, lorsqu'elle n'excède pas celles que le seigneur est dans l'usage de faire à des étrangers, *putà,* lorsque ce n'est qu'une remise d'un quart.

CHAPITRE IV.

De la compensation.

623. La *compensation* est l'extinction qui se fait des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, par les créances dont elles sont créancières réciproquement l'une de l'autre : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio ;* L. 1, ff. *de Compens.*

Par exemple, si je vous dois une somme de 500 livres, *putà*, pour cause du prêt que vous m'avez fait de cette somme ; et que d'un autre côté je sois votre créancier de pareille somme de 500 livres, *putà,* pour le loyer de ma maison, qui a couru depuis; la dette dont je suis tenu envers vous sera éteinte par droit de compensation, par la créance de pareille somme que j'ai contre vous;

---

(1) *V.* art. 1285, C. civ., ci-dessus, p. 327, note 1.

(2) Les donations entre conjoints ne sont pas défendues : ce n'est que l'irrévocabilité de ces donations que la loi réprouve ; d'où il faut conclure que remise de dette peut avoir lieu entre eux, mais que la révocation est permise au conjoint qui était créancier.

(3) *V.* art. 909, C. civ.

Art. 909 : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de « santé et les pharmaciens qui auront « traité une personne pendant la ma- « ladie dont elle meurt, ne pourront « profiter des dispositions entre-vifs « ou testamentaires qu'elle aurait faites « en leur faveur pendant le cours de « cette maladie. — Sont exceptées: « 1° les dispositions rémunératoires « faites à titre particulier, eu égard aux « facultés du disposant et aux services « rendus; — 2° Les dispositions uni- « verselles, dans le cas de parenté « jusqu'au quatrième degré inclusive- « ment, pourvu toutefois que le décédé « n'ait pas d'héritiers en ligne directe; « à moins que celui au profit de qui la « disposition a été faite, ne soit lui- « même du nombre de ces héritiers.— « Les mêmes règles seront observées « à l'égard du ministre du culte. »

Source : BIU Cujas

et *vice versâ*, la dette dont vous êtes tenu envers moi, sera éteinte par la créance que vous avez contre moi (1).

L'équité de la compensation est évidente : elle est établie sur l'intérêt commun des parties entre qui la compensation se fait. Il est évident qu'elles ont chacune intérêt de compenser, plutôt que d'être obligées à tirer de la poche pour payer ce qu'elles doivent, et à faire des poursuites pour se faire payer ce qui leur est dû.

C'est la raison qu'apporte Pomponius en la loi, ff. *de Compens. Ideò compensatio necessaria est, quia interest nostrâ potiùs non solvere, quàm solutum repetere.*

Ajoutez que la compensation évite un circuit inutile. *Quod potest brevìùs per unum actum expediti compensando, incassùm protraheretur per plures solutiones et repetitiones.* C'est la raison que Balde rend du droit de compensation.

Nous verrons, sur cette matière,

1° Contre quelles dettes la compensation peut être opposée ;

2° Quelles dettes peuvent être opposées en compensation ;

3° Comment se fait la compensation, et quels en sont les effets.

§ Ier. *Contre quelles dettes peut-on opposer la compensation ?*

624. On peut régulièrement opposer la compensation contre les dettes de toutes les choses qui en sont susceptibles.

Les dettes des choses susceptibles de compensation, sont les dettes d'une certaine somme d'argent, d'une certaine quantité de blé, de vin, et autres choses *fongibles* (2).

La dette d'une chose indéterminée d'un certain genre, quoiqu'elle ne soit pas du nombre des choses fongibles, est aussi susceptible de compensation.

Par exemple, si, par un marché fait entre nous, vous vous êtes obligé de me donner un cheval *indeterminatè*, sans dire quel cheval ; cette dette d'un cheval, dont je suis créancier par notre marché, est susceptible de compensation ; et si par la suite, avant que j'en eusse été payé, je devenais l'héritier unique d'une personne qui vous aurait légué un cheval *indeterminatè*, et, en cette qualité, votre débiteur d'un cheval, il est évident que vous pourriez m'opposer en compensation cette dette d'un cheval dont je suis débiteur envers vous par le testament de celui à qui j'ai succédé, contre la dette d'un cheval dont vous êtes débiteur envers moi par notre marché.

---

(1) En lisant ce passage de Pothier, tout homme sensé doit comprendre ce que c'est que la compensation et en apercevoir l'utilité ; il serait en effet bien ridicule de dire à Pierre : *Payez les 500 fr. que vous devez à Paul*, et de dire ensuite à Paul : *Payez les 500 fr. que vous devez à Pierre.* Il est plus simple, plus économique et plus utile que, dans cette situation, chacun garde ce qu'il a, et que libération ait lieu de part et d'autre par l'extinction des deux dettes. *Il vaut mieux*, dit le peuple, *tenir que demander :* et le peuple à raison.

Cependant ceux qui désirent connaître à fond l'origine de la compensation et les pénibles travaux des jurisconsultes romains sur cette matière, pourront lire, avec plus de curiosité que d'utilité, les récents commentaires des *Institutes de Justinien* sur le § 39, *de Actionibus*, lib. 4, tit. 6. Nous leurs dirons : *Qui otio abundant talia sibi negotia sumant.*

(2) *V.* art. 1291, 1er alinéa, C. civ. Art. 1291 : « La compensation n'a « lieu qu'entre deux dettes qui ont « également pour objet une somme « d'argent, ou une certaine quantité « de choses fongibles de la même es- « pèce et qui sont également liquides « et exigibles. — Les prestations en « grains ou denrées, non contestées, « et dont le prix est réglé par les mer- « curiales, peuvent se compenser « avec des sommes liquides et exigi- « bles. »

Source : BIU Cujas

Au contraire, lorsqu'une chose, quoique de sa nature chose fongible, est due comme corps certain et déterminé, la dette n'est pas susceptible de compensation.

Par exemple, si je vous ai acheté les six pièces de vin que vous avez recueillies cette année dans votre vigne de Saint-Denis, et que, d'un autre côté, avant que vous me les ayez livrées, je sois devenu héritier unique d'une personne qui vous a légué six pièces de vin par son testament, et, en cette qualité, votre débiteur de cette quantité de six pièces de vin, vous ne pouvez pas m'opposer contre la dette de six pièces de vin de votre récolte que je vous ai achetées, celle de six pièces de vin dont je suis débiteur envers vous, et je serai fondé à demander que, sans avoir égard à cette compensation, vous soyez tenu de me livrer les six pièces de votre récolte que je vous ai achetées, aux offres que je ferai de vous donner six autres pièces de vin bon et loyal, telles que je voudrai.

La raison est que la compensation étant un paiement réciproque que se font les deux parties, un créancier ne peut être obligé de recevoir en compensation autre chose que ce qu'il serait obligé de recevoir en paiement ; or, suivant la règle, *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* (*suprà*, n° 530), le créancier d'un corps certain et déterminé ne peut être obligé de recevoir autre chose en paiement que le corps certain et déterminé qui lui est dû ; et l'on ne serait pas recevable à lui offrir en paiement une autre chose, quoique du même genre que le corps certain et déterminé qui lui est dû.

Par la même raison, on ne peut l'obliger à accepter, en compensation de la dette d'un corps certain et déterminé qui lui est dû, la dette de choses d'un même genre dont il est débiteur : la dette d'un corps certain et déterminé, quoique du nombre des choses fongibles, n'est donc pas susceptible de compensation.

Il y a un cas néanmoins auquel la dette d'un corps certain et déterminé pourrait être susceptible de compensation : car, si j'étais votre créancier d'une part indivise d'un corps certain ; *putà*, si vous m'aviez vendu une part indivise que vous aviez dans un certain héritage, et qu'avant que vous me l'eussiez livrée, je fusse devenu l'héritier d'une personne qui était votre débiteur d'une autre part indivise dans le même héritage, vous pourriez opposer contre la dette de la part de cet héritage, dont vous êtes tenu envers moi, la compensation de la dette d'une part dans le même héritage dont je suis tenu envers vous (1) : Sébast. de Médicis, *Tract. des Compens.*, p. 1, § 3.

625. Lorsque la chose due est susceptible de compensation, on peut opposer la compensation contre la dette de cette chose, de quelque cause que cette dette procède (2).

On peut l'opposer même contre la dette d'une somme due en vertu d'une condamnation judiciaire ; L. 2, Cod. *de Compens.*

Il y a néanmoins quelques dettes contre lesquelles le débiteur n'est écouté à proposer aucune compensation.

1° En matière de spoliation, on ne peut opposer aucune compensation contre la demande de la restitution des choses dont quelqu'un a été dépouil-

---

(1) Cette part indivise, comparée aux autres parts, est une quantité et non pas un corps certain.

(2) *V.* art. 1293, 1er alinéa, C. civ. Art. 1293 : « La compensation a lieu, « quelles que soient les causes de l'une « et de l'autre des dettes, excepté dans « le cas, — 1° De la demande en « restitution d'une chose dont le pro- « priétaire a été injustement dépouillé ; « — 2° De la demande en restitution « d'un dépôt et du prêt à usage ; — « 3° D'une dette qui a pour cause des « aliments déclarés insaisissables ;

Source : BIU Cujas

lé (1), suivant cette maxime si connue : *Spoliatus ante omnia restituendus.* Voyez Sébast. de Médicis, *Tract. de Compens.*, p. 2, § 28.

2° Un dépositaire n'est admis à opposer aucune compensation contre la demande qui lui est faite pour la restitution du dépôt qui lui a été confié (2); *In causâ depositi compensationi locus non est.* Paul, sent. 11, 12, 13.

Ce texte de Paul doit être entendu principalement du dépôt irrégulier, tel que celui dont il est parlé dans les lois 24, 25, § 1; et 26, § 1, ff. *Depos.*, par lequel on donne en garde à quelqu'un une somme d'argent, pour la mêler avec d'autres sommes qui sont déposées par d'autres personnes, et rendre, non les mêmes espèces, mais la même somme.

Si le dépôt était un dépôt ordinaire, tel que celui d'un sac d'argent cacheté et étiqueté, il n'y aurait pas lieu à la compensation, non pas seulement parce que c'est un dépôt, mais par la règle générale, « que les dettes de corps certains n'en sont pas susceptibles.»

Le dépositaire ne peut, à la vérité, opposer contre la restitution du dépôt qui lui est demandée, la compensation des créances qu'il aurait contre celui qui le lui a confié, lorsque ces créances ont une cause étrangère au dépôt ; mais lorsque la cause pour laquelle le dépositaire est créancier de celui qui lui a confié le dépôt, procède du dépôt même, comme lorsqu'il est créancier pour les dépenses qu'il a été obligé de faire pour la conservation du dépôt, non-seulement il a, en ce cas, le droit de compensation, lorsque le dépôt est un dépôt irrégulier ; mais même, lorsque c'est un corps certain qui est l'objet du depôt, il a le droit de le retenir, *quasi quodam jure pignoris*, jusqu'à ce qu'il soit payé de sa créance (3). C'est la décision commune aux docteurs cités par Sébast. de Médicis, *Tract. de Compens.*, p. 1, § 19.

C'est suivant ce principe que les receveurs des consignations retiennentsur les sommes consignées, les droits de consignations attribués à leurs offices.

3° La dette d'une somme qui m'a été donnée ou léguée pour servir à mes aliments, et avec la clause « qu'elle ne pourrait être saisie par mes créanciers,» est une dette contre laquelle on ne peut m'opposer aucune compensation : car, de même que cette clause empêche qu'elle ne puisse être saisie par des tiers, et qu'elle ne puisse être employée au paiement de ce que je devrais à des tiers, elle empêche, par la même raison, que cette somme ne puisse, par le moyen de la compensation, être employée au paiement de ce que je devrais à celui qui en est le débiteur (4).

Sébast. de Médicis, *Tract. de Compens.*, p. 1, § 14, apporte une autre raison de cette décision : savoir, que les aliments étant une chose nécessaire à la vie, ce serait une espèce d'homicide que commettrait celui qui est chargé de les fournir, s'il les refusait, sous quelque prétexte que ce fût, même de compensation : *Necare videtur qui alimenta denegat;* L. 4, ff. *de Agnosc. liber.*

4° Un censitaire ne peut opposer la compensation d'une somme qui lui serait due par son seigneur de censive, pour se décharger de l'obligation en la-

---

(1) *V.* art. 1293, § 1°, C. civ. *V.* note précédente.

(2) *V.* art. 1293, § 2°, C. civ., *ibid.*

(3) *V.* art. 1948, C. civ.

Art. 1948 : « Le dépositaire peut « retenir le dépôt jusqu'à l'entier paie- « ment de ce qui lui est dû à raison du « dépôt. »

(4) *V.* art. 1293, § 3°, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 337, note 1, et 581, § 4°, C. proc.

Art. 581, C. proc. : « Seront insai- « sissables : — 1° Les choses déclarées « insaisissables par la loi ; — 2° Les pro- « visions alimentaires adjugées par « justice ; — 3° Les sommes et objets « disponibles déclarés insaisissables « par le testateur ou donateur ; — 4° Les « sommes et pensions pour aliments, « encore que le testament ou l'acte « de donation ne les déclare pas in- « saisissables. »

Source : BIU Cujas

quelle il est d'aller ou d'envoyer, au jour et au lieu accoutumés, lui payer le cens qu'il lui doit.

La raison est que la dette du cens ne renferme pas seulement la dette d'une somme d'argent, mais celle de la reconnaissance de la seigneurie directe, qui est quelque chose d'inestimable, et n'est pas par conséquent susceptible de compensation (1).

Le cens n'est pas susceptible de compensation, même contre une dette de pareille nature.

Finge. Je vous dois pour un héritage situé dans votre censive, trois deniers de cens, payable en votre hôtel seigneurial, le jour de la Saint-Martin, à peine de cinq sous de défaut. Vous me devez, pour un héritage situé dans la mienne, pareille somme de trois deniers de cens, payables le même jour, sous la peine de trois autres deniers seulement de défaut.

La compensation ne peut avoir lieu dans cette espèce, et nous décharger l'un envers l'autre d'aller payer le cens.

La raison est que la compensation, pour qu'elle puisse avoir lieu, doit donner à chacune des parties ce qui lui appartient.

Par exemple, si je vous dois 500 livres, et que vous m'en deviez autant, la compensation, par la décharge qu'elle me procure des 500 livres que je vous devais, me donne véritablement les 500 livres qui m'étaient dues par vous: car la libération de 500 livres que je devais, vaut véritablement 500 livres.

Mais dans notre espèce, la décharge de reconnaître votre seigneurie pour l'héritage que je tiens de vous, ne peut faire que je sois reconnu de la mienne pour celui que vous tenez de moi : il ne peut donc pas y avoir lieu, en ce cas, à la compensation, puisqu'elle ne peut nous donner à chacun ce qui nous appartient : d'ailleurs *monumenta censuum interturbarentur;* Molin., *in Cons. Par. ad art.* 85, gl. 1, n° 38.

Observez que le cens n'est pas susceptible de compensation en ce sens, que le censitaire ne peut être déchargé d'aller ou d'envoyer payer le cens : mais il peut en être susceptible en ce sens, que le censitaire qui est créancier d'une somme d'argent de son seigneur, peut aller, aux jour et lieu auxquels le cens est payable, offrir à son seigneur, à la place de la somme d'argent qu'il doit pour le cens, une quittance de pareille somme sur celle qui lui est due par son seigneur; car il satisfait, en se transportant sur le lieu et en faisant ces offres, à l'obligation de reconnaître la seigneurie.

Cette compensation ne doit néanmoins être permise que lorsque le cens consiste dans une somme un peu considérable, et ne doit point avoir lieu pour les menus cens; Molin., *ibid.*

On a mis autrefois en question, si le débiteur qui s'est obligé par serment au paiement de la dette, peut, dans le for de la conscience comme dans le for extérieur, opposer la compensation de ce qui lui est dû par son créancier.

Plusieurs docteurs, surtout des canonistes, ont tenu la négative, par une raison frivole, que le serment doit être accompli *in formâ specificâ.*

L'opinion de ceux qui tiennent l'affirmative est la meilleure.

Le serment ajouté à une obligation, ne sert à autre chose qu'à rendre plus coupable le débiteur lorsqu'il y contrevient, et à le porter, par la crainte de se rendre coupable de parjure, à n'y pas contrevenir : mais l'obligation, quoique confirmée par serment, demeure la même, et le serment ne peut empêcher qu'elle ne puisse être acquittée par toutes les manières dont les obligations peuvent être acquittées, et conséquemment par la compensation ; Seb. Medicis, *Tract. de Comp.*, p. 2, § 25.

On peut opposer la compensation non-seulement contre des dettes qui sont

---

(1) Cette espèce ne peut plus se présenter aujourd'hui.

Source : BIU Cujas

dues à des particuliers, mais même contre les dettes qui sont dues à des villes, ou à des corps ou communautés.

La loi 3, Cod. *de Compens.*, excepte néanmoins certaines espèces de dettes dues aux villes, contre lesquelles elle ne permet au débiteur d'opposer aucune compensation de ce que la ville lui devrait (1).

La loi 1, Cod., *eod. tit.*, admet la compensation, même contre le fisc, pourvu néanmoins que tant la dette dont on se défend par la compensation, que celle qu'on oppose en compensation, dépendent l'une et l'autre de la même régie ou bureau : *Rescriptum est compensationi in causâ fiscali locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit : de Leg.* 1°.

Par exemple, je ne pourrais pas opposer en compensation de ma capitation que je dois à Orléans, les arrérages de rente qui me sont dus sur les tailles de Paris (2).

§ II. *Quelles dettes peuvent être opposées en compensation.*

626. Pour qu'une dette puisse être opposée en compensation, il faut 1° que la chose due soit du même genre que celle qui fait l'objet de la dette contre laquelle on oppose la compensation : *Compensatio debiti ex pari specie, licèt ex causâ dispari, admittitur :* Paul., *Sent.* II, v. 3.

Par exemple, je peux opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une pareille somme d'argent que vous me devez : ces dettes sont *ex pari specie.* Mais je ne puis opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une certaine quantité de blé que que vous me devez.

La raison est que la compensation étant un paiement, de même que je ne puis payer à mon créancier malgré lui autre chose que ce que je lui dois (*infrà*, n° 630), je ne puis, par la même raison, l'obliger à recevoir en compensation d'une somme d'argent que je lui dois, le blé qu'il me devait : car ce serait l'obliger à recevoir du blé pour de l'argent qui lui est dû, par conséquent à recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû (3).

---

(1) Si les deux dettes réunissent les conditions voulues par la loi, rien n'empêche la compensation.

(2) Le consul CAMBACÉRÈS rappelle que jamais la compensation n'a été admise à l'égard des impositions. Peut-être serait-il utile d'énoncer le principe dans cet article. (On discutait l'art. 1293 du Code.)

M. BIGOT-PRÉAMENEU répond que la disposition étant dans l'ordre civil, est étrangère aux impositions qui tiennent à l'ordre public. Rien ne doit en arrêter le paiement : l'intérêt général exige que l'Etat ne soit pas privé de ses revenus.

M. PORTALIS dit qu'il n'y a de compensation avec le trésor public, que lorsqu'il doit à la manière des particuliers, et qu'on lui doit de la même manière, c'est-à-dire lorsque la dette naît de contrats régis par le droit civil, comme serait, par exemple, un contrat de vente.

(3) *V.* art. 1291, 2e alinéa, C. civ.

Art. 1291 : « Les prestations en « grains ou denrées, non contestées, « et dont le prix est réglé par les mer« curiales, peuvent se compenser avec « des sommes liquides et exigibles. »

La loi considère comme liquides en argent les prestations de denrées dont le prix est fixé par les mercuriales.

V. art. 129, C. proc.

Art. 129, C. proc. : « Les jugements « qui condamneront à une restitution « de fruits, ordonneront qu'elle sera « faite en nature pour la dernière an« née ; et pour les années précéden« tes, suivant les mercuriales du mar« ché le plus voisin, eu égard aux sai« sons et aux prix communs de l'an« née ; sinon à dire d'experts, à défaut « de mercuriales. Si la restitution en « nature pour la dernière année est « impossible, elle se fera comme pour « les années précédentes.

Source : BIU Cujas

Quoiqu'on ne puisse opposer contre la dette d'un corps certain et déterminé, la dette d'une quantité, quoique de choses de même genre, comme nous l'avons vu en l'article précédent, n° 624, *contrà vice versâ*, on peut, contre la dette d'une quantité, opposer la compensation d'un corps certain et déterminé de même genre.

Par exemple, si je suis votre créancier de six pièces de vin de votre récolte que vous m'avez vendues, et en même temps votre débiteur de six pièces de vin *in genere*, qu'une personne à qui j'ai succédé vous a léguées, vousne pouvez pas m'opposer contre la dette de six pièces de vin que vous m'avez vendues, celle de six pièces *in genere* que je vous dois; parce qu'il ne vous est pas permis de me payer autre chose que ces six mêmes pièces de vin.

Au contraire, si vous me demandez le paiement des six pièces de vin *in genere* que je vous dois, je puis vous opposer en compensation la dette de six pièces de vin que vous m'avez vendues; parce que, si vous me les aviez livrées, je pourrais vous les donner en paiement des six pièces de vin que je vousdois (1).

Observez néanmoins que cette compensation *speciei mihi debitæ ad quantitatem*, dépendant de mon choix, elle n'a lieu que du jour que je déclare mon choix, et que j'oppose cette compensation; au lieu que les compensations qui se font *quantitatis ad quantitatem*, ont lieu dès l'instant que le créancier est devenu débiteur, comme nous le verrons par la suite.

627. Il faut : 2° que la dette qui est opposée en compensation soit une dette dont le paiement soit échu : *Quod in diem debetur, non compensabitur antequàm dies veniat;* L. 7, ff. *de Compens.*

La raison est évidente. La compensation est un paiement réciproque que les parties se font : or le débiteur de la dette dont le terme de paiement n'est point encore échu, n'étant point encore tenu de la payer, n'est point encore tenu d'en admettre la compensation contre sa créance.

Le terme de paiement, dont l'échéance est nécessaire pour la compensation, est le terme dont le débiteur jouit de droit, en vertu de la convention.

Il en est autrement d'un terme de grâce qui lui aurait été accordé.

Par exemple, si j'ai fait condamner mon débiteur à me payer la somme de 1,000 livres que je lui ai prêtée; et que le juge lui ait accordé, par la sentence, terme de trois mois pour la payer; qu'un mois après cette sentence, ce débiteur étant devenu héritier de mon créancier, à qui je dois pareille somme de 1,000 livres me demande cette somme, je pourrai lui opposer en compensation la dette de 1,000 livres qu'il me doit, quoique le terme de trois mois qui lui a été accordé, ne soit pas expiré : car ce terme n'est qu'un terme de

---

(1) La compensation, dans ce cas, dépend de la volonté de celui qui était créancier d'objets déterminés, car c'est uniquement dans son intérêt que la compensation légale n'a pas lieu : il peut donc renoncer à cet intérêt : il en serait de même si l'une des deux dettes seulement était exigible, celui qui a terme peut y renoncer et opposer la compensation.

Au surplus, on peut distinguer trois espèces de compensation :

1° Celle qui a lieu par la volonté de la loi; elle produit ses effets, à l'insu des parties, dès l'instant de la coexistence des deux dettes; mais il faut pour cela, que, de part et d'autre, se trouvent réunies toutes les conditions pour la validité et l'exigibilité du paiement, chacune des parties a également intérêt à ne rien débourser, plutôt que de payer pour recevoir incontinent. Telle est la compensation *légale.*

2° La compensation *facultative :* elle s'opère par la volonté d'une seule des parties, c'était uniquement dans son intérêt que la compensation légale n'avait pas lieu.

3° Enfin la compensation *conventionnelle*, qui peut avoir lieu dans tous les cas puisqu'elle dépend de la volonté commune des parties.

Source : BIU Cujas

grâce, accordé seulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qui ne peut arrêter la compensation (1); *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis;* L. 16, § 1, ff. *de Compens.*

628. Il faut, 3° que la dette qu'on oppose en compensation, soit liquide; L. *fin.* § 1, Cod. *de Compens.*

Une dette est *liquide* lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû : *cùm certum est an et quantum debeatur.*

Une dette contestée n'est donc pas liquide, et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main, et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement.

Quand même il serait constant qu'il est dû, tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, et que la liquidation dépend d'un compte pour lequel il faille une longue discussion, la dette n'est pas liquide, et ne peut être opposée en compensation.

629. Il faut, 4° que la dette soit déterminée. C'est pourquoi si quelqu'un a chargé son héritier de me donner *cent pistoles ou ses deux chevaux de carrosse* et que je doive pareille somme de cent pistoles à cet héritier, je ne pourrai lui opposer en compensation de cent pistoles que je lui dois, les cent pistoles qui m'ont été léguées, tant qu'il aura le choix des cent pistoles ou des chevaux ; parce que cette somme n'est pas due *determinatè.*

Mais si le testament m'en avait donné le choix, je pourrais opposer la compensation, qui néanmoins n'aurait lieu que du jour que j'aurais fait mon choix (2).

Si debeas decem millia aut hominem, utrum volet adversarius; ita compensatio admittitur, si adversarius palàm dixisset utrum voluisset; L. 22.

630. Il faut, 5° que la dette soit due à la personne même qui en oppose la compensation : *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest*; L. 9, Cod. *eod. tit.*

C'est pourquoi je ne pourrai opposer contre ce que je dois, la compensation de ce que mon créancier doit à mon père, à mes enfants, à ceux dont je suis tuteur, curateur ou administrateur, à ma femme qui est séparée de biens, etc.

Si je suis en communauté avec elle, ce qui lui est dû m'est vraiment dû ; par conséquent je puis l'opposer en compensation.

Papinien, en la loi 18, § 1, ff. *de Compens.*, porte si loin ce principe, qu'il va jusqu'à décider que mon créancier n'est pas obligé d'accepter la compensation de ce qu'il doit à un autre qu'à moi, quoique ce tiers, son créancier, intervienne, et offre de compenser pour moi ce qui lui est dû : *Creditor compensare non cogitur quod alii quàm debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo qui convenitur, proprium debitum velit compensare.*

Finge. Vous me faites commandement de vous payer cent livres que je vous dois; vous devez pareille somme à Pierre, et je vous signifie un acte par lequel Pierre consent que la somme de cent livres que vous lui devez, vienne en compensation de celle que vous me demandez ; et, en conséquence, je conclus à la compensation et au gré du commandement dont j'offre les frais.

Papinien prétend que vous n'êtes pas obligé d'accepter cette compensation; mais Barbeyrac, en ses notes sur Pufendorf, pense avec raison que Papinien a

---

(1) *V.* art. 1292, C. civ.

Art. 1292 : « Le terme de grâce n'est « point un obstacle à la compensation. » L'obligation se trouve éteinte, sans que le débiteur augmente les difficultés de sa position.

(2) C'est la compensation facultative.

Source : BIU Cujas

poussé trop loin la subtilité, et que la compensation doit être admise : car, vous étant indifférent de recevoir de moi ou de Pierre les cent livres que je vous dois, il est injuste d'autoriser vos poursuites contre moi pour le paiement de cette somme, lorsque Pierre veut bien que vous receviez cette somme de lui pour moi, en compensation de celle que vous lui devez.

On pourrait concilier Barbeyrac avec Papinien par une distinction.

Si la somme que je dois à Pierre est égale à celle que vous me devez, je ne puis me dispenser de la compenser à celle que vous me devez, lorsque vous faites intervenir Pierre, qui consent qu'elle vienne en compensation : c'est le cas auquel la décision de Barbeyrac doit être suivie.

Mais si la somme que je dois à Pierre est moindre que celle que vous me devez, quelque offre que fasse Pierre de souffrir que la somme que vous lui devez vienne en compensation de celle que je vous dois, vous n'êtes pas obligé, suivant la décision de Papinien, d'admettre cette compensation, à moins que je n'offre en même temps de vous payer le surplus : car, autrement, ce serait vous obliger de recevoir votre dette par parties, chose à quoi vous n'êtes pas tenu.

Ce n'est que dans le cas où je suis moi-même votre créancier d'une partie de la somme que je vous dois, que la compensation a lieu, et a la vertu d'éteindre malgré vous ma dette pour partie, et jusqu'à concurrence de la somme que je vous dois (1).

C'est le concours des qualités de créancier et de débiteur dans les mêmes personnes, qui opère de plein droit cette compensation jusqu'à due concurrence; personne ne pouvant être véritablement mon créancier, que sous la déduction de ce qu'il me doit, ni véritablement mon débiteur, que sous la déduction de ce que je lui dois.

Celui qui a les droits cédés d'un créancier, n'est pas, à la vérité, quant à la subtilité du droit, créancier, mais seulement procureur *in rem suam* du créancier.

Néanmoins, comme il est, quant à l'effet, créancier, lorsqu'il a fait signifier son transport au débiteur, il peut opposer la compensation de cette créance au débiteur envers qui il est lui-même débiteur, comme de tout autre dont il serait créancier de son chef : *In rem suam procurator datus si vice mutuâ conveniatur, æquitate compensationis utetur;* L. 18, ff. *de Compens.*

631. La règle que nous venons d'établir, « que nous ne pouvons opposer la compensation que de ce qui nous est dû à nous-mêmes,» reçoit exception à l'égard des cautions.

Celui à qui on demande le paiement d'une somme qu'il s'est obligé de payer comme caution d'une autre personne, peut opposer au demandeur la compensation, non-seulement de ce qui lui est dû à lui-même par le demandeur, mais aussi de ce qui est dû par le demandeur au débiteur principal : *Si quid à fidejussore petitur, æquissimum est fidejussorem eligere quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit;* L. 5, ff. *eod. tit.*

---

(1) Cette remarque est très importante : La compensation *légale* déroge ordinairement à une règle fondamentale du paiement. De droit commun, le créancier n'est point obligé de recevoir un paiement partiel (art. 1244 et 1220, *in principio*. *V.* ci-dessus, p. 109, note 2, et p. 150, note 1), et cependant, celui qui est créancier de la quantité plus grande, est obligé de souffrir par la compensation, l'extinction partielle de son droit. Cette grave dérogation au principe ne doit avoir lieu que lorsque toutes les conditions exigées par la loi se rencontrent. Ainsi, dans la compensation que nous avons appelée *facultative*, celui qui invoque la compensation, s'il est créancier d'une quantité moindre que celle dont il est débiteur, devra offrir sur-le-champ le supplément nécessaire pour éteindre sa dette entière.

Source : BIU Cujas

La raison est qu'il est de la substance du cautionnement, que la caution ne puisse être obligée à plus que le débiteur principal, et qu'il puisse user, par conséquent, de toutes les mêmes défenses dont pourrait user le débiteur principal (*suprà*, n° 380) : or le débiteur principal pourrait opposer au créancier la compensation de ce que son créancier lui doit; la caution peut donc aussi opposer la compensation de la même dette (1).

Il n'en est pas de même *vice versâ;* le débiteur principal ne peut opposer à son créancier la compensation de ce que son créancier doit à ses cautions (2).

Un débiteur solidaire peut-il opposer en compensation ce qui est dû à son codébiteur? (3) Voy *suprà*, n° 274.

632. Il faut, 6° que la dette qui est opposée en compensation, soit due par la personne même à qui on l'oppose.

Par exemple, si quelqu'un me demande le paiement de ce que je lui dois, je ne pourrai pas lui opposer en compensation ce qui m'est dû par les mineurs dont il est tuteur; *et vice versâ*, si, en qualité de tuteur, il me demande le paiement de ce que je dois à ses mineurs, je ne pourrai pas lui opposer la compensation de ce qu'il me doit lui-même : *Id quod pupillorum nomine de-*

---

(1) *V.* art. 1294, 1er alinéa, C. civ. Art. 1294 : « La caution peut oppo- « ser la compensation de ce que le « créancier doit au débiteur princi- « pal; — Mais le débiteur principal ne « peut opposer la compensation de ce « que le créancier doit à la caution.— « Le débiteur solidaire ne peut pareil- « lement opposer la compensation de « ce que le créancier doit à son codé- « biteur. »

(2) *V.* art. 1294, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

(3) *V.* art. 1294, 3e alinéa, C. civ., *ibid.* Nous avons déjà exprimé notre opinion sur cette nouvelle disposition. Nous ajouterons que Pothier, en ses Pandectes, *Tit. de Compensationibus*, lib. 16, tit. 2, n° 17, ne fait pas difficulté d'admettre la compensation lorsqu'il y a société entre les *Correi*. Voici sa note sur la loi 10 *de Duob. reis*.

« *Ergo* (Inquit Cujacius, ad. L. 9, C. « *hoc. tit.*), *si socii sint, poterit com-* « *pensare quod socio suo debetur : quia* « *societas facit ut quodammodo vi-* « *deantur una persona.* » En effet, Cujas le dit positivement : « *Quare* « *lex, dum negat unum ex duobus* « *reis, promittendi, non sociis posse* « *compensare, quod stipulator alteri* « *debet, id tacitè in sociis admittit.* »

Ce troisième alinéa, de l'art. 1294, n'était point dans la rédaction primitive, il a été ajouté sur les observations du tribunat, observations ainsi conçues : « Ajouter à cet article, un « troisième paragraphe : *Le débiteur* « *solidaire ne peut pareillement op-* « *poser la compensation de ce que le* « *créancier doit à son codébiteur.*

« En effet, si l'on pouvait opposer « la compensation de ce qui serait dû « à un autre qu'à soi-même, quoique « cet autre fût un codébiteur solidaire, « ce serait donner lieu à des difficultés « sans nombre : ce tiers se trouverait « engagé malgré lui dans des procès « désagréables : il faudrait examiner « contradictoirement avec lui si la « dette existe, jusqu'à quel point elle « existe, si elle est susceptible de com- « pensation, etc., etc.

« Il est naturel que la compensation « n'ait lieu entre deux personnes que « pour ce qu'elles se doivent directe- « ment l'une à l'autre. Tels sont les « motifs de l'addition proposée. »

Nous ferons remarquer que les inconvénients signalés par le tribunat se rencontrent également dans le cas où la caution oppose la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal.

Nous ajouterons que, dans une législation qui admet en règle générale le recours du débiteur solidaire qui a payé, contre ses codébiteurs (art. 1214, Cod. civ.), on peut dire avec Cujas : *At videntur duo rei effectu semper invicem fidejubere, quia à quolibet solidum semper peti potest.*

Source : BIU Cujas

betur si tutor petat, non posse compensatione objici ejus pecuniæ quam ipse tutor suo nomine debet; L. 23, ff. *eod. tit.*

Par la même raison, je ne puis pas opposer à mon créancier la compensation de ce que me doit sa femme, lorsqu'elle est séparée de biens : mais je puis l'opposer, si elle est commune avec lui; parce qu'il est lui-même tenu des dettes de sa femme; il en est lui-même devenu débiteur par la communauté de biens qu'il a contractée avec elle. Cela a lieu quand même il y aurait clause de séparation de dettes; à moins qu'il ne justifiât par le rapport d'un inventaire, qu'il ne lui reste aucuns deniers entre les mains des biens de sa femme (1); car, sans cela, il est débiteur lui-même de ce qui est dû par sa femme.

On peut, pour notre décision, tirer argument de la loi 19, qui décide qu'on peut opposer au maître, jusqu'à concurrence du pécule de son esclave, la compensation de ce qui est dû par son esclave; cette dette de l'esclave étant la dette du maître, jusqu'à concurrence du pécule.

Lorsque mon créancier a fait transport à quelqu'un de la créance qu'il avait contre moi, je puis opposer au cessionnaire la compensation, non-seulement de ce qui m'est dû par lui, mais aussi de ce qui m'est dû par son cédant; pourvu que j'aie commencé à être créancier de son cédant avant la signification ou l'acceptation du transport : car, cette créance n'ayant pu passer plus tôt en la personne du cessionnaire, suivant cette maxime de notre droit français, *Transport ne saisit, s'il n'est signifié;* et ayant par conséquent jusqu'à ce temps résidé en la personne du cédant; toutes les créances que j'ai jusqu'à ce temps acquises contre le cédant, ont, par la vertu de la compensation, éteint et diminué de plein droit, jusqu'à due concurrence, celle qu'il avait contre moi, et dont il a fait transport.

Si je ne suis devenu créancier du cédant que depuis la signification du transport, il n'y aura pas lieu à la compensation : car il avait cessé d'être mon créancier par cette signification; ou s'il l'était, il ne l'était plus que *subtilitate juris, et non juris effectu.*

Quoique je fusse créancier du cédant dès avant le transport, cependant, si, ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation, et je ne pourrai l'opposer au cessionnaire qui a compté sur mon acceptation; sauf à moi à exercer ma créance contre le cédant (2). C'est ce qui a été jugé par des arrêts cités par Despeisses.

---

(1) *V.* art. 1510, C. civ.

Art. 1510 : « La clause par laquelle « les époux stipulent qu'ils paieront « séparément leurs dettes personnel- « les, les oblige à se faire, lors de la « dissolution de la communauté, res- « pectivement raison des dettes qui « sont justifiées avoir été acquittées « par la communauté à la décharge de « celui des époux qui en était débi- « teur. Cette obligation est la même, « soit qu'il y ait eu inventaire ou non; « mais si le mobilier apporté par les « époux n'a pas été constaté par un « inventaire ou état authentique anté- « rieur au mariage, les créanciers de « l'un et de l'autre des époux peuvent, « sans avoir égard à aucune des dis- « tinctions qui seraient réclamées, « poursuivre leur paiement sur le mo- « bilier non inventorié, comme sur « tous les autres biens de la commu- « nauté.—Les creanciers ont le même « droit sur le mobilier qui serait échu « aux époux pendant la communauté, « s'il n'a pas été pareillement constaté « par un inventaire ou état authenti- « que. »

(2) *V.* art. 1295, C. civ.

Art. 1295 : « Le débiteur qui a ac- « cepté purement et simplement la « cession qu'un créancier a faite de « ses droits à un tiers, ne peut plus « opposer au cessionnaire la compen- « sation qu'il eût pu, avant l'accepta- « tion, opposer au cédant. — A l'égard « de la cession, qui n'a point été ac- « ceptée par le débiteur, mais qui lui

Source : BIU Cujas

633. Suivant les principes du droit romain, je puis vous opposer en compensation de ce que vous me devez ici, la somme que vous me devez, et qui est payable en un autre lieu, en vous faisant raison du coût de la remise du lieu où elle était payable, en celui-ci; L. 15, ff. *de Compens.*

Le créancier, suivant les principes du droit romain, ayant l'action *de eo quod certo loco*, pour obliger son débiteur à payer où il se trouvait, la somme qui était payable ailleurs, en lui tenant compte du coût de la remise, c'était une conséquence qu'il pût pareillement l'obliger à la compenser.

Mais cette action *de eo quod certo loco* n'étant pas d'usage parmi nous, et le créancier ne pouvant exiger le paiement d'une somme payable en certain lieu, ailleurs qu'au lieu où elle est payable (*suprà*, n° 239), il semblerait qu'on en devrait conclure qu'il ne pourrait l'opposer en compensation de ce qu'il doit en un autre lieu : néanmoins Domat (p. 1, l. 4, t. 2, sect. 2, n° 8) estime qu'on doit admettre cette compensation, en faisant raison de la valeur de la remise.

Cela paraît assez équitable, la compensation étant très favorable (1).

634. Il est évident que je ne puis vous opposer en compensation de ce que je vous dois, le sort principal d'une rente constituée que vous me devez, mais seulement les arrérages qui en sont échus; car le sort principal d'une rente n'est pas proprement dû (2), il n'est que *in facultate luitionis.*

§ III. *Comment se fait la compensation, et de ses effets.*

635. La compensation se fait de plein droit : *Placuit id quod invicèm debetur* IPSO JURE *compensari;* L. 21, ff. *de Comp.*

Il y avait néanmoins à cet égard de la différence dans l'ancien droit romain, entre les dettes qui procédaient des contrats *bonæ fidei*, et celles qui procédaient des contrats *stricti juris.* Cette différence a été abrogée par la constitution de Justinien, en la loi *fin.* Cod. *dict.tit. Compensationis ex omnibus actionibus* IPSO JURE *fieri sancimus; eâd.* L.

Lorsqu'on dit que la compensation se fait *de plein droit*, *ipso jure*, cela signifie qu'elle se fait par la seule vertu de la loi, sans qu'elle ait été prononcée par le juge, ni même opposée par aucune des parties.

Aussitôt que celui qui était créancier d'une personne devient son débiteur d'une somme ou autre quantité susceptible de compensation avec celle dont il était créancier; *et vice versâ*, aussitôt que celui qui était débiteur d'une personne devient son créancier d'une somme susceptible de compensation avec celle dont il était débiteur; la compensation se fait, et les dettes respectives sont dès lors éteintes jusqu'à due concurrence, par la seule vertu de la loi de la compensation (3).

Cette interprétation est conforme à l'explication que tous les lexicographes donnent à ces termes, *ipso jure.*—IPSO JURE *fieri dicitur*, dit Brisson, *quod ipsâ legis potestate et auctoritate, absque magistratûs auxilio et sine exceptionis ope fit....—Verba* IPSO JURE, dit Spigelius, *intelliguntur sine facto hominis.* —IPSO JURE *consistere dicitur,* dit Pratejus, *quod ex solâ legum potestate et autoritate, sine magistratûs operâ consistit.*

« a été signifiée, elle n'empêche que « la compensation des créances posté- « rieures à cette notification. »

(1) *V.* art. 1296, C. civ., qui a consacré cette décision.

Art. 1296 : « Lorsque les deux det- « tes ne sont pas payables au même « lieu, on n'en peut opposer la com- « pensation qu'en faisant raison des « frais de la remise. »

(2) C'est-à-dire qu'il n'est pas exigible.

(3) *V.* art. 1290, C. civ.

Art. 1290 : « La compensation s'o- « père de plein droit par la seule force « de la loi, même à l'insu des débi- « teurs; les deux dettes s'éteignent « réciproquement, à l'instant où elles « se trouvent exister à la fois, jusqu'à « concurrence de leurs quotités res- « pectives. »

Source : BIU Cujas

Notre principe, « que la compensation éteint les dettes respectives *ipsâ juris potestate*, sans qu'elle ait été opposée, ni prononcée,» est établi non-seulement par les termes d'*ipso jure*, dont se servent les lois, termes auxquels on ne peut donner un autre sens, mais encore par les effets que les textes de droit donnent à la compensation.

Par exemple, Paul, sent, 11, 5, 3, dit que, si mon créancier me demande la somme entière dont il était créancier, sans m'offrir la déduction de celle dont il est devenu mon débiteur, il encourt par cette demande la peine de la plus-pétition : *Si totum petat, plus petendo causa cadit :* ce qui suppose évidemment notre principe, savoir, qu'avant que j'aie opposé au créancier la compensation, la dette dont il était devenu mon débiteur, avait déjà diminué et éteint sa créance jusqu'à due concurrence; autrement il ne serait pas dans le cas de la plus-pétition (1).

Les autres effets de la compensation, qu'on rapportera ci-après, établissent pareillement notre principe.

A l'égard des textes de droit qu'on a coutume d'opposer contre notre principe, dans lesquels il est parlé de la compensation opposée contre la demande d'un créancier, et des compensations admises ou rejetées par le juge, ils ne décident rien contre notre principe, et on n'en doit pas conclure que la compensation doit être opposée ou prononcée, pour qu'elle puisse avoir lieu.

Il est vrai que, si celui qui était mon créancier d'une certaine somme, et qui depuis est devenu mon débiteur d'autant, forme une demande contre moi pour le paiement de cette somme, je serai obligé, pour me défendre de sa demande, de lui opposer la compensation de la somme dont il est devenu mon débiteur; sans cela, le juge qui verrait son titre de créance, et qui ne peut pas deviner la créance que j'ai de mon côté contre lui, ne manquerait pas de faire droit sur sa demande.

C'est pour cela qu'il est fait mention dans ces textes, de compensations opposées par une partie, admises ou réprouvées par le juge.

Mais on ne peut point du tout en conclure que la dette n'ait pas été acquittée par la compensation, dès avant que je l'aie opposée.

Je ne suis obligé d'opposer la compensation que pour instruire le juge que la compensation s'est faite; de même que, lorsque quelqu'un me demande une dette que j'ai payée, je suis obligé, pour instruire le juge, d'opposer et de rapporter les quittances.

On a coutume d'opposer encore contre notre principe la loi 6, *de Compens.*, où la compensation est appelée *mutua petitio*; ce qui semblerait supposer que les actions respectives des parties subsistent avant que le juge ait prononcé la compensation.

La réponse est que ce n'est que dans un sens très impropre que la compensation opposée par le défendeur est appelée *mutua petitio* dans cette loi; ce qui ne signifie autre chose que la simple allégation de la créance respective

---

(1) Voici le passage de Paul : *Compensatio debiti ex pari specie, et causâ dispari admittitur : veluti si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas, aut frumentum, aut cætera hujusmodi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debet. Si totum petas, plus petendo cadis.*» — Cujas paraphrase ce texte dans les termes suivants : « *Compensatio crediti et debiti ex causis disparibus admittitur : ut si tibi debeam ex vendito, tu mihi ex mutuo : et ex pari specie, ut putà pecunia cum pecuniâ, oleum cum oleo : et generaliter æstimatio cum æstimatione, quantitas cum quantitate compensatur. Corporis cum corpore non fit compensatio. Tollit autem compensatio, minuitve actionem ipso jure : et ideo qui totum petit à reo, cui et ipse vicissim aliquid debet, plus petit, et hoc jure formula cadit.*

Source : BIU Cujas

que le défendeur avait contre le demandeur, et par laquelle celle du demandeur a été éteinte.

Notre réponse est fondée sur la loi 21, ff. *de Compens.*, où il est marqué expressément que celui qui allègue la compensation, ne forme pas une demande respective, mais se défend seulement de celle qui est donnée contre lui, en faisant connaître qu'elle ne procède pas jusqu'à concurrence de la somme opposée en compensation.

Postquàm placuit inter omnes, dit cette loi, *id quod invicem debetur ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere* (pour être admis à alléguer la compensation, comme il y serait obligé s'il formait une demande ou reconvention), *quia nihil compensat, sed ab initio minùs ab eo petitur*; c'est-à-dire, *non ipse compensat, non ipse aliquid mutuo petit, sed allegat compensationem ipso jure factam, quæ ab initio jus petitoris ipso jure minuit.*

636. Les effets de la compensation sont des conséquences du principe que j'ai établi.

Ces effets sont : 1° que, si mon créancier à qui j'ai donné des effets en nantissement, est devenu mon débiteur, je puis répéter lesdits effets, en lui offrant seulement ce que je lui dois de plus qu'il ne me doit; la compensation qui se fait de nos dettes respectives jusqu'à due concurrence, tenant lieu de paiement du surplus. C'est la décision de la loi 12, Cod. *de Compens.*

2° Si vous aviez contre moi une créance d'une certaine somme d'argent qui produisait des intérêts par sa nature, et que vous fussiez depuis devenu mon débiteur d'une somme d'argent; quoique ma créance ne fût pas de nature, comme la vôtre, à produire des intérêts, néanmoins ma créance sera censée, par la vertu de la compensation, avoir acquitté la vôtre jusqu'à due concurrence, du jour que vous en êtes devenu débiteur; et dès ce jour les intérêts jusqu'à concurrence auront cessé d'en courir.

Par exemple, si vous étiez mon créancier d'une somme de 1,000 livres pour le prix d'un héritage que vous m'aviez vendu et livré, et que depuis vous fussiez devenu unique héritier de Pierre, qui me devait une somme de 800 liv. pour cause d'un pur prêt; du jour que vous êtes devenu héritier de Pierre, et en cette qualité mon débiteur de cette somme de 800 livres, c'est-à-dire, du jour de la mort de Pierre, votre créance de 1,000 livres est censée avoir été dès ce jour acquittée, jusqu'à la concurrence de ladite somme de 800 livres, et ne plus subsister que pour les 200 livres restant; et dès ledit jour les intérêts auront cessé de courir, si ce n'est pour ladite somme restant de 200 livres.

C'est ce qui est décidé par la constitution de Septime Sévère, suivant ce que rapporte Ulpien : *Quum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est à divo Severo concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse præstandas*; L. 11, ff. *de Compens.*

La même décision se trouve en la constitution d'Alexandre : *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utrâque parte debetur utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius quoad amplius apud alterum est usuræ debentur.* L. 4, Cod. *eod. tit.*

Cet effet de la compensation n'a lieu que dans les compensations ordinaires, *quantitatis certæ ac determinatæ ad certam ac determinatam quantitatem*, lesquelles se font de plein droit: mais dans les compensations qui n'ont lieu que du jour qu'elles sont opposées, les intérêts ne doivent cesser de courir que de ce jour.

Par exemple, si vous étiez mon créancier d'une somme de 1,000 livres pour le prix d'un héritage que vous m'aviez vendu, et qui portait par conséquent des intérêts, et que depuis vous fussiez devenu héritier unique de Pierre, qui

Source : BIU Cujas

m'a légué « deux chevaux de carrosse, ou une somme de 1,000 livres à mon choix;» les intérêts de la somme de 1,000 livres que je vous dois, ne cesseront pas de courir du jour de la mort de Pierre, qui est le jour auquel vous êtes devenu le débiteur du legs qu'il m'a fait; ils ne cesseront de courir que du jour que j'aurai déclaré que je choisissais la somme de 1,000 livres pour mon legs : ce n'est que de ce jour que la compensation se fait de cette somme avec celle que je vous dois, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, n° 629.

637. 3° Quoique mon créancier ne puisse être obligé de recevoir pour partie le paiement réel que je voudrais lui faire (*suprà*, n° 534); cependant s'il est devenu mon débiteur d'une somme moindre que celle que je lui dois, il est obligé de souffrir l'acquittement partiel de sa créance, qui se fait, en ce cas, par la vertu de la compensation, suivant qu'il résulte des lois ci-dessus rapportées.

638. 4° Si j'étais votre débiteur de 3,000 livres pour trois différentes causes, et que depuis je fusse devenu votre créancier de la somme de 1,000 livres, la compensation de la créance de 1,000 livres que j'ai acquise contre vous, doit se faire avec celle des trois dettes dont j'ai le plus d'intérêt d'être acquitté.

La raison est que la compensation tenant lieu de paiement, de même que dans les paiements l'imputation se fait sur celle des dettes que le débiteur a le plus d'intérêt d'acquitter (*suprà*, n° 567), la compensation doit pareillement se faire sur celle des dettes qu'il a le plus d'intérêt d'acquitter (1).

Cette décision n'a lieu que lorsque les différentes dettes dont j'étais votre débiteur, ont toutes précédé la créance que j'ai depuis acquise contre vous; mais si, étant votre débiteur d'une somme de 1,000 liv., je suis devenu depuis votre créancier de pareille somme, et que j'aie depuis contracté une nouvelle dette envers vous; quoique ce fût une dette dont j'eusse plus d'intérêt d'être acquitté que de la première, néanmoins vous pourrez m'en demander le paiement, sans que je puisse vous opposer la compensation de la créance que j'ai acquise; cette créance ayant été éteinte aussitôt que je l'ai acquise, par la compensation qui s'est faite de plein droit de cette créance avec la première que vous aviez contre moi; Tindarus, *Tract. de Compens.*, art. 7, *in fin.*; Sebast. Medicis, p. 2, § 12.

639. Si celui qui était mon créancier d'une certaine somme, est devenu depuis mon débiteur d'autant, et que, nonobstant la compensation qui a éteint de plein droit nos créances respectives, je l'aie payé, je répéterai la somme que je lui ai payée, comme non due, par l'action qu'on appelle *condictio indebiti*.

C'est ce que décide Ulpien en la loi 10, § 1, ff. *de Compens. Si quis compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.*

Ce texte prouve bien démonstrativement le principe que nous avons établi, « que la compensation se fait de plein droit, et éteint par la seule vertu de la loi les dettes respectives des parties, sans qu'elle ait été opposée par aucune des parties, ni prononcée par le juge; » autrement dans cette espèce, dans laquelle, lorsque j'ai payé, la compensation n'avait été ni opposée ni prononcée, on ne pourrait pas dire que j'aie payé ce que je ne devais plus.

De là naît une question qu'on peut faire dans l'hypothèse suivante :

J'étais votre débiteur d'une somme de 1,000 livres : je suis depuis devenu

---

(1) *V.* art. 1297, C. civ., même décision.

Art. 1277 : « Lorsqu'il y a plusieurs « dettes compensables dues par la « même personne, on suit, pour la « compensation, les règles établies « pour l'imputation par l'art. 1256. » *V.* ci-dessus, p. 303, note 2.

Source : BIU Cujas

l'unique héritier de Pierre, qui était votre créancier de pareille somme pour un retour de partage.

Nonobstant la compensation dont j'aurais pu user, je vous ai payé cette somme de 1,000 livres. Ensuite vos biens ont été saisis réellement par vos créanciers, et notamment ceux qui vous sont échus par le partage que vous avez fait avec Pierre. Je me suis opposé au décret, et je demande à être colloqué en ordre par privilége sur le prix desdits biens, pour le retour du partage que vous deviez à Pierre à qui j'ai succédé. Les autres créanciers sont-ils bien fondés à s'y opposer ?

Il semble qu'ils y sont bien fondés : car la créance de Pierre pour ce retour de partage, a été éteinte en même temps que j'y ai succédé, par la vertu de la compensation qui s'est faite de cette créance que j'acquérais contre vous, avec celle de pareille somme de 1,000 livres que vous aviez contre moi.

Le paiement que je vous ai fait depuis, n'a pu ressusciter nos créances respectives, que la compensation avait éteintes : il n'a pu me donner autre chose qu'une simple action en répétition de la somme que je vous ai payée, comme ayant été payée sans être due ; et cette action n'a aucune hypothèque (1) ; ou elle a tout au plus une simple hypothèque du jour de la quittance, si elle était par-devant notaire (2).

Il n'a pas dû être en mon pouvoir, en vous payant volontairement une dette qui était éteinte par la compensation de cette dette avec la créance que j'avais acquise contre vous, de ressusciter ma créance, et les hypothèques qui y étaient attachées, au préjudice des créanciers qui me suivaient, et du droit de priorité en hypothèque, qui leur avait été acquis par la compensation qui avait éteint nos créances respectives.

Nonobstant ces raisons, je crois qu'il faut user de distinction sur cette question.

Si, depuis que la succession de Pierre m'est échue, mais avant que j'aie eu connaissance qu'il y avait dans cette succession une créance de 1,000 livres contre vous, je vous ai payé les 1,000 livres que je vous devais de mon chef ; je pense qu'en ce cas je dois être mis en ordre par privilége pour la créance de 1,000 livres, quant à laquelle j'ai succédé à Pierre, et qu'on doit juger, en ce cas, qu'il ne s'en est fait aucune compensation.

La raison est que la compensation étant une fiction de la loi, qui feint que les parties se sont respectivement payées aussitôt qu'elles sont devenues créancière et débitrice tout à la fois l'une de l'autre, cette fiction, qui est établie en faveur des parties entre lesquelles la compensation se fait, ne doit avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable, et qu'elle ne les induirait pas en erreur ; un bienfait de la loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux à qui la loi l'accorde : *Beneficium legis non debet esse captiosum.*

On ne doit donc pas supposer, en ce cas, qu'il y a eu une compensation ; car elle me serait préjudiciable : elle m'aurait induit en erreur ; elle m'aurait, sans ma faute, fait perdre une somme de 1,000 livres pour laquelle j'avais une hypothèque privilégiée (3).

---

(1) *V.* art. 1299, C. civ.

Art. 1299 : « Celui qui a payé une « dette qui était, de droit, éteinte par « la compensation, ne peut plus, en « exerçant la créance dont il n'a point « opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des priviléges ou hypothèques qui y étaient « attachés, à moins qu'il n'ait eu une « juste cause d'ignorer la créance « qui devait compenser sa dette. »

(2) Cette décision qui, au surplus, est sans application aujourd'hui, nous paraît très douteuse même dans l'ancien droit ; car la quittance notariée n'était pas rédigée dans la pensée de constater une créance de celui qui payait contre celui qui recevait.

(3) C'est pour consacrer cette distinction que l'art. 1299 contient cette

Source : BIU Cujas

Il faut décider autrement dans le cas auquel je ne vous aurais payé les 1,000 livres que je vous devais de mon chef, que depuis l'inventaire de la succession de Pierre, qui m'a donné connaissance de la créance que cette succession avait contre vous. Rien n'empêche de supposer, en ce cas, que la compensation a éteint nos créances respectives : ce n'est pas, en ce cas, la loi de la compensation qui m'a causé du préjudice, ni qui m'a induit en erreur.

Si je perds les 1,000 livres que je vous ai sottement payées, je ne dois pas m'en prendre à la loi de la compensation, mais à moi-même, qui ai bien voulu vous payer une dette que je savais être acquittée par la compensation : il n'a pas dû être en notre pouvoir de ressusciter par ce paiement ma créance, en fraude du droit acquis aux créanciers qui me suivaient (1).

640. Que doit-on décider dans l'espèce suivante?

J'étais votre débiteur de la somme de 1,000 livres : je suis devenu depuis votre créancier d'autant ; *putà*, en devenant l'unique héritier de Pierre, à qui vous deviez pareille somme.

Sur la demande que vous avez donnée contre moi pour le paiement de cette somme de 1,000 livres que je vous devais, ayant négligé d'opposer la compensation de celle que vous me deviez, j'ai été condamné à vous payer cette somme, et je vous l'ai payée en exécution de la sentence : ai-je en ce cas quelque recours?

Je ne puis pas avoir, comme dans l'espèce précédente, l'action *condictio indebiti*. La loi 2, Cod. *de Compens.*, décide que, quoique j'eusse pu encore opposer la compensation de ma créance contre vos poursuites en exécution de la condamnation, il n'y aura pas lieu à l'action *condictio indebiti;* parce que ce qui est payé en exécution d'une condamnation, ne peut être regardé comme payé sans cause.

---

réserve : « *à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette.* »

(1) Quelques auteurs, notamment M. Delvincourt, prétendent que malgré la réserve de l'art. 1299, Cod. civ. (*V.* note précédente), pour le cas où celui qui a payé avait juste cause d'ignorer sa créance, les priviléges ou hypothèques n'en sont pas moins éteints, et les cautions libérées : le principe invariable établi par l'art. 1290, que la compensation éteint la dette de plein droit, doit, selon eux, recevoir son application à l'égard des accessoires de la créance : seulement ils conservent à celui qui a payé, contre celui qui a reçu, les droits résultant de l'ancienne créance qui ne peuvent pas réfléchir contre les tiers, par exemple, s'il a un titre authentique ou même exécutoire, il pourra s'en aider dans les poursuites à exercer contre lui.

Nous ne pensons pas que tel soit le sens de la disposition finale de l'art. 1299.

Il est évident que le rédacteur de cet article avait sous les yeux le passage de Pothier, et qu'il a voulu laconiquement reproduire la distinction de cet auteur.

Or Pothier décide très positivement que, dans ce cas, la compensation ne doit pas avoir lieu, et il motive très bien et très équitablement son opinion :

Oui, il est vrai que la compensation a été établie en faveur des parties entre lesquelles elle doit s'opérer : *Potius nostrâ interest non solvere quàm solutum repetere.* Elle ne doit donc avoir lieu qu'autant qu'elle ne leur serait pas préjudiciable, et qu'elle ne les induirait pas en erreur : un bienfait de la loi ne devant jamais être préjudiciable à ceux à qui la loi l'accorde. La compensation elle-même ne doit donc pas avoir lieu, lorsque, loin d'être une utilité elle serait une iniquité évidente. Voilà le raisonnement de Pothier, voilà l'idée reproduite par le Code, donc la créance subsiste avec tous ses accessoires.

Source : BIU Cujas

Or cette action *condictio indebiti* n'a lieu que lorsque le paiement a été fait sans aucune cause, et par conséquent sans condamnation : *Pecuniæ indebitæ per errorem*, NON EX CAUSA JUDICATI (1) *solutæ, esse repetitionem jure condictionis non ambigitur ;* L. 1, Cod. *de Cond. indeb.*

Serai-je donc, en ce cas, privé de tout recours ?

Il faut dire que, dans cette espèce, quoique, selon la subtilité du droit, la compensation ait éteint nos créances respectives dans le même instant que j'ai succédé à celle que Pierre avait contre vous, néanmoins cette compensation doit, dans cette espèce, être regardée comme non avenue : cette créance à laquelle j'ai succédé, et l'action qui en naît, doit m'être restituée, et je dois être admis à l'intenter.

La raison est, que cette compensation ayant été privée de son effet vis-à-vis de vous, et par rapport à la créance que vous aviez contre moi, par la sentence qui m'a condamné au paiement de cette créance, l'équité ne permet pas qu'elle puisse subsister vis-à-vis de moi, et par rapport à la créance que j'avais de mon côté contre vous.

C'est ce que décide fort bien Tindarus, en son Traité *de Compensationibus ;* et c'est en ce sens qu'il explique la loi 7, § 1, ff. *de Compens.*, qui dit : *Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio.* C'est-à-dire, lorsque le juge a condamné l'une des parties envers l'autre, nonobstant la compensation qui avait éteint leurs créances respectives, soit qu'elle n'ait pas été opposée, soit qu'ayant été opposée, le juge ait omis d'y statuer, la créance que la partie condamnée avait contre l'autre, lui est conservée, *salva manet petitio. Lex enim*, dit Tindarus, *hoc casu restituit actionem peremptam, ex maximâ necessitate, sicut facit in multis casibus, æquitate suggerente.* V. L. 1, *in fin.* ff. *ad Velleian.*

Ma créance m'est-elle restituée avec les hypothèques qui y étaient attachées, ou sans ces hypothèques ?

Je pense qu'il faut en ce cas user de distinction.

S'il n'y a pas lieu de soupçonner que ce soit par collusion avec vous, et pour vous faire toucher de l'argent au préjudice de vos créanciers, que je ne vous ai pas opposé la compensation de la créance à laquelle j'avais succédé à Pierre contre vous ; *putà*, parce que je n'en avais pas encore connaissance lors de la condamnation ; à peine savait-on dans le public la mort de Pierre ; ou du moins on n'avait pas encore fait l'inventaire des titres de sa succession, qui seul pouvait me donner la connaissance de cette créance : en ce cas, je pense que ma créance me doit être restituée avec ses hypothèques (2).

Mais si ayant déjà connaissance de la créance que j'avais contre vous, et pour laquelle j'ai succédé à Pierre, je me suis laissé condamner envers vous, sans vous opposer la compensation ; ou si je ne l'ai opposée que *perfunctoriè*, sans l'établir, de manière que le juge n'y a pas statué ; en ce cas, ma créance contre vous me sera, à la vérité, restituée ; mais je ne serai pas admis à exercer les hypothèques qui étaient attachées à cette créance, au préjudice des créanciers qui me suivaient en ordre d'hypothèque, et auxquels le droit de priorité d'hypothèque a été acquis aussitôt que j'ai succédé à la créance de

---

(1) La non-répétition, au cas où le paiement avait été fait *ex causâ judicati*, tenait à la nature particulière de l'action *judicati*, laquelle occasionnait une condamnation au double *adversùs inficiantem :* dès lors, le paiement avait eu une cause, c'est-à-dire, il avait préservé celui qui avait payé, de la chance de cette condamnation : *in duplum :* mais tout cela est fort étranger à notre droit, et on peut être étonné de voir Pothier se préoccuper de l'autorité de ces lois romaines dans une pareille question.

(2) C'est le cas de l'art. 1299 *in fine*. *V.* ci-dessus, p. 350, note 1.

Source : BIU Cujas

Pierre, par la compensation et l'extinction qui s'est faite alors de nos créances respectives : l'équité ne permet pas que, par une collusion entre nous, je prive ces créanciers de ce droit qui leur a été acquis.

CHAPITRE V.

De l'extinction de la dette par la confusion.

641. On appelle *confusion,* le concours de deux qualités dans un même sujet, qui se détruisent.

Celle dont il est ici question est le concours des qualités de créancier, et de débiteur d'une même dette dans une même personne.

Nous verrons : 1° en quel cas se fait cette confusion ; 2° quel en est l'effet.

Les jurisconsultes romains admettaient une autre espèce de confusion, dans le cas auquel une caution succédait au débiteur principal, *aut vice versâ;* nous n'en dirons rien ici, en ayant déjà traité *suprà*, part. 2, chap. 6 sect. 1. coroll. 6.

§ Ier *En quel cas se fait cette confusion.*

642. Cette confusion se fait lorsque le créancier devient héritier de son débiteur ; *aut vice versâ*, lorsque le débiteur devient héritier de son créancier; car l'héritier succédant à tous les droits, tant actifs que passifs, du défunt, lorsque le créancier devient héritier de son débiteur, il devient, en cette qualité d'héritier, débiteur de la dette dont il est de son chef le créancier ; et *vice versâ,* lorsque le débiteur devient l'héritier de son créancier, il devient, en sa qualité d'héritier, créancier de la même dette dont il est de son chef le débiteur.

En l'un et l'autre cas, les qualités de créancier et de débiteur de la même dette se trouvent donc concourir en une même personne (1).

La même chose arrive lorsque le créancier succède au débiteur à quelque autre titre qui le rend sujet à ses dettes ; comme s'il devient son donataire universel, ou lorsque le débiteur succède, à quelque titre que ce soit, à la créance du créancier.

Dans tous ces cas, les qualités de créancier et de débiteur de la même dette se trouvent concourir en une même personne.

La même chose arrive encore, lorsqu'une même personne devient héritière du créancier et du débiteur, ou succède à l'un et à l'autre à quelque autre titre universel,

L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, n'opère aucune confusion : car c'est un des effets du bénéfice d'inventaire, « que l'héritier bénéficiaire et la succession soient regardés comme deux personnes différentes, et que leurs droits respectifs ne se confondent pas (2). »

---

(1) *V.* art. 1300, C. civ.

Art. 1300 : « Lorsque les qualités de « créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se « fait une confusion de droit qui éteint « les deux créances. »

(2) *V.* art. 802, § 2°, C. civ.

Art. 2802 : « L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier « l'avantage : — 1° De n'être tenu du « paiement des dettes de la succession « que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, « même de pouvoir se décharger du « paiement des dettes en abandonnant « tous les biens de la succession aux « créanciers et aux légataires ;—2° De « ne pas confondre ses biens person-

Source : BIU Cujas

§ II. *De l'effet de la confusion.*

643. Il est évident que, par le concours de ces deux qualités contraires de créancier et de débiteur en une même personne, elles se détruisent mutuellement : car on ne peut être le créancier et le débiteur tout à la fois, on ne peut être créancier de soi-même, ou débiteur envers soi-même.

De là résulte indirectement l'extinction de la dette, lorsqu'il n'y a pas d'autre débiteur. Car, comme il ne peut y avoir de dette sans débiteur, la confusion éteignant dans la personne qui était seule débitrice la qualité de débiteur, et ne restant plus par conséquent de débiteur, il ne peut plus y avoir de dette : *Non potest esse obligatio sine personâ obligatâ.*

644. L'extinction de l'obligation principale qui se fait par la confusion, lorsque le créancier devient héritier du débiteur principal, *aut vice versâ*, entraîne aussi l'extinction de l'obligation des cautions (1); **L. 38, § 1, ff.** *de Fidej.*; **L. 34, § 8; L. 71, ff.** *de Solut.*

La raison est que les obligations des cautions ne sont qu'accessoires de l'obligation du débiteur principal : *Fidejussor accedit obligationi rei principalis.*

D'où il suit qu'elles ne peuvent subsister, lorsque l'obligation principale ne subsiste plus, suivant cette règle de droit : *Quum principalis causa non subsistit; ne ea quidem quæ sequuntur locum habent* (**L. 129, § 1, ff.** *de Reg. jur.*); et cette autre : *Quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, quum principales res peremptæ fuerint;* **L. 2, ff.** *de Pecul. leg.*

Ajoutez qu'une caution suppose un débiteur principal, pour qui la caution soit obligée : d'où il suit que, lorsqu'il n'y a plus, au moyen de la confusion, de débiteur principal pour qui la caution soit obligée, il ne peut plus y avoir de caution.

C'est la raison qu'apporte la **Loi 38, § 1, ff.** *de Fidej.*; *quia nec reus est pro quo debeat.*

Ajoutez encore qu'il répugne que je sois obligé comme caution pour quelqu'un envers lui-même : il est donc nécessaire que l'obligation de la caution s'éteigne, lorsque la personne pour qui elle est obligée, devient, par l'acceptation de la succession du créancier, une même personne avec celle envers qui la caution s'est obligée : *Fidejussores ideò liberari, quia pro eodem apud eumdem debere non possunt.*

C'est la raison de la **Loi 34, § 8,** *de Solut.*

645. *Contrâ vice versâ*, l'extinction qui se fait de l'obligation de la caution par la confusion, lorsque le créancier devient l'héritier de la caution, ou que la caution devient l'héritière du créancier, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale : *Si creditor fidejussori hæres fuerit, vel fidejussor creditori; puto convenire confusione obligationis non liberati reum;* **L. 71, ff.** *de Fidejussor.*

La raison de cette différence est, que l'obligation accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans l'obligation principale, mais l'obligation principale n'a pas besoin de l'obligation accessoire pour subsister (2).

La confusion diffère en cela du paiement.

La raison de cette différence est, que le paiement fait que la chose n'est plus due : car la chose due cesse de l'être, lorsqu'elle a été payée par quelque personne que ce soit. Or il ne peut plus rester de débiteur, ni principal, ni accessoire, lorsqu'il n'y a plus de chose due : par conséquent le paiement fait

---

« nels avec ceux de la succession, et « de conserver contre elle le droit de « réclamer le paiement de ses créan- « ces. »

(1) *V.* art. 1301, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 199, note 3.

(2) *V.* art. 1301, 2 alinéa, C. civ., *ibid.*

Source : BIU Cujas

par la caution, ayant fait que la chose due par la caution, qui est la même que celle due par le créancier, n'est plus due, et ne restant plus de chose due, il est nécessaire que l'obligation du débiteur principal soit éteinte, aussi bien que celle de la caution qui a payé.

Dites la même chose de la remise réelle, de la compensation, de la novation, et des autres espèces de libération qui équipollent au paiement.

Au contraire, la confusion fait seulement que la personne du débiteur en qui se trouve concourir la qualité de créancier, cesse d'être obligée; parce qu'elle ne le peut être envers elle-même : *Personam eximit ab obligatione :* mais rien n'empêche que l'obligation du débiteur principal ne subsiste, quoique la caution ait cessé d'être obligée.

Par la même raison, lorsque le créancier de deux débiteurs solidaires devient héritier de l'un d'eux, *aut vice versâ*, lorsque l'un d'eux devient héritier du créancier, l'autre codébiteur demeure obligé.

Est-ce pour le total?

La Loi 71, ff. *de Fidej.*, décide que, si ces débiteurs solidaires étaient associés, ce débiteur, qui n'était, en ce cas, débiteur du total qu'à la charge d'un recours contre celui en la personne de qui la confusion s'est faite, ne demeurait obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il avait eu ce recours contre lui, n'étant pas juste que la confusion le prive de ce recours.

Dans notre droit français, chacun des débiteurs solidaires, quoiqu'ils ne soient pas associés (1), ayant, en payant, recours contre les autres pour leur part, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 281, il faut décider indistinctement que, lorsqu'il se fait confusion de la dette en la personne de l'un des débiteurs solidaires, l'autre ne demeure obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il aurait eu recours contre celui en la personne de qui la confusion s'est faite (2).

Nous avons déjà vu *suprà*, n° 275, que, lorsque le créancier avait déchargé l'un des débiteurs solidaires, l'autre ne demeurait obligé que sous la déduction de la part pour laquelle il eût eu recours contre son codébiteur qui a été déchargé (3) : par la même raison le codébiteur de celui qui a été déchargé par la confusion, ne doit demeurer débiteur que sous la déduction de la part pour laquelle il eût eu recours contre lui.

646. Si celui qui était créancier de Pierre d'une certaine somme, m'a cédé sa créance, et qu'avant que Pierre ait accepté le transport, ou que je le lui aie fait signifier, il devienne héritier de Pierre, qui est le débiteur; il se fera, à la vérité, confusion et extinction de la dette de Pierre, qu'il m'a cédée; mais comme il était, par la cession qu'il m'a faite, débiteur envers moi de ce droit de créance qu'il m'avait cédé, et que c'est par l'acceptation qu'il a faite de la succession du débiteur, et par conséquent par son fait, que cette créance qu'il m'avait cédée, a été éteinte, il est tenu de m'en fournir la valeur : car tout débiteur est tenu de payer le prix ou la valeur de la chose qu'il devait, lorsque c'est par son fait qu'elle a cessé d'exister (4), comme nous le verrons *infrà*, n° 661.

---

(1) Ils sont *effectu* réputés être associés.

(2) *V.* art. 1301, 3e alinéa.

Art. 1301 : « Celle (la confusion) qui « s'opère dans la personne du créan- « cier, ne profite à ses codébiteurs so- « lidaires que pour la portion dont il « était débiteur.» (*V.* p. 199, note 3.)

Cette disposition est fort mal rédigée. On aurait dû dire : « *Celle qui s'opère « dans la personne du créancier, ne « profite aux autres débiteurs soli- « daires que pour la portion dont le « créancier est tenu comme représen- « tant l'un des codébiteurs.* »

(3) *V.* art. 1285, C. civ., ci-dessus, p. 327, note 1.

(4) Mais la confusion aura produit ses effets, et les tiers intéressés pourront l'invoquer.

Source : BIU Cujas

Si le transport avait déjà été accepté ou signifié lorsque mon cédant est devenu héritier du débiteur, il ne serait pas fait de confusion, parce qu'il n'était plus effectivement le créancier, et que je l'étais devenu à sa place (1).

647. Lorsque le créancier devient héritier, non du débiteur, mais de celui qui était obligé d'acquitter le débiteur, il ne se fait pas, à la vérité, confusion de la dette, mais elle s'éteint au moins indirectement, et quant à l'effet. Il ne peut plus l'exiger du débiteur, ayant succédé à l'obligation de l'en garantir et de l'indemniser (2).

648. Pour qu'il se fasse confusion totale de la dette, il faut que la même personne réunisse non-seulement la qualité de créancier, mais celle de créancier du total : elle doit de même réunir, non-seulement la qualité de débiteur, mais celle de débiteur du total.

Si celui qui n'est que créancier pour partie, devenait héritier unique du débiteur, il est évident qu'il ne se ferait confusion et extinction que de la partie de la dette dont il est créancier : *et vice versâ*, si le créancier du total devenait héritier de celui qui n'était que débiteur pour partie, il ne se ferait confusion que de cette partie de la dette.

Il n'est pas moins évident que, lorsque le créancier du total devient l'un des héritiers du débiteur du total, il se fait confusion et extinction de la dette, seulement quant à la partie pour laquelle il est héritier, et pour laquelle il est tenu de toutes les autres dettes de la succession ; mais la créance subsiste contre ses cohéritiers, pour la part dont chacun d'eux est tenu des dettes ; L. 50, ff. *de Fidejuss.* ; L. 1, Cod. *de Hæred. act.*

CHAPITRE VI.

De l'extinction de l'obligation par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible d'obligation, ou qu'elle est perdue, de manière qu'on ignore où elle est.

ART. Ier. — Exposition générale des principes sur cette manière dont s'éteignent les dettes.

649. Il ne peut y avoir de dette, sans qu'il y ait quelque chose de dû, qui soit la matière et l'objet de l'obligation ; d'où il suit que, lorsque la chose qui était due vient à périr, ne restant plus rien qui soit l'objet et la matière de l'obligation, il ne peut plus y avoir d'obligation. L'extinction de la chose due emporte donc nécessairement l'extinction de l'obligation ; L. 33, 57, ff. *de Verb. oblig.*

650. Par la même raison, si la chose qui était due est devenue par la suite non susceptible d'être la matière et l'objet d'une obligation, il ne peut plus rester d'obligation. Cela arrive lorsque la chose qui était due devient hors du commerce.

C'est pourquoi Ulpien dit : *Is qui alienum servum promisit, perducto eo ad libertatem, non tenetur ;* L. 51, ff. *de Verb. oblig.*

Suivant ce principe, si vous vous êtes obligé à me livrer un certain minot

---

(1) *V.* art. 1690, C. civ., ci-dessus, p. 274, note 4, et art. 1691, p. 275, note 1.

(2) C'est une des faces de la maxime : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Source : BIU Cujas

de terre, et que depuis, par autorité publique, on l'ait pris pour faire un grand chemin, la créance que j'avais de ce minot de terre est éteinte, parce que ce minot de terre étant devenu hors du commerce, n'est plus susceptible d'être l'objet et la matière d'une créance et d'une obligation : ne restant donc plus rien qui puisse être l'objet de la créance que j'avais, elle ne peut subsister (1).

651. Non-seulement lorsque la chose qui faisait l'objet de l'obligation devient non susceptible absolument d'obligation, l'obligation s'éteint ; elle s'éteint aussi lorsque cette chose qui m'était due, cesse de pouvoir m'être due, quoiqu'elle puisse être susceptible d'obligation envers un autre.

Il y en a un premier exemple en la loi 136, § 1, ff. *de Verb. oblig.*

Vous vous êtes obligé de me faire avoir pour mon héritage un droit de passage sur l'héritage voisin : avant que cette servitude ait été imposée, j'ai aliéné mon héritage, sans céder à l'acquéreur ma créance pour ce droit de passage (2); cette créance s'éteint, parce que le droit de passage qui en faisait l'objet, ne peut plus m'être dû, ce droit ne pouvant être dû qu'au propriétaire de l'héritage.

652. Un second exemple est, lorsque celui qui est créancier d'un corps certain, en vertu d'un titre lucratif, en devient propriétaire par un autre titre pareillement lucratif; la créance de cette chose s'éteint en ce cas : *Omnes debitores qui speciem ex causâ lucrativâ debent, liberantur, quum ea species ex causâ lucrativâ ad creditores pervenisset;* L. 17, ff. *de Oblig. et Act.*

La raison est tirée de notre principe :

Lorsque je suis devenu propriétaire de la chose qui m'était due, elle ne peut plus m'être due; car on ne peut me devoir ce qui est déjà à moi; il répugne que quelqu'un soit obligé à me donner ce qui est déjà à moi (3), *nam quod meum est, ampliùs meum fieri non potest.* Ne restant donc plus rien qui puisse être le sujet de l'obligation, elle ne peut subsister.

De là cette règle des docteurs : *Duæ causæ lucrativæ in eamdem rem et personam concurrere non possunt.*

653. Pour que la dette s'éteigne, lorsque le créancier est devenu propriétaire de la chose qui lui était due, il faut qu'il ait acquis une pleine et parfaite propriété de cette chose ; sans cela la dette subsiste, et le débiteur de cette chose est obligé de parfaire au créancier ce qui manque à la perfection du droit de propriété qu'il a de cette chose.

Par exemple, si quelqu'un m'a légué un héritage qu'il savait n'être pas à lui (4), et que, depuis sa mort, et avant l'exécution du legs, le propriétaire m'en ait fait donation sous la réserve d'usufruit, la créance de cet héritage, que j'ai contre l'héritier du testateur n'est pas éteinte, quoique je sois devenu propriétaire de la chose qui m'était due; parce qu'il manque quelque chose à la perfection de ma propriété, savoir, l'usufruit dont mon héritage est chargé.

L'héritier du testateur demeure donc débiteur de cet héritage, en ce sens qu'il est obligé de racheter pour moi cet usufruit qui me manque, ou de m'en payer le prix.

Si on m'en a donné la pleine propriété, mais que la donation soit sujette à révocation, *putà*, pour cause de survenance d'enfants, parce que le donateur n'en avait point lorsqu'il me l'a faite, il manque encore, en ce cas, quelque chose à la perfection de ma propriété, suivant cette règle : *Non videtur per-*

---

(1) *V.* art. 1302, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 67, note 2.

(2) Si j'avais cédé à l'acquéreur du fonds une créance à cet égard, j'aurais intérêt à l'accomplissement de la première obligation, puisque je serais tenu moi-même envers cet acquéreur.

(3) Et je n'ai point d'indemnité à réclamer, puisque je n'ai point déboursé pour obtenir la chose.

(4) *V.* art. 1021, C. civ., ci-dessus, p. 155, note 2.

Source : BIU Cujas

fecte cujusque id esse, quod ei ex causâ auferri potest; L. 139, § 1, ff. *de Regul. jur.*

C'est pourquoi le débiteur demeure obligé à me faire conserver l'héritage, dans le cas auquel la donation qui m'en a été faite viendrait par la suite à être révoquée par la survenance d'enfants.

654. Il faut aussi que ce soit à titre lucratif que je sois devenu propriétaire de la chose dont j'étais créancier, pour que ma créance s'éteigne. Si ce n'est qu'à titre onéreux que je l'ai acquise, *putà*, si on me l'a vendue, celui qui était mon débiteur de cette chose, n'est pas libéré; car je ne suis pas censé avoir parfaitement acquis cette chose, lorsqu'il m'en coûte pour l'acquisition : *Hactenùs mihi abesse res videtur, quatenùs sum præstaturus;* L. 34, § 8, ff. *de Leg. rer.*

La créance que j'avais de cette chose ne laisse donc pas de subsister, à l'effet de me faire rembourser ce qu'il m'en a coûté.

655. Enfin pour que ma créance s'éteigne, lorsque je suis devenu propriétaire, quoiqu'à titre lucratif, de la chose qui m'était due, il faut que cette créance procède pareillement d'un titre lucratif : car, si j'étais créancier à titre onéreux, *putà*, à titre d'achat, ma créance ne s'éteint point. *Quum creditor, ex causâ onerosâ, vel emptor, ex lucrativâ causâ rem habere cœperit, nihilominùs integras actiones retinent*; L. 19, ff. *Oblig. et Act.—Adde* L. 13, § 15, ff. *de Act. empt.*

Par exemple, si j'ai acheté de vous un héritage qui ne vous appartenait pas, et que depuis j'en sois devenu propriétaire par la donation ou par le legs que m'en a fait le véritable propriétaire, ma créance résultant de la vente que vous m'en avez faite, n'est pas éteinte.

La raison est, que tout débiteur à titre onéreux, tel qu'est un vendeur, est obligé à la garantie de la chose qu'il doit, et que cette garantie consiste dans l'obligation que contracte le vendeur, de faire avoir à l'acheteur la chose, en vertu de la vente qui lui en a été faite, *præstare emptori rem habere licere ex causâ venditionis ipsi factæ.* Il suffit donc que ce ne soit pas en vertu de la vente que vous m'avez faite que je tienne la chose, quoique j'en sois propriétaire d'ailleurs, pour qu'il y ait lieu à la garantie.

656. Une chose qui est perdue, de manière qu'on ignore où elle est, est peu différente de celle qui a cessé d'exister (1).

C'est pourquoi, lorsque cette perte est arrivée sans la faute du débiteur; comme lorsque, par une violence à laquelle il ne pouvait pas résister, la chose qu'il devait lui a été ravie par des voleurs qui l'ont emportée on ne sait pas où, le débiteur est quitte de son obligation, de même que si la chose avait cessé d'exister; avec cette différence néanmoins, qu'une chose qui a cessé d'exister, ne pouvant plus revivre, le débiteur est quitte de son obligation absolument, lorsque la chose a cessé d'exister; au lieu qu'une chose perdue pouvant se retrouver, le débiteur n'est quitte en ce cas de son obligation que pendant qu'elle sera perdue, et au cas qu'elle ne se retrouve pas.

Il reste une question sur cette matière.

Lorsque le débiteur d'un corps certain, qui ne s'est pas chargé des cas fortuits, et qui est seulement tenu des accidents qui seraient arrivés par sa faute, allègue que la chose par lui due est périe ou a été perdue sans sa faute, ou par un cas fortuit, est-ce au créancier à prouver que la perte est arrivée par la faute du débiteur?

Ou au contraire, est-ce au débiteur à prouver le cas fortuit par lequel il prétend qu'elle est arrivée?

---

(1) C'est pour cela que l'art. 1302 dit : *ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, etc.* *V.* ci-dessus, p. 67, note 2.

Source : BIU Cujas

Je pense qu'on doit décider que c'est au débiteur à prouver le cas fortuit (1).

Si un demandeur est obligé de fournir la preuve de ce qui sert de fondement à sa demande, le défendeur est obligé pareillement de fournir la preuve de ce qui sert de fondement à ses défenses : le créancier qui demande à son débiteur le paiement de la chose que son débiteur s'est obligé de lui donner, doit justifier de sa créance qui sert de fondement à sa demande ; et il en justifie par le rapport du titre de la créance : le débiteur qui oppose pour défenses contre cette demande, qu'il est quitte de la dette de cette chose, par le cas fortuit qui en a causé la perte, doit justifier des cas fortuits qui servent de fondement à ses défenses (2).

Cela est conforme à ce qu'enseigne Ulpien en la loi 19, ff. *de Prob. In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere, id est probare debere.*

ART. II. — Quelles espèces d'obligations sont sujettes à s'éteindre par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse de pouvoir être due.

657. Il est évident que les obligations d'un corps certain et déterminé s'éteignent par l'extinction de ce corps certain et déterminé (3).

A l'égard des obligations alternatives, elles ne s'éteignent pas par l'extinction de l'une des deux choses qui sont dues sous une alternative ; mais cette obligation, d'alternative qu'elle était, devient déterminée à l'autre qui reste (4).

La raison est que, dans l'obligation alternative de deux choses, les deux choses sont dues (*suprà*, n. 246) : il suffit qu'il en reste une, pour qu'il y ait une chose due, et par conséquent un sujet suffisant d'obligation.

Par exemple, si, ayant deux chevaux, vous vous êtes obligé de me donner l'un des deux ; la mort de l'un des deux n'éteindra pas l'obligation, et vous me devrez celui qui reste ; *non jam alternatè, sed determinatè.*

Il en est de même si l'une des choses qui m'est due sous une alternative, cesse de pouvoir m'être due ; *putà*, si j'en deviens propriétaire à titre lucratif : l'obligation subsistera pour l'autre chose qui reste : *Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus sit factus ex aliâ causâ, reliquus debetur mihi à te* ; L. 16, ff. *de Verb. oblig.*

La principe que nous avons établi, « que l'obligation alternative ne s'éteint point par l'extinction de l'une des choses qui était due sous une alternative, ni lorsqu'elle cesse de pouvoir m'être due, » n'a lieu que lorsque cela arrive pendant que l'obligation est encore alternative : mais si cette obligation avait été déterminée à l'une des choses, *putà*, par l'offre que le débiteur aurait faite et la demeure en laquelle il aurait constitué le créancier de la recevoir ; en ce cas, il n'est pas douteux que l'obligation serait éteinte par l'extinction qui arriverait de cette chose (5) ; L. 105, ff. *de Verb. oblig.*

658. L'extinction des obligations par l'extinction de la chose due, ne peut tomber sur les obligations d'une somme d'argent ou de quelque quantité, comme de tant de muids de blé, de tant de livres de beurre, etc. ; ni sur celle

---

(1) *V.* art. 1302, 3e alinéa, p. 67, note 2.

(2) *V.* art. 1315, C. civ.

Art. 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver. — Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

(3) C'est pour cela que l'art. 1302 commence ainsi : « *Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation*, etc., etc. » *V.* ci-dessus, p. 67, note 2.

(4) *V.* art. 1193, C. civ., ci-dessus, p. 116, note 2.

(5) La chose consignée est aux risques du créancier (art. 1257, C. civ.). *V.* ci-dessus, p. 68, note 2.

Source : BIU Cujas

d'un corps indéterminé, comme d'une vache, d'un cheval, sans déterminer quelle vache, quel cheval : il ne peut y avoir, en ce cas, d'extinction de la chose due, ne pouvant pas y avoir d'extinction de ce qui n'est pas déterminé; *genus non perit* (1).

C'est pourquoi la loi 11, Cod. *Si certum pet.*, décide que le débiteur d'une somme d'argent n'est point libéré par l'incendie de ses effets : *Incendium ære alieno non exuit debitorem ;* car l'argent et ses autres effets qui ont péri par l'incendie, ne sont pas la chose qu'il doit ; c'est une somme d'argent, laquelle étant indéterminée, ne peut périr.

Mais si l'obligation indéterminée s'était déterminée à l'obligation d'un corps certain, par l'offre que le débiteur en aurait faite, et la demeure en laquelle il aurait constitué le créancier, il n'est pas douteux que cette obligation deviendrait dès lors sujette à s'éteindre, par l'extinction du corps qui a été offert (2).

659. Lorsque l'obligation n'est pas absolument indéterminée, et qu'elle est d'une chose indéterminée à la vérité, mais qui fait partie d'un nombre déterminé de certaines choses, elle peut s'éteindre par l'extinction de toutes ces choses.

Par exemple, si quelqu'un me doit un tonneau *du vin qu'il a dans une telle maison*, et qu'il en ait cent dans cette maison ; tant qu'il en restera, son obligation subsistera : mais s'il n'en reste aucun, *putà*, si une inondation a tout emporté, l'obligation sera éteinte.

Cette décision a lieu, lorsque les termes de l'obligation sont limitatifs, et restreignent l'obligation à ce nombre de choses.

Il en serait autrement si les termes étaient seulement démonstratifs.

Par exemple, si quelqu'un s'était obligé à me fournir un tonneau de vin, *à prendre dans ceux de sa cave ;* quand même tous les tonneaux qui étaient dans la cave du débiteur auraient péri par cas fortuit, l'obligation ne serait pas éteinte, parce qu'elle n'est pas restreinte aux seuls tonneaux qui étaient dans la cave du débiteur. Ces termes, *à prendre*, ne sont point limitatifs, ils ne sont que démonstratifs ; ils désignent seulement *undè solvetur :* ils ne tombent point sur la disposition, ils ne la restreignent point ; ils ne concernent que son exécution. Voyez *in Pandect. Justinian.*, le titre *de Cond. et Don.*, n° 235.

ART. III. — Quelles extinctions de la chose due éteignent la dette ; quand et contre qui elle est perpétuée, nonobstant cette extinction.

660. L'extinction de la chose due éteint la dette, lorsque la chose est totalement périe ; s'il en reste quelque chose, la dette subsiste au moins pour ce qui en reste.

---

(1) Cependant l'art. 1903, C. civ., en raisonnant dans le cas de la dette d'une quantité, suppose que le débiteur *est dans l'impossibilité de satisfaire à son obligation* (et il faut admettre qu'il s'agit d'une impossibilité absolue, car, s'il n'était question que d'une impossibilité relative, résultant de l'insolvabilité du débiteur, il ne pourrait pas davantage en payer la valeur). Cette disposition peut recevoir son application dans le cas où un genre de choses a été mis hors du commerce ou frappé d'un monopole.

Art. 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'impos- « sibilité d'y satisfaire, il est tenu d'en « payer la valeur eu égard au temps « et au lieu où la chose devait être ren- « due 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. 1257, *in fine*, C. civ., ci-dessus, p. 68, note 2.

Source : BIU Cujas

Par exemple, si j'étais créancier d'un troupeau qui m'a été vendu ou légué, et qu'il n'en restât qu'une bête, les autres étant péries par une mortalité ; ou si j'étais créancier d'une maison qui a été depuis incendiée ; la dette du troupeau subsisterait quant à la bête qui en resterait, et pareillement la dette de la maison subsisterait quant à la place et aux matériaux qui en resteraient.

661. Pour que l'extinction de la chose due éteigne la dette, il faut aussi qu'elle arrive sans le fait (1) ni la faute du débiteur, et avant qu'il ait été constitué en demeure.

Si la perte de la chose due est arrivée par le fait du débiteur, il est évident que l'obligation ne doit pas être éteinte, et qu'elle doit se convertir en l'obligation du prix de cette chose ; car le débiteur ne peut pas par son fait se libérer de son obligation, et faire perdre à son créancier sa créance.

Cette décision a lieu, quand même le débiteur aurait détruit la chose avant qu'il sût qu'il en était débiteur ; L. 91, § 2, ff. *de Verb. oblig.*

662. Si la perte de la chose due est arrivée, non précisément par le fait du débiteur, mais par sa faute, parce qu'il n'a pas eu le soin qu'il devait en avoir, la dette n'est pas éteinte, et elle se convertit pareillement en l'obligation du prix de la chose.

On estime à cet égard différemment la faute du débiteur, suivant la différente nature des contrats d'où naît l'obligation ; *suprà*, n° 142.

663. Enfin, la perte de la chose due n'éteint point l'obligation, lorsqu'elle est arrivée depuis que le débiteur a été constitué en demeure de la donner ; L. 82, § 1, ff. *de Verb. oblig.*

Suivant notre droit français, un débiteur est constitué en demeure, ou par le commandement qui lui est fait, lorsque le titre de créance est exécutoire ; ou par le simple exploit d'assignation qui lui est donné, lorsque le titre n'est pas exécutoire (2).

Pour que la perte de la chose due, arrivée depuis la perte de l'obligation n'éteigne point l'obligation, il faut :

1° qu'elle arrive pendant que cette demeure dure encore.

Mais si la demeure du débiteur avait été purgée, soit par des offres réelles qu'il aurait faites au créancier, par lesquelles il aurait mis le créancier lui-même en demeure de recevoir, soit par quelque convention entre le créancier et le débiteur, la perte de la chose due qui arriverait depuis que la demeure en laquelle avait été le débiteur, aurait été purgée, ferait tomber l'obligation : la demeure du débiteur ayant été purgée et ne subsistant plus, ne peut plus avoir l'effet de perpétuer l'obligation, nonobstant l'extinction de la chose due ; L. 91, ff. *de Verb. oblig.*

---

(1) Quoique l'art. 1302, C. civ. (*V.* ci-dessus, p. 67, note 2), ne parle que de la *faute du débiteur*, il faut l'entendre également du *fait*. *V.* à cet égard l'art. 1042, 2e alinéa.

Art. 1042 : « Le legs sera caduc, si « la chose léguée a totalement péri « pendant la vie du testateur. — Il en « sera de même, si elle a péri depuis « sa mort, sans le *fait* et la faute de « l'héritier, quoique celui-ci ait été mis « en retard de la délivrer, lorsqu'elle « eût également dû périr entre les « mains du légataire. »

(2) *V.* art. 1139 et 1146, C. civ.

Art. 1139 : « Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. »

Art. 1146 : « Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. »

Source : BIU Cujas

664. Pour que la perte de la chose due, survenue depuis la demeure du débiteur, n'éteigne point la dette, il faut :

2° Que la chose ne fût pas également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée lors de la demande ; L. 47, § *fin. de Leg.* 1°; L. 14, § 1, ff. *Depos.;* L. 12, § 4, ff. *ad Exhib.;* L. 15, § *fin.* ff. *de Rei vind.*

Car la demeure du débiteur ne perpétue la dette, nonobstant l'extinction de la chose due, que par forme de dommages et intérêts : si le créancier n'a pas souffert de la demeure de son débiteur, il ne lui en est pas dû. Or il est évident qu'il n'en souffre pas, si la chose fût également périe chez lui (1).

On présumera facilement que la chose ne serait pas également périe chez le créancier, si le créancier était un marchand qui l'achetait pour la revendre.

Si la chose a péri par l'incendie du lieu où elle était chez le débiteur, il est évident qu'elle ne serait pas périe, si elle eût été livrée au créancier.

On n'entre point dans la discussion de savoir si la chose serait périe également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées ou ravies : ils sont tenus indistinctement du prix de la chose, lorsqu'elle est périe entre leurs mains ; L. *fin.* ff. *de Cond. furt.;* L. 19, ff. *de Vi et vi arm. quod ita receptum odio furti et violentiæ.*

Observez aussi, à l'égard de ces personnes, qu'elles sont censées en demeure du jour de leur vol ou ravissement, et qu'il n'est pas besoin de demande pour les y mettre (2).

665. Lorsque la chose due a péri par le fait ou la faute du débiteur principal, ou depuis sa demeure, la créance du prix de cette chose subsiste non-seulement contre lui et ses héritiers, mais même contre ses cautions, et en général contre tous ceux qui ont accédé à son obligation ; L. 91, § 4 et 5, ff. *de Verb. oblig.;* L. 58, § 1, ff. *de Fidejuss.;* L. 24, § 1, ff. *de Usur.*

Paul en rend cette raison, *quia in totam causam spoponderunt.* Les cautions en se rendant, pour le débiteur principal, cautions de l'obligation principale de donner une certaine chose, sont censées s'être pareillement rendues cautions des obligations secondaires qui dérivent de cette obligation principale, telle qu'est celle de conserver la chose avec tout le soin convenable jusqu'à la tradition, et généralement d'apporter toute la bonne foi et toute la fidélité convenables à l'accomplissement de l'obligation principale : elles ne peuvent donc pas être libérées de leur obligation par la pure perte de la chose, quand cette perte arrive par la faute du débiteur principal, ou depuis la demeure ; puisque, étant, comme nous l'avons dit, cautions du soin qu'il devait donner à la conservation de la chose, et de la fidélité qu'il devait apporter à l'accomplissement de son obligation, elles sont responsables de la faute par laquelle ce débiteur a laissé périr la chose, et de la demeure injuste par laquelle il a contrevenu à la fidélité qu'il devait apporter à l'accomplissement de son obligation.

Ces principes paraissent contraires à la règle de droit qui dit : *Unicuique sua mora nocet* (L. 173, § 2, ff. *de Reg. jur.*) : car il paraît suivre de cette

---

(1) *V.* art. 1302, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 67, note 2.

(2) *V.* art. 1302, dernier alinéa, *ibid.* Nous comprenons bien que le voleur est toujours en demeure ; rien n'est plus vrai que ce que dit Triphonien en la loi 20, ff. *de Cond. furtivâ : qui invito domino rem contrectaverit, semper in restituendâ eâ, quam nec deberit auferre, moram facere ;* mais faut-il en conclure que le voleur est tenu de la perte, lorsque la chose volée est périe chez lui par un vice intrinsèque qui aurait évidemment produit le même résultat chez le propriétaire ? en d'autres termes faut-il estimer l'objet volé, abstraction faite de ses vices propres, nous ne pouvons le croire.

Source : BIU Cujas

règle, que la demeure du débiteur principal ne doit nuire qu'à lui, et non à ses cautions.

Cujas et les autres interprètes concilient cette règle avec nos principes, par cette distinction :

La demeure du débiteur principal ne peut nuire à la vérité aux cautions à l'effet d'augmenter leur obligation, *non nocet ad augendam obligationem;*

Par exemple, dans les dettes d'une somme d'argent, la demeure du débiteur ne peut nuire aux cautions qui se sont obligées pour une certaine somme déterminée, à l'effet de les assujettir aux intérêts qui sont dus par ce débiteur du jour de la demeure (1); car la demeure du débiteur ne nuit pas aux cautions *ad augendam eorum obligationem :* elle ne peut donc pas obliger aux intérêts ces cautions, qui ne se sont obligées que pour la somme principale. C'est le cas de la loi 173.

Mais dans les dettes d'un corps certain, la demeure du débiteur peut nuire aux cautions, dont le cautionnement est illimité, à l'effet de perpétuer leur obligation, et d'empêcher qu'elles ne soient libérées par la perte de la chose survenue depuis la demeure : *Non nocet ad augendam obligationem, sed nocet ad perpetuendam obligationem.*

666. *Contrà vice versâ*, si la chose est périe par le fait ou la faute de la caution, ou depuis qu'elle a été mise en demeure, il n'y aura que la caution qui demeurera obligée au prix de la chose : le débiteur principal sera libéré par l'extinction de la chose ; L. 32, § *fin.*, ff. *de Usur.;* L. 49, *de Verb. oblig.*

La raison de cette différence est, que la caution est bien obligée pour le débiteur principal; mais le débiteur principal n'est point obligé pour la caution ; et par conséquent il ne peut être tenu de l'obligation que la caution a contractée par son fait, sa faute ou sa demeure.

667. Si la chose due est périe par le fait ou la faute de l'un des codébiteurs solidaires, ou depuis sa demeure; les autres codébiteurs en seront tenus (2), L. 18, ff. *de Duobus reis. V.* ce que nous avons dit en traitant des obligations solidaires, *suprà*, n° 273.

Si la chose était périe par le fait ou par la faute de l'un des héritiers du débiteur, ou depuis sa demeure, ses cohéritiers n'en seraient pas tenus (L. 48, § 1, ff. *de Leg.* 1°); car, quoique, comme biens tenants, ils soient tenus hypothécairement du total de la dette, ils ne sont personnellement débiteurs chacun que pour leur part; ils ne sont point entre eux débiteurs solidaires, ils ne sont point tenus l'un pour l'autre.

668. Le principe que nous avons établi, « que le débiteur d'un corps certain est libéré de son obligation lorsque la chose due est périe sans son fait et sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure,» reçoit exception dans le cas auquel le débiteur se serait, par une clause particulière du contrat, chargé du risque des cas fortuits (3).

Par exemple, si j'ai donné une pierre à tailler à un lapidaire, et qu'elle se soit cassée sans aucune faute de la part de l'ouvrier, mais par le vice de la matière; quoique régulièrement cette perte, qui est survenue sans sa faute, et par une espèce de cas fortuit, doive le libérer de l'obligation qu'il a contractée de me rendre cette pierre, néanmoins si, par une clause particulière de

---

(1) *V.* Cependant art. 2016, C. civ., ci-dessus, p. 217, note 3.

Il est bien difficile de ne pas considérer les intérêts moratoires comme des accessoires; et lorsque la demande a été dénoncée à la caution, n'est-elle pas elle-même en demeure?

(2) *V.* art. 1205, C. civ., ci-dessus, p. 127, note 2.

(3) Aussi le 2e alinéa de l'art. 1302, C civ. (*V.* ci-dessus, p. 67, note 2), suppose-t-il que *le débiteur, qui est mis en demeure, ne s'est point chargé des cas fortuits?*

Source : BIU Cujas

notre marché, il s'est chargé de ce risque, il ne sera pas libéré, il sera tenu de me payer le prix de cette pierre : c'est l'espèce de la loi 13, § 3, ff. *Locat.*

Ces conventions par lesquelles un débiteur se charge des cas fortuits, n'ont rien de contraire à l'équité qui doit régner dans les contrats, surtout lorsque le débiteur qui se charge du risque, reçoit de l'autre partie quelque chose d'équivalent à l'estimation du risque dont il s'est chargé; car les risques sont quelque chose d'appréciable.

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, le lapidaire qui s'est chargé du risque de la matière, est censé en être dédommagé par un prix de son ouvrage plus fort qu'il n'aurait été, s'il ne se fût pas chargé de ce risque.

Pareillement, dans le contrat de prêt à usage, lorsque l'emprunteur se charge du risque des cas fortuits à l'égard de la chose qui lui est prêtée, comme dans l'espèce de la loi 1, Cod. *commod.*, il est dédommagé de ce risque dont il se charge, par la jouissance de cette chose, que le prêteur n'était pas obligé de lui prêter gratuitement, et qu'il pouvait lui louer.

Dans le contrat de nantissement, le créancier qui se charge du risque des choses qu'on lui donne en nantissement, comme dans l'espèce de la loi 6, Cod. *de Pign. act.* est dédommagé de ce risque par la sûreté qu'il se procure; sûreté que son débiteur, qui ne s'était pas obligé à lui donner des gages, n'était pas obligé de lui procurer.

Quand même le débiteur qui s'est chargé du risque des cas fortuits, ne recevrait rien pour ce risque dont il se charge; si, en s'en chargeant, il a eu intention d'exercer une libéralité envers l'autre partie, la clause ne contient, en ce cas, aucune injustice.

Si au contraire le débiteur, n'ayant l'intention d'exercer aucune libéralité, mais ayant celle de recevoir autant qu'il donne, s'est chargé de ces cas fortuits, la clause, dans le for de la conscience, est inique, lorsqu'il ne retire aucun avantage par le marché, qui soit équivalent à ce risque dont il se charge : dans le for extérieur, on l'en présume dédommagé.

Un débiteur peut se charger, non-seulement du risque d'une certaine espèce de cas fortuits, comme dans l'espèce de la loi 13, § 5, ff. *Locat.* ci-dessus rapportée; il peut même se charger généralement de tous les cas fortuits par lesquels la chose peut périr (1), comme dans l'espèce de la loi 6, Cod. *de Pign. act.*

Quelque générale que soit la clause, elle ne comprend que ceux qui ont pu être prévus par les parties, et non pas ceux qu'elles n'ont pu prévoir, et auxquelles il n'y avait aucun lieu de s'attendre; *Arg.* L. 1, § 9, ff. *de Transact.*

Guthier, *tract. de Contract. jur.* § 24, estime que cette décision doit avoir lieu, quand même la clause s'exprimerait en ces termes : *Se charge de tous cas fortuits, tant prévus qu'imprévus. Voyez* notre *Traité du Contrat de Louage*, p. 3, ch. 1, art. 2, § 5, où nous avons traité avec étendue de toutes ces clauses.

---

(1) *V.* art. 1929 et 1811, 2e alinéa, C. civ.

Art. 1929 : « Le dépositaire n'est « tenu, en aucun cas, des accidents de « force majeure, à moins qu'il n'ait été « mis en demeure de restituer la chose « déposée. »

Art. 1811 : « On ne peut stipuler « (dans le bail à cheptel), — Que « le preneur supportera la perte totale du cheptel, quoique arrivée par « cas fortuit et sans sa faute,—Ou qu'il « supportera, dans la perte, une part « plus grande que dans le profit,—Ou « que le bailleur prélèvera, à la fin du « bail, quelque chose de plus que le « cheptel qu'il a fourni. —Toute con- « vention semblable est nulle. — Le « preneur profite seul des laitages, du « fumier et du travail des animaux « donnés à cheptel. — La laine et le « croît se partagent. »

Source : BIU Cujas

ART. IV. — Si l'obligation qui est éteinte par l'extinction de la chose due, est tellement éteinte, qu'elle ne subsiste par pour ce qui reste de cette chose, ni pour les droits et actions qu'a le débiteur par rapport à cette chose.

669. Lorsque l'extinction de la chose due n'est pas une extinction totale, et qu'il reste quelque partie de cette chose, il ne peut être douteux, en ce cas, que l'obligation subsiste pour la partie qui reste de la chose due.

Par exemple, si vous étiez débiteur envers moi d'un troupeau qui fût péri par mortalité, et dont il ne restât plus qu'une bête; ou si vous étiez débiteur envers moi d'une maison qui a été consumée par le feu du ciel, il n'est pas douteux que vous demeurez envers moi débiteur de la bête qui reste du troupeau, ou de la place et des matériaux qui restent de la maison ; car la bête qui reste du troupeau, quoiqu'elle ne puisse pas seule composer un troupeau, est néanmoins, dans un sens très propre, une partie de ce troupeau : la place et les matériaux échappés aux flammes sont, dans un sens très propre, une partie de cette maison.

On peut donc dire dans ces deux cas, que le troupeau qui m'était dû, subsiste encore, non pas totalement, mais en partie, dans la bête qui en est restée ; et pareillement, que la maison qui m'était due, subsiste encore en partie, dans ce qui est resté de cette maison ; et ces parties qui sont restées, peuvent être encore le sujet de l'obligation.

Il y a plus de difficulté dans le cas auquel l'extinction de la chose due est une extinction totale, de manière que ce qui en reste ne puisse être regardé comme une partie de cette chose. C'est ce qui arrive lorsque la chose due est une chose individuelle, tel qu'est un animal.

C'est une question, si, en ce cas, l'obligation subsiste dans ce qui reste de la chose due.

Par exemple, si vous étiez débiteur envers moi d'un certain bœuf, c'est une question, si ce bœuf étant mort sans votre faute, je serais fondé à en demander la peau.

La raison de douter est, que la mort du bœuf est une extinction totale de la chose qui m'était due : on ne peut pas dire que ce bœuf qui m'était dû, subsiste encore depuis sa mort pour quelque partie : la peau de ce bœuf est bien quelque chose qui reste de ce bœuf ; mais on ne peut pas dire que ce soit proprement une partie du bœuf vivant qui m'était dû.

Y ayant une extinction totale de la chose due, l'obligation, dit-on, doit être totalement éteinte : je ne puis rien demander, pas même la peau ; car ce n'est que le bœuf que vous vous êtes obligé de me donner. Il n'a pas été question entre nous de la peau qui en resterait après sa mort : vous ne vous êtes pas obligé de me donner cette peau ; ce n'est pas cette peau qui m'est due, et par conséquent je ne puis avoir aucun droit de vous la demander. Enfin on prétend que la loi 49, ff. *de Leg.* 2°, décide cette question contre le créancier : *Mortuo bove qui legatus est, neque corium neque caro debetur.*

Nonobstant ces raisons, je pense qu'on doit décider que le créancier est bien fondé, même en ce cas, à demander ce qui reste de la chose due.

1° L'équité réclame pour cette décision : en effet, lorsqu'un bœuf que je vous ai acheté et payé, est mort sans votre faute avant la tradition que vous m'en deviez faire, ne serait-ce pas une injustice manifeste que vous profitassiez du malheur que j'ai de supporter la perte de ce bœuf, en retenant à votre profit et à mon préjudice la peau de ce bœuf, duquel vous m'étiez débiteur.

2° Les principes du droit établissent aussi notre décision : il n'est pas révoqué en doute que, de quelque manière qu'une chose qui m'appartient soit périe, ce

Source : BIU Cujas

qui reste de cette chose m'appartient pareillement (1) : *Meum est quod ex re meâ superest;* L. 49, § 1, ff. *de Reg. vind.*

Or, si le *jus in re*, si le droit qu'on a dans une chose, tel qu'est le *dominium* ou droit de propriété, continue de subsister après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste, pourquoi le *jus ad rem*, le droit qu'on a par rapport à une chose, le droit de créance d'une chose, ne continuera-t il pas pareillement de subsister après l'extinction de la chose, dans ce qui en reste?

De même que *meum est quod ex re meâ superest*, de même *mihi debetur quod ex re mihi debitâ superest.*

C'est ce que décide fort bien Brunus en son Traité *de Interitu.*

Après avoir établi que *forma dat esse rei*, et que, *destructâ formâ substantiali, res interiisse videtur*, il dit que, *peremptâ formâ, si quid ex re superest, potest durare circà illud quod remanet, jus, actio et obligatio.*

A l'égard des raisons de douter proposées ci-dessus, il est facile d'y répondre.

On dit : L'extinction totale de la chose due doit éteindre totalement la dette ; et par conséquent il ne doit plus rester de droit au créancier pour demander ce qui en reste.

Je réponds : lorsque l'extinction de la chose due est si parfaitement totale qu'il ne reste rien, j'accorde volontiers que, en ce cas, l'obligation est totalement éteinte : mais lorsque la chose due n'est pas tellement éteinte qu'il n'en reste quelque chose, quoique ce qui en reste ne soit pas proprement une partie de la chose, je nie qu'une telle extinction soit une extinction pleinement et parfaitement totale de la chose, et qu'elle doive éteindre totalement l'obligation ; je soutiens qu'elle doit subsister dans ce qui reste de cette chose.

C'est un raisonnement vicieux et une pétition de principe dans les raisons de douter, que d'avoir avancé le contraire, comme un principe, puisque c'est précisément ce qui est en question.

Enfin, on dit que le débiteur s'est obligé de donner le bœuf qui était vivant lors du contrat, et qu'il ne s'est pas obligé de donner la peau qui en resterait après sa mort.

Je réponds qu'il ne s'est pas obligé *formaliter* à donner cette peau ; mais il s'y est obligé *implicitè et eminenter*, l'obligation de donner une chose, contenant *eminenter* tout ce que cette chose renferme et contient, et par conséquent tout ce qui en restera après l'extinction de la chose.

A l'égard de la Loi 49, ff. *de Leg.* 2°, qu'on oppose, où il est dit que « lorsque le bœuf qui a été légué est mort, le légataire n'en peut demander ni la peau, ni la chair, » la réponse est qu'on doit nécessairement supposer, dans l'espèce de cette loi, le bœuf mort avant l'échéance du legs ; c'est-à-dire, du vivant du testateur, s'il était pur et simple ; ou avant l'accomplissement de la condition, s'il était conditionnel : car, si le bœuf n'était mort que depuis l'échéance du legs, la propriété en ayant été transférée par l'échéance du legs au légataire, il ne pourrait être douteux que tout ce qui resterait du bœuf lui appartiendrait, suivant cette règle de droit : *Meum est quod ex re meâ superest, ideòque vindicari potest;* L. 49, § 1, ff. *de Reg. vind.*

Or, en supposant, comme on doit nécessairement le supposer, le bœuf mort avant l'échéance du legs, on ne peut rien conclure de cette loi contre notre décision : car, s'il est décidé par cette loi que le légataire ne peut demander ce qui reste de ce bœuf, ce n'est pas parce que la mort de ce bœuf a éteint totalement la dette du bœuf, puisque ce bœuf étant mort avant l'échéance du legs, cette dette n'a jamais pu être contractée ; mais c'est que le legs n'a pu avoir lieu, la mort du testateur n'ayant pu confirmer le legs de ce qui n'existait plus.

---

(1) Cette question ne peut plus être agitée. Les principes adoptés par le Code sur la translation de la propriété, permettent d'invoquer aujourd'hui cette raison décisive : *Meum est quod ex re meâ superest.*

Source : BIU Cujas

L'obligation subsiste aussi après l'extinction de la chose due, dans ce qui en était accessoire.

Par exemple, si vous êtes débiteur envers moi d'un cheval harnaché, qui soit mort depuis le contrat, sans votre faute, je suis bien fondé à vous demander l'équipage de ce cheval, qui est demeuré par devers vous.

La loi 2, ff. *de Pecul. leg.*, n'est pas contraire à cette décision; il y est dit : *Quæ accessionum locum obtinent extinguuntur, quum principales res perem̃ptæ fuerint.*

La réponse est, que cette règle a lieu lorsqu'il n'y a encore aucune obligation contractée. Cette loi est dans l'espèce d'un esclave qui, ayant été légué avec son pécule, était mort avant l'échéance du legs. Le pécule n'étant pas légué *per se*, mais comme accessoire du legs de l'esclave, le legs de l'esclave n'ayant aucun effet, tout tombait; il n'y avait encore, en ce cas, aucune obligation contracté; mais lorsqu'une fois l'obligation d'une chose avec ses accessoires a été contractée, le créancier ayant acquis un droit, *jus ad rem*, par rapport aux accessoires, comme par rapport à la chose principale, il doit le conserver, même après l'extinction de la chose principale.

630. Lorsque, sans la faute du débiteur, la chose qu'il devait est périe, ou mise hors du commerce, ou perdue de manière qu'on ne sache pas ce qu'elle est devenue, si le débiteur a quelques droits et actions par rapport à cette chose, son obligation subsiste à l'effet qu'il soit tenu de subroger son créanciers auxdits droits et actions (1).

Par exemple, si vous êtes débiteur envers moi d'un cheval qui, sans votre faute, a été tué par un tiers, ou a été ravi par violence, sans qu'on sache ce qu'il est devenu, vous serez, à la vérité, quitte envers moi du cheval; mais vous serez tenu de me subroger aux actions que vous avez contre ceux qui l'ont tué, ou qui l'ont ravi.

Pareillement, si vous êtes débiteur envers moi d'un terrain, qui depuis a été pris pour faire une place publique, vous êtes quitte envers moi de ce terrain; mais vous devez me subroger à l'indemnité que vous avez droit de prétendre; ce sera à moi de faire les frais nécessaires pour la poursuivre à mon profit.

---

(1) *V* art. 1303, C. civ.

Art. 1303 : « Lorsque la chose est « périe, mise hors du commerce ou « perdue, sans la faute du débiteur, « il est tenu, s'il y a quelques droits ou « actions en indemnité par rapport à « cette chose, de les céder à son créan- « cier. »

Nous ferons observer sur cet article, qu'il renferme une doctrine qui est la conséquence immédiate des anciens principes : *quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est* Inst. *de Empt. vend.* § 3. Ainsi, dans les deux exemples cités par Pothier, c'est le cheval *du débiteur* qui a été tué ou ravi par violence, c'est le terrain *du débiteur* qui a été exproprié pour faire une place publique : il est conséquent de dire que l'action en indemnité doit naître en la personne du débiteur, mais que, pour exécuter son obligation envers le créancier, il doit lui en faire cession.

Aujourd'hui on ne peut plus raisonner de la même manière : la propriété aura été transférée par l'effet immédiat de l'obligation (*V.* art. 1138, ci-dessus, page 68, note 5), ce sera donc dans la personne du créancier devenu propriétaire, que naîtra l'action en indemnité, il l'aura de son chef, sans cession ni subrogation, et il n'aura pas à craindre, sur l'émolument de cette action, le concours des autres créanciers du débiteur.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE VII.

De plusieurs autres manières dont s'éteignent les obligations.

ART. Ier. — Du temps.

671. Régulièrement le temps n'éteint point les obligations; ceux qui s'obligent, s'obligent à perpétuité, eux et leurs héritiers, jusqu'au parfait accomplissement de leur obligation.

On peut néanmoins valablement convenir qu'*on ne sera obligé que jusqu'à un certain temps.*

Par exemple, je puis cautionner quelqu'un, à la charge que je ne serai plus tenu de mon cautionnement au bout de trois ans (1).

Par le droit romain, la convention par laquelle le débiteur convenait « qu'il ne serait obligé que jusqu'à un certain temps, ou jusqu'à l'événement d'une certaine condition,» quoique valable, ne procurait pas néanmoins au bout de ce temps, ni lors de l'existence de la condition, l'extinction de la dette de plein droit; mais elle donnait au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre la demande du créancier, *exceptionem pacti;* L. 44, §§ 1 et 2, ff. *de Oblig. et Act.*; L. 56, ff. *de Verb. oblig.*, § 4.

La raison qu'en donnent les jurisconsultes, est que les obligations une fois contractées, ne peuvent s'éteindre que par les manières naturelles ou légitimes par lesquelles s'éteignent les obligations; et que le laps d'un temps ou l'existence d'une condition ne sont pas une manière de les éteindre.

Notre droit n'admet pas ces subtilités, et nous réputons la dette éteinte de plein droit par l'expiration du temps pendant lequel seulement le débiteur a voulu être obligé.

Si celui qui ne s'est obligé que jusqu'à un certain temps, avait été mis en demeure de payer par une demande en justice avant l'expiration du temps, il demeurerait obligé à perpétuité, et ne pourrait plus être libéré que par le paiement : car la demeure injuste en laquelle il a été, ne doit pas lui être profitable et nuire au créancier ; L. 59, § 5, *Mandat.*

Cela est conforme à cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent;* L. 139, ff. *de Reg. jur.*

Observez que, dans les actes qui portent que l'une des parties contractantes s'est obligée pour un certain temps, il faut bien faire attention à ce qui a été entendu par les parties.

Par exemple, si Pierre a emprunté de vous la somme de 100 livres qu'il s'est obligé de vous rendre à votre volonté, et qu'il soit dit « que je me suis rendu caution pour lui de cette somme envers vous pendant le temps de trois ans seulement;» il est évident que le sens de cette clause est, que, si pendant ledit temps je n'ai pas été mis en demeure d'acquitter cette dette, je serai, au bout dudit temps de trois ans, déchargé de plein droit de mon cautionnement; la clause ne pouvant pas, en ce cas, avoir un autre sens.

Mais, si, par un bail à ferme que vous avez fait pour le temps de six ans, il était dit « que je me suis rendu caution du preneur pour le temps *de six ans seulement,*» cela ne signifierait pas qu'au bout de six ans je serais déchargé et

---

(1) Les art. 129, 771, C. civ., et l'art. 155, C. comm. (V. p. 107, note 1), présentent des exemples de cautionnements jusqu'à un certain temps.

Source : BIU Cujas

quitte de mon cautionnement, quoique les obligations du bail n'eussent pas été acquittées; mais ces termes devraient s'entendre en ce sens, que, par précaution, et quoiqu'il ne fût pas nécessaire de s'en expliquer, j'ai voulu par là déclarer que j'entendais me rendre caution seulement pour les obligations de ce bail, qui devait durer six ans, et non pour les baux que vous pourriez, après l'expiration de celui-ci, renouveler à ce fermier, soit expressément, soit par tacite reconduction (1).

ART. II. — Des conditions résolutoires.

672. De même qu'on peut contracter une obligation à la charge qu'elle ne durera que jusqu'au bout d'un certain temps, on peut aussi contracter une obligation « à la charge qu'elle ne durera que jusqu'à l'événement d'une certaine condition: »comme lorsqu'en me rendant caution pour Pierre, j'ai stipulé « que je m'obligeais pour lui jusqu'au retour d'un certain vaisseau sur lequel il a un gros intérêt;» mon obligation ne dure que jusqu'au retour du vaisseau; le retour du vaisseau l'éteint.

On appelle cette espèce de condition, *condition résolutoire* (2). *Voyez* ce que nous avons dit *suprà*, part. 2, ch. 3, art. 2.

Dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des contractants, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractants, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre.

Par exemple, si je vous vends mon vin, à la charge que « si vous ne venez l'enlever et payer dans huitaine, je serai déchargé de l'obligation,» c'est une condition résolutoire (3).

Selon la simplicité des principes, le seul laps du temps limité par le contrat, dans lequel vous deviez satisfaire à la condition, lorsqu'il s'est écoulé sans que vous y ayez satisfait, devrait éteindre et résoudre mon engagement dans tous ces cas, et autres semblables.

Néanmoins, dans notre pratique française, il est d'usage de faire une sommation au créancier par un sergent, à ce qu'il ait à satisfaire à la condition, avec assignation devant le juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir satisfait (4).

Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du

---

(1) Le cautionnement, dans ce cas, devrait durer tant que le débiteur devrait ses loyers ou fermages des six années pour lesquelles je l'ai cautionné.

(2) C'est à une condition semblable que les rédacteurs du Code font allusion dans l'art. 1234, C. civ. (*V.* ci-dessus p. 106, note 3), lorsqu'ils disent: *Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent*; quoiqu'ils n'en aient pas parlé.

(3) *V.* art. 1657, C. civ.

Art. 1657 : « En matière de vente « de denrées et effets mobiliers, la « résolution de la vente aura lieu de « plein droit et sans sommation, au « profit du vendeur, après l'expiration « du terme convenu pour le retire- « ment. »

(4) Pour les immeubles, voy. art. « 1656, C. civ.

Art. 1656 : S'il a été stipulé, lors « de la vente d'immeubles, que, faute « de paiement du prix dans le terme « convenu, la vente serait résolue de « plein droit, l'acquéreur peut néan- « moins payer après l'expiration du « délai, tant qu'il n'a pas été mis en « demeure par une sommation : mais, « après cette sommation, le juge ne « peut pas lui accorder de délai.

Source : BIU Cujas

marché, et conséquemment l'exinction de mon obligation (1). Mais il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet.

Supposons, par exemple, que je vous ai vendu ma bibliothèque purement et simplement : si vous tardez à m'en payer le prix, l'inexécution de l'engagement que vous avez contracté de me payer le prix convenu, donnera lieu à l'extinction de celui que j'ai contracté de vous livrer ma bibliothèque.

Mais cette extinction de mon engagement ne se fera pas de plein droit; elle se fera par la sentence qui interviendra sur l'assignation que je vous donnerai, pour voir dire, que « faute par vous d'enlever ma bibliothèque et de m'en payer le prix, le marché demeurera nul. » Il est, en ce cas, à la discrétion du juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour satisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir sentence qui prononcera le résiliement du marché, et me déchargera de mon engagement.

ART. III. — De la mort du créancier et du débiteur.

§ Ier. *Règles générales.*

673. Régulièrement les créances ne s'éteignent pas par la mort du créancier; car ce qu'on stipule, on est censé le stipuler tant pour soi que pour ses héritiers et autres successeurs universels (2).

C'est pourquoi la créance, par la mort du créancier, passe en la personne de ses héritiers qui succèdent à tous ses droits; et s'il n'avait point d'héritiers, la créance est censée résider dans sa succession vacante, qui, à cet égard, *personæ vicem sustinet defuncti.*

Pareillement l'obligation ne s'éteint point par la mort du débiteur; car nous sommes censés nous obliger tant pour nous que pour nos héritiers, et autres successeurs universels.

C'est pourquoi lorsque le débiteur meurt, l'obligation passe à ses héritiers, qui succèdent à tous ses droits, tant actifs que passifs; et s'il ne laisse point d'héritiers, elle réside dans sa succession vacante, qui le représente.

Le principe « que les obligations passent aux héritiers du débiteur », et le droit qui en résulte aux héritiers du créancier, a lieu, non-seulement à l'égard des obligations qui consistent à donner quelque chose, mais aussi à l'égard de celles qui consistent à faire quelque chose, suivant la constitution de Justinien, en la loi 13, Cod. *de Cont. et comm. stipul.*

---

(1) *V.* art. 1184, C. civ, et 1654, 1555, C. civ.

Art. 1184 : « La condition résolu-
« toire est toujours sous-entendue dans
« les contrats synallagmatiques, pour
« le cas où l'une des deux parties ne
« satisfera point à son engagement.—
« Dans ce cas, le contrat n'est point
« résolu de plein droit. La partie en-
« vers laquelle l'engagement n'a point
« été exécuté, a le choix ou de forcer
« l'autre à l'exécution de la conven-
« tion lorsqu'elle est possible, ou d'en
« demander la résolution avec dom-
« mages et intérêts. — La résolution
« doit être demandée en justice, et il
« peut être accordé au défendeur un
« délai selon les circonstances. »

Art. 1654 : « Si l'acheteur ne paie
« pas le prix, le vendeur peut deman-
« der la résolution de la vente. »

Art. 1655 : « La résolution de la
« vente d'immeubles est prononcée de
« suite, si le vendeur est en danger
« de perdre la chose et le prix.—Si ce
« danger n'existe pas, le juge peut ac-
« corder à l'acquéreur un délai plus
« ou moins long, suivant les circon-
« stances. — Ce délai passé, sans que
« l'acquéreur ait payé, la résolution de
« la vente sera prononcée »

(2) *V.* art. 1122, p. 36, note 1.

Source : BIU Cujas

§ II. *Des créances qui s'éteignent par la mort du créancier.*

674. Il y a néanmoins certaines créances qui s'éteignent par la mort du créancier, telles que sont celles qui ont pour objet quelque chose qui est personnel au créancier; comme si quelqu'un s'est obligé « de m'accorder l'usage d'un certain livre toutes les fois que je l'en requerrais », ou « de m'accompagner dans les voyages que je ferais »; ces choses qui font l'objet de ma créance m'étant personnelles, ma créance doit s'éteindre par ma mort.

Mais si, faute par le débiteur de satisfaire à ses obligations, je l'avais fait condamner en des dommages et intérêts, cette créance de dommages et intérêts, en laquelle se serait convertie ma créance originaire, passerait à mes héritiers.

La créance pour *réparations d'injures* s'éteint aussi par la mort du créancier, lorsqu'il n'a, pendant sa vie, formé aucune plainte ni demande en justice : il est présumé en ce cas avoir remis et pardonné l'injure (1); L. 13, ff. *de Injur.*

Les rentes viagères sont des dettes qui s'éteignent pour l'avenir par la mort du créancier, lorsqu'elles ont été constituées sur sa tête : mais la dette des arrérages qui ont couru jusqu'au jour de sa mort, passe à ses héritiers.

§ III. *Des créances qui s'éteignent par la mort du débiteur.*

675. Il y a aussi quelques dettes qui s'éteignent par la mort du débiteur. Telles sont celles qui ont pour objet quelque fait personnel au débiteur; comme lorsque quelqu'un s'est obligé de servir un autre en qualité de berger, de charretier, ou en quelque autre qualité que ce soit.

Si le débiteur, faute de satisfaire à ces sortes d'obligations, a été condamné en des dommages et intérêts, cette obligation, qui succède à son obligation principale et originaire, passe à ses héritiers.

Hors le cas des faits personnels, celui qui a promis de faire quelque chose, et qui est mort sans l'avoir fait, quoiqu'il n'ait pas été mis en demeure de le faire, transmet son obligation à ses héritiers, qui sont obligés de faire ce que le défunt s'était obligé de faire (2).

---

(1) L'art. 957, 2e alinéa, semble refuser aux héritiers du donateur le droit de demander la révocation de la donation contre le donataire ingrat : et cependant le même article leur donne : 1° le droit de continuer si l'action a été intentée par le donateur; 2° le droit de l'intenter si le donateur est décédé dans l'année du délit.

Art. 957 : « La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à « compter du jour du délit imputé par « le donateur au donataire, ou du jour « que le délit aura pu être connu par « le donateur. — Cette révocation ne « pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins « que, dans ce dernier cas, l'action « n'ait été intentée par le donateur, « ou qu'il ne soit décédé dans l'année « du délit. »

(2) *V.* art. 1795 et 1796, C. civ. *V.* aussi, art. 1879.

Art. 1795 : « Le contrat de louage « d'ouvrage est dissous par la mort de « l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur. »

Art. 1796 : « Mais le propriétaire est « tenu de payer en proportion du prix « porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits « et celle des matériaux préparés, lors « seulement que ces travaux ou ces « matériaux peuvent lui être utiles. »

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

Source : BIU Cujas

Par le droit romain les obligations qui naissaient des délits, s'éteignaient pour la plupart par la mort du débiteur, lorsque la demande n'avait pas été déduite en jugement contre lui de son vivant; et elles ne passaient point à ses héritiers, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'ils en auraient profité dans la succession du défunt.

Il n'y avait que la seule action qu'on appellait *condictio furtiva*, pour la répétition du vol, qui se donnait contre l'héritier du voleur, quand même l'héritier n'en aurait pas profité (1); L. 9, ff. *de Cond. furt.*

Les principes du droit canonique sont différents. Il n'y a que la peine due au délit, qui s'éteint par la mort de celui qui l'a commis: mais l'obligation de réparer le tort que quelqu'un a commis par son délit, passe à ses héritiers: c'est la décision du *cap. fin. de Sepult.*, et du *cap.* 5, *X. de Rapt.*

Nous avons sur ce point préféré, comme plus équitables, les principes du droit canonique à ceux du droit romain; et dans la pratique du barreau, quoique les héritiers de celui qui a commis quelque délit n'en aient pas profité, ils sont tenus des dommages et intérêts de celui envers qui il a été commis, quand même il n'aurait pas intenté son action contre le défunt (2).

C'est ce qui est attesté par *J. Fab.* sur les *Instit.* tit. *de act.* § *pœnales;* et par *d'Argentré*, sur l'art. 149 de la *Coutume de Bretagne.*

CHAPITRE VIII.

Des fins de non-recevoir, et prescriptions contre les créances.

ART. Ier. — Principes généraux sur les fins de non-recevoir, et sur les prescriptions.

676. Les *fins de non-recevoir* contre les créances, sont certaines causes qui empêchent le créancier d'être écouté en justice pour exiger sa créance (3).

Une première espèce de fin de non-recevoir, est l'autorité de la *chose jugée.* Lorsqu'un débiteur a été renvoyé de la demande du créancier, il résulte

---

« considération de l'emprunteur, et à « lui personnellement, alors ses héri- « tiers ne peuvent continuer de jouir « de la chose prêtée. »

(1) C'est que cette action n'était pas « *pœnæ persecutoria;* telle est la raison qu'en donne Ulpien, L. 7, § 2: *Conditio rei furtivæ, quia rei habet persecutionem, hæredem quoque furis obligat.*

(2) *V.* art. 2, C. inst. crim.

Art. 2, C. inst. crim.: « L'action publique pour l'application de la peine « s'éteint par la mort du prévenu. — « L'action civile pour la réparation du « dommage peut être exercée contre le « prévenu et contre ses représentants. « —L'une et l'autre action s'éteignent « par la prescription, ainsi qu'il est « réglé au livre 2, titre 7, chapitre 5, « *de la Prescription.* »

(1) Pothier confond les *exceptions* et *les fins de non-recevoir;* en son *Traité de la Procédure civile,* il dit:

« On entend par *défenses* les moyens « qui attaquent le fond de la demande, « qui tendent à soutenir qu'elle n'est « pas juste, qu'elle n'est pas fondée.

« On appelle *exceptions* ou *fins de* « *non-recevoir*, les moyens qui, sans « attaquer le fond de la demande, « tendent à prouver que le demandeur « ne doit pas être écouté à la propo- « ser. »

Dans l'ordonnance de 1667 on appelait *fins de non-procéder* ce qu'on appelle aujourd'hui *déclinatoire* à raison de l'incompétence du tribunal.

Source : BIU Cujas

de ce jugement une fin de non-recevoir contre le créancier, qui le rend non recevable à demander sa créance, à moins qu'il ne le fasse infirmer par les voies de l'opposition ou de l'appel, lorsqu'il n'a pas passé en force de chose jugée; ou, lorsqu'il a passé en force de chose jugée, par la voie de la requête civile, dans les cas auxquels il peut y avoir ouverture à cette voie.

Sur les cas auxquels un jugement est censé passé en force de chose jugée, et sur les cas de requête civile contre les jugements passés en force de chose jugée (1); *V.* l'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 5, et tit. 35.

C'est cette fin de non-recevoir qui s'appelle en droit *exceptio rei judicatæ*, sur laquelle *V.* le *Digeste*, tit. *de Except. rei jud.*

Une seconde fin de non-recevoir, est celle qui résulte du *serment décisoire* du débiteur qui a juré ne rien devoir, lorsque ce serment lui a été déféré par le créancier. Il résulte de ce serment une fin de non-recevoir, qui s'appelle *exceptio jurisjurandi*, qui rend le créancier non recevable à demander sa créance, quelque preuve qui soit survenue depuis (2).

Nous traiterons de ce serment *infrà*, part. 4, ch. 3, sect. 3, art. 1.

677. Une troisième fin de non-recevoir, est celle qui résulte du *laps du temps* auquel la loi a borné la durée de l'action qui naît de la créance.

On appelle cette espèce de fin de non-recevoir proprement *prescription* (3), quoique le terme de *prescription* soit un terme général, qui peut aussi convenir à toutes les autres fins de non-recevoir.

---

(1) *V.* art. 1351, C. civ., et 480, C. proc.

Art. 1351, C. civ. : « L'autorité de la « chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de « ce qui a fait l'objet du jugement. Il « faut que la chose demandée soit la « même ; que la demande soit fondée « sur la même cause; que la demande « soit entre les mêmes parties, et for- « mée par elles et contre elles en la « même qualité. »

Art. 480, C. proc. : « Les jugements « contradictoires rendus en dernier res- « sort par les tribunaux de première in- « stance et les Cours royales, et les « jugements par défaut rendus aussi « en dernier ressort, et qui ne sont « plus susceptibles d'opposition, pour- « ront être rétractés, sur la requête « de ceux qui auront été parties ou « dûment appelés, pour les causes ci- « après : — 1° S'il y a eu dol person- « nel; — 2° Si les formes prescrites à « peine de nullité ont été violées, soit « avant, soit lors des jugements, pour- « vu que la nullité n'ait pas été couverte « par les parties; — 3° S'il a été pro- « noncé sur choses non demandées; « —4° S'il a été adjugé plus qu'il n'a « été demandé;—5° S'il a été omis de « prononcer sur l'un des chefs de de- « mande; — 6° S'il y a contrariété de « jugements en dernier ressort, entre « les mêmes parties et sur les mêmes « moyens, dans les mêmes Cours ou « tribunaux; — 7° Si, dans un même « jugement, il y a des dispositions con- « traires;—8° Si, dans le cas où la loi « exige la communication au minis- « tère public, cette communication n'a « pas eu lieu, et que le jugement ait « été rendu contre celui pour qui « elle était ordonnée; — 9° Si l'on a « jugé sur pièces reconnues ou décla- « rées fausses depuis le jugement; — « 10° Si, depuis le jugement, il a été « recouvré des pièces décisives, et qui « avaient été retenues par le fait de la « partie. »

(2) *V.* art. 1363, C. civ.

Art. 1363 : « Lorsque le serment « déféré ou référé a été fait, l'adver- « saire n'est point recevable à en « prouver la fausseté. »

(3) Il est probable que cette dénomination vient du droit romain ancien : *Prescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est;* Gaius, com. 4, n° 132. Mais il faut convenir aussi que la même expression n'exprime pas en droit français la même chose que dans le droit romain.

Source : BIU Cujas

C'est de cette espèce de fin de non-recevoir que nous traiterons dans la suite de ce chapitre.

Les fins de non-recevoir n'éteignent pas la créance, mais ils la rendent inefficace, en rendant le créancier non recevable à intenter l'action qui en naît (1).

Outre cela, quoique les fins de non-recevoir n'éteignent pas *in rei veritate* la créance, néanmoins elles la font présumer éteinte et acquittée, tant que la fin de non-recevoir subsiste.

C'est pourquoi, lorsqu'il y a une fin de non-recevoir acquise au débiteur contre ma créance, non-seulement je ne puis intenter action contre lui, je ne puis même lui opposer cette créance en compensation contre les créances qu'il aurait de sa part acquises contre moi depuis la fin de non-recevoir acquise contre la mienne; car la fin de non-recevoir qui subsiste contre ma créance, opère une présomption de l'extinction de ma créance.

Mais si mon débiteur d'une somme d'argent, avant que le temps de la prescription contre ma créance fût accompli, et par conséquent avant que la fin de non-recevoir fût acquise, était devenu mon créancier d'une pareille somme d'argent, et qu'ensuite, après le temps accompli de la prescription contre ma créance, il me demandât le paiement de la sienne; quoique je ne fusse plus recevable à donner l'action contre lui pour la mienne, je serais recevable à la lui opposer en compensation contre la sienne.

C'est le cas de cette maxime des docteurs : *Quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

La raison est que la compensation se faisant de plein droit (*suprà*, n° 635), dès l'instant que vous êtes devenu mon créancier, votre créance et la mienne qui n'était pas encore prescrite (2), se sont mutuellement compensées et éteintes.

Du principe « que la fin de non-recevoir, tant qu'elle subsiste, fait présumer la créance éteinte », il suit aussi qu'inutilement quelqu'un se rendrait-il caution pour une créance contre laquelle il y a une fin de non-recevoir qui subsiste.

Ajoutez que les mêmes exceptions *in rem*, qui peuvent être opposées contre l'obligation principale par le débiteur, peuvent l'être par la caution (3).

Les fins de non-recevoir doivent être opposées par le débiteur; le juge ne les supplée pas (4).

Elles peuvent se couvrir par la renonciation que fait le débiteur aux fins de non-recevoir, soit expressément, soit tacitement.

Ces fins de non-recevoir étant ainsi couvertes, elles ne peuvent plus arrêter l'exécution ni la demande de la créance.

Une fin de non-recevoir ne peut mieux se couvrir que par le paiement que

---

(1) Cette idée est purement romaine : c'est le droit civil toujours inflexible, et le droit prétorien qui le corrige : c'est le *justum* qui, dans son application, devient *iniquum*. Le droit d'un côté, l'équité de l'autre : *Sæpè enim accidit ut quis* JURE CIVILI *teneatur,* SED INIQUUM *sit eum judicio condemnari;* Gaius, com. 4, n° 116.

Il n'est pas bien sûr que la loi française ait envisagé la prescription sous ce point de vue : elle est rangée par le Code au nombre des modes d'extinction des obligations, elle peut être opposée en tout état de cause, elle est donc bien plutôt dans la classe des *défenses* que dans celle des *exceptions :* nous en dirions autant de l'autorité de la chose jugée.

(2) Voilà la véritable raison : il y avait encore tous les éléments nécessaires pour opérer la compensation, elle a donc pu avoir lieu.

(3) *V.* art. 2036, C. civ., ci-dessus, p. 47, note 2.

(4) *V.* art. 2223, C. civ. Même décision.

Art. 2223 : « Les juges ne peuvent « pas suppléer d'office le moyen résul- « tant de la prescription. »

Source : BIU Cujas

le débiteur fait de la dette ; comme la fin de non-recevoir n'avait point éteint la dette, on ne peut pas douter que le paiement ne soit valable.

Néanmoins si le débiteur, qui a payé la dette, était mineur, il pourrait se faire restituer contre le paiement, comme contre toutes les autres espèces de renonciations qu'il aurait pu faire aux fins de non-recevoir qui lui ont été acquises.

ART. II. — De la prescription trentenaire.

678. Régulièrement les actions qui naissent des créances doivent être intentées dans le temps de trente ans. Lorsque le créancier a laissé écouler ce temps sans intenter son action, le débiteur acquiert contre lui une prescription qui rend le créancier non recevable à la demander (1).

§ Ier. *Sur quelles raisons est-elle fondée ?*

679. Cette prescription est fondée : 1° sur une présomption de paiement ou de remise de la dette, qui résulte de ce laps de temps.

Comme il n'est pas ordinaire qu'un créancier tarde pendant un temps aussi considérable à se faire payer de ce qui lui est dû, et que les présomptions se tirent *ex eo quod plerumque sit* (Cujas, *in parat. ad tit. de Prob.*); les lois en ont tiré une présomption que la dette avait été acquittée ou remise.

D'ailleurs le soin que doit avoir un débiteur de conserver les quittances qui sont la preuve du paiement qu'il a fait, ne doit pas être éternel; et on doit fixer un temps, au bout duquel il ne soit plus obligé de les représenter.

2° Cette fin de non-recevoir est aussi établie comme une peine de la négligence du créancier. La loi lui ayant donné un temps pendant lequel il peut intenter l'action qu'elle lui donne pour se faire payer, il ne mérite plus d'être écouté, lorsqu'il a laissé passer ce temps.

§ II. *De quand, et contre qui court-elle ?*

680. Il résulte de ce qui vient d'être dit, que le temps de la prescription ne peut commencer à courir que du jour que le créancier a pu intenter sa demande : car on ne peut pas dire qu'il a tardé à l'intenter, tant qu'il ne pouvait pas l'intenter. De là cette maxime générale sur cette matière : *Contra non valentem agere, nulla currit præscriptio* (2).

De là il suit que le temps de la prescription ne peut courir, tant que l'action n'est pas encore ouverte, et que la créance est encore suspendue par une condition dont on attend l'existence (3).

Quoique le droit du créancier soit déjà formé et l'action née, s'il y a un terme pour le paiement, le temps de la prescription ne pourra commencer à

---

(1) *V.* art. 2262, C. civ.

Art. 2262 : « Toutes les actions, tant « réelles que personnelles, sont pre- « scrites 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. »

(2) Sur le véritable sens de cette maxime, voyez *Traité de l'Usufruit*, de M. Proudhon, tom. 4, n°s 2133 et suiv.

(3) Il serait contre toute raison de supposer qu'un débiteur, sous condition, a voulu se libérer en payant avant l'arrivée de la condition, alors qu'il ne devait encore rien, et qu'il était incertain s'il devrait jamais.

V. art. 2257, 1er et 2e alinéa, C. civ.

Art. 2257 : « La prescription ne « court point,—Al'égard d'une créance « qui dépend d'une condition, jusqu'à « ce que la condition arrive ; — A l'é- « gard d'une action en garantie, jus- « qu'à ce que l'éviction ait lieu ; — « A l'égard d'une créance à jour « fixe, jusqu'à ce que ce jour soit « arrivé. »

Source : BIU Cujas

courir que du jour de l'échéance de ce terme ; parce que le créancier ne pouvait pas plus tôt donner efficacement sa demande (1).

Lorsqu'une dette est payable en plusieurs termes, je ne vois aucun inconvénient à dire que le temps de la prescription commence à courir du jour de l'expiration du premier terme, pour la partie de la dette qui était payable à ce terme, et qu'il ne court pour les autres parties que du jour de l'expiration de chacun des autres termes auxquels elles sont payables.

Par exemple, si vous me deviez une somme de trois mille livres, payable en trois termes, d'année en année, dont le premier paiement dût être fait au 1er janvier 1735 ; le temps de la prescription commencerait à courir pour le tiers de la dette depuis ledit jour 1er janvier 1735 ; pour le deuxième tiers du 1er janvier 1736 ; pour le troisième tiers, du 1er janvier 1737 ; et la dette sera prescrite pour un tiers en 1765, pour un autre tiers en 1766, et pour le restant en 1767.

De notre principe, « que le temps de la prescription ne peut courir tant que le créancier n'a pu intenter sa demande », il suit encore que le temps de la prescription ne peut courir, tant que le mariage dure, contre les créances qu'une femme, quoique séparée de biens, a contre son mari ; car étant sous sa puissance, elle est pendant ce temps empêchée d'agir contre lui (2).

Il en est de même des créances et actions qu'elle aurait contre des tiers, si ces tiers avaient un recours contre le mari pour en être acquittés ; car, en ce cas, la femme est censée avoir été empêchée d'agir par son mari, qui avait intérêt de l'empêcher d'agir, à cause du recours que le débiteur avait contre lui (3).

Hors ce cas, le temps de la prescription court pendant le temps du mariage, contre les créances que la femme a contre des tiers (4).

Le temps de la prescription ne peut courir contre l'héritier bénéficiaire

---

(1) On ne doit pas présumer que le débiteur a payé avant le terme. *V.* art. 2257, 4e alinéa. *V.* note précédente.

(2) Elle n'est pas précisément *empêchée d'agir* contre son mari, car il est incontestable que si elle voulait agir, son action serait recevable ; mais la loi n'a pas voulu la mettre dans la nécessité d'agir judiciairement pour conserver son droit, à cause de la dépendance où elle se trouve ; d'ailleurs, si la prescription courait, il en résulterait indirectement des avantages irrévocables entre époux. *V.* art. 2253.

Art. 2253 : « (La prescription) ne « court point entre époux. »

(3) *V.* art. 2256, § 2°.

Art. 256 : « La prescription est pa- « reillement suspendue pendant le « mariage : — 1° Dans le cas où l'action « de la femme ne pourrait être exer- « cée qu'après une option à faire sur « l'acceptation ou la renonciation à la « communauté ; — 2° Dans le cas où le « mari, ayant vendu le bien propre de « la femme sans son consentement, « est garant de la vente et dans tous « les autres cas où l'action de la femme « réfléchirait contre le mari. »

Le motif de cette décision est évident, c'est celui donné par Pothier.

Mais comment concilier cette disposition avec la purge de l'hypothèque légale de la femme sur les immeubles de son mari ?

Il est évident que si la femme surenchérit l'acquéreur de l'immeuble du mari sera évincé, il aura donc recours contre le mari vendeur : il n'y a pas d'actes de la femme qui réfléchisse plus directement contre le mari : cependant si cette femme n'exerce pas de surenchère, la pratique la déclare déchue de son droit. Tout cela nous paraît inconciliable.

(4) *V.* art. 2254, C. civ.

Art. 2254 : « La prescription court « contre la femme mariée, encore « qu'elle ne soit point séparée par « contrat de mariage ou en justice, à « l'égard des biens dont le mari a l'ad- « ministration, sauf son recours con- « tre le mari. »

Source : BIU Cujas

pour les créances qu'il a contre la succession bénéficiaire, car il ne peut pas agir contre lui-même (1).

681. La prescription ne court pas contre les mineurs, quoiqu'ils aient un tuteur.

Ce n'est pas par la règle : *Contra non valentem agere non currit prescriptio*, puisqu'ils ont un tuteur qui peut intenter leurs actions pour eux : une faveur particulière que mérite cet âge, a fait excepter les mineurs de la loi de la prescription.

Les coutumes de Paris et d'Orléans en ont des dispositions : elles exceptent les mineurs de la loi de la prescription, en disant qu'elle court *entre âgés* (2).

Lorsque le créancier laisse des héritiers, dont les uns sont majeurs, et les autres mineurs ; si la créance a pour objet quelque chose de divisible, *naturâ aut saltem intellectu;* comme si c'est la créance d'un certain héritage ; le temps de la prescription, qui ne courra pas contre les mineurs pour leur part dans la créance, ne laissera pas de courir contre les majeurs, pour la part desdits majeurs.

Mais si la créance est indivisible, comme si j'avais promis à quelqu'un de constituer au profit de sa maison un droit de servitude ; tant qu'il y aura un de ses héritiers mineurs, le temps de la prescription ne courra point du tout, même contre les majeurs ; parce que la créance étant indivisible, non susceptible de parties, elle ne peut pas se prescrire pour partie : c'est en ce cas que l'on dit que le mineur relève le majeur *in individuis* (3).

682. Autre question : Le temps de la prescription court-il contre les insensés ?

Ces personnes sont pourvues de curateurs, ou elles ne le sont pas : lorsqu'elles ne le sont pas, elles sont dans le cas de la règle, *Contra non valentem, etc.*, et il n'est pas douteux, en ce cas, que la prescription ne peut courir contre elles.

La question tombe donc sur les insensés qui sont pourvus de curateurs.

Ce qu'on peut dire en leur faveur pour les excepter de la loi de la prescription, est que la loi en a excepté les mineurs, quoique pourvus de tuteurs : or ces personnes sont ordinairement comparées aux mineurs ; elles sont encore plus incapables qu'eux de veiller à la conservation de leurs biens ; leur état est digne de compassion, et de la protection des lois.

---

(1) *V.* art. 2258, 1er alinéa, C. civ.

Art. 2258 : « La prescription ne « court pas contre l'héritier bénéfi- « ciaire, à l'égard des créances qu'il a « contre la succession. — Elle court « contre une succession vacante, quoi- « que non pourvue de curateur. »

La raison donnée par Pothier ne nous paraît pas exacte, car l'héritier bénéficiaire peut agir contre la succession (art. 996, C. proc.).

Il vaut mieux dire qu'il n'a pas d'intérêt à agir puisqu'il est nanti de la succession sur laquelle il doit prendre pour se payer ; et, en outre, il y a un compte à régler entre lui et la succession dont il est administrateur.

Art. 996, C. proc. : « Les actions à in- « tenter par l'héritier bénéficiaire contre « la succession, seront intentées contre « les autres héritiers ; et s'il n'y en a « pas, ou qu'elles soient intentées par « tous, elles le seront contre un cura- « teur au bénéfice d'inventaire, nom- « mé en la même forme que le cura- « teur à la succession vacante. »

(2) *V.* art. 2252, Cod. civ.

Art. 2252 : « La prescription ne « court pas contre les mineurs et les « interdits, sauf ce qui est dit à l'art. « 2278 (des prescriptions *brevi tem- « pore* relatives à certaines actions), « et à l'exception des autres cas déter- « minés par la loi. »

(3) *V.* art. 710, C. civ.

Art. 710 : « Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel « la prescription n'ait pu courir, comme « un mineur, il aura conservé le droit « de tous les autres. »

Source : BIU Cujas

C'est pourquoi il semble que l'exception de la loi des prescriptions, qui a été accordée aux mineurs, doit être étendue à ces personnes. Catelan, **t. 11**, l. VII, 13, rapporte un arrêt de son parlement qui l'a ainsi jugé.

Les raisons qu'on peut apporter pour l'opinion contraire, sont que les lois, en exceptant les mineurs de la loi de la prescription, leur ont accordé en cela un privilége : or il est de la nature des priviléges accordés à un certain genre de personnes, de ne pas devoir s'étendre à d'autres, même sous prétexte de parité de raison.

On peut même dire qu'il n'y a pas entière parité de raison.

La loi a pu se porter plus facilement à excepter de la loi de la prescription le temps de la minorité, parce que ce temps a des bornes certaines; au lieu que la démence d'une personne durant ordinairement toute sa vie, qui peut aller jusqu'à des 80 ou 100 ans, la prescription si nécessaire pour la tranquillité des citoyens, serait souvent arrêtée pendant un temps trop considérable, si les insensés étaient exceptés de la loi de la prescription.

Ajoutez que les mineurs étant l'espérance de l'Etat, il y a une raison de leur subvenir, qui ne milite pas à l'égard des autres personnes.

On peut appuyer cette opinion de l'autorité de la glosse sur le chap. 13, *Extrav., de Præscr.*, qui, en rapportant tous ceux contre qui la prescription ne court pas, n'y comprend pas les insensés.

Bretonnier sur Henrys, **t. 2, IV. 21**, paraît incliner à ce sentiment (1).

683. Lorsqu'une personne est absente dans un pays très éloigné, par exemple, aux grandes Indes; quoique la personne qui était chargée de sa procuration dans sa patrie soit morte, et qu'il n'y ait plus personne qui veille à ses affaires, le temps de la prescription ne laisse pas de courir contre elle : elle n'est pas pour cela dans le cas de la règle, *Contrà non valentem etc.*; car, quelque éloignée qu'elle soit, il ne lui est pas impossible de s'informer des nouvelles de son pays, et d'envoyer une procuration à une autre personne à la place de celle qui est morte : *Voyez* Catelan, *à l'endroit cité*.

Il peut néanmoins se rencontrer des circonstances dans lesquelles un absent a été dans une véritable impuissance; et lorsque cela est évidemment justifié, on peut lui subvenir, en lui appliquant la règle, *Contrà non valentem, etc.*

684. Le temps de la prescription court contre une succession, quoique vacante, abandonnée et destituée de curateur; car les créanciers de cette succession, qui sont ceux qui ont intérêt à la conservation des droits de cette succession, étaient à portée de faire nommer un curateur à cette succession; c'est pourquoi ils ne peuvent se servir de la règle (2), *Contrà non valentem, etc.*

Henrys a pensé que la prescription ne devait pas courir contre les droits d'une succession, pendant que l'héritier a usé du délai que l'ordonnance lui accorde pour délibérer.

Cette opinion n'a pas eu de sectateurs : l'héritier, pendant ce temps, avait le pouvoir, sans être tenu pour cela de prendre qualité, d'exercer tous les actes conservatoires, et d'interrompre les prescriptions : il n'est donc pas dans le cas de la règle (3), *Contrà non valentem etc.*,

---

(1) L'art. 2252, C. civ., ci-dessus, p. 376, note 2, ne laisse aucun doute à cet égard ; mais il ne parle que des *interdits*, il faut donc que l'interdiction ait été prononcée, pour que la prescription soit suspendue.

(2) L'art. 2251 ne permet plus l'appréciation de telles ou telles circonstances : Art. 2251 : « La prescription court « contre toutes personnes, à moins « qu'elles ne soient dans quelque ex- « ception établie par une loi. »

(3) *V.* art. 2258, 2e alinéa, C. civ. (ci-dessus, p. 376, note 1), et 2259, C. civ. Art. 2259 : « (La prescription) court « pendant les trois mois pour faire in- « ventaire, et les quarante jours pour « délibérer. »

Source : BIU Cujas

685. La prescription a lieu, même contre les fermiers du roi, pour les créances dépendant des droits qui leur sont affermés.

Nec obstat qu'il n'y a pas de prescription contre le roi; car cette maxime ne concerne que le fonds du domaine du roi, qui est imprescriptible : mais les créances des fermiers du roi, qui concernent les droits qui leur sont affermés, ne sont pas le fonds du domaine du roi; elles n'en sont que les fruits, et les fruits sont le bien des fermiers (1).

Le roi, à la vérité, n'est pas lui-même sujet à aucune loi humaine (2), ni par conséquent à celle de la prescription, mais ses fermiers sont sujets à ces lois, et par conséquent à celle de la prescription comme à toutes les autres; et ils doivent intenter leurs demandes dans le temps prescrit par les lois.

686. La prescription de trente ans n'a pas lieu contre l'Eglise, mais seulement celle de quarante ans (3), dont nous parlerons *infrà*.

Observez que c'est l'Eglise, plutôt que la personne du bénéficier, qu'on a exemptée de la prescription de trente ans.

C'est pourquoi cette prescription n'est rejetée que lorsqu'il s'agit du fonds même de la créance : mais les arrérages des rentes dues à l'église, les fermes, les profits, soit féodaux ou censuels, et autres semblables créances, qui concernent plutôt l'utilité personnelle du bénéficier que l'Eglise même, sont sujettes à la prescription de trente ans.

Lorsque l'Eglise succède à la créance d'un particulier, elle doit user du même droit que ce particulier, pour le temps que la créance a appartenu à ce particulier, selon cette règle : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

Le temps de la prescription ne doit donc être augmenté qu'à proportion du temps qui restait à écouler, lorsque l'Eglise a succédé à un particulier.

C'est pourquoi, de même qu'on ajoute dix ans au temps de la prescription ordinaire de trente ans, qui est le tiers en sus du temps de la prescription, lorsqu'elle a commencé à courir contre l'Eglise; de même lorsqu'elle a commencé à courir contre un particulier à qui l'Eglise a succédé, on doit ajouter au temps de la prescription, le tiers en sus du temps qui restait à courir lorsque l'Eglise a succédé à ce particulier.

Par exemple, s'il s'était déjà écoulé quinze ans contre le particulier, depuis que le temps de la prescription a commencé à courir, il ne faudrait pas ajouter dix ans aux quinze qui restaient à écouler, mais seulement cinq ans, tiers des quinze qui restaient, et la prescription sera accomplie au bout de trente-cinq ans.

Vice versâ, lorsqu'un particulier a acquis une créance de l'Eglise, le particulier doit jouir, pour le passé, du privilége de l'Eglise, quant à la prescription de quarante ans; et le temps de la prescription ne doit être réduit à la prescription de trente ans, que pour l'avenir.

---

(1) *V.* art. 2227, C. civ.

Art. 2227 : « L'Etat, les établissements publics et les communes sont « soumis aux mêmes prescriptions que « les particuliers, et peuvent également les opposer. »

Art. 3 de la loi du 2 mars 1832, sur la liste civile : « Les biens meubles et « immeubles de la couronne sont inaliénables et imprescriptibles, etc. »

(2) Voilà une bien singulière proposition : elle fut sans doute inventée par ces lâches courtisans:

« Détestables flatteurs, présent le plus funeste
« Que puisse faire aux rois la colère céleste.
« Bientôt ils vous diront que les plus saintes lois,
« Maîtresses du vil peuple, obéissent aux rois ;
« Qu'un roi n'a d'autre frein que sa volonté même ;
« Qu'il doit immoler tout à sa grandeur suprême ;
« Qu'aux larmes, au travail, le peuple est condamné,
« Et d'un sceptre de fer veut être gouverné ;
« Que, s'il n'est opprimé, tôt ou tard il opprime,
« Ainsi de piége en piége et d'abîme en abîme,
« Corrompant de vos mœurs l'aimable pureté,
« Ils vous feront enfin haïr la vérité,
« Vous peindront la vertu sous une affreuse image.
« Hélas ! ils ont des rois égaré le plus sage. »

Racine est ici plus sensé que Pothier: le poëte l'emporte sur le jurisconsulte.

(3) *V.* art. 2227, C. civ., ci-dessus, note 1.

Source : BIU Cujas

Par exemple, s'il s'était écoulé vingt ans contre l'Eglise, lorsque le particulier a acquis de l'Eglise, le temps de vingt années n'étant que la moitié de celui qui est nécessaire contre l'Eglise, il faudrait, pour l'accomplissement de la prescription, l'autre moitié du temps, non pas de celui qui est nécessaire contre l'Eglise, mais de celui qui est nécessaire contre les particuliers; c'est-à-dire qu'il faudrait encore quinze ans.

Le temps de la prescription contre les particuliers étant moindre d'un quart que celui de la prescription contre l'Eglise; lorsqu'un particulier succède à l'Eglise, on doit soustraire le quart du temps qui serait resté à courir contre l'Eglise; si la créance eût toujours continué à lui appartenir.

C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, nous avons soustrait cinq ans du temps de vingt qui restait à courir contre l'Eglise, lorsque le particulier a succédé l'Eglise (1).

Les communautés séculières ont le même privilége que l'Eglise, et on ne prescrit contre elles que par quarante ans; Tronçon sur Paris, Lemaître, etc.

§ III. *De l'effet de la prescription trentenaire.*

687. L'effet de la prescription est que, lorsqu'elle est accomplie, le débiteur contre qui le créancier formerait une demande depuis l'accomplissement de la prescription, peut, en opposant au créancier cette prescription, le faire déclarer non recevable en sa demande.

688. Le créancier pourrait-il au moins, en ce cas, déférer au débiteur le serment sur le paiement?

Non : car cette prescription n'est pas seulement établie sur la présomption de paiement qui résulte du long temps qui s'est écoulé; elle est établie encore comme une peine de la négligence du créancier.

La loi ayant limité le temps de la durée de l'action qu'elle donne, après l'expiration de ce temps, le créancier conserve bien sa créance, si elle n'a pas été acquittée, mais il n'a plus d'action : il n'a plus *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, et par conséquent il n'a plus le droit d'exiger de son débiteur le serment qui fait partie de ce droit d'action (2).

689. La prescription, soit commencée, soit accomplie contre le créancier, a effet contre ses héritiers et autres successeurs, soit à titre universel, soit à titre singulier, de telle manière qu'il ne leur reste plus pour demander le paiement de la créance, que le temps qui restait au créancier, lorsqu'ils lui ont succédé; et si elle a été accomplie contre le créancier, la même fin de non-recevoir qui avait lieu contre lui, doit avoir lieu contre eux.

Cela est évident; car, étant aux droits du créancier, tenant de lui tout le droit qu'ils pouvaient avoir, ils ne peuvent pas en avoir plus qu'il n'en avait lui-même : *Nemo plus juris in alium potest transferre*, etc.

690. Il y a plus de difficulté à l'égard d'un substitué.

Le temps de la prescription, qui a couru avant l'ouverture de la substitution contre l'héritier, pour une créance de la succession qui fait partie des biens

---

(1) Toutes ces questions ne peuvent se présenter aujourd'hui.

(2) C'est que la loi veut que la prescription, invoquée par le débiteur, soit par elle-même un mode de libération; nous ne comprenons pas ce que Pothier veut dire par ces expressions : *Le créancier conserve bien sa créance..., mais il n'a pas d'action.* Si la prescription est une manière d'éteindre les obligations (art. 1234, ci-dessus, p. 106, note 3; 2219, C. civ.), de se libérer, il nous paraît évident que le créancier ne conserve pas sa créance.

Art. 2219 : « La prescription est « un moyen d'acquérir ou de se libé- « rer par un certain laps de temps, et « sous les conditions déterminées par « la loi. »

Source : BIU Cujas

compris en la substitution, peut-il, après l'ouverture de la substitution, être imputé à ce substitué ?

La raison de douter est que ce substitué ne tient pas son droit aux biens substitués de celui qui était grevé de substitution à son profit, et contre qui le temps de la prescription a couru.

Néanmoins il faut décider que la prescription, soit commencée, soit accomplie contre le grevé, a pareillement effet contre lui : car, quoique le substitué ne tienne pas son droit du grevé, mais du testateur qui a fait la substitution ; néanmoins cette créance passe de la personne du grevé en celle du substitué ; et elle n'y peut passer que telle qu'elle se trouve, et par conséquent prescrite en partie ou entièrement, si elle l'a été du vivant du grevé : le grevé ayant été le vrai créancier jusqu'à l'ouverture de la substitution, c'est contre lui qu'a dû courir et qu'a couru véritablement le temps de la prescription : le grevé n'aurait pas pu *faciendo*, en disposant de cette créance, la transportant, l'hypothéquant (1), préjudicier au substitué, parce qu'il ne peut la transporter que telle qu'il l'a, et par conséquent *cum causâ fideicommissi*, avec la charge de la substitution : mais il peut *non faciendo, non utendo*, laisser périr l'action qui dépendait de cette créance.

C'est la disposition précise de la loi 70, § *fin.* ff. *ad Trebell. Si temporalis actio in hæreditate relicta fuerit; tempus quo hæres experiri ante restitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui restituta fuerit.*

Il est vrai que cette loi ne parle que des actions annales ; parce qu'au temps du jurisconsulte de qui est cette loi, les actions ordinaires n'étaient sujettes à la prescription d'aucun laps de temps : mais depuis qu'elles ont été assujetties à la prescription de trente ans, il y a même raison de le décider.

C'est aussi l'avis de Ricard, *Traité des Substitutions*, p. 2, ch. 13, nos 93 et 94.

691. La prescription n'a pas seulement effet dans le for extérieur ; elle peut quelquefois avoir effet dans le for de la conscience : le débiteur, qui ne peut ignorer qu'il n'a pas payé, ne peut, à la vérité, dans le for de la conscience, avoir recours à la prescription ; et c'est pour cela qu'elle est appelée *improborum præsidium ;* mais comme la prescription forme une présomption que la dette a été acquittée, les héritiers du débiteur peuvent, même dans le for de la conscience, présumer que la dette a été acquittée, et se servir en conséquence de la prescription, lorsqu'ils n'ont pas une connaissance, ou un juste sujet de croire que la dette n'a pas été acquittée.

§ IV. *Comment s'interrompent les prescriptions qui ne sont pas encore accomplies.*

692. Le temps de la prescription s'interrompt, ou par la reconnaissance que le débiteur fait de la dette, ou par l'interpellation judiciaire qui lui est faite.

Par quelque acte que le débiteur reconnaisse la dette, cet acte interrompt le temps de la prescription (2), soit que cet acte soit passé avec le créancier, soit qu'il soit passé sans lui.

Par exemple, si, dans l'inventaire des biens du débiteur, la dette est comprise parmi le passif, cet inventaire, quoiqu'il ne soit pas fait avec le créancier, est un acte récognitif de la dette (3), qui interrompt le temps de la prescription.

---

(1) On ne peut pas hypothéquer une créance.

(2) *V.* art. 2248, C. civ.

Art. 2248 : « La prescription est interrompue par la reconnaissance « que le débiteur ou le possesseur fait « du droit de celui contre lequel il pre- « scrivait. »

(3) Il faut supposer que l'inventaire est fait à la requête ou du débiteur ou

Source : BIU Cujas

693. Vis-à-vis du débiteur, il n'importe que l'acte récognitif de la dette soit devant notaire, ou sous signature privée : mais vis-à-vis des tiers qui auraient intérêt que la créance fût prescrite, l'acte récognitif de la créance, lorsqu'il est sous signature privée, ne sera d'aucune utilité au créancier, s'il n'a acquis une date antérieure à l'accomplissement du temps de la prescription (1), date qui soit constatée ou par le contrôle, ou par le décès de quelqu'un de ceux qui l'on souscrit : car, sans cela, les actes sous signatures privées n'ont de date vis-à-vis des tiers, que du jour qu'ils sont représentés ; ce qui a été introduit pour empêcher les fraudes auxquelles la facilité d'antidater pourrait donner lieu.

694. La reconnaissance verbale qu'aurait faite le débiteur de la dette, lorsqu'elle excède 100 livres, ne peut guère être d'aucune utilité au créancier, parce que, suivant l'ordonnance de 1667, on n'est pas admissible à la preuve testimoniale de toutes choses dont l'objet excède 100 livres, et dont on a pu se procurer une preuve par écrit (2).

Je pense néanmoins qu'il serait recevable à déférer au débiteur le serment, « s'il n'a point effectivement reconnu la dette dans le temps, et de la manière qu'on lui soutient qu'il l'a fait.» *Nec obstat* que le créancier, après le temps de la prescription accompli, ne peut pas déférer le serment au débiteur sur le paiement, comme nous l'avons décidé ci-dessus.

La différence est, qu'étant avoué par les parties que le temps de la prescription est accompli, il demeure pour constant que le créancier n'a plus d'action, et que par conséquent il n'a pas droit de déférer le serment. Mais, dans cette espèce, il n'est pas avoué entre les parties que le temps de la prescription est accompli, et que le créancier n'a plus d'action : le créancier soutient au contraire qu'il y a eu interruption.

Il est vrai que c'est à lui à le prouver ; *nam incumbit onus probandi, ei qui dicit :* mais *inopiâ probationis*, il peut sur se fait déférer le serment (3).

Si la dette n'excédait pas 100 livres, je pense que le créancier pourrait être admis à la preuve testimoniale, « que le débiteur a en tel temps reconnu la dette, et promis de payer.»

695. Le paiement des arrérages que fait le débiteur d'une rente, est une reconnaissance de cette rente : mais comme les quittances sont par devers le débiteur, cette reconnaissance n'est ordinairement d'aucune utilité au créancier qui ne peut la justifier (4), à moins qu'il ne tire de son débiteur des contre-quittances, ou que les quittances ne soient passées par-devant notaire, et qu'il n'en reste minute.

Le journal du créancier sur lequel il aurait inscrit les paiements qui lui auraient été faits, ne peut servir de preuve pour lui, qu'il a reçu lesdits paie-

---

de l'héritier du débiteur, et cette reconnaissance n'aura pas d'effet contre les héritiers qui ne figuraient pas dans l'inventaire.

(1) Cette décision nous paraît fort douteuse, au moins à l'égard des créanciers cédulaires, car la reconnaissance, quoique n'ayant pas date certaine, serait, au besoin, constitutive d'une nouvelle dette, qui aurait une cause très légitime : et des créanciers cédulaires plus anciens ne peuvent pas écarter des créanciers plus récents.

(2) *Voyez* article 1341 du Code civil, ci-dessus rapporté, page 12, note 6.

(3) *V.* art. 1358, C. civ.

Art. 1358 : « Le serment décisoire « peut être déféré sur quelque espèce « de contestation que ce soit. »

(4) C'est pour cela que le créancier peut exiger titre nouvel. *V.* art. 2263, C. civ.

Art. 2263 : « Après vingt-huit ans « de la date du dernier titre, le débi- « teur d'une rente peut être contraint « à fournir à ses frais un titre nouvel « à son créancier ou à ses ayants « cause. »

Source : BIU Cujas

ments, parce qu'on ne peut se faire soi-même une preuve pour soi-même; L. 5, Cod. *de Probat.*

Si la rente était due à une communauté, comme à un corps de ville, ou à une fabrique, je pense que les comptes solennellement rendus, dans lesquels le receveur se serait chargé desdits paiements, doivent faire foi desdits paiements, et par conséquent de l'interruption de la prescription. Car il n'est pas vraisemblable qu'un receveur, s'il n'eût pas effectivement reçu ces arrérages, eût été assez dupe pour s'en charger en recette, et pour s'obliger par là à les payer à la place du débiteur.

D'ailleurs, soit que le débiteur ait effectivement payé les arrérages de cette rente, soit que, sans qu'il les ait payés, le receveur s'en soit chargé en recette comme s'il les avait reçus, et en ait fait raison, en l'un et l'autre cas, la ville à qui la rente est due, a reçu lesdits arrérages, et a été servie de sa rente. Il ne peut donc pas y avoir lieu à la prescription (1); elle n'a lieu que lorsque le créancier n'a pas été servi, et qu'il n'a pas fait des diligences pour l'être.

C'est la jurisprudence du Châtelet d'Orléans.

696. La seconde manière dont s'interrompt le temps de la prescription, est l'interpellation judiciaire faite au débiteur.

Cette interpellation judiciaire, lorsque le titre de créance est exécutoire, se fait par un commandement de payer signifié au débiteur; ou, lorsque le titre n'est pas exécutoire, par un exploit d'assignation qui lui est donné (2).

Comme l'un et l'autre se font par le ministère d'un sergent, qui est un officier de justice, l'un et l'autre acte contiennent une interpellation *judiciaire.*

L'un et l'autre acte interrompent le temps de la prescription, pourvu qu'ils soient revêtus de toutes les formalités dont ces actes doivent être revêtus, à peine de nullité. Si l'un de ces actes était nul par l'omission de quelque formalité, il ne pourrait interrompre la prescription (3), suivant la règle : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

Un ajournement donné devant un juge incompétent, dans la rigueur des principes, n'interrompt pas la prescription : néanmoins lorsque la compétence a pu être douteuse, la Cour, en prononçant sur l'incompétence du juge devant qui l'assignation est donnée, renvoie quelquefois les parties devant le juge qui doit connaître de l'affaire, avec cette clause, *pour y procéder en l'état qu'elles étaient lors de l'ajournement;* Imbert, 1, 22, 7 et 8.

Dumoulin, *in styl. parlam.,* p. 7, art. 102, cite un arrêt du 17 juillet 1515, qui renvoie avec cette clause devant le juge d'Angers, une assignation qui avait été donnée par erreur devant celui de Saumur (4).

Il y a cette différence entre le commandement et l'exploit d'assignation, que celui-ci est sujet à péremption, par la discontinuation de la procédure sur l'assignation pendant le temps de trois ans; et lorsque la péremption a été déclarée acquise, cet exploit d'assignation est regardé comme non avenu, et ne peut plus avoir l'effet d'avoir interrompu le temps de la prescription (5).

---

(1) La première considération invoquée par Pothier nous paraît préférable à ce dilemme. Car le fait d'un tiers ne peut pas ainsi perpétuer l'obligation du débiteur.

(2) *V.* art. 2244, C. civ.

Art. 2244 : « Une citation en justice, « un commandement ou une saisie, « signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forme l'interruption civile. »

(3) « Si l'assignation est nulle par « défaut de forme.... l'interruption est « regardée comme non avenue », dit l'art. 2247, C. civ.

(4) *V.* art. 2246, C. civ.

Art. 2246 : « La citation en justice « donnée même devant un juge incom- « pétent, interrompt la prescription. »

(5) « S'il laisse périmer l'instance... « l'interruption est regardée comme « non-avenue. » (Art. 2247, C. civ.)

Source : BIU Cujas

Au contraire, le simple commandement ne formant point une instance, n'est point sujet à la péremption des instances (1); et quand même il ne serait suivi d'aucunes procédures, il conserve son effet d'interrompre le temps de la prescription, et perpétue l'action du créancier pendant trente ans, du jour de sa date.

697. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, la reconnaissance de l'un d'eux, ou l'interpellation judiciaire faite à l'un d'eux, interrompt la prescription à l'égard de tous les autres (2).

C'est ce que décide Justinien, en la loi *fin.* Cod. *de Duobus reis*, comme nous l'avons déjà vu *suprà*, n° 272.

Il n'en est pas de même de plusieurs héritiers du même débiteur.

La reconnaissance que l'un d'eux fait de la dette, ou l'interpellation faite à l'un d'eux, n'interrompt le temps de la prescription que pour la part dont il est personnellement débiteur, et n'empêche pas la prescription de la part due par l'autre héritier, qui n'a ni reconnu la dette, ni été interpellé judiciairement : car une dette pouvant s'éteindre pour partie, elle peut aussi se prescrire pour partie.

Cela a lieu, quand même la dette serait une dette hypothécaire, dont chacun des héritiers serait tenu hypothécairement pour le total. Car chacun de ces héritiers n'étant tenu personnellement de la dette que pour sa part, quoiqu'il en soit tenu hypothécairement pour le total, le créancier, par l'interpellation qu'il a faite à l'un desdits héritiers, n'a usé de son droit d'action personnelle que pour la part dont ledit héritier interpellé était tenu de la dette; et il n'a usé de son droit d'hypothèque que sur la part des biens échus à cet héritier interpellé : mais il n'a pas usé de son droit d'action personnelle pour les parts dont les autres héritiers non interpellés étaient tenus, ni de son droit d'hypothèque sur la part des biens échus auxdits héritiers non interpellés.

Par conséquent la prescription est acquise auxdits héritiers non interpellés, tant contre l'action personnelle que le créancier avait contre eux pour les parts dont ils étaient tenus de la dette, que contre l'hypothèque qu'il avait sur la part des biens qui leur est échue.

Quelqu'un fera peut-être cette objection : Pourquoi, dira-t-il, l'interpellation que je fais à l'un des détenteurs de biens hypothéqués à ma créance, n'interrompt-elle pas le temps de la prescription contre les autres détenteurs de biens hypothéqués à la même créance, de même que l'interpellation judiciaire

---

(1) *V.* cependant l'art. 674, C. proc.

Art. 674 : « La saisie immobilière « ne pourra être faite que trente jours « après le commandement; si le créan- « cier laisse écouler plus de quatre- « vingt-dix jours entre le commande- « ment et la saisie, il sera tenu de le « réitérer dans les formes et avec les « délais ci-dessus. »

(2) *V.* art. 2249, C. civ., même décision.

Art. 2249 : « L'interpellation faite « conformément aux articles ci-dessus, « à l'un des débiteurs solidaires, ou sa « reconnaissance, interrompt la pre- « scription contre tous les autres, même « contre leurs héritiers.—L'interpella- « tion faite à l'un des héritiers d'un « débiteur solidaire, ou la reconnais- « sance de cet héritier, n'interrompt « pas la prescription à l'égard des au- « tres cohéritiers, quand même la « créance serait hypothécaire, si l'obli- « gation n'est indivisible. — Cette in- « terpellation ou cette reconnaissance « n'interrompt la prescription, à l'égard « des autres codébiteurs, que pour la « part dont cet héritier est tenu. — « Pour interrompre la prescription « pour le tout, à l'égard des autres co- « débiteurs, il faut l'interpellation faite « à tous les héritiers du débiteur dé- « cédé, ou la reconnaissance de tous « ces héritiers. »

Source : BIU Cujas

faite à l'un des débiteurs solidaires, interrompt le temps de la prescription de ma créance contre les autres débiteurs solidaires?

La réponse est que le droit de créance personnelle que j'ai contre plusieurs débiteurs solidaires, est un seul et même droit personnel qui réside dans ma personne.

C'est pourquoi, en interpellant l'un des débiteurs, j'use de mon droit pour le total, et j'interromps le temps de la prescription, non-seulement contre le débiteur que j'ai interpellé, mais contre les autres : car le droit que j'ai contre eux n'étant pas un droit différent, mais étant précisément le même que celui que j'ai contre celui que j'ai interpellé; en usant pour le total du droit que j'ai contre lui, j'ai usé de celui que j'ai contre eux.

Au contraire, les droits d'hypothèque que j'ai dans les différents biens hypothéqués à ma créance, sont des droits *réels;* droits par conséquent qui résident dans les différentes choses dans lesquelles j'ai lesdits droits d'hypothèque, et qui sont par conséquent aussi distingués les uns des autres, que les choses dans lesquelles ces droits résident sont distinguées les unes des autres.

Par exemple, lorsque la maison A et la maison B me sont hypothéquées pour une certaine créance, le droit d'hypothèque que j'ai dans la maison A, est un droit aussi différent de celui que j'ai dans la maison B, que la maison A est différente de la maison B. Lorsque, par une action hypothécaire que je donne contre le possesseur de la maison A, j'use du droit d'hypothèque que j'ai dans cette maison, je n'use pas pour cela du droit d'hypothèque que j'ai dans la maison B, et par conséquent cette action ne peut interrompre la prescription de l'hypothèque que j'ai dans la maison B.

Suivant ces principes, l'action hypothécaire que je donne contre l'un des héritiers de mon débiteur, n'interrompt la prescription que de mes droits d'hypothèque dans la part des biens que cet héritier a de la succession de mon débiteur; mais elle n'interrompt pas la prescription des droits d'hypothèque que j'ai dans les parts des autres héritiers.

Lorsque la dette est d'une chose indivisible, tel qu'est un droit de servitude prédiale, chacun des héritiers étant, en ce cas, débiteur personnel du total, l'interruption de la prescription, à l'égard de l'un, doit interrompre à l'égard de l'autre : *secùs,* lorsque la chose due est susceptible de parties au moins intellectuelles.

L'interpellation judiciaire faite à l'un des débiteurs solidaires, interrompt la prescription, non-seulement contre les autres débiteurs solidaires, mais pareillement contre les héritiers des autres débiteurs solidaires; il y a même raison.

Pareillement, l'interpellation judiciaire faite à tous les héritiers de l'un des débiteurs solidaires, interrompt la prescription contre tous les autres débiteurs solidaires.

Mais l'interpellation judiciaire faite à l'un des héritiers de l'un des débiteurs solidaires d'une dette divisible, n'interrompt la prescription contre les autres débiteurs solidaires, que pour la part dont cet héritier interpellé était tenu de la dette.

Putà, si j'avais deux débiteurs solidaires, dont l'un a laissé quatre héritiers, l'interpellation faite à l'un de ces héritiers n'interromprait la prescription contre l'autre débiteur solidaire, que pour le quart de la dette dont était tenu l'héritier qui a été interpellé : car, en interpellant cet héritier, qui n'était tenu que pour un quart de la dette, je n'ai usé de mon droit que pour le quart; par conséquent la prescription est acquise pour le surplus à l'autre codébiteur solidaire; et elle est acquise entièrement aux cohéritiers de celui qui a été interpellé, n'ayant pas usé de mon droit et de mon action pour les portions dont chacun d'eux était tenu (1).

---

(1) L'art. 2249 ci-dessus cité est le résumé de tout ce numéro de Pothier.

Source : BIU Cujas

698. C'est une question controversée entre les auteurs, si l'interpellation judiciaire faite au débiteur principal, ou la reconnaissance de la dette par lui faite, interrompt la prescription contre ses cautions (1).

Bruneman, *eâd. L. fin.* Cod. *de Duob. reis,* et les docteurs par lui cités, et entre les modernes, Catelan, tiennent l'affirmative. Ils prétendent que la même raison qui a porté Justinien à le décider à l'égard des codébiteurs solidaires, se trouve militer à l'égard des cautions.

Cette raison est que la créance d'un créancier contre plusieurs débiteurs solidaires, étant une seule et même créance, lorsqu'il a interpellé judiciairement l'un d'eux, ceux qui n'ont pas été interpellés ne peuvent pas dire à ce créancier qu'il n'a pas usé de la créance qu'il a contre eux, puisque celle qu'il a contre eux est la même que celle dont il a usé en interpellant l'un d'eux.

Or, disent ces auteurs, la même raison milite à l'égard des cautions : la créance que le créancier a contre eux est celle qu'il a contre le débiteur principal, à l'obligation duquel les cautions n'ont fait qu'accéder : d'où il suit que le créancier, en usant de la créance qu'il a contre le débiteur principal, par l'interpellation judiciaire qu'il lui a faite, a usé de la créance qu'il a contre les cautions, puisque c'est la même.

On ajoute que, si Justinien n'a pas parlé des cautions, c'est qu'elles sont, quant à ce point, comprises sous le mot de *correi*, puisqu'elles sont *rei ejusdem obligationis :* elles sont codébitrices du débiteur principal, non pas, à la vérité, *co-débitrices principales*, mais codébitrices accessoires de la même obligation.

Duperrier, et les auteurs par lui cités, tiennent la négative : ils disent qu'il y a une grande différence entre des cautions et des codébiteurs solidaires.

Lorsque j'ai vendu une chose à plusieurs acheteurs, qui se sont solidairement obligés envers moi au paiement du prix, la créance que j'ai contre chacun de ces codébiteurs solidaires, est une seule et même créance, qui a la même cause, et d'où il ne naît qu'une seule et même action, qui est l'action *ex vendito,* que j'ai contre chacun d'eux : d'où il suit qu'en usant de ma créance, par l'interpellation judiciaire que je fais à l'un d'eux, j'use de la créance que j'ai contre tous les autres codébiteurs que je n'ai pas interpellés, parce que c'est la même créance que j'ai contre tous.

Il n'en est pas de même, disent-ils, du débiteur principal et de ses cautions.

La créance que j'ai contre le débiteur principal, et celle que j'ai contre les cautions, sont bien les créances d'une seule et même chose : c'est pourquoi le paiement réel ou fictif de l'une acquitte les autres. Mais quoique ces créances soient les créances d'une seule et même chose, elles ne laissent pas d'être des créances distinctes les unes des autres, qui naissent de contrats différents, et qui produisent différentes actions.

Par exemple, lorsque j'ai vendu une chose à quelqu'un pour le prix d'une certaine somme pour laquelle il m'a donné caution, la créance que j'ai contre l'acheteur, et celle que j'ai contre la caution, sont, à la vérité, des créances d'une seule et même chose ; mais elles ne laissent pas d'être des créances distinctes l'une de l'autre. Celle que j'ai contre le débiteur principal est une créance qui résulte d'un contrat de vente, et d'où naît l'action *ex vendito* : celle que j'ai contre la caution est une créance qui résulte du cautionnement qu'elle m'a subi. Ce cautionnement est une convention différente du contrat de vente, d'où naît une action différente, qui est l'action *ex stipulatu.* Ces créances étant des créances distinguées, lorsque le créancier a usé de sa créance contre l'acheteur débiteur principal, par l'interpellation judiciaire qu'il lui a faite, on ne peut pas dire qu'il ait usé de la créance qu'il avait con-

(1) *V.* art. 2250, C. civ., qui tranche la question.

Art. 2250 : « L'interpellation faite « au débiteur principal, ou sa recon- « naissance, interrompt la prescription « contre la caution. »

Source : BIU Cujas

tre la caution ; et par conséquent cette interpellation n'interrompt pas la prescription de la dette de la caution.

Ces auteurs tirent argument de la loi *fin.* Cod. *de Duob. reis.*

Cette loi, en décidant que la reconnaissance de l'un des débiteurs, ou l'interpellation qui lui est faite, interrompt contre tous les autres, en apporte cette raison : *Quum ex unâ stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eâdem actione apparuit.*

Or, disent-ils, les cautions ne se trouvent pas dans les termes de la loi ; car les cautions, quoique débitrices de la même chose que le débiteur principal, sont débitrices en vertu d'un autre contrat ; et l'action qu'a le créancier contre elles, est différente de celle qu'il a contre le débiteur principal.

On peut répliquer que le cautionnement est un contrat purement accessoire : les fidéjusseurs ne font autre chose qu'accéder, par ce contrat, à la dette du débiteur principal. Ce contrat ne forme pas proprement une nouvelle créance ; il ne fait que donner au créancier de nouveaux débiteurs qui accèdent à la dette du débiteur principal : la créance que le créancier a contre eux est la même créance qu'il a contre le débiteur principal.

Quant à ce qu'on oppose, « que par le droit romain le créancier avait contre les cautions une action *ex stipulatu*, qui est une action différente de celle qu'il avait contre le débiteur principal, » je réponds qu'il n'en faut pas conclure que la créance contre la caution fût une créance différente de celle contre le débiteur principal : la stipulation d'où naissait l'action *ex stipulatu*, n'était pas par elle-même un titre de créance, c'en était plutôt la corroboration ; ce n'était qu'un acte corroboratif des différentes conventions auxquelles on la faisait intervenir (1).

La stipulation par laquelle se contractait le cautionnement ne formait donc pas une nouvelle créance ; elle ne faisait que corroborer la créance que le créancier avait déjà, et y faisait accéder les cautions.

§ V. *Comment se couvrent les prescriptions accomplies.*

699. La prescription, quoiqu'accomplie, se couvre lorsque le débiteur a reconnu la dette, bien que ce soit depuis l'accomplissement de la prescription (2). Cette reconnaissance l'exclut de pouvoir opposer au créancier la fin de non-recevoir qui résultait de l'accomplissement du temps de la prescription, et par conséquent la couvre et l'anéantit.

Il y a une grande différence entre la reconnaissance qui se fait après le temps accompli de la prescription, à l'effet de couvrir la prescription, et celle qui se fait auparavant, à l'effet seulement de l'interrompre.

Celle-ci peut se faire non-seulement par le débiteur lui-même, mais encore par un tuteur, un curateur, un fondé de pouvoir général de ce débiteur : elle peut se faire par le débiteur lui-même, quoique mineur, sans qu'il puisse être restitué contre.

Au contraire, la reconnaissance qui se ferait de la dette après le temps de la prescription accompli, à l'effet de couvrir la dette, ne peut se faire que par le débiteur lui-même ; et il faut qu'il soit majeur, sans quoi il serait restituable contre cette reconnaissance : elle ne peut se faire par un tuteur, par un curateur, par un procureur dont le pouvoir ne serait pas spécial *ad hoc*, mais seulement général.

---

(1) Pothier peut avoir raison quant à la stipulation *fidejussionis causâ* : mais dans les autres cas, la stipulation était bien, par elle-même, une cause productive de créance.

(2) Puisque la prescription n'opère son effet qu'autant qu'elle est invoquée par le débiteur, il s'ensuit qu'elle n'est point accomplie par le seul laps de temps, et que la reconnaissance que le débiteur fait de la dette, même après l'expiration du temps exigé, empêche la prescription de s'accomplir.

Source : BIU Cujas

La raison est que cette reconnaissance qui se fait après le temps de la prescription accompli, à l'effet de la couvrir, renferme une aliénation gratuite du droit de fin de non-recevoir qui est acquis au débiteur par l'accomplissement du temps de la prescription.

Or une aliénation gratuite d'un droit acquis, excède le pouvoir d'un tuteur, d'un curateur, d'un fondé de pouvoir général (1).

Il résulte du même principe une seconde différence entre la reconnaissance passée après le temps de la prescription accompli, et celle passée auparavant.

Celle-ci interrompt le temps de la prescription envers et contre tous; au lieu que la reconnaissance d'une dette, passée après le temps de la prescription accompli, ne couvre la prescription que contre le débiteur qui a reconnu, et contre ses héritiers; mais elle ne la couvre pas contre les codébiteurs solidaires de celui qui a reconnu, ni contre ses cautions, ni contre les tiers détenteurs qui auraient acquis, avant cette reconnaissance, des héritages hypothéqués à la dette, ni contre des créanciers intermédiaires.

Car le droit qui résulte de la prescription contre la dette ayant été une fois acquis par l'accomplissement du temps, le débiteur qui a depuis reconnu la dette, a bien pu, par cette reconnaissance, renoncer à la prescription pour lui et ses héritiers; mais il n'a pu y renoncer au préjudice du droit acquis aux tiers (2).

900. Si la simple reconnaissance de la dette couvre et abolit la prescription, à plus forte raison doit-on le dire du paiement qui serait fait de la dette, depuis le temps de la prescription accompli.

Celui qui paie, quoique après le temps de la prescription accompli, est donc censé payer ce qu'il doit (3), et il ne peut le répéter.

Il y a plus : celui qui paie une partie de la dette, contre laquelle il avait une prescription acquise, est censé renoncer entièrement à cette prescription, même pour le surplus qui reste à payer (*arg.* L. 7, § *pen. et fin.* ff. *de SC. Maced.*); à moins qu'il n'ait protesté, en payant, qu'il n'a entendu reconnaître la dette que pour la somme qu'il payait.

Suivant ces principes, il n'est pas douteux que le paiement que le débiteur d'une rente fait de quelques arrérages, depuis le temps de la prescription accompli, couvre la prescription (4).

901. La condamnation intervenue contre le débiteur abolit aussi la prescription, lorsqu'elle a passé en force de chose jugée, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a plus lieu à l'appel : le débiteur, après cette condamnation passée en force de chose jugée, n'est plus recevable à opposer la prescription, quand même il aurait omis de l'opposer dans l'instance sur laquelle est intervenue la condamnation (5) ; car cette condamnation forme au créancier un nouveau titre.

---

(1) *V.* art. 2222, Cod. civ.

Art. 2222 : « Celui qui ne peut aliéner, ne peut renoncer à la prescription acquise. »

(2) *V.* art. 2225, C. civ.

Art. 2225 : « Les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, encore que le débiteur ou le propriétaire y renonce. »

(3) La dette n'était donc pas éteinte *ipso lapsu temporis*.

(4) *V.* art. 2221, C. civ.

Art. 2221 : « La renonciation à la prescription est expresse ou tacite : la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis. »

(5) La prescription doit être opposée pendant que l'instance est encore pendante. *V.* art. 2224, C. civ.

Art. 2224 : « La prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la Cour royale, à moins que la partie qui n'aurait pas opposé le moyen de la prescription ne doive, par les circonstances, être présumée y avoir renoncé. »

Source : BIU Cujas

ART. III. — De la prescription de quarante ans.

702. Selon les dispositions de plusieurs coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, le débiteur hypothécaire, c'est-à-dire, celui qui s'est obligé par acte devant notaire, et ses héritiers, ne peuvent opposer la prescription de trente ans, mais seulement de quarante.

Ces dispositions sont conformes aux principes du droit romain, et à la constitution de l'empereur Justinien, en la loi *Quum notissimi*, Cod. *de Præscr. trig. vel quadr.* qui établit cette prescription de quarante ans; et elles paraissent devoir être suivies dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. C'est l'avis des commentateurs de la coutume de Paris, cités par Lemaître.

Pour bien entendre la raison de ce droit, et savoir pourquoi le débiteur hypothécaire ne prescrit pas par trente ans, comme les autres débiteurs, il faut examiner la nature de la prescription de trente ans.

Cette prescription renferme deux espèces; la prescription contre les créances personnelles, et la prescription contre les droits de propriété et les autres droits réels.

Ces deux espèces de prescription ne doivent pas être confondues; elles n'ont de ressemblance que par le temps, mais elles sont très différentes sur la manière dont elles s'acquièrent.

La prescription contre les créances personnelles s'acquiert par le débiteur sans aucun fait de sa part, et résulte seulement de ce que le créancier, pendant le temps défini par la loi, n'a point intenté l'action que lui donnait sa créance, et n'en a point été reconnu : elle n'éteint pas proprement la créance, qui ne peut s'éteindre que par un paiement réel ou fictif; elle éteint seulement l'action qu'avait le créancier pour se faire payer; laquelle action, avant cette loi, n'avait aucunes bornes dans sa durée, et est par cette loi bornée à la durée de trente ans.

Cette action s'éteint par cette loi, *non ipso jure*, mais par une exception ou fin de non-recevoir, que la loi accorde au débiteur contre cette action.

La seconde espèce de prescription trentenaire, est celle par laquelle celui qui a possédé pendant trente ans un héritage comme à lui appartenant, et comme franc des droits dont il était chargé, quoiqu'il ne rapporte aucun titre de sa possession, acquiert la propriété de cet héritage, et l'affranchissement de tous les droits dont il était chargé.

Au lieu que la première espèce de prescription s'acquiert par le seul non-usage du créancier contre qui on prescrit, sans aucun fait de la part du débiteur qui prescrit; au contraire, celle-ci s'acquiert par le fait de la possession du possesseur qui prescrit.

Le débiteur qui avait lui-même hypothéqué son héritage, ne pouvait pas acquérir l'affranchissement du droit d'hypothèque par cette espèce de prescription, parce qu'il ne pouvait être censé avoir possédé cet héritage comme franc d'un droit d'hypothèque qu'il avait lui-même constitué.

L'héritier du débiteur ne le pouvait pas non plus, suivant cette règle : *Hæres succedit in virtutes et vitia possessionis defuncti* (L. 11, Cod. *de Acq. posses.*); la possession de l'héritier étant censée la même que celle du défunt.

C'est pourquoi, bien que le débiteur ou ses héritiers eussent acquis, par la première espèce de prescription trentenaire, une fin de non-recevoir contre l'action personnelle du créancier, ils demeuraient toujours sujets à l'action hypothécaire de ce même créancier; l'héritage demeurant toujours hypothéqué à la dette, qui, quoique prescrite et dénuée d'action, subsistait toujours comme dette naturelle, et servait d'un fondement suffisant à l'hypothèque; L. 5, ff. *de Pign. et hypoth.*

Quoique Anastase, par la loi 4, Cod. *de Præscr. trigint.*, eût introduit la

Source : BIU Cujas

prescription de quarante ans contre toutes les actions qui n'étaient pas sujettes à celle de trente, néanmoins on ne croyait pas qu'elle pût s'étendre à l'action hypothécaire du créancier contre le débiteur, par les raisons que nous avons déduites ci-dessus.

Enfin Justinien, comme nous l'avons dit, étendit la prescription de quarante ans à l'action hypothécaire du créancier contre le débiteur et l'héritier du débiteur (1). C'est la disposition de la loi *Quum notissimi*.

703. Si le débiteur, personnellement et hypothécairement obligé, avait vendu l'héritage à un tiers, ce tiers (2) qui, dans la prescription de trente ans qu'il opposerait, voudrait comprendre le temps de son auteur qui était personnellement obligé, devrait ajouter aux trente ans un tiers en sus du nombre des années qu'aurait duré le temps de la prescription de son auteur; car son auteur ne pouvant prescrire que par un temps plus long d'un tiers en sus que celui de trente ans, il ne peut pas, du chef de son auteur, prescrire par un moindre temps, suivant la règle : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.*

704. La disposition de la loi *Quum notissimi*, n'a été adoptée qu'à l'égard des hypothèques qui résultent des obligations contenues dans des actes pardevant notaires.

Les débiteurs condamnés par sentence prescrivent par le temps ordinaire de trente ans, quoique l'ordonnance de Moulins ait donné hypothèque aux sentences; car la loi accorde cette hypothèque plutôt à l'action personnelle *ex judicato*, qu'à la créance sur laquelle la condamnation est intervenue. C'est pourquoi elle s'éteint par la prescription de trente ans, qui éteint l'action personnelle *ex judicato*.

Il en est de même de toutes les hypothèques légales; elles s'éteignent lorsque l'action personnelle s'éteint.

705. Il en est de même de l'action personnelle réelle pour les arrérages de rente foncière, les profits féodaux, le droit de réméré, et autres causes semblables : cette action est sujette à la prescription ordinaire de trente ans (3). *Voyez* les commentateurs de la coutume de Paris.

ART. IV. — Des prescriptions de six mois et d'un an contre les actions des marchands, artisans et autres personnes.

§ Ier. *En quel cas y a-t-il lieu à la prescription de six mois ?*

706. Suivant l'ordonnance de Louis XII, de l'année 1510, art. 6 et 8 : « Tous drapiers, apothicaires, boulangers et autres gens de métier, et marchands vendants en détail, sont non recevables, après les six mois depuis la première fourniture, à en demander le prix, sinon qu'il y eût interpellation judiciaire, ou un arrêté de compte. »

---

(1) Il en est différemment aujourd'hui : « Les priviléges et hypothèques s'éteignent : 1°... 4° par la prescription. — La prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilége — Quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit : dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur. — Les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur. (Art. 2180, § 4°, C. civ.) »

(2) *V.* art. 2180, § 4°, avant dernier alinéa, C. civ. *V.* la note précédente.

(3) Aujourd'hui cinq ans.

Source : BIU Cujas

Cette ordonnance n'a pas été exactement observée.

La coutume de Paris a fait une distinction : elle ne donne, conformément à l'ordonnance de Louis XII, que le temps de six mois aux marchands et artisans qui débitent de menues denrées et font de menus ouvrages, pour demander le paiement de leurs créances; après lequel temps, à compter du jour de la première délivrance, elle les déclare non recevables.

Tel est l'art. 126 de cette coutume : « Marchands, gens de métier et autres « vendeurs de marchandises et denrées en détail, comme boulangers, pâtis- « siers, couturiers, selliers, bouchers, bourreliers, passementiers, maréchaux, « rôtisseurs, cuisiniers, et autres semblables, ne peuvent faire action après les « six mois passés, du jour de la première délivrance de ladite marchandise « ou denrée, sommation et interpellation judiciairement faite, cédule ou obli- « gation. »

A l'égard des marchands et artisans qui débitent des marchandises plus considérables, et font des ouvrages plus considérables, tels que sont les drapiers, merciers, épiciers, orfèvres et autres marchands grossiers, maçons, charpentiers, couvreurs, elle leur accorde un an pour intenter la demande de ce qui leur est dû; art. 127.

Les apothicaires ont aussi un an (1); art. 125.

707. L'ordonnance de 1673, qui est aujourd'hui à cet égard la loi générale du royaume, paraît avoir suivi la distinction de la coutume de Paris. Elle porte au titre premier, article 7 : « Que les marchands en gros et en détail, les ma- « çons, charpentiers, couvreurs, serruriers, vitriers, plombiers, paveurs, et « autres de pareille qualité, seront tenus de demander le paiement dans l'an- « née après la délivrance. »

Et en l'article 8, elle porte : « L'action sera intentée dans six mois, pour « marchandises et denrées vendues en détail, par boulangers, pâtissiers, bou- « chers, rôtisseurs, cuisiniers, couturiers, passementiers, selliers, bourreliers « et autres semblables. » Sous ce terme *et autres semblables,* sont compris les cordonniers, savetiers, charcutiers, etc.

708. Notre coutume d'Orléans n'a admis la prescription de six mois que contre les demandes pour loyers de chevaux et autres bêtes; art. 266.

Elle donne expressément, dans l'art. 265, un an à l'égard des demandes pour menues denrées; et nonobstant l'ordonnance de 1673, on s'est toujours conservé, dans ce bailliage, dans l'usage d'accorder un an sans distinction à tous les marchands et artisans, pour la demande de leurs fournitures et ouvrages.

§ II. *En quel cas y a-t-il lieu à la prescription d'un an.*

709. Il y a lieu à la prescription d'un an, 1° selon le droit commun, con-

---

(1) *V.* art. 2271 et 2272, C. civ., qui règlent ces prescriptions particulières.

Art. 2271 : « L'action des maîtres et « instituteurs des sciences et arts, pour « les leçons qu'ils donnent au mois; — « Celle des hôteliers et traiteurs, à rai- « son du logement et de la nourriture « qu'ils fournissent; — Celle des ou- « vriers et gens de travail, pour le « paiement de leurs journées, fourni- « tures et salaires, — Se prescrivent par « six mois. »

Art. 2272 : « L'action des méde- « cins, chirurgiens et apothicaires, « pour leurs visites, opérations et mé- « dicaments; — Celle des huissiers, « pour le salaire des actes qu'ils signi- « fient, et des commissions qu'ils exé- « cutent; — Celle des marchands, pour « les marchandises qu'ils vendent aux « particuliers non marchands; — Celle « des maîtres de pension, pour le prix « de la pension de leurs élèves; et des « autres maîtres, pour le prix de l'ap- « prentissage; — Celle des domestiques « qui se louent à l'année, pour le paie- « ment de leur salaire, — Se prescri- « vent par un an. »

Source : BIU Cujas

tre les demandes des marchands et artisans compris en l'art. 126 de la coutume de Paris, et de ceux compris en l'art. 7 du titre premier de l'ordonnance de 1673.

Dans la coutume d'Orléans, il y a lieu à cette prescription contre les demandes de tous marchands et artisans, sans aucune distinction de grosses et menues denrées, ni de gros et menus ouvrages ;

2° Contre les demandes pour les salaires des médecins et chirurgiens, suivant l'art. 125 de la coutume de Paris, qui s'observe dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées ;

3° Contre les demandes des maîtres d'école, précepteurs, répétiteurs, régens, et autres pour instruction d'enfants : notre coutume d'Orléans, art. 265, en a une disposition, et c'est un droit commun;

4° Pour les pensions et nourritures (Orléans, art. 265). C'est aussi un droit commun.

5° Pour salaires des serviteurs, vignerons et autres (Orléans, art. 265). C'est aussi un droit commun (1).

Ce terme de *serviteurs*, comprend tant ceux qui servent autour de la personne du père de famille, que ceux qui servent pour l'agriculture ; tels que sont les serviteurs de labour, moissonneurs, calvesniers, les serviteurs de vignerons, les pâtres, etc. ; ceux qui travaillent aux manufactures, tels que les serviteurs des raffineurs, les ouvriers qui servent en qualité de compagnons chez les artisans.

Sous ce terme de *serviteurs*, ne sont compris les journaliers qui travaillent à la journée, lesquels n'ont que quarante jours pour donner leur demande, comme nous le verrons.

§ III. *En quels cas ces prescriptions n'ont pas lieu.*

710. Ces prescriptions de six mois et d'un an n'ont pas lieu, 1° lorsque la créance est établie par quelque acte par écrit, soit pardevant notaire, soit sous signature privée ; tels que sont une obligation du débiteur par acte pardevant notaire, ou une promesse sous signature privée, ou enfin un arrêté de compte au bas d'un mémoire qui contient les fournitures, ou sur le journal d'un marchand, arrêté et signé par le débiteur : c'est le sens de ces termes de l'art. 9, du tit. 1er de l'ordonnance de 1673 : « Voulons le contenu avoir lieu, « si ce n'est qu'avant l'année et les six mois, il y eût *un compte arrêté*, cé- « dule, obligation ou contrat.» En ce cas, la créance n'est sujette qu'à la prescription de trente ans (2).

711. 2° Ces prescriptions n'ont pas lieu, si elles ont été interrompues par une demande en justice, intentée avant que le temps de la prescription fût expiré, et qui ne soit point depuis tombée en péremption : cela est commun à toutes les prescriptions.

712. En troisième lieu, ces prescriptions d'un an et de six mois, ne sont pas observées dans les juridictions consulaires, lorsque les fournitures ou ouvrages d'un marchand ou artisan, ont été faites à un autre marchand ou artisan, pour raison de son commerce ou de son art, et que les parties ont

---

(1) En comparant ces dispositions avec les deux articles ci-dessus cités, il est facile d'apercevoir les différences entre la loi nouvelle et les anciennes coutumes.

(2) *V.* art. 2274, C. civ.

Art. 2274 : « La prescription, dans « les cas ci-dessus (art. 2271 à 2273), « a lieu, quoiqu'il y ait eu continuation « de fournitures, livraisons, services « et travaux.—Elle ne cesse de courir « que lorsqu'il y a eu compte arrêté, « cédule ou obligation, ou citation en « justice non périmée. »

Source : BIU Cujas

ensemble des comptes courants sur leurs journaux, pour raison desdites fournitures.

Il y en a un arrêt célèbre, du 12 juillet 1672, au *Journal du Palais*.

La coutume de Troyes, art. 201, en a une disposition.

Par exemple, un cordonnier à qui un corroyeur fournit du cuir, un menuisier à qui un marchand de bois fournit du bois, ne peuvent opposer cette prescription au corroyeur ou au marchand de bois qui représente un journal par lequel il paraît qu'il est en compte courant avec le cordonnier ou menuisier (1).

713. Quatrièmement, ces prescriptions n'ont pas lieu contre les bourbeois qui vendent des denrées provenues de leurs terres, comme leur blé, leur vin, leur bois; car l'ordonnance, aussi bien que les coutumes, n'y assujettissent que les marchands (2) et gens de métier.

On doit à cet égard réputer bourgeois, et non marchand, une personne qui, quoique marchand de profession, vend des denrées provenues de ses terres, et dont il ne fait point de commerce; comme si un épicier avait vendu le vin de sa récolte.

Quoiqu'un bourgeois ne soit point sujet à la prescription annale, néanmoins s'il intentait sa demande après un temps très considérable, quoique moindre de trente ans, contre un marchand à qui il aurait vendu les denrées de son crû, et qui soutiendrait les avoir payées, quoiqu'il n'en eût pas la quittance; il pourrait être de la prudence du juge, suivant les circonstances, de renvoyer le défendeur de la demande (3).

§ IV. *De quand courent les prescriptions, et contre qui.*

714. La prescription contre la demande des marchands et artisans pour le prix des fournitures et ouvrages qu'ils ont faits, court depuis le jour de chaque fourniture, et la continuation de fourniture ne l'interrompt point.

Cela était porté par l'ordonnance de Louis XII, qui porte, *depuis la première fourniture;* par la coutume de Paris, qui porte, *depuis le jour de la première délivrance;* et enfin l'ordonnance de 1673, art. 9, porte expressément que la prescription aura lieu, *encore qu'il y eût continuation de fourniture ou d'ouvrage.*

La raison est que la créance de ce marchand ou artisan qui a fait plusieurs fournitures ou ouvrages, est composée d'autant de créances particulières qu'il a fait de fournitures ou ouvrages, lesquelles produisent autant d'actions particulières, qui commencent chacune à courir du jour que ce marchand ou artisan a fait la fourniture ou l'ouvrage (4).

715. A l'égard des médecins et chirurgiens, je pense qu'on ne devrait pas regarder la créance d'un médecin ou d'un chirurgien qui ont eu soin d'un malade pendant une maladie, comme composée d'autant de créances séparées que le chirurgien a fait de pansements, mais comme une seule et même créance, qui n'a été consommée que lorsque les soins du médecin ou du chirurgien ont été achevés, soit par la guérison ou par la mort du malade, qui ont mis fin à la maladie, ou lorsque le médecin ou le chirurgien ont été congédiés.

---

(1) Aussi le troisième paragraphe de l'art. 2272, porte-t-il : « Celle des « marchands, pour les marchandises « qu'ils vendent *aux particuliers non « marchands.* » *V.* ci-dessus. p. 390, note 1.

(2) C'est ce qui résulte également du paragraphe ci-dessus cité, le vendeur est un *marchand.*

(3) Cela dépendrait beaucoup des circonstances.

(4) C'est ce qui résulte encore de l'art. 2272 et de l'art. 2274 du Code ci-dessus, p. 390, note 1, et 391, note 2.

Source : BIU Cujas

C'est pourquoi je pense que la prescription ne doit courir que du jour de la mort du malade, lorsque le malade est mort de la maladie; ou du jour de la dernière visite ou du dernier pansement, lorsque le malade a été guéri, ou que le médecin ou chirurgien a été congédié avant la fin de la maladie (1).

Mais si le médecin ou chirurgien a traité quelqu'un dans différentes maladies, ce sont autant de créances et d'actions différentes qu'a ce chirurgien ou médecin, qu'il y a eu de maladies, lesquelles actions doivent se prescrire séparement, du jour de la fin de chaque maladie.

716. Dans les coutumes qui ne s'expliquent point sur les serviteurs, il y a lieu de penser qu'on y doit suivre l'ordonnance de Louis XII, qui porte « qu'ils seront non recevables à demander leurs services après l'année, depuis qu'ils sont hors de chez leurs maîtres, et que, dans ladite année, ils ne pourront demander que le service des trois dernières années. »

C'est l'avis d'Henrys et de Bretonnier.

Les coutumes de Paris et d'Orléans ayant assujetti l'action des serviteurs pour leurs salaires à la prescription d'un an, sans distinguer s'ils sont encore, ou non, au service de leurs maîtres, on peut soutenir que la prescription de l'action qu'a le serviteur pour chaque terme de son service, doit courir du jour de l'expiration de chaque terme.

Par exemple, selon ce sentiment, si un domestique s'est loué à l'année, il ne pourra demander que l'année échue au dernier terme, et le prix de ses services depuis le dernier terme; et s'il est loué au mois, il ne pourra demander que le service des douze derniers mois, et ce qui a couru depuis le dernier mois.

On doit décider la même chose à l'égard des pensions, au sujet de l'instruction des enfants.

717. Duplessis et Lemaître ont cru que ces prescriptions ne devraient pas courir contre les mineurs.

---

(1) Cette décision est fort raisonnable : cependant le 1er alinéa de l'article 2272, et l'art. 2274 (*V.* ci-dessus, p. 390, note 1 et 391, note 2), se prêtent difficilement à cette interprétation. Voici à ce sujet l'opinion de M. Delvincourt : « Pour les maîtres et instituteurs, le délai court de chaque « mois. Pour les hôteliers, au contraire, cela dépend des termes pris « pour le paiement : Si le débiteur « paie par quinzaine ou par mois, le « délai ne doit courir que de l'expiration de chaque mois ou de chaque « quinzaine; s'il paie par jour ou par « repas, le délai court à compter de « chaque jour.

« Il en est de même à l'égard des « ouvriers et gens de travail.

« Quant aux médecins et chirurgiens, comme on est dans l'usage de « ne les payer qu'à la fin de la maladie, « je pense avec Pothier, que le délai « ne doit courir que du jour de la dernière visite faite pour chaque maladie, si cependant la maladie était « chronique, et avait duré plusieurs « années, je pense que l'on pourrait « appliquer la même disposition qu'aux « marchands, et faire courir la prescription de chaque visite. Dans ces « sortes de maladie, les officiers de « santé n'ont pas coutume d'attendre « la fin pour obtenir des à-compte.

« Quant aux apothicaires, ils doivent « être traités pour leurs fournitures, « comme les marchands. Dans les endroits où le médecin ou le chirurgien fournit les drogues, je crois « qu'il doit être traité pour ses fournitures comme pour ses visites.

« Pour les maîtres de pension, le « délai court du moment de l'échéance « de chaque terme;

« Pour les maîtres d'apprentissage, « de chaque terme pris pour le paiement;

« *Idem* pour les domestiques :

« Je pense qu'on doit faire, pour les « huissiers, la même distinction que « pour les médecins, et que si la même « affaire a exigé plusieurs actes successifs de leur ministère, la prescription « ne doit courir que du dernier acte.»

Source : BIU Cujas

Pour moi, je pense qu'elles courent tant contre les mineurs (1) que contre les majeurs :

1° Parce que les contrats d'où naît l'action des marchands et artisans contre lesquels cette prescription est établie, sont des contrats qu'ils font en leur qualité de marchands et artisans ; or c'est un principe, qu'ils contractent comme majeurs, lorsqu'ils contractent en cette qualité, et pour le fait de leur commerce et profession ; d'où vient qu'ils ne sont pas restituables contre ces contrats. Ils doivent donc être sujets à la prescription de l'action qui naît de ces contrats, comme le sont les majeurs.

2° Cette prescription n'est pas établie comme une peine de la négligence du créancier, qui pourrait être pardonnée à un mineur ; mais sur une simple présomption de paiement, résultant de ce qu'on n'attend pas ordinairement si longtemps à se faire payer de ces sortes de dettes ; or cette prescription milite également à l'égard des mineurs que des majeurs.

3° Nos coutumes n'exceptant point les mineurs de cette prescription, comme elles ont soin de le faire à l'égard de la prescription trentenaire, nous ne devons pas les excepter.

§ V. *Du fondement et de l'effet de ces prescriptions.*

718. Ces prescriptions sont uniquement fondées sur la présomption du paiement.

De là il suit que le créancier n'est pas tellement non recevable, qu'il ne puisse déférer à son débiteur le serment, « si la somme par lui demandée est due, ou non » : c'est ce qui est décidé formellement par l'ordonnance de 1673, tit. 1, art. 10.

La coutume d'Orléans en a aussi une disposition, art. 265.

En cela, ces prescriptions diffèrent des autres prescriptions, qui, étant établies par forme de peine contre le créancier, le privent entièrement de l'action (2).

719. Le débiteur à qui le serment est déféré, est tenu de jurer que la somme qui lui est demandée n'est pas due : faute par lui de jurer, le serment est référé au demandeur ; et sur son serment, il doit obtenir sentence de condamnation.

720. Lorsque la veuve ou les héritiers de celui à qui la fourniture a été faite sont assignés, on ne peut pas les obliger à jurer si la chose était effectivement due ou non par le débiteur défunt ; parce qu'on ne peut pas déférer le serment à quelqu'un sur ce qui n'est pas de son fait ; *Arg.* L. 42, ff. *de Regul. juris.*

Paul en fait une maxime : *Hæredi ejus cum quo contractum est, jusjurandum deferri non potest ;* Paul, *sent.* 11, 1, 4.

Mais s'ils ne peuvent être obligés à jurer précisément que la somme demandée n'est pas due, au moins l'ordonnance veut qu'on puisse leur déférer « s'ils n'ont pas connaissance que la somme soit due (3) : » c'est ce qui est porté précisément par l'art. 10 ci-dessus cité.

---

(1) *V.* art. 2278, C. civ.

Art. 2278 : « Les prescriptions dont « il s'agit dans les articles de la pré- « sente section, courent contre les mi- « neurs et les interdits ; sauf leur re- « cours contre leurs tuteurs. »

(2) *V.* art. 2275, 1er alinéa, C. civ.

Art. 2275 : « Néanmoins ceux aux- « quels ces prescriptions seront oppo- « sées, peuvent déférer le serment à « ceux qui les opposent, sur la ques- « tion de savoir si la chose a été réel- « lement payée. — Le serment pourra « être déféré aux veuves et héritiers, « ou aux tuteurs de ces derniers, s'ils « sont mineurs, pour qu'ils aient à dé- « clarer s'ils ne savent pas que la chose « soit due. »

(3) *V.* art. 2275, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

Faute par eux de rendre ce serment, il doit être référé au demandeur : l'ordonnance veut même que ce serment puisse être déféré aux tuteurs des mineurs héritiers du défunt.

721. Si la veuve commune refusait de rendre ce serment, ou même convenait que la somme est due, les héritiers qui offriraient d'affirmer de leur part qu'ils n'ont aucune connaissance qu'elle le soit, devraient-ils être condamnés?

Non ; car la dette, par la mort du défunt, étant divisée entre la veuve et les héritiers, le serment qui est déféré à la veuve, et qui, sur son refus de le donner, est référé au demandeur, ne concerne que la part de la dette qui est due par la veuve : cette veuve, en refusant de jurer, ou même en reconnaissant la dette, ne peut obliger qu'elle-même ; elle ne peut obliger les héritiers ; elle peut, par son fait, faire cesser la prescription pour la part qu'elle doit, mais elle ne peut la faire cesser pour celle qui est due par les héritiers.

Il en est de même si quelqu'un des héritiers reconnaissait la dette : cette reconnaissance ne l'obligerait que pour la part qu'il en doit, et elle n'obligerait point les autres héritiers, qui rendraient le serment qu'ils n'ont aucune connaissance de la dette.

722. Non-seulement le créancier a le droit de déférer le serment nonobstant la prescription ; il peut encore, lorsque l'objet de la demande n'excède pas 100 livres, être reçu à la preuve par témoins, « que le défendeur a offert de payer la somme depuis la demande, ou même avant la demande, depuis le temps qu'il a dit l'avoir payée.»

La raison est que, quoique l'action qui naît du marché soit prescrite, celle qui naît de la promesse qui a été faite de payer, lorsqu'elle est prouvée comme elle peut l'être, est une nouvelle action, laquelle n'est pas prescrite.

ART. V. — De plusieurs autres espèces de prescriptions.

723. La demande des journaliers pour le paiement de leurs journées, se prescrit par le temps de quarante jours (1), *Coutume d'Orléans,* art. 264.

Cette prescription, ainsi que les précédentes, est fondée sur la seule présomption de paiement : on présume que ces gens, qui ont besoin de leur salaire pour vivre, n'attendent pas longtemps à s'en faire payer, ou du moins à le demander.

C'est pourquoi cette prescription n'exclut pas le demandeur de déférer le serment au défendeur, comme dans le cas des prescriptions dont il a été ci-devant parlé ; ni d'être reçu à prouver que le défendeur a promis de payer, lorsque le prix des journées n'excède pas 100 livres.

On demande si la prescription pour toutes les sommes ne court que du jour de la dernière journée?

A la rigueur, il semble qu'on devrait dire que la prescription doit courir pour le prix de chaque journée, du jour que chaque journée est finie ; car le journalier ayant pu dès ce temps demander cette journée, son action pour le prix de cette journée a été dès ce temps ouverte, et par conséquent la prescription en a dû courir : néanmoins on peut soutenir qu'elle ne doit courir que du jour de la dernière journée, surtout si le journalier était pendant ce temps nourri par le locateur ; parce qu'ordinairement les journaliers ne demandent leurs salaires qu'après l'ouvrage fini.

724. La demande des procureurs pour leurs salaires se prescrit par deux

---

(1) Aujourd'hui six mois, art. 2271, 3e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 390, note 1.

Source : BIU Cujas

ans, à compter du jour du décès de leurs parties, ou de leur révocation (1), arrêt du règlement du 28 mars 1692.

L'article second établit contre les procureurs une autre prescription : il porte « qu'ils ne pourront, dans les affaires non jugées, demander leurs frais, « salaires et vacations pour les procédures faites au delà de six années précé- « dentes 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. »

L'arrêt n'a parlé que des salaires des affaires non jugées.

A l'égard de ceux des affaires terminées par un jugement définitif, la prescription de deux ans doit courir du jour que le pouvoir du procureur a été consommé par le jugement définitif; de même que, dans les affaires non jugées, elle court du jour qu'il a cessé par la révocation ou par le décès de la partie.

725. Il n'y a aucune loi qui limite le temps de l'action pour les salaires des notaires et des huissiers; il serait équitable d'étendre à ces officiers la prescription de six ans établie à l'égard des procureurs; mais n'y ayant point de loi, on doit avoir beaucoup d'égard aux circonstances.

Il y a une autre espèce de prescription contre les procureurs et les huissiers, qui résulte de la remise qu'ils ont faite de leurs exploits et procédures à leurs parties : il résulte de cette remise une présomption de paiement; et on dit vulgairement au barreau, *pièces rendues, pièces payées.*

Les procureurs étant obligés par les règlements d'avoir un journal, sur lequel ils doivent inscrire les paiements qui leur sont faits par leurs parties, il résulte du défaut de représentation de ce journal une fin de non-recevoir contre la demande qu'ils font de leurs salaires; *Règlement de la Cour* du 2 août 1692.

726. La demande d'une partie pour la restitution des pièces dont un avocat ou un procureur s'est chargé, se prescrit par cinq ans, du jour de la date du jugement définitif, ou de la transaction; et par dix ans, lorsque les procès n'ont pas été terminés (2).

Cette prescription est de la même nature, et est fondée sur la présomption de la restitution des pièces après ce laps de temps; c'est pourquoi elle n'exclut pas le serment décisoire.

Il en est de même de celle qui milite en faveur des conseillers de la Cour, leurs veuves et héritiers : ils sont déchargés des pièces des procès par le laps de trois ans du jour de l'arrêt, lorsque le procès a été jugé; ou du jour du décès du conseiller, ou de la résignation de son office, quoiqu'ils n'aient pas été jugés.

Nous n'avons pas de loi à l'égard des juges inférieurs; mais on ne peut pas leur refuser la prescription de cinq ans, accordée aux avocats et procureurs.

---

(1) *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. »

(2) *V.* art. 2276, C. civ.

Art. 2276 : « Les juges et avoués sont « déchargés des pièces cinq ans après « le jugement des procès.—Les huis- « siers, après deux ans, depuis l'exé- « cution de la commission, ou la signi- « fication des actes dont ils étaient « chargés, en sont pareillement dé- « chargés. »

Source : BIU Cujas

727. Toutes ces prescriptions ont pour unique fondement la présomption de paiement, et elles n'empêchent pas le demandeur de déférer le serment au défendeur, « s'il est vrai qu'il ait payé, ou s'il est vrai qu'il retienne les pièces qu'on lui demande. »

Il y a d'autres espèces de prescriptions contre différentes espèces d'actions, comme celle de dix ans, contre toutes les actions rescisoires ; celle de cinq ans, pour les arrérages des rentes constituées (1) ; celle d'un an, contre la demande en retrait lignager (2) ; celle contre les actions rédhibitoires (3), dont le temps est différemment réglé par les coutumes et les différents usages des lieux : nous remettons à parler de ces prescriptions, lorsque nous traiterons des matières auxquelles elles appartiennent.

---

(1) *V.* art. 2277, C. civ.

Art. 2277 : « Les arrérages des rentes perpétuelles et viagères ;—Ceux « des pensions alimentaires ; — Les « loyers des maisons, et le prix de « ferme des biens ruraux ;—Les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus « courts,-Se prescrivent par cinq ans.»

(2) Le retrait lignager n'a plus lieu.

(3) *V.* art. 3, loi du 20 mai 1838 : « Le délai pour intenter l'action rédhibitoire sera, non compris le jour fixé « pour la livraison, de trente jours « pour le cas de fluxion périodique « des yeux et d'épilepsie ou mal caduc, de neuf jours pour tous les autres cas. »

Source : BIU Cujas

QUATRIÈME PARTIE.

DE LA PREUVE TANT DES OBLIGATIONS QUE DE LEURS PAIEMENTS.

728. Celui qui se prétend créancier de quelqu'un, est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée : au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée, est obligé de prouver le paiement (1).

Il y a deux espèces de preuves, la *littérale* et la *testimoniale*, dont nous traiterons séparément dans les deux premiers chapitres.

La *confession* et certaines présomptions tiennent aussi lieu de preuves, ainsi que le *serment* (2) :

Nous en traiterons dans un troisième chapitre.

CHAPITRE PREMIER.

De la preuve littérale.

729. La *preuve littérale* est celle qui résulte des actes, ou écritures.

Par exemple, la preuve littérale des obligations qui naissent des conventions, comme d'un contrat de vente ou de louage, est celle qui résulte des actes (3) ou écritures qui renferment ces conventions.

La preuve littérale de l'obligation que produit une condamnation (4), est l'acte qui contient le jugement de condamnation.

La preuve littérale du paiement de quelque obligation que ce soit, est la quittance qu'en a donnée le créancier.

Ces actes sont, ou *authentiques*, ou *écritures privées*.

On appelle *actes authentiques* ceux qui sont reçus par un officier public, tel qu'est un notaire ou un greffier.

Les *écritures privées* sont celles qui se font sans le ministère d'un officier public.

---

(1) *V.* art. 1315, C. civ.

Art. 1315 : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver.—Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

(2) *V.* art. 1316, C. civ.

Art. 1316 : « Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes. »

(3) Le mot *acte* signifie ici le mode de preuve de ce qui a été fait : *instrumentum probationis ;* souvent le mot *acte* est pris dans un autre sens, c'est-à-dire qu'il signifie alors l'opération qui a eu lieu, *id quod actum est.*

(4) Ne serait-il pas plus exact de dire que la condamnation constate l'obligation ? car elle ne la produit pas réellement ; le juge déclare le *droit,* mais il ne produit pas un nouveau droit.

Source : BIU Cujas

Ces actes sont aussi ou *originaux* ou *copies :*
On distingue encore les *titres primordiaux* et les *titres récognitifs.*
Nous traiterons sommairement de ces différents actes.

ART. Ier. — Des titres authentiques originaux.

§ Ier. *Quels actes sont authentiques.*

730. Les *actes authentiques* sont ceux qui sont reçus par un officier public, avec les solennités requises (1).

Il faut que l'acte soit reçu dans le lieu où cet officier a caractère d'officier public, et droit d'instrumenter.

C'est pourquoi si un notaire recevait un acte hors du territoire de la juridiction où il est établi notaire, ce ne serait point un acte authentique.

Par un privilége particulier des Châtelets de Paris, d'Orléans et de Montpellier, les notaires de ces Châtelets ont le droit de recevoir des actes par tout le royaume (2) (*coutume d'Orléans*, art. 463).

731. Quoiqu'il y ait des règlements qui ont défendu aux notaires subalternes de recevoir des actes entre d'autres personnes que les justiciables de la juridiction où ils sont établis, et pour d'autres biens que ceux situés en leur territoire ; néanmoins ces actes ne laissent pas de passer pour authentiques ; ces règlements ayant été regardés comme des lois bursales, et n'ayant pas eu d'effet (3).

732. Si le notaire ou officier public était interdit de ses fonctions lorsqu'il a reçu l'acte, l'acte ne serait point authentique (4).

---

(1) *V.* art. 1317, C. civ.

Art. 1317 : « L'acte authentique est « celui qui a été reçu par officiers pu- « blics ayant le droit d'instrumenter « dans le lieu où l'acte a été rédigé, « et avec les solennités requises. »

(2) *V.* art. 5 et 6, loi du 25 ventôse an 11.

Art. 5 : « Les notaires exercent « leurs fonctions, savoir, ceux des « villes où est établi le tribunal d'ap- « pel, dans l'étendue du ressort de ce « tribunal ;—Ceux des villes où il n'y « a qu'un tribunal de première in- « stance, dans l'étendue du ressort de « ce tribunal; ceux des autres commu- « nes, dans l'étendue du ressort du tri- « bunal de paix.

Art. 6 : « Il est défendu à tout no- « taire d'instrumenter hors de son res- « sort, à peine d'être suspendu de ses « fonctions pendant trois mois, d'être « destitué en cas de récidive, et de tous « dommages-intérêts. »

(3) La loi actuelle s'occupe du lieu où l'acte a été reçu, et non pas de la situation des biens objets des contrats, ni du domicile des contractants, pourvu qu'ils soient connus du notaire, ou que leur identité soit attestée par deux citoyens. *V.* art. 11 de la loi du 25 vent. an 11.

Art. 11 : « Le nom, l'état et la de- « meure des parties, devront être con- « nus des notaires, ou leur être attes- « tés dans l'acte par deux citoyens « connus d'eux, ayant les mêmes qua- « lités que celles requises pour être « témoin instrumentaire. »

(4) *V.* art. 13 8, C. civ., et art. 68 de la loi du 25 ventôse an 11.

Art. 1318, C. civ.: « L'acte qui n'est « point authentique par l'incompé- « tence ou l'incapacité de l'officier, ou « par un défaut de forme, vaut comme « écriture privée, s'il a été signé des « parties. »

Art. 68, L. du 25 vent. an 11 : « Tout « acte fait en contravention aux dispo- « sitions contenues aux art. 52... (par « le notaire suspendu, destitué ou rem- « placé) est nul, s'il n'est pas revêtu de « la signature de toutes les parties ; et « lorsque l'acte sera revêtu de la signa- « ture de toutes les parties contractan- « tes, il nevaudra que comme écrit sous « signature privée : sauf, dans les deux « cas, s'il y a lieu, les dommages-in- « térêts contre le notaire contreve- « nant »

Source : BIU Cujas

Il faut aussi, pour l'authenticité de l'acte, que les formalités requises aient été observées; par exemple, que le notaire se soit fait accompagner d'un autre notaire, ou de deux témoins (1), que son acte soit sur du papier timbré; qu'il soit contrôlé.

733. Lorsque l'acte n'est pas authentique, soit par l'incompétence ou l'interdiction de l'officier, soit par le défaut de forme; s'il est signé des parties, il fait au moins la même foi contre la partie qui l'a signé, qu'un acte sous signature privée (2), Boiceau, p. 2, ch. 4.

§ II. *Comment les actes authentiques font-ils foi contre les parties.*

734. Un acte authentique original fait pleine foi par lui-même de ce qui est contenu dans cet acte (3).

Néanmoins lorsque cet acte est produit hors de la juridiction de l'officier public qui l'a reçu, il est d'usage de faire constater la signature de cet officier par un acte de légalisation qui se met au bas (4).

Cette légalisation est une attestation donnée par le juge royal du lieu, par laquelle ce juge certifie que l'officier qui a reçu et signé l'acte, est effectivement officier public, notaire, etc.

La signature de l'officier public qui a reçu l'acte, donne une pleine foi à tout ce que l'acte renferme, et aux signatures des parties qui l'ont souscrit, qu'il n'est point nécessaire par conséquent de faire reconnaître.

Néanmoins les actes authentiques peuvent être attaqués de faux : mais jusqu'à ce que l'accusation de faux ait été jugée, et qu'ils aient été jugés tels,

---

(1) *V.* loi du 21 juin 1843.

Art. 1er : « Les actes notariés passés « depuis la promulgation de la loi du « 25 ventôse an 11 ne peuvent être « annulés par le motif que le notaire « en second ou les deux témoins in- « strumentaires n'auraient pas été « présents à la réception desdits « actes. »

Art. 2 : « A l'avenir, les actes nota- « riés contenant donation entre-vifs, « donation entre époux pendant le ma- « riage, révocation de donation ou de « testament, reconnaissance d'enfants « naturels, et les procurations pour « consentir ces divers actes, seront, à « peine de nullité, reçus conjointe- « ment par deux notaires, ou par un « notaire en présence de deux té- « moins.—La présence du notaire en « second ou des deux témoins n'est « requise qu'au moment de la lecture « des actes par le notaire, et de la si- « gnature par les parties; elle sera « mentionnée à peine de nullité. »

Art. 3 : « Les autres actes conti- « nueront à être régis par l'art. 9 de la « loi du 25 ventôse an 11, tel qu'il est « expliqué dans l'art. 1er de la présente « loi. »

Art. 4 : « Il n'est rien innové aux « dispositions du Code civil sur la « forme des testaments. »

(2) *V.* art. 1318, ci-dessus, p. 399, note 4.

(3) *V.* art. 1319, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1319 : « L'acte authentique fait « pleine foi de la convention qu'il « renferme entre les parties contrac- « tantes et leurs héritiers ou ayants « cause.—Néanmoins, en cas de plain- « tes en faux principal, l'exécution de « l'acte argué de faux sera suspendue « par la mise en accusation; et, en cas « d'inscription de faux faite incidem- « ment, les tribunaux pourront, sui- « vant les circonstances, suspendre « provisoirement l'exécution de l'acte. »

(4) *V.* art. 28, L. du 25 ventôse an 11.

Art. 28 : « Les actes notariés seront « légalisés, savoir, ceux des notaires à « la résidence des tribunaux d'appel, « lorsqu'on s'en servira hors de leur « ressort, et ceux des autres notaires, « lorsqu'on s'en servira hors de leur « département. — La légalisation sera « faite par le président du tribunal de « première instance de la résidence « du notaire, ou du lieu où sera déli- « vré l'acte ou l'expédition. »

Source : BIU Cujas

ils font foi par provision ; et le juge doit ordonner l'exécution provisoire de ce qu'ils renferment (1). C'est ce qui est décidé par la loi 2, Cod. *ad L. Corn. de Fals.*

Cette décision est très sage. Le crime ne se présume pas ; et il serait très dangereux qu'il fût au pouvoir des débiteurs d'arrêter pendant longtemps le paiement des dettes légitimes par des accusations de faux.

C'est en conséquence de ce principe que Dumoulin, *in Cons. Par.* § 1, gl. 4, n° 41, décide qu'un port de foi produit par le vassal, quoique argué de faux par le seigneur, doit procurer la mainlevée par provision de la saisie féodale.

§ III. *De quelles choses les actes authentiques font-ils foi contre les parties.*

735. Les actes authentiques font foi principalement contre les personnes qui étaient parties, leurs héritiers et ceux qui sont en leurs droits : ils font pleine foi contre ces personnes de tout le dispositif de l'acte, c'est-à-dire, de ce que les parties ont eu en vue, et qui a fait l'objet de l'acte.

736. Ils font pleine foi de ce qui serait exprimé en termes énonciatifs, lorsque les énonciations ont un trait à la disposition ; Molin., *in Cons. par.* § 8, gl. 1, n° 10.

Par exemple, si quelqu'un, par un acte, passe reconnaissance d'une rente en ces termes : *Reconnaît qu'une telle maison par lui possédée est chargée envers Robert, présent, de tant de rente par chacun an, dont les arrérages ont été payés jusqu'à ce jour, et en conséquence s'oblige de la lui continuer ;* ces termes *dont les arrérages ont été payés*, quoiqu'ils ne soient qu'énonciatifs, et qu'il ne soit pas exprimé que Robert reconnaît les avoir reçus, font néanmoins foi du paiement contre Robert, partie à l'acte ; parce qu'ils ont un trait au dispositif de l'acte, et qu'il devait être question dans l'acte de ce qui était effectivement dû des arrérages de cette rente.

737. A l'égard des énonciations qui se trouvent dans l'acte, lesquelles sont absolument étrangères au dispositif de l'acte, elles peuvent bien faire quelque demi-preuve ; mais elles ne font point une preuve entière, même contre les personnes qui ont été parties à l'acte ; Molin., *ibid.*

Par exemple, si, dans le contrat de vente d'un héritage que Pierre m'a faite, il est énoncé « que cet héritage lui vient de la succession de Jacques » ; un tiers qui, comme héritier en partie de Jacques, aura donné contre moi la demande en revendication de sa portion en cet héritage, ne pourra pas, pour fonder sa demande, prouver par cette seule énonciation qui se trouve en mon contrat, que cet héritage était effectivement de la succession de Jacques, quoique je sois partie en l'acte où se trouve cette énonciation ; parce qu'elle est absolument étrangère à la disposition de l'acte, et que je n'avais pour lors aucun intérêt de m'opposer à cette énonciation (2).

---

(1) *V.* art. 1319, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 400, note 3.

(2) *V.* art. 1320, C. civ.

Art. 1320 : « L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi « entre les parties, même de ce qui « n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait « un rapport direct à la disposition. « Les énonciations étrangères à la « disposition ne peuvent servir que « d'un commencement de preuve. »

Voici comment s'exprime Dumoulin : « *Et adverte, aut quæritur, quoad « veritatem seu probationem rei gestæ, « sive actus et facti in eo consenti : et « plenam fidem facit quoad omnes, ne- « dum inter patronum et clientem, et « eorum hæredes vel causam habentes, « sed etiam contrà quoscumque ex- « traneos : quoniam acta vel quæcum- « que scripta publica probant seipsa,*

Source : BIU Cujas

§ IV. *De quelles choses les actes font-ils foi contre les tiers.*

738. L'acte prouve contre un tiers *rem ipsam*, c'est-à-dire, que la convention qu'il renferme est intervenue, Molin., *ibid.*, n° 8.

Par exemple, l'acte qui renferme le contrat de vente d'un héritage, prouve

« *id est rei taliter gestæ fidem faciunt* « *inter quoscumque.*

« *Quod ego intelligo et limito esse* « *verum, ad limites et substantiam* « *facti, tempore instrumenti gesti, et* « *in ejus tenore contenti et affirmati :* « *secus quoad facta vel circumstantias* « *quæ tunc non fiunt nec disponun-* « *tur, sed tantum recitantur : ut si* « *instrumentum contineat talem pro-* « *curatorem patroni, investivisse cli-* « *entem de tali feudo antiquo. Si tale* « *instrumentum sit publicum, probat* « *quoad omnes ipsum factum investi-* « *turæ, et quod investitor dicebat se* « *procuratorem, et quod uterque dice-* « *bat feudum esse antiquum sed non* « *probat qualitatem procuratoris, et* « *antiquitatis feudi, nisi inter quos* « *confectum est instrumentum : et hoc* « *etiam non esset probare nudum fac-* « *tum sed effectum.* »

« *Aut quæritur quoad jus et effec-* « *tum actus gesti, et tunc aut inter* « *quos confectum est, eorum hæredes* « *vel causam habentes, in quantum* « *causam habent, aut inter penitùs ex-* « *traneos.*

« *In primo membro plenè probat, et* « *præjudicat, nedum in tenore et dis-* « *positivis instrumenti, sed etiam in* « *enuntiativis, et quoad omnem solem-* « *nitatem et præsumptionem resultan-* « *tem ex instrumento, et contentis in* « *eo, et quoad omnem suam virtutem* « *et efficaciam : in quantum tamen* « *respicit vires et effectum actus prin-* « *cipalis gesti. Secùs si de enuncia-* « *tivis et præsumptionibus instru-* « *menti, per se principaliter, seorsum* « *à principali actu disputaretur; tunc* « *enim tale instrumentum non facit* « *plenam fidem, sed solam præsump-* « *tionem, vel semiplenam probatio-* « *nem, etiam inter easdem partes.* « *Secundo membro videlicet inter ex-* « *traneos. Et illis non præjudicat,* « *quia res inter alios acta non nocet,* « *nec obligat, nec facit jus inter alios.* « *Quod limito nisi in quantum ex* « *dispositione juris actus gestus eis* « *præjudicaret, puta quoad acquisi-* « *tionem tituli et conditionis usuca-* « *piendi, vel præscribendi, nec non* « *bonæ fidei fructuumque lucrando-* « *rum, quia quod ad hæc et alia,* « *hujusmodi, instrumentum extraneis* « *præjudicat ex regulis vulgaribus* « *eisdem nocere acta vel instrumenta* « *actui, quibus et quatenùs actus ipse* « *noceret sive in judicialibus, sive in* « *extrajudiciariis : et ità exponenda* « *sunt dicta doctorum ubicumque per-* « *fectoriè et crassè (ut plerumque so-* « *lent) loquendo, dicunt instrumen-* « *tum publicum inter extraneos non* « *probare, quia ibi verbum pro-* « *bare per* καταχρησιν *sive impro-* « *priè pro jus efficere, sive præjudi-* « *care accipitur, cæterum verè et pro-* « *priè loquendo, publicum instrumen-* « *tum ergà omnes est æquè publicum* « *et probare, ut dictum est.* »

Pothier, par ces dernières expressions : *Je n'avais pour lors aucun intérêt de m'opposer à cette énonciation*, nous indique très bien le caractère auquel on reconnaîtra si l'énonciation avait ou non *un rapport direct à la disposition.*

Si l'autre partie avait intérêt né et actuel à contredire l'énonciation, et qu'elle ait gardé le silence, elle est réputée avoir acquiescé : on lui applique cet adage vulgaire : *Qui tacet consentire videtur ;* oui, qui ne dit rien consent, lorsqu'il avait intérêt à parler : et la loi ne peut admettre que cette énonciation, directement contraire à notre intérêt actuel, aura été insérée dans l'acte, que lecture en aura été faite sans que nous y ayons donné aucune attention.

Mais il en serait autrement, si l'intérêt contraire à l'énonciation n'existait pas encore lors de l'acte.

Source : BIU Cujas

même contre un tiers, qu'il y a eu effectivement une vente de cet héritage, contractée dans le temps porté par l'acte (1).

C'est pourquoi, si un seigneur de censive a eu un traité avec un receveur, qui s'est obligé de le faire payer de tous les profits seigneuriaux qui naîtraient pendant un certain temps dans sa censive, l'acte contenant le contrat de vente d'un héritage situé dans la censive, fait foi contre ce receveur, quoiqu'il n'ait pas été partie à l'acte, qu'il y a eu une vente de cet héritage, *probat rem ipsam;* et en conséquence le seigneur peut demander raison à ce receveur, du profit auquel cette vente a donné ouverture, dont le receveur a dû se faire payer.

Mais l'acte ne fait pas foi contre un tiers qui n'a pas été partie à l'acte, de ce qui y est énoncé; Molin., *ibid.*, n° 10.

Par exemple, s'il est énoncé dans le contrat de vente, que la maison du vendeur a un droit de vue sur la maison voisine, cette énonciation ne fera aucune preuve contre le propriétaire de la maison voisine (2), qui est un tiers qui n'était point partie à l'acte.

739. Cette règle souffre exception; car, *in antiquis, enuntiativa probant* même contre les tiers, lorsque ces énonciations sont soutenues de la longue possession; Cravett., *de Antiq. temp.*, p. 1, cap. 4, n° 20.

Par exemple, quoique le long usage n'attribue pas droit de servitude, néanmoins si ma maison a depuis très longtemps une vue sur la maison voisine, et que, dans les anciens contrats de l'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il soit énoncé qu'elle a ce droit de vue; ces anciens contrats soutenus de ma possession, feront foi du droit de vue, contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers, et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats (3).

Pareillement, dans nos coutumes qui n'admettent aucun franc-aleu sans titre, si, dans les anciens contrats d'acquisition que mes auteurs ont faite d'un héritage, il est déclaré en *franc-aleu,* cette énonciation fera foi contre le seigneur dans l'enclave duquel il se trouve, si ce seigneur n'en a point été reconnu.

740. De ce que les actes authentiques prouvent *rem ipsam* contre les tiers, en doit-on conclure que l'inventaire des titres d'une succession, fait par devant notaires, dans lequel il est dit « qu'il s'est trouvé un brevet d'obligation d'une certaine somme subie par un tel, pour cause de prêt, en tel temps et devant tel notaire, » fait foi de la dette contre le débiteur qui est un tiers, et qui n'était pas présent à l'inventaire, sans qu'il soit besoin de rapporter le brevet d'obligation?

Non; car de ce que l'inventaire prouve *rem ipsam*, il s'ensuit seulement qu'il s'est trouvé un brevet d'obligation; mais il ne s'ensuit pas que la dette soit due, parce que le défaut de représentation du brevet d'obligation fait présumer ou qu'il y a quelque vice ou défaut dans ce brevet qu'on ne représente pas, qui empêche qu'il ne puisse faire foi de la dette; ou que, depuis l'inventaire, il a été rendu au débiteur, lors du paiement qu'il a fait du contenu en l'obligation.

Néanmoins, s'il était constant que, depuis l'inventaire, il est arrivé un incendie de la maison où étaient les titres, qui les aurait consumés, la mention du brevet d'obligation portée par l'inventaire, pourrait faire foi de la dette, comme paraît le supposer la Loi 57, ff. *de Adm. tut.* : ce qui pourrait avoir lieu dans

(1) Il fait foi de sa date même contre les tiers.

(2) C'est-à-dire cette énonciation ou déclaration n'établit aucun droit, *non præjudicat, non jus efficit.*

(3) La maxime citée par Pothier n'est point reproduite par le Code, et s'il s'agit d'une servitude non susceptible de s'établir par prescription, nous ne pensons pas qu'on puisse admettre la décision de Pothier : tous ces actes sont *res inter alios acta.*

Source : BIU Cujas

le cas auquel le débiteur n'alléguerait pas l'avoir payée, ou peut-être dans le cas auquel le terme de paiement porté dans l'énoncé de l'obligation n'étant pas encore échu, la présomption serait que la dette n'a pas été acquittée. Tout cela dépend beaucoup des circonstances, et est laissé à la prudence du juge (1).

ART. II. — Des écritures privées.

741. Il y a différentes espèces d'*écritures privées* : les *actes sous signatures privées ordinaires*, ceux tirés d'*archives publiques*, les *papiers censives* et *terriers*, les *journaux des marchands*, les *papiers domestiques*, les *écritures non signées*. Les *tailles* ont aussi quelque rapport avec les écritures privées.

§ I. *Des actes sous signatures privées ordinaires.*

742. Les *actes sous signatures privées ordinaires* font la même foi contre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers, ou successeurs, que les actes authentiques; mais il y a cette différence entre ces actes et les actes authentiques (2), que ceux-ci ne sont sujets à aucune reconnaissance; au lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte sous signature privée, obtenir aucune condamnation contre celui qui l'a souscrit, ses héritiers ou successeurs, qu'il n'ait préalablement conclu à la reconnaissance de l'acte, et fait statuer sur cette reconnaissance; *Voy.* l'édit de décembre 1684.

Il y a à cet égard une différence entre la personne qui a elle-même souscrit l'acte, et ses héritiers ou successeurs.

Ceux-ci assignés pour reconnaître la signature du défunt dont ils sont les héritiers, pouvant ne la pas connaître, ne sont point obligés de la reconnaître, ou de la dénier précisément; et sur la déclaration qu'ils font qu'ils ne la connaissent pas, le juge ordonne la vérification : au lieu que la personne qui a elle-même souscrit l'acte, ne pouvant ignorer sa propre signature, doit la reconnaître ou la dénier précisément; et faute par elle de la dénier, le juge prononce la reconnaissance de l'acte comme souscrit d'elle (3).

---

(1) *V.* C. civ., art. 1353.

Art. 1353 : Les présomptions qui « ne sont point établies par la loi, sont « abandonnées aux lumières et à la « prudence du magistrat, qui ne doit « admettre que des présomptions gra- « ves, précises et concordantes, et « dans les cas seulement où la loi ad- « met les preuves testimoniales, à « moins que l'acte ne soit attaqué pour « cause de fraude ou de dol. »

(2) *V.* art. 1322, C. civ.

Art. 1322 : « L'acte sous seing privé, « reconnu par celui auquel on l'op- « pose, ou légalement tenu pour re- « connu, a, entre ceux qui l'ont sou- « scrit et entre leurs héritiers et ayants « cause, la même foi que l'acte au- « thentique. »

(3) *V.* art. 1323, 1324, C. civ., et 193, 194, 195, C. proc.

Art. 1323, C. civ. : « Celui auquel on op- « pose un acte sous seing privé, est obli- « gé d'avouer ou de désavouer formel- « lement son écriture ou sa signature. « — Ses héritiers ou ayants cause peu- « vent se contenter de déclarer qu'ils « ne connaissent point l'écriture ou la « signature de leur auteur. »

Art. 1324 : « Dans le cas où la par- « tie désavoue son écriture ou sa si- « gnature, et dans le cas où ses héri- « tiers ou ayants cause déclarent ne « les point connaître, la vérification en « est ordonnée en justice. »

Art. 193, C. proc. : « Lorsqu'il s'agira « de reconnaissance et vérification « d'écritures privées, le demandeur « pourra, sans permission du juge, faire « assigner à trois jours pour avoir acte « de la reconnaissance, ou pour faire « tenir l'écrit pour reconnu. — Si le dé- « fendeur ne dénie pas la signature, « tous les frais relatifs à la reconnais- « sance ou à la vérification, même « ceux de l'enregistrement de l'écrit, « seront à la charge du demandeur. »

Art. 194 : « Si le défendeur ne com-

Source : BIU Cujas

743. Dans les juridictions consulaires, lorsque le défendeur disconvient de la vérité de la signature, les juges-consuls doivent renvoyer devant le juge ordinaire, pour y être procédé à la reconnaissance; et, en attendant, la pièce sous signature privée ne fait aucune foi (1).

Mais il y a cela de particulier dans ces juridictions, que, tant que le défendeur n'a pas encore contesté la vérité de la signature, la pièce de la signature privée fait foi, et le demandeur peut, sans être tenu d'en faire prononcer au préalable la reconnaissance, obtenir en vertu de cette pièce un jugement de condamnation (2); Déclaration du 15 mai 1703.

744. Il y a aussi quelque chose de particulier touchant les cédules et promesses par lesquelles une personne s'oblige de payer une somme pour prêt d'argent, ou autre chose; savoir, que, lorsque la promesse est écrite d'une autre main que de celle de la personne qui l'a souscrite, il faut, pour qu'elle fasse foi contre la personne qui l'a souscrite, que cette personne ait, outre la signature, écrit de sa main la somme qu'elle s'oblige de payer, ce qui se fait ordinairement en ces termes, *Bon pour telle somme.*

C'est ce qui a été ordonné par la déclaration du roi du 22 septembre 1733, pour éviter les surprises qui se font à des personnes qui signent des actes qu'on leur présente, sans en avoir lu le contenu (3).

Mais comme le commerce serait gêné, si toutes sortes de personnes étaient obligées à cette formalité d'écrire de leur main la somme qu'ils s'obligent de payer, y ayant une grande quantité de personnes qui ne savent que signer leur nom, la loi excepte de sa disposition les marchands, artisans, laboureurs et gens de campagne, contre lesquels les promesses par eux souscrites font foi, quoiqu'elles ne contiennent que leur signature (4).

745. Lorsque la somme écrite de la main du débiteur hors du corps de la cédule ou promesse, est moindre que la somme exprimée dans le corps de la cédule, écrit d'une main étrangère; par exemple, si par la promesse il est dit : *Je reconnais devoir à un tel la somme de* 300 *livres*, et qu'au bas, et hors du corps de la promesse, il soit écrit de la main du débiteur, *Bon pour* 200 *livres*, il n'est pas douteux que la promesse ne doit faire foi que pour 200 livres.

Si le corps de la promesse était écrit en entier de la main du débiteur, aussi

---

« paraît pas, il sera donné défaut, et « l'écrit sera tenu pour reconnu : si le « défendeur reconnaît l'écrit, le juge- « ment en donnera acte au deman- « deur. »

Art. 195 : « Si le défendeur dénie « la signature à lui attribuée, ou dé- « clare ne pas reconnaître celle attri- « buée à un tiers, la vérification en « pourra être ordonnée tant par titres « que par experts et par témoins. »

(1) *V.* art. 427, C. proc.

Art. 427 : « Si une pièce produite « (devant un tribunal de commerce) « est méconnue, déniée ou arguée de « faux, et que la partie persiste à s'en « servir, le tribunal renverra devant « les juges qui doivent en connaître, « et il sera sursis au jugement de la de- « mande principale.—Néanmoins, si la « pièce n'est relative qu'à un des chefs « de la demande, il pourra être passé « outre au jugement des autres chefs.»

(2) L'art. 427, C. proc., ci-dessus cité, suppose qu'il en est encore ainsi aujourd'hui.

(3) *V.* art. 1326, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1326 : « Le billet ou la pro- « messe sous seing privé par lequel une « seule partie s'engage envers l'autre « à lui payer une somme d'argent ou « une chose appréciable, doit être « écrit en entier de la main de celui « qui le souscrit; ou du moins il faut « qu'outre sa signature il ait écrit de « sa main un *bon* ou un *approuvé*, « portant en toutes lettres la somme « ou la quantité de la chose;—Excepté « dans le cas où l'acte émane de mar- « chands, artisans, laboureurs, vigne- « rons, gens de journée et de service.»

(4) *V.* art. 1326, 2e alinéa.

Source : BIU Cujas

bien que le *bon;* dans le doute si c'est la somme exprimée dans le corps de l'acte, ou celle exprimée dans le *bon*, qui est la somme véritablement due, on doit, *cæteris paribus*, décider en faveur de la libération, suivant cette règle : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur;* L. 9, ff. *de Reg. jur.*

C'est pourquoi, dans l'espèce proposée, la promesse ne vaudra que pour la somme de 200 livres. Mais si la cause de la dette exprimée dans le corps de la promesse, fait connaître que la somme exprimée par le corps de la promesse, est celle qui est véritablement due, il faudra décider autrement.

Par exemple, si la promesse écrite de la main du débiteur porte : *Je reconnais devoir à un tel la somme de* 300 *livres pour quinze aunes de drap de Pagnon qu'il m'a vendues et livrées*, et qu'il soit constant que cette espèce de drap était du prix d'environ 20 livres l'aune, la promesse vaudra pour 300 livres, quoiqu'il soit écrit : *Bon pour* 200 *livres* (1).

746. Il faut suivre les mêmes règles de décision dans le cas inverse.

Lorsque la somme exprimée par le corps de la promesse est moindre que celle exprimée dans le *bon*, comme lorsqu'il est dit : *Je reconnais devoir à un tel* 200 *livres;* et au bas : *Bon pour* 300 *livres, cæteris paribus*, la présomption est pour la somme de 200 livres, à moins que l'expression de la cause de la dette ne fasse connaître que c'est celle de 300 livres qui est effectivement due.

747. Lorsque quelqu'un se trouve et se reconnaît débiteur et dépositaire d'une certaine somme, suivant le bordereau des espèces joint à l'acte, c'est la somme que composent les espèces exprimées au bordereau, qui est la somme due, quoique celle exprimée par l'acte soit différente; c'est, en ce cas, une erreur de calcul.

748. Les actes sous signature privée ne font pas foi contre celui qui les a souscrits, lorsqu'ils se trouvent en sa possession.

Par exemple, si on trouve sous le scellé de mes effets, un billet signé de moi, par lequel je reconnais vous devoir une somme de 1,000 livres, que vous m'avez prêtée, ce billet ne fera pas une preuve de la dette; car ce billet étant en ma possession, la présomption est, ou que j'avais écrit ce billet dans l'espérance que vous me prêteriez cette somme, et que le prêt n'ayant pas été fait, le billet m'est demeuré; ou que vous me l'avez effectivement prêtée, mais que l'ayant rendue, j'ai retiré mon billet.

Il en est de même des actes de libération, quoique plus favorables. Par exemple, si on a trouvé sous les scellés des effets de mon créancier, une quittance signée de lui d'une somme que je lui dois, elle ne fera pas foi du paiement; car, la quittance étant en sa possession, on en conclura qu'il l'avait écrite d'avance, dans l'espérance que je viendrais le payer; et que n'étant point venu, la quittance lui est demeurée.

749. Les actes sous signature privée, de même que les authentiques, ne font pas foi contre les tiers, sinon que la chose contenue dans l'acte s'est effectivement passée; *probant rem ipsam* : mais ils ont cela de moins que les actes authentiques, que ceux-ci ayant une date constante, par le témoignage de l'officier public qui a reçu l'acte, font foi contre les tiers que la chose contenue dans l'acte, s'est passée dans le temps porté par l'acte; au lieu que les actes sous signature privée, étant sujets à être antidatés, ne font ordinairement foi

---

(1) *V.* art. 1327, C. civ.

Art. 1327 : « Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, « l'obligation est présumée n'être que « de la somme moindre, lors même « que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits « en entier de la main de celui qui « s'est obligé, à moins qu'il ne soit « prouvé de quel côté est l'erreur. »

Source : BIU Cujas

contre les tiers, que la chose qu'ils renferment s'est passée, sinon du jour qu'ils sont rapportés et produits aux tiers (1).

C'est pourquoi si j'ai fait saisir réellement l'héritage de mon débiteur, et que le laboureur qui est dans cet héritage s'oppose à la saisie, et prétende que l'héritage lui appartient; si, pour le prouver, il produit un acte sous signature privée, par lequel il est dit « que mon débiteur lui a vendu cet héritage », et que cet acte ait une date antérieure, non-seulement à ma saisie réelle, mais même à ma créance, il n'obtiendra pas pour cela la mainlevée qu'il demande; car cet acte étant sous signature privée, ne prouve point contre moi, qui suis un tiers, que la vente qu'il renferme s'est faite le jour porté par l'acte; cet acte n'a de date que du jour qu'il est produit contre moi, et qu'il m'est présenté : et comme il ne m'est présenté qu'après la saisie réelle, il ne prouve pas que l'héritage lui ait été vendu, sinon depuis la saisie réelle, temps auquel il n'était plus au pouvoir de mon débiteur de le vendre au préjudice de ma saisie.

Si néanmoins l'acte sous signature privée avait une date constatée, *putà*, par le décès de quelqu'une des parties qui l'auraient souscrit, il ferait foi, même contre un tiers, que la chose contenue dans l'acte, s'était déjà passée au moins au temps de la mort de la partie qui l'a souscrit.

§ II. *Des écritures privées, tirées des archives publiques.*

750. On appelle *archives publiques*, un dépôt de titres établis par autorité de justice : *Archivum*, dit Dumoulin, *est quod publicè auctoritate potestatem habentis erigitur.*

Ces dépôts n'étant établis que pour conserver de vrais titres, ils assurent la vérité de ceux qui en sont tirés : c'est pourquoi les actes sous signature privée, tirés des archives publiques, avec l'attestation du trésorier des archives qu'ils en ont été tirés, font foi, quoiqu'ils n'aient point été reconnus (2); Molin., *in Cons. Par.*, § 8, gl. 1, n° 26.

§ III. *Des papiers terriers et censiers.*

751. On ne peut pas se faire de titres à soi-même (3) : c'est pourquoi des actes qui ne sont point passés par une personne publique, tels que sont des *papiers cueillerets*, c'est-à-dire, des registres qu'un seigneur de censive tient lui-même des cens et redevances qui lui sont payés annuellement, ne peuvent pas faire foi de la prestation de ces redevances, ni fonder par conséquent suffisamment la demande que donnerait le seigneur en reconnaissance d'icelles.

Néanmoins lorsque ces cueillerets sont anciens et uniformes, ils forment une semi-preuve (4), laquelle jointe à d'autres, telle que serait celle qui résulte des reconnaissances des propriétaires des terres circonvoisines, pourrait établir suffisamment la demande du seigneur.

752. Ces papiers cueillerets et autres papiers censiers qui ne sont pas au-

---

(1) *V.* art. 1328, C. civ.

Art. 1328 : « Les actes sous seing « privé n'ont de date contre les tiers « que du jour où ils ont été enregis- « trés, du jour de la mort de celui ou « de l'un de ceux qui les ont souscrits, « ou du jour où leur substance est con- « statée dans des actes dressés par des « officiers publics, tels que procès- « verbaux de scellé ou d'inventaire. »

(2) Le Code n'a point consacré cette doctrine : il est vrai que Dumoulin exigeait plusieurs conditions, notamment : *In loco ubi solum authenticæ scripturæ reponuntur.* Ce qui supposerait que ces titres avaient été préalablement vérifiés.

(3) « Les registres et papiers domesti- « ques ne font point un titre pour celui « qui les a écrits, » dit l'art. 1331, C. civ.

(4) Le Code n'a point reproduit cette disposition.

Source : BIU Cujas

thentiques, ne font pas preuve pour le seigneur contre d'autres; mais ils font preuve pour d'autres contre lui (1).

C'est pourquoi si le seigneur a usurpé sur moi la possession d'un héritage, je pourrais fonder ma demande en revendication contre lui, par ses papiers terriers et censiers, par lesquels il paraîtrait qu'il aurait reçu le cens pour cet héritage, de moi et de mon père, à qui il serait dit qu'il l'aurait acensé.

Mais lorsque le censitaire s'est servi contre le seigneur des papiers censiers du seigneur, le seigneur peut à son tour s'en servir contre lui; et, en ce cas, les papiers censiers du seigneur font pleine preuve en sa faveur (2); Molin., *ibid.*, n° 20.

Par exemple, si, dans l'espèce proposée ci-dessus, le censitaire s'est servi des papiers censiers du seigneur pour prouver qu'un héritage dont le seigneur avait usurpé sur lui la possession, lui appartenait, comme lui ayant été donné à cens par ce seigneur; le seigneur, de son côté, pourra à son tour se servir des mêmes papiers censiers pour prouver que cet héritage est chargé de toutes les redevances dont lesdits papiers font mention; et lesdits papiers feront, en ce cas à cet égard une pleine preuve en faveur du seigneur.

Néanmoins ils ne pourraient, même en ce cas, faire preuve en faveur du seigneur, que des faits qui ont rapport à ceux pour lesquels je me suis servi de ces papiers contre lui.

Par exemple, le seigneur ne pourrait pas prouver, par ces papiers, qu'une autre terre que je possède relève aussi de lui; Molin., *ibid.*

§ IV. *Des livres des marchands.*

753. Personne ne pouvant se faire de titre à soi-même, suivant le principe que nous avons déjà établi, il suit de là que les *livres journaux* des marchands, sur lesquels ils inscrivent jour par jour les marchandises qu'ils débitent aux différents particuliers, ne peuvent pas faire une preuve pleine et entière de ces fournitures, contre les personnes à qui elles ont été faites (3).

Néanmoins la faveur du commerce a établi que, lorsque ces livres sont bien en règle, qu'ils sont écrits de jour à jour sans aucun blanc, que le marchand a la réputation de probité, et que sa demande est donnée dans l'année de la fourniture, ils font une semi-preuve; et même souvent les juges font droit sur les demandes des marchands pour raison desdites fournitures, en prenant leur serment de la vérité de la fourniture, pour suppléer à ce qui manque à la preuve qui résulte de leurs livres (4).

C'est le sentiment de Dumoulin, *ad* L. 3, Cod. *de Reb. cred.* (t. 3, p. 635, col. 2, de l'édition de 1681), où, en parlant des livres des marchands jouissant d'une réputation de probité, il dit : *Rationes ejus quamvis non plenam probationem, nec omninò semiplenam inducant, tamen inserunt aliquam præsumptionem, ex quâ possit ei deferri juramentum, ita ut per se rationes probent.*

Cela doit surtout avoir lieu de marchand à marchand (5).

---

(1) Mais, ajoute l'art. 1331, « ils font « foi contre lui : 1° dans tous les cas « où ils énoncent formellement un « paiement reçu. »

(2) Le censitaire l'a voulu ainsi en invoquant le livre du Seigneur.

(3) *V.* art. 1329, C. civ.

Art. 1329 : « Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. »

(4) Il est probable que le rédacteur de l'art. 1329, voy. note précédente, faisait allusion à cette doctrine par la disposition finale de l'article : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.*

(5) *V.* art. 12, C. comm.

Art. 12 : « Les livres de commerce, « régulièrement tenus, peuvent être « admis par le juge pour faire preuve « entre commerçants pour faits de « commerce. »

Source : BIU Cujas

754. Boiceau, part. 2, chap. 8, exige que ce qui résulte du livre du marchand, soit fortifié par d'autres indices, comme par exemple, que le défendeur avait coutume de se fournir chez le marchand, et d'acheter de lui à crédit.

Un tel fait, ou quelque autre semblable, étant avoué, ou, en cas de déni, prouvé par témoins, cet auteur décide qu'on doit s'en rapporter à l'affirmation du marchand sur les fournitures inscrites dans son livre.

755. On peut encore ajouter que, pour déférer l'affirmation à un marchand contre un bourgeois sur la vérité des fournitures inscrites dans son livre, il faut qu'elles ne montent pas à une somme trop considérable, et qu'elles n'aient rien que de vraisemblable, relativement aux besoins qu'en a pu avoir le défendeur.

Par exemple, ce ne seraient pas des fournitures vraisemblables, s'il était écrit sur le livre d'un marchand, qu'il m'a vendu et livré dix aunes de drap noir dans une année; parce que je n'ai pas besoin de plus d'un habillement dans l'année, pour lequel quatre aunes de drap suffisent.

756. A l'égard des petits marchands qui ne sont pas du corps des marchands, mais des gens de la lie du peuple, Boiceau (*ibid.*) pense que leurs livres ne doivent pas faire foi.

757. Après avoir vu quelle preuve les livres des marchands font en leur faveur, il nous reste à voir quelle preuve ils font contre eux.

Il n'est pas douteux qu'ils font une preuve complète contre eux, soit des marchés qu'ils ont faits, soit des livraisons qui leur ont été faites, et des sommes qui leur ont été payées (1).

Cela a lieu, quand même la chose aurait été écrite par une autre main que celle du marchand, pourvu qu'il soit constant que le journal est celui dont le marchand a coutume de se servir; car ce journal étant en sa possession, la présomption est que tout ce qui y est écrit, l'a été de son consentement; Dumoulin, *ad.* L. 3, C. *de Reb. cred.*

Dumoulin (*ibidem*) apporte pour première limitation à cette règle, que, pour que le journal d'un marchand fasse foi contre lui de la somme qu'il a reconnu devoir à quelqu'un, il faut ordinairement que la cause de la dette y soit exprimée; car, comme il ne peut y avoir de dette sans une cause qui la produise, et que la seule écriture ne fait pas la dette, la demande de la dette ne peut être fondée tant qu'il ne paraît point de cause.

Mais il suffit qu'il en paraisse une, au moins par présomption et conjectures.

C'est pourquoi si un marchand a écrit sur son livre « qu'il devait la somme de tant à un tel marchand », quoiqu'il n'ait point exprimé la cause, son livre fera foi contre lui en faveur de ce marchand, si ce marchand est celui qui a coutume de lui fournir les marchandises de son commerce; car, en ce cas, la présomption est que la cause de la dette est la fourniture de ces marchandises; Dumoulin, *ibid.*

La seconde limitation qu'apporte Dumoulin, est que la foi doit être ajoutée au journal seulement, et non pas à des papiers volants qui se seraient trouvés dans le journal.

La troisième limitation qu'il apporte, est que le journal d'un marchand ne fait point de foi contre lui en ma faveur, si, voulant prendre droit de ce journal contre lui, je ne veux pas qu'il s'en serve contre moi; car on ne doit pas prendre droit d'une pièce qu'on rejette (Molin., *ibid.*); *nam fides scripturæ est indivisibilis, Doct. ad L. si ex fals.* 42, Cod. *de Trans.*

---

(1) *V.* art. 1330, C. civ.

Art. 1330 : « Les livres des marchands font preuve contre eux; mais « celui qui en veut tirer avantage ne « peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. »

Source : BIU Cujas

§ V. *Des papiers domestiques des particuliers.*

758. Après avoir traité des papiers-journaux des marchands, il est de l'ordre de parler de ceux des particuliers qui ne sont pas marchands.

Il n'est pas douteux que ce que nous écrivons sur nos *papiers domestiques*, ne peut faire de preuve en notre faveur contre quelqu'un qui n'y a pas souscrit (1) : *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, quâ unusquisque sibi adnotatione propriâ debitorem constituit;* L. 7, Cod. *de Probat.*

Mais font-ils preuve contre nous?

Boiceau (part. 2, chap. 8, n° 14), distingue le cas auquel ce que nous avons écrit tendrait à nous obliger envers quelqu'un, et celui auquel ce que nous avons écrit tendrait à libérer notre débiteur.

Dans le premier cas, par exemple, si j'ai écrit sur mon journal ou sur mes tablettes, « que j'ai emprunté vingt pistoles de Pierre » (Boiceau *ibidem*), pense que, si cette reconnaissance faite sur mon journal ou sur mes tablettes, est signée de moi, elle fait une preuve complète de la dette contre moi et mes héritiers; et que, si elle n'est pas signée, elle ne fait qu'une semi-preuve, qui doit être fortifiée de quelque indice.

Je trouve plausible cette distinction de Boiceau; mais par une autre raison que celles qu'il a alléguées. Lorsque la note que j'ai faite de l'emprunt sur mon journal n'est pas signée, cette note ne paraît faite que pour me rendre compte à moi-même, et non pour servir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait : ce créancier n'ayant pas de billet, la présomption est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé, et que me trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note, et de faire mention du paiement que j'avais fait. Mais lorsque j'ai signé cette note, ma signature indique que j'ai fait cette note dans l'intention qu'elle servît au créancier de preuve de sa créance : elle doit donc lui en servir.

Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connaître que je la faisais pour qu'elle servît de preuve du prêt dans le cas auquel je serais prévenu par la mort; comme lorsque j'ai déclaré par cette note que celui qui m'avait fait le prêt, n'avait pas voulu recevoir de billet de moi; la note, dans ce cas, quoique non signée, doit faire une preuve de la dette contre moi et mes héritiers (2).

Lorsque la note, quoique signée, est barrée, elle ne fait plus de preuve en faveur du créancier : au contraire, la radiation est une preuve que j'ai rendu la somme, si le créancier n'a par devers lui aucun titre.

Passons au second cas, qui est celui auquel ce que j'ai écrit sur mon journal ne tend pas à m'obliger, mais au contraire à libérer mon débiteur; comme lorsque j'ai écrit sur mon journal les paiements qu'il m'a faits : il n'est pas douteux, en ce cas, que ce que j'ai écrit sur mon journal, soit que je l'aie signé ou non, fait une pleine foi contre moi au profit de mon débiteur; car la libération est favorable (3).

§ VI. *Des écritures non signées des particuliers.*

759. Il y a trois espèces de ces écritures :—1° Les *journaux et tablettes;* —2° Les *écritures sur feuilles volantes*, et qui ne sont point à la suite, à la

---

(1) « Les registres et papiers domes-« tiques ne sont point un titre pour « celui qui les a écrits. » *V.* art. 1331, C. civ., *in principio.*

(2) *V.* art. 1331 : « Ils font foi con-« tre lui.... 2° lorsqu'ils contiennent « la mention expresse que la note a « été faite pour suppléer le défaut du « titre en faveur de celui au profit du-« quel ils énoncent une obligation. »

(3) *V.* art. 1331 : « Ils font foi con-« tre lui, 1° dans tous les cas où ils « énoncent formellement un paiement « reçu. »

Source : BIU Cujas

marge ou au dos d'un acte signé;—3° celles qui sont *à la suite, à la marge ou au dos d'un acte signé.*

Nous avons parlé de la première espèce au paragraphe précédent.

Celles de la seconde espèce, ou tendent à obliger ou à libérer.

A l'égard de celles qui tendent à libérer, telles que sont des quittances écrites de la main du créancier, non signées, qui se trouvent par devers le débiteur, quoique nous ayons décidé au paragraphe précédent, que les reçus écrits sur le journal du créancier font une pleine foi du paiement, sans qu'il soit besoin qu'ils soient signés, je ne crois pas qu'on doive de même décider que les quittances non signées, sur feuilles détachées, quoique écrites entièrement de la main du créancier, et en la possession du débiteur, fassent pareillement une pleine foi du paiement.

La raison de cette différence est qu'il n'est pas d'usage de signer les reçus qu'on inscrit sur un journal; au lieu qu'il est d'usage que le créancier signe les quittances qu'il donne à son débiteur.

C'est pourquoi lorsque la quittance n'est pas signée, on peut croire qu'elle a été donnée au débiteur avant le paiement, *putà*, comme un simple modèle, pour que le débiteur examinât s'il approuverait la forme en laquelle elle était conçue, et que le créancier a remis à la signer lorsqu'il serait payé.

Néanmoins, si cette quittance est datée de manière qu'il n'y manque que la signature; si c'est une quittance toute simple, et dont il n'y ait pas eu besoin de faire un modèle; enfin, s'il ne paraît aucune raison pour laquelle cette quittance ait pu parvenir au débiteur avant le paiement; en ce cas, je pense qu'on doit présumer que ce n'est que par oubli que la quittance n'a pas été signée, et qu'elle doit faire foi du paiement, surtout si on y ajoute le serment supplétoire du débiteur (1).

A l'égard des écritures non signées, sur des feuilles volantes, qui tendent à l'obligation de la personne qui les a écrites, telles qu'une promesse, un acte de vente, etc.; quoiqu'elles se trouvent entre les mains de celui envers qui l'obligation devait être contractée, elles ne font néanmoins aucune preuve contre la personne qui les a écrites, « que l'obligation a été effectivement contractée »; et elles ne passent que pour de simples projets qui n'ont pas eu d'exécution (2).

760. Il nous reste à parler des écritures non signées, qui sont à la suite, ou à la marge, ou au dos d'un écrit signé : ces écritures, ou tendent à la libération, ou à une nouvelle obligation.

A l'égard de celles qui tendent à la libération, il faut encore distinguer le cas auquel l'acte au bas ou au dos duquel elles sont, est et n'a jamais cessé d'être en la possession du créancier; et celui auquel il serait en la possession du débiteur.

Dans le premier cas, comme lorsqu'au bas ou au dos d'une promesse signée par le débiteur, et qui est en la possession du créancier, il se trouve des quittances de sommes reçues à compte; ces quittances, quoique non signées ni datées, font une pleine preuve du paiement, non-seulement lorsqu'elles sont écrites de la main du créancier, mais même de quelque main qu'elles soient écrites, fût-ce même de celle du débiteur; parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était en sa possession, si les paiements ne lui avaient pas été faits effectivement (3).

---

(1) Le Code ne contient aucune disposition relative à cette hypothèse, nous pensons qu'il ne peut être question que d'une appréciation de faits.

(2) On doit plus facilement admettre un projet de contrat, que, dans l'espèce précédente, un projet de quittance.

(3) Le Code est plus exigeant que Pothier, il veut deux circonstances réunies : 1° que le titre soit toujours resté en la possession du créancier;

Source : BIU Cujas

Il y a plus : quand même les écritures non signées, qui sont au bas ou au dos d'un acte qui est en la possession du créancier, et qui tendent à la libération de ce qui est porté par cet acte, seraient barrées, elles ne laisseraient pas de faire foi : car il ne doit pas être au pouvoir du créancier, en la possession duquel est l'acte, ni moins encore en celui de ses héritiers, de détruire, en barrant cette écriture, la preuve du paiement qu'elle renferme.

761. Ces dispositions ont lieu, lorsque l'acte est entre les mains du créancier.

Quid, si l'acte est entre les mains du débiteur; *putà*, si au bas, au dos, ou en marge d'un traité de vente fait double, qui est entre les mains de l'acheteur, débiteur du prix, il se trouve des reçus non signés?

Ces écritures feront pleine foi, si elles sont de la main du créancier : ces quittances étant sur l'acte même qui renferme l'obligation, elles ont plus de force que des quittances non signées données sur une feuille volante.

Il en est de même des quittances non signées, écrites de la main du créancier, qui seraient à la suite d'une précédente quittance signée : mais si ces écritures sont d'une autre main que celle du créancier, n'étant point signées de lui, elles ne font aucune foi du paiement, ne devant pas être au pouvoir du débiteur de se procurer la libération de sa dette, en faisant écrire des reçus sur l'acte qui est en sa possession, par telle personne qu'il voudra.

Les quittances, quoique écrites de la main du créancier sur l'acte qui est en la possession du débiteur, ne feront pas foi non plus si elles sont barrées; car il est sensible que le débiteur, en la possession duquel est l'acte, ne les aurait pas laissé barrer si le paiement eût été effectif; et il y a lieu de croire que le créancier ayant écrit la quittance sur des propositions de paiement, l'a barrée parce que les propositions n'ont pas été effectuées.

762. A l'égard des écritures non signées, qui tendent à l'obligation, lorsqu'elles expriment une relation avec l'acte signé au bas, au dos ou en marge duquel elles sont, elles font foi contre le débiteur qui les a écrites (1).

Par exemple, si, au bas d'une promesse signée de Pierre, par laquelle il reconnaît que Jacques lui a prêté 1,000 liv., il était écrit de la main de Pierre, *Plus, je reconnais que mondit sieur Jacques m'a encore prêté* 200 *liv.;* cette écriture, quoique non signée, ferait foi contre Pierre, parce que par ces termes de, *plus, encore,* elle a une relation avec l'écrit signé de lui (2). Boiceau, 11, 2; et Danty, *ibid.*

Pareillement, si, au bas d'un traité de vente d'une métairie signé des deux parties, il y avait un *post-scriptum* écrit de la main du vendeur, quoique non signé, portant « que les bestiaux qui y sont, sont compris dans la vente », ce *post-scriptum* ferait foi contre le vendeur (3).

S'il était écrit d'une autre main, il est évident qu'il ne ferait pas foi contre lui, si l'acte était produit par l'acheteur; mais si ce *post-scriptum* était au bas

---

2° que l'écriture soit de la main du créancier. *V.* art. 1332, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1332 : « L'écriture mise par le « créancier à la suite, en marge ou au « dos d'un titre qui est toujours resté « en sa possession, fait foi, quoique « non signée ni datée par lui, lors- « qu'elle tend à établir la libération du « débiteur. — Il en est de même de « l'écriture mise par le créancier au « dos, ou en marge, ou à la suite du « double d'un titre ou d'une quittance, « pourvu que ce double soit entre les « mains du débiteur. »

(1) *V.* art. 1332, 2e alinéa, C. civ., note précédente.

(2) Cela est vrai; mais ne pourrait-on pas dire que c'était un projet de prêt supplémentaire, et que la signature n'a pas été mise, parce qu'il n'y a pas eu réalisation.

(3) Cette induction serait plus facilement admise que la précédente; surtout aujourd'hui, que ces objets sont immeubles par destination.

Source : BIU Cujas

de l'acte qui est entre les mains du vendeur, ce *post-scriptum*, quoique écrit d'une autre main, ferait foi contre le vendeur; car il n'aurait pas laissé mettre ce *post-scriptum* au bas d'un acte qui était en sa possession, si le contenu n'eût pas été convenu entre les parties.

763. Lorsque les écritures non signées, étant au dos, au bas ou à la marge d'un acte, n'ont aucun rapport avec cet acte, elles sont semblables à celles écrites sur feuilles volantes. *Voy.* ce qui en a été dit *suprà*, n° 759.

§ VII. *Des tailles.*

764. On appelle *tailles*, les deux parties d'un morceau de bois fendu en deux, dont deux personnes se servent pour marquer la quantité de fournitures que l'une des deux fait journellement à l'autre.

Pour cet effet, chacune d'elles a un morceau de ce bois. Celle que le marchand qui fait les fournitures a par devers lui, s'appelle proprement *la taille;* l'autre se nomme *échantillon.*

Lors des fournitures, on joint les deux parties du morceau de bois, et l'on y coche avec un couteau, un chiffre qui marque la quantité des fournitures. Telles sont les tailles des boulangers.

Ces tailles tiennent lieu d'écritures, et font une espèce de preuve littérale de la quantité de marchandises fournies, lorsque celui à qui elles ont été fournies représente l'échantillon pour le joindre à la taille (1).

ART. III. — Des copies.

765. C'est une règle commune à toutes les copies, que, lorsque le titre original subsiste, elles ne font foi que de ce qui se trouve dans le titre original (2); les notaires ne devant, même sous prétexte d'interprétation, rien ajouter dans les grosses et expéditions, à ce qui est contenu dans la minute originale.

C'est pourquoi il ne peut guère y avoir de question sur la foi que méritent les copies, lorsque le titre original subsiste; car, si on doute de ce qu'elles contiennent, on peut avoir recours au titre original.

Il peut y avoir plus de difficulté, lorsque le titre original est perdu, pour savoir quelle foi peuvent faire en ce cas les copies.

Il faut d'abord distinguer celles qui ont été tirées par une personne publique, et celles qui n'ont pas été tirées par une personne publique.

Il faut encore, à l'égard des premières, en distinguer trois espèces :

1° Celles qui ont été faites par autorité du juge, partie présente ou dûment appelée;

2° Celles qui ont été faites sans l'autorité du juge, mais en présence des parties;

3° Celles qui ont été faites sans présence des parties, et sans qu'elles y aient été appelées de l'autorité du juge.

Nous traiterons de ces trois espèces dans les trois premiers paragraphes.

Le registre des insinuations renferme des copies, de la classe de celles qui sont tirées par un officier public; nous en traiterons dans un quatrième paragraphe.

---

(1) *V.* art. 1333, C. civ.

Art. 1333 : « Les tailles corrélatives « à leurs échantillons font foi entre les « personnes qui sont dans l'usage de « constater ainsi les fournitures qu'el- « les font ou reçoivent en détail. »

(2) *V.* art. 1334, C. civ.

Art. 1334 : « Les copies, lorsque le « titre original subsiste, ne font foi « que de ce qui est contenu au titre, « dont la représentation peut tou- « jours être exigée. »

Source : BIU Cujas

Nous traiterons, dans le cinquième, des copies qui n'ont pas été tirées par une personne publique;

Et dans le sixième, des copies de copies.

§ I. *Des copies faites par l'autorité du juge, partie présente, ou dûment appelée.*

766. Celui qui veut avoir une copie de cette espèce, qui lui tienne lieu de l'original, donne sa requête au juge, au bas de laquelle le juge ordonne que copie sera tirée sur l'original d'un tel acte, en tel lieu, tel jour, à telle heure, et que les parties intéressées seront sommées de s'y trouver : en conséquence de cette ordonnance, qu'il fait signifier aux parties, il les fait par le même acte sommer de se trouver aux lieu, jour et heure indiqués.

La copie qui, en conséquence, est tirée sur l'original par un officier public, soit en présence des parties, soit en leur absence, après qu'elles ont été, comme nous l'avons déjà dit, sommées de s'y trouver, est une copie qu'on appelle *copie en forme*.

Lorsque l'original, par la suite, est perdu, elle fait la même foi contre les parties qui y ont été présentes ou sommées de s'y trouver, et contre leurs héritiers ou successeurs, que ferait l'original même (1); Molin *in Cons. par.*, § 8, *gl.* 1, n° 37.

767. Observez que, lorsque ces copies sont encore nouvelles, l'énonciation qui y est faite de l'ordonnance du juge, et des assignations données aux par-

---

(1) *V.* art. 1335, C. civ., § 1°, et 844, 845, C. proc.

Art. 1335, C. civ. : « Lorsque le titre « original n'existe plus, les copies font « foi d'après les distinctions suivantes: « —1° Les grosses ou premières expédi- « tions font la même foi que l'original : « il en est de même des copies qui ont « été tirées par l'autorité du magistrat, « parties présentes ou dûment appe- « lées, ou de celles qui ont été tirées « en présence des parties et de leur « consentement réciproque. — 2° Les « copies qui, sans l'autorité du magis- « trat, ou sans le consentement des « parties, et depuis la délivrance des « grosses ou premières expéditions, « auront été tirées sur la minute de « l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou « par l'un de ses successeurs, ou par « officiers publics qui, en cette qualité, « sont dépositaires des minutes, peu- « vent, au cas de perte de l'original, « faire foi quand elles sont anciennes. « —Elles sont considérées comme an- « ciennes quand elles ont plus de « trente ans; — Si elles ont moins de « trente ans, elles ne peuvent servir « que de commencement de preuve « par écrit. — 3° Lorsque les copies « tirées sur la minute d'un acte ne « l'auront pas été par le notaire qui l'a « reçu, ou par l'un de ses successeurs, « ou par officiers publics qui, en cette « qualité, sont dépositaires des mi- « nutes, elles ne pourront servir, « quelle que soit leur ancienneté, que « de commencement de preuve par « écrit.—4° Les copies de copies pour- « ront, suivant les circonstances, être « considérées comme simples rensei- « gnements. »

Art. 844, C. proc. : « La partie qui « voudra se faire délivrer une seconde « grosse, soit d'une minute d'acte, soit « par forme d'ampliation sur une grosse « déposée, présentera, à cet effet, re- « quête au président du tribunal de « première instance : en vertu de « l'ordonnance qui interviendra, elle « fera sommation au notaire pour faire « la délivrance à jour et heure indi- « qués, et aux parties intéressées, pour « y être présentes; mention sera faite « de cette ordonnance au bas de la « seconde grosse, ainsi que de la « somme pour laquelle on pourra exé- « cuter; si la créance est acquittée ou « cédée en partie. »

Art. 845 : En cas de contestation, « les parties se pourvoiront en ré- « féré. »

Source : BIU Cujas

ties pour se trouver au lieu et aux jour et heure auxquels se doit tirer la copie, n'est pas une preuve suffisante que ces formalités ont été observées.

C'est pourquoi, pour qu'à défaut de l'original, la copie fasse la preuve entière que l'original aurait faite, il faut que celui qui s'en sert, rapporte l'ordonnance du juge, et les assignations.

Mais lorsque ces copies sont anciennes, cette énonciation de l'observation des formalités, est une preuve suffisante qu'elles ont été observées, suivant cette règle. *Enuntiativa in antiquis probant;* et il n'est nécessaire de rapporter ni l'ordonnance du juge, ni les assignations.

Pour qu'une copie soit réputée ancienne, à l'effet de dispenser du rapport des procédures qui y sont énoncées, il n'est pas nécessaire qu'elle ait une antiquité de trente ou quarante ans, telle que celle qui est requise pour suppléer ce qui manque aux actes pour faire une pleine foi, et dont nous parlerons *infrà*, n° 771. Il suffit qu'elle ait une antiquité de dix ans.

C'est sur ce principe qu'on juge qu'après dix ans, un adjudicataire par décret, dont l'adjudication est attaquée, n'est pas obligé de rapporter les procédures sur lesquelles est intervenu le décret.

768. Ces copies en forme, qui, à l'égard des personnes qui y ont été présentes ou dûment appelées, font la même foi que l'original, n'ont à l'égard des autres personnes qui n'y ont été ni présentes, ni appelées, que l'effet que peuvent avoir celles faites sans partie présente ni appelée, dont nous parlerons *infrà*, § 3; Molin., *ibid.*, *eod.* n° 37.

§ II. *Des copies faites en présence des parties, mais sans l'autorité du juge.*

769. Ces copies ne sont pas proprement *copies en forme,* puisqu'elles ne sont pas faites par autorité du juge; néanmoins elles ont le même effet entre les parties qui y ont été présentes, leurs héritiers ou successeurs, que les copies en forme; et elles font entre ces parties, comme les copies en forme, à défaut de l'original, la même foi qu'aurait faite l'original (1).

Elles tirent de la convention des parties cette autorité; car les parties, par leur présence, lorsque ces copies ont été tirées, sont tacitement convenues qu'elles tiendraient entre elles lieu d'original.

Ces copies ne font pas néanmoins toujours la même preuve que les copies en forme; car, comme elles tirent leur force de la seule convention des parties, il suit de là qu'elles n'en peuvent avoir dans les choses dont il n'est pas au pouvoir des parties de convenir, et dont ces parties n'ont pas la disposition.

C'est pourquoi si, sans autorité de justice, j'ai tiré copie avec un titulaire de bénéfice, d'un bail à emphytéose d'un héritage dépendant de ce bénéfice, et des autres pièces contenant les formalités qui ont dû l'accompagner, et que son successeur revendique sur moi cet héritage; les copies que j'ai tirées en présence de son prédécesseur, ne feront pas contre le successeur la même foi qu'aurait faite l'original desdites pièces, qui depuis ont été perdues; ni celle qu'auraient faite des copies en forme; car son prédécesseur, qui n'avait pas la libre disposition des héritages de son bénéfice, n'a pu, au préjudice de ses successeurs (2), convenir que les copies que j'ai tirées, étaient conformes aux originaux des actes qui établissaient la légitimité de l'aliénation de cet héritage.

---

(1) C'est ce que dit le § 1° de l'art. 1335 ci-dessus cité.

(2) Ils sont *successeurs* en ce sens qu'ils viennent après lui dans la jouissance du bénéfice, mais ils ne sont pas *successeurs* en ce sens qu'ils soient ses ayants cause; ils ne sont pas subrogés dans ses droits.

Source : BIU Cujas

§ III. *Des copies faites sans présence des parties, et sans qu'elles aient été appelées par autorité de justice.*

770. Les copies qui sont tirées sur l'original hors de la présence de la partie, et sans qu'elle y soit appelée, ne font pas ordinairement une preuve entière contre elle de ce qui est contenu en l'original, dans le cas où il serait perdu; cette copie fait seulement un indice ou commencement de preuve par écrit, qui peut faire admettre la preuve testimoniale, pour suppléer à celle qui manque à cette copie.

Cette décision a lieu, soit que cette copie ait été tirée sans ordonnance du juge, ou en vertu d'une ordonnance du juge; car c'est la même chose, qu'il y ait eu une ordonnance du juge, dont on n'a pas fait usage pour appeler la partie, ou qu'il n'y en ait point eu.

Cette décision a lieu, selon Dumoulin, quand même la copie serait tirée par le même notaire qui a reçu l'original.

Par exemple, j'ai passé procuration à Pierre, présent Gomet, notaire, pour vendre ma maison à Jacques. Pierre vend ma maison à Jacques en vertu de cette procuration, dont la copie est insérée en fin du contrat de vente; et cette copie est signée de Gomet, qui atteste qu'il l'a copiée mot à mot sur l'original qu'il a reçu. Depuis, je donne la demande en revendication contre Jacques; et l'original de la procuration que j'avais donnée à Pierre, pour la lui vendre, étant perdue, on n'a plus que cette copie à m'opposer.

Cette copie ne fera pas une preuve pleine et entière contre moi, que j'ai donné pouvoir de vendre ma maison.

La raison est que cette copie prouve bien qu'il y a un original, sur lequel elle a été tirée; mais n'ayant point été tirée avec moi, elle ne prouve point contre moi, que l'original sur lequel elle a été tirée, et qu'on ne représente point, avait tous les caractères nécessaires pour faire foi : elle ne prouve point que ma signature, qu'on dit dans cette copie s'être trouvée au bas de cet original, fût effectivement ma signature.

Il est vrai que c'est le notaire qui a reçu l'original, et qui m'a vu signer l'original, qui l'atteste.

Mais, dit Dumoulin, un notaire ne peut attester et faire pleine foi, sinon des choses qu'il est requis d'attester par les parties : *Non potest testari nisi de eo de quo rogatur à partibus;* il ne peut attester que ce qu'il voit et entend *propriis sensibus,* au temps qu'il l'atteste : or, au temps qu'il a fait cette copie, il voyait seulement qu'il y avait un original; mais il ne me voyait pas le signer : il n'était point requis par moi d'attester qu'il y eût un original en règle, véritablement signé de moi, sur lequel il a tiré la copie, puisqu'on la suppose tirée en mon absence; et par conséquent il n'a pu donner à cette copie la foi de l'original; Molin., *eod.*, § 8, gl. 1, n°s 48, 62, 63, 64, etc.

771. Tout ce que nous avons dit souffre exception à l'égard des copies anciennes; car les anciennes copies des actes, soit qu'elles soient tirées par le même notaire qui a reçu l'original, ou même par un autre, font foi contre tous, à défaut de l'original; parce qu'elles énoncent qu'il y a eu un original en règle (1), et que *in antiquis enuntiativa probant.*

C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *ibid.*, n° 41. *Si exemplum esset antiquum et de instrumento antiquo, non enim sufficeret originale fuisse antiquum, si exemplum esset recens.... Tunc ratione antiquitatis puto quòd plenè probaret contra omnes quantùm ipsum originale probaret : ratio, quia habet authenticum testimonium de autoritate et tenore originalis, cui antiquitas loco cæterarum probationum quarum copiam sustulit, auctoritatem plenæ fidei supplet.*

(1) *V.* art. 1335, § 2°, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 414, note 1.

Source : BIU Cujas

Une copie est ordinairement réputée ancienne, lorsqu'elle a plus de trente ou quarante ans; car, suivant Dumoulin (*ibid.*, nos 81 et 82), hors le cas des matières qui concernent les droits qui n'admettent que les possessions immémoriale et centenaire, à l'égard desquelles un acte n'est réputé ancien que lorsqu'il passe cent ans, dans toutes les autres matières, les actes sont réputés anciens, lorsqu'ils passent trente ou quarante ans.

Ils peuvent même, au bout de dix ans, suivant cet auteur, passer pour anciens : *ad solemnitatem præsumendam, nisi agatur de gravi præjudicio alterius;* ibid., n° 83.

§ IV. *Du registre des insinuations.*

772. La copie d'une donation qui est transcrite dans le registre des insinuations, ne fait pas foi de la donation : autrement il serait au pouvoir d'une personne de mauvaise foi, de supposer une fausse donation, qu'elle ferait transcrire sur le registre des insinuations, et d'éluder la preuve qu'on pourrait faire de la fausseté, en supprimant l'original.

Mais Boiceau, p. 1, ch. 11, pense que ce registre fait au moins un commencement de preuve par écrit, qui doit faire admettre la preuve testimoniale de la donation.

Danty pense que cette décision souffre beaucoup de difficulté.

Pour que cette preuve fût admise, je voudrais au moins que deux choses concourussent : 1° qu'il fût constant que les minutes de tous les actes passés par le notaire en l'année dans laquelle on prétend que la donation a été faite, ne se trouvent point : car, s'il n'y avait que la minute de cette prétendue donation qui ne s'y trouvât pas, il en résulterait des soupçons d'affectation dans la suppression de cet acte, qui feraient douter de la vérité ou de la forme de cet acte, et empêcheraient qu'on en dût admettre la preuve par témoins.

2° Je pense qu'il faudrait que le donataire offrît de faire la preuve de la donation par des témoins qui auraient été présents lorsque l'acte a été fait, ou du moins qui auraient entendu le donateur en convenir; et il ne suffirait pas que le donataire prouvât qu'on a vu l'acte de donation entre les mains du donataire; car ces témoins qui voient cet acte, ne savent pas si cet acte est véritable, ni s'il est revêtu de ses formes (1).

773. Si l'insinuation avait été faite à la requête du donateur, et qu'il eût souscrit sur le registre des insinuations, Boiceau décide, qu'en ce cas, l'insinuation ferait foi de la donation, par la même raison qu'il a été dit ci-dessus, que les copies judiciaires faites en présence des parties, font la même foi que l'original, vis-à-vis de la partie qui y a été présente.

§ V. *Des copies tout à fait informes, qui ne sont pas tirées par une personne publique.*

774. Les copies qui ne sont pas tirées par une personne publique, sont celles qu'on appelle *absolument informes :* elles ne font aucune preuve, quoi-

(1) *V.* art. 1336, C. civ.

Art. 1336 : « La transcription d'un « acte sur les registres publics ne « pourra servir que de commencement « de preuve par écrit; et il faudra même « pour cela : — 1° Qu'il soit constant « que toutes les minutes du notaire, « de l'année dans laquelle l'acte paraît « avoir été fait, soient perdues, ou que « l'on prouve que la perte de la minute « de cet acte a été faite par un acci- « dent particulier; — 2° Qu'il existe un « répertoire en règle du notaire, qui « constate que l'acte a été fait à la « même date. — Lorsqu'au moyen du « concours de ces deux circonstances « la preuve par témoins sera admise, il « sera nécessaire que ceux qui ont été « témoins de l'acte, s'ils existent en- « core, soient entendus. »

Source : BIU Cujas

que anciennes; elles ne peuvent tout au plus que former quelque indice très léger.

Néanmoins, si quelqu'un avait produit cette copie informe pour en tirer quelque indice, l'autre partie pourrait s'en servir contre lui; et elle ferait foi contre lui, parce qu'en la produisant lui-même, il est censé en avoir reconnu la vérité : car on ne doit produire que des pièces qu'on croit vraies.

Lorsqu'une copie a été tirée, à la vérité, par une personne publique, comme est un notaire, mais qui ne s'est point fait assister de témoins ou d'un autre notaire, elle ne passe point pour être tirée par une personne publique, et elle est aussi absolument informe que si elle eût été tirée par un particulier; car une personne publique qui ne se comporte point en personne publique, n'est point réputée pour telle (1) : *Persona publica*, dit Dumoulin, *agens contrà officium personæ publicæ, non est digna spectari ut persona publica.*

§ VI. *Des copies de copies.*

775. Il est évident que la copie tirée, non sur l'original, mais sur une précédente copie, quoique tirée *servato juris ordine*, ne peut faire que la même preuve qu'aurait pu faire la précédente copie sur laquelle elle a été tirée, et contre les personnes seulement contre lesquelles la précédente copie aurait pu faire preuve (2).

Quelquefois même, quoique cette seconde copie tirée sur une première, ait été tirée *servato juris ordine*, elle ne fait pas contre la même personne, la même preuve qu'aurait faite la précédente copie; ce qui a lieu lorsque la personne à qui on l'oppose, n'avait pas les mêmes raisons de contester l'original, lorsqu'on a tiré avec elle la première copie, qu'elle a aujourd'hui de le contester à l'égard de celui qui a fait tirer la seconde.

Dumoulin, § 8, gl. 1, n° 34, apporte cet exemple :

Pierre, domestique d'un de mes parents dont je suis héritier, a fait, en vertu d'une ordonnance du juge, en la présence de mon procureur, tirer copie entière du testament de ce parent; après quoi il s'est fait saisir par moi d'un legs de cent écus qui lui était fait par le testament.

Cette copie a été tirée sur l'original qui était déposé chez un notaire. Depuis survient Jacques, qui demande la délivrance d'un legs de dix mille écus porté par le même testament; et comme l'original a été depuis égaré, il donne requête au juge pour en être tiré copie en ma présence, ou moi dûment appelé, sur celle qui en avait été tirée par Pierre.

Dumoulin dit que cette copie tirée par Jacques sur celle tirée par Pierre ne fait pas contre moi une preuve entière, telle que faisait en faveur de Pierre celle que Pierre a tirée sur l'original, parce que, dit-il, *nova contradicendi causa subest.* J'ai aujourd'hui des raisons de contredire et de contester l'original, que je n'avais pas lorsque Pierre a fait tirer sa copie.

Le legs que Pierre me demandait était un legs modique de cent écus; il ne valait pas la peine que je contestasse l'original du testament; c'est pourquoi j'ai pu négliger les moyens que j'avais alors de le contester. Mais aujourd'hui que Jacques me demande dix mille écus, j'ai un grand intérêt d'examiner si l'original du testament est en règle.

C'est pourquoi, de ce que j'ai bien voulu passer la copie de Pierre pour la copie d'un testament en règle, il ne s'ensuit pas que je doive reconnaître la même chose à l'égard de la copie de Jacques, tirée sur celle de Pierre.

---

(1) *V.* art. 1335, § 3°, C. civ., ci-dessus, p. 414, note 1.

(2) Le Code ne leur accorde pas une aussi grande force; elles ne servent que de renseignements. *V.* art. 1335, § 4°, C. civ., ci-dessus, p. 414, note 1.

Source : BIU Cujas

ART. IV. — De la distinction des titres en primordiaux et en récognitifs.

776. Le *titre primordial*, suivant que le nom le fait entendre, est le premier titre qui a été passé entre les parties entre lesquelles une obligation a été contractée, et qui renferme cette obligation. Par exemple, le titre primordial d'une rente est le contrat par lequel elle a été constituée.

Les *titres récognitifs* sont ceux qui ont été passés depuis par les débiteurs, leurs héritiers ou successeurs.

777. Dumoulin (*eod.* § 8, n° 88) distingue deux espèces de titres *récognitifs* ou *reconnaissances ;* celles qui sont dans la forme qu'il appelle *ex certâ scientiâ,* et celles qu'on appelle *in formâ communi.*

Les reconnaissances *ex certâ scientiâ*, qu'il appelle aussi *in formâ speciali et dispositivâ* (n° 89) sont celles où la teneur du titre primordial est relatée.

Ces reconnaissances ont cela de particulier, qu'elles équipollent au titre primordial, au cas qu'il fût perdu, et en prouvent l'existence contre la personne reconnaissante, pourvu qu'elle ait la disposition de ses droits, et contre ses héritiers et successeurs : elles dispensent par conséquent le créancier de rapporter le titre primordial dans le cas auquel il se trouverait perdu ; Molin., *ibid.*, n° 89.

Les reconnaissances *in formâ communi* sont celles où la teneur du titre primordial n'est point relatée.

Ces reconnaissances servent seulement à confirmer le titre primordial, et à interrompre la prescription (1) : mais elles ne confirment le titre primordial qu'autant qu'il est vrai ; elles n'en prouvent point l'existence, et elles ne dispensent point le créancier de le rapporter ; *ibid.*

Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, dont quelqu'une fût ancienne, ou même une seule ancienne, et soutenue de la possession, elles pourraient équipoller au titre primordial, et dispenser le créancier de le rapporter ; ce qui a lieu surtout lorsque le titre primordial est très ancien (2) ; *ibid.*, n° 90.

778. Les reconnaissances de l'une et de l'autre espèce ont cela de commun, qu'elles sont relatives au titre primordial ; que le reconnaissant, par ces reconnaissances, n'est censé vouloir contracter aucune nouvelle obligation ; mais seulement reconnaître l'ancienne qui a été contractée par le titre primordial.

C'est pourquoi, si par la reconnaissance il s'est reconnu obligé à quelque chose de plus, ou de différent de ce qui est porté par le titre primordial, en rapportant le titre primordial, et faisant connaître l'erreur qui s'est glissée dans la reconnaissance, il en sera déchargé (3).

---

(1) *V.* art. 2263, C. civ.

Art. 2263 : « Après vingt-huit ans de « la date du dernier titre, le débiteur « d'une rente peut être contraint à « fournir à ses frais un titre nouvel à « son créancier ou à ses ayants cause. »

(2) *V.* art. 1337, C. civ.

Art. 1337 : « Les actes récognitifs « ne dispensent point de la représen- « tation du titre primordial, à moins « que sa teneur n'y soit spécialement « relatée. — Ce qu'ils contiennent de « plus que le titre primordial, ou ce « qui s'y trouve de différent, n'a au- « cun effet. — Néanmoins, s'il y avait « plusieurs reconnaissances confor- « mes, soutenues de la possession, et « dont l'une eût trente ans de date, le « créancier pourrait être dispensé de « représenter le titre primordial. »

(3) A moins qu'il ne soit formellement prouvé que les parties ont voulu modifier les droits primitifs, ce qui ne doit pas se supposer ; mais il n'est cependant pas impossible que telle ait été leur intention.

Source : BIU Cujas

Cette décision a lieu, quand même l'erreur se trouverait dans une longue suite de reconnaissances; il en faudra toujours revenir au titre primordial lorsqu'il sera rapporté.

Hoc tantùm interest, dit Dumoulin (*ibid.*, n° 88), *inter confirmationem in formâ communi, et confirmationem ex certâ scientiâ, quòd illa (in formâ communi), tanquam conditionalis et præsuppositiva, non probat confirmatum; hoc (ex certâ scientiâ) fidem de eo facit; non tamen illud in aliquo auget vel extendit, sed ad illud commensuratur, et ad ejus fines et limites restringitur, etc.*

Et ailleurs (§ 18, gl. 1, n° 19) il dit en général des reconnaissances, que *non interponuntur animo faciendæ novæ obligationis, sed solùm animo recognoscendi; undè simplex titulus novus non est dispositorius.*

779. Si les reconnaissants, au contraire, ont reconnu pour moins qu'il n'est porté par le titre primordial; s'il y a plusieurs reconnaissances conformes, et qui remontent à trente ans, qui est le temps suffisant pour opérer la prescription; ou à quarante ans (1), lorsque le créancier est privilégié; le créancier, en rapportant le titre primordial, ne pourra pas prétendre plus qu'il n'est porté par les reconnaissances, parce qu'il y a prescription acquise pour le surplus.

ART. V. — Des quittances.

780. De même qu'on passe des actes pour la preuve des engagements, on en passe aussi pour la preuve des paiements. On appelle ceux-ci *Quittances.*

Une quittance fait foi de ce qu'elle contient contre le créancier qui l'a donnée, ses héritiers ou autres successeurs, soit qu'elle soit passée devant notaires, soit qu'elle soit passée sous la signature privée du créancier.

Il y a même certains cas dans lesquels une quittance est valable et fait foi sans qu'elle ait été passée devant notaire, ni signée du créancier. *Voyez* ces cas *suprà*, n°s 758 et suiv.

Les quittances, ou expriment la somme qui a été payée, sans exprimer la cause de la dette; ou elles expriment la cause de la dette, sans exprimer la somme payée; ou elles n'expriment ni la somme qui a été payée, ni la cause de la dette; ou elles expriment l'une et l'autre.

Les quittances qui expriment la somme qui a été payée, quoiqu'elles n'expriment pas la cause de la dette, ne laissent pas d'être valables; comme lorsqu'elles sont ainsi conçues : *J'ai reçu d'un tel la somme de tant. Fait tel jour, etc.;* et, en ce cas, lorsque le créancier qui l'a donnée, avait, au temps de la quittance, plusieurs créances contre le débiteur à qui il l'a donnée, ce débiteur en peut faire l'imputation sur celle qu'il avait le plus d'intérêt d'acquitter, comme nous l'avons vu *suprà*, part. 3, ch. 1, art. 7.

781. Les quittances qui n'expriment que la cause de la dette, sans exprimer la somme qui a été payée, sont pareillement valables, et elles font foi du paiement de tout ce qui était dû pour la cause exprimée par la quittance, au temps de la quittance.

Par exemple, si elle était ainsi conçue : *J'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit pour le vin de ma maison de Saint-Denis que je lui ai vendu;* telle quittance fait foi du paiement de ce qu'il me devait pour le prix du vin de cette maison, soit du total, s'il me devait le total, soit de ce qui en restait dû.

---

(1) Nous n'avons plus de prescription de quarante ans (art. 2262, C. civ.)

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 ti- « tre, ou qu'on puisse lui opposer « l'exception déduite de la mauvaise « foi. »

Source : BIU Cujas

Mais cette quittance ne s'étend pas à ce qui m'est dû pour d'autres causes que celle qui est exprimée, et il n'est pas besoin que j'en fasse une réserve expresse.

Par exemple, la quittance que je vous aurais donnée, telle qu'elle est conçue dans l'espèce ci-dessus proposée, ne renferme que ce que vous me devez pour le prix du vin de ma maison de Saint-Denis, et vous ne pouvez pas l'opposer contre mes créances pour le prix du vin de mes autres maisons, que je vous aurais pareillement vendu.

Lorsque la dette dont la cause est exprimée par la quittance, est une dette qui consiste en arrérages, rentes, loyers ou fermes, elle fait foi du paiement de tout ce qui a couru jusqu'au dernier terme d'échéance qui a précédé la date de la quittance; mais elle ne s'étend pas à ce qui a couru depuis.

Par exemple, si vous êtes le locataire d'une maison qui m'appartient, dont les loyers se paient à la Saint-Jean; ou débiteur envers moi d'une rente payable par chacun an à la Saint-Jean, la quittance que je vous aurai donnée en ces termes : *J'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit pour loyers;* ou bien, *ce qu'il me doit pour arrérages des rentes. Fait ce* 10 *décembre* 1760. Cette quittance est valable pour tous les arrérages ou loyers courus jusqu'au terme de la Saint-Jean 1760; mais elle ne s'étend pas à ce qui en a couru depuis.

Quid si la quittance n'était pas datée?

Le défaut de date empêchant, en ce cas, qu'on ne puisse savoir en quel temps la quittance a été donnée, le débiteur ne peut prouver par cette quittance quel est le terme qui a précédé le temps de la quittance, et jusqu'auquel il a payé.

Dans cette incertitude, cette quittance ne prouve autre chose, sinon que le débiteur a payé au moins un terme; et par conséquent il ne peut la faire valoir que pour un terme.

Si c'était l'héritier du créancier qui eût donné la quittance, elle vaudrait pour tous les termes échus du vivant du défunt; car il n'est pas douteux que ces termes ont précédé le temps de la quittance, l'héritier n'ayant pu la donner que depuis qu'il est devenu héritier, et par conséquent depuis la mort du défunt.

Lorsque la dette dont la cause est exprimée par la quittance, est la dette d'une somme partagée en plusieurs termes de paiement; comme lorsque mon beau-père m'a promis pour la dot de sa fille que j'ai épousée, une dot de 20,000 livres, payable en quatre paiements, d'année en année; la quittance que je lui donne, sans expression de somme, en ces termes : *J'ai reçu de mon beau-père ce qu'il me doit pour la dot de ma femme*, ne doit pareillement comprendre que les termes qui étaient échus lors de la quittance, et ne doit pas s'étendre à ceux qui ne l'étaient pas encore : car, quoiqu'une somme dont le terme de paiement n'est pas encore échu, ne laisse pas d'être due dans un sens très véritable, néanmoins dans le sens du langage ordinaire, qui est celui dans lequel la quittance doit être entendue, ces termes, *ce qu'il doit*, ne s'entendent que de ce qui peut s'exiger, et dont le terme de paiement est échu; et c'est en ce sens qu'on dit vulgairement : QUI A TERME NE DOIT RIEN (1); Loysel. D'ailleurs on ne présume pas qu'un débiteur paie avant le terme.

Il y aurait beaucoup plus de difficulté si la quittance était conçue en ces termes : *J'ai reçu la dot de ma femme.*

Ces termes généraux et indéfinis paraissent comprendre toute la dot, et par conséquent même les portions dont les termes de paiement n'étaient pas encore échus au temps de la quittance.

---

(1) Il serait plus vrai de dire : *Qui a terme doit, mais ne peut être contraint à payer avant le terme.*

Source : BIU Cujas

782. Lorsque la quittance n'exprime ni la somme qui a été payée, ni la cause de la dette qui a été acquittée ; comme lorsqu'elle est conçue en ces termes : *J'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit. Fait*, etc.

Cette quittance est une quittance générale, qui comprend toutes les différentes dettes qui étaient dues, au temps de cette quittance, à celui qui l'a donnée, par celui à qui elle a été donnée.

Si, entre ces dettes, il y en avait qui fussent exigibles au temps de la date de la quittance, et d'autres dont le terme de paiement ne fût pas encore échu, la quittance ne s'étendrait pas à celles-ci, par les raisons que nous avons déjà déduites ci-dessus.

A plus forte raison la quittance ne doit pas s'étendre aux principaux des rentes dues par le débiteur : elle ne comprend que les arrérages échus jusqu'au dernier terme qui a précédé la date de la quittance.

On doit encore excepter de la quittance les dettes dont le créancier qui l'a donnée n'avait pas encore vraisemblablement de connaissance.

Par exemple, si, au temps de la quittance, vous étiez, de votre chef, mon créancier de certaines sommes, et d'autres sommes comme héritier de Pierre, dont la succession vous était déjà échue, mais dont l'inventaire n'était pas encore fait ; la quittance générale que vous m'avez donnée en ces termes : *J'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit*, ne comprend pas ce que je dois à la succession de Pierre : car, comme, dans le temps de votre quittance, vous n'aviez pas encore connaissance des effets de la succession de Pierre, quoiqu'elle vous fût déjà échue, vous ne devez pas être censé avoir compris dans cette quittance la dette que je vous devais en votre qualité d'héritier de Pierre, dont vraisemblablement vous n'aviez pas connaissance.

Si je vous devais certaines sommes de mon chef, et d'autres comme caution d'une autre personne, ces termes de la quittance que vous m'avez donnée : *J'ai reçu d'un tel ce qu'il me doit*, comprennent-ils les sommes que je vous devais comme caution ?

La raison de douter est que ces termes : *ce qu'il me doit*, pris littéralement dans leur généralité, semblent les comprendre ; car je dois véritablement ce que je dois comme caution.

Néanmoins je pense qu'on doit présumer que vous n'avez entendu par ces termes : *ce qu'il me doit*, que ce que je dois *proprio nomine*, et non ce que je vous devais comme caution :

1° Parce que pouvant me défendre de payer ce que je vous devais comme caution, jusque après la discussion des principaux débiteurs, je ne le *devais* pas en quelque façon, et dans le sens du langage ordinaire, avant la discussion et au temps de la quittance ;

2° Parce que, ayant un recours à exercer quant à ce que je vous aurais payé pour ceux que j'ai cautionnés, il n'est pas présumable qu'en payant pour eux, je n'eusse pas tiré des quittances particulières des sommes que je payais pour eux, et que je me fusse contenté d'une quittance aussi générale.

Si, parmi les sommes que je vous devais au temps de la quittance générale que vous m'avez donnée, il y en avait une portée par un billet qui fût resté en votre possession, y serait-elle comprise ?

La raison de douter se tire de la rétention du billet que vous m'auriez dû rendre, et qui n'aurait pas dû rester par devers vous si je l'eusse acquitté.

La raison de décider qu'elle y est comprise, se tire de la généralité de ces termes, *ce qu'il me doit*, qui comprennent toutes les dettes que je vous devais alors : il peut se faire que, me fiant à ma quittance générale, j'aie négligé de retirer mon billet, que vous aviez peut-être alors égaré.

783. La quatrième espèce de quittance est celle dans laquelle on a exprimé, tant la somme qui a été payée, que la cause de la dette acquittée : celle-ci ne peut guère donner lieu à aucune difficulté.

Source : BIU Cujas

Si la somme payée excédait celle qui était due pour la cause exprimée par la quittance, le débiteur, supposé qu'il ne dût rien autre chose, aurait la répétition de cet excédant, *per condictionem indebiti*.

S'il était débiteur pour d'autres causes, il imputerait cet excédant sur la dette qu'il a le plus d'intérêt d'acquitter.

La question si les quittances d'une ou de plusieurs années d'arrérages font présumer le paiement des précédentes, est traitée *infrà*, ch. 3, sect. 2, art. 2.

CHAPITRE II.

De la preuve vocale ou testimoniale.

La *preuve vocale* ou *testimoniale* est celle qui se fait par la déposition des témoins.

ART. Ier. — Principes généraux sur les cas auxquels cette preuve est admise.

784. La corruption des mœurs et les exemples fréquents de subornation de témoins, nous ont rendus beaucoup plus difficiles à admettre la preuve testimoniale que ne l'étaient les Romains.

Pour prévenir cette subornation de témoins, l'ordonnance de Moulins de l'an 1566, art. 54, ordonne que « de toutes les choses excédant la valeur de « 100 liv., soient passés contrats, par lesquels seulement sera reçue toute preuve « desdites matières, sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu « auxdits contrats. »

Cette disposition a été confirmée par l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, qui s'exprime ainsi : « Seront passés actes devant notaires ou sous signature « privée de toutes les choses excédantes la valeur de 100 liv.; et ne sera reçue « aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, encore qu'il « s'agît d'une somme moindre de 100 liv. » (1)

Dans l'article suivant, l'ordonnance excepte les cas d'accidents imprévus, et les cas auxquels il y a un commencement de preuve par écrit.

Il y a aussi dans le premier article une exception à l'égard de ce qui s'observe dans les juridictions des consuls.

De ces dispositions de l'ordonnance, on peut tirer quatre principes généraux, qui décident les cas dans lesquels la preuve testimoniale doit être admise ou rejetée.

Ces principes sont : 1° Celui qui a pu se procurer une preuve littérale, n'est pas admis à faire preuve testimoniale, lorsque la chose excède 100 liv., s'il n'a un commencement de preuve par écrit.

2° Lorsqu'il y a un acte par écrit, ceux qui ont été parties, ni leurs héritiers et successeurs, ne peuvent être admis à la preuve testimoniale contre et outre

---

(1) *V.* art. 1341, C. civ.

Art. 1341 : « Il doit être passé acte « devant notaires ou sous signature « privée, de toutes choses excédant la « somme ou valeur de cent cinquante « francs, même pour dépôts volon- « taires; et il n'est reçu aucune preuve « par témoins contre et outre le con- « 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. »

Source : BIU Cujas

cet acte, quand même la chose n'excéderait pas 100 liv., s'ils n'ont un commencement de preuve par écrit.

3° On est admis à la preuve testimoniale des choses dont on n'a pu se procurer une preuve littérale, à quelques sommes qu'elles puissent monter.

4° Pareillement, lorsque par un cas fortuit et imprévu, avoué entre les parties, ou prouvé, la preuve littérale a été perdue, on est admis à la preuve testimoniale, à quelque somme que la chose puisse monter.

ART. II. — PREMIER PRINCIPE. — Celui qui a pu se procurer une preuve par écrit, n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses qui excèdent cent livres.

785. L'ordonnance de Moulins dit : « Ordonnons que de toutes choses « excédant la somme ou valeur de 100 liv., pour une fois payer, seront passés « contrats, etc. »

L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, dit : « Seront passés actes de toutes « choses excédant la valeur de 100 liv. »

Quoique l'ordonnance de Moulins n'eût pas dit *de toutes conventions*, mais se fût servie du terme de *choses*, qui est un terme plus général que celui de *conventions*, néanmoins, les commentateurs de cette ordonnance pensaient qu'elle ne renfermait sous sa disposition que les conventions, parce que cette ordonnance dit, seront passés *contrats*, et que ce terme de *contrats* ne renferme que les conventions.

L'ordonnance de 1667 ayant évité de se servir de ce terme de *contrats*, et ayant dit, *seront passés actes de toutes choses* (1), on ne doit pas douter que sa disposition ne renferme non-seulement les conventions, mais généralement toutes les choses dont celui qui demande à faire preuve, a pu s'en procurer une par écrit.

Par exemple, quoique le paiement d'une dette ne soit pas une convention, néanmoins le débiteur qui le fait, pouvant en retirer un acte par écrit, c'est-à-dire une quittance, il n'est pas admis à en faire la preuve par témoins, lorsque ce paiement excède 100 liv.

786. On a douté, avant l'ordonnance de 1667, si le dépôt volontaire était compris dans la disposition de l'ordonnance de Moulins, qui ordonne qu'il sera dressé acte de toutes choses excédant 100 liv., et en exclut la preuve testimoniale.

La raison de douter était qu'on ne fait pas ordinairement d'acte par écrit de dépôts; que celui qui prie son ami de se charger de la garde des choses qu'il lui confie, n'ose pas ordinairement demander une reconnaissance à ce dépositaire, qui ne se charge de ce dépôt que pour lui faire plaisir (2).

---

(1) Le Code est rédigé de même : *Il doit être passé acte....* DE TOUTES CHOSES *excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs* (art. 1341, *V.* note précédente).

(2) On invoquait l'autorité de Cujas, c'était à tort ; car ce jurisconsulte convenait que l'ordonnance s'appliquait au dépôt, seulement il pensait qu'on aurait dû l'excepter. « *Et velim etiam* « *excipi à constitutione Caroli* IX « *quæ suprà centum libras contractas* « *qui habentur sine scripturâ consi-* « *stere non vult, quæ efficit ut hodiè* « NULLI CONTRACTUS NUDO CONSENSU « PERFICIANTUR CONTRA JUS GENTIUM, « *velim, inquam, saltem excipi sacri* « *arcanique depositi causam : Para-* « *titla in* Cod., *lib.* 4, *tit.* 34. »

Il nous paraît que les expressions de Cujas dépassent sa pensée; il ne s'agit pas dans l'ordonnance de l'existence du contrat, mais de la preuve, elle pourrait résulter de l'aveu, du serment : l'ordonnance n'est point contraire au droit des gens : elle règle seulement par quels moyens les contrats pourront être prouvés : *Aliud est contractum perficere, aliud est probare.*

Source : BIU Cujas

Nonobstant ces raisons, l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, a décidé que le dépôt volontaire était compris dans la règle générale, et que la preuve par témoins n'en devait pas être admise; parce que celui qui a fait le dépôt a dû ou ne point faire le dépôt, que rien ne l'obligeait de faire; ou lorsqu'il l'a fait, en demander une reconnaissance au dépositaire: faute par lui de le faire, il doit courir les risques de la foi du dépositaire; et il doit s'imputer d'avoir eu trop facilement confiance en lui, s'il lui manque de fidélité (1).

Quelques arrêts, avant l'ordonnance de 1667, avaient aussi admis la preuve par témoins de prêts à usage, parce que ce prêt, de même que le dépôt, se fait ordinairement entre amis, sans en retirer de reconnaissance par écrit.

Mais l'ordonnance de 1667 ayant déclaré que le dépôt volontaire était compris dans la loi générale qui exige une preuve par écrit, on doit conclure, à plus forte raison, la même chose du prêt à usage, puisqu'on se fie autant à celui à qui on fait un dépôt, qu'à celui à qui on prête; et celui qui fait un dépôt a encore plus lieu de craindre d'offenser son ami, en lui demandant une reconnaissance, que celui qui prête.

787. On a fait aussi la question, si les marchés faits dans les foires et marchés doivent être compris en la disposition de l'ordonnance?

La raison de douter était que ces marchés se font pour l'ordinaire verbalement; qu'on n'a pas un notaire présent, lorsqu'on les fait, pour les rédiger par écrit.

Néanmoins on a décidé que ces marchés doivent y être compris, parce qu'y ayant aujourd'ui des notaires établis dans les plus petits lieux, et par conséquent dans tous les lieux où se tiennent les foires, il n'est pas trop difficile aux parties, lorsqu'elles font un marché à crédit, d'appeler un notaire pour le rédiger, si elles ne savent pas écrire.

C'est l'avis de Boiceau, 1, 9.

Observez néanmoins qu'à l'égard des marchés qui se font de marchands à marchands, soit dans les foires, soit hors des foires, les juges-consuls qui en connaissent ne sont astreints à la disposition de l'ordonnance, et qu'ils peuvent, selon les circonstances, en admettre la preuve par témoins, quoique l'objet excède la somme de 100 livres.

Il paraît par le procès-verbal de l'ordonnance de 1667, que les juges-consuls s'étaient maintenus dans cet usage malgré l'ordonnance de Moulins: celle de 1667 les y maintient expressément par ces termes en fin de l'art. 2, *sans rien innover à ce qui s'observe en la juridiction des consuls* (2).

788. Lorsqu'une personne demande des dommages et intérêts qu'il prétend lui être dus pour l'inexécution d'une convention verbale « de faire ou de ne pas faire quelque chose, » et qu'il est incertain si la valeur de ces dommages et intérêts doit monter ou non à une somme de 100 liv., le demandeur, pour être admis à la preuve testimoniale de la convention dont l'inexécution donne

---

(1) L'art. 1341, C. civ. (voy. ci-dessus, p. 423, note 1), répète la disposition de l'ordonnance.

V. aussi 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) Cette exception est également renouvelée dans le dernier alinéa de l'art. 1341, C. civ. *V.* ci-dessus, p. 423, note 1.

V. en outre l'art. 109, dernier alinéa, C. de comm.

Art. 109 : « Les achats et ventes se « constatent, — Par actes publics, — « Par actes sous signature privée, — « Par le bordereau ou arrêté d'un « agent de change ou courtier, dûment signé par les parties,—Par une « facture acceptée, — Par la correspondance,—Par les livres des parties, — Par la preuve testimoniale, « dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre. »

Source : BIU Cujas

lieu aux dommages et intérêts prétendus, doit restreindre sa demande pour lesdits dommages et intérêts à une somme certaine qui n'excède pas celle de 100 liv.

Il doit même la restreindre d'abord : car, s'il avait une fois conclu à une somme plus grande, ayant reconnu lui-même que l'objet de la convention excédait 100 liv., et que la convention était par conséquent comprise dans la disposition de l'ordonnance, il ne serait pas, en se restreignant par la suite, recevable à offrir la preuve testimoniale (1).

On peut tirer, pour cette décision, argument d'un arrêt du 17 décembre 1638, apporté par Bardet, VII, 46, dans l'espèce duquel un tailleur qui avait demandé une somme de 200 liv. à une veuve, pour fournitures d'habits à son mari, fut exclu de la preuve testimoniale qu'il offrait de faire, « que cette veuve avait répondu de la dette, » quoiqu'il se restreignît à 100 liv.

789. Je vous demande 60 liv. restant du prix d'une chose que je prétends vous avoir vendue pour le prix de 200 livres. Vous niez avoir rien acheté de moi : dois-je être admis à la preuve par témoins de cette vente ?

Boiceau (1, 18) décide pour l'affirmative.

Il cite des lois qui ne me paraissent pas avoir d'application. Il est bien vrai que, lorsqu'il s'agit de décider de la compétence d'un juge qui ne peut juger que jusqu'à une certaine somme, *quantùm petatur quærendum est, non quantum debeatur* (L. 19, § 1, ff. *de Jurisdict.*); parce que le juge ne juge que de ce qui est demandé. Mais, dans cette espèce-ci, pour savoir si la preuve de la convention doit être permise au demandeur, il faut savoir si c'est une convention dont l'ordonnance l'obligeait de faire dresser un acte par écrit. Or, cela se décide par ce qui faisait l'objet de la convention qui excédait 100 liv., et non par ce qui en reste dû ; il ne peut donc pas être admis à la prouver par témoins, quoiqu'il ne reste dû que 60 liv. (2).

C'est l'avis du commentateur sur Boiceau.

Par la même raison, si, comme héritier pour un quart de mon père, je vous demande 50 liv. pour le quart d'une somme de 200 liv. que je prétends vous avoir été prêtée par mon père, je ne serai pas admis à la preuve par témoins du prêt.

790. Mais si, dans l'un et l'autre cas, le demandeur offrait la preuve testimoniale, non de la vente faite pour le prix de 200 livres, non du prêt de 200 liv. fait par le défunt, mais de la promesse que lui aurait faite le défendeur, de lui payer les 60 liv. qui restaient dues du prix de cette vente, ou les 50 liv. qui lui étaient dues pour son quart, je pense qu'il devrait être reçu à la preuve : car cette promesse est une nouvelle convention confirmative de la première ; et l'objet de cette nouvelle convention n'excédant pas 100 liv., rien n'empêche que la preuve testimoniale en puisse être admise.

791. Lorsque plusieurs créances n'excèdent pas chacune la somme de 100 liv., mais toutes ensemble l'excèdent, la preuve par témoins de toutes ces créances est-elle recevable ?

Il semblerait qu'elle le devrait être ; car, l'ordonnance n'ayant ordonné de dresser des actes que des choses qui excèdent la somme de 100 liv., il semble qu'on ne peut imputer au demandeur de ne s'en être pas procuré une preuve par écrit, et que la preuve testimoniale n'en peut être refusée.

---

(1) *V.* art. 1343, C. civ., même décision.

Art. 1343 : « Celui qui a formé une « demande excédant cent cinquante « francs, ne peut plus être admis à la « preuve testimoniale, même en res- « treignant sa demande primitive. »

(2) *V.* art. 1344, C. civ.

Art. 1344 : « La preuve testimo- « niale, sur la demande d'une somme « même moindre de cent cinquante « francs, ne peut être admise lorsque « cette somme est déclarée être le « restant ou faire partie d'une créance « plus forte qui n'est point prouvée « par écrit. »

Source : BIU Cujas

Néanmoins l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 5, décide qu'elle doit être refusée ; car l'esprit de l'ordonnance, en défendant cette preuve, ayant été que les particuliers ne fussent pas exposés aux risques de la subornation de témoins pour des sommes considérables, et excédant 100 livres, qui leur seraient demandées par des fripons, elle doit être refusée, soit que cette somme soit prétendue pour une seule ou pour plusieurs causes, étant aussi facile de suborner des témoins qui déposent de plusieurs fausses créances, que d'en suborner qui déposent d'une seule (1).

A l'égard de l'objection, la réponse est que le créancier n'est pas obligé de se procurer une preuve littérale tant que ses créances n'excèdent pas 100 livres ; mais lorsqu'à celles qui n'excèdent pas cette somme, il en ajoute une nouvelle qui fait monter le total de toutes ses créances à plus de 100 livres, il doit en faire dresser un acte.

L'ordonnance apporte une exception ; savoir, lorsque les créances ou droits procèdent de personnes différentes (2).

C'est pourquoi je puis être reçu à la preuve d'un prêt de 60 livres que je vous demande de mon chef, et d'un autre de 80 livres que je vous demande comme héritier de mon père, par qui je prétends que cette somme vous a été prêtée, quoique ces sommes excèdent 100 livres (3).

ART. III. — SECOND PRINCIPE. — Que la preuve testimoniale n'est pas admise contre un écrit, ni outre ce qui y est contenu.

792. La preuve littérale l'emporte dans notre droit sur la testimoniale.

C'est pourquoi l'ordonnance défend d'admettre la preuve testimoniale contre ce qui est contenu dans un écrit.

Par exemple, si j'ai fait mon billet par lequel « j'ai reconnu devoir à quelqu'un 66 livres qu'il m'a prêtées, que je promets lui rendre dans deux ans, » je ne serai pas reçu à prouver par témoins que je n'en ai reçu que 60, et que le surplus était pour des intérêts qu'il m'a fait comprendre dans mon billet ; car cette preuve serait contraire à ce qui est contenu dans un écrit : je dois m'imputer d'avoir fait ou écrit ce billet.

793. L'ordonnance ne se contente pas d'exclure la preuve par témoins de ce qui serait directement contraire à un acte ; elle ne permet pas de l'admettre *outre* le contenu des actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit *lors, avant* ou *depuis*.

Car, puisqu'on avait dressé un acte, la partie doit s'imputer de n'y avoir pas fait alors exprimer ce qu'elle allègue aujourd'hui.

Par exemple, le débiteur ne sera pas reçu à prouver par témoins qu'il lui a été accordé un certain terme pour le paiement, s'il n'en est rien exprimé dans l'acte ; aucune des parties ne sera reçue à prouver qu'on est convenu d'un certain lieu pour le paiement, si l'acte n'en porte rien.

---

(1) *V.* art. 1345, C. civ.

Art. 1345 : « Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes. »

(2) *V.* même article, *in fine*.

(3) Dans ce cas, le créancier représente plusieurs personnes, aucune d'elles n'a été dans l'obligation légale de se procurer une preuve par écrit, il ne doit donc pas, lui qui exerce leurs droits, y être assujetti.

Source : BIU Cujas

A plus forte raison, le créancier ne sera pas admis à prouver par témoins qu'il lui est dû plus que ce qui est porté par l'acte (1).

794. Ce serait vouloir prouver quelque chose outre le contenu d'un acte, que de demander à prouver ce qui est contenu dans une apostille ou renvoi non signé, ni au moins parafé des parties, quoique écrit de la main du notaire; car ces apostilles ou renvois non signés, ni au moins parafés, ne peuvent être censés faire partie de l'acte.

Putà, si, en marge d'un bail à ferme par lequel le preneur s'oblige de payer 600 livres de ferme par chaque année, il y avait un renvoi, *plus six chapons*, le bailleur ne serait pas reçu à prouver par témoins que le preneur est convenu de lui payer lesdits chapons; Danty, 11, 4, *in fin.*

Quid, si le renvoi était écrit de la main du preneur? Voyez *suprà*, n° 762.

795. Lorsqu'il y a un acte par écrit d'un marché, et qu'on n'y a pas exprimé le temps et le lieu où il a été fait, peut-on être admis à la preuve testimoniale du temps et du lieu?

Par exemple, lorsqu'un débiteur demande à être admis au bénéfice de cession, le créancier, pour l'en faire débouter, peut-il être admis à prouver par témoins que le marché qui fait la cause de sa créance, et dont il y a un acte par écrit, a été fait en foire, quoique cela ne soit pas exprimé par l'acte?

Danty (1, 9, *in fine*) décide qu'il peut être admis à cette preuve, et que cette preuve du lieu où le marché s'est fait, n'est pas une preuve outre le contenu de l'acte; le lieu et le temps auquel un marché est fait, n'étant que des circonstances extérieures de la convention, et ne faisant pas partie de la convention contenue dans l'acte. Cette décision souffre difficulté.

796. Toute preuve testimoniale étant interdite outre le contenu d'un acte, une partie ne serait pas recevable à faire entendre les témoins qui ont assisté à l'acte, ni même les notaires qui l'ont reçu, pour expliquer ce qui y est contenu, et déposer de ce dont on est convenu lors de sa confection; Domat, p. 1, l. 3, t. 6, sect. 2, n° 7.

797. Cette défense de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, a lieu indistinctement, quand même la chose serait au-dessous de la valeur de 100 livres.

L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 2, s'en explique formellement.

798. Celui qui, par un acte, est débiteur d'une somme moindre de 100 livres, peut-il être reçu à prouver par témoins le paiement de cette dette, ou de partie?

Il semble qu'il doit être admis, et que la disposition de l'ordonnance qui défend la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ne reçoit ici aucune application : car le débiteur, en demandant à prouver ce paiement, ne demande pas à prouver une chose contraire à l'acte qui renferme son obligation; il n'attaque point cet acte, il convient de tout ce qui y est contenu.

Ce n'est donc point une preuve *contre* l'acte qu'il demande à faire, de laquelle on puisse dire que l'ordonnance l'a exclu.

Cependant je vois que, dans l'usage, soit par une mauvaise interprétation qu'on a donnée à l'ordonnance, soit pour quelque autre raison, on refuse la preuve testimoniale des paiements d'une dette dont il y a un acte par écrit (2).

---

(1) Toute cette doctrine est reproduite dans l'art. 1341. *V.* ci-dessus, p. 423, note 1.

(2) Lorsqu'il y a un écrit constatant la créance, il est fort naturel que le débiteur, lors du paiement, se fasse remettre ce titre, ou exige une quittance.

Cependant, nous trouvons que l'usage indiqué par Pothier est en dehors de la prescription de la loi; nous ignorons si cet usage a encore lieu; mais il nous semble que ce serait violer l'art. 1341 que de refuser, dans ce cas, la preuve testimoniale du paiement. « Si le débiteur avoue qu'ils lui

Source : BIU Cujas

799. Observez que l'ordonnance n'exclut la preuve par témoins contre le contenu aux actes, que parce qu'il a été au pouvoir des parties de se procurer par des contre-lettres une preuve par écrit.

Mais si une partie alléguait, contre un acte, des faits de violence exercés contre elle, pour la contraindre à passer l'acte ; des faits de dol par lesquels elle prétendrait qu'on aurait surpris son consentement ou sa signature, et autres faits semblables, comme il n'a pas été en son pouvoir d'avoir une preuve par écrit de ces faits, il n'y a pas de doute qu'elle doit être admise à les prouver par témoins, quoique ce soit par la voie civile qu'elle se soit pourvue contre l'acte.

A plus forte raison, lorsqu'il y a lieu de se pourvoir par la voie criminelle, comme lorsqu'on allègue qu'un acte renferme quelqu'une de ces usures énormes qui méritent d'être poursuivies extraordinairement (1).

800. Il reste à observer que la défense de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que les personnes qui y ont été parties, lesquelles doivent s'imputer d'y avoir laissé comprendre ce qui y est compris, et de ne s'être pas fait donner une contre-lettre, ou d'avoir omis quelque chose de ce qui devait y être compris ; mais cette défense ne peut concerner les tiers, en fraude desquels on pourrait énoncer dans ces actes des choses contraires à la vérité de ce qui s'est passé ; car, rien ne pouvant être imputé à ces tiers, on ne doit pas leur refuser la preuve testimoniale de la fraude qui leur est faite, puisqu'il n'a pas été en leur pouvoir d'en avoir une autre.

C'est pourquoi un seigneur peut être reçu à prouver par témoins contre un contrat de vente, que l'héritage a été vendu pour un prix plus considérable que n'est celui qui a été exprimé, dans la vue de diminuer les profits qui lui sont dus.

Vice versâ, un lignager sera admis à prouver par témoins que l'héritage a été vendu pour un prix moins considérable que celui qui a été exprimé, et que le prix a été grossi en fraude du droit de retrait.

On peut apporter beaucoup d'autres exemples de ces fraudes (2).

« ont été prêtés (150 fr.), dit M. Del-« vincourt, mais qu'il soutienne les « avoir rendus, la preuve (par témoins) « pourra être admise. L'allégation du « paiement vient à l'appui du prêt, « bien loin d'aller contre le contenu « en l'acte. »

(1) Cependant, si le crime ou délit suppose un fait précédent qui, d'après la loi civile, n'est pas susceptible d'être prouvé par témoins, l'action criminelle ne peut être reçue qu'autant qu'il existe une preuve écrite, ou, au moins, un commencement de preuve par écrit de ce fait. S'il s'agit, par exemple, de délit de soustraction d'un dépôt, la preuve du dépôt ne peut être faite par témoins qu'autant qu'il existe un commencement de preuve par écrit.

(2) Par exemple, aux cas prévus par les art. 841 et 1699, C. civ. La loi a réservé la présomption du magistrat, et par conséquent la preuve testimoniale, lorsque l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol (art. 1353, *in fine*).

Art. 841 : « Toute personne, même « parente du défunt, qui n'est pas son « successible, et à laquelle un cohéri-« tier aurait cédé son droit à la suc-« cession, peut être écartée du par-« tage, soit par tous les cohéritiers, « soit par un seul, en lui remboursant « le prix de la cession. »

Art. 1699 : « Celui contre lequel « on a cédé un droit litigieux peut « s'en faire tenir quitte par le cession-« naire, en lui remboursant le prix « réel de la cession avec les frais et « loyaux-coûts, et avec les intérêts à « compter du jour où le cessionnaire « a payé le prix de la cession à lui « faite. »

Art. 1353 : « Les présomptions qui « ne sont point établies par la loi,

Source : BIU Cujas

ART. IV. — Du commencement de preuve par écrit.

801. Un premier genre de *commencement de preuve par écrit*, est lorsqu'on a contre quelqu'un, par un écrit authentique où il était partie, ou par un écrit privé, écrit ou signé de sa main, la preuve, non à la vérité du fait total qu'on a avancé, mais de quelque chose qui y conduit ou en fait partie (1).

Il est laissé à l'arbitrage du juge de juger du degré de commencement de preuve par écrit, pour, sur ce degré de preuve, permettre la preuve testimoniale.

Boiceau rapporte plusieurs exemples de ce commencement de preuve par écrit.

Premier exemple : Vous m'assignez pour délaisser un héritage dont je suis en possession ; j'excipe que vous me l'avez vendu, et que je vous ai payé le prix ; je n'en ai d'autre preuve qu'un écrit signé de vous, par lequel vous m'avez promis de me le vendre pour un certain prix.

Cet acte ne prouve pas la vente, ni encore moins le paiement du prix ; mais cet acte, joint à la possession en laquelle je me trouve de l'héritage, forme, suivant cet auteur, un commencement de preuve suffisant pour m'admettre à la preuve testimoniale de la vente ; Boiceau, 11, 10.

Danty, *ibidem*, observe que cette décision doit souffrir exception dans le cas auquel la promesse de vendre porterait « qu'il serait passé contrat de vente devant notaires » ; car, les parties ayant déclaré que leur volonté était qu'il fût passé un acte devant notaires, on ne doit pas croire que la vente se soit ensuivie, s'il n'en paraît un acte devant notaires.

Je pense que, même dans le cas auquel la promesse de vendre ne porterait pas qu'il serait passé contrat devant notaires, le juge devrait être très réservé à la regarder comme un commencement de preuve testimoniale de la vente ; et qu'il ne devrait pas l'admettre, si l'héritage était un peu considérable ; n'étant pas présumable qu'on vende un héritage un peu considérable verbalement, et sans en faire un acte.

Second exemple : Je vous demande cinquante écus pour le prix de certaines marchandises que je vous ai vendues et livrées ; je n'ai d'autre preuve que votre billet, qui porte : *Je promets payer à un tel la somme de* 150 *livres pour le prix de telles marchandises qu'il me livrera.*

Ce n'est pas une preuve complète de ma créance, puisque ce billet ne prouve pas que j'aie livré les marchandises ; mais c'est un commencement de preuve, qui doit faire admettre la preuve testimoniale de la livraison ; Boiceau, *ibid.* Danty.

Troisième exemple : Vous m'avez passé une procuration *ad resignandum* de votre office. Avant que j'aie obtenu des provisions, vous la révoquez. Je soutiens que vous m'avez vendu cet office pour la somme de tant, que je vous ai payée ; et qu'en conséquence vous ne pouvez révoquer cette procuration qu'en me rendant ce prix.

« sont abandonnées aux lumières et à « la prudence du magistrat, qui ne « doit admettre que des présomptions « graves, précises et concordantes, et « dans les cas seulement où la loi « admet les preuves testimoniales, à « moins que l'acte ne soit attaqué « pour cause de fraude ou de dol. »

(1) *V.* art. 1347, C. civ.

Art. 1347 : « Les règles ci-dessus « (relatives à l'admissibilité de la « preuve testimoniale) reçoivent ex- « ception lorsqu'il existe un com- « mencement de preuve par écrit. « — On appelle ainsi tout acte par « écrit qui est émané de celui contre « lequel la demande est formée, ou « de celui qu'il représente, et qui « rend vraisemblable le fait allé- « gué. »

Source : BIU Cujas

Je n'ai d'autre preuve de tout ce que j'avance, que la procuration *ad resignandum* que vous m'avez passée.

Cette procuration ne forme pas une preuve de la vente, ni encore moins de la numération du prix ; mais c'est la preuve d'un fait qui y a rapport, qui peut passer par conséquent pour un commencement de preuve, et qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale de la vente et de la numération du prix.

C'est l'avis de Loyseau, en son *Traité des Offices*, I, 11, 61, cité par *Danty*, 11, 1, 14.

802. *Quatrième exemple* : Vous m'avez écrit une lettre par laquelle vous me priez de compter à votre fils, porteur de la lettre, une somme de 150 livres dont il a besoin pour ses études : je vous assigne pour me la rendre.

J'ai omis de tirer un reçu de votre fils; mais j'ai votre lettre qu'il m'a remise.

Cette lettre, dont je suis porteur, ne fait pas une preuve entière que j'aie compté cette somme suivant votre ordre ; mais c'est un commencement de preuve par écrit, qui me doit faire admettre à la preuve par témoins.

Si celui à qui la lettre était écrite n'ayant pas voulu compter la somme, votre fils se fût adressé à un autre à qui il aurait remis la lettre, et qui lui aurait compté la somme, cette lettre, dont ce tiers à qui elle n'a pas été écrite, serait porteur, ferait une moindre preuve que dans l'espèce précédente ; néanmoins Danty (11, 2, 11) la juge, même dans ce cas, suffisante pour faire admettre ce tiers à la preuve par témoins.

Si la personne à qui je vous ai écrit de compter cette somme, était une personne contre qui j'en dusse avoir la répétition ; faute par vous d'en avoir tiré le reçu, vous ne serez pas admis à la preuve testimoniale contre moi; car, en vous accordant que vous l'avez comptée, vous ne pouvez me la demander, faute d'avoir retiré le reçu qui m'est nécessaire pour la répéter.

803. Si j'ai prêté à un mineur une somme d'argent dont je lui demande le paiement, prétendant qu'elle a tourné à son profit; le billet que j'ai de lui, qui constate le prêt, ne doit pas être regardé comme un commencement de preuve suffisant pour me faire admettre à la preuve par témoins que le mineur a employé utilement la somme ; car ce serait donner facilité aux usuriers de prêter de l'argent aux mineurs, et de le répéter en supposant de faux témoins qui déposeraient de l'emploi ; Danty, 11, 4, 3.

804. Un second genre de *commencement de preuve par écrit*, est lorsque j'ai contre quelqu'un, par un écrit authentique où il était partie, ou par un écrit privé signé de lui, la preuve qu'il est mon débiteur, sans avoir la preuve de la somme : c'est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins de la somme.

Premier exemple : Je vous demande le paiement d'une somme de cent écus ; j'ai votre billet, qui porte ; *je promets payer à un tel la somme de cent qu'il ma prêtée ;* le mot d'*écus* a été omis dans le billet.

Vous prétendez ne m'avoir emprunté que cent sous, que vous m'offrez.

Votre billet est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale de cent écus.

Nota que, faute de la faire, je ne pourrais demander que cent sous, suivant la règle : *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.*

Observez aussi que, pour que je sois admis à la preuve testimoniale, il faut qu'il y ait de la vraisemblance dans la somme que je prétends vous avoir prêtée ; c'est pourquoi, dans l'espèce proposée, je ne serais pas admis à prouver par témoins que je vous ai prêté une somme de cent mille livres.

Autre exemple de commencement de preuve par écrit : Je vous demande cent pistoles que je prétends vous avoir données en dépôt : je n'ai point d'acte de ce dépôt ; mais j'ai votre billet par lequel vous vous reconnaissez

Source : BIU Cujas

mon débiteur, sans exprimer de quelle somme, par ces termes, *je vous satisferai sur ce que vous savez.*

Cette lettre ne contient pas la preuve du dépôt de cent pistoles, mais elle prouve que vous êtes mon débiteur, ce qui est un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve testimoniale; arrêt rapporté par Chassanée, et cité par Danty, 11, 1, 14.

805. Les écritures privées qui ne sont pas signées, forment contre celui qui les a écrites, un troisième genre de *commencement de preuve par écrit* de ce qu'elles contiennent.

Par exemple, je demande à quelqu'un trente pistoles que je prétends lui avoir prêtées; je rapporte un billet par lequel il reconnaît le prêt, lequel est écrit de sa main et daté, mais n'est pas signé.

Ce billet ne suffit pas pour justifier le prêt; mais il peut, suivant les circonstances, former un commencement de preuve par écrit, qui doit me faire admettre à la preuve par témoins.

A plus forte raison, la quittance écrite de la main du créancier, quoique non signée, dont le débiteur est en possession, est un commencement de preuve par écrit du paiement, qui doit faire admettre le débiteur à la preuve testimoniale, la preuve de la libération étant encore plus favorable; Danty, 11, 1, 7.

Observez néanmoins que, pour qu'une quittance non signée fasse un commencement de preuve par écrit du paiement d'une dette, il faut que la dette, en acquit de laquelle le paiement est fait, y soit exprimée; un reçu vague non signé ne fait aucun commencement de preuve par écrit; Danty, *ibid.*

En certains cas même, la quittance non signée peut faire preuve entière, comme lorsqu'elle est écrite sur le livre-journal du créancier, ou au dos de la promesse.

806. Suivant les principes que nous venons d'exposer, le commencement de preuve par écrit doit résulter, ou d'un acte public dans lequel celui contre qui on veut faire la preuve ait été partie, ou d'un acte privé signé de lui, ou du moins écrit de sa main.

L'acte écrit par celui qui demande à faire preuve, ne peut pas lui servir de commencement de preuve, parce qu'on ne peut pas se faire de titres à soi-même.

Il faut néanmoins excepter de cette décision les livres des marchands, lesquels, lorsqu'ils sont en règle, font un commencement de preuve en faveur de ceux qui les ont écrits (1), comme nous l'avons observé ci-dessus, ch. 1, art. 2, § 4.

807. L'écrit d'un tiers ne peut pas faire le commencement de preuve par écrit que demande l'ordonnance; car ce tiers n'est que comme un témoin; et ce qu'il a déclaré par écrit ne peut équipoler qu'à une preuve testimoniale.

De là naît la décision de la question, si la reconnaissance qu'une veuve a faite par son inventaire d'une dette de communauté, doit être regardée comme un commencement de preuve par écrit contre les héritiers de son mari?

Je ne le pense pas : car la veuve ne peut être regardée que comme un témoin vis-à-vis des héritiers du mari, pour la part qui leur est demandée; et, par conséquent, la reconnaissance qu'elle fait par l'inventaire, n'équipolle, vis-à-vis des héritiers, qu'à une déposition de témoins, et ne paraît pas devoir former contre eux un commencement de preuve par écrit.

Néanmoins, Vrevin, sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, rapporte un arrêt qui, en conséquence d'une pareille reconnaissance de la veuve, a admis à la preuve par témoins contre les héritiers; mais cet arrêt a été rendu

(1) *V.* art. 1329, C. civ., ci-dessus, p. 408, note 3.

Source : BIU Cujas

dans un temps auquel les esprits n'étaient pas encore bien accoutumés à la disposition de l'ordonnance de Moulins : cette ordonnance était regardée alors comme une loi contraire au droit commun, et qui ne pouvait être trop restreinte.

Il en est de même de la reconnaissance que l'un des héritiers ferait de la dette du défunt ; elle ne sert pas de commencement de preuve contre ses cohéritiers.

808. De là naît encore la décision de la question, si un acte reçu par un notaire incompétent, fait un commencement de preuve par écrit, de ce qui y est contenu, contre les parties qui sont dites par cet acte avoir contracté, lorsque cet acte n'est pas signé par les parties, qui ne savaient pas signer?

Je ne le pense pas ; car ce notaire incompétent, étant personne privée dans le lieu où il a instrumenté, son acte ne peut équipoller qu'à une déposition de témoin, lorsque les parties ne l'ont pas souscrit.

Si les parties l'avaient souscrit, il vaudrait comme écriture privée, suivant que nous l'avons dit *suprà*. art. 1318 —

Je pense qu'il faut dire la même chose lorsque l'acte pèche dans sa forme, par le défaut de quelque formalité ; comme si le notaire l'a reçu sans se faire assister de témoins : car le notaire ne s'étant pas comporté comme personne publique, son acte ne peut passer pour l'attestation d'une personne publique, et il n'équipolle qu'à une simple déposition de témoin, *suprà*, n° 774, *in fin*.

ART. V. — TROISIÈME PRINCIPE. — Celui qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale.

809. L'ordonnance de Moulins, confirmée par celle de 1667, en ordonnant qu'il serait dressé des actes, n'a pas entendu exiger l'impossible, ni même exiger des choses trop difficiles, et qui gêneraient ou empêcheraient le commerce ; c'est pourquoi elle n'a interdit la preuve testimoniale qu'à ceux qui ont pu s'en procurer facilement une littérale.

Toutes les fois donc qu'il n'a pas été au pouvoir du créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui, la preuve testimoniale du fait qui l'a produite, ne peut lui être refusée, à quelque somme que puisse monter l'objet de cette obligation (1).

810. Suivant ce principe, la preuve testimoniale des délits et quasi-délits ne peut jamais être refusée à celui envers qui ils ont été commis, à quelque somme que puisse monter la réparation par lui prétendue ; car il est évident qu'il n'a pu être en son pouvoir de s'en procurer une autre preuve (2).

---

(1) *V*, art. 1348, 1er alinéa, C. civ. Art. 1348 : « Elles (les règles relatives à l'admissibilité de 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° Aux obligations qui « naissent des quasi-contrats et des « délits ou quasi-délits ;—2° Aux dépôts nécessaires 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 qualité des personnes et « les circonstances du fait ; — 3° Aux « obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit; « —4° Au 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. »

(2) *V*. Art. 1348, § 1°, C. civ., note précédente.

Source : BIU Cujas

811. Par la même raison, chacun est admis à la preuve testimoniale des fraudes qu'on lui a faites.

Par exemple; on doit permettre la preuve par témoins des pactions secrètes pour faire passer les biens d'un défunt à une personne prohibée, en fraude de ses héritiers; car il est évident qu'il n'est pas au pouvoir des héritiers d'avoir la preuve par écrit de cette fraude (1).

812. Il en est de même de l'obligation qui naît d'un quasi-contrat : comme cette obligation se contracte sans le fait de celui envers qui elle est contractée, et qu'il n'a pas été en son pouvoir de s'en procurer une preuve littérale, on ne peut lui refuser la preuve testimoniale du fait qui l'a produite.

Par exemple, si quelqu'un, pendant mon absence, a fait valoir mes terres, a fait la moisson, les vendanges, a vendu les blés et les vins qui en sont provenus, il doit me rendre compte de cette administration.

S'il disconvient de cette administration, la preuve testimoniale ne m'en peut être refusée; car je n'ai pu m'en procurer une autre preuve (2).

813. Il y a aussi quelques conventions qui se font en de certaines circonstances qui ne permettent guère qu'on en puisse faire un acte par écrit lorsqu'elles interviennent, et dont, en conséquence, l'ordonnance de 1667 a permis la preuve testimoniale, à quelque somme que se monte ce qui en fait l'objet.

Tels sont les dépôts nécessaires en cas d'incendie, ruine, tumulte, naufrage.

L'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 3, les excepte expressément de la disposition qui exclut la preuve par témoin au delà de 100 liv. (3).

Par exemple, si, dans l'accident d'un incendie, ou de la ruine d'une maison qui vient à écrouler, celui qui l'habite dépose avec précipitation chez ses voisins les meubles qu'il a sauvés des flammes ou de la ruine, et que ses voisins disconviennent du dépôt, il sera admis à la preuve par témoins des choses qu'il leur a confiées, à quelque somme que puisse en monter la valeur : car la précipitation avec laquelle il a été obligé de faire ce dépôt, ne lui a pas permis de s'en procurer une preuve par écrit.

Il en est de même lorsque, dans le temps d'une émeute ou d'une incursion d'ennemis, je détourne par une porte de derrière mes meubles, que je confie au premier venu, pour les sauver du pillage des ennemis ou des séditieux prêts à entrer dans ma maison; ou lorsqu'un vaisseau étant échoué sur le rivage, je confie mes marchandises à la hâte à ceux qui se présentent : en tous ces cas, il est évident qu'on n'a pas pu se procurer une preuve par écrit de ces dépôts; c'est pour cela que l'ordonnance de 1667 en permet la preuve par témoins.

814. Par une raison semblable, la même ordonnance, au même titre, art. 4, permet la preuve par témoins des dépôts faits par les voyageurs aux

---

(1) Argument de l'art. 1353, *in fine*. *V*. ci-dessus, p. 429, note 2.

(2) Aux obligations qui naissent *des quasi-contrats*, dit le § 1° de l'art. 1348, C. civ. (ci-dessus, p. 433, note 1). Cette décision ne doit être admise qu'avec quelques distinctions : il faut surtout se référer à ce qui a été dit au commencement de l'article, et qui énonce l'idée principale : *Toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation.*

Dans la gestion d'affaires, il n'a pas été possible à celui dont on a géré les affaires pendant son absence, de se procurer une preuve par écrit : mais il n'en est pas de même de celui qui réclamerait une chose de valeur de plus de cent cinquante francs, comme l'ayant payée indûment, il ne pourrait être admis à prouver ce paiement par témoins, car il pouvait se procurer une preuve écrite, en se faisant donner quittance.

(3) *V*. art. 1348, § 2°, C. civ., *ibid.*

Source : BIU Cujas

hôtes et hôtesses des hôtelleries où ils logent ; car on ne dresse point d'actes par écrit de ces dépôts ; un hôte n'aurait pas le loisir de faire inventaire de toutes les choses que lui confient les voyageurs qui arrivent tous les jours et à tous moments chez lui.

ART. VI. — QUATRIÈME PRINCIPE. — Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale.

815. La même raison qui oblige d'admettre à la preuve testimoniale celui qui n'a pu s'en procurer une littérale, oblige aussi à y admettre celui qui, par un cas fortuit et imprévu, a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale (1).

Par exemple, si, dans l'incendie ou dans le pillage de ma maison, j'ai perdu mes papiers, parmi lesquels étaient des billets de mes débiteurs à qui j'avais prêté de l'argent, ou des quittances des sommes que j'avais payées à mes créanciers ; à quelque somme que puissent monter ces billets et ces quittances, je dois être admis à la preuve par témoins des sommes que j'ai prêtées, ou que j'ai payées, parce que c'est par un cas fortuit et imprévu, et sans ma faute, que j'ai perdu les billets et les quittances qui formaient la preuve littérale.

Je puis faire cette preuve par témoins, qui déposeront avoir vu entre mes mains, avant l'incendie, les billets de mes débiteurs, ou les quittances de mes créanciers, dont ils connaissent l'écriture, et se souvenir de la teneur ; ou qui déposeront avoir quelque connaissance de la dette ou du paiement.

Mais pour que le juge puisse admettre cette preuve, il faut que le cas fortuit qui a donné lieu à la perte des titres qui formaient la preuve littérale, soit constant.

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, il faut qu'il soit avoué entre les parties, que ma maison a été incendiée ou pillée, ou que je sois en état de le prouver, pour que je puisse être admis à la preuve testimoniale des prêts d'argent ou des paiements dont je prétends avoir perdu les billets ou les quittances dans l'incendie ou le pillage de ma maison.

Si celui qui demande à être reçu à la preuve testimoniale, allègue seulement qu'il a perdu ses titres, sans qu'il y ait aucun fait de force majeure constaté, par lequel il les ait perdus, il ne peut être reçu à la preuve testimoniale que ces titres ont existé ; autrement l'ordonnance, qui défend la preuve par témoins, pour prévenir la subornation des témoins, deviendrait illusoire ; car il ne serait pas plus difficile à quelqu'un qui voudrait faire la preuve par témoins de quelque prêt ou de quelque paiement qu'il n'aurait pas fait, de suborner des témoins, qui diraient qu'ils ont vu entre ses mains des obligations ou des quittances, comme d'en suborner qui diraient qu'ils ont vu compter l'argent.

ART. VII. — Comment se fait la preuve testimoniale.

816. Lorsqu'un créancier demande à faire preuve de l'obligation qu'il prétend que l'autre partie a contractée envers lui, et pareillement lorsqu'un débiteur offre la preuve du paiement qu'il prétend avoir fait de la somme qui lui est demandée, si, suivant les principes établis dans les articles précédents, la preuve est admissible, le juge rend une sentence interlocutoire, par laquelle il permet à la partie de faire la preuve testimoniale qu'elle a offert de faire, sauf à l'autre partie à faire la preuve du contraire (2).

---

(1) *V.* art. 1348. § 4°, C. civ., *ibid.*

(2) *V.* art. 252, 253, 254, 255 et 256, C. proc.

Art. 252 : « Les faits dont une « partie demandera à faire preuve, se- « ront articulés succinctement par un

Source : BIU Cujas

Cette sentence s'appelle un *appointement à faire enquêtes.*

En exécution de cette sentence, les parties doivent, dans le temps et selon les formes prescrites par l'ordonnance de 1667, tit. 22, produire et faire entendre les témoins par le juge ou commissaire ; et il est dressé un acte de leur déposition, qu'on appelle *enquête* (1).

817. Pour que l'enquête contienne une preuve testimoniale du fait que la partie s'est chargée de prouver, il faut que ce fait soit attesté par les dépositions de deux témoins au moins, dont les dépositions soient valables (2).

Le témoignage d'un seul témoin ne peut faire une preuve, quelque digne de foi qu'il soit, et en quelque dignité qu'il soit constitué, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat;* L. 9, Cod. *de Testib.*

Mais un témoin unique fait une semi-preuve, laquelle étant soutenue du serment, peut quelquefois, dans des matières très légères, compléter la preuve.

C'est sur ce principe que notre coutume d'Orléans, art. 156, décide que, lorsque quelqu'un a laissé paître ses bêtes dans l'héritage d'autrui, et qu'elles y ont fait dommage, la preuve de l'obligation résultant de ce dommage peut se faire par un témoin et le serment du demandeur, pourvu qu'il ne prétende pas plus de vingt sous, si le dommage a été fait de jour ; et de quarante sous, si le dommage a été fait de nuit. *V.* les art. 160 et 161.

Lorsqu'une personne prétend avoir deux différentes créances, à la preuve desquelles il a été admis, il faut qu'il prouve chaque créance par la déposition de deux témoins.

S'il avait fait entendre deux témoins, dont l'un en attestât une, et l'autre attestât l'autre, chacune n'étant attestée que par un témoin unique, il n'aurait fait la preuve d'aucune.

Il en serait de même si un débiteur avait été admis à la preuve de différents paiements; il faudrait que chaque paiement fût prouvé par deux témoins.

Quid, si j'ai été admis à la preuve d'une seule créance, et que, pour la prouver, j'aie fait entendre plusieurs témoins, qui déposent chacun de faits différents justificatifs de cette créance, et que chacun desdits faits ne soit attesté

« simple acte de conclusion, sans écri-
« tures ni requête.—Ils seront, éga-
« lement par un simple acte, déniés
« ou reconnus dans les trois jours; si-
« non ils pourront être tenus pour
« confessés ou avérés. »

Art. 253 : « Si les faits sont admis-
« sibles, qu'ils soient déniés, et que
« la loi n'en défende pas la preuve,
« elle pourra être ordonnée. »

Art. 254 : « Le tribunal pourra aussi
« ordonner d'office la preuve des faits
« qui lui paraîtront concluants, si la
« loi ne le défend pas. »

Art. 255 : « Le jugement qui or-
« donnera la preuve contiendra : —
« 1° Les faits à prouver; — 2° La no-
« mination du juge devant qui l'en-
« quête sera faite. — Si les témoins
« sont trop éloignés, il pourra être or-
« donné que l'enquête sera faite de-
« vant un juge commis par un tribunal
« désigné à cet effet. »

Art. 256 : « La preuve contraire
« sera de droit : la preuve du deman-
« deur et la preuve contraire seront
« commencées et terminées dans les
« délais fixés par les articles suivants. »

(1) *V.* art, 257 et suivants du Code de procédure.

(2) Le Code n'a point reproduit cette disposition, et avec raison : il peut arriver que la déposition de TEL témoin mérite et inspire plus de confiance que celle de plusieurs autres. Montesquieu, en parlant des lois criminelles, s'exprime ainsi : « *Les lois*
« *qui font périr un homme sur la dé-*
« *position d'un seul témoin sont fa-*
« *tales à la liberté. La raison en*
« *exige deux, parce qu'un témoin qui*
« *affirme, et un accusé qui nie, font*
« *un partage, et il faut un tiers pour*
« *le vider.* » Il nous semble qu'on pourrait répondre que le témoin n'a aucun intérêt à affirmer un mensonge, tandis que l'accusé a un grand intérêt à nier même la vérité.

Source : BIU Cujas

que par un témoin unique ; la réunion de tous ces témoins singuliers de chaque fait formera-t-elle une preuve complète de la créance ?

Par exemple, si j'ai été admis à prouver que je vous ai prêté dix pistoles ; qu'un témoin dépose avoir été présent au prêt, et m'avoir vu vous compter l'argent ; qu'un second dépose vous avoir entendu me faire l'aveu de la dette ; ces deux témoins singuliers de chaque fait formeront-ils une preuve du prêt ?

Cravett., *de Antiq. temporum*, au tom. 17 *de Tractat.*, p. 175, n° 15, et seq., décide pour l'affirmative.

La raison est que l'aveu que vous m'avez fait du prêt, supposant le prêt, la déposition du second témoin conspire avec le premier pour attester le prêt. Ils déposent l'un et l'autre avoir connaissance du prêt : le prêt, qui est l'unique fait à la preuve duquel j'ai été admis, se trouve donc attesté par deux témoins, et par conséquent pleinement prouvé.

Il en serait de même si aucun des témoins n'avait été présent au prêt, et que le premier témoin déposât d'un aveu que vous m'avez fait de ce prêt en sa présence dans un certain temps, et le second, d'un autre aveu que vous m'en avez fait en sa présence dans un autre temps : le prêt serait pleinement prouvé par les dépositions des deux témoins ; car ils se réunissent l'un et l'autre à déposer qu'ils ont connaissance de ce prêt : le temps dans lequel vous en avez fait l'aveu étant indifférent pour la foi qu'il doit faire du prêt, il doit être indifférent qu'ils déposent d'un aveu fait dans le même temps, ou qu'ils déposent de différents aveux faits en différents temps : il suffit qu'ils déposent l'un et l'autre qu'ils ont connaissance du prêt. Il est indifférent de quelle manière ils ont eu cette connaissance ; il est indifférent que ce soit un même aveu fait en leur présence, ou différents aveux faits en la présence de chacun d'eux, qui leur aient procuré cette connaissance.

818. Quoique deux témoins suffisent pour faire la preuve d'un fait, néanmoins, comme la partie qui a été admise à la preuve n'est pas assurée de ce que les témoins déposeront, elle en peut faire entendre jusqu'à dix sur un même fait : l'audition de ceux qu'elle aurait fait entendre au delà de ce nombre, ne doit pas passer dans la taxe des dépens qui lui auraient été adjugés (1). Ordonn. de 1667, tit. 22, art. 21.

819. Pour qu'une déposition soit valable, il faut : 1° qu'elle ne pèche pas dans la forme ; autrement elle est déclarée nulle (2), et le juge n'y a aucun égard. *V.* sur ces formes l'ordonnance de 1667, tit. 22.

---

(1) *V.* art. 281, C. proc.

Art. 281 : « La partie qui aura fait « entendre plus de cinq témoins sur « un même fait, ne pourra répéter les « frais des autres dépositions. »

(2) Aussi les articles 271, 272, 273, 274 et 275, C. proc., contiennent-ils la sanction *à peine de nullité ?*

Art. 271 : « Le témoin déposera, « sans qu'il lui soit permis de lire au- « cun projet écrit. Sa déposition sera « consignée sur le procès-verbal ; elle « lui sera lue, et il lui sera demandé « s'il y persiste ; le tout à peine de « nullité ; il lui sera demandé aussi « s'il requiert taxe. »

Art. 272 : « Lors de la lecture de sa « déposition, le témoin pourra faire « tels changements et additions que « bon lui semblera ; ils seront écrits à « la suite ou à la marge de sa dépos- « tion ; il lui en sera donné lecture, « ainsi que de la déposition, et men- « tion en sera faite ; le tout à peine de « nullité. »

Art. 273 : « Le juge-commissaire « pourra, soit d'office, soit sur la ré- « quisition des parties ou de l'une « d'elles, faire au témoin les interpel- « lations qu'il croira convenables pour « éclaircir sa déposition : les réponses « du témoin seront signées de lui après « lui avoir été lues, ou mention sera « faite s'il ne veut ou ne peut signer, « elles seront également signées du « juge et du greffier ; le tout à peine « de nullité. »

Art. 274 : La déposition du témoin,

Source : BIU Cujas

Observez que, lorsque la déposition du témoin a été déclarée nulle par le fait du juge, qui a manqué à quelqu'une des formes prescrites pour l'audition des témoins, la partie qui a produit ce témoin est admise à le faire entendre de nouveau (1) (tit. 22, art. 36) : mais lorsque la nullité procède de la partie, qui a manqué à quelqu'une des procédures prescrites pour la confection des enquêtes, elle ne peut plus le faire entendre (2).

Pour qu'une déposition soit valable, il faut, 2° qu'elle n'ait pas été rejetée pour quelque cause de reproche contre la personne du témoin.

Nous verrons en l'article suivant quelles sont les causes de reproche.

820. Pour qu'une déposition soit valable, il faut, 3° qu'elle ne contienne rien en elle-même qui en fasse suspecter la sincérité.

C'est pourquoi une déposition doit être rejetée, lorsqu'elle contient des contradictions ou des choses hors de vraisemblance.

Il faut surtout, pour qu'une déposition soit valable, que le témoin qui dit avoir connaissance du fait, explique comment il a cette connaissance ; L. 4, Cod. *de Test. Barth., ad eamd.* L.

Par exemple, si je veux prouver que vous m'avez vendu une telle chose, il ne suffit pas que le témoin dise en termes vagues, « qu'il a connaissance que vous m'avez vendu cette chose ; » il faut qu'il explique comment il a cette connaissance, en disant, par exemple, « qu'il était présent au marché, » ou en disant « qu'il vous a entendu dire que vous m'avez fait cette vente » : s'il disait « qu'il le sait pour l'avoir entendu dire à un tiers, » sa déposition ne ferait pas de preuve.

821. La preuve qu'une partie a faite par la déposition de deux ou de plusieurs témoins qui ont attesté le fait par elle avancé, n'est valable qu'autant qu'elle ne se trouve pas détruite par l'enquête de l'autre partie, qui, de son côté, a produit des témoins qui ont attesté le contraire (3).

Par exemple, si, sur une demande en réparation d'injures, j'ai fait entendre des témoins qui ont dit « qu'ils étaient présents à la querelle, et que vous m'avez dit telles et telles injures que je n'ai pas repoussées ; » et que, de votre côté,

---

« ainsi que les changements et addi-
« tions qu'il pourra y faire seront si-
« gnés par lui, le juge et le greffier ; et
« si le témoin ne veut ou ne peut si-
« gner, il en sera fait mention : le
« tout à peine de nullité. Il sera fait
« mention de la taxe, s'il la requiert,
« ou de son refus. »

Art. 275 : « Les procès-verbaux fe-
« ront mention de l'observation des
« formalités prescrites par les art. 261,
« 262, 269, 270, 271, 272, 273 et 274
« ci-dessus : ils seront signés, à la fin,
« par le juge et le greffier, et par les
« parties si elles le veulent ou le peu-
« vent ; en cas de refus, il en sera fait
« mention : le tout à peine de nullité. »

(1) *V.* art. 292, C. proc.

Art. 292 : « L'enquête ou la dépo-
« sition déclarée nulle par la faute du
« juge-commissaire, sera recommen-
« cée à ses frais ; les délais de la nou-
« velle enquête ou de la nouvelle au-
« dition de témoins courront du jour
« de la signification du jugement qui
« l'aura ordonné : la partie pourra
« faire entendre les mêmes témoins ;
« et si quelques-uns ne peuvent être
« entendus, les juges auront tel égard
« que de raison aux dépositions par
« eux faites dans la première en-
« quête. »

(2) *V.* art. 293, C. proc.

Art. 293 : « L'enquête déclarée
« nulle par la faute de l'avoué, ou par
« celle de l'huissier, ne sera pas re-
« commencée ; mais la partie pourra
« en répéter les frais contre eux,
« même des dommages et intérêts en
« cas de manifeste négligence ; ce qui
« est laissé à l'arbitrage du juge. »

(3) *V.* art. 256, C. proc., qui règle les délais de la contre enquête.

Art. 256 : « La preuve contraire
« sera de droit.... » *V.* ci-dessus, page 435, note 2 *in fine*.

Source : BIU Cujas

vous en ayez fait entendre qui ont dit que c'est moi « qui vous ai dit des injures que vous n'avez pas repoussées,» les enquêtes, en ce cas, se détruisent mutuellement, et il n'en résulte de part et d'autre aucune preuve.

Mais si mes témoins étaient en beaucoup plus grand nombre que les vôtres; ou bien si les miens étaient de bons bourgeois, gens d'une probité reconnue, et que les vôtres fussent des gens de la lie du peuple, la preuve qui résulte de mon enquête devrait prévaloir, et ne serait pas détruite par la vôtre; *Arg.* L. 3, § 2, ff. *de Test. Numerus testium, dignitas et auctoritas confirmat rei de quâ quæritur fidem.*

ART. VIII. — De la qualité des témoins, et des reproches qu'on peut proposer contre leurs personnes.

822. On n'exige pas dans les témoins qui sont produits en justice pour faire la preuve d'un fait, toutes les qualités qui sont requises dans ceux qu'on appelle pour être présents à la confection des actes pour la solennité de l'acte : les femmes, les étrangers non naturalisés, les religieux profès sont admis à déposer en justice.

La raison de cette différence est qu'on a le choix des témoins qu'on appelle pour la solennité des actes, au lieu qu'on ne peut produire, pour déposer d'un fait, que ceux qui en ont connaissance.

Les causes de reproche qu'on peut opposer contre la personne d'un témoin pour faire rejeter sa déposition, peuvent se rapporter à quatre chefs; le *défaut de raison*, le *défaut de bonne fame*, la *suspicion de partialité*, et la *suspicion de subornation.*

Du défaut de raison.

823. Il n'est pas douteux que la déposition d'un enfant et celle d'un insensé doivent être rejetées.

A l'égard des impubères qui approchent de la puberté, et qui, par conséquent, commencent à avoir quelque usage de raison, leurs dépositions ne doivent pas être rejetées indistinctement; mais cela doit être laissé à la prudence du juge, qui peut admettre la déposition de ces personnes, lorsqu'elle est bien circonstanciée, et que le fait sur lequel elles ont rendu témoignage n'est pas au-dessus de la portée de leur jugement (1).

Ceux qui prétendent rejeter indistinctement la déposition des impubères, se fondent sur la loi 3, § 5, ff. *de Testibus*, qui défend d'admettre la déposition des impubères dans l'accusation capitale de violence publique (2); mais je ne pense pas qu'on en doive faire une décision générale, et l'étendre aux matières civiles.

Du défaut de bonne fame.

824. Les dépositions de ceux qui ont encouru l'infamie par quelque condamnation, doivent être rejetées (3).

L'ordonnance de 1667, tit. 23, art. 2, le suppose.

---

(1) *V.* art. 285, C. proc.

Art. 285 : « Pourront les individus « âgés de moins de quinze ans révo- « lus être entendus, sauf à avoir à « leurs dépositions tel égard que de « raison. »

(2) *V.* art. 79, C. inst. crim.

Art. 79 : « Les enfants de l'un et « de l'autre sexe, au-dessous de l'âge « de quinze ans, pourront être enten- « dus, par forme de déclaration et « sans prestation de serment. »

(3) *V.* art. 283, C. proc.

Art. 283 : « Pourront être repro- « chés les parents ou alliés de l'une « ou de l'autre des parties, jusqu'au « degré de cousin issu de germain in- « clusivement; les parents et alliés des « conjoints au degré ci-dessus, si le « conjoint est vivant, ou si la partie

Source : BIU Cujas

Non-seulement la perte de l'état de bonne fame, mais la simple suspension de cet état, qui résulte d'un décret de prise de corps rendu contre une personne, doit faire rejeter sa déposition; parce que, pour qu'un témoin soit digne de foi, il ne suffit pas qu'il soit exempt de crime; il faut encore qu'il soit exempt de tout soupçon légitime.

Il en est de même d'un décret d'ajournement personnel, lorsque le titre d'accusation sur lequel il est rendu peut être susceptible d'une peine infamante.

L'ordonnance de 1667, en l'article ci-dessus cité, met les décrets, aussi bien que les condamnations, au rang des actes qui servent de fondement aux reproches des témoins.

Du soupçon de partialité.

825. Le *soupçon de partialité* est une juste cause du reproche qui fait rejeter la déposition des témoins : les témoins, pour être dignes d'une pleine foi, doivent être entièrement désintéressés.

C'est sur ce fondement qu'on rejette les dépositions : 1° de ceux qui ont quelque intérêt personnel (1) à la décision de la cause, quoiqu'ils ne soient pas parties au procès.

Par exemple, si, en conséquence d'un commencement de preuve par écrit, j'ai été admis à faire preuve testimoniale « que vous m'aviez vendu un certain héritage, » la déposition des seigneurs de qui l'héritage relève doit être rejetée, parce qu'ils ont intérêt à la décision de la cause, à cause des profits qui leur seraient dus, s'il était jugé qu'il y a eu une vente.

826. 2° Sur le même fondement, on rejette la déposition des témoins qui sont parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties, ou des deux, jusqu'au quatrième degré de la ligne collatérale inclusivement (2). Ordonnance de 1667, tit. 22, art. 11.

Observez que les parents et alliés d'une partie ne peuvent déposer ni en sa faveur, ni même contre elle, les parentés et alliances faisant soupçonner ou une amitié ou une haine contraire à l'impartialité. *Sunt apud concordes excitamenta charitatis, inter iratos verò incitamenta odiorum.*

C'est la raison qui est rapportée dans le procès-verbal de l'ordonnance.

Il paraît par ce procès verbal que cette disposition de l'ordonnance souffrit beaucoup de difficulté, et passa contre l'avis de M. le premier président et des autres magistrats du Parlement.

Par le droit romain, il n'y avait que les pères et mères et les enfants qui n'étaient pas admis à porter témoignage les uns contre les autres; L. 6, Cod. *de Test.*; L. 9, ff. *eod. tit.*

Tous les parents de la ligne collatérale y étaient admis; sauf que, dans les accusations criminelles, on ne forçait pas les parents, jusqu'au degré des en-

---

« ou le témoin en a des enfants vi-
« vants : en cas que le conjoint soit
« décédé, et qu'il n'ait pas laissé de
« descendants, pourront être repro-
« chés les parents et alliés en ligne
« directe, les frères, beaux-frères,
« sœurs et belles-sœurs. — Pourront
« aussi être reprochés, le témoin hé-
« ritier présomptif ou donataire; celui
« qui aura bu ou mangé avec la par-
« tie, et à ses frais, depuis la pronon-
« ciation du jugement qui a ordonné
« l'enquête; celui qui aura donné des
« certificats sur les faits relatifs au
« procès; les serviteurs et domesti-
« ques; le témoin en état d'accusation;
« celui qui aura été condamné à une
« peine afflictive ou infamante, ou
« même à une peine correctionnelle
« pour cause de vol. »

(1) *Nemo idoneus testis in re suâ intelligitur.* L. 10 ff. *de Testibus.*

(2) *V.* art. 283, C. proc., ci-dessus cité, p. 439, note 3.

Source : BIU Cujas

fants des cousins issus de germain, à porter témoignage contre leurs parents (1); L. 4, ff. *eod. tit.*

827. 3° Sur le même fondement, on rejette assez ordinairement les dépositions des serviteurs et domestiques de l'une ou de l'autre des parties.

J'ai dit *assez ordinairement;* car l'ordonnance n'ayant pas fait une défense absolue d'admettre ces dépositions, comme elle a fait à l'égard des parents et des alliés; mais s'étant contentée d'ordonner qu'il serait fait mention dans la prémisse de chaque déposition, « si le témoin était serviteur ou domestique des parties,» elle donne à entendre qu'elle laisse à la prudence du juge d'y avoir égard (2), s'il le juge à propos, et de les admettre ou de les rejeter selon les différentes circonstances.

On appelle *serviteurs,* des gens que nous avons à nos gages pour nous rendre tous les services que nous leur commandons de nous rendre, quoiqu'ils soient préposés principalement à une certaine espèce de service.

On peut être ainsi *serviteur* sans être *domestique;* tels sont un jardinier ou un garde-chasse qu'un homme domicilié en ville a dans ses terres.

Ils ne sont pas proprement ses *domestiques*, puisqu'ils ne demeurent pas avec lui, et ne sont pas à sa table; mais ils sont ses *serviteurs*, puisqu'il les a à ses gages, et qu'il peut leur commander, lorsqu'il est à sa terre, de lui rendre tous les services auxquels ils peuvent être propres (3).

En cela, ces personnes diffèrent de ceux avec qui nous avons un marché pour nous faire un certain ouvrage pour une certaine somme, tels que sont nos vignerons : ceux-ci ne sont pas proprement nos serviteurs, et nous n'avons pas droit de leur commander, ni d'exiger d'eux autre chose que l'ouvrage qu'ils sont obligés de faire.

C'est pourquoi, dans l'usage, on reçoit le témoignage des vignerons d'une partie.

On appelle *domestiques*, les personnes qui demeurent en notre maison, et mangent notre pain, soit que ces personnes soient en même temps nos serviteurs, tels que sont des laquais, des cochers, cuisiniers, valets de chambre, maîtres d'hôtel, etc.; soit que ces personnes ne soient pas proprement des serviteurs, pourvu que nous ayons néanmoins sur eux quelque autorité (4); tels que sont des apprentis, des clercs de procureur, etc.

Les dépositions des serviteurs ou des domestiques sont surtout rejetées, lorsqu'ils sont entendus pour et à la requête de leurs maîtres.

On cite à cet égard la loi 6, ff. *de Test.*, qui dit : *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant.*

Cette loi ne reçoit pas néanmoins une application parfaite.

Cela est dit des esclaves et des fils de famille, qui étaient soumis à une puis-

---

(1) *V.* art. 322, C. inst. crim.

Art. 322 : « Ne pourront être reçues les dépositions : — 1° Du père, de « la mère, de l'aïeul, de l'aïeule, ou de « tout autre ascendant de l'accusé, ou « de l'un des accusés présents et soumis au même débat; — 2° Du fils, « fille, petit-fils, petite-fille, ou de tout « autre descendant; — 3° Des frères et « sœurs; — 4° Des alliés aux mêmes « degrés; — 5° Du mari et de la femme, « même après le divorce prononcé; — « 6° Des dénonciateurs dont la dénonciation est récompensée pécuniairement par la loi; — Sans néanmoins « que l'audition des personnes ci-dessus désignées, puisse opérer nullité, lorsque, soit le procureur général, soit la partie civile, soit les « accusés, ne se sont pas opposés à ce « qu'elles soient entendues. »

(2) Le Code de procédure ne laisse point au juge cette latitude. *V.* art. 283, ci-dessus cité, p. 439, note 3.

(3) C'est pour cela que le Code de procédure a dit : Les *serviteurs* et *domestiques* (art. 283, *ibid.*).

(4) *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest ut testes fiant.* L. 6, ff. *de Testibus.*

Source : BIU Cujas

sance à laquelle il n'était pas en leur pouvoir de se soustraire, au lieu que nos serviteurs sont des personnes libres.

C'est sur le même fondement de soupçon de partialité, qu'on ne doit pas recevoir dans une cause le témoignage de l'avocat ni du procureur de l'une ou de l'autre des parties; L. 25, ff. *de Test.*

Leur témoignage serait suspect de partialité s'ils étaient témoins en faveur de leur partie; et il y aurait de l'indécence à les admettre à être témoins contre leurs parties.

Par la même raison, un tuteur, un curateur qui est partie en cette qualité pour son mineur ou son interdit, ne peut être témoin ni pour ni contre lui; des fabriciers, des administrateurs d'hôpitaux et autres personnes semblables, ne peuvent être témoins ni pour ni contre la fabrique ou l'hôpital.

Mais les parents, même les enfants de ces personnes, qui ne sont parties qu'en nom qualifié de tuteurs, ou curateurs, ou administrateurs, et pareillement leurs serviteurs et leurs domestiques, peuvent être témoins; car ces personnes ne sont pas proprement parties; c'est le mineur, l'interdit, la fabrique, l'hôpital, qui est partie par leur ministère.

Par la même raison, lorsqu'un corps est partie, les membres de ce corps ne doivent pas être reçus à porter témoignage : ce témoignage serait suspect de partialité s'ils étaient témoins pour leur corps, et il serait indécent qu'on les obligeât à être témoins contre leur corps.

Mais comme chaque membre d'un corps, étant une personne distinguée du corps, suivant la règle : *Universitas distat à singulis* (L. 7, § 1, ff. *Quod. cuj. univ.*) ne peut être censée *partie* : rien n'empêche que les parents, alliés, serviteurs et domestiques de chacun des membres du corps puissent être admis à porter témoignage dans les causes où le corps est partie.

828. 5° Le soupçon de partialité fait aussi rejeter ordinairement les dépositions des témoins qui seraient en procès avec la partie contre qui ils sont produits (1).

La raison est qu'on plaide rarement sans aigreur, et que les procès causent pour l'ordinaire des inimitiés entre les parties plaidantes.

Comme ce sont surtout les procès criminels qui causent de grandes inimitiés, il n'est pas douteux qu'on doit rejeter la déposition d'un témoin qui a un procès criminel, soit comme accusé, soit comme accusateur, contre la partie contre laquelle il est produit.

Cela est conforme à la novelle 90, cap. 7.

A l'égard des procès civils, je pense qu'on ne doit pas les regarder indistinctement comme une cause suffisante de reproche.

Si le législateur l'eût voulu, il s'en serait expliqué, comme il a fait à l'égard des parentés et alliances; ne l'ayant pas fait, il est à présumer qu'il a voulu laisser à la prudence du juge d'admettre ou non le reproche, suivant les circonstances.

Par exemple, il admettra le reproche si le procès est un procès où il s'agisse de toute la fortune, *lis de omnibus bonis;* car l'aigreur qui résulte des procès est ordinairement d'autant plus grande que l'intérêt est plus grand.

Le reproche doit être encore admis, quoique l'objet du procès ne soit pas considérable, si c'est un procès dans lequel on attaque la bonne foi et la probité d'une partie; mais lorsqu'un procès est de peu de conséquence, que la probité des parties n'est point attaquée, et qu'il ne roule que sur de simples questions de droit, je ne pense pas qu'il doive être une cause suffisante de reproche contre le témoin qui a ce procès avec la partie contre laquelle il est produit.

---

(1) Le Code de procédure reproduit ce motif comme cause de récusation contre les juges et les experts, mais il n'en parle pas en tant que cause de reproche contre les témoins; c'est là une circonstance que le juge appréciera.

Source : BIU Cujas

De tels procès ne sont pas de nature à causer des inimitiés ; quand ils causeraient quelque aigreur, ce ne pourrait être qu'une aigreur légère ; et ce serait bien mal présumer des hommes, que de soupçonner qu'une aigreur légère qu'aurait un témoin contre une partie, pût altérer la sincérité de son témoignage, qu'il rend sous la religion du serment.

Le juge doit surtout faire grande attention si le procès que la partie a fait à un témoin qui est produit contre elle, et dont elle veut faire contre lui un moyen de reproche, n'est pas un procès qu'elle paraisse avoir affecté de faire à ce témoin dans un temps où elle prévoyait qu'on le ferait entendre contre elle, dans la vue de s'en faire un moyen de reproche.

Lorsque cela paraît, le juge ne doit avoir aucun égard à ce reproche.

Si le procès que le témoin a contre la partie contre laquelle il est produit, est souvent une cause de reproche, par la même raison c'en est une, si ce témoin est saisi et exécuté en ses biens par cette partie ; car une telle saisie est encore plus propre qu'un procès à causer une inimitié.

Du soupçon de subornation.

829. Le *soupçon légitime de subornation* est aussi une juste cause de reproche qui doit faire rejeter la déposition d'un témoin.

Il y a lieu à ce soupçon, et l'on rejette la déposition de ce témoin, lorsqu'il est prouvé et avoué que la partie qui le produit, lui a fait, depuis l'appointement, quelque présent, ou lui a donné à manger et à boire chez elle, ou au cabaret, à ses dépens ; mais si le témoin avait mangé avec la partie sans être défrayé, il n'y aurait pas lieu à ce reproche (1).

C'est aussi une forte présomption de subornation, lorsqu'il est prouvé que la partie qui produit le témoin lui a dressé par écrit sa déposition. *Voyez* l'arrêt au tome V du Journal, cité par M. Jousse, sur l'art. 1 du tit. 23 de l'ordonnance de 1667.

CHAPITRE III.

De la confession, des présomptions et du serment.

SECT. Ire. — DE LA CONFESSION.

La *confession* est ou *judiciaire* ou *extrajudiciaire* (2).

§ I. *De la confession judiciaire.*

830. La *confession judiciaire* est l'aveu qu'une partie fait devant le juge d'un fait sur lequel elle est interrogée, et dont le juge donne acte (3).

Les *confessions* ou *aveux* que font les parties par des actes de procédure

---

(1) *V.* art. 283, C. proc., ci-dessus, p. 439, note 3.

« Pourront être reprochés, ce- « lui qui aura bu ou mangé avec la « partie, et à ses frais, depuis la pro- « nonciation du jugement qui a or- « donné l'enquête. »

(2) *V.* art. 1354, C. civ.

Art. 1354 : « L'aveu qui est opposé « à une partie est ou extrajudiciaire « ou judiciaire. »

(3) *V.* art. 1356, 1er alinéa, C. civ.

Art. 1356 : « L'aveu judiciaire est « la déclaration que fait en justice la « partie ou son fondé de pouvoir spé- « cial. — Il fait pleine foi contre celui « qui l'a fait. — Il ne peut être divisé « contre lui. — Il ne peut être révoqué, « à moins qu'on ne prouve qu'il a été « la suite d'une erreur de fait. Il ne « pourrait être révoqué sous prétexte « d'une erreur de droit. »

Source : BIU Cujas

signifiés dans le cours d'une instance, peuvent aussi passer pour une espèce de confession judiciaire, lorsque le procureur a un pouvoir de sa partie de les faire; et il est censé l'avoir tant qu'il n'est pas désavoué (1).

831. La confession judiciaire faite par une personne capable d'ester en jugement, fait une pleine foi du fait qui est confessé (2), et décharge l'autre partie d'en faire la preuve.

C'est pourquoi si un débiteur, assigné pour payer une dette, confesse devoir la chose ou la somme qui lui est demandée, le créancier demandeur est déchargé de faire la preuve de la dette; et il peut, sur cette confession, obtenir contre son débiteur un jugement de condamnation.

Vice versâ, si le créancier qui a un titre de créance, est convenu en jugement des paiements que le débiteur soutient lui avoir faits, ces paiements demeurent pour constants, et le débiteur est déchargé d'en faire la preuve.

832. Observez que, lorsque je n'ai d'autre preuve que votre confession, je ne puis la diviser (3).

Supposons, par exemple, que j'aie donné une demande contre vous, pour une somme de 200 liv. que je soutiens vous avoir prêtée, et dont je vous demande le paiement. Si, sur cette demande, vous êtes convenu en justice du prêt, en ajoutant que *vous m'avez rendu cette somme*, je ne puis tirer de votre confession une preuve du prêt, qu'elle ne fasse en même temps foi du paiement; car je ne puis m'en servir contre vous qu'en la prenant telle qu'elle est, et en son entier. *Si quis confessionem adversarii allegat, vel depositionem testis, dictum cum suâ quantitate approbare tenetur;* Bruneman, *ad* L. 28, ff. *de Pact.*

833. La preuve qui résulte de la confession contre celui qui l'a faite, n'est pas telle qu'elle ne puisse la détruire, en prouvant l'erreur qui y a donné lieu; et en cela cette preuve est moindre que celle qui résulte de la présomption *juris et de jure*, dont nous traiterons dans les sections suivantes, laquelle exclut toute preuve du contraire.

Si, par exemple, je vous ai demandé en justice une somme de 200 liv. que je prétendais avoir prêtée à votre père, duquel prêt je ne produisais pour toute preuve qu'une lettre « par laquelle votre père m'avait prié de lui faire ce prêt,» et que, sur cette demande, vous soyez convenu me devoir cette somme, cette confession forme contre vous une preuve de cette dette; et au lieu qu'avant cette confession, vous pouviez obtenir congé de ma demande sans rien prouver, en disant simplement « que vous n'aviez aucune connaissance du prêt, que la lettre par moi produite ne justifiait pas suffisamment;» au contraire, depuis votre confession, j'ai contre vous, par votre confession, une preuve suffisante pour vous faire condamner à me payer cette somme; à moins que, de votre part, vous ne rapportiez des preuves que le prêt n'a pas été fait, et que c'est par erreur que vous en êtes demeuré d'accord.

Comme si, par exemple, vous rapportiez ma lettre, par laquelle j'aurais répondu à votre père « que je ne pouvais pas lui faire le prêt qu'il me demandait,» et que vous assurassiez ne l'avoir trouvée que depuis votre confession, l'erreur de votre confession étant justifiée par cette lettre, détruit cette confession, et la preuve qui en résultait; car, de même qu'un consentement formé par l'erreur, n'est pas un vrai consentement, suivant cette règle de droit : *Non videntur qui errant consentire* (L. 116, § 2, ff. *de Reg. jur.*); de

---

(1) *V.* art. 352, C. proc.

Art. 352 du Code de procédure civile : « Aucunes offres, aucun aveu, « ou consentement, ne pourront être « faits, donnés ou acceptés sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu. »

(2) *V.* art. 1356, 2e alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 443, note 3.

(3) *V.* art. 1356, 3e alinéa, C. civ., *ibid.*

Source : BIU Cujas

même une confession à laquelle l'erreur a donné lieu n'est pas une vraie confession : *Non fatetur qui errat ;* L. 2, ff. *de Confessis.*

Observez que l'erreur d'une confession ne peut être justifiée que par la preuve de quelque fait, dont la connaissance n'est survenue à celui qui l'a faite que depuis qu'il l'a faite (1), comme dans l'espèce ci-dessus rapportée ; mais celui qui a fait une confession ne peut la détruire en alléguant que c'est une ignorance de droit en laquelle il était lorsqu'il a fait la confession qui y a donné lieu ; car c'est sa faute de ne s'être pas fait instruire auparavant : c'est pourquoi la loi 2, ci-dessus citée, après avoir dit : *Non fatetur qui errat,* ajoute, *nisi jus ignoravit.*

Cette distinction entre l'*erreur de droit* et l'*erreur de fait,* paraîtra par l'exemple suivant :

Supposons qu'un mineur, en âge de tester, a légué une somme considérable à son précepteur : l'héritier assigné est convenu devoir à ce précepteur la somme portée au testament.

Si, depuis, cet héritier a recouvré un codicille portant révocation du legs, sa confession à laquelle l'ignorance de ce codicille, qui est une erreur de fait, avait donné lieu, sera détruite : mais si le legs n'a pas été révoqué, et qu'il dise seulement que c'est par erreur qu'il est convenu devoir la somme portée au testament, parce qu'il ignorait alors la loi qui défend aux mineurs de léguer à leurs précepteurs (2), cette erreur par lui alléguée, étant une erreur de droit, il ne sera pas écouté à la proposer ; et la preuve qui résulte de sa confession subsistera.

Il nous reste à observer que, lorsqu'un défendeur qui a confessé devoir la somme qui lui est demandée, veut prouver l'erreur de la confession ; si la preuve des faits par lesquels il veut justifier cette erreur, a besoin d'une longue discussion, le demandeur peut le faire condamner à payer provisionnellement la somme qu'il a confessé devoir ; car, jusqu'à ce qu'il ait fait la preuve de ces faits, la preuve qui résulte de sa confession, subsiste, et doit faire accorder la provision au demandeur.

§ II. *De la confession extrajudiciaire.*

834. La *confession extrajudiciaire* est celle qui se fait hors justice.

Nous n'entendons pas parler ici de la confession que font les parties de leurs obligations par l'acte du contrat d'où elles naissent, ou par des actes de titre nouvel et de reconnaissance, qui sont passés exprès pour cela.

Nous avons traité, au chapitre premier, de la preuve que font ces actes.

Les confessions de la dette, dont nous parlons ici, sont celles que fait le débiteur, soit dans une conversation, soit par une lettre missive, ou qui se trouvent incidemment dans quelque acte qui n'a pas été passé exprès pour cela.

Dumoulin distingue celle que mon débiteur a faites à moi-même, et celles qu'il a faites à des tiers hors de ma présence.

Lorsque c'est à moi-même que le débiteur a confessé la dette, et que sa confession exprime la cause de la dette, cette confession fait une preuve complète de la dette ; mais si elle a été faite d'une manière vague, et sans exprimer la cause, elle ne forme, selon cet auteur, qu'une preuve imparfaite, qui a besoin d'être complétée par le serment supplétoire que le juge doit me déférer.

Lorsque la confession a été faite à quelqu'un qui me représentait, comme à mon tuteur, à mon curateur, à mon procureur, etc., c'est la même chose que si elle avait été faite à moi-même.

---

(1) *V.* art. 1356, dernier alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 443, note 3.

(2) Cette prohibition n'est pas reproduite par les lois nouvelles.

Source : BIU Cujas

Lorsqu'elle a été faite à un tiers hors de ma présence, elle ne fait qu'une preuve imparfaite, qui doit être complétée par le serment supplétoire.

Telles sont les distinctions que fait Dumoulin, *ad* L. 3, Cod. *de Reb. cred.*

Ces principes de Dumonlin me paraissent avoir encore besoin d'une distinction.

Lorsque mon débiteur, qui est convenu hors justice me devoir une certaine somme, nie, quand il est assigné pour la payer, avoir contracté envers moi la dette de cette somme, la confession qu'il en a faite ci-devant le convainc de mensonge, et établit la preuve de la dette dont je lui demande le paiement, sans qu'il puisse être ensuite écouté à alléguer, sans preuve, qu'il a payé cette somme, dont il a d'abord nié avoir jamais été débiteur.

Mais si mon débiteur assigné est convenu m'avoir effectivement dû cette somme, mais soutient me l'avoir payée depuis qu'il est convenu me la devoir, soit que sa confession ait été faite à un tiers, soit qu'elle ait été faite à moi-même, soit qu'elle ait été faite dans une conversation, soit qu'elle se trouve dans une lettre missive, ou dans quelque autre acte qui n'ait pas été fait pour me servir de preuve de la dette, elle ne fera aucune preuve que la somme ne soit encore due aujourd'hui.

A l'égard de ce que dit Dumoulin, « que la confession faite à un tiers ne fait qu'une preuve imparfaite de la dette », observez qu'il y a certains cas où elle doit en faire une preuve complète.

Guthierez *de Contr. jura*, quest. 54. n° 5, rapporte pour exemple le cas où le débiteur, en faisant cet aveu à des tiers, dit qu'il le fait pour la décharge de sa conscience.

Par exemple, si un malade fait venir deux personnes auxquelles, dans la crainte où il est d'être surpris par la mort, il déclare « qu'il me doit une somme de 100 livres que je lui ai prêtée sans billet ;» une telle confession, quoique faite à des tiers, me paraît faire une preuve complète de la dette.

Lorsque mon débiteur, dans un inventaire pour dissoudre une société, comprend dans le passif la dette dont il est tenu envers moi ; cette confession, quoique faite hors de ma présence, me paraît aussi devoir faire une preuve complète de la dette.

Si la confession extrajudiciaire que le débiteur a faite de la dette en présence et sur le requis du créancier, fait une preuve complète de la dette, à plus forte raison la confession extrajudiciaire du paiement, faite par le créancier en présence et sur le requis du débiteur, fait une preuve parfaite de paiement ; car la libération étant favorable, elle doit se prouver plus facilement que l'obligation.

Il en est de même si cet aveu a été fait par le créancier, en présence de quelqu'un qui l'avait requis de la part du débiteur ; car c'est comme s'il avait été fait en présence de la personne même du débiteur ; Guthierez, *ibid.*

Il y a même des docteurs cités par Guthierez, qui pensent que la confession extrajudiciaire du paiement faite par le créancier, quoique en l'absence du débiteur, fait une preuve complète du paiement ; mais Guthierez pense qu'elle ne fait qu'une preuve imparfaite.

Cela doit beaucoup dépendre des circonstances.

835. Celui qui veut prouver sa demande par la confession extrajudiciaire de la dette, ou ses défenses par la confession qu'il prétend que le demandeur a faite du paiement ou de la remise de la dette, doit justifier cette confession.

Elle peut se justifier ou par quelque écrit, ou par des témoins.

Si néanmoins le fait que j'entends prouver par votre confession extraordinaire, était un fait dont la preuve ne fût pas admissible, je ne pourrais être admis à la preuve testimoniale de votre confession (1).

---

(1) *V.* art. 1355, C. civ. Art. 1355 : « L'allégation d'un aveu « extrajudiciaire purement verbal est « inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une

Source : BIU Cujas

r ar exemple, si je vous demande la restitution d'un certain livre de la valeur de plus de 100 livres que je prétends vous avoir prêté, et que je mette en fait « que vous êtes convenu du prêt en présence de témoins, » je ne serai pas admis à prouver par témoins cette confession, parce que ce serait m'admettre indirectement à la preuve testimoniale du prêt d'une chose qui vaut plus de 100 livres, ce que l'ordonnance défend.

836. Pour que la confession fasse une preuve contre celui qui l'a faite, il faut que celui qui l'a faite soit capable de s'obliger ; la confession d'une femme non autorisée de son mari, ou d'un mineur, ne fait pas de preuve.

837. La confession fait preuve non-seulement contre celui qui l'a faite, mais encore contre ses héritiers : néanmoins si quelqu'un avait confessé devoir à une personne à qui les lois défendent de donner, cette confession ne fera pas contre eux preuve de la dette, à moins que les causes de la dette ne soient bien circonstanciées.

C'est le cas de la maxime : *Qui non potest donare, non potest confiteri.*

838. La *coufession tacite* doit avoir le même effet que la *confession expresse.*

C'est pourquoi le paiement que fait une personne, étant une confession tacite de sa part qu'il devait la chose qu'il a payée, il résulte de ce paiement une preuve contre lui, que la chose qu'il a payée était effectivement due.

Si donc il veut répéter cette chose comme l'ayant payée indûment, celui qui l'a reçue n'est point chargé de prouver qu'elle lui fût due effectivement ; il en a une preuve suffisante, qui résulte de la confession tacite que renferme le paiement qui lui a été fait ; c'est à celui qui a fait le paiement à justifier l'erreur (1). C'est la décision de la loi 25, ff. *de Probat.*

Néanmoins Paul, de qui est cette loi, y apporte deux exceptions.

La première est que, si celui à qui la chose a été payée, étant assigné en répétition, a commencé par dénier le paiement qui lui en a été fait, et que ce paiement ait été depuis justifié, il doit être obligé à prouver que la chose qui lui a été payée lui était effectivement due.

La raison de cette exception est que la présomption contre la vérité de la dette, qui résulte de la fausse dénégation qu'il a faite du paiement qui lui en a été fait, détruit la présomption de la vérité de cette dette qui résultait du paiement.

Paul rapporte une seconde exception en faveur des mineurs, des femmes, des soldats, des gens de campagne. Comme ces gens sont faciles à surprendre, il trouve à propos que celui qui a reçu d'eux quelque chose en paiement, soit tenu de prouver que la chose était effectivement due.

Cette exception ne me paraît pas devoir être admise indistinctement ; elle doit beaucoup dépendre des circonstances.

SECT. II. — DES PRÉSOMPTIONS.

839. On peut définir la *présomption*, un jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée d'une autre chose (2).

Ces conséquences sont fondées sur ce qui arrive communément et ordinai-

« demande dont la preuve testi-
« moniale ne serait point admissi-
« ble. »

(1) « *Tout paiement suppose une dette,* » dit l'art. 1235 du Code.

(2) *V.* art. 1349, C. civ.

Art. 1349 : « Les présomptions sont « des conséquences que la loi ou le « magistrat tire d'un fait connu à un « fait inconnu. »

Source : BIU Cujas

rement : *Præsumptio ex eo quod plerumquè fit. Cujas, in Parat. ad tit.* Cod. *de Probat. et præs.*

Par exemple, la loi présume qu'une dette a été payée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet ; parce que communément et ordinairement le créancier ne remet au débiteur son billet qu'après le paiement de la dette (1).

Alciat dit que ce terme *præsumptio, présomption*, dérive de *sumere* et de *præ*, parce que SUMIT *pro vero*, *habet pro vero* elle fait tenir quelque chose pour vrai, PRÆ, *id est antequàm aliundè probetur*, sans qu'il soit besoin d'en faire d'autre preuve.

La présomption diffère de la preuve proprement dite : celle-ci fait foi directement et par elle-même d'une chose ; la présomption en fait foi par une conséquence tirée d'une autre chose.

Ceci s'éclaircira par des exemples.

La foi que fait l'acte portant quittance du paiement d'une dette, est une *preuve littérale* du paiement de cette dette : la foi que font les dépositions des témoins qui ont vu le créancier recevoir de son débiteur la somme qui lui était due, en est une *preuve vocale* ; car la quittance et ces dépositions de témoins font foi par elles-mêmes et directement de ce paiement.

Mais la foi que les quittances des trois dernières années de ferme, font du paiement des années précédentes (2), est une *présomption* ; parce que ce n'est pas par elles-mêmes et directement que ces quittances en font foi, mais par une conséquence que la loi tire du paiement des trois dernières années, « que les précédentes ont été payées, » laquelle conséquence est fondée sur ce qu'il est ordinaire de payer les anciennes fermes avant les nouvelles.

Il y a, dans la matière des obligations, différentes espèces de présomptions : il y en a qui sont établies par une loi, qu'on appelle *présomptions de droit* ; et d'autres qui ne sont établies par aucune loi, qu'on appelle *présomptions simples*.

Entre les *présomptions de droit*, il y en a qui sont *présomptions juris et de jure* ; les autres sont simplement *présomptions de droit, præsumptiones juris*.

§ Ier. *Des présomptions* juris et de jure.

840. Les *présomptions juris et de jure* sont celles qui font tellement preuve, qu'elles excluent toute preuve qu'on voudrait faire du contraire (3).

Alciat définit ainsi la présomption *juris et de jure : Est dispositio legis aliquid præsumentis, et super præsumpto tanquàm sibi comperto statuentis.*

Elle est, dit Menoch. (*Tr. de Præsumpt.*, lib. 1, quest. 3), appelée *præsumptio* JURIS, parce que *à lege introducta est* ; ET DE JURE, parce que *super tali præsumptione lex inducit firmum jus, et habet eam pro veritate.*

841. Ces présomptions *juris et de jure* ont quelque chose de plus que la preuve littérale ou vocale, et même que la confession.

La preuve littérale, aussi bien que la vocale, peut être détruite par une preuve contraire ; elle n'exclut pas celui contre qui elle milite, d'être écouté, et reçu à faire, s'il le peut, la preuve du contraire.

---

(1) *V.* art. 1282, C. civ.

Art. 1282 : « La remise volontaire « du titre original sous signature pri- « vée, par le créancier au débiteur, « fait preuve de la libération. »

(2) Ce ne serait aujourd'hui qu'une présomption du magistrat et non de la loi.

(3) *V.* art. 1352, 2e alinéa, C. civ.

Art. 1352 : « La présomption légale « dispense de toute preuve celui au « profit duquel elle existe. — Nulle « preuve n'est admise contre la pré- « somption de la loi, lorsque, sur le « fondement de cette présomption, « elle annulle certains actes ou dénie « l'action en justice, à moins qu'elle « n'ait réservé la preuve contraire, et « sauf ce qui sera dit sur le serment « et l'aveu judiciaires. »

Source : BIU Cujas

Par exemple, si le demandeur qui se prétend mon créancier d'une somme de 100 livres qu'il prétend m'avoir prêtée, produit une obligation devant notaires, par laquelle j'ai reconnu qu'il me l'avait prêtée, la preuve littérale qui résulte de cette obligation, peut être détruite par une preuve contraire, et elle ne m'exclut pas d'être écouté à faire, si je le puis, la preuve du contraire, *puta* en rapportant une contre-lettre par laquelle le demandeur aurait reconnu que je n'ai pas reçu la somme portée par ladite obligation.

Il en est de même de la confession, quoique faite *in jure.* Nous avons vu en la section précédente, que la preuve qui en résulte peut être détruite par la preuve que peut faire celui qui l'a faite, que c'est une erreur qui y a donné lieu.

Au contraire, les présomptions *juris et de jure*, ne peuvent être détruites et la partie contre qui elles militent, n'est pas admise à prouver le contraire, comme nous le verrons dans les sections suivantes.

La principale espèce de présomption *juris et de jure,* est celle qui naît de l'*autorité de la chose jugée* : comme elle mérite d'être traitée avec étendue, nous la traiterons *ex professo* dans la section suivante.

La présomption qui naît du *serment décisoire,* est aussi une espèce de présomption *juris et de jure*, dont nous traiterons en la quatrième section, où nous traiterons des *serments.*

§ II. *Des présomptions de droit.*

842. Les *présomptions de droit* sont aussi établies sur quelque loi [1], ou par argument de quelque loi ou texte de droit, et sont pour cela appelées *præsumptiones juris.* Elles font la même foi qu'une preuve, et elles dispensent la partie en faveur de qui elles militent, d'en faire aucune pour fonder sa demande ou ses défenses [2] : mais, et c'est en cela qu'elles diffèrent des présomptions *juris et de jure,* elles n'excluent pas la partie contre qui elles militent, d'être reçue à faire la preuve du contraire ; et si cette partie vient à bout de la faire, elle détruira la présomption.

843. Lorsque deux personnes d'une même province, dont la coutume admet la communauté de biens entre homme et femme, y ont contracté mariage, il y a une présomption de droit qu'elles sont convenues d'une communauté de biens, telle que la coutume l'admet : la femme qui en conséquence demande part aux héritiers de son mari dans les biens qu'il a acquis, n'a besoin de faire aucune preuve de cette convention.

Cette présomption est établie par les dispositions des coutumes qui portent que *homme et femme sont uns et communs, etc. ;* car c'est comme si elles disaient « qu'ils sont présumés être convenus qu'ils seraient uns et communs, etc.»

Elle est fondée sur ce qu'il est ordinaire en cette province que les personnes qui s'y marient conviennent d'une communauté ; d'où la loi a tiré la conséquence, que les parties qui s'étaient mariées sans s'être expliquées, devaient être présumées, être tacitement convenues d'une communauté : *Præsumptio enim ab eo quod plerumque fit.*

Cette présomption n'étant pas *juris et de jure,* elle dispense bien de faire la preuve de la convention de communauté, mais elle n'exclut pas la preuve du contraire, qui peut se faire par un contrat de mariage qui porte une clause d'exclusion de communauté [3].

---

(1) La présomption légale est celle « qui est attachée par une LOI SPÉCIALE à certains actes et à certains « faits,» dit l'art. 1350, 1er alinéa, C. civ.

(2) *V.* art. 1352, 1er alinéa, C. civ., ci-dessus, p. 448, note 2.

(3) *V.* art. 1393 et 1394, C. civ.

Art. 1393 : « A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France.»

Art. 1394 : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire.»

Source : BIU Cujas

844. C'est pareillement une présomption de droit, que, dans notre ville d'Orléans, les murs sont communs entre voisins, jusqu'à sept pieds au-dessus de terre ; *Coutume d'Orléans*, art. 234.

Celui donc qui veut y appuyer quelque chose n'en peut être empêché par son voisin, et il n'est obligé d'apporter aucune preuve de son droit de communauté, qui se trouve suffisamment fondé sur la présomption établie par la coutume : mais cette présomption peut être détruite par la preuve que le voisin ferait par des titres « que le mur appartient à lui seul (1). »

845. La loi 3, Cod. *de Apoch. publ.*, contient aussi une présomption de droit. Suivant cette loi, les quittances de trois années consécutives de tributs, forment une présomption du paiement des années précédentes.

Quoique cette loi n'ait été faite que pour les tributs, sa décision a été étendue aux arrérages de rentes, soit foncières, soit constituées, aux loyers, aux fermes, et autres semblables dettes annuelles ; *nam ubi eadem ratio, idem jus statuendum est.*

Cette décision est fondée sur ce qu'étant ordinaire d'exiger les anciennes dettes avant les nouvelles, les paiements des nouveaux arrérages plusieurs fois répétés, doivent faire présumer le paiement des anciens (2).

Elle est aussi fondée sur ce qu'on doit subvenir aux débiteurs, et ne les pas obliger à garder trop longtemps des quittances, et en trop grand nombre, de peur qu'ils n'en égarent quelqu'une ; Perez, *ad dict. tit.* Cod.

Il y en a qui vont jusqu'à dire, que la quittance d'une seule année doit faire présumer le paiement de toutes les précédentes ; mais ce sentiment ne paraît pas autorisé.

Cette présomption n'a lieu que lorsque les arrérages ou fermes des années précédentes sont dus à la même personne qui a donné les quittances des trois dernières, et par les mêmes personnes à qui on les a données.

Elle a encore d'autres exceptions. *Voyez* ce que nous en avons dit en notre *Traité du Contrat de Louage*, p. 3, ch. 1, art. 3.

Cette présomption n'étant pas *juris et de jure*, n'exclut pas le créancier contre qui elle milite, de faire la preuve « que les anciens arrérages lui sont dus, et que, depuis les quittances des trois dernières années, le débiteur a reconnu devoir ces anciens arrérages. »

846. La loi 2, § 1, ff. *de Pact.*, nous fournit encore un exemple d'une présomption de droit.

Cette loi présume qu'une dette est acquittée, lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet ; elle est fondée sur ce qu'il n'est ni ordinaire ni vraisemblable qu'un créancier rende le billet avant qu'il soit acquitté : cette présomption n'étant pas *juris et de jure*, n'exclut pas le créancier de faire preuve que la dette n'a pas été payée (3). Nous avons parlé de cette présomption *suprà*, n° 608.

La présomption de paiement qui résulte de ce que le billet du débiteur se trouve barré, *chirographum cancellatum*, est semblable à la précédente : c'est une présomption de droit ; la loi 24, ff. *de Prob.*, la suppose. Elle est fondée sur ce que c'est un signe ordinaire de paiement, lorsqu'un billet se trouve barré ; elle dispense le débiteur d'apporter d'autres preuves du paie-

---

(1) *V.* art. 653, C. civ.

Art. 653 : « Dans les villes et les « campagnes, tout mur servant de sé- « paration entre bâtiment jusqu'à l'hé- « berge, ou entre cours et jardins, et « même entre enclos dans les champs, « est présumé mitoyen, s'il n'y a titre « ou marque du contraire. »

(2) Ces motifs sont très plausibles ; mais ce ne sera qu'une présomption du magistrat, la loi ne l'ayant pas spécialement indiquée.

(3) *V.* art. 1282 (ci-dessus, p. 448, note 1). La comparaison de cet article avec le suivant, autorise à conclure que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu réserver la preuve du contraire.

Source : BIU Cujas

ment. Mais cette présomption peut être détruite par une preuve que le créancier ferait, que c'est par une erreur que le billet a été barré, et qu'il n'a point été réellement acquitté (L. 24, ff. *de Probat.*); *putà*, si le créancier produisait une lettre par laquelle le débiteur lui écrivait en ces termes : « Je vous renvoie le billet de feu mon père, que vous m'avez envoyé barré, comptant sur « la parole que je vous avais donnée de l'acquitter ; je suis au désespoir de ne « pouvoir la tenir, etc. »

847. La présomption du paiement ou de la remise des profits, qui résulte de la réception en foi, faite sans réserve, est une autre espèce de présomption de droit : elle est établie sur l'art. 66 de notre coutume d'Orléans, et elle est fondée sur ce qu'il est ordinaire que le seigneur fasse cette réserve lorsqu'il n'a pas été payé des profits, et qu'il n'entend pas en faire remise.

Cette présomption dispense le vassal de faire d'autres preuves du paiement des profits, et d'en rapporter quittance ; mais elle n'exclut pas le créancier de faire la preuve que les profits lui sont encore dus, *putà*, par des lettres dans lesquelles le vassal aurait reconnu en être débiteur.

On pourrait rapporter encore plusieurs autres exemples : ceux qu'on a rapportés suffisent (1).

§ III. *Des présomptions qui ne sont pas établies par une loi.*

848. Il y a quelques-unes de ces présomptions qui, sans être établies par aucune loi, sont assez fortes pour faire la même foi que les présomptions de droit ; sauf à la partie contre qui elles militent, à faire la preuve du contraire.

En voici un exemple assez ordinaire.

Lorsqu'une partie désavoue le procureur qui a occupé pour elle sur une demande, si le procureur désavoué est porteur de l'exploit de demande, et que l'huissier qui a donné l'exploit ne soit pas désavoué ; cet exploit dont il est porteur, forme une présomption en faveur du procureur, qui équipolle à une preuve du mandat, et suffit pour lui faire donner congé du désaveu.

La présomption est encore plus forte si le procureur est aussi porteur des titres de la partie, sur lesquels on a fondé la demande ; et la présomption qui résulte de ces titres, empêche aussi la partie de pouvoir désavouer l'huissier.

Pareillement, lorsque le procureur du défendeur est porteur des titres de sa partie qui ont servi à la défense de la cause, ces titres forment une preuve du mandat qu'il a eu d'occuper.

Ces présomptions dispensent bien le procureur d'apporter d'autres preuves du mandat ; mais elles n'excluent pas le désavouant de faire, s'il le peut, la preuve qu'il n'a point chargé le procureur d'occuper ;

Comme s'il rapportait une lettre de ce procureur conçue en ces termes : « J'ai reçu les titres que vous m'avez envoyés pour consulter nos avocats ; je ne « ferai rien sans vos ordres ». Une telle lettre, qui établit que les titres ne lui ont été envoyés que pour consulter, et par laquelle il se soumet à attendre des ordres pour former la demande, détruit la présomption du mandat d'occuper, qui résultait de ce qu'il est porteur des titres.

Observez à l'égard des huissiers, que le titre dont l'huissier était porteur, fait bien une présomption de son mandat pour une assignation qu'il aura

---

(1) *V.* art. 1350, C. civ., qui définit la présomption *juris et de jure*.

Art. 1350 : « La présomption légale « est celle qui est attachée par une loi « spéciale à certains actes ou à certains « faits : tels sont : —1° Les actes que la « loi déclare nuls, comme présumés « faits en fraude de ses dispositions, « d'après leur seule qualité ; — 2° Les « cas dans lesquels la loi déclare la « propriété ou la libération résulter « de certaines circonstances déterminées ;—3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ;— 4° La force « que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment. »

Source : BIU Cujas

donnée en conséquence de ce titre, ou pour un simple commandement qu'il aura fait en vertu de ce titre; mais il est très dangereux d'en établir une présomption pour des saisies, exécutions et ventes qu'il aura faites; car nous voyons arriver tous les jours que les huissiers, abusant d'une pièce qu'on leur a remise pour faire un commandement, font, contre le gré du créancier, des saisies qui ruinent en frais le débiteur, et quelquefois le créancier (1).

Les autres présomptions que nous appelons *simples*, ne forment pas seules et par elles-mêmes une preuve; elles servent seulement à confirmer et à compléter la preuve qui résulte d'ailleurs.

849. Quelquefois pourtant le concours de plusieurs de ces présomptions réunies ensemble, équipolle à une preuve.

Papinien, en la loi 26, ff. *de Probat.*, en rapporte un exemple.

Une sœur était chargée envers son frère de la restitution d'un fidéicommis : après la mort du frère, il était question de savoir si ce fidéicommis était encore dû par la sœur à la succession du frère.

Papinien décide qu'on doit présumer que le frère en avait fait la remise à sa sœur ; et cette présomption de la remise il la tire de trois circonstances ; —1° de l'union entre le frère et la sœur ; —2° de ce que le frère avait vécu fort longtemps sans demander le fidéicommis ; — 3° de ce qu'on rapportait un très grand nombre de comptes faits entre le frère et la sœur sur les affaires respectives qu'ils avaient ensemble, dans aucun desquels il n'y en avait la moindre mention.

Chacune de ces circonstances prise séparément, n'aurait formé qu'une simple présomption, insuffisante pour faire décider que le défunt avait remis la dette ; mais leur réunion a paru à Papinien former une preuve suffisante de cette remise (2).

SECT. III. — De l'autorité de la chose jugée.

L'espèce particulière de présomption *juris et de jure*, qui résulte de l'*autorité de la chose jugée*, nous a paru mériter d'être traitée en particulier dans cette section.

Nous y verrons,

1° Quels sont les jugements qui ont l'autorité de la chose jugée;

2° Quels sont les jugements qui sont nuls, et ne peuvent par conséquent avoir cette autorité;

3° Quelle est l'autorité de la chose jugée;

4° A l'égard de quelles choses elle a lieu ;

5° Entre quelles personnes.

Art. Ier. — Quels sont les jugements qui ont l'autorité de chose jugée.

850. Pour qu'un jugement ait l'autorité de *chose jugée*, et même pour qu'il puisse en avoir le nom, il faut que ce soit un jugement définitif qui contienne, ou une condamnation, ou un congé de demande : Res judicata *di-*

---

(1) *V.* art. 556, C. proc.

Art. 556 : « La remise de l'acte ou « du jugement à l'huissier vaudra pou- « voir pour toutes exécutions autres « que la saisie immobilière et l'empri- « sonnement, pour lesquels il sera « besoin d'un pouvoir spécial. »

(2) *V.* art. 1353, C. civ.

Art. 1353 : « Les présomptions qui « ne sont point établies par la loi, « sont abandonnées aux lumières et à « la prudence du magistrat, qui ne « doit admettre que des présomptions « graves, précises et concordantes, et « dans les cas seulement où la loi ad- « met les preuves testimoniales, à « moins que l'acte ne soit attaqué « pour cause de fraude ou de dol. »

Source : BIU Cujas

citur quæ finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit ; L. 1, ff. *de Re jud.*

Un jugement qui contient une condamnation provisionnelle, ne peut donc avoir ni le nom ni l'autorité de *chose jugée*; car, quoiqu'il donne à la partie qui l'a obtenu, le droit de contraindre la partie condamnée à payer par provision la somme ou les choses portées par la condamnation, il ne met pas fin au procès, et ne forme pas une présomption *juris et de jure*, que cette somme ou ces choses sont dues ; puisque la partie condamnée, après qu'elle a satisfait par provision à la condamnation, est reçue, dans le cours du procès au principal, à prouver qu'elles ne sont pas dues, et peut, en conséquence, faire révoquer le jugement.

A plus forte raison, les sentences ou arrêts interlocutoires, qui ne contiennent ni condamnation, ni congé de demande, ne peuvent avoir l'autorité de *chose jugée. Non vox omnis judicis, judicati continet auctoritatem ;* L. 1, Cod. *de Sent. et interloc.*

851. L'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 5, rapporte trois cas dans lesquels les jugements définitifs ont l'autorité de *chose jugée.* Il y est dit : « Les « sentences et jugements qui doivent passer en force de *chose jugée*, sont « ceux rendus en dernier ressort, et dont il n'y a appel, ou dont l'appel n'est « pas recevable, soit que les parties y eussent formellement acquiescé, ou « qu'elles n'en eussent interjeté appel dans le temps, ou que l'appel ait été dé- « claré péri (1). »

Nous traiterons séparément de ces trois cas.

---

(1) Il nous paraît que la rédaction de cet article de l'ordonnance n'est pas parfaitement exacte : en effet, trois espèces de jugement y sont énumérés :

1° Jugements rendus en dernier ressort ;

2° Jugements en premier ressort, contre lesquels il n'y a pas encore d'appel interjeté.

3° Jugements en premier ressort, mais dont l'appel n'est plus recevable.

Or, ceux de la première espèce, en les supposant rendus contradictoirement, ont *l'autorité de chose jugée* dès qu'ils sont prononcés ;

On ne peut donc pas dire d'eux qu'ils *doivent* PASSER *en force de chose jugée :* ils ne peuvent plus acquérir d'autorité, puisqu'ils l'ont tout d'abord et complétement.

Quant aux deux autres espèces, il est évident que les secondes peuvent acquérir, et les troisièmes ont acquis, postérieurement, une autorité qu'ils n'avaient pas au moment de leur prononciation.

Les art. 2157 et 2215, C. civ., qui parlent de jugements *en dernier ressort*, et, par opposition, jugements PASSÉS *en force de chose jugée*, nous paraissent s'exprimer plus exactement.

Pour justifier, jusqu'à un certain point, le texte de l'ordonnance, on peut dire : que le rédacteur, en se plaçant avant le jugement, parle de ce qui aura lieu après le jugement, soit par un effet immédiat, soit par un effet éloigné.

Art. 2157 : « Les inscriptions sont « rayées du consentement des parties « intéressées et ayant capacité à cet « effet, ou en vertu d'un jugement en « dernier ressort ou passé en force de « chose jugée. »

Art. 2215 : « La poursuite peut « avoir lieu en vertu d'un jugement « provisoire ou définitif, exécutoire par « provision, nonobstant appel ; mais « l'adjudication ne peut se faire qu'a- « près un jugement définitif en der- « nier ressort, ou passé en force de « chose jugée.— La poursuite ne peut « s'exercer en vertu de jugements « rendus par défaut durant le délai de « l'opposition. »

Source : BIU Cujas

§ I.—PREMIER CAS.—*Des jugements rendus en dernier ressort et de ceux dont il n'y a pas d'appel.*

852. L'ordonnance unit dans cet article, aux jugements rendus en dernier ressort, ceux dont il n'y a pas encore d'appel interjeté, parce que, tant qu'il n'y a pas encore d'appel, ils ont, de même que ceux rendus en dernier ressort, une espèce d'autorité de *chose jugée*, qui donne à la partie en faveur de qui ils ont été rendus, le droit d'en poursuivre l'exécution, et forme une espèce de présomption *juris et de jure*, qui exclut la partie contre qui ils ont été rendus, de pouvoir rien proposer contre, tant qu'il n'y a pas d'appel interjeté : mais cette autorité, et la présomption qui en résulte, ne sont que momentanées, et sont détruites aussitôt qu'il y a un appel interjeté.

Cela a lieu, quand même la sentence serait du nombre de celles qui doivent s'exécuter par provision, nonobstant l'appel; car cette exécution provisoire ne donne, pendant l'appel, à ces sentences que l'effet des jugements provisionnels, lesquels, comme nous l'avons vu ci-dessus, n'ont pas l'autorité de *chose jugée*.

853. A l'égard des jugements rendus en dernier ressort, tels que sont les arrêts des Cours souveraines, et en certains cas, les sentences des juges présidiaux et des juges-consuls, lorsqu'ils sont définitifs, ils ont une autorité de *chose jugée* stable et perpétuelle (1).

Lorsque le jugement en dernier ressort est contradictoire, il a cette autorité aussitôt qu'il a été rendu; mais lorsqu'il a été rendu par défaut, à moins que ce ne soit à tour de rôle (2), la partie défaillante contre qui il a été rendu, est reçue à y former opposition dans la huitaine, du jour de la signification du jugement faite à son procureur (3); ou si elle n'avait pas constitué procureur, du jour de la signification faite à sa personne ou à son domicile (4).

---

(1) Loi du 11 avril 1838. Art. 1er : « Les tribunaux civils de première instance connaîtront, *en dernier ressort*, des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de quinze cents francs de principal, et des actions immobilières jusqu'à soixante francs de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de bail. »

Art. 639, C. comm. (d'après la loi du 5 mars 1840) :

« Les tribunaux de commerce jugeront en *dernier ressort* : 1° toutes les demandes dans lesquelles les parties justiciables de ces tribunaux, et usant de leurs droits, auront déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel. — 2° Toutes les demandes dont le principal n'excédera pas la valeur de quinze cents francs, etc., etc. »

(2) D'après l'art. 3 du tit. 35 de l'ordonnance de 1667 on ne recevait pas l'opposition contre les jugemens rendus à l'audience par défaut, faute de plaider, lorsque la cause avait été appelée à tour de rôle (il en est autrement aujourd'hui); on pensait que la partie contre laquelle le jugement avait été rendu, ayant eu tout le temps de se préparer ou de prévoir quand la cause serait appelée, elle était inexcusable.

(3) *V.* art. 157, C. proc.

Art. 157 : « Si le jugement (par défaut) est rendu contre une partie ayant un avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huitaine, à compter du jour de la signification à avoué. »

(4) *V.* art. 158 et 162, C. proc.

Art. 158 : « S'il (le jugement par défaut) est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement. »

Art. 162 : « Lorsque le jugement aura été rendu contre une partie n'ayant pas d'avoué, l'opposition pourra être formée, soit par acte extrajudiciaire, soit par déclaration sur les commandements, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou tout autre acte d'exécution, à la

Source : BIU Cujas

Cette opposition détruit l'effet du jugement : c'est pourquoi ce n'est qu'après que la partie défaillante a laissé passer la huitaine sans former opposition, que les jugements rendus par défaut acquièrent une *autorité de chose jugée* stable et perpétuelle.

854. Les arrêts et jugements en dernier ressort ne peuvent jamais être attaqués par la voie ordinaire de l'appel; mais les arrêts peuvent l'être, en certains cas (1), par la voie extraordinaire de la requête civile (2).

Les jugements présidiaux rendus en dernier ressort, peuvent pareillement être attaqués dans les mêmes cas par la voie d'une simple requête d'opposition, qui est aussi une voie extraordinaire, et qui ne diffère de la requête civile, qu'en ce qu'elle n'exige pas les mêmes formalités qui sont requises pour la requête civile; telles que sont celles de consigner les amendes portées par l'art. 16 du titre dernier de l'ordonnance de 1667, et d'attacher à la requête une consultation d'anciens avocats, suivant l'art. 13.

Ces requêtes n'arrêtant point l'exécution des arrêts et jugements en dernier ressort (3) (art. 18), et la partie n'étant reçue à opposer contre le jugement d'autres moyens que ceux qui servent de fondement à la requête civile,

---

« charge par l'opposant de la réitérer « avec constitution d'avoué, par re- « quête, dans la huitaine; passé lequel « temps, elle ne sera plus recevable, et « l'exécution sera continuée, sans qu'il « soit besoin de le faire ordonner. — « Si l'avoué de la partie qui a obtenu « le jugement, est décédé, ou ne peut « plus postuler, elle fera notifier une « nouvelle constitution d'avoué au dé- « faillant, lequel sera tenu, dans les « délais ci-dessus, à compter de la si- « gnification, de réitérer son opposi- « tion par requête, avec constitution « d'avoué. — Dans aucun cas, les « moyens d'opposition fournis posté- « rieurement à la requête n'entreront « en taxe. »

(1) *V.* art. 480, C. proc., 1er alinéa.

Art. 480 : « Les jugements contra- « dictoires rendus en dernier ressort « par les tribunaux de première in- « stance et les Cours royales, et les « jugements par défaut rendus aussi « en dernier ressort, et qui ne sont « plus susceptibles d'opposition, pour- « ront être rétractés, sur la requête « de ceux qui auront été parties ou « dûment appelés, pour les causes ci- « après : — 1° S'il y a eu dol personnel; « — 2° Si les formes prescrites à peine « de nullité ont été violées, soit avant, « soit lors des jugements, pourvu que « la nullité n'ait pas été couverte par « les parties; — 3° S'il a été prononcé « sur choses non demandées; — 4° S'il « a été adjugé plus qu'il n'a été de- « mandé; — 5° S'il a été omis de pro- « noncer sur l'un des chefs de de- « mande; — 6° S'il y a contrariété de « jugements en dernier ressort, entre « les mêmes parties et sur les mêmes « moyens, dans les mêmes Cours ou « tribunaux; — 7° Si, dans un même « jugement, il y a des dispositions « contraires; — 8° Si, dans les cas où « la loi exige la communication au mi- « nistère public, cette communication « n'a pas eu lieu, et que le jugement « ait été rendu contre celui pour qui « elle était ordonnée; — 9° Si l'on a « jugé sur pièces reconnues ou décla- « rées fausses depuis le jugement; — « 10° Si, depuis le jugement, il a été « recouvré des pièces décisives, et qui « avaient été retenues par le fait de « la partie. »

(2) Cette distinction entre les jugements rendus en dernier ressort et les arrêts n'a plus lieu aujourd'hui. *V.* art. 480, C. proc., ci-dessus cité, 1er alinéa.

(3) *V.* art. 497, C. proc.

Art. 497 : « La requête civile n'em- « pêchera pas l'exécution du jugement « attaqué; nulles défenses ne pour- « ront être accordées : celui qui aura « été condamné à délaisser un héri- « tage, ne sera reçu à plaider sur la « requête civile qu'en rapportant la « preuve de l'exécution du jugement « au principal. »

Source : BIU Cujas

sans qu'elle puisse être écoutée dans aucuns moyens du fond (1) (art. 31, 37); il s'ensuit que les arrêts et jugements qui sont dans quelqu'un des cas pour lesquels il y a lieu à la requête civile, ne laissent pas, jusqu'à ce qu'ils aient été rescindés par cette voie, d'avoir une autorité de *chose jugée*, mais qui n'est pas stable et perpétuelle, puisqu'elle peut être détruite par la rescision du jugement : elle ne devient telle que lorsque la partie a laissé passer le temps dans lequel on doit se pourvoir par cette voie, ou lorsqu'elle en a été déboutée; car, en ce cas, elle n'est plus reçue à se pourvoir de nouveau; art. 41.

855. L'ordonnance rapporte les différents cas dans lesquels il y a lieu à la requête civile : elle distingue à cet égard les majeurs et les mineurs, les particuliers et l'Église.

Les causes pour lesquelles les particuliers, quoique majeurs, sont reçus à se pourvoir par requête civile, sont rapportées en l'art. 34 du titre 35. Il y est dit : « *Ne seront reçues autres ouvertures de requêtes civiles, à l'égard des « majeurs, que, 1° le dol personnel* (2).

C'est-à-dire, lorsque la partie en faveur de qui le jugement a été rendu, a employé le dol et l'artifice pour le faire rendre, *putà*, en supprimant des pièces décisives, ou en employant des pièces fausses, comme il sera dit ci-après.

2° *Si la procédure par nous ordonnée n'a pas été suivie.* Ce vice rend nul le jugement.

3° *S'il a été prononcé sur choses non demandées ou non contestées, et s'il a été plus adjugé qu'il n'a été demandé.* C'est encore un vice qui rend le jugement nul, et dont nous parlerons en l'article suivant.

4° *S'il a été omis de prononcer sur l'un des chefs de demande.*

5° *S'il y a contrariété d'arrêts ou jugements en dernier ressort entre les mêmes parties sur les mêmes moyens, et en mêmes Cours ou juridictions; sauf, en cas de contrariété, en différentes Cours ou juridictions, à se pourvoir en notre grand conseil* (3).

6° *Si dans un même arrêt il y a des dispositions contraires.*

7° *Si on a jugé sur pièces fausses.*

Observez qu'il ne suffit pas, pour rescinder le jugement par la voie de la requête civile, que la partie au profit de qui il a été rendu ait produit des pièces fausses : il faut qu'il paraisse que c'est sur le fondement de ces pièces que le jugement a été rendu : *Causa judicati irritum non devocatur; nisi probare poteris eum qui judicaverit, secutum ejus instrumenti fidem quod falsum esse constiterit, adversùs te pronuntiasse;* L. 3, C. *Si ex fals. instr.*

Il faut aussi que ces pièces n'aient pas déjà été attaquées de faux dans l'instance sur laquelle le jugement a été rendu; car, en ce cas, la question sur la vérité ou fausseté de cette pièce, serait une question qui aurait été déjà jugée par ce jugement, et qui par conséquent ne pourrait plus se renouveler, comme l'a fort bien observé M. Jousse, en son commentaire sur cet article.

Au reste, quoique la partie qui veut se pourvoir par requête civile, eût par erreur reconnu la vérité de la pièce dont il prétend avoir découvert depuis la

---

(1) *V.* art. 499, C. proc.

Art. 499 : « Aucun moyen autre que « les ouvertures de requête civile « énoncées en la consultation, ne sera « discuté à l'audience ni par écrit. »

(2) *V.* art. 480, C. proc., ci-dessus, p. 455, note 1.

(3) *V.* art. 504, C. proc.

Art. 504 : « La contrariété de jugements rendus en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens en différents tribunaux, donne ouverture à cassation; et l'instance est formée et jugée conformément aux lois qui sont particulières à la Cour de cassation. »

Source : BIU Cujas

fausseté, il n'en doit pas moins être reçu à attaquer cette pièce comme fausse, et le jugement qui a été rendu sur cette pièce; L. 11, ff. *de Except.*

8° *Ou sur des offres ou consentement qui aient été désavoués, et le désaveu jugé valable.*

Si mon procureur a donné un consentement ou fait des offres sur lesquelles j'ai été condamné, je puis, si je prétends n'avoir pas donné pouvoir à mon procureur de faire ces offres, me pourvoir par requête civile contre l'arrêt : mais pour y être reçu, il faut que je forme un désaveu contre mon procureur, et que je le fasse contre lui déclarer valable (1).

9° *Ou s'il y a des pièces décisives nouvellement recouvrées et retenues par le fait de la partie.*

C'est un exemple du dol personnel de la partie en faveur de qui le jugement a été rendu, qui donne lieu à la requête civile, comme il a été dit ci-dessus.

Le recouvrement des pièces décisives n'est pas seul suffisant pour donner ouverture à la requête civile et faire rétracter l'arrêt, comme nous le verrons *infrà*, art. 3.

C'est la suppression de ces pièces, faite par le dol de la partie, qui y donne lieu.

856. Lorsque c'est contre des mineurs, contre l'Eglise ou contre des communautés que l'arrêt a été rendu, outre les cas qu'on vient de rapporter, il y a encore un autre cas qui donne ouverture à la requête civile ; savoir, *s'ils n'ont été défendus, ou s'ils ne l'ont été valablement;* art. 35 (2).

Ces termes doivent s'interpréter par le projet de l'art. 36, qui se trouve dans le procès-verbal de l'ordonnance, p. 463.

Il y est dit : « Ce que dessus aura lieu à l'égard des ecclésiastiques, des communautés et des mineurs. Et outre, réputons encore à leur égard pour ouverture de requête civile, s'ils n'ont point été défendus ; c'est à savoir que les arrêts ou jugements en dernier ressort aient été donnés par défaut ou par forclusion, s'ils n'ont pas été valablement défendus, en cas que les principales défenses de fait ou de droit aient été omises, quoique ces arrêts ou jugements en dernier ressort aient été contradictoires, ou sur les productions des parties; en telle sorte néanmoins qu'il paraisse qu'ils n'ont point été défendus, ou non valablement défendus, et que le défaut des défenses omises ait donné lieu à ce qui a été jugé ».

Le procès-verbal porte que ce projet d'article fut trouvé bon.

D'où il suit que ce n'est que *brevitatis et compendii studio* qu'il a été retranché, et parce qu'on a cru que tout ce qu'il renferme était suffisamment renfermé sous la généralité de ces termes, *s'ils n'ont été défendus, ou non valablement défendus.*

Observez que l'Eglise est toujours présumée n'avoir pas été suffisamment défendue, lorsque l'affaire n'a pas été communiquée aux gens du roi : l'art. 34 en fait une cause de requête civile (3).

---

(1) *V.* art. 360, C. proc.

Art. 360 : « Si le désaveu est déclaré valable, le jugement, ou les dispositions du jugement relatives aux chefs qui ont donné lieu au désaveu, demeureront annulées et comme non avenues : le désavoué sera condamné, envers le demandeur et les autres parties, en tous dommages-intérêts, même puni d'interdiction, ou poursuivi extraordinairement, suivant la gravité du cas et la nature des circonstances. »

(2) *V.* art. 481, C. proc.

Art. 481 : « L'Etat, les communes, les établissements publics et les mineurs, seront encore reçus à se pourvoir (par requête civile), s'ils n'ont été défendus, ou s'ils ne l'ont été valablement. »

(3) *V.* art. 83 et 480, §8°, C. proc., ci-dessus, p. 455, note 1.

Art 83 : « Seront communiquées au procureur du roi les causes suivantes :—1° Celles qui concernent l'ordre public, l'Etat, le domaine, les

Source : BIU Cujas

Observez aussi que l'Eglise n'a ces droits que lorsqu'il s'agit du fonds de son domaine ; arrêt du 27 novembre 1703, rapporté par Augeard, t. 3. Lorsqu'il ne s'agit que des revenus, c'est plutôt la cause du bénéficier que ce n'est celle de l'Eglise.

857. La partie contre qui l'arrêt a été rendu, lorsqu'elle se trouve dans quelqu'un des cas ci-desssus rapportés, doit se pourvoir par requête civile devant la Cour qui a rendu l'arrêt, dans les six mois de la signification de l'arrêt qui lui en a été faite depuis sa majorité ; art. 5 (1).

Si la partie est morte dans ledit temps de six mois, ses héritiers ont un nouveau délai de six mois du jour d'une nouvelle signification qui leur sera faite ; et s'ils sont mineurs, le temps ne courra que du jour de la signification faite depuis leur majorité (2).

L'Eglise, les communautés, tant laïques qu'ecclésiastiques, et les particuliers absents du royaume pour cause publique, ont un an depuis la signification qui leur est faite de l'arrêt ; art. 7 (3).

Si le titulaire de bénéfice meurt dans ledit délai d'un an, le successeur, autrement que par résignation, a un nouveau délai d'un an, du jour d'une nouvelle signification de l'arrêt qui doit lui être faite ; art. 9.

A l'égard du résignataire, il n'a, pour se pourvoir par requête civile contre l'arrêt rendu contre son résignant, que le temps qui restait à son résignant ; et il n'est pas nécessaire de lui faire une nouvelle signification ; il est présumé avoir été instruit par son résignant.

858. Lorsqu'on se pourvoit pour cause de jugement rendu sur pièces fausses, ou pour causes de pièces nouvellement découvertes, le délai de six mois ou d'un an ne court que depuis la découverte, *pourvu*, dit l'ordonnance, art. 12, *qu'il y ait preuves par écrit, et non autrement* (4).

« communes, les établissements pu-
« blics, les dons et legs au profit des
« pauvres ;—2° Celles qui concernent
« l'état des personnes et les tutelles ;
« —3° Les déclinatoires sur incompé-
« tence ;—4° Les règlements de juges,
« les récusations et renvois pour pa-
« renté et alliance ; — 5° Les prises à
« partie ;—6° Les causes des femmes
« non autorisées par leurs maris, ou
« même autorisées, lorsqu'il s'agit de
« leur dot, et qu'elles sont mariées
« sous le régime dotal ; les causes des
« mineurs, et généralement toutes
« celles où l'une des parties est défen-
« due par un curateur ;—7° Les causes
« concernant ou intéressant les per-
« sonnes présumées absentes. — Le
« procureur du roi pourra néanmoins
« prendre communication de toutes les
« autres causes dans lesquelles il croira
« son ministère nécessaire ; le tribunal
« pourra même l'ordonner d'office. »

(1) *V.* art. 483, C. proc.

Art. 483 : « La requête civile sera
« signifiée avec assignation, dans les
« trois mois, à l'égard des majeurs, du
« jour de la signification à personne
« ou domicile, du jugement attaqué. »

(2) *V.* art. 487, C. proc.

Art. 487 : « Si la partie condamnée
« est décédée dans les délais ci-dessus
« fixés pour se pourvoir, ce qui en
« restera à courir ne commencera,
« contre la succession, que dans les
« délais et de la manière prescrits en
« l'art. 447, *V.* ci-après, p. 461,
« note 3. »

(3) *V.* art. 486, C. proc.

Art. 486 : « Ceux qui demeurent
« hors de la France continentale, au-
« ront, outre le délai de trois mois de-
« puis la signification du jugement, le
« délai des ajournements réglé par
« l'art. 73 (qui varie de deux mois à un
« an, suivant les distances). »

(4) *V.* art. 488, C. proc.

Art. 488 : « Lorsque les ouvertures
« de requête civile seront le faux, le
« dol, ou la découverte de pièces nou-
« velles, les délais ne courront que du
« jour où, soit le faux, soit le dol, au-
« ront été reconnus, ou les pièces dé-
« couvertes ; pourvu que, dans ces
« deux derniers cas, il y ait preuve par
« écrit du jour, et non autrement. »

Source : BIU Cujas

Il ne me suffira donc pas, pour être reçu dans ma requête civile après le délai ordinaire de six mois, de dire que je n'ai découvert la pièce ou la fausseté de la pièce que depuis peu; il faut que j'aie une preuve par écrit du temps de la découverte.

Par exemple, si, après plusieurs années, la partie au profit de qui l'arrêt a été rendu contre moi vient à mourir, et qu'il paraisse par l'inventaire fait, après sa mort, des papiers trouvés sous les scellés, que la pièce décisive du procès, qu'il avait supprimée, a été trouvée parmi ces papiers; cet inventaire est une preuve par écrit, que la découverte de cette pièce s'est faite au temps de l'inventaire.

Pareillement, si la partie au profit de qui l'arrêt a été rendu contre moi sur une pièce fausse, produit après plusieurs années, dans un autre procès, contre une autre personne, la même pièce, et que, dans le cours de cette instance elle soit attaquée de faux, le jugement qui l'aura déclarée fausse sera une preuve du temps de la découverte de cette fausseté.

859. Les causes pour lesquelles on peut se pourvoir par requête contre les jugements présidiaux rendus en dernier ressort, sont les mêmes que celles pour lesquelles on peut se pourvoir par requête civile contre les arrêts.

A l'égard du temps dans lequel on doit se pourvoir, il n'y a d'autre différence, sinon qu'au lieu que le temps de se pourvoir contre les arrêts est de six mois à l'égard des particuliers, et d'un an à l'égard de l'église, des communautés et des absents *rei publicæ causâ;* celui pour se pourvoir contre les jugements présidiaux n'est que de trois mois à l'égard des particuliers, et de six mois à l'égard de l'église, des communautés et desdits absents (1).

§ II. — *Second cas.* — *Des jugements dont l'appel n'est plus recevable.*

860. L'ordonnance rapporte, en second lieu, parmi les jugements qui ont la force de *chose jugée*, et qui forment en conséquence la présomption *juris et de jure*, dont nous traitons, ceux dont l'appel n'est plus recevable.

Elle rapporte deux choses pour lesquelles il ne l'est plus : la première est lorsque les parties contre qui les jugements ont été rendus, y ont *formellement* acquiescé.

L'ordonnance par ce terme, *formellement*, n'entend pas qu'il soit nécessaire que la partie, pour être exclue de l'appel, ait acquiescé au jugement en termes exprès, et ait passé un acte d'acquiescement; elle a seulement voulu dire qu'il fallait que son acquiescement ne fût point équivoque.

C'est pourquoi si, pour le paiement de la somme à laquelle elle a été condamnée, elle a requis terme, soit lors du jugement, soit depuis, il n'est pas douteux qu'elle n'est plus recevable à appeler, la réquisition d'un terme étant une marque non équivoque de son acquiescement au jugement : *Ad solutionem dilationem petentem acquievisse sententiæ manifestè probatur ;* L. Cod. *de Re judic.*

A plus forte raison doit-elle être censée avoir acquiescé lorsqu'elle est entrée en paiement, soit de la somme portée par la condamnation, soit des dépens auxquels elle a été condamnée (2), à moins que dans les cas auxquels la sentence est exécutoire par provision (3), elle n'ait payé en vertu de contrainte,

---

(1) Le délai est aujourd'hui le même dans tous les cas. *V.* art. 483, ci-dessus, p. 458, note 1, et 484, C. proc.

Art. 484 : « Le délai de trois mois « ne courra contre les mineurs que « du jour de la signification du jugement, faite, depuis leur majorité, à « personne ou domicile. »

(2) *V.* art. 137, C. proc.

Art. 137 : « L'exécution provisoire « ne pourra être ordonnée pour les « dépens, quand même ils seraient « adjugés pour tenir lieu de dommages et intérêts. »

(3) *V.* art. 135, C. proc.

Art. 135 : « L'exécution provisoire

Source : BIU Cujas

en protestant qu'elle ne payait qu'en vertu de contrainte, sans préjudice à l'appel par elle interjeté, ou qu'elle comptait interjeter.

Lorsque la partie qui a acquiescé à la sentence est dans le cas de pouvoir se faire restituer contre son acquiescement, soit pour cause de minorité, soit pour cause de dol, ou pour quelque autre cause, l'autorité de *chose jugée* que le jugement avait acquise par l'acquiescement à la sentence, n'est pas stable et perpétuelle; elle sera détruite lorsque la partie aura été restituée contre son acquiescement.

961. La seconde cause pour laquelle l'appel n'est plus recevable, c'est lorsque la partie contre qui le jugement a été rendu a laissé passer le temps dans lequel l'appel devait être interjeté.

Les principes de notre droit sont bien différents sur ce temps, de ceux du droit romain.

Par le droit romain, la partie qui se croyait lésée par la sentence, pouvait, le jour même qu'elle avait été rendue, en appeler de vive voix *apud acta*, c'est-à-dire, au greffe ou sur le barreau : *Si apud acta quis appellaverit, satis crit si dicat*, APPELLO ; L. 2, ff. *de Appell.*

L'appel étant une voie autorisée par les lois, les magistrats romains ne s'offensaient pas que la partie qui refusait d'acquiescer à leur jugement, en interjetât appel en leur présence, pourvu qu'elle le fît d'une manière respectueuse, sans proférer aucuns termes injurieux contre le juge ou contre la sentence; L. 8, ff. *de Appell.*

Lorsque la partie n'avait pas appelé le jour que la sentence avait été rendue, l'appel devait être interjeté par une requête que l'appelant présentait au juge qui avait rendu la sentence.

Cette requête devait contenir les noms de l'appelant et de la partie contre qui on appelait, la sentence dont on appelait, et les griefs contre cette sentence.

Elle tendait à ce qu'il plût au juge de faire expédier les lettres qu'on appelait *apostoli*, par lesquelles il renvoyait la cause devant le juge d'appel.

La partie n'avait, pour interjeter cet appel, que deux jours depuis la sentence, lorsqu'elle avait été partie en son nom ; ou trois jours, lorsqu'elle n'avait été partie qu'en nom qualifié de procureur, tuteur, curateur ou administrateur; L. 5, § 5, ff. *de Opp.*; L. 1, § 11, 12, 13, ff. *Quand. app.*

Ces jours étaient *utiles* ; c'est-à-dire qu'on ne comptait pas les jours auxquels le juge n'avait pas donné audience publique ; *eâd.* L. 1, § 7 et § 9.

Justinien, par sa Novelle 23, cap. 1, a augmenté ce temps ; il accorde, pour interjeter appel, un délai de dix jours, du jour de la prononciation de la sentence.

Ces principes du droit romain, quoique bien opposés aux nôtres, paraissent bien sages, et bien propres à conserver, en abrégeant les procès, la tranquillité des citoyens.

Le roi de Prusse les a adoptés dans son Code ; il n'accorde, pour appeler des sentences, que le délai de dix jours porté par la Novelle.

« sans caution sera ordonnée, s'il y a « titre authentique, promesse reconnue, ou condamnation précédente « par jugement dont il n'y ait point « d'appel. — L'exécution provisoire « pourra être ordonnée, avec ou sans « caution, lorsqu'il s'agira : — 1° D'apposition et levée de scellés, ou confection d'inventaire ;—2° de réparations urgentes ;—3° D'expulsion des « lieux, lorsqu'il n'y a pas de bail, ou « que le bail est expiré ; — 4° De séquestres, commissaires et gardiens ; « —5° De réception de cautions et certificateurs ; — 6° De nomination de « tuteurs, curateurs, et autres administrateurs, et de reddition de compte ; « —7° De pensions ou provisions alimentaires. » *V.* t. 10, le *Traité sur la Procédure*, et les notes.

Source : BIU Cujas

La partie lésée par une sentence ne souffre aucun préjudice de ce court délai : dès le commencement que la cause a été portée devant le premier juge, cette partie a pu prévoir qu'elle pourrait perdre sa cause; et pendant tout le temps qu'a duré le procès, elle a eu le temps de délibérer sur le parti qu'elle aurait à prendre, dans le cas où elle perdrait son procès.

862. Suivant les principes de notre droit français, la partie qui se croit lésée par une sentence, lorsqu'elle n'a fait aucun acte d'acquiescement à cette sentence, et qu'elle n'a pas été sommée d'en interjeter appel, a le temps de dix ans entiers pour en interjeter appel, lequel temps ne commence à courir que du jour de la signification de la sentence (1); ordonnance de 1667, tit. 27, art. 17.

On accorde le double du temps, c'est-à-dire, le temps de vingt ans, à l'Eglise, aux hôpitaux, colléges, universités et maladreries, pour interjeter appel des sentences qu'ils prétendent leur faire grief par rapport à quelqu'un de leurs domaines (2); et ce temps court pareillement du jour de la signification de la sentence; *ibidem.*

Quelque longs que soient ces délais, j'ai ouï dire à des praticiens que cette disposition de l'ordonnance n'était pas toujours observée au Parlement de Paris, et qu'on y recevait des appels après le temps de ces délais expiré.

La partie au profit de qui la sentence a été rendue peut abréger les délais, en faisant une sommation juridique à la partie au profit de qui la sentence a été rendue, d'en interjeter appel, si bon lui semble : mais cette sommation ne peut être faite qu'au bout de trois ans, du jour de la signification de la sentence, si ce sont des particuliers contre qui la sentence a été rendue; et au bout de six ans, si c'est contre l'Eglise, hôpitaux, colléges, universités et maladreries, pour raison de quelques-uns de leurs domaines; Ordonnance de 1667, *eod. tit.*, art. 12.

L'effet de cette sommation est que la partie à qui elle a été faite, n'a plus pour appeler que six mois depuis la sommation; art. 12.

Si, avant l'expiration de ces délais de trois ans ou de six ans, ou de celui de six mois, la partie contre qui la sentence a été rendue décède (3); ou, lorsque c'est un bénéficier, s'il résigne son bénéfice; son héritier ou légataire universel, ou successeur tranquille au bénéfice, doit encore avoir une année de délai pour interjeter appel, outre tout le temps qui restait du délai qu'avait celui auquel il a succédé; et il faut, au bout de ce nouveau délai d'un an,

---

(1) *V.* art. 443, C. proc.

Art. 443 : « Le délai pour interjeter « appel sera de trois mois : il courra, « pour les jugements contradictoires, « du jour de la signification à personne « ou domicile; — Pour les jugements « par défaut, du jour où l'opposition « ne sera plus recevable. — L'intimé « pourra néanmoins interjeter inci- « demment appel en tout état de cause, « quand même il aurait signifié le ju- « gement sans protestation. »

(2) *V.* art. 444, C. proc.

Art. 444 : « Ces délais emporteront « déchéance : ils courront contre toutes « parties, sauf le recours contre qui « de droit; mais ils ne courront contre « le mineur non émancipé, que du jour « où le jugement aura été signifié tant « au tuteur qu'au subrogé tuteur, en- « core que ce dernier n'ait pas été en « cause. »

(3) *V.* art. 447, C. proc.

Art. 447 : « Les délais de l'appel « seront suspendus par la mort de la « partie condamnée.— Ils ne repren- « dront leur cours qu'après la signifi- « cation du jugement faite au domicile « du défunt, avec les formalités pre- « scrites en l'art. 61 (dans la forme « des ajournements), et à compter de « l'expiration des délais pour faire in- « ventaire et délibérer, si le jugement « a été signifié avant que ces derniers « délais fussent expirés.—Cette signi- « fication pourra être faite aux héri- « tiers collectivement, et sans dési- « gnation des noms et qualités. »

Source : BIU Cujas

lui faire une sommation, quand même on en aurait déjà fait une au défunt ou au prédécesseur; et du jour de cette sommation, l'héritier ou successeur n'aura plus que six mois pour être reçu à appeler, art. 12, 13, 15.

Ces délais ne courent pas contre les mineurs (1) (art. 16); mais ils courent contre les absents hors du royaume, même pour le service du roi.

§ III. — TROISIÈME CAS. — *Des jugements dont l'appel a été déclaré péri.*

863. L'ordonnance rapporte, en troisième lieu, entre les jugements qui ont la force de *chose jugée*, ceux dont l'appel a été déclaré péri.

L'appel est péri lorsque l'instance d'appel est tombée en péremption, par une discontinuation de procédure pendant trois ans, et qu'il est intervenu un jugement qui a déclaré la péremption acquise (2).

Ce jugement, qui déclare acquise la péremption de l'instance d'appel, emporte la confirmation de la sentence dont on avait interjeté appel, et lui donne la force de *chose jugée;* l'appelant qui a laissé périmer l'instance d'appel n'étant plus recevable à appeler de nouveau.

Cela ne souffre pas de difficulté, lorsque le tribunal où était pendante l'instance d'appel est un tribunal de dernier ressort : il n'est pas douteux, en ce cas, que le jugement de ce tribunal, qui déclare acquise la péremption de l'instance d'appel, étant un jugement en dernier ressort, donne la force de *chose jugée* à la sentence dont était appel, qu'il a confirmée.

Lorsque le tribunal où l'instance d'appel était pendante n'est pas un tribunal de dernier ressort, la sentence de ce tribunal qui aura déclaré la péremption acquise, n'étant pas un jugement en dernier ressort, l'appelant contre qui elle a été rendue peut en appeler.

Mais sur cet appel, les juges ne doivent examiner que la question de savoir s'il y avait lieu à la péremption que le juge dont est appel a déclarée acquise; et s'il leur paraît qu'il y avait lieu, ils doivent, sans entrer en connaissance du fond, confirmer la sentence : si, au contraire, la péremption n'était pas acquise, en prononçant du mal-jugé de la sentence qui l'a déclarée acquise, ils renverront les parties à procéder au fond.

864. Les instances d'appel, quoique non contestées, peuvent tomber en péremption aussi bien que celles qui ont été contestées.

C'est l'exploit d'assignation devant le juge d'appel, pour procéder sur l'appel, qui introduit et forme l'instance d'appel, quand même il n'aurait été suivi d'aucune procédure, pas même de présentation, cet exploit seul est censé former une instance sujette à péremption, que la partie au profit de qui la sentence a été rendue, peut faire déclarer acquise au bout de trois ans depuis cet exploit.

C'est ce qui est porté par le règlement de la Cour du 28 mars 1692.

Lorsque l'assignation a été suivie de procédure, le temps de trois ans pour la péremption ne se compte que depuis la dernière procédure (3).

---

(1) *V.* art. 444, ci-dessus, p. 146, note 2, et 445, C. proc.

Art. 445 : « Ceux qui demeurent « hors de la France continentale, au- « ront, pour interjeter appel, outre le « délai de trois mois depuis la signifi- « cation du jugement, le délai des « ajournements réglé par l'art. 73 (qui « varie de deux mois à un an, suivant « les distances). »

(2) *V.* art. 469, C. proc.

Art. 469 : « La péremption en cause « d'appel aura l'effet de donner au ju- « gement dont est appel la force de « chose jugée. »

(3) *V.* art. 397, 398 et 399, C. proc.

Art. 397 : « Toute instance, encore « qu'il n'y ait pas eu constitution d'a- « voué, sera éteinte par discontinua- « tion de poursuites pendant trois ans. « — Ce délai sera augmenté de six « mois, dans tous les cas où il y aura

Source : BIU Cujas

Ce temps court même contre les mineurs, sauf leur recours contre leur tuteur.

Bouchel, en sa *Bibliothèque, verbo Peremption*, en rapporte plusieurs arrêts.

Ce temps peut être interrompu de plusieurs manières : par la mort ou le changement d'état de l'une des parties, par la mort de l'un des procureurs, etc.

Quoique ce temps soit accompli, la péremption de l'appel n'est pas acquise, jusqu'à ce qu'il soit intervenu un jugement qui l'ait déclarée acquise ; et si, depuis ce temps expiré, avant que le jugement soit intervenu, il a été fait quelque procédure de la part de la partie contre qui l'appel a été interjeté, et qu'elle n'ait pas désavoué son procureur, la péremption sera ouverte, et ne pourra plus être opposée qu'au bout d'un nouveau temps de trois ans de discontinuation de procédure.

ART. II.— Des jugements qui sont nuls, et qui ne peuvent en conséquence avoir l'autorité de chose jugée.

865. Il y a une grande différence entre un jugement nul et un jugement inique.

Un jugement nul est celui qui a été rendu contre la forme judiciaire, *sententia injusta* : un jugement est inique, *sententia iniqua*, lorsque le juge a mal jugé ; *putà*, en condamnant une partie à payer ce que, dans la vérité, elle ne devait pas, ou en la déchargeant de payer ce qu'elle devait.

Un jugement, quoique inique, lorsqu'il a été rendu selon la forme judiciaire, peut avoir l'autorité de *chose jugée*, lorsqu'il est dans quelqu'un des cas de l'article précédent ; et quelque inique qu'il soit, il est réputé équitable, sans que la preuve du contraire puisse être reçue.

Au contraire, un jugement nul qui a été rendu contre la forme judiciaire, ne peut avoir l'autorité de *chose jugée*, à moins que la nullité n'en ait été couverte.

Un jugement peut être nul, ou par rapport à ce qu'il contient, ou par rapport aux personnes entre lesquelles il a été rendu, ou par rapport au juge qui l'a rendu, ou par l'inobservation de quelque forme judiciaire.

§ Ier. *Des jugements qui sont nuls par rapport à ce qui y est contenu.*

866. Un jugement est nul, lorsque l'objet de la condamnation qu'il prononce est incertain : *Sententia debet esse certa.*

Par exemple, si un jugement était ainsi conçu : *Nous avons condamné le défendeur à payer au demandeur tout ce qu'il lui doit ;* il est évident qu'un tel jugement n'aurait pas l'autorité de *chose jugée*, et serait absolument nul ; car ce qui est dû au demandeur, n'étant expliqué ni par le jugement, ni par quelque acte auquel il se rapporte, le jugement ne contient rien de certain : c'est ce que décide la Loi 3, Cod. *de Sent. quæ sine certâ quant. Hæc sententia :* Omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve, *judicati actionem præstare non potest, quum ita demùm sine certâ quantitate facta condemnatio auctoritate rei judicatæ censeatur, si parte aliquâ actorum certa sit quantitas comprehensa.*

« lieu à demande en reprise d'instance, « ou constitution de nouvel avoué. »

Art. 398 : « La péremption courra « contre l'Etat, les établissements pu- « blics, et toutes personnes, même mi- « neures, sauf leur recours contre « les administrateurs et les tuteurs. »

Art. 399 : « La péremption n'aura « pas lieu de droit ; elle se couvrira « par les actes valables faits par l'une « ou l'autre des parties avant la de- « mande en péremption. »

Source : BIU Cujas

867. Il n'est pas néanmoins nécessaire que l'objet de la condamnation soit expliqué par le jugement; il suffit qu'il le soit par quelque acte auquel le jugement se rapporte.

Par exemple, un jugement qui condamne à payer les causes de la demande est valable, et peut avoir l'autorité de *chose jugée*, lorsque les causes de la demande sont expliquées par l'exploit de demande auquel se rapporte le jugement. *Quum Judex ait : Solve quod petitum est, valet sententia ;* L. 59, § 1, ff. *de Re judic.*

868. Il n'est pas nécessaire non plus que l'objet de la condamnation soit quelque chose de liquide; il suffit qu'il doive le devenir par la liquidation qui en sera faite par des experts : c'est pourquoi un jugement qui condamne le défendeur à des dommages et intérêts ou à une indemnité, ne laisse pas de pouvoir avoir l'autorité de *chose jugée*, quoique ces dommages et intérêts ou cette indemnité n'étant pas encore liquidés, l'objet de la condamnation ne soit pas encore quelque chose de liquide et de certain; car il doit le devenir par l'estimation qui en sera faite par des experts.

C'est ce que décide Alexandre Sévère : *Quamquàm pecuniæ quantitas sententiâ non contineatur, sententia tamen rata est, quoniam* INDEMNITATEM *rei publicæ præstari jussit;* L. 2, Cod. *de Sent. quæ sine cert. quant.*

869. 2° Un jugement est nul lorsque l'objet de la condamnation qu'il contient est quelque chose d'impossible. *Paulus respondit impossibile præceptum judicis nullius esse momenti;* L. 3, ff. *Quæ sent.— Idem respondit ab eâ sententiâ, cui pareri rerum naturâ non potuit, sine causâ appellari, eâd.* L. § 1.

870. 3° Un jugement est nul lorsqu'il prononce expressément contre les lois : *Si expressim sententia contra juris rigorem data sit... si* SPECIALITER, c'est-à-dire (expressément), *contra leges vel senatus-consultum, vel constitutiones fuerit prolata;* L. 19, ff, *de Appell.—Quum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur ;* L. 1, § 2, ff. *Quæ sent. sine appel.*

Observez que, pour que le jugement soit nul, il faut qu'il ait prononcé expressément contre la loi; il faut qu'il ait jugé que la loi ne devait pas être observée : mais s'il a seulement jugé que l'espèce qui était à juger, n'était pas dans le cas de la loi, quoiqu'elle y fût, ce jugement n'est pas censé impugner la loi; il n'est pas nul, il est seulement inique, et il ne peut, en conséquence, être réformé que par la voie ordinaire de l'appel. C'est ce que nous enseigne Callistrat : *Quum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat judex, eo quòd non existimat causam de quâ judicat per eas juvari, non videtur contra constitutiones sententiam dedisse, ideòque ab ejusmodi sententiâ appellandum est; alioquin rei judicatæ stabitur ;* L. 32, ff. *de Re jud.*

Observez aussi que les jugements qui prononçaient expressément contre les lois, étaient, chez les Romains, nuls de plein droit : chez nous, il faut se pourvoir contre ces jugements au conseil en cassation (1), lorsqu'il n'y a pas lieu à la voie ordinaire de l'appel.

871. 4° Un jugement est nul lorsqu'il contient des dispositions contraires, qui impliquent contradiction.

Par exemple, étant assigné pour délaisser par action de revendication un héritage que vous m'aviez vendu, je vous ai appelé en garantie : le jugement me donne congé de la demande, et vous condamne à me rendre le prix de l'héritage que je vous ai payé, et en mes dommages et intérêts.

---

(1) Loi du 1er déc. 1790 : « Art. 1er. « Il y aura un tribunal de cassation « établi auprès du Corps législatif.

« Art. 3. Il annulera toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. »

Source : BIU Cujas

Ces deux dispositions se contrarient; car il implique que j'aie congé de la demande, et que l'on condamne mon garant.

Cette contrariété, dans ce jugement, le rend nul : c'est pourquoi le demandeur qui a été, par ce jugement, renvoyé de sa demande, pourra, si c'est un jugement en dernier ressort, se pourvoir contre par la voie de la requête civile, sous prétexte que ce jugement se contredit, et contient une disposition contraire à celle dont il se plaint, qui a donné congé de sa demande.

S'il a laissé passer le temps de se pourvoir par la requête civile, le jugement acquerra contre lui la force de *chose jugée* : mais à l'égard de mon garant, je pense que, quoiqu'il ne se soit pas pourvu par la voie de la requête civile, je ne puis jamais être reçu à poursuivre contre lui l'exécution de ce jugement; parce que le congé qui y est donné de la demande donnée contre moi, réclame perpétuellement contre la condamnation de mon garant; et que la bonne foi ne permet pas que, retenant la chose, je demande qu'on m'en rende le prix.

872. 5° Un jugement est nul lorsqu'il a prononcé sur ce qui n'a pas été demandé, ou lorsqu'il a condamné une partie à plus qu'il ne lui avait été demandé (1); car le juge n'est établi juge que pour statuer sur les demandes qui sont portées devant lui, et ne peut par conséquent rendre de jugement que sur ce qui en fait l'objet. *Potestas judicis ultrà id quod in judicium deductum est nequaquàm potest excedere;* L. 18, ff. *Com. div.*

873. De même que le jugement est nul lorsqu'il condamne le défendeur à payer ce qui ne lui avait pas été demandé, il l'est pareillement lorsqu'il a donné congé d'une demande à laquelle le défendeur avait acquiescé; car, en l'un et en l'autre cas, il a jugé sur ce qui n'était pas l'objet d'une contestation soumise à son jugement.

L'ordonnance de 1667, tit. 35, art. 34, a compris l'un et l'autre cas, en disant « qu'il y a ouverture à la requête civile, s'il a été prononcé sur choses *non demandées* ou *non contestées*. »

874. Ces nullités tirées de ce que le juge a prononcé sur ce qui n'était pas soumis à son jugement, n'ont pas lieu de plein droit; elles doivent être opposées, ou par la voie ordinaire de l'appel, lorsque le jugement n'est pas un jugement de dernier ressort; sinon, par la voie de la requête civile; et lorsque la partie a laissé passer le temps sans se pourvoir contre le jugement, ces nullités sont couvertes.

§ II. *Des nullités des jugements qui se tirent des parties entre lesquelles ils ont été rendus.*

875. Un jugement, pour être valable, doit être rendu entre des parties capables d'ester en jugement, *quæ habent legitimam standi in judicio personam.*

Toutes les procédures faites par un incapable d'ester en jugement, ou contre lui, sont nulles de plein droit, aussi bien que les jugements qui seraient rendus sur ces procédures.

876. Les personnes qui ne sont pas capables d'ester en jugement, sont : 1° celles qui ont perdu l'état civil, soit par une condamnation à peine capitale, soit par la profession religieuse (2).

Néanmoins, les religieux sortis de leur cloître pour desservir un bénéfice, tels que sont les curés chanoines réguliers, sont réputés capables d'ester en

---

(1) Ce sont encore des causes de requête civile. *V.* §§ 3° et 4° de l'art. 480, C. proc., ci-dessus, p. 455, note 1.

(2) Nos lois nouvelles ne reconnaissant point les vœux, cette espèce de mort civile ne peut avoir lieu.

Source : BIU Cujas

jugement, tant en demandant qu'en défendant : car, quoique leur bénéfice ne les restitue pas à l'état civil, néanmoins, comme l'administration des biens et droits de leur bénéfice leur est accordée, aussi bien que celle de leur pécule, il est nécessaire qu'ils puissent ester en jugement pour ce qui concerne les biens et les droits de leurs bénéfices, et pour les actions qui naissent des obligations personnelles qu'ils ont contractées, ou qu'on a contractées envers eux.

377. Les mineurs qui sont sous puissance de tuteur, ne sont pas capables d'ester en jugement; les actions qui leur appartiennent ne peuvent être intentées que par leurs tuteurs en leur qualité de tuteurs; et les actions qu'on a contre eux ne doivent pas être intentées contre eux, mais contre leurs tuteurs en ladite qualité (1).

Lorsque le mineur n'a pas de tuteur, celui qui a une action à intenter contre lui, doit présenter requête au juge du domicile du mineur, « à ce qu'il lui soit permis de convoquer les parents du mineur, pour lui être pourvu d'un tuteur, » contre lequel, après qu'il aura été nommé, il intentera son action (2).

Lorsque les mineurs sont émancipés, ils peuvent ester eux-mêmes en jugement; mais ils ne le peuvent qu'avec l'assistance d'un curateur, qui leur est à cet effet nommé par le juge, et qui doit être en cause avec eux (3).

378. Les femmes qui sont sous puissance de mari, ne peuvent, en pays coutumier, ester en jugement, soit en demandant, soit en défendant, sans être autorisées par leur mari, ou, à son refus, par justice.

C'est pourquoi il ne suffit pas à ceux qui ont quelque action à intenter contre une femme mariée, de l'assigner, il faut qu'ils assignent son mari avec elle (4).

Au reste, une femme est censée suffisamment autorisée de son mari, lorsque son mari est en cause avec elle : et en cela les actes judiciaires sont différents des extrajudiciaires : car, pour qu'une femme mariée contracte valablement hors de justice, il ne suffit pas que son mari soit partie avec elle au contrat; il faut qu'il soit dit en termes exprès qu'*il l'autorise* (5), comme nous le verrons en traitant *de la puissance maritale*, à la fin du *Traité du contrat de Mariage*.

---

(1) Le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils.

(2) *V.* art. 406, C. civ.

Art. 406 : « Ce conseil (de famille) « sera convoqué soit sur la réquisition « et à la diligence des parents du mi- « neur, de ses créanciers ou d'autres « parties intéressées, soit même d'of- « fice et à la poursuite du juge de paix « du domicile du mineur. Toute per- « sonne pourra dénoncer à ce juge de « paix le fait qui donnera lieu à la no- « mination d'un tuteur. »

(3) *V.* art. 482, C. civ.

Art. 482 : « Il (le mineur éman- « cipé) ne pourra intenter une action « immobilière, ni y défendre, même « recevoir et donner décharge d'un « capital mobilier, sans l'assistance « de son curateur, qui, au dernier « cas, surveillera l'emploi du capital « reçu. »

(4) *V.* art. 215 et 216, C. civ.

Art. 215 : « La femme ne peut ester « en jugement sans l'autorisation de « son mari, quand même elle serait « marchande publique, ou non com- « mune, ou séparée de biens. »

Art. 216 : « L'autorisation du mari « n'est pas nécessaire lorsque la femme « est poursuivie en matière criminelle « ou de police. »

(5) Il en est autrement aujourd'hui. *V.* art. 217, C. civ.

Art. 217 : « La femme, même non « commune ou séparée de biens, ne « peut donner, aliéner, hypothéquer, « acquérir, à titre gratuit ou onéreux, « sans le concours du mari dans l'acte, « ou son consentement par écrit. »

Source : BIU Cujas

Cette règle, « qu'une femme mariée ne peut ester en jugement sans être autorisée, » reçoit quelques exceptions.

Notre coutume d'Orléans, art. 200, lui permet d'intenter sans son mari les actions pour raison des injures qu'elle prétend lui avoir été faites, et de défendre à celles pour raison des injures qu'on prétend qu'elle a faites (1).

879. Il nous reste à observer, à l'égard de toutes les personnes qui sont incapables d'ester en jugement, que cette incapacité n'empêche pas de pouvoir former une accusation contre elles, lorsqu'elles ont commis quelque crime, et elles peuvent défendre à l'accusation.

880. De ce principe « que pour qu'un jugement soit valable, les parties doivent être capables d'ester en jugement, » on avait tiré, dans le droit romain, cette conséquence, que le jugement rendu contre une partie qui était morte avant le jugement, était nul; car, pour être capable d'ester en jugement, il faut être : lorsqu'on n'est plus au monde, on ne peut plus avoir aucune capacité.

C'est sur ce fondement que Paul dit : *Eum qui in rebus humanis non fuit sententiæ datæ tempore, inefficaciter condemnatum videri;* L. 1, ff. *Quæ sent. sine app.*

Dans notre droit français, lorsque la mort de l'une des parties n'arrive que lorsque le procès est en état d'être jugé, c'est-à-dire, lorsqu'il ne reste plus aucune procédure à faire, ni aucune plaidoirie à entendre, la mort de la partie n'empêche pas le juge de rendre le jugement, qui est aussi valable que s'il eût été rendu dès son vivant.

C'est la disposition de l'art. 1 du tit. 26 de l'ordonnance de 1667.

L'ordonnance a négligé en cela la subtilité du droit, pour éviter les longueurs et les frais superflus qu'aurait, en ce cas, causés une reprise d'instance (2).

Lorsqu'une partie décède dans le cours de l'instruction, et que le procureur a notifié la mort par un acte signifié au procureur de l'autre partie, ce qui s'appelle *un exoine de mort,* l'autre ne peut plus, dès lors, faire aucunes procédures, et il ne peut être rendu aucun jugement, jusqu'à ce que l'instance ait été reprise par les héritiers ou autres successeurs du défunt; ou qu'ayant été assignés pour la reprendre, il ait été rendu un jugement qui ordonne qu'elle demeurera pour reprise : les procédures qui auraient été faites depuis l'exoine de mort jusqu'à la reprise d'instance, ainsi que les jugements qui auraient été rendus, sont nuls de plein droit; *eod. tit.*, art. 1 et 2 (3).

---

(1) Le Code n'admet qu'une exception : « Lorsque la femme *est poursuivie* en matière correctionnelle ou « de police. »

(2) *V.* art. 342 et 343, C. proc.

Art. 342 : « Le jugement de l'affaire « qui sera en état, ne sera différé, ni « par le changement d'état des parties, « ni par la cessation des fonctions dans « lesquelles elles procédaient, ni par « leur mort, ni par les décès, démissions, interdictions ou destitutions « de leurs avoués. »

Art. 343 : « L'affaire sera en état, « lorsque la plaidoirie sera commencée; la plaidoirie sera réputée commencée, quand les conclusions auront été contradictoirement prises à « l'audience. — Dans les affaires qui « s'instruisent par écrit, la cause sera « en état quand l'instruction sera complète, ou quand les délais pour les « productions et réponses seront expirés. »

(3) *V.* art. 344, C. proc.

Art. 344 : « Dans les affaires qui ne « seront pas en état, toutes procédures « faites postérieurement à la notification de la mort de l'une des parties « seront nulles : il ne sera pas besoin « de signifier les décès, démissions, « interdictions ni destitutions des « avoués; les poursuites faites et les « jugements obtenus depuis seront « nuls, s'il n'y a constitution de nouvel avoué. »

Source : BIU Cujas

Tant que le décès n'est pas signifié, les procédures faites par l'autre partie, quoique depuis le décès, sont valables (art. 3); et il en est de même des jugements qu'elle obtiendrait.

881. C'est aussi une nullité dans un jugement qui procède de la part de la partie avec laquelle il a été rendu, lorsqu'elle a procédé pour un autre, sans avoir qualité pour agir ou défendre pour lui.

Par exemple, si, dans notre coutume d'Orléans, qui entre non nobles fait perdre à la femme qui se remarie la tutelle de ses enfants, et ne la fait pas passer au second mari, ce second mari, par une erreur dont j'ai vu des exemples, forme une demande pour lesdits enfants en la qualité de leur vitric, ou y défend, le jugement rendu sur cette demande sera nul par le défaut de qualité dans laquelle ce vitric aura procédé.

Par la même raison, si un mari, qui peut seul et sans sa femme intenter les actions mobilières de sa femme, et y défendre, croyant par erreur qu'il en est de même de celles qui concernent le fonds et la propriété des immeubles de sa femme, a, sans sa femme, en sa qualité de mari, intenté lesdites actions, ou y a défendu, le jugement rendu avec lui dans cette qualité sera nul.

Par la même raison, si un tuteur, après le temps de sa tutelle fini, continuait de procéder pour ses minenrs devenus majeurs, la procédure, et les jugements rendus sur cette procédure, seraient nuls par le défaut de qualité.

Mais si, par le compte qu'il a rendu à son mineur, il lui a tenu compte de ce que lui devaient ses débiteurs, il peut en son propre nom, comme ayant les droits cédés de son mineur, poursuivre lesdits débiteurs.

882. Lorsque j'ai donné une procuration spéciale à quelqu'un afin qu'il donnât pour moi une demande, la demande doit être donnée en mon nom; ce serait une mauvaise procédure si elle était donnée au nom de ce procureur, et en la qualité de procureur fondé de ma procuration : de là cette maxime, qu'*il n'y a que le roi en France qui plaide par procureur.*

§ III. *Des jugements qui sont nuls de la part des juges qui les ont rendus, ou par l'inobservation des formalités judiciaires.*

883. Un jugement peut être nul de la part du juge qui l'a rendu, lorsqu'il était sans caractère, comme s'il n'avait pas été reçu dans son office, s'il était interdit, s'il était incompétent.

Observez que la nullité qui résulte de ces défauts n'a pas lieu de plein droit: il faut se pourvoir par la voie d'appel devant le juge supérieur, pour la faire prononcer.

884. L'inobservation de quelque formalité rend aussi le jugement nul; comme lorsqu'on a rendu à l'audience un jugement par défaut contre un défaillant qui ne s'est pas présenté, et n'a pas constitué procureur, avant qu'il ait été pris un défaut au greffe des présentations, ou avant l'expiration des délais (1).

On peut apporter une infinité d'autres exemples.

Ces nullités n'ont pas lieu de plein droit; il faut se pourvoir par la voie d'appel ou d'opposition; et lorsque c'est un arrêt ou jugement en dernier ressort, par la voie de la requête civile ou de la requête présidiale; cette espèce

---

(1) *V.* art. 150 et 151, C. proc.

Art. 150 : « Le défaut sera prononcé « à l'audience, sur l'appel de la cause; « et les conclusions de la partie qui « le requièrent, seront adjugées, si el- « les se trouvent justes et bien véri- « fiées : pourront néanmoins les juges « faire mettre les pièces sur le bureau, « pour prononcer le jugement à l'au- « dience suivante. »

Art. 151 : « Lorsque plusieurs par- « ties auront été citées pour le même « objet à différents délais, il ne sera « pris défaut contre aucune d'elles « qu'après l'échéance du plus long dé- « lai. »

Source : BIU Cujas

de nullité étant une des causes qui y donnent ouverture, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 855.

ART. III. — Quelle est l'autorité de la chose jugée.

885. *L'autorité de la chose jugée* fait présumer vrai et équitable tout ce qui est contenu dans le jugement; et cette présomption étant *juris et de jure*, exclut toute preuve du contraire (1) : *Res judicata pro veritate accipitur;* L. 207, ff. *de Reg. jur.*

Par exemple, la partie qui a été condamnée à payer quelque chose, est présumée la devoir effectivement.

Celui au profit de qui le jugement a été rendu, peut, en conséquence, après le lui avoir signifié, la contraindre à la payer, par la saisie et vente de ses meubles et immeubles, sans qu'elle puisse être écoutée à offrir de faire la preuve qu'elle ne la doit pas.

Vice versâ, lorsque le jugement a donné congé ou mis hors de cour sur la demande d'une partie, les choses qu'elle avait demandées par cette demande sont tellement présumées ne lui être pas dues, qu'elle ne peut plus désormais être reçue à les demander; il naît du jugement une exception qu'on appelle *exceptio rei judicatæ, qui la rend non recevable.*

886. L'autorité de la *chose jugée* ne permettant pas la preuve du contraire de ce qui a été jugé, la partie contre qui le jugement a été rendu, n'est pas écoutée à offrir de justifier que le juge est tombé dans quelque erreur, même de simple calcul : *Res judicatæ si sub pretextu computationis instaurentur, nullus erit litium finis;* L. 2, Cod. *de Re jud.*

Néanmoins si l'erreur de calcul se rencontrait dans le jugement même, cette erreur se reformerait; *putà*, si le jugement portait : « Nous avons déclaré Jacques débiteur envers Pierre d'une somme de 50 livres pour telle « cause; plus, d'une somme de 25 livres pour telle autre cause; lesdites sommes faisant ensemble la somme de 100 livres, que nous avons condamné « Jacques de payer à Pierre; » l'erreur de calcul se trouvant, en ce cas, dans le jugement, se réformerait d'elle-même, et Pierre ne pourrait pas exiger la somme de 100 livres, mais seulement celle de 75; L. 1, § 1, ff. *Quæ sent. sine appell* (2).

887. L'autorité de la *chose jugée* exclut tellement la preuve du contraire, que la partie contre qui le jugement a été rendu, n'y est pas reçue, quand même elle rapporterait des pièces décisives qu'elle n'aurait recouvrées que depuis le jugement : *Sub specie novorum instrumentorum posteà repertorum res judicatas restaurari exemplo grave est;* L. 4, Cod. *de Re jud.*

Ce principe « que les choses jugées ne peuvent être rétractées pour cause de pièces décisives recouvrées depuis le jugement, » recevait par le droit romain une exception, dans le cas auquel le jugement avait été rendu dans une cause douteuse, pour la décision de laquelle le juge avait déféré le serment supplétoire à la partie en faveur de qui il avait été rendu.

Dans ce cas, la partie qui avait succombé pouvait, pour cause de pièces déci-

---

(1) Lorsque tous les moyens de rétractation et de réformation d'un jugement sont épuisés, la loi n'admet plus la preuve contre la décision du juge : on ne doit voir que l'expression de la vérité dans un jugement qui a la force de chose jugée : cette présomption de *bien jugé* se rattache à des considérations d'ordre général, d'intérêt social : *status enim reipublicæ maximè judicatis rebus continetur. Cicero pro L. Sylla*, n° 22.

(2) *V.* art. 541, C. proc., qui renferme un principe général.

Art. 541 : « Il ne sera procédé à la « révision d'aucun compte, sauf aux « parties, s'il y a erreurs, omissions, « faux ou doubles emplois, à en former « leurs demandes devant les mêmes « juges. »

Source : BIU Cujas

sives recouvrées depuis, être restituée contre le jugement ; L. 31, ff. *de Jurejur.*

Cette exception au principe ne doit pas avoir lieu dans notre droit français; car l'ordonnance de 1667, tit. 35, art. 34, n'admettant la partie contre qui l'arrêt ou jugement en dernier ressort a été rendu, à se pourvoir contre par requête civile, pour cause de pièces décisives recouvrées depuis, que dans le cas auquel il paraîtrait qu'elles ont été retenues par le fait de l'autre partie; c'est une conséquence qu'elle n'y peut être admise dans tous les autres cas (1).

ART. IV. — A l'égard de quelles choses a lieu l'autorité de la chose jugée.

888. L'*autorité de la chose jugée* n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement.

C'est pourquoi, pour que la partie qui a été renvoyée ou mise hors de Cour sur la demande qu'elle avait donnée contre moi, doive être exclue d'une nouvelle demande qu'elle a depuis donnée contre moi, par l'exception *rei judicatæ*, qui naît de l'autorité de la *chose jugée* qu'a le jugement qui m'a donné congé de sa demande, il faut que sa nouvelle demande ait le même objet qu'avait la première, dont le jugement m'a donné congé.

Il faut pour cela que trois choses concourent :

1° Il faut qu'elle demande la même chose qui avait été demandée par la première demande dont on m'a donné congé ;

2° Il faut que, par la nouvelle demande, elle demande cette chose pour la même cause pour laquelle elle l'avait demandée par la première ;

3° Il faut qu'elle la demande dans la même qualité, et qu'elle la demande contre moi dans la même qualité dans laquelle nous procédions sur la première (2).

Quum quæritur hæc exceptio (rei judicatæ) noceat necne ; inspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus ; et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum ; quæ nisi omnia concurrant, alia res est ; L. 12 ; L. 13 ; L. 14, ff. *de Except. rei jud.*

Au reste, lorsque ces trois choses concourent, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il n'importe que ce soit *eodem an diverso genere judicii*, que la question terminée par le jugement soit renouvelée.

§ I. *De ce qui est requis en premier lieu*, ut sit eadem res.

889. Ce principe « que, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il faut que la chose demandée soit la même chose qui avait été demandée par la première demande dont on a donné congé, » ne doit pas être entendu trop littéralement : IDEM CORPUS *in hâc exceptione non utique omni pristinâ qualitate servatâ, nullâ adjectione diminutioneve factâ, sed pinguiùs pro communi utilitate accipitur ;* L. 14, v° *Idem corpus*, ff. *de Except. rei jud.*

Par exemple, quoique le troupeau que je vous demande aujourd'hui, ne soit pas composé des mêmes bêtes dont il était composé lors de la première demande que j'en ai faite, et dont le jugement a donné congé, je n'en suis pas moins censé demander la même chose, et en conséquence non recevable en ma demande : *Si petiero gregem (et victus fuero), et vel aucto vel minuto numero gregis, iterùm eumdem gregem petam, obstabit mihi exceptio ;* L. 21, § 1, ff. *eod. tit.*

---

(1) *V.* art. 480, § 10, C. proc., ci-dessus, p. 455, note 1.

(2) *V.* art. 1351, C. civ.

Art. 1351 : « L'autorité de la chose « jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui « a fait l'objet du jugement. Il faut que « la chose demandée soit la même ; « que la demande soit fondée sur la « même cause ; que la demande soit « entre les mêmes parties, et formée « par elles et contre elles en la même « qualité. »

Source : BIU Cujas

890. Je suis pareillement censé demander la même chose, lorsque je demande quelque chose qui en faisait partie : *Sed et si speciale corpus ex grege petam, si adfuit in eo grege, peto obstaturam exceptionem ; ead.* L. 21 § 1.

C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Si quis quum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatæ nocet; nam pars in toto est ; eadem enim res accipitur, et si pars petatur ejus quod totum petitum est ; nec interest utrùm in corpore hoc quæratur, an in quantitate, vel in jure;* L. 7, ff. *de Except. rei jud.*

891. Je suis encore censé demander la même chose que j'avais demandée par ma première demande, dont le jugement a donné congé lorsque je demande une chose qui est provenue, et qui ne m'appartiendrait ou ne me serait due qu'autant que celle dont elle provient, et que j'ai demandée par ma première demande, m'aurait appartenu, ou m'aurait été due.

Par exemple, si, dans nos colonies, j'ai donné demande contre vous pour que vous fussiez tenu de me donner la négresse Catherine, que je prétendais avoir achetée de vous, et en avoir payé le prix, et que n'ayant pu justifier ce prétendu achat, il ait été donné congé de ma demande par un jugement en dernier ressort, je ne serai pas recevable à vous demander sur le même fondement, l'enfant dont elle est accouchée ; car cet enfant ne pouvant m'être dû qu'autant que la mère m'aurait été due, ce serait renouveler la question qui a été terminée par le jugement : *Si ancillam prægnantem petiero* (suppléez *et victus fuero*), *et post litem contestatam conceperit, et pepererit, mox partum ejus petam, utrum idem petere videor? Et quidem ita definiri potest, toties eamdem rem agi quoties apud judicem posteriorum id quæritur quod apud priorem quæsitum est : in his igitur ferè omnibus exceptio* (*rei judicatæ*) *nocet; eâd.* L. 7, § 1.

892. Par la même raison, si j'ai succombé dans la demande d'une somme principale, je ne dois pas être recevable à demander les intérêts de cette somme ; car ces intérêts ne peuvent m'être dus, si la somme principale ne m'est pas due.

Il n'en est pas de même dans le cas inverse : quoique j'aie succombé dans la demande des intérêts d'une somme, je ne laisse pas d'être reçu dans la demande de cette somme ; car, de ce que les intérêts n'en sont pas dus, il ne s'ensuit pas que la somme principale ne puisse m'être due : *Si in judicio actum sit usuræque solæ petitæ sint, non est verendum ne noceat exceptio rei judicatæ ;* L. 23, ff. *eod. tit.*

893. Si j'ai succombé dans la demande que j'ai donnée contre vous à l'égard d'un droit de passage pour les gens de pied, que je prétendais sur votre héritage, et que je donne demande contre vous pour un droit de passage pour les bêtes de somme que je prétends sur ledit héritage, dois-je être censé demander la même chose que ce que j'avais demandé par ma première demande dont on a donné congé, et pouvez-vous en conséquence m'opposer l'exception *rei judicatæ ?*

La raison de douter pour l'affirmative, est que le droit que je demande aujourd'hui paraît renfermer celui que j'ai demandé par ma première demande dont on a donné congé ; puisque quiconque a le droit de faire passer des bêtes de somme, a aussi le droit de faire passer des gens de pied ; et qu'ayant été jugé que je n'ai pas le droit de faire passer des gens de pied, il s'ensuit qu'à plus forte raison je n'ai pas celui de faire passer des bêtes de somme.

La raison de décider au contraire qu'il n'y a pas lieu à l'exception *rei judicatæ*, est que ces droits étant des espèces différentes de droits de servitudes, la demande qui a pour objet l'un de ces droits, a un objet différent de celui de la demande qui a pour objet l'autre espèce de droit de servitude : on ne peut donc pas dire que je demande la même chose que j'avais déjà demandée, ni par conséquent m'opposer l'exception *rei judicatæ.*

Source : BIU Cujas

Quant à ce qu'on oppose, « qu'ayant été jugé que je n'avais pas le droit de faire passer des gens de pied, il a été jugé qu'à plus forte raison je n'avais pas celui d'y faire passer des bêtes de somme ; » je réponds qu'il a été jugé que je n'avais pas le droit de faire passer des gens de pied, ni a plus forte raison des bêtes de somme, en vertu du droit de simple passage pour les gens de pied, qu'on a jugé ne me pas appartenir ; mais de ce que je n'ai pas le droit de simple passage pour les gens de pied, il ne s'ensuit pas que je ne puisse avoir une autre espèce de servitude pour le passage des bêtes de somme, dont il ne s'agissait point lors de ma première demande, et que je demande aujourd'hui.

C'est ce que décide Ulpien : *Si quis iter petierit, deindè actum petat* (1), *puto fortiùs defendendum aliud videri tunc petitum, aliud nunc, et ideò exceptionem rei judicatæ cessare;* L. 11, § 6, ff. *eod. tit.*

Il faut décider autrement, lorsque le droit de servitude que je demande est la même espèce de servitude que j'avais prétendue par ma première demande, dont on a donné congé, quoique je la prétende plus considérable que je ne la prétendais alors.

Africain apporte cet exemple : *Egi tecum jus mihi esse ædes meas usque ad decem pedes altiùs tollere; post ago jus mihi esse usque ad viginti pedes altiùs tollere; exceptio rei judicatæ procul dubio obstabit : sed et si rursùs ita agam jus mihi esse ad alios decem pedes tollere, obstabit exceptio; quum aliter superior pars jure haberi non possit, quàm si inferior quoque jure habeatur* ; L. 26, ff. *eod. tit.*

§ II. *De ce qui est requis en second lieu,* ut sit eadem causa petendi.

894. Pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, il ne suffit pas que la chose que vous me demandez soit la même que vous m'aviez demandée par votre première demande, dont on m'a donné congé ; il faut que vous la demandiez pour la même cause pour laquelle vous l'aviez demandée ; *oportet ut sit eadem causa petendi* (2).

Il y a à cet égard une différence à observer entre les *actions personnelles* et les *actions réelles.*

Quoique j'aie succombé dans une action personnelle par laquelle je vous demandais une chose que je prétendais m'être due par vous, en vertu d'une certaine cause d'obligation, cela ne m'exclut pas de vous demander la même chose que je prétends m'être par vous due, en vertu d'une autre cause d'obligation.

Finge. J'ai fait un marché avec vous, par lequel nous sommes convenus que, pour un certain ouvrage que je devais faire pour vous, et que j'ai fait depuis, vous me donneriez la somme de 200 liv., ou votre cheval, à mon choix.

---

(1) *Iter* et *actus* étaient chez les Romains deux servitudes distinctes; *actus* renferme ordinairement *iter*, mais comme conséquence, c'est-à-dire autant que *iter* est nécessaire à l'exercice de *actus;* mais *actus* se conçoit distinctement sans *iter* : « *Qui iter* « *sine actu, vel* ACTUM SINE ITINERE « *habet, actione de servitute utetur.* « L. 4, § 1, ff. *Si servit vindicetur.* »

(2) On entend ici par *cause*, l'origine ou le principe générateur du droit réclamé ; ce qui doit être prouvé pour obtenir gain de cause : en effet, en statuant sur les droits qui résultent de telle cause spéciale et déterminée, le juge a laissé intacts les droits qui peuvent résulter d'une autre cause dont l'examen n'a pas été soumis à sa décision.

J'ai vendu un immeuble ; j'intente une action en nullité pour cause de dol, d'erreur ou de violence, je succombe ; je pourrai néanmoins intenter l'action en rescision du contrat pour cause de lésion, parce que c'est une cause entièrement différente et sur laquelle le juge n'a point statué.

Source : BIU Cujas

Depuis vous m'avez vendu votre cheval pour un certain prix : j'ai donné contre vous l'action *ex empto*, pour que vous fussiez condamné à me le livrer ; et n'ayant pu justifier la vente que vous m'en avez faite, il a été donné congé de ma demande par un jugement rendu en dernier ressort : cela ne m'exclut pas de vous demander le même cheval par l'action *præscriptis verbis*, qui naît du marché que nous avons fait ensemble pour l'ouvrage que j'ai fait pour vous.

Au contraire, dans les actions réelles, si j'ai revendiqué (1) une certaine chose que vous possédiez, et que je prétendais m'appartenir, le jugement qui a donné congé de ma demande, m'exclut de pouvoir former contre vous une nouvelle demande, par laquelle je vous contesterais de nouveau la propriété de cette chose, quand même je prétendrais justifier qu'elle m'appartient, par d'autres moyens que ceux que j'ai proposés lors de la première demande dans laquelle j'ai succombé.

La raison de différence est que la même chose peut m'être due en vertu de plusieurs différentes causes d'obligations ; et j'ai autant de créances différentes de cette chose, et autant d'actions différentes contre mon débiteur, qu'il y a de différentes causes d'obligations d'où elles naissent, lesquelles différentes actions renferment autant de questions différentes.

Le jugement qui a donné congé de ma demande sur l'une de ces actions, n'a rien statué sur les autres actions que je puis avoir, et sur les questions qu'elles renferment ; et il ne peut pas par conséquent m'exclure de les intenter.

Le jugement qui a jugé sur l'action *ex empto* que j'ai donnée contre vous, « que vous ne me deviez pas en vertu d'un contrat de vente la chose que je vous demandais », n'établit pas que vous ne me la devez pas en vertu d'un autre contrat, et ne m'exclut pas par conséquent de vous la demander par une autre action qui naît de cet autre contrat (2).

Il n'en est pas de même du droit de propriété. Si l'on peut avoir différentes créances d'une même chose, on ne peut au contraire avoir qu'un seul et même droit de propriété d'une même chose : c'est pourquoi, lorsque par un jugement qui vous a donné congé de ma demande en revendication d'une certaine chose, il a été jugé que la propriété de cette chose ne m'appartenait pas, je ne puis plus avoir d'autres actions contre vous pour réclamer cette propriété ; ce serait renouveler la même question qui a été terminée par le jugement : car cette question était uniquement de savoir si la chose m'appartenait ou non.

Il n'importe que j'aie omis de proposer quelque moyen par lequel je pouvais établir mon droit de propriété ; il suffit qu'il ait pu être proposé.

C'est ce que nous enseigne Paul : *Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt, quòd cùm eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas*

---

(1) D'une manière générale : *Non expressâ causâ meum esse dico.*

(2) « L'*action personnelle* est, par « sa nature, spéciale dans sa cause, « parce qu'en l'exerçant on ne de- « mande jamais que l'exécution de tel « ou tel engagement ; et comme il est « possible qu'une chose nous soit due « à plusieurs titres, par la même per- « sonne, l'une des actions ne doit pas « être absorbée par l'exercice de l'au- « tre : par l'*action réelle*, au con- « traire, on peut demander d'une ma- « nière générale, à être déclaré pro- « priétaire de l'héritage contesté, sans « provoquer restrictivement et par des « conclusions précises, la décision du « juge sur la validité ou le mérite de « tel ou tel titre en particulier. Alors « celui qui succombe ne peut plus reve- « nir sous prétexte de nouvelle cause, « parce que, en agissant sans en dé- « terminer aucune, il est censé les « avoir toutes comprises dans sa de- « mande, et que d'ailleurs la même « chose ne peut pas nous appartenir « doublement, comme elle peut nous « être due à plusieurs titres, quand elle « n'est que l'objet d'une action per- « sonnelle. »

Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 3, n° 1274.

Source : BIU Cujas

obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur : at quum in rem ago, non expressâ causâ ex quâ rem meam esse dico, omnes causæ unâ petitione apprehenduntur ; neque enim ampliùs quàm semel res mea esse potest, sæpiùs autem deberi potest ; L. 14, § 2, ff. *de Exc. Rei jud.*

De là cette règle de droit : *Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse ;* L. 159, ff. *de Reg. jur.*

895. Ce que nous venons de dire à l'égard de l'action réelle, n'a lieu que lorsqu'elle a été donnée d'une manière générale et sans restriction ; mais quant à la demande que j'ai donnée, si je l'avais restreinte à un certain moyen, par lequel je me prétendais propriétaire d'une chose, le jugement qui a jugé que je n'étais pas fondé dans ce moyen, ne m'exclurait pas de pouvoir revendiquer la même chose par les autres moyens sur lesquels je prétends pouvoir établir qu'elle m'appartient (1).

Par exemple, si, étant celui que la loi appelle *ab intestat* à la succession de mon parent, j'ai accusé de faux son testament, ou si je l'ai querellé d'inofficiosité, et revendiqué en conséquence l'hérédité contre l'héritier testamentaire qui en était en possession ; quoique j'aie succombé dans l'accusation de faux, ou dans la querelle d'inofficiosité, cela ne m'exclura pas de pouvoir former de nouveau la demande en pétition d'hérédité par d'autres moyens : *Etsi quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset, judicatæ rei præscriptio non obstaret, eamdem hæreditatem ex aliâ causâ vindicanti :* L. 3, Cod. *de Petit. hæred.* ; — *adde* L. 47, ff. *de Pet. hæred.*

896. Quelque générale qu'ait été ma première demande en revendication d'une chose, le jugement qui en a donné congé ne m'exclut pas de former de nouveau une demande en revendication, lorsque je prétends en être devenu propriétaire par un titre survenu depuis le jugement ; car ce jugement, en jugeant que je n'étais pas alors propriétaire de cette chose, n'établit pas que je n'aie pu en acquérir depuis la propriété.

La question qui doit faire l'objet de la nouvelle demande, qui est de savoir si le titre survenu depuis le jugement m'a fait acquérir la propriété de cette chose, est une question différente de celle qui a fait l'objet de la première : car c'est un principe, « qu'il n'y a lieu à l'exception *rei judicatæ*, que lorsqu'on renouvelle la même question qui a été terminée par le jugement rendu sur la première. »

§ III. *De la troisième chose requise*, ut sit eadem conditio personarum.

897. La troisième chose requise pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, est qu'il faut que celui qui me demande la même chose qu'il m'avait déjà demandée par une première demande, dont le jugement m'a donné congé, me forme cette nouvelle demande dans la même qualité dans laquelle il a donné la première ; et il faut pareillement qu'il donne cette demande contre moi dans la même qualité dans laquelle je procédais sur l'autre demande.

---

(1) On voit que Pothier, et les auteurs plus récents, n'on fait que paraphraser le texte de Paul en la loi 14, § 2, ff. *de Except. rei judicatæ*. Mais il sera rare, très rare, de voir un demandeur revendiquer une chose d'une manière générale et sans restriction, sans prendre des conclusions précises motivées sur telle cause. Le demandeur, pour détruire la présomption de propriété qui résulte de la possession de son adversaire, est obligé de prouver que la chose revendiquée lui appartient ; il faut donc qu'il allègue et qu'il prouve une cause d'acquisition.

Cette distinction du jurisconsulte romain nous paraît plus subtile que solide : dans tous les cas, elle est très peu utile en pratique.

Source : BIU Cujas

Par exemple, si, en ma seule qualité de tuteur d'un mineur, je vous ai demandé une certaine chose, le jugement qui vous en a donné congé, ne m'exclura pas de vous demander en mon nom la même chose, *et vice versâ* ; car, lorsque j'ai été partie sur la première demande en qualité de tuteur, je n'étais pas proprement partie, c'était mon mineur qui l'était par mon ministère.

La nouvelle demande que je donne en mon nom n'est donc pas *entre les mêmes parties*, et elle ne peut par conséquent être exclue par l'autorité de la chose jugée sur la première demande : car cette autorité ne peut avoir lieu qu'entre les mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu, comme nous le verrons en l'article suivant.

§ IV. *Qu'il n'importe que ce soit* eodem an diverso genere judicii.

898. Pourvu que les trois choses que nous avons expliquées dans les paragraphes précédents concourent, il n'importe, pour qu'il y ait lieu à l'exception *rei judicatæ*, que la question terminée par un jugement qui a l'autorité de *chose jugée*, soit renouvelée *eodem an diverso genere judicii*.

C'est ce que nous apprend le Jurisconsulte : *Generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur vel alio genere judicii ;* L. 7, § 4, ff. *de Except. rei judic.*

On peut apporter plusieurs exemples de ce principe.

Finge. Vous aviez intenté contre moi l'action *quantò minoris*, pour que je fusse condamné de vous faire une diminution sur le prix d'un certain cheval que je vous ai vendu, que vous disiez avoir un certain vice dont vous me prétendiez garant : on a jugé ou que le cheval n'avait pas ce vice, ou que c'était un vice dont le vendeur n'était pas garant ; et l'on m'a donné congé de votre demande.

Si depuis vous donnez contre moi l'action rédhibitoire pour raison du même cheval et du même vice, afin de me faire condamner à le reprendre (1), je pourrai vous opposer l'exception *rei judicatæ*, qui naît du jugement qui m'a donné congé de votre demande, quoique cette nouvelle demande que vous formez contre moi, soit une autre espèce d'action, et que vous preniez des conclusions différentes.

Les trois choses requises pour cette exception concourent : c'est le même cheval qui était l'objet de votre première demande sur laquelle le jugement a été rendu, qui fait l'objet de celle-ci ; c'est *eadem res ;* c'est aussi *eadem causa petendi :* car la question sur cette nouvelle demande est, comme sur la première, de savoir si je suis garant du vice dont vous vous plaignez ; et cette question se renouvelle *inter easdem personas*, ce qui suffit pour qu'il y ait lieu à l'exception.

La différence de l'action et des conclusions n'empêche pas que cette nou-

---

(1) L'art. 1644 du Code consacrait également ces deux actions : mais l'art. 2 de la loi du 29 mai 1838, a supprimé l'action en réduction de prix dans les ventes de trois espèces d'animaux, les espèces chevaline, bovine et ovine.

Art. 1644 : « Dans le cas des art. « 1641 et 1643, l'acheteur a le choix « de rendre la chose et de se faire res- « tituer le prix, ou de garder la chose « et de se faire rendre une partie du « prix, telle qu'elle sera arbitrée par « experts. »

Art. 1641 : « Le vendeur est tenu « de la garantie à raison des défauts « cachés de la chose vendue qui la « rendent impropre à l'usage auquel « on la destine, ou qui diminuent tel- « lement cet usage, que l'acheteur ne « l'aurait pas acquise, ou n'en aurait « donné qu'un moindre prix, s'il les « avait connus. »

Art. 1643 : « Il est tenu des vices « cachés, quand même il ne les aurait « pas connus, à moins que, dans ce « cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera ob- « ligé à aucune garantie. »

Source : BIU Cujas

velle demande n'ait le même objet que la première, et ne soit *eadem res : Cùm quis actionem mutat et experitur, dummodò de eâdem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur de eâdem re agere ;* L.5, ff. *eod. tit.*

ART. V. — Entre quelles personnes a lieu l'autorité de la chose jugée.

899. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties entre lesquelles le jugement a été rendu : elle ne donne aucun droit, ni à des tiers, ni contre des tiers étrangers (1) : *Res inter alios judicatæ neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque præjudicium solent irrogare ;* L. 2, Cod. *Quib. res jud. non noc.—Sæpè constitutum est res inter alios judicatas aliis non præjudicare;* L. 63, *de Re jud.*

Pour faire l'application de ce principe, il faut examiner présentement à l'égard de quelles personnes la chose jugée est censée jugée entre les mêmes parties, de manière qu'elle puisse faire loi entre elles ; et à l'égard de quelles personnes au contraire la chose jugée est censée *res inter alios judicata*, dont il ne puisse naître aucun droit, ni en leur faveur, ni contre elles.

900. La chose est censée jugée entre les mêmes parties, non-seulement à l'égard des personnes qui ont été parties par elles-mêmes, mais à l'égard de celles qui ont été parties par leurs tuteurs, curateurs, ou autres légitimes administrateurs, qui avaient qualité pour intenter leurs actions, et pour y défendre.

Par exemple, si le tuteur d'un mineur, en sa qualité de tuteur, a donné une demande contre moi, dont le juge m'a donné congé ; et que ce mineur, devenu majeur, intente contre moi la même demande, je puis le faire déclarer non recevable par l'exception *rei judicatæ ;* car le jugement rendu contre le tuteur est réputé rendu contre le mineur, qui était la véritable partie, par le ministère de son tuteur.

Par la même raison, si des fabriciers d'une certaine paroisse, en cette qualité de fabriciers, ont donné une demande contre moi, dont on m'a donné congé, et que leurs successeurs intentent de nouveau la même demande contre moi, je les ferai déclarer non recevables par l'exception *rei judicatæ ;* car c'était la fabrique qui était partie dans le jugement qui m'a donné congé de la demande de ces fabriciers, et elle ne peut plus par conséquent renouveler par le ministère de ses nouveaux fabriciers, une demande terminée par un jugement où elle était partie par le ministère de leurs prédécesseurs.

901. Les successeurs des parties sont censés *les mêmes parties* que les personnes auxquelles ils ont succédé. C'est pourquoi la chose jugée est à leur égard réputée *entre les mêmes parties,* et a par conséquent en leur faveur ou contre eux la même autorité de chose jugée qu'elle aurait eue en faveur de la partie à qui ils ont succédé, ou contre elle.

Par exemple, le jugement qui m'a donné congé de votre demande, donne à mes héritiers aussi bien qu'à moi l'exception *rei judicatæ* contre vos héritiers aussi bien que contre vous, s'ils renouvelaient la même demande.

902. Cela ne peut être douteux à l'égard des héritiers et autres successeurs universels qui sont *hæredum loco.*

Dans les matières réelles, celui qui a succédé, quoique à titre singulier, à l'une des parties pour la chose qui a fait l'objet du procès, est aussi censé la même partie.

Par exemple, quand vous avez donné la demande en revendication d'un certain héritage contre Pierre, le jugement qui a donné à Pierre congé de votre

(1) C'est une application du principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

Source : BIU Cujas

demande, donnera à celui qui a acheté cet héritage de Pierre, l'exception *rei judicatæ* contre la demande en revendication de cet héritage, si vous la renouvelez contre cet acheteur, parce que, à cet égard, il est censé la même partie que Pierre à qui il a succédé; L. 11, § 3, ff. *de Exc. jud.*

Par la même raison, si j'ai eu contestation avec le propriétaire d'un héritage voisin, pour lui faire détruire un ouvrage par lequel je prétendais qu'il renvoyait les eaux de son héritage sur le mien, et qu'après le jugement rendu sur cette contestation, il ait vendu son héritage, ou moi le mien; le jugement rendu entre nous donnera à l'acheteur l'exception *rei judicatæ*, si on renouvelle contre lui la contestation pour raison de cet ouvrage: on donnera cette exception contre lui, si c'est lui qui la renouvelle; *eâd.* L. § 2.

903. Les lois citées sont dans l'espèce d'un acheteur; il ne doit pas être douteux à l'égard d'un acheteur, que, lorsque la demande est renouvelée contre lui, il y a lieu à l'exception *rei judicatæ* qu'eût pu opposer son vendeur, puisque cette action réfléchit contre le vendeur, qui doit défendre l'acheteur, et prendre son fait et cause.

Quoique cette raison cesse à l'égard des successeurs à titre lucratif, auxquels il n'est pas dû de garantie, il faut néanmoins décider qu'ils doivent être réputés la même partie que celui à qui ils ont succédé à l'héritage qui a fait l'objet du jugement, et qu'ils peuvent, de même que lui, opposer à la partie contre qui ce jugement a été rendu, l'autorité de la chose jugée qui en résulte.

Par exemple, si j'ai fait juger contre vous, que mon héritage ne vous appartenait pas, ou qu'il n'était pas sujet à un certain droit de servitude auquel vous le prétendiez sujet, et que vous formiez contre celui à qui j'ai fait depuis donation de cet héritage, une nouvelle demande, soit pour le revendiquer, soit pour y prétendre le même droit de servitude, le donataire, comme étant à mes droits, pourra vous opposer l'exception *rei judicatæ*.

Pour quelle raison? La voici. Lorsque nous faisons quelque convention par rapport à une chose qui nous appartient, nous sommes censés stipuler tant pour nous que pour tous ceux qui nous succéderont à cette chose, lesquels sont compris sous le terme d'*ayants cause*; et en conséquence le droit qui résulte de cette convention passe à tous nosdits successeurs ou ayants cause, comme nous l'avons vu *suprà*, au commencement de ce Traité, nos 67 et 68: de même, lorsque nous plaidons par rapport à une certaine chose qui nous appartient, nous sommes censés plaider tant pour nous que pour tous nos ayants cause et successeurs à cette chose; et le droit qui résulte du jugement qui est rendu sur cette contestation, doit passer à tous nos successeurs et ayants cause: *Eadem enim debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contrahere, ac conventionum* (1).

904. De même que le successeur peut opposer le jugement qui a été rendu au profit de son auteur, comme nous venons de le voir, de même, *vice versâ*, on peut opposer au successeur, le jugement rendu contre son auteur, pourvu néanmoins qu'il n'ait succédé à son auteur que depuis le procès sur lequel a été rendu le jugement contre son auteur.

Finge. Pierre a donné contre vous une demande en revendication d'un certain héritage, dont il vous a été donné congé: Pierre ensuite m'a constitué une hypothèque spéciale sur cet héritage. Si je donne contre vous une action hypothécaire pour me délaisser cet héritage, et que je demande à prouver que Pierre mon débiteur en était le propriétaire, et m'y a valablement constitué un droit d'hypothèque, vous pouvez m'opposer l'exception *rei judicatæ*, résultant

---

(1) *V.* art. 1122, C. civ.

Art. 1122: « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et « ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte « de la nature de la convention. »

Source : BIU Cujas

du jugement que vous avez obtenu contre Pierre mon auteur, qui, en vous donnant congé de sa demande, a jugé qu'il ne lui appartenait pas, et qu'il n'a pu par conséquent me l'hypothéquer.

Il en serait autrement, si Pierre m'avait constitué cette hypothèque dès avant le procès qu'il a eu contre vous : vous ne pourriez pas, en ce cas, m'opposer le jugement que vous avez obtenu contre lui ; car ce jugement qui a jugé que Pierre n'était pas alors propriétaire de l'héritage, ne décide pas qu'il n'ait pu l'être auparavant, lorsqu'il m'y a constitué un droit d'hypothèque ; et en justifiant par moi qu'il en était propriétaire alors, cela suffit pour que mon action hypothécaire procède contre vous, quoiqu'il ait depuis cessé de l'être, et qu'il ne le fût plus lors du procès qu'il y a eu entre vous et lui (1) ; **L. 11**, § 10, ff. *de Except. rei jud.* ; L. 3, ff. *de Pign. et hyp.*

905. Quoiqu'un jugement soit censé avoir été rendu avec le successeur,

---

(1) On voit que Pothier décide sans hésiter que l'autorité de la chose jugée contre le débiteur n'est point opposable au créancier auquel le débiteur avait constitué hypothèque avant le procès : il suit en cela l'opinion de Papinien, en la loi 3, ff. *de Pign. et hyp.* : *Si superatus sit debitor qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret : æquè servanda erit creditori actio Serviana probanti rem in bonis illius eo tempore, quo pignus contrahebatur, fuisse..... enim verò fieri potest, ut et pignus recté sit acceptum, ne tamen ab eo lis benè instituta.*

Mais la loi 5, Cod. *de Pign. et hyp.*, décide que le jugement rendu contre le débiteur, ne nuit pas au créancier hypothécaire, lorsque celui-ci prouve qu'il est le fruit d'une collusion, ou que le débiteur n'a succombé que parce que, sans entrer dans l'examen du fond, le juge n'a fait que le déclarer non recevable : *Præses provinciæ jus pignoris tui exequentem te audiet : nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, non causâ cognitâ, sed præscriptione superatum esse constiterit.* (Le mot *præscriptione* n'est pas ici synonyme de prescription, mode d'extinction du droit, mais de fin de non-recevoir, d'exception.)

Il semble qu'on devrait conclure de cette loi que, si le juge avait connu du fond de l'affaire, si le débiteur avait employé loyalement tous les moyens soit pour attaquer, soit pour se défendre, l'autorité de la chose jugée à laquelle il est soumis, aurait la même force contre le créancier hypothécaire.

La loi 63, ff. *de Re judicatâ* distingue si le créancier hypothécaire a connu ou non le procès, et elle décide que le créancier est lié par le jugement rendu contre le débiteur, toutes les fois que le premier a su que le second plaidait sur la propriété du bien hypothéqué, et qu'il s'en est rapporté tacitement à ce qui serait jugé avec lui.

« Rien de plus difficile que cette « question (dit M. Proudhon, *Traité « de l'Usufruit*, tom. 3, n° 1300), si « elle devait être encore aujourd'hui « résolue d'après le texte des lois ro- « maines, puisqu'elles sont là-dessus « d'une telle divergence, que le pre- « mier jurisconsulte des temps mo- « dernes n'a pu venir à bout de les « concilier en les ramenant à un seul « système. (*V.* Merlin, *Répertoire*, v° « *Opposition tierce*, § 2, art. 3.) »

Ne vaudrait-il pas mieux résoudre cette question par les principes généraux ?

Celui qui revendique son fonds n'est tenu de s'adresser qu'à celui qui possède : ce possesseur est donc le seul contradicteur légitime, tant pour lui que pour tous ceux auxquels il aurait accordé des droits sur le fonds, ils sont ses ayants cause ; ils n'ont pas de droits, s'il est reconnu que celui avec qui ils ont contracté n'en avait pas lui-même.

Voy. sur cette importante et difficile question, M. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, tom. 3, depuis le n° 1300 à 1310.

Source : BIU Cujas

lorsqu'il l'a été avec son auteur, on ne peut pas dire de même, que celui qui est rendu avec le successeur, doive être censé rendu avec son auteur.

C'est pourquoi le jugement rendu avec le successeur, ni l'exception *rei judicatæ* qui en résulte, ne peuvent être opposés contre son auteur, ni par son auteur : *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ à personâ auctoris ad emptorem transire solere; retrò autem ab emptore ad auctorem reverti non debere;* L. 9, § 2, ff. *de Except. rei jud.*

Il en rapporte cet exemple : *Si hæreditariam rem vendideris, ego eamdem ab emptore petiero et vicero; petenti tibi non opponam exceptionem.* AT SI EA RES JUDICATA NON SIT *inter me et eum cui vendidisti; eod* § ; *item si victus fuero; tu adversùs me exceptionem non habebis* (1) ; L. 10.

906. Nous avons établi qu'un jugement était, vis-à-vis de quelqu'un, censé rendu *entre les mêmes parties*, soit qu'il eût été partie lui-même dans le procès sur lequel le jugement est intervenu, soit que son auteur y eût été partie.

Au contraire, vis-à-vis de ceux qui n'ont été parties ni eux-mêmes, ni par leurs auteurs, ce jugement est *res inter alios judicata*, qui ne peut leur être opposée par la partie en faveur de qui il a été rendu, et qu'ils ne peuvent opposer à la partie contre qui il a été rendu.

Cela a lieu, quoique la question qu'ils ont ensemble soit la même que celle qui a été jugée par ce jugement, quoiqu'elle se décide par les mêmes moyens, et même quoiqu'elle dépende d'un même fait.

C'est ce qui paraîtra par cet exemple que rapporte Paul :

J'ai confié une certaine somme à une personne qui a laissé plusieurs héritiers. Ayant demandé à l'un desdits héritiers la restitution de cette somme pour la part dont il en était tenu, le juge, qui n'a pas fait assez d'attention aux preuves sur lesquelles j'établissais ce dépôt, lui a donné congé de ma demande.

Si je demande aux autres héritiers la restitution des parts dont ils sont tenus de cette somme, ils ne pourront pas m'opposer le jugement qui a donné à leur cohéritier congé de ma demande, parce que ce jugement, où ils n'ont pas été parties, est à leur égard *res inter alios judicata*, qui ne peut leur donner aucun droit, quoique la question soit la même que celle qui a été jugée contre moi par ce jugement au profit de leur cohéritier, et qu'elle dépende des mêmes faits, qui est de savoir si j'ai effectivement confié cette somme au défunt, et si elle ne m'a pas été rendue : *Si cum uno hærede depositi actum sit tamen et cum cæteris hæredibus rectè agetur, nec exceptio rei judicatæ eis proderit; nam etsi eadem quæstio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit;* L. 22, ff. *de Except. rei jud.*

Ce principe, « que l'autorité de *la chose jugée* n'a pas lieu à l'égard des personnes qui n'ont pas été parties, et qui ne sont pas les successeurs de quel-

---

(1) Si un acheteur, durant sa possession, avait succombé dans un procès relatif à des charges réelles prétendues sur le fonds, des servitudes, par exemple, et que la vente fût ensuite résolue, le vendeur rentré dans la propriété ne serait point soumis à l'autorité de la chose jugée, dans l'intervalle, contre l'acheteur : parce que le propriétaire primitif ne tient pas ses droits de celui qui lui avait succédé, mais dont les droits sont résolus et réputés n'avoir jamais existé : c'est là une différence importante entre les résolutions et les actes contraires aux précédents.

Dans les résolutions, celui au profit duquel elle s'opère n'est point l'ayant cause de l'autre partie; tandis que dans les actes contraires, le premier propriétaire devient successeur, ayant cause du second, comme le second l'était devenu du premier en vertu du contrat primitif.

Source : BIU Cujas

qu'une des parties », tient à un autre principe, que nous avons établi en l'article précédent, « que l'autorité de *la chose jugée* n'a lieu qu'à l'égard de la chose même sur laquelle le jugement a statué ».

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus rapportée, si le jugement qui a donné congé à l'un des héritiers du débiteur, de la demande d'un créancier du défunt, pour la part dont on le prétendait tenu de cette dette, n'a pas l'autorité de *chose jugée* en faveur des autres héritiers, pour les parts dont on les en prétend tenus ; ce n'est pas seulement parce que c'est *res inter alios judicata,* c'est aussi parce que ce qu'on leur demande n'est pas la même chose que ce qui a fait l'objet du jugement rendu au profit de leur cohéritier ; car les parts de la dette qu'on leur demande, sont bien les parts d'une même dette, mais ce n'est pas la même part de cette dette qui a été demandée à leur cohéritier.

Le jugement rendu au profit de leur cohéritier, n'a statué que sur cette part, et ne peut avoir par conséquent l'autorité de *chose jugée* à l'égard des autres parts qui leur sont demandées.

C'est ce que veut dire le Jurisconsulte en la loi ci-dessus citée : *Mutatio personarum cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.*

Pareillement, lorsqu'un créancier a laissé plusieurs héritiers, le débiteur qui a eu congé de la demande que l'un des héritiers a donnée pour sa part, ne peut pas opposer ce jugement contre les demandes que les autres héritiers font de leurs parts, ce jugement étant *res inter alios judicata,* et n'étant pas même *eadem res ;* car ces parts que demandent les autres héritiers, quoique parts d'une même créance, ne sont pas la même part que celle qui a fait l'objet et la matière du jugement.

907. Il n'en est pas de même lorsque la chose due à plusieurs héritiers ou autres personnes copropriétaires, est quelque chose d'indivisible, tel qu'est un droit de servitude : cette chose n'étant pas susceptible de parts, chacun d'eux est créancier du total, ou copropriétaire du total.

C'est pourquoi le jugement rendu sur la demande que l'un d'eux a faite de cette chose, a eu pour objet la même chose que la demande qu'en feraient les autres ; c'est *eadem res.*

On peut aussi dire que ce jugement n'est pas *res inter alios judicata,* à l'égard des autres créanciers ou propriétaires de cette chose ; car l'indivisibilité de leur droit avec le sien, les fait regarder comme étant avec lui une même partie.

Ce jugement a donc à leur égard l'autorité de *chose jugée ;* lorsqu'il a été rendu en faveur de leur copropriétaire ou cocréancier, ils peuvent, de même que lui, s'en servir contre la partie contre qui il a été rendu ; et s'il a été rendu contre leur copropriétaire ou cocréancier, il peut être opposé contre eux, comme il l'a été contre lui.

Néanmoins si le jugement avait été rendu par collusion, la loi leur permettait de renouveler le procès : *Si de communi servitute quis benè quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpâ suâ, non est æquum hoc cæteris damno esse ; sed si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo* (c'est-à-dire comme l'explique fort bien la Glosse, *replicationem de dolo contrà exceptionem rei judicatæ*) ; **L. 19, ff.** *Si serv. vind.*

Suivant nos usages, le jugement rendu contre l'un de plusieurs créanciers ou copropriétaires d'un droit indivisible, peut, à la vérité, être opposé aux autres ; mais, sans qu'ils aient besoin d'alléguer la collusion, ils peuvent en interjeter appel, quoique celui contre qui il a été rendu y ait acquiescé ; et si c'est un jugement en dernier ressort, ils y peuvent former *opposition en tiers.*

Source : BIU Cujas

Pareillement, entre plusieurs débiteurs d'une chose indivisible, l'indivisibilité de leur obligation les fait regarder comme n'étant tous qu'une même partie, et fait en conséquence réputer le jugement rendu avec l'un d'eux, comme rendu avec les autres : sauf que ceux qui n'ont pas été parties par eux-mêmes, peuvent se pourvoir contre par la voie de l'appel ou de l'*opposition en tiers*, comme il a été dit ci-dessus (1).

908. La dépendance de l'obligation d'une caution de celle du débiteur principal à laquelle elle a accédé, fait aussi regarder la caution comme étant la même partie que le débiteur principal, à l'égard de tout ce qui est jugé pour ou contre le débiteur principal.

C'est pourquoi si le débiteur principal a eu congé de la demande du créancier, pourvu que ce ne soit pas sur des moyens personnels à ce débiteur principal, la caution depuis poursuivie peut opposer au créancier l'exception *rei judicatæ : Si pro servo meo fidejussoris, et mecum de pecutio actum sit* (suppléez

---

(1) Cette décision, ainsi que la précédente, ne nous paraît pas conforme aux principes sur l'autorité de la chose jugée, car, si l'un des créanciers ou des copropriétaires d'un droit indivisible, figure dans l'instance pour lui ou pour tous les autres créanciers ou copropriétaires du même droit, pourquoi ceux-ci pourraient-ils former tierce opposition contre ce jugement ? pourquoi, s'il peut leur profiter, ne leur nuirait-il pas?

La même observation se présente à l'égard de l'un des débiteurs d'une chose indivisible; s'il est en cause tant pour lui que pour les autres, on ne voit pas pourquoi la tierce opposition serait ouverte aux codébiteurs de celui qui a soutenu le procès.

Voici ce que nous trouvons au n° 1297, tom. 3, *Traité de l'Usufruit* : « Ainsi, à supposer qu'un fonds auquel une servitude est due, appartienne par indivis à deux propriétaires, et que ce soit contre l'un d'eux seulement que le maître du fonds servant ait fait juger que la servitude n'était pas due, l'exception de la chose jugée ne pèsera pas sur l'autre. C'est même là un cas particulier où la rétractation du jugement, obtenue par celui qui n'avait pas figuré en premier lieu dans la cause, devra profiter à son copropriétaire par rapport à l'indivisibilité de la servitude. »

Il nous semble que cette décision se contredit elle-même : Si la rétractation obtenue par *Secundus*, du premier jugement rendu contre *Primus*, doit profiter à *Primus* qui avait succombé, ce ne peut être que parce que *Secundus* était dans l'instance, tant pour lui que pour *Primus*, et que dès lors la chose jugée par la seconde décision doit profiter à l'un et à l'autre ; mais le même raisonnement appliqué au premier jugement, prouverait que *Primus* était dans l'instance tant pour lui-même que pour *Secundus*, et qu'en conséquence *Secundus* était passible de l'autorité de la première décision, et en d'autres termes qu'il n'était pas recevable à former tierce opposition.

Ces deux jugements sont aussi respectables l'un que l'autre ; à tous deux s'attache la présomption de vérité, *res judicata pro veritate habetur*. Il faut donc les maintenir l'un et l'autre.

Mais, dira-t-on, comment les exécuter simultanément? Ils sont contradictoires, et il s'agit d'une chose indivisible !

Je réponds que la difficulté n'est pas plus grande qu'au cas prévu par l'art. 1224 : « Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en TENANT COMPTE de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix. »

Celui des deux propriétaires ou créanciers qui a succombé est dans une position analogue à celle de celui qui aurait fait la remise de son droit ou de son intérêt. *Quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur æstimatio.* L. 7, ff. *Ad leg. Falcidiam.*

Source : BIU Cujas

et judicatum sit nihil à servo meo deberi) si posteà tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicatâ; L. 21, § 4, *de Except. rei jud.*

Le créancier ne peut, en ce cas, répliquer que c'est *res inter alios judicata;* car, étant de l'essence du cautionnement que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puisse devoir que ce qu'il doit, qu'elle puisse opposer toutes les exceptions *in rem* qui peuvent être par lui opposées, il s'ensuit que tout ce qui est jugé en faveur du débiteur principal, est censé l'être en faveur de la caution, qui doit à cet égard être censée la même partie que lui (1).

Vice versâ, lorsque le jugement a été rendu contre le débiteur principal, le créancier peut l'opposer à la caution, et demander qu'il soit exécutoire contre lui : mais la caution est reçue à appeler de ce jugement; ou s'il est rendu en dernier ressort, à y former *opposition en tiers* (2) : *Admittuntur ad provocandum fidejussores pro eo pro quo intervenerunt;* L. 5, § 1, *item fidejussores*, ff. *de Appell.*

909. Suivant les principes du droit romain, le droit des légataires dépendant de celui de l'héritier institué, le jugement contre l'héritier institué, qui a déclaré le testament nul, n'est pas regardé, vis à vis de ces légataires, comme *res inter alios judicata*, et peut leur être opposé; le droit de ces légataires étant dépendant de celui de l'héritier, les fait regarder comme n'étant en quelque façon qu'une même partie avec l'héritier; mais ils sont reçus à en appeler; (L. 5, §§ 1 et 2, ff. *de Appell.*); ou, lorsque le jugement est en dernier ressort, à y former *opposition en tiers* (3).

Il en est autrement d'un jugement qui, sur la demande d'un légataire, aurait, en déclarant le testament nul, donné congé de sa demande : ce jugement est, à l'égard des autres légataires, *res inter alios judicata*, qui ne peut leur être opposée, et dont ils n'ont pas besoin d'appeler; L. 1, ff. *de Except. rei jud.*

La raison de différence est que le droit des légataires ne dépend pas du droit de celui de leur colégataire contre qui le jugement a été rendu; au lieu qu'il dépend du droit de l'héritier institué (4) : *Quum ab institutione hæredis pendeant omnia quæ testamento continentur.*

SECT. IV. — Du serment.

910. Il y a trois espèces principales de *serment* qui sont usitées dans les procès civils;

1° Le serment qu'une partie défère ou refère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause, et qui est pour cet effet appelé *serment décisoire;*

2° Le serment que doit faire la partie qui est interrogée sur faits et articles;

3° Le serment que le juge défère de son propre mouvement à l'une des par-

---

(1) *V.* art. 2036, C. civ.

Art. 2036 : « La caution peut oppo-« ser au créancier toutes les excep-« tions qui appartiennent au débiteur « principal, et qui sont inhérentes à la « dette; — Mais elle ne peut opposer « les exceptions qui sont purement « personnelles au débiteur. »

(2) Au cas seulement où il y aurait collusion entre le débiteur et le créancier. *V. Traité de l'Usufruit*, n° 1324, tom. 3.

(3) La tierce opposition, dans le droit romain, ne pouvait leur être accordée qu'autant qu'ils établissaient la collusion entre l'héritier institué et l'héritier légitime : *Cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret*, dit Papinien en la loi 3, ff. *de Pignoribus et hyp.*

(4) Dans notre droit actuel, le sort des légataires ne dépend plus de l'institution d'héritier; ainsi l'autorité de la chose jugée contre un héritier institué légataire universel ou à titre universel, ne serait point opposable à un autre légataire, même particulier.

Source : BIU Cujas

ties, soit pour décider la cause, soit pour fixer ou déterminer la quantité de la condamnation (1) ; il est appelé *juramentum judiciale.*

ART. Ier. — Du serment décisoire.

911. Le *serment décisoire* est, comme nous l'avons dit, celui qu'une partie défère ou réfère à l'autre, pour en faire dépendre la décision de la cause.

§ Ier. *Sur quelles choses peut-on déférer le serment décisoire.*

912. On peut déférer le serment décisoire sur quelque espèce de contestation que ce soit, et dans quelque espèce d'instance civile que ce soit, sur le possessoire comme sur le pétitoire, dans les causes sur une action personnelle, comme dans celles sur une action réelle (2) : *Jusjurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet*; L. 34, ff. *de Jurejur.*

On ne peut néanmoins déférer le serment que sur ce qui est du propre fait de la partie à qui on le défère (3).

Une partie n'est point obligée de le rendre sur ce qui est du fait d'une autre personne de qui elle est héritière, ou aux droits de laquelle elle est ; car je ne puis ignorer mon propre fait : au lieu que je ne suis pas obligé de savoir ce qui est du fait d'un autre à qui j'ai succédé : *Hæredi ejus cum quo contractum est, jusjurandum deferri non potest ;* Paul, sent. 11, 1, 4.

Une personne qui me demande le paiement du prix d'une chose qu'elle prétend avoir vendue au défunt dont je suis l'héritier, ne peut donc pas me déférer le serment sur le fait de savoir si la chose a été vendue ou non au défunt ; car ce n'est pas mon fait, c'est le fait du défunt, que je ne suis point obligé de savoir.

Mais l'usage parmi nous est, qu'en ce cas, on puisse me déférer le serment sur le fait de savoir si j'ai connaissance que le défunt dût la somme demandée ; car, en ce cas, on ne me défère pas le serment sur le fait de la vente, qui est le fait du défunt, mais on me défère le serment sur le fait de la connaissance qu'on prétend que j'ai de la dette, qui est mon propre fait.

§ II. *En quel cas peut-on déférer le serment décisoire ?*

913. Le demandeur peut déférer le serment au défendeur, toutes les fois que le demandeur croit n'avoir pas une preuve suffisante du fait qui sert de fondement à sa demande.

Pareillement, le défendeur peut déférer le serment au demandeur, lors qu'il n'a pas la preuve du fait qui sert de fondement aux défenses qu'il doit proposer contre la demande.

---

(1) *V.* art. 1357, C. civ.

Art. 1357 : « Le serment judiciaire « est de deux espèces : — 1° Celui « qu'une partie défère à l'autre pour « en faire dépendre le jugement de « la cause : il est appelé *décisoire ;* — « 2° Celui qui est déféré d'office par « le juge à l'une ou à l'autre des parties. »

Quant au serment que devait faire la partie qui était interrogée sur faits et articles, il n'est plus exigé.

(2) *V.* art. 1358, C. civ.

Article 1358 : « Le serment déci- « soire peut être déféré sur quelque « espèce de contestation que ce soit. »

Il faut cependant excepter les causes dans lesquelles l'aveu de la partie ne ferait point preuve, telles que les demandes en séparation de corps et de biens, et en général toutes celles sur lesquelles les parties ne peuvent transiger, car le serment renferme une transaction.

(3) *V.* art. 1359, C. civ.

Art. 1359 : « Il (le serment déci- « soire) ne peut être déféré que sur « un fait personnel à la partie à la- « quelle on le défère. »

Source : BIU Cujas

Ce serment peut être déféré avant comme depuis la contestation en cause, en cause d'appel comme en première instance (1).

C'est une question qui a été controversée entre les docteurs, de savoir s'il faut quelque commencement de preuve pour que le demandeur soit reçu à déférer le serment; ou s'il doit y être reçu, quoiqu'il n'ait pas le moindre commencement de preuve de sa demande?

La Glosse, *eâd.* L. 3, Cod. *de Reg. cred.*, Barthole, Balde, et plusieurs autres docteurs cités par Mascardus, *de Probat. concl.*, 957, exigent quelque commencement de preuve.

Les raisons qu'ils allèguent pour cette opinion, sont:

1° Que c'est un principe général de droit, « que le défendeur doit avoir congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans être tenu à rien pour obtenir ce congé » : *Actore non probante, qui convenitur, et si nihil ipse præstet, obtinebit,* L. 4, Cod. *de Edend.*

Donc, dit-on, le défendeur ne doit pas être tenu, pour obtenir le congé d'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve, de rendre son serment; et le demandeur ne doit pas être reçu à le lui déférer, puisque la loi dit qu'il n'est tenu à rien, *et si nihil ipse præstet.*

2° C'est encore un principe de droit, « que le demandeur doit fournir de sa part les preuves de sa demande, et que ce n'est pas au défendeur à les lui fournir contre soi » : *Intelligitis quod intentionis vestræ proprias adferre debetis probationes, non adversùs se ab adversariis adduci*; L. 7, Cod. *de Test.* Donc, dit-on, le demandeur qui n'a apporté aucune preuve de sa demande, ne doit pas être admis à se la procurer, en déférant le serment au défendeur.

3° On dit qu'on ne doit pas, sans aucun sujet, être reçu à intenter une affaire à quelqu'un, et lui causer l'embarras de rendre une affirmation que des personnes timorées se font souvent une peine de rendre, même sur des choses dont elles croient être les plus certaines. On prétend tirer aussi quelque argument de la loi 31, ff. *de Jurej.* des lois 11 et 12, Cod. *de Reb. cred.*

L'opinion contraire, « qu'un demandeur n'a besoin d'aucun commencement de preuve, pour être reçu à déférer le serment au défendeur,» est plus véritable, et elle a été embrassée par Cujas, *Observ.* XXII, 28, Duaren, Doneau, Fachinée, et par plusieurs autres; c'est aussi celle de Vinnius, qui a parfaitement traité la question, *Select. quæst.* 1, 42, et que nous ne faisons que copier ici.

Les raisons sur lesquelles elle est établie, sont:

1° Qu'on ne doit point exiger du demandeur ce que la loi qui a établi l'usage du serment décisoire n'a pas exigé de lui: or l'édit du préteur qui a établi ce droit, n'exige point du tout que le demandeur ait quelque commencement de preuve de sa demande; il dit indistinctement: *Eum à quo jusjurandum petitur, jurare aut solvere cogam;* L. 34, § 6, ff. *de Jurejur.*

2° Il peut arriver très souvent qu'une demande dont il n'y a aucun commencement de preuve, ne laisse pas d'être en elle-même très juste.

Par exemple, j'ai prêté à un ami une somme d'argent sans en retirer aucun billet. La demande que je lui fais pour la restitution de cette somme ne laisse pas d'être juste en elle-même, quoique je n'aie aucun commencement de preuve du prêt qui en est le fondement.

Le juge ne doit négliger aucun des moyens qui se présentent pour découvrir la vérité, et pour parvenir à rendre la justice à qui elle appartient. Je lui en présente un, en déférant le serment au défendeur; car, s'il refuse d'affirmer

---

(1) *V.* art. 1360, C. civ., même décision.

Art. 1360 : « Il (le serment décisoire) peut être déféré en tout état « de cause, et encore qu'il n'existe « aucun commencement de preuve « de la demande ou de l'exception « sur laquelle il est provoqué. »

Source : BIU Cujas

que je ne lui ai fait aucun prêt, ou qu'il me l'a rendu, son refus qu'il fera de rendre son affirmation sera un aveu tacite de la dette.

Le juge doit donc saisir ce moyen de découvrir la vérité, et m'admettre à déférer le serment au défendeur, quoique je n'aie aucun commencement de preuve de ma demande; le refus que j'espère que le défendeur fera de son affirmation, pouvant faire par lui-même une preuve complète de la dette, et du tort qu'il a eu d'en refuser le paiement : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle jurare ;* L. 38, ff. *de Jurej.*

3° Cette opinion s'établit encore par des textes formels du droit : il est dit en la loi 12, Cod. *de Reb. cred.*, que ce serment peut être déféré, même dès le commencement de la cause, *in principio litis,* et par conséquent avant même que le demandeur ait fourni aucune preuve.

La loi 35, ff. *de Jurej.*, s'exprime encore en termes plus formels; elle dit qu'on peut déférer le serment, *omnibus aliis probationibus deficientibus.*

A l'égard des raisons ci-dessus rapportées pour la première opinion, elles sont des plus frivoles, et il est facile d'y répondre.

Lorsqu'il est dit « que le défendeur doit obtenir le congé d'une demande qui n'est pas prouvée, sans qu'il soit tenu à rien pour obtenir ce congé, *etiamsi nihil ipse præstet ;* » cela ne signifie autre chose, sinon qu'il n'a besoin, pour obtenir ce congé, de produire de sa part aucun titre ni aucun témoin; mais cela ne signifie point du tout qu'il ne soit point tenu de rendre son serment lorsqu'il lui est déféré.

Quant à ce qui est dit dans la loi 7, Cod. *de Test.*, « que le défendeur ne doit pas être obligé à fournir des preuves contre lui-même, » cela ne s'applique qu'à ce qui est dit au commencement de cette loi, « que le défendeur ne doit pas être obligé à produire des témoins ou des titres contre lui-même : *Nimis grave est quod petitis, urgeri partem diversam ad exhibitionem eorum per quos sibi negotium fiat ;* » mais cela n'a aucune application à la délation du serment; une partie ne peut se plaindre qu'on agisse trop durement avec elle, lorsque par le serment qui lui est déféré on la rend elle-même juge de sa propre cause.

A l'égard de ce que l'on dit, « qu'il y a de l'inconvénient qu'une personne, sans aucun sujet, sans aucun commencement de preuve, puisse nous causer l'embarras de rendre notre affirmation, » je réponds qu'on ne peut pas parer à tous les inconvénients : l'embarras de fournir un procès est un bien plus grand embarras que celui de rendre une affirmation, puisqu'on peut mettre une fin prompte à celui-ci, en rendant l'affirmation demandée.

Néanmoins une personne peut, sans aucun sujet, en formant contre moi une demande entièrement dénuée de preuves, me causer l'embarras d'entrer en procès : pourquoi ne pourra-t-on pas également me causer l'embarras de rendre mon serment en me le déférant ?

Les Romains avaient établi une espèce de remède à ces inconvénients, par le serment que les parties étaient obligées de rendre avant la plaidoirie de la cause « que c'était de bonne foi qu'elles soutenaient le procès ; » et par celui que la partie qui déférait le serment, était pareillement obligée de rendre « qu'elle le déférait de bonne foi, dans la seule vue de faire connaître la vérité, et sans aucune vue de vexer la partie à qui elle le déférait » : c'est ce qu'on appelait *juramentum de calumniâ.*

Ces serments ne sont pas d'usage parmi nous.

A l'égard des lois alléguées pour la première opinion, il n'en résulte rien : il n'est question dans la loi 31 que du *serment supplétoire* qui se défère par le juge, et nullement du *serment décisoire.*

Il résulte bien de la loi 12, qu'il peut être question entre les parties « si le serment a été bien ou mal déféré ; » mais cette question concerne ou la nature du fait sur lequel il a été déféré, ou la qualité de la partie qui le défère, ou de

Source : BIU Cujas

celle à qui il est déféré; et il ne concerne nullement le point de savoir « si le demandeur a un commencement de preuve,» cela est indifférent (1).

§ III. *Des personnes qui peuvent, et à qui l'on peut déférer le serment.*

914. Comme on fait dépendre de ce serment la décision de la contestation, et du droit des parties, il s'ensuit qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment, et auxquels il puisse être déféré.

C'est pourquoi un mineur ne peut pas, sans l'autorité de son tuteur, déférer ce serment (L. 17, § 1, ff. *de Jurej.*), et on ne peut pas le lui déférer; L. 34, § 2, ff. *eod. tit.*

Suivant ce principe, un homme insolvable ne peut pas, en fraude de ses créanciers, déférer le serment à son débiteur, sur ce qui lui est dû; car il ne peut pas disposer de ses droits en fraude de ses créanciers.

C'est pourquoi ses créanciers, sans avoir égard au serment rendu par ce débiteur de leur débiteur, peuvent saisir et arrêter ce qu'il doit; et en justifiant la dette, faire condamner au paiement ce débiteur de leur débiteur.

Quelques docteurs ont soutenu que celui à qui le serment ne pouvait pas être référé, parce que le fait est un fait qui n'est pas son propre fait, et dont il n'a pas connaissance, n'est pas recevable à déférer le serment à sa partie adverse, quoique ce soit le propre fait de cette partie.

C'est l'avis de Natta, *cons.* 35. Il se fonde sur la loi 34, ff. *de Jurejur.*, où il est dit « que celui à qui le serment est déféré, ne peut pas se plaindre qu'on lui fasse tort en cela, puisqu'il peut le référer » : *De injuriâ queri non potest, cùm possit jusjurandum referre.*

Donc, dit-il, par argument *à contrario*, celui à qui le serment est déféré n'est pas obligé d'accepter la condition, dans le cas auquel il ne peut pas le référer.

Cette conséquence ne vaut rien; car cette raison, rapportée en la loi 34, *quum possit jusjurandum referre*, n'est qu'une raison de plus pour laquelle celui à qui le serment est déféré ne peut se plaindre; la principale raison qui est apportée ailleurs, et qui seule suffit, est que personne ne peut se plaindre qu'on le fasse juge dans sa propre cause.

Le sentiment contraire, qui est celui de Fachinée, de Cravetta et des autres docteurs par lui cités, est fondé sur des raisons plus solides.

Nous ne devons pas exiger de celui qui défère le serment, ce qu'aucune loi n'exige de lui : or il n'y a aucune loi qui exige que celui qui défère le serment soit tel qu'on puisse le lui référer.

Au contraire, la loi 17, § 2, permet expressément à un tuteur et à un curateur de déférer le serment dans les causes qu'ils soutiennent en cette qualité, quoiqu'on ne puisse pas le leur référer, puisque la cause du pupille ou de l'interdit n'est pas le propre fait de ce tuteur ou curateur (2).

Un procureur ne peut déférer le serment, à moins qu'il n'ait un pouvoir spécial, ou qu'il ne soit un procureur *universorum bonorum*, c'est-à-dire, qu'il n'ait un pouvoir général d'administrer; L. 17, § 3.

Le syndic d'un corps ne le peut sans un pouvoir spécial; L. 34, § 1.

On ne peut le déférer à ces personnes, parce que ce serait le leur déférer sur quelque chose qui n'est pas de leur propre fait; L. 34, § 3, ff. *hoc tit.*

---

(1) L'art. 1360, C. civ. (*V.* note précédente) a mis fin à cette controverse.

(2) L'art. 1362, C. civ., consacre cette opinion.

Art. 1362 : « Le serment ne peut « être référé quand le fait qui en est « l'objet n'est point celui des deux « parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait « été déféré. »

Source : BIU Cujas

§ IV. *De l'effet du serment déféré, référé, fait ou refusé.*

915. Celui à qui le serment a été déféré doit faire le serment, ou le référer à celui qui le lui a déféré : s'il ne fait ni l'un ni l'autre, il doit perdre sa cause : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle jurare, nec jusjurandum referre;* L. 38, ff. *eod. tit.*

Si la chose sur laquelle le serment a été déféré n'est pas du fait des deux parties, mais seulement de celle à qui il a été déféré, elle n'aura pas le choix de le référer, et elle sera tenue précisément de rendre son serment, à peine de perte de sa cause (1).

Si la partie fait le serment qui lui a été déféré, il résultera de son serment une présomption *juris et de jure*, de la vérité de la chose sur laquelle le serment lui aura été déféré et qu'il aura affirmée, contre laquelle aucune preuve contraire ne pourra être reçue (2), suivant que nous l'avons déjà observé en la section seconde.

Si elle réfère le serment, la partie à qui elle l'aura référé sera précisément tenue de rendre son affirmation, faute de quoi elle doit perdre sa cause : si elle rend son affirmation, ce qu'elle aura affirmé sera pareillement tenu pour avéré, sans qu'on puisse admettre aucune preuve du contraire.

Tout ceci est renfermé en la loi 34, § *fin.*, ff. *de Jurej.*

Lorsque c'est au défendeur que le serment a été déféré ou référé, le serment qu'il a fait, « qu'il ne devait pas ce qui lui était demandé, » lui donne, contre la demande, l'exception *jurisjurandi*, qui doit lui en faire donner congé avec dépens.

Cette exception étant fondée sur une présomption *juris et de jure*, elle exclut le demandeur d'être écouté à offrir la preuve que la partie a rendu son serment de mauvaise foi, et s'est parjurée.

C'est ce que nous enseigne Julien : *Adversùs exceptionem jurisjurandi, replicatio doli mali non debet dari, quum prætor id agere debet ne de jurejurando quæratur;* L. 15, ff. *de Except.*

Il n'y serait pas écouté, quand même il offrirait de faire cette preuve par des pièces nouvellement recouvrées : en cela le serment décisoire déféré ou référé par la partie, a plus de force que le serment supplétoire, dont nous traiterons *infrà*, art. 3 (3).

Gaïus, en la loi 31, ff. *de Jurej.*, observe cette différence.

Lorsque c'est au demandeur que le serment a été déféré ou référé, le serment qu'il a fait « que la chose qu'il a demandée lui était due ou lui apparte-

---

(1) *V.* art. 1361, C. civ.

Art. 1361 : « Celui auquel le serment « est déféré, qui le refuse ou ne con- « sent pas à le référer à son adver- « saire, ou l'adversaire à qui il a été « référé et qui le refuse, doit succom- « ber dans sa demande ou dans son « exception. »

(2) *V.* art. 1362, C. civ., ci-dessus, p. 486, note 2.

(3) *V.* art. 1363 : « Lorsque le ser- « ment déféré ou référé a été fait, « l'adversaire n'est point recevable à « en prouver la fausseté. »

Cependant l'art. 366, C. pén., porte : « Celui à qui le serment aura été dé- « féré ou référé en matière civile, et « qui aura fait un faux serment, sera « puni de la dégradation civique. »

Mais il faut remarquer qu'il n'est question que de l'action publique et de l'application de la peine. Les effets du serment prêté subsisteront entre les parties; la situation est la même que s'il y avait eu transaction sur l'intérêt civil, ou remise de l'action civile, ce qui n'empêcherait pas l'exercice de l'action publique. (Art. 2046, C. civ.)

Art. 2046 : « On peut transiger sur « l'intérêt civil qui résulte d'un délit. « —La transaction n'empêche pas la « poursuite du ministère public. »

Source : BIU Cujas

nait,»lui donnait, dans le droit romain, une action *in factum*, *ad instar* de l'action *judicati*, pour en obtenir la condamnation (L. 8; Cod. *de Reb. cred.*), sur laquelle action il n'était question que de savoir si le serment avait été régulièrement rendu, sans que la partie qui lui avait déféré ou référé le serment, pût être écoutée à proposer aucunes défenses au principal : *In quâ (actione) hoc solum quæritur an juraverit dari se oportere*; L. 9, § 1, *de Jurej.*—*Dato jurejurando non aliud quæritur, quàm an juratum sit; remissâ quæstione an debeatur*; L. 5, § 2, ff. *eod. tit.*

Parmi nous, le demandeur qui a fait ce serment peut poursuivre l'adjudication des conclusions de sa demande avec dépens, sans être tenu d'en apporter d'autres preuves, et sans que la partie qui lui a déféré ou référé le serment, puisse être écoutée à proposer aucunes défenses.

Cet effet du serment est une conséquence de ce principe du droit naturel : *Quid tam congruum fidei humanæ quàm ea quæ inter eos placuerunt servare?* L. 1, ff. *de Pact.*

En effet, lorsqu'une des parties défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision, et que celle des parties à qui le serment est déféré accepte la condition, et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui défère le serment de s'en tenir à ce qui aura été affirmé ; ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire.

Comme la convention ne se forme et ne produit d'obligation que par le concours des volontés des deux parties, il suit de là que celui qui a déféré le serment à sa partie, peut signifier une révocation de cette délation du serment, tant que la partie à qui il l'a déféré n'a pas encore accepté la condition en rendant son affirmation, ou du moins en déclarant qu'elle était prête à la rendre; L. 11, Cod. *de Rer. cr. et jurej.*

Observez que, quand il l'a révoqué, il ne peut plus le déférer une seconde fois (1), *eâd.* L. 11.

Lorsque la partie à qui j'ai déféré le serment a accepté la condition, et déclaré qu'elle était prête à le rendre, je ne puis plus révoquer la délation du serment (2), mais je puis la décharger de rendre son affirmation; et en ce cas, la chose sur laquelle elle était prête à la rendre sera tenue pour avérée, comme si elle l'avait rendue; L. 9, § 1, ff. *de Jur.*

916. Du principe que nous avons établi, « que le serment décisoire tire son effet de la convention que renferme la délation du serment entre celui qui l'a déféré et celui à qui il a été déféré,» il suit encore que, de même qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard de la chose qui a fait l'objet de la convention, et qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers (*Animadvertendum est ne conventio in aliâ re factâ, aut cum aliâ personâ, in aliâ re, aliâve personâ noceat,* L. 27, § 4, ff. *de Pact.*), de même aussi le serment décisoire ne peut avoir d'effet qu'à l'égard de la même chose sur laquelle le serment a été déféré.

Pour savoir si ce qu'on demande est la même chose sur laquelle le serment a été déféré, et qui a été terminée par ce serment, on peut appliquer toutes les règles que nous avons établies en la section précédente, art. 4, pour savoir quand ce qui est demandé, doit être censé la même chose que ce qui a été décidé par le jugement intervenu entre les parties.

---

(1) Notre Code ne reproduit point cette prohibition.

(2) *V.* art. 1364, C. civ.

Art. 1364 : « La partie qui a déféré « ou référé le serment, ne peut plus « se rétracter lorsque l'adversaire a « déclaré qu'il est prêt à faire ce ser- « ment. »

Source : BIU Cujas

Le serment pareillement ne doit avoir d'effet, ni faire tenir pour avéré le fait sur lequel la partie a rendu son affirmation, que vis-à-vis de celle qui le lui a déféré, et vis-à-vis de ses héritiers et autres qui auraient succédé à ses droits; mais il n'a aucun effet vis-à-vis des tiers (1) : *Jus jurandum alteri nec nocet, nec prodest;* L. 3, § 3, ff. *de Jurejur.*

C'est pourquoi si l'un des héritiers d'un défunt m'a assigné pour lui payer sa part d'une somme qu'il prétendait que je devais au défunt, qu'il m'ait déféré le serment sur la vérité de cette dette, et que j'aie rendu mon affirmation « que je ne dois rien au défunt », ce serment exclura bien cet héritier de me demander cette somme, mais il n'exclura pas son cohéritier de me demander sa part de cette somme; et s'il rapporte la preuve que je dois effectivement cette somme au défunt, je serai condamné à lui payer sa part, nonobstant le serment que j'ai fait *que je ne devais rien;* car ce serment n'a d'effet que vis-à-vis de celui qui me l'a déféré, et non vis-à-vis de son cohéritier.

917. Néanmoins si l'un de deux créanciers solidaires m'avait déféré le serment, et que j'eusse affirmé ne rien devoir, ce serment exclurait aussi son cocréancier (2); L. 28, ff. *de Jurejur.*

Il y en a une raison particulière; c'est que le paiement qui est fait d'une créance solidaire à l'un des créanciers solidaires, décharge le débiteur envers tous les autres: or, le serment qu'a fait le débiteur, *qu'il ne devait rien,* équipolle à un paiement qu'il aurait fait à celui qui lui défère le serment; *nam jusjurandum loco solutionis cedit* (L. 27) : par conséquent il doit le décharger envers tous (3).

918. De même que le serment décisoire ne fait preuve que contre celui qui l'a déféré, il n'en fait non plus qu'en faveur de celui à qui il a été déféré et qui a fait le serment, ou à qui il a été remis; L. 3, § 3, ff. *de Jurejur.*

Néanmoins si mon débiteur à qui j'ai déféré le serment a juré ne me rien devoir, je ne pourrai rien demander à ses cautions; car mon débiteur qui a fait ce serment, a intérêt que je ne demande rien à ses cautions qui auraient recours contre lui, si elles étaient obligées de me payer quelque chose; et c'est lui demander indirectement que de demander à ses cautions (4); L. 28, § 1, ff. *de Jurejur.*

Quid, vice versâ, si j'avais déféré le serment à la caution, et qu'elle eût juré qu'il n'est rien dû ?

La loi ci-dessus citée décide que ce serment profitera au débiteur principal, parce qu'il tient lieu de paiement (*eâd.* L. 27), et que le paiement fait par la caution libère le débiteur principal.

---

(1) *V.* art. 1365, 1er alinéa, C. civ. Art. 1365 : « Le serment fait ne « forme preuve qu'au profit de celui « qui l'a déféré ou contre lui, et au « profit de ses héritiers et ayants cause, « ou contre eux.—Néanmoins, le ser- « ment déféré par l'un des créanciers « solidaires au débiteur, ne libère ce- « lui-ci que pour la part de ce créan- « cier; — Le serment déféré au débi- « teur principal libère également les « cautions; — Celui déféré à l'un des « débiteurs solidaires profite aux co- « débiteurs;— Et celui déféré à la cau- « tion profite au débiteur principal.— « Dans ces deux derniers cas, le ser- « ment du codébiteur solidaire ou de « la caution ne profite aux autres co- « débiteurs ou au débitenr principal « que lorsqu'il a été déféré sur la « dette, et non sur le fait de la solida- « rité ou du cautionnement. »

(2) Décision contraire dans l'art. 1365, 2e alinéa : « Néanmoins, le ser- « ment déféré par l'un des créanciers « solidaires au débiteur, *ne libère ce- « lui-ci que pour la part de ce créan- « cier.* » (*V.* note précédente.)

(3) Notre Code a plutôt vu dans cette délation de serment une remise de dette qu'un paiement.

(4) Art. 1365, 3e alinéa : « *Le ser- « ment déféré au débiteur principal « libère également les cautions.* »

Source : BIU Cujas

Par la même raison, le serment déféré à l'un des codébiteurs solidaires profite à tous les autres (1).

Ces décisions ont lieu, pourvu que *de re et non de personâ jurantis juratum sit;* car, si la caution a juré seulement qu'*elle n'avait pas contracté de cautionnement*, le débiteur principal n'en peut tirer avantage; L. 28, § 1; L. 42, § 1, ff. *de Jurejur.*

Pareillement, si l'un des débiteurs solidaires a juré qu'*il n'a pas contracté l'obligation*, ses codébiteurs n'en peuvent tirer avantage (2).

Du principe « que le serment décisoire tire son effet et son autorité de la convention que renferme la délation de ce serment », on peut encore tirer cette conséquence, que, si la partie qui l'a déféré a quelque juste cause de restitution contre la convention par laquelle elle a déféré le serment à l'autre partie, elle peut, en se faisant restituer contre cette convention, faire tomber ce serment.

Le dol étant une cause de restitution contre toutes les conventions; si je puis prouver que c'est par un dol de votre part que vous m'avez engagé à vous déférer le serment, je puis, sur l'appel du jugement rendu à votre profit, en conséquence de votre serment, ou, si ce jugement est en dernier ressort, sur la requête civile contre ce jugement, prendre des lettres de rescision par lesquelles, sans avoir égard à l'acte par lequel je vous ai déféré le serment, ni à ce qui a suivi, les mêmes parties seront remises au même état qu'elles étaient avant ledit acte.

On peut apporter pour exemple de dol, la soustraction que vous m'auriez faite du titre qui établit la créance d'une certaine somme que j'ai contre vous.

Si, sur la demande que je vous ai faite de cette somme, n'ayant pas mon titre, je vous ai déféré le serment sur la vérité de ma créance; comme c'est, en ce cas, la soustraction que vous avez faite de mon titre, et par conséquent votre dol, qui m'a engagé à vous déférer le serment, je puis, si je viens à avoir la preuve de cette soustraction, me faire restituer contre l'acte par lequel je vous ai déféré le serment, comme ayant été engagé par votre dol à vous le déférer.

Cette décision n'est pas contraire à celle de la loi 15, *de Except.*, ci-dessus rapportée, n° 915, qui dit qu'*adversùs exceptionem jurisjurandi non debet dari replicatio doli mali;* car le dol dont il est parlé dans cette loi, n'est autre chose que le parjure que celui qui vous a déféré le serment prétendrait que vous auriez commis, en jurant, contre la vérité, ne pas devoir la somme demandée.

Celui qui vous a déféré le serment, n'est pas reçu à prouver ce parjure par le rapport des titres les plus décisifs, quoique nouvellement recouvrés; parce que le serment opère une présomption *juris et de jure*, qui fait réputer pour vrai ce que vous avez juré, et exclut toute preuve du contraire.

C'est pourquoi lorsque vous avez juré ne rien devoir, il ne peut plus y avoir lieu à la question *an debeatur;* L. 5, § 2, ff. *de Jurej.*

Mais comme le serment n'a cette autorité qu'autant qu'il a été valablement fait, et valablement déféré, il peut y avoir lieu à la question, « si le serment a été valablement fait, et valablement déféré; *Quæritur an juratum sit*, § 2 »; et celui qui l'a déféré, pour prouver qu'il n'a pas été valablement déféré, est reçu à prouver votre dol, c'est-à-dire les manœuvres que vous avez employées pour le réduire à vous le déférer, tel qu'est le vol ou la soustraction que vous lui auriez faite de son titre de créance (3).

La minorité étant une cause de restitution, les mineurs peuvent être quel-

---

(1) Art. 1365, 4e et 5e alinéa : « Ce- « lui déféré à l'un des débiteurs soli- « daires profite aux codébiteurs;

« Et celui qui est déféré à la cau- « tion profite au débiteur principal. »

(2) *V.* art. 1365, dernier alinéa, ci-dessus, p. 489, note 1.

(3) La loi admet également la resci-

Source : BIU Cujas

quefois reçus à se faire restituer contre l'acte par lequel lesdits mineurs, assistés de leur curateur, ou leurs tuteurs pour eux, auraient déféré le serment à la partie avec laquelle ils étaient en procès; mais ils ne doivent pas y être reçus indistinctement. Ils ne doivent pas l'être, lorsque n'ayant pas, au moment où ils ont déféré le serment à leur partie, une preuve suffisante du fait sur lequel ils l'ont déféré, ils n'ont fait, en le déférant, que ce qu'aurait fait en pareil cas une personne prudente.

C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Si minor detulerit, et hoc ipso captum se dicat, adversùs exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut Pomponius ait : Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam, sed prætorem debere cognoscere an captus sit, et sic in integrum restituere ; nec enim utique qui minor est, statim se captum docuit ;* L. 9, § 4, *de Jurej.*

ART. II. — Du serment de celui qui est interrogé sur faits et articles.

919. Lorsqu'une partie signifie des faits sur lesquels elle fait ordonner que l'autre partie sera interrogée par le juge, le serment que fait la partie interrogée, est bien différent du serment décisoire.

Au lieu que le serment décisoire fait preuve pour celui qui le fait, au contraire celui-ci ne fait aucune preuve en faveur de celui qui le fait : les réponses que fait la partie interrogée, ne font de preuve que contre elle, et n'en font aucune en sa faveur.

La raison de cette différence est, que celui qui fait interroger sa partie sur certains faits et articles, ne le fait pas dans l'intention de faire dépendre la décision de la question, de ce que la partie interrogée répondra et affirmera; mais elle ne lui fait subir cet interrogatoire que pour tirer à son profit quelques preuves ou présomptions des aveux que la partie interrogée fera, ou des contradictions dans lesquelles elle tombera; *ut confitendo vel mentiendo se oneret* (1); L. 4, ff. *de Interr. in jur. fac.*

920. Observez que celui qui veut prendre droit des aveux qu'a faits une partie dans ses réponses à l'interrogatoire, ne doit pas les diviser; mais il doit les prendre en entier.

---

sion d'une transaction, soit pour dol, soit pour rétention de titres qui prouvaient le droit de l'autre partie.

(1) L'art. 7 du tit. 10 de l'ordonnance de 1667 était ainsi conçu : « Le « juge, après avoir pris le serment, « recevra les réponses pour chacun « fait et article, et pourra même d'of- « fice interroger sur aucuns faits, « quoiqu'il n'en ait été donné copie. »

Le Code de procédure n'exige point le serment de celui qui est interrogé et avec raison. Voici comment s'exprimait à ce sujet l'orateur du Tribunat :

« Les réponses de l'interrogé ne « peuvent faire preuve en sa faveur; « en sorte que le serment qu'il a prêté « ne fait naître aucune confiance en « ses discours : on lui demande un « gage seulement de sa sincérité, en « même temps que l'on fait peser sur « son langage le soupçon juridique du « mensonge et de la dissimulation : et « ce soupçon est juste. Il est malheu- « reux, mais il est vrai cependant que « la vérité n'a pas toujours un asile « sûr dans ce que les hommes ont de « plus sacré.

« Mais si la loi ne met point de con- « fiance dans la foi que la partie in- « terrogée a jurée, pourquoi en exige- « t-elle le serment, et de quel droit « celui qui a provoqué l'interrogatoire, « peut-il demander un gage aussi so- « lennel de la vérité qu'il refuse de re- « connaître? Pourquoi enfin prescrire « le serment et établir la présomption « du parjure? Ce serment est donc « tout à la fois superflu et immoral; il « est un exemple de ces contradictions « contre lesquelles la philosophie s'é- « lève depuis longtemps, et que le si- « lence des préjugés doit enfin faire « disparaître. »

Source : BIU Cujas

Si, par exemple, n'ayant aucunes preuves du prêt que je prétends vous avoir fait d'une certaine somme d'argent, je vous fais interroger, et que, dans vos réponses, vous conveniez du prêt, mais que vous ajoutiez *que vous m'avez rendu cette somme*, je ne puis pas prendre droit de l'aveu que vous faites du prêt, et laisser à l'écart ce que vous avez ajouté, « que vous m'avez rendu la somme » ; mais il faut que je prenne votre déclaration en entier.

C'est pourquoi si je veux que votre aveu fasse foi du prêt, je dois consentir qu'il fasse aussi foi du paiement, sans que vous soyez obligé d'en faire aucune preuve, à moins que je ne fusse en état de prouver que le paiement n'a pu se faire dans le temps et dans le lieu auquel vous dites l'avoir fait. *Voyez* sur ces interrogatoires l'ordonnance de 1667, titre 10, et le *Commentaire* de M. Jousse.

ART. III. — Du serment appelé JURAMENTUM JUDICIALE.

921. Le *serment* appelé *juramentum judiciale*, est celui que le juge défère de son propre mouvement à l'une des parties.

Il y en a deux espèces :

1° celui que le juge défère pour la décision de la cause ; c'est celui qu'on entend par le nom général de *juramentum judiciale* ; on lui donne aussi quelquefois le nom de *serment supplétoire*, *juramentum suppletorium* ;

2° celui que le juge défère pour fixer et déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer ; on appelle ce serment (1) *juramentum in litem*.

§ Ier. *Du serment que le juge défère pour la décision de la cause.*

922. L'usage de ce serment est établi sur la loi 31, ff. *de Jurej.*, où il est dit : *Solent judices in dubiis causis exacto jurejurando secundùm eum judicare qui juraverit* ;—et sur la loi 3, Cod. *de Reb. cred.*, où il est dit : *In bonæ fidei contractibus, necnon in cæteris causis, inopiâ probationum, per judicem jurejurando, causâ cognitâ, rem decidi oportet.*

Il résulte de ces textes, qu'il faut que trois choses concourent pour qu'il y ait lieu à ce serment :

1° Il faut que la demande ou les exceptions ne soient pas pleinement justifiées ; c'est ce qui résulte de ces termes de la loi 3, Cod. *de Reb. cred. inopiâ probationum.*

Lorsque la demande est pleinement justifiée, le juge condamne le défendeur, sans avoir recours au serment : et pareillement lorsque les exceptions sont pleinement justifiées, il renvoie de la demande du défendeur, sans y avoir recours.

2° Il faut que la demande ou les exceptions, quoique non pleinement justifiées, ne soient pas néanmoins dénuées de preuves ; c'est le sens de ces termes, *in causis dubiis*, dont se sert la loi 31.

Elle appelle de ce nom celles dans lesquelles la demande ou les exceptions ne sont ni évidemment justes, faute d'une preuve pleine et complete, ni évidemment injustes, à cause du commencement de preuve qui se trouve (2) :

---

(1) *V.* art. 1366, C. civ., même décision.

Art. 1366 : « Le juge peut déférer « à l'une des parties le serment, ou « pour en faire dépendre la décision « de la cause, ou seulement pour dé- « terminer le montant de la condam- « nation. »

(2) *V.* art. 1367, C. civ.

Art. 1367 : « Le juge ne peut dé- « férer d'office le serment, soit sur la « demande, soit sur l'exception qui y « est opposée, que sous les deux con- « ditions suivantes : il faut : —1° Que « la demande ou l'exception ne soit « pas pleinement justifiée ;—2° Qu'elle « ne soit pas totalement dénuée de « preuves.—Hors ces deux cas, le juge « doit ou adjuger ou rejeter purement « et simplement la demande. »

Source : BIU Cujas

In quibus, comme dit Vinnius, *Sel. quæst.* 1, 44, *Judex dubius est, ob minùs plenas probationes allatas.*

3° Il faut que le juge entre en connaissance de cause, pour estimer s'il doit déférer ce serment, et à laquelle des parties il le doit déférer; c'est ce qui résulte de ces termes de la loi 31, *causâ cognitâ.*

923. Cette *connaissance de cause* consiste dans l'examen du mérite de la preuve, de la qualité du fait, et des qualités des parties.

Lorsque la preuve du fait d'où dépend la décision de la cause, et qui sert de fondement à la demande ou aux exceptions de la demande, est complète, le juge ne doit pas déférer le serment, mais il doit donner gain de cause à celui qui a fait la preuve.

Néanmoins si le juge, pour assurer davantage sa religion, lui avait, en ce cas, déféré le serment, et que le fait sur lequel il le lui a déféré, fût le propre fait de cette partie, qu'elle ne peut ignorer; cette partie ne devrait pas refuser de le rendre, et elle ne serait pas écoutée à appeler de la sentence; car, quoique le juge eût pu et même dû, la preuve paraissant complète, lui donner gain de cause, sans exiger d'elle son serment, il ne lui a pas néanmoins fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne coûte rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai : le refus qu'elle fait d'affirmer ce fait, atténue et détruit la preuve qu'elle en avait faite.

924. Lorsque le demandeur n'a aucune preuve du fait qui sert de fondement à sa demande, ou que celle qu'il a ne forme que de très légers indices ou présomptions, le juge ne doit pas lui déférer le serment, quelque digne de foi qu'il soit; et il doit donner congé de sa demande.

Néanmoins si ces indices, quelque légers qu'ils soient, forment quelque doute dans l'esprit du juge, il peut, pour assurer sa religion, déférer le serment au défendeur.

Pareillement lorsque, la demande étant justifiée, les exceptions proposées contre la demande ne se trouvent appuyées que d'indices trop légers pour que l'affirmation du défendeur puisse en compléter la preuve, le juge peut, si bon lui semble, en donnant gain de cause au demandeur, prendre son serment, pour assurer davantage sa religion.

Je ne conseillerais pas néanmoins aux juges d'user souvent de cette précaution, qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures.

Quand un homme est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment, pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû, et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit; et, quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer.

Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession, j'ai vu une infinité de fois déférer le serment, et je n'ai pas vu arriver plus de deux fois, qu'une partie ait été retenue par la religion du serment, de persister dans ce qu'elle avait soutenu.

925. Lorsque la preuve du fait qui sert de fondement à la demande est déjà considérable, quoiqu'elle ne soit pas tout à fait complète, c'est le cas auquel le juge doit se décider par le serment de l'une des parties; il peut même, en ce cas, le déférer au demandeur, pour suppléer par ce serment à ce qui manquait à la preuve qu'il a faite.

Il faut néanmoins excepter de cette règle les causes de grande importance, telles que les causes de mariage.

Dans ces causes, ce qui manque à la preuve de la demande, ne peut se suppléer par le serment du demandeur; et le défendeur en doit toujours obtenir le congé, lorsqu'elle n'est pas pleinement justifiée.

Dans les causes ordinaires, de même que ce qui manque à la preuve qu'un demandeur était chargé de faire, peut se suppléer par son serment; pareillement, lorsque le demandeur étant fondé en titre, la décision de la cause dé-

Source : BIU Cujas

pend de la preuve des faits qui servent de fondement aux exceptions du défendeur contre la demande, et que la preuve que le défendeur est obligé de faire est considérable, sans être tout à fait complète, le juge peut déférer le serment au défendeur pour la compléter.

Le juge doit aussi, pour le choix de la partie à qui il défère le serment, avoir égard à la qualité des parties, considérer qu'elle est celle qui est la plus digne de foi, ou qui doit avoir plus de connaissance du fait; il doit se déterminer *inspectis personarum et causæ circumstantiis*. Cap. *fin.* x. *de Jurejur.*

926. Dumoulin, *ad* L. 3, Cod. *de Reb. cred.*, rapporte pour exemple d'une preuve incomplète, et néanmoins assez considérable pour pouvoir être complétée par le serment du demandeur celle qui résulte d'une confession extrajudiciaire du débiteur, lorsqu'elle a été faite hors la présence du créancier, ou lorsqu'elle a été faite en la présence du créancier, à la vérité, mais sans être circonstanciée, et sans que le débiteur ait exprimé la cause de la dette.

Les livres des marchands sont aussi en leur faveur une preuve incomplète des créances de leur commerce qui y sont inscrites, laquelle peut être complétée par leur serment, lorsqu'ils sont gens d'une probité connue (1); *suprà*, n° 753.

Les docteurs rapportent pour exemple de preuve qui peut se compléter par le serment du demandeur, la déposition d'un seul témoin, lorsque ce témoin est un homme digne de foi; mais il paraît que par notre droit ce n'est que dans les matières très légères que la déposition d'un seul témoin, jointe au serment du demandeur, suffit pour adjuger la demande (2); Voyez *suprà*, n° 817.

927. Quoique, en première instance, la cause ait été décidée par le serment qui a été déféré à l'une des parties, cela n'empêche pas le juge d'appel de le déférer à l'autre partie, s'il croit que la chose doit se décider par le serment de cette partie, plutôt que par le serment de celle à qui il a été déféré en première instance : c'est ce que nous voyons tous les jours se pratiquer.

928. Il reste à observer une différence entre le serment qui est déféré par le juge, et celui qui est déféré par une partie; savoir, que celui qui est déféré par une partie, peut lui être référé; au lieu que, lorsqu'il est déféré par le juge, la partie à qui il est déféré doit faire le serment, ou perdre sa cause (3).

Telle est la pratique du barreau, qui est mal à propos taxée d'erreur par Faber.

Il suffit, pour la justifier, de faire attention au sens du mot *référer* : pour qu'on puisse dire proprement que je *réfère* le serment à ma partie adverse, il faut que ce soit elle qui me l'ait déféré; voyez *Vinnius Sel. quæst.* 143.

§ II. *Du serment appelé* juramentum in litem.

929. Le serment appelé *juramentum in litem*, est celui que le juge défère à une partie, pour fixer et déterminer la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer à son profit.

---

(1) C'est probablement ce que voulaient dire les rédacteurs du Code civil, dans la disposition finale de l'art. 1329.

Art. 1329 : « Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. »

(2) Nos lois nouvelles n'ont point déterminé le nombre de témoins nécessaire pour former la conviction du juge.

(3) *V.* art. 1368, C. civ.

Art. 1368 : « Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre. »

Source : BIU Cujas

Les interprètes du droit romain en distinguent deux : celui qu'ils appellent *juramentum affectionis*, et celui qu'ils appellent *juramentum veritatis*.

Juramentum affectionis était celui que le juge me déférait pour estimer, non le prix que valait en elle-même la chose à moi appartenant, dont j'étais privé par le dol de la partie adverse, mais le prix de l'affection que j'avais pour cette chose.

Le juge réglait, en ce cas, la condamnation de la somme en laquelle il devait condamner envers moi ma partie adverse, sur celle à laquelle je jurais que j'estimais de bonne foi mon affection pour cette chose; et cette estimation d'affection pouvait surpasser la véritable valeur de cette chose.

C'est de ce serment qu'Ulpien dit : *Non ab judice doli æstimatio ex eo quod interest sit, sed ex eo quod in litem juratur;* L. 64, ff. *de Judic.*; et ailleurs : *Res, ex contumaciâ, æstimatur ultra rei pretium;* L. 1, ff. *de In lit. jur.*

Ce *juramentum affectionis* n'a pas lieu dans nos usages; nous n'y avons admis que le *juramentum veritatis*.

930. Il y a lieu à ce serment toutes les fois que le demandeur a justifié qu'il était bien fondé dans sa demande en restitution de certaines choses, et qu'il n'y a d'incertitude que sur la somme à laquelle le défendeur doit être condamné, faute de faire la restitution desdites choses, dont la valeur n'est connue que du demandeur à qui elles appartiennent.

Le juge, en ce cas, pour régler la quantité de la condamnation qu'il doit prononcer, s'en rapporte à l'estimation que le demandeur fera de la véritable valeur des choses dont il demande la restitution, après que ce demandeur a préalablement prêté serment de faire cette estimation en conscience.

Par exemple, si un voyageur a donné sa valise en dépôt à un aubergiste, et que cette valise ait été volée dans l'auberge; le dépôt étant constant, et le voyageur qui en demande la restitution, ayant seul connaissance de ce qu'il y avait dans sa valise, le juge, pour se déterminer sur la somme en laquelle il doit condamner l'aubergiste faute de représenter la valise, ne peut faire autrement que de s'en rapporter au serment du voyageur, sur la valeur des choses contenues en sa valise.

931. Chez les Romains, le juge laissait souvent au demandeur une liberté indéfinie sur la somme à laquelle il pourrait jurer qu'il estimait les choses dont il demandait la restitution : *Jurare in infinitum licet;* L. 4, § 2, ff. *de In litem jur.*

Il était néanmoins laissé à la prudence du juge, lorsqu'il le jugeait à propos, de limiter une somme au delà de laquelle l'estimation ne pouvait pas être portée : *Judex potest præfinire certam summam usque ad quam juretur;* L. 5, § 1, ff. *eod. tit.*

Selon nos usages, le juge, après avoir entendu les parties, limite la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur doit être cru à son serment sur la valeur des choses dont il demande la restitution (1).

Il doit avoir égard, pour fixer cette somme, à la qualité de la personne du demandeur, au plus ou au moins de vraisemblance qui paraît dans ses allégations : la qualité de la cause doit aussi entrer en considération.

---

(1) *V.* art. 1369, C. civ., qui consacre cette décision.

Art. 1369 : « Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut « être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement « cette valeur.—Le juge doit même, « en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. »

Source : BIU Cujas

Dans l'estimation des choses dont l'estimation est demandée, on doit beaucoup moins épargner un défendeur qui serait convaincu d'être complice du vol qui en a été fait, que celui qui n'aurait péché que par imprudence et par défaut de soin.

Quand même le juge s'en serait rapporté, sur l'estimation, au serment du demandeur, sans lui limiter la somme, il ne serait pas tellement astreint à la suivre, qu'il ne pût s'en écarter, s'il la trouvait excessive : *Etsi juratum fuerit, licet judici absolvere, vel minoris condemnare;* L. 5, § 2, ff. *eod. tit.*

FIN DU TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

Source : BIU Cujas

APPENDICE

AU

TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

DE LA PRESTATION DES FAUTES.

Observation générale sur le précédent traité, et sur les suivants.

Dans les différents traités que j'ai donnés des différents contrats et quasi-contrats, j'ai suivi la doctrine commune de tous les interprètes sur la *prestation de la faute* qui a lieu dans chaque contrat, par rapport à la chose qui en fait l'objet. J'ai, en conséquence, distingué trois degrés de faute; la *faute lourde*, la *légère* et la *très légère*. *V.* ci-dessus, n° 142, p. 66.

Suivant cette doctrine, la *faute lourde, lata culpa*, consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires. Cette faute est opposée à la *bonne foi*.

Levis culpa, la *faute légère*, est celle qui consiste à ne pas apporter à l'affaire d'autrui le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires. Elle est opposée à la *diligence commune*.

Enfin *levissima culpa* est la *faute* qui consiste à ne pas apporter le soin que les personnes les plus attentives apportent à leurs affaires. Cette faute est opposée à la *diligence très exacte, exactissima diligentia*.

Pour décider de quelle espèce de faute le débiteur est tenu dans chacun des différents contrats et quasi-contrats, j'ai, suivant la doctrine commune, établi trois principes qui paraissent tirés de la loi 5, § 1, ff. *Commod.*

Le premier est que, « dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, et il n'est tenu en conséquence que de la *faute lourde*. »

Nous avons, suivant ce principe, décidé dans notre *Traité du Contrat de Dépôt*, que, dans ce contrat, on n'exige ordinairement du dépositaire que de la *bonne foi*, et qu'il n'est tenu que de la *faute lourde, de latâ culpâ*.

Nous avons observé que ce principe souffrait exception à l'égard du contrat de mandat et du quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Quoiqu'il soient faits pour le seul interêt de la partie dont l'autre partie se charge de gérer l'affaire, néanmoins on n'y exige pas seulement de la bonne foi de la part de celui qui l'a gérée, et qui en doit rendre compte, mais on exige encore de lui un soin proportionné à la nature de cette affaire.

La raison est qu'une gestion d'affaires, qui est la chose qui fait l'objet du contrat *mandati*, et du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, étant une chose

Source : BIU Cujas

qui par sa nature exige un certain soin, la partie qui se charge de la gestion de l'affaire, est censée se charger d'apporter le soin nécessaire pour cette gestion : *Spondet diligentiam gerendo negotio parem.*

Le second principe est que, « dans les contrats et quasi-contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties, tels que sont les contrats de vente, de louage, de nantissement, de prêt, de société, et le quasi-contrat de communauté, on exige pour la chose qui fait l'objet du contrat, le soin que tout homme sage apporte ordinairement à ses affaires; et qu'en conséquence dans ces contrats, le débiteur est tenu de la *faute légère* ».

Le troisième principe est que, « dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt de la partie qui a reçu et qui doit rendre la chose qui fait l'objet du contrat, tel qu'est le contrat du prêt à usage, *commodatum*, on exige, par rapport à cette chose, le soin le plus exact, et le débiteur est tenu de la *faute la plus légère* ».

Nous avons observé que les jurisconsultes romains ne font quelquefois qu'une division bipartite des contrats; savoir, de ceux qui n'exigent dans les parties contractantes que de la bonne foi, et de ceux qui exigent un certain soin plus ou moins grand, selon la nature du contrat. Mais le second membre de cette division étant sujet à une subdivision, je veux dire de ceux qui n'exigent qu'un soin ordinaire, et de ceux qui exigent le soin le plus exact, cela revient à la division tripartite ci-dessus exposée.

Pareillement les jurisconsultes romains ne font quelquefois qu'une division bipartite des prestations; savoir, celle *du dol* et celle *de la faute.*

La *prestation du dol*, qui a lieu dans les contrats qui n'exigent que de la bonne foi, comprend sous le terme *dolus*, non-seulement la malice et le dessein de nuire, mais aussi la *faute lourde, lata culpa,* comme étant opposée à la bonne foi requise dans le contrat; et c'est en ce sens que les lois disent que *lata culpa comparatur dolo, lata culpa dolus est.*

Le second membre de la division, qui est la prestation de la faute, comprend les deux autres espèces de faute, la *légère* et la *plus légère, levem et levissimam*, sous le terme générique de *faute,* en tant que ce terme *culpa* est opposé à *dolus*, et en tant que les contrats qui exigent un soin plus ou moins grand, et dans lesquels il y a lieu à la prestation de la faute, sont opposés à ceux qui n'exigent que de la bonne foi, et dans lesquels il n'y a lieu qu'à la prestation du dol.

Telle est la division qui se trouve dans la fameuse loi *Contractus,* ff. *de Reg. jur.*

Mais dans cette division bipartite des prestations, le second membre de la division, qui est la prestation de la faute, est sujet à une subdivision; savoir, de la prestation de la *faute légère*, et de la prestation de la *faute la plus légère;* de manière que les trois degrés de faute ci-dessus exposés, se retrouvent; et la loi 5, § 1, ff. *Commod.*, qui établit trois espèces de prestations, se concilie avec la loi *Contractus*, qui paraît n'en établir que deux.

Telle avait été jusqu'à présent la doctrine unanimement tenue par tous les interprètes des lois romaines, et par les auteurs des traités de droit.

C'est la doctrine des Accurse, des Alciat, des Cujas, des Duaren, des d'Avezan, des Vinnius, des Heineccius; et ceux mêmes qui se sont le plus appliqués à combattre les opinions communément reçues, et à proposer des nouveautés, tel qu'Antoine Faber, ne s'en sont jamais écartés.

Néanmoins il a paru en 1764 une dissertation sur la *Prestation des fautes,* imprimée à Paris, chez Saugrain, dans laquelle M. Le Brun, avocat au Parlement de Paris, combat cette doctrine.

Il m'a fait l'honneur de m'en faire présent. Je l'ai lue avec un grand plaisir,

Source : BIU Cujas

et je suis charmé de trouver l'occasion de lui en témoigner publiquement ma reconnaissance (1).

Cet auteur soutient que la doctrine que nous venons d'exposer est une pure invention des interprètes, qui n'ont pas pris le véritable sens des lois.

Il prétend qu'on ne doit pas faire trois degrés de fautes, ni faire une distinction de la *diligence commune et ordinaire*, et de la *diligence très exacte*, ni une différence des contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties contractantes, *in quibus utriusque contrahentis vertitur utilitas*, et de ceux qui se font pour le seul intérêt de la partie débitrice de la restitution de la chose qui fait l'objet du contrat.

Il n'y a, selon lui, que deux espèces de *diligence ;* l'une qui se mesure sur celle qu'un homme attentif à ses affaires a coutume d'y apporter, *qualem diligens paterfamilias adhibere solet ;* et l'autre qui ne se mesure que sur celle que le débiteur de qui on l'exige, a coutume d'apporter à ses propres affaires, *rebus suis consuetam diligentiam.*

Lorsque la chose qui fait l'objet du contrat appartient entièrement ou est due entièrement à celui à qui le débiteur est tenu de la rendre ou de la donner, le débiteur est, par rapport à cette chose, obligé à la première espèce de diligence, et il n'importe que le contrat ait été fait pour son seul intérêt, ou pour l'intérêt réciproque des parties.

C'est pourquoi un emprunteur n'est pas tenu, suivant cet auteur, par rapport à la chose qui lui a été prêtée, à une autre diligence que celle dont est tenu un locataire par rapport à la chose qui lui a été donnée à loyer; ils sont tenus l'un et l'autre à la première espèce de diligence, qui est celle qu'un homme attentif à ses affaires a coutume d'y apporter : c'est à cette diligence que sont obligés un vendeur par rapport à la chose vendue qu'il doit à l'acheteur; un mandataire, un *negotiorum gestor*, par rapport aux choses dont ils ont eu l'administration, etc.

Lorsque les choses qui font l'objet du contrat appartiennent en commun aux parties contractantes, on ne doit exiger de chacune des parties, par rapport à la gestion qu'elle a eue desdites choses, et dont elle doit rendre compte à l'autre partie, que l'autre espèce de diligence, qui est celle qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires, *rebus suis consuetam diligentiam.* Ce n'est que cette espèce de diligence qu'on exige du rendant compte dans les actions *pro socio, familiæ erciscundæ, et communi dividendo.*

Tel m'a paru être en substance le système de la dissertation.

L'auteur, qui m'a paru très versé dans la connaissance des lois romaines, rapporte dans cette dissertation toutes celles qui traitent de la matière, et il en donne des explications très ingénieuses.

Quelque spécieux que soient les arguments par lesquels il prétend établir son système, je n'ai pas été convaincu, et je suis demeuré attaché à l'ancienne doctrine, que je ne trouve pas si absurde qu'il voudrait le persuader.

Je ne vois aucune absurdité à distinguer trois degrés de faute ; à distinguer la *diligence exacte* et la *diligence très exacte ;* à se contenter de la première dans les contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties, et à exiger la *diligence très exacte* dans le contrat qui a été fait pour le seul intérêt de la partie de qui on l'exige.

C'est une absurdité, dit l'auteur du nouveau système, de penser que, dans

---

(1) Nous croyons utile de reproduire ici et de mettre sous les yeux du lecteur, L'ESSAI SUR LA PRESTATION DES FAUTES, par M. Lebrun, avocat au Parlement de Paris, ouvrage devenu extrêmement rare : la lecture de cet opuscule nous a paru nécessaire pour bien saisir le sens de la dissertation de Pothier sur *les fautes ;* car cette dissertation, sous le nom d'*observation générale*, est une espèce de réponse à celle de M. Lebrun.

Source : BIU Cujas

les contrats qui se font pour l'intérêt réciproque des parties, tel qu'est le plus grand nombre des contrats, les lois permettent la négligence par rapport à la chose qui fait l'objet du contrat.

Or, dit l'auteur, en décidant, selon la doctrine commune, que, dans ces contrats, le débiteur n'est tenu que de la faute légère, et non de la faute très légère, c'est permettre, dans ces contrats, quelque négligence; car la faute très légère dont on décide que le débiteur n'est pas tenu dans ces contrats, est une négligence qui, pour être très légère, n'en est pas moins une négligence.

On peut, ce me semble, répondre qu'on ne permet pas la négligence dans les contrats faits pour l'intérêt réciproque des parties, mais qu'on estime dans ces contrats la négligence moins rigoureusement qu'on ne l'estime dans ceux faits pour le seul intérêt du débiteur.

Par exemple, dans le contrat de louage, le locataire n'est pas jugé coupable de négligence, lorsqu'il a apporté pour la conservation de la chose qui lui a été louée, tout le soin que les hommes ont, pour la plupart, coutume d'avoir des choses qui leur appartiennent : il est censé, en contractant, ne s'être obligé qu'à ce soin.

Le locateur qui se fait payer du prix de l'usage qu'il accorde de sa chose, ne doit donc pas être écouté à exiger de lui davantage, ni à vouloir faire regarder comme une négligence de la part de ce locataire, le défaut de quelque attention ou de quelque prévoyance qui eût pu ne pas échapper à une personne plus attentive qu'on ne l'est communément, et qui eût empêché la perte ou la détérioration de la chose.

Au contraire, dans le contrat de prêt à usage, qui est fait pour le seul intérêt de l'emprunteur, la négligence de l'emprunteur, à l'égard de la chose qui lui a été prêtée, s'estime dans toute la rigueur : le prêteur, qui ne doit pas souffrir du bienfait qu'il a fait à l'emprunteur en lui accordant gratuitement l'usage de sa chose, a droit d'exiger de lui, pour la conservation de la chose qu'il lui a prêtée, non-seulement le soin ordinaire que le commun des hommes apporte à la conservation de son bien, mais tout le soin possible (eu égard néanmoins à la qualité de la personne de l'emprunteur). Si l'emprunteur ne se sent pas capable de ce soin, il ne doit pas emprunter; c'est pourquoi on lui impute à négligence, non-seulement le défaut du soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires, mais même le défaut d'une attention ou d'une prévoyance qui n'eût pas échappé aux personnes de la qualité de celle de l'emprunteur, qui sont les plus attentives.

Cette manière d'estimer plus ou moins rigoureusement la faute et la négligence, suivant la différente nature des contrats, ne me paraît contenir aucune absurdité; elle me paraît au contraire très raisonnable, et devoir être suivie, quand même la loi 5, § 1, ff. *Commod.*, ne s'en serait pas expliquée aussi clairement qu'elle l'a fait.

Je n'entreprendrai point de réfuter les arguments par lesquels l'auteur de la dissertation combat l'ancienne doctrine, et prétend établir la sienne; cela dégénérerait en une querelle littéraire, dans laquelle je ne veux point entrer.

La réponse à ceux qu'il tire des différentes lois rapportées dans sa dissertation, se trouve dans les notes que j'ai faites sur ces lois dans mon ouvrage sur les *Pandectes*; je les ai tirées de Cujas et d'autres interprètes de réputation.

J'observerai seulement que, si la doctrine commune a ses difficultés, le nouveau système de l'auteur n'en est pas exempt.

Par exemple, l'auteur dit « que la diligence qu'on exige d'un associé dans le compte de la gestion qu'il a eue des affaires communes, ne doit pas se mesurer, comme dans les autres contrats, à celle que le commun des hommes a coutume d'apporter à ses affaires, mais à celle que cet associé apporte à ses propres affaires ».

Source : BIU Cujas

Je demande à l'auteur comment, dans la pratique, le juge devant qui cet associé rend son compte, pourra connaître quelle est la diligence que cet associé apporte dans ses propres affaires, pour y mesurer celle qu'il a dû apporter à la gestion dont il rend compte ?

Un juge peut bien estimer quelle est la diligence que le commun des hommes apporte à ses affaires ; mais il ne peut pas deviner quelle est celle que cet associé, qu'il ne connaît pas, apporte à ses propres affaires ; il présume que c'est celle que le commun des hommes y apporte.

En mesurant, suivant le nouveau système, la diligence dont un associé est tenu à l'égard de la gestion des affaires communes, à celle qu'il apporte à ses propres affaires, on réduit le contrat de société, et le quasi-contrat de communauté, à la classe de ceux qui n'exigent rien autre chose que de la bonne foi : car c'est une chose opposée à la bonne foi, que de n'avoir pas pour l'affaire d'autrui le même soin qu'on a pour les siennes : *Non salvâ fide*, dit la loi 32, ff. *Depositi*, en parlant d'un dépositaire, *minorem quàm suis rebus diligentiam præstabit.* Si, dans ces contrats, le débiteur n'est pas condamnable pour n'avoir pas apporté à la conservation de la chose qui fait l'objet du contrat, le soin ordinaire que le commun des hommes apporte à ses affaires, c'est parce qu'on présume favorablement que, s'il a été négligent à l'égard de la chose qui fait l'objet du contrat, il l'est pareillement à l'égard de celles qui lui appartiennent.

Mais lorsqu'il est justifié qu'il a eu pour les choses qui lui appartiennent, un soin qu'il n'a pas eu pour la chose qui fait l'objet du contrat ; comme par exemple, si, dans un incendie, un dépositaire a sauvé de l'incendie les choses qui lui appartenaient, et a laissé périr celle qui lui a été donnée en dépôt, et qu'il était également à portée de sauver, il est condamnable, comme ayant manqué à la bonne foi, en n'ayant pas eu pour la chose qui lui avait été donnée en dépôt, le même soin qu'il a eu pour les siennes.

Donc, en mesurant la diligence que doit avoir un associé pour les choses qui appartiennent à la société, à celle qu'il a pour les siennes propres, on n'exige pas plus de lui que ce qu'on exige d'un dépositaire.

De cette manière, on met le contrat de société et le quasi-contrat de communauté dans la classe des contrats qui n'exigent que de la bonne foi, *qui dolum duntaxat recipiunt* ; ce qui est évidemment opposé à la la loi *Contractus*, 23, ff. *de Reg. jur.*, qui distingue deux classes de contrats ; l'une, de ceux *qui dolum duntaxat recipiunt*, dans laquelle elle place le contrat de dépôt ; l'autre, de ceux qui, outre la bonne foi, exigent encore la diligence par rapport à la chose qui fait l'objet du contrat ; et c'est dans cette seconde classe qu'elle place le contrat de société et le quasi-contrat de communauté : *Contractus quidam*, dit la loi, *dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam : dolum tantùm depositum.... societas et rei communio dolum et culpam recipit.*

Au reste, quoique l'auteur n'ait pu me persuader d'embrasser son système (ce qu'il doit pardonner à un vieillard à qui il n'est pas facile de se départir de ses anciennes idées), je dois cette justice à sa dissertation, qu'elle est très ingénieuse et très savante, et qu'elle mérite d'être lue par tous ceux qui ont quelque goût pour la jurisprudence.

FIN DE L'APPENDICE.

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

ESSAI

SUR

LA PRESTATION DES FAUTES,

OU L'ON EXAMINE COMBIEN LES LOIS ROMAINES EN DISTINGUENT D'ESPÈCES.

Par LE BRUN, avocat au Parlement de Paris.

§ Ier. — Définition de la faute, ses différentes espèces.

Tout homme qui a des choses qui appartiennent à un autre, ou qu'il lui doit, ou qui gère ses affaires, est obligé d'en avoir plus ou moins de soin, selon la différence des cas. Ce soin s'appelle en droit *diligence*, et l'omission de ce soin *dol* ou *faute*, selon qu'elle est accompagnée ou non du dessein de nuire. C'est une fameuse question de savoir combien les lois romaines distinguent d'espèces, ou plutôt de degrés de faute. Barthole, et après lui une foule d'anciens interprètes, en ont compté cinq ; les interprètes modernes en reconnaissent trois. J'entreprends de prouver qu'il n'y en a que deux.

En examinant les lois, j'observe d'abord qu'elles distinguent deux espèces de diligence : la diligence d'un bon père de famille, et celle dont on a coutume d'user dans ses propres affaires. Commençons par expliquer ce que c'est que la diligence d'un bon père de famille ; car tous les interprètes semblent l'avoir ignoré.

Par l'ancien droit, tout citoyen qui n'était pas soumis à la puissance paternelle s'appelait *pater familias*, soit qu'il eût famille ou non. Les fils de famille ne pouvaient rien acquérir pour eux-mêmes ; ils acquéraient tout à ceux sous la puissance desquels ils étaient. Quand on leur eût accordé la propriété et la libre jouissance des pécules castrenses et quasi-castrenses, ils furent à cet égard considérés *vice patrum familiarum* (L. 2, ff. *de Senat. maced.*) *Diligens pater familias* signifie donc un homme qui a un grand soin de ses affaires. Cela est si vrai, qu'au lieu de cette expression, on trouve quelquefois celle-ci : *Vir diligens*, *homo frugi*, et autres semblables, et que les Grecs se servent indifféremment des mots ἐπιμελὴς ἀνὴρ, ἀνθρώπος, pour rendre toutes ces expressions. En effet, la conduite d'un homme qui veille à ses intérêts avec une exactitude entière, était un bon modèle à proposer à ceux qui sont chargés des intérêts d'autrui. J'ai cru néanmoins pouvoir traduire *diligens pater familias*, par *diligent père de famille*. Car, quoique l'expression française ne rende point le sens de l'expression latine, nos lois et nos jurisconsultes l'ont employée dans ce sens-là.

Qu'est-ce donc que la *diligence d'un bon père de famille*, et quand est-on réputé avoir obéi à la règle qui la prescrit ?

Si c'était par la nature des moyens qu'on prend pour écarter les dommages qu'on distinguât cette diligence, il serait impossible que la règle fût juste dans aucun cas ; car, si les lois donnaient pour exemple à imiter la précaution qu'emploie un homme industrieux et expérimenté, tous ceux qui n'auraient point

Source : BIU Cujas

autant de sagacité et d'expérience seraient incapables d'observer la règle; et si c'étaient les précautions que prend un homme d'une capacité commune, qui fussent les modèles qu'on dût suivre, il y aurait encore plusieurs personnes qui ne pourraient accomplir la règle, et il y en aurait beaucoup d'autres dont la négligence demeurerait impunie.

Pour que la règle soit à la portée de tout le monde, et qu'elle exige de chacun autant qu'elle en doit exiger, il faut que ce soit l'usage que chacun fait de sa capacité, qui établisse la *diligence* ou la *négligence*. Dans cette hypothèse, un homme est *diligent*, lorsqu'il fait usage de toute sa prudence, de toute son industrie, toutes ses lumières. Ainsi un homme d'esprit peut être moins diligent qu'unhomme stupide, même en se servant de meilleurs moyens pour réussir.

Ce n'est pourtant pas toujours sur la véritable capacité des personnes qu'on règle leurs devoirs.

Par exemple, si quelqu'un fait profession publique d'un art ou d'un métier, il est censé avoir la capacité nécessaire pour l'exercer. Cette présomption étant fondée sur son fait, il est juste qu'il réponde de son incapacité. L'utilité publique fait souvent aussi présumer une certaine capacité, contre laquelle on n'admet pas de preuves.

Enfin il arrive rarement dans la pratique, que le juge puisse connaître parfaitement la capacité des parties, il faut donc qu'il saisisse les plus fortes présomptions que lui présentent les circonstances.

Voyons maintenant pourquoi les lois romaines distinguent deux espèces de diligence. Cette distinction est fondée sur ce qu'il y a des choses dont la propriété nous est commune avec d'autres personnes, et d'autres dont nous ne sommes que simples détenteurs, ou dont nous nous sommes engagés à faire la tradition, et qui, par cette obligation, peuvent être considérées comme ne nous appartenant plus.

Dans les premières, il faut, autant qu'il est possible, concilier nos droits avec ceux d'autrui. La meilleure manière de les concilier est de soigner les choses communes comme les nôtres. Si nous nous permettions des négligences, nous blesserions les droits d'autrui, si nous ne pouvions traiter les choses communes comme étant à nous, nous perdrions l'exercice de notre droit de propriété. La règle qui prescrit la diligence d'un bon père de famille, ne concernant que les choses qui appartiennent en totalité à autrui, ne reçoit point ici d'application.

Dans les choses dont nous sommes simples détenteurs, ou dont nous devons faire la tradition, notre capacité réelle ou présumée est notre boussole. La manière dont nous administrons nos biens n'a point de rapport avec la manière dont nous devons administrer ceux des autres.

La capacité que la loi considère n'est point celle qui naît d'une contention d'esprit, d'une application fatigante, qui met l'homme dans un état forcé. C'est celle dont il fait preuve habituellement dans la conduite de ses affaires, lorsqu'il ne se permet point de négligence. On voit par là que la diligence ne peut être circonscrite dans les limites étroites. Certains degrés plus ou moins grands de vigilance et d'industrie la composent. C'est à l'équité et à la prudence, guidées par la connaissance des hommes, à lui fixer des bornes.

Il en est de même de la diligence ordinaire, *in suis rebus*, qui est donnée pour modèle aux associés et aux copropriétaires. Le juge à qui il appartient de créer la règle dans chaque cas particulier, la compose de certains degrés d'application et d'industrie, dont la partie a fait preuve (1) dans un grand nombre d'occasions.

---

(1) A défaut de preuve, il a recours aux prescriptions. *V.* ci-après l'article *de la Société.* (*Note de l'édition précédente.*)

Source : BIU Cujas

On ne peut distinguer diverses capacités d'un homme, mais on peut distinguer divers degrés dans l'usage qu'il fait de sa capacité. Lorsqu'il en fait peu d'usage sans malice formelle, il commet une *faute grossière,* lorsque la faute n'est pas si considérable, c'est une *faute légère.*

J'en dis autant de la diligence *in suis rebus.* Cette diligence une fois déterminée, tous actes d'une moindre diligence sont des fautes grossières ou légères, selon qu'ils s'éloignent plus ou moins de leur modèle. Le juge estime, selon les personnes et les cas, si la faute est grossière ou légère; il doit user quelquefois d'indulgence, et quelquefois de sévérité; L. 54, § 2, ff. *de Acquir. rer. dom.; et Arg.* L. 61, § 6, ff. *de Furtis.*

On pourrait distinguer un plus grand nombre de degrés dans la négligence; mais il serait difficile de les bien discerner, et dangereux de les confondre.

On est toujours responsable des *fautes grossières;* mais on ne l'est pas toujours des *fautes légères.* Voici la règle générale : *Si in re negotiove nulla ejus, de quo quæritur quid præstet, versatur utilitas, præstat latam tantùm culpam. Si vero ejus utilitas vertitur, præstat et levem culpam.*

Cette règle reçoit plusieurs exceptions, que je remarquerai à mesure que l'occasion s'en présentera. Ces principes, que la raison et l'équité nous enseignent, sont ceux des jurisconsultes romains.

§ II. — Opinion des interprètes.

Les interprètes, en croyant suivre ces jurisconsultes, ont pris une route bien différente. Le goût pour les subtilités qu'ils ont puisé dans la philosophie de l'école, a beaucoup contribué à les égarer. Comme il serait trop long et fort inutile de réfuter les raisonnements de chacun d'eux, je choisis un des plus accrédités sur la matière qui fait le sujet de cette dissertation. En découvrant ses erreurs, je dévoilerai celles des autres, puisqu'ils s'accordent dans les points fondamentaux.

LATAM CULPAM, dit Vinnius, *è regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut sit omissio ejus diligentiæ quam omnes homines suis rebus adhibere solent; aut id factum in re alienâ, quod nemo admitteret in re propriâ. Itaque in latâ culpâ est qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi prædîti sunt, provident et intelligunt se cavere aut curare debere; veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco suo aut eo quo quivis accedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat...*

LEVEM CULPAM *opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, et quam vulgò homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt; aut id admissum in re alienâ, quod diligens paterfamilias non committeret in re suâ. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad cum modum quo quis curat res proprias, modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur. Nam in abstracto hoc magis consideratur quàm in concreto, relatione habitâ ad diligentiam talem qualem communiter bonus et diligens paterfamilias suis rebus præstare consuevit, non qualem unus è multis, sed qualem magna pars patrumfamiliarum. Itaque levi culpâ peccat, si quis, verbi gratiâ, non clauserit fenestras altiores quam ut de plano intrari possint, et fures, admotis scalis, ingressi fuerint....*

LEVISSIMAM CULPAM *opponimus diligentiæ summæ, ut sit omissio ejus diligentiæ quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; aut id commissum in re alienâ quod diligentissimus paterfamilias omitteret.... Exempli gratiâ, non carebit culpâ levissimâ, si quis fenestras versùs publicum remotiores à locis in quibus dormit familia, non muniverit clathris aut ferreis perticis (vid., § 2, Inst. Quib. mod. re contr. oblig.).*

Source : BIU Cujas

Après ces distinctions et ces définitions, il donne des règles pour discerner quelles prestations sont dues dans les cas particuliers.

Si quidem tale sit negotium in quo ejus qui quid suscepit nulla versetur utilitas,... Tum dolus solus præstatur. Ubi verò utriusque contrahentium utilitas vertitur,... ibi præter dolum præstatur et culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat qui accepit, non etiam ejus qui dedit, continet,... in eo et culpa præstatur et diligentia ;

C'est-à-dire qu'on y est, selon lui, responsable de la *faute très légère.*

Quoique Vinnius ait cru avoir épuisé la matière de la réparation des dommages, on voit qu'il n'a fait que l'effleurer.

Les autres interprètes que j'ai lus, ne l'ont pas approfondie davantage ; ils ont tous raisonné sur les expressions des lois et peu sur les motifs de leurs décisions.

Je ne sais si l'on peut affirmer absolument qu'ils aient fait consister leurs diverses espèces de *diligences* dans les moyens mêmes d'empêcher qu'il n'arrive de dommage ; mais leurs expressions invitent à leur attribuer cette erreur, qui est capitale, comme nous l'avons vu plus haut.

Une autre erreur dans laquelle ils sont certainement tombés, c'est d'avoir étendu à tous les contrats qui concernent l'utilité des deux parties, la règle particulière à la société et à la communauté. *Non exigitur (diligentia media) ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum quo quis curat res proprias, modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur. Nam in abstracto hoc magis consideratur quam in concreto, etc.*

Belle interprétation quand la loi dit : *Sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere socium qualem suis rebus adhibere solet ;* cela doit donc s'entendre *in abstracto.* Quel bonheur qu'il y ait eu des génies subtils pour nous découvrir des vérités si cachées !

Qu'il nous soit cependant permis de faire une découverte non moins merveilleuse ; c'est que tout cela n'est qu'un palliatif imaginé pour cacher un défaut de leur système Les lois distinguent la société et la communauté de tous les autres contrats, en réglant dans ceux-ci les devoirs sur la diligence d'un bon père de famille, et en disant pour ceux-là qu'il suffit d'être diligent dans les affaires communes comme dans les siennes propres. Les interprètes voulant réunir ce que les lois avaient divisé, ont confondu les deux règles et n'en ont fait qu'une. La seconde était informe dans les lois. Nos docteurs, plus sages que nos jurisconsultes, l'ont réduite à sa juste valeur, en la joignant à la première, en lui donnant une modification qui la resserre dans des bornes étroites. Il y a beaucoup d'apparence qu'ils ont cru que les lois, en donnant pour règle à l'associé ou au copropriétaire sa diligence ordinaire *in suis rebus,* ont eu égard à sa conduite personnelle dans ses propres affaires, à ses soins et à ses négligences, à son activité et à sa paresse, et en conséquence ils ont dû restreindre leur disposition en disant : *Modò ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur.* Mais c'est là une erreur formelle, comme je le prouverai tout à l'heure.

Leur principe fondamental, qui consiste dans la division de *la diligence* et de *la faute* en trois espèces, pèche contre les vrais principes en trois manières :

1° Dans une matière si délicate, et qui influe si directement et si puissamment sur la sûreté du commerce et le bonheur des hommes, il n'est pas prudent de faire des distinctions subtiles qu'on ne peut suivre aisément dans la pratique.

2° Les interprètes ont été contraints d'enseigner plusieurs absurdités pour accorder les lois avec leur système. N'est-il pas absurde en effet d'exiger plus de celui qui fait gratuitement les affaires d'autrui, que de celui qui prend un

Source : BIU Cujas

salaire (1), d'être plus rigoureux envers le mandataire qu'envers le vendeur; de diminuer les devoirs d'un associé intelligent et actif dans ses propres affaires, au préjudice des espérances que ses coassociés ont fondées sur ses talents et ses lumières; d'augmenter, contre la bonne foi (2) qui est la base de la société, les devoirs d'un autre, incapable peut-être d'imiter leur diligence moyenne, etc., etc.?

3° De leur division de la *diligence* en trois espèces et de leurs règles pour discerner les cas où chaque espèce de diligence est ordonnée; il s'ensuit nécessairement qu'ils permettent des *négligences* dans le plus grand nombre des contrats.

Il est évident que leur moyenne diligence qu'ils prescrivent dans tous les contrats *in quibus utriusque utilitas vertitur*, renferme un mélange de négligence : car on ne peut commettre de faute très légère sans être dans les bornes de cette diligence, puisque si on n'y était pas, la faute serait légère ou grossière. Or, la faute très légère est une négligence puisque toute omission de soins et de précautions dont on est capable est une négligence. Les lois permettent-elles de légères négligences, lorsqu'elles ordonnent de prendre soin des intérêts d'autrui? Non. Nous verrons dans la suite avec quelle énergie et quelle sévérité elles proscrivent toute espèce de négligence. Pour n'en citer ici qu'une, la loi 21 *C. Mand.* dit : *Aliena negotia exacto officio geruntur : nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpâ vacuum est.*

Quant aux affaires communes, les lois, en ordonnant aux associés et aux copropriétaires de les soigner avec autant de diligence qu'ils en ont ordinairement pour leurs affaires particulières, défendent par cette disposition de les négliger comme ils négligent les leurs; car la négligence est incompatible avec la diligence.

Nous avons une loi qui dissipe tous les doutes qu'on pourrait former sur cela. C'est la loi 22, § 3, ff. *ad Sen. Trebell*, qui, décidant que l'héritier fiduciaire est responsable de la faute grossière, et non de la faute légère, appelle celle-ci par circonlocution *levis et rebus suis consueta negligentia.*

Remarquez que si on l'avait rendu responsable de la faute légère, c'aurait été à cause de la *quarte Trebellianique*: on l'aurait considéré comme cohéritier avec celui qui est appelé au fidéicommis, ou du moins comme copropriétaire. Or, en l'une et l'autre de ces qualités, il n'aurait été obligé qu'à la diligence *quam suis rebus adhibere solet.*

On prétendra peut-être me prouver que la *faute très légère* n'est point une véritable négligence, par le raisonnement suivant.

Pour établir quelle est la capacité d'un homme, il faut rassembler une multitude d'actes de diligence. Or, dans ce grand nombre d'actes, il y a nécessairement une grande variété : ils ne peuvent être tous au même degré de diligence. Bien loin de là, s'il était possible de discerner les fines nuances qui les séparent, on n'en trouverait peut-être pas deux parfaitement semblables. La diligence qui indique la capacité d'un homme est donc composée de divers degrés de diligence. Prenez les deux extrêmes, et vous aurez la moyenne et la plus grande diligence.

Je réponds qu'il n'en est point des êtres moraux comme des êtres physiques. Ceux-ci ont des bornes faciles à apercevoir; mais nous ne sommes capables que d'entrevoir obscurément les limites de ceux-là. Les vertus et les vices se touchent de près, et il s'en fait des mélanges que nous ne pouvons bien discerner même dans notre propre cœur. Les qualités de l'esprit ne sont

---

(1) *Merces;* car *salarium* signifie un honoraire qui ne donne point atteinte au mandat; L. 6, *Principio*, ff. *Mand.*; au lieu que *mercede constitutâ, incipit locatio et conductio esse* § *ult.* Inst. *de Mandato.* (Note de l'édit. précédente.)

(2) *Cum in societatis contractibus fides exuberet*; L. 3, Cod. *Pro socio.*

Source : BIU Cujas

pas moins difficiles à distinguer. Des *à peu près* sont tout ce que nous pouvons espérer d'en connaître, et ces *à peu près* mêmes on ne les trouve qu'en combinant un grand nombre d'actions de celui dont on veut porter un jugement. Si, pour déterminer la capacité d'un homme, il faut rassembler divers degrés de diligence qui soient la marque de cette capacité, comment pourra-t-on séparer ces degrés sans nous replonger dans l'ignorance ?

Je sens fort bien qu'il est aisé de diviser *in abstracto* tous ces degrés ; mais comment pourra-t-on les diviser dans le fait, sans nous rejeter dans l'incertitude d'où nous voulions nous tirer ? Le juge pourra-t-il se régler sur une analyse subtile de ces divers degrés de diligence, sans s'exposer à commettre de grandes injustices ?

Cette difficulté paraîtra plus sensiblement, si on considère que le juge ne peut, dans la pratique, faire une application rigoureuse des principes. La véritable capacité des personnes est difficile à connaître ; et, d'un autre côté, le cours de la justice ne peut être retardé par de longues informations. D'ailleurs la voie des enquêtes serait sujette à mille incertitudes. Le juge doit donc se déterminer par les présomptions qui résultent des faits convenus entre les parties, ou prouvés par les actes ou munis de vraisemblance. Il est même souvent réduit à se contenter de celles qui naissent de la qualité de l'âge et du sexe de ceux dont il examine la conduite.

On m'objectera peut-être encore qu'on remarque dans les hommes deux sortes de capacité : une capacité ordinaire dont ils font preuve habituellement dans la conduite de leurs affaires et une capacité extraordinaire que produisent de grands intérêts, en les rendant plus vigilants, plus actifs, plus ingénieux à trouver des expédients pour réussir dans leurs desseins. C'est la diligence qu'ils montrent alors, ajoutera-t-on, qui est l'extrême diligence que la loi exige en certains cas.

Pour ne pas prendre ici le change, et pour se former une idée nette de ces deux espèces de capacités qui empêche de les confondre, il y a un caractère propre de la capacité extraordinaire qu'il ne faut pas perdre de vue ; c'est qu'on ne l'a point à son gré et en tout temps. D'heureuses idées se présentent à notre esprit ; nous les saisissons avec vivacité ; une activité inconnue s'empare de notre âme ; notre imagination s'échauffe, étend ces premières idées, et nous fait apercevoir mille ressources nouvelles ; nous faisons alors des prodiges, qui nous étonnent nous-mêmes. Voilà cette rare diligence qui est la marque de la capacité extraordinaire ; mais toute diligence dont on est capable quand on veut, n'indique que la capacité ordinaire.

Cela posé, je soutiens que notre capacité extraordinaire ne peut être considérée en aucun cas pour nous rendre responsables des dommages que nous n'avons point empêchés ; car on doit pouvoir obéir aux lois dans tous les temps. D'ailleurs rien n'est plus trompeur que ces actions rares ; ce qu'on prend pour un effet de la capacité, est souvent l'effet des circonstances et du hasard. Les hommes admirent souvent des actions qui ne les étonneraient plus s'ils voyaient les secrets ressorts qui les ont produites.

Si la loi voulait que le juge s'arrêtât à ces efforts passagers d'industrie ou de courage, elle l'exposerait donc à être souvent trompé. Mais elle a fait tout le contraire. La règle générale est d'imiter la diligence ordinaire d'un bon père de famille. *Ea quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet à creditore exiguntur*, dit la loi 14, ff. *de Pignor. act.* Le mot *adhibet* ou *præstat*, dans une infinité d'autres, signifie la même chose que *adhibere* ou *præstare solet*. La règle de la société et de la communauté est d'imiter sa diligence ordinaire *in suis rebus : sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere socium* (1).

(1) *Vid.* § *ult. inst.* ; L. 72, ff. *Pro socio.* ; *add.* L. 25, § 16, ff. *Fam. ercis.*

Source : BIU Cujas

Il est donc certain que les interprètes admettent un mélange de négligence dans leur *diligence moyenne*. J'ajoute que cette négligence est assez marquée pour rendre leurs maximes contraires à l'équité et à l'intérêt public.

En effet, ou ils ont cru qu'il y a peu de distance de la *faute très légère*, et beaucoup de la *faute légère* à la *faute grossière ;* et, en ce cas, ce n'était pas la peine de donner tant d'interprétations forcées aux lois, d'en renverser la lettre et l'esprit, pour élever sur leurs débris un système qui ne peut avoir que peu d'effets dans la pratique, ou qui plutôt n'en doit avoir aucun ; car, puisque le juge est le plus souvent forcé, comme je l'ai observé ci-dessus, de juger de la capacité des personnes sur les plus faibles présomptions, et qu'ainsi son esprit flotte ordinairement sur une mer d'incertitudes, il ne pourra distinguer dans l'application l'*extrême diligence* de la *moyenne*, si elles ne sont caractérisées dans la théorie par des différences très sensibles.

Je soutiens même que la division de la *faute* en trois espèces est trop subtile pour pouvoir être régulièrement suivie dans la pratique. J'admettrai néanmoins le contraire pour un moment, et je supposerai que la *faute légère* est un terme moyen entre la *faute grossière* et la *faute très légère*, un milieu également éloigné de ces extrêmes. En faisant cette seconde supposition, je crois entrer pleinement dans la pensée des interprètes ; car toutes leurs expressions annoncent une division exactement compassée, un ouvrage symétrique dans toutes ses parties.

Cela présupposé, je dis qu'il faut nécessairement, ou qu'ils exigent trop, lorsqu'on est responsable, selon eux, de la *faute très légère*, ou qu'ils exigent trop peu, lorsqu'on n'est responsable que de la *faute légère*.

En effet, s'ils demandent au premier cas une prudence, des vues dont la multitude n'est point capable, ils pèchent contre un des premiers principes du droit naturel, qui veut que les lois générales soient à la portée de tout le monde. S'ils supposent au contraire que la multitude est capable de ces soins actifs et de ces précautions industrieuses, dont l'omission fait la *faute très légère*, ils donnent atteinte à la sûreté du commerce, ils ébranlent la confiance publique, et répandent le désordre et la mauvaise foi dans la société. Car, si nous prenons le milieu entre la plus grande diligence dont le commun des hommes soit capable, et celle que les hommes les plus nonchalants et les plus stupides ont coutume d'avoir pour leurs intérêts comme *de ne pas laisser la nuit leurs portes et leurs fenêtres du rez-de-chaussée ouvertes;* la *moyenne diligence* des interprètes sera bien peu exacte (1).

Mais qu'est-il besoin de douter, tandis qu'ils ont eux-mêmes pris soin de prévenir tous les doutes? On a vu l'exemple que Vinnius donne de la faute légère : « C'est de laisser ouverte la nuit des fenêtres par lesquelles on ne peut « entrer de plein pied dans la maison. » Dès que les voleurs ont besoin d'échelles, la faute cesse d'être grossière.

Il faut pourtant avouer que, si cette faute n'est pas grossière (2), elle est bien près de l'être ; et il est fort singulier que le seul exemple de la faute légère que ce docteur ait imaginé de sa tête, frise tellement cette espèce de faute, que ceux qui auraient des maximes moins relâchées, seraient portés à le regarder comme étant de cette espèce. Les interprètes permettent donc à leur diligent père de famille, modèle de la diligence moyenne, un certain degré de nonchalance, à peu près comme la plupart des hommes en ont habituelle-

(1) Remarquez que pour faire ce raisonnement, j'ai été obligé de me conformer un peu au langage des interprètes, qui semblait faire consister la diligence dans les moyens d'écarter le dommage. (*Note de l'auteur.*)

(2) Elle pourrait bien ne pas l'être de la part d'un homme qui serait ordinairement aussi négligent dans ses propres affaires. *V.* dans l'article *de la Société* l'explication de la loi *quod nerva* 32, ff. *Depositi.* (*Ibid.*)

Source : BIU Cujas

ment, lorsqu'ils ne s'appliquent pas sérieusement à leurs affaires, et qu'ils ne les négligent pas non plus entièrement.

C'est assez réfuter un système vicieux dans son principe et dans toutes ses conséquences. Ceux qui seront curieux de suivre les interprètes dans leurs moindres écarts, le pourront facilement à l'aide des vrais principes de la matière.

§ III. — Droit romain rétabli dans sa pureté.

Il ne suffit pas d'avoir prouvé que les jurisconsultes romains ont dû enseigner la doctrine que je leur attribue : il est temps de démontrer que c'est véritablement la leur.

Je commencerai par la loi 23, ff. *de Reg. jur.* Le titre où elle se trouve la rend plus importante, et d'un plus grand poids. Le but des compilateurs du Digeste, en recueillant dans tous les écrits des jurisconsultes les maximes les plus pures, les plus générales, les plus universellement reconnues, et en les rassemblant sous un même titre, a été de guider les esprits dans l'étude des lois et de les empêcher de s'égarer dans cette vaste et dangereuse carrière.

Cette loi est conçue en ces termes :

Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium : dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelæ, negotia gesta ; in his quidem et diligentiam : societas et rei communio et dolum et culpam recipit. Sed hæc ità, nisi si quid nominatim (1) *convenit vel plus vel minus in singulis contractibus ; nam hoc servabitur quod initio convenit ; legem enim contractus dedit ; excepto eo quod Celsus putat non valere si convenerit ne dolus præstetur ; hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est, et ità utimur. Animalium verò casus, mortes quæ sine culpâ accidunt, fugæ servorum qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum à nullo præstantur.*

Expliquons cette loi avec méthode. Il ne peut arriver de dommages que par trois causes, *le dol*, *la faute*, ou *le cas fortuit*. La convention est la première loi qu'il faut consulter pour savoir qui est tenu de les réparer, excepté *si convenerit ne dolus præstetur ;* car une telle convention est nulle, comme contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs. S'il n'y a point eu convention sur ce sujet, le cas fortuit *à nullo præstatur*.

Quant au dol et à la faute, *contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt ; quidam et dolum et culpam.* Ulpien, auteur de cette loi, ne distingue point deux espèces de *fautes*, parce qu'il comprend dans le *dol* la *faute grossière*, que les lois présument être *dol*, et il désigne la *faute légère* par le seul mot de *faute*. C'est là le langage ordinaire des jurisconsultes, auquel je me conformerai désormais ; et dans ce sens je dis qu'Ulpien ne reconnaît pas deux espèces de faute.

Il est vrai qu'après avoir fait une énumération des contrats, où on répond de la *faute*, il ajoute : *in his quidem et diligentiam.* Mais que signifient ces termes ? Suivant les interprètes, ils désignent l'*extrême diligence*, dans l'omission de laquelle consiste la *faute très légère*.

D'ailleurs, des huit contrats et quasi-contrats auxquels se rapportent ces mots *in his*, il y en a quatre dans lesquels ils soutiennent eux-mêmes qu'on n'est responsable que de la *faute légère*. Et quelle raison rendront-ils de la différence que le jurisconsulte met entre ces huit contrats et les deux suivants, eux qui ne trouvent aucune différence pour la prestation de la faute entre ces deux contrats et les quatre d'auparavant, *in quibus utriusque utilitas verti-*

---

(1) Voici la première exception à la règle générale qui détermine quelles prestations sont dues dans les cas particuliers. (*Note de l'auteur.*)

Source : BIU Cujas

tur? Auront-ils la hardiesse de prétendre que le jurisconsulte a mal arrangé sa phrase, et qu'il aurait dû mettre ces quatre contrats avec les deux derniers, en sorte que *in his* ne se rapporte qu'à *mandatum, commodatum, tutelæ, negotia gesta* (1)? Où prétendront-ils que ces mots ne sont point là pour établir une différence entre les deux derniers contrats et ceux qui les précèdent? Il faudrait s'aveugler pour ne pas voir une chose aussi évidente.

Pour moi, d'un mot j'explique tout. Dans les huit (2) contrats, la *faute* se mesure sur la diligence d'un bon père de famille; c'est la diligence par excellence, l'unique diligence qui soit proposée pour modèle à ceux qui sont chargés des intérêts purement d'autrui.

Dans les deux suivants la faute ne se mesure point ainsi, elle se règle sur le soin qu'on a de ses propres biens. C'est ce que Gaius enseigne disertement dans la loi 72, ff. *Pro soc.*, en ces termes, *socius socio etiam culpæ nomine tenetur, id est, desidiæ atque negligentiæ. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parùm diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. Jung.* § *Ult. Inst. de soc.*

Nous avons une décision aussi formelle pour la communauté; c'est la loi 25, § 16, ff. *Fam. ercisc. Non tantum dolum*, dit Paul, qui en est l'auteur, *sed et culpam in re hæreditariâ præstare debet cohæres, quoniam cum cohærede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet qualem in suis rebus.*

Remarquez ce raisonnement du jurisconsulte : « Le cohéritier, dit-il, n'est « pas seulement responsable *du dol;* il l'est encore *de la faute.* »

Il n'est pourtant pas obligé d'être aussi diligent qu'un bon père de famille, donc il est obligé de l'être autant qu'il l'est *in suis rebus.* Il n'y a donc que deux règles pour mesurer la faute : la diligence d'un bon père de famille, et la diligence de chacun dans ses propres affaires.

On voit par la loi que j'explique et par celles qui traitent en particulier de chacun des dix contrats dont Ulpien y fait mention, que ce n'est point la prestation de la faute qui distingue les huit premiers des deux derniers, puisqu'elles disent pour ceux-ci comme pour ceux-là; qu'*on y répond de la faute;* c'est la règle sur laquelle se mesure la faute qui les différencie.

Les lois où il s'agit de ceux-là, rappellent sans cesse l'obligation d'imiter la diligence d'un bon père de famille : celles où il est question de ceux-ci, n'en disent pas un mot; elles ne parlent jamais que la diligence *in suis rebus :* voilà l'unique différence qu'il y ait entre ces contrats.

Peut-on douter, après cela, que le jurisconsulte, en disant *in his quidem diligentiam,* n'ait eu en vue la diligence d'un bon père de famille, puisqu'il voulait marquer en quoi les huit premiers contrats diffèrent des deux derniers? Il est donc évident que cette singulière expression : *Præstare culpam et diligentiam,* qui n'a guère été employée que par Ulpien, signifie être non-seule-

---

(1) Plusieurs interprètes n'exigent du mandataire et du tuteur que la moyenne diligence, et n'obligent le *negotiorum gestor* à l'extrême diligence, que quand *alius diligentior se obtulit.* Selon eux, Ulpien aurait donc dû dire : *in hoc et diligentiam.* Cujas, Leconte et plusieurs autres, lisent : *in his quidem et diligentiam.* Cela est vraiment commode; mais par malheur pour eux les Grecs ont traduit ces mots ainsi : ἐν τούτοις δὲ καὶ ἐπιμέλειαν, *Voy.* les *Basiliques,* L. 2, tit. 3, et cette scholie sur Harmenopole, qu'ils ont tant citée, parce qu'elle établit leur système. (*Note de l'auteur.*)

(2) *V.* cependant l'article *de la Dot.* (Idem.)

Source : BIU Cujas

ment responsable de la faute, mais l'être de cette espèce de faute qui se mesure sur la diligence d'un bon père de famille.

Quoique la matière de la réparation des dommages s'étende à presque toutes les parties du droit, je me renfermerai dans les bornes de la loi *Contractus*, parce que tous les textes obscurs qui ont égaré les interprètes concernent quelqu'un des contrats dont elle parle.

§ IV. — Du Dépôt.

Du titre précaire.

Il serait superflu de citer les lois pour prouver que, dans ces deux contrats, on n'est régulièrement responsable que du dol : ici les interprètes et moi sommes d'accord, mais nous ne le serons pas longtemps.

La loi 1, § ff. *Depos.*, contient une exception à la règle générale que voici : *Si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit periculo se depositi illigasse, ità ut non solùm dolum, sed etiam culpam et custodiam præstet non tamen casus fortuitos. Custodia et diligentia* sont synonymes : nous en verrons dans la suite des preuves multipliées.

A cette expression, *præstare culpam et custodiam*, on reconnaît Ulpien, qui est effectivement l'auteur de cette loi.

On trouvera cette même expression dans la loi 5, ff. *Commod.*, qui est encore d'Ulpien, et qui nous fournira matière à de plus amples réflexions.

Je me contenterai de remarquer ici un inconvénient dans le système des interprètes. La plupart d'entre eux condamne à l'*extrême diligence* celui qui a offert de se charger du dépôt, et ils ont raison, si *præstare culpam et diligentiam* signifie répondre de l'extrême diligence. Mais s'il y avait une diligence moyenne, pourquoi la loi ne s'en contenterait-elle pas ? Une simple offre changerait-elle tellement à ses yeux la nature du dépôt, qu'elle voulût passer tout d'un coup de l'extrême indulgence à l'extrême sévérité.

Lorsque le dépôt est *nécessaire*, le dépositaire doit aussi répondre de la faute; car les lois disent que le dépositaire ne répond pas de la faute, parce que celui qui a choisi un ami peu diligent pour lui confier un dépôt, doit se l'imputer. Cette raison cesse d'avoir lieu dans le cas proposé.

J'ajoute que le dépôt fait *in navi, cauponâ, vel stabulo*, qui est une espèce de dépôt nécessaire, oblige le dépositaire à la prestation de la faute : sur quoi voyez l'article *du Louage*.

Il y a sous le titre *du Dépôt*, au Digeste, une loi très difficile qui a beaucoup exercé la patience des docteurs; c'est la loi *quod Nerva*, dont je renvoie l'interprétation à l'article *de la Société*.

Il paraît étonnant que celui qui a reçu une chose à titre de précaire, ne soit responsable que du dol, quoique le précaire ne soit utile qu'à lui seul ; tandis que celui qui a reçu une chose à titre de prêt à usage, est responsable de la faute très légère.

La plupart d'entre eux ont dit que les raisons de différence sont :

1° Que le précaire peut être révoqué en tout temps, quoiqu'il ait été concédé pour un temps limité : au lieu que le prêt ne peut être révoqué à la seule volonté du prêteur, lorsqu'on est convenu d'un terme, ou que l'usage pour lequel le prêt a été fait, emporte nécessairement un consentement tacite du prêteur à laisser l'emprunteur jouir du prêt pendant un certain temps;

2° Que le précaire étant le pur effet de la bienveillance et de la libéralité, il est contraire à sa nature de porter la rigueur jusqu'à tenir compte de simples négligences.

Ces raisons me paraissent frivoles ; voici celle que je crois être la véritable.

Il y a une grande différence entre le *prêt* et le *précaire*. Le prêteur n'accorde jamais que l'usage de la chose prêtée, et l'emprunteur est toujours un simple

Source : BIU Cujas

détenteur. Au contraire, on peut concéder à titre de précaire la possession civile; L. 4, § 1; L. 15, § 4; L. 17, ff. *eod. tit.*

C'est pourquoi Ulpien dit dans la loi 14, § 11, ff. *de Furt.*, « que le précaire est semblable à la donation, » et dans la loi 1, § 2, ff. *hoc.*, il dit « que le précaire diffère de la donation *eo quod qui donat, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere;* » et enfin dans la loi 8, § 3, *eod.*, il donne cette raison de la différence des prestations dans le prêt et dans le précaire, *cum totum hoc ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit;* d'où il s'ensuit que celui qui tient une chose à titre de précaire, peut être en quelque façon considéré comme un donataire, et jouit de cette chose comme si elle lui appartenait véritablement.

Le Conte et J. Godefroy sont de cet avis.

§ V. — Du mandat.

Quelle est la nature du mandat?

Mandatum contrahitur quinque modis : sive suâ tantum gratiâ aliquis tibi mandet, sive suâ et tuâ, sive alienâ tantum, sive suâ et alienâ, sive tuâ et alienâ. In princ., Instit. *hoc. tit.*

Le mandat pour l'utilité du seul mandataire n'est pas un vrai mandat; c'est un vrai conseil qui n'est point obligatoire : *At si tuâ gratiâ mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nec mandati inter vos actio nascitur. Ibid.*

On voit que le mandat peut n'être utile qu'au mandant; mais qu'il ne peut jamais n'être utile qu'au mandataire.

Si on suivait ici la règle générale, il y aurait donc des cas où le mandataire ne répondrait que *du dol;* et s'il fallait admettre la *faute très légère* avec les règles des interprètes, il ne pourrait jamais en être responsable. Cependant les lois décident qu'il est toujours responsable de la *faute*, et plusieurs interprètes veulent qu'il le soit de la *faute très légère.*

La décision des lois a été visiblement dictée par l'intérêt général. Le mandat est le principal lien du commerce; il rapproche les hommes séparés par les plus grandes distances, et leur donne moyen de contracter des engagements, quelquefois avec autant de facilité que s'ils habitaient ensemble. Si on n'eût exigé des mandataires que la prestation du dol, ils auraient souvent trompé la confiance de leurs mandants. De là seraient provenus les soupçons et les craintes, qui auraient infiniment borné l'usage de ce contrat, et par conséquent tous les avantages que les hommes retirent d'une grande correspondance entre eux.

Examinons le texte des lois.

Si dolus nec culpa intervenit, non teneberis; L. 8, § *ult.*, ff. *hoc tit.*

Tam dolum quàm culpam præstare necesse est; L. 11, Cod. *hoc tit.*

A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse juris auctoritate manifestè declaratur; L. 13, *eod.*

In re mandatâ non pecuniæ solum, cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suæ quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit : aliena verò negotia exacto officio geruntur, nec quicquam eorum administratione neglectum ac declinatum, culpâ vacuum est; L. 21, Cod. *eod.*

L'énergie de ces deux dernières lois et l'exclusion de la prestation du cas fortuit, ont paru à un grand nombre d'interprètes des preuves suffisantes pour soumettre le mandataire à la prestation de la *faute très légère.* Mais les lois se servent d'expressions plus ou moins énergiques, et excluent formellement la prestation du cas fortuit dans tous les contrats où l'on répond de la faute.

Source : BIU Cujas

Cette variété et cette exclusion ne peuvent donc prouver autre chose, sinon qu'il n'y a point de *faute très légère.*

§ VI. — Du prêt.

C'est ici que triomphent les interprètes; nous allons voir si c'est avec fondement.

Nunc videndum est quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdùm dolum solum, interdum et culpam præstamus. Dolum in deposito; nam quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur solus; nisi fortè et merces accessit, tunc enim etiam culpa exhibetur : aut si hoc ab initio convenit et culpam et periculum præstet is penès quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate et dolus et culpa præstantur. Commodatum autem plerumque solum utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Quinti Murcii sententia existimantis et culpam præstandam et diligentiam.... quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum recepit, nisi aliqua culpa interveniat; L. Si ut certo 5, § 2, § 4, ff. *hoc tit.*

Pour bien saisir le vrai sens de cette loi, il faut la comparer avec la fameuse loi *Contractus,* qui nous sert de texte.

Ulpien est l'auteur de l'une et de l'autre; on ne saurait mieux l'interpréter que lui-même; et quand elles ne seraient pas du même jurisconsulte, elles se ressemblent si fort, qu'elles sont très propres à s'expliquer mutuellement. Les principes généraux y sont enseignés d'une manière uniforme, et il y a dans l'une comme dans l'autre une énumération de contrats où l'on répond de la faute; mais il y a une différence qui, loin d'ébranler mes principes, les affermit davantage.

Dans la loi *Contractus,* le jurisconsulte, donnant une règle générale, et n'ayant à traiter d'aucun contrat en particulier compte dix contrats dans lesquels on répond de la faute, et sépare les deux derniers d'avec les autres, en disant que ceux-ci *recipiunt et diligentiam.*

Dans la loi, *Si ut certo,* le jurisconsulte, n'ayant à décider que de ce qui concerne le prêt, commence par donner pour exemple cinq contrats où on répond de la faute, il y met la société avec quatre autres, *in quibus præstatur diligentia,* et il ne relève point la distinction qu'il faut faire entre eux, parce qu'ils ne sont pas l'objet de sa décision : ce qui prouve qu'il ne regarde la *diligence* que comme un caractère qui indique la règle sur laquelle la faute se mesure; mais qui n'établit point diverses espèces de faute.

Après ces préliminaires le jurisconsulte en vient à l'objet de tout ce qu'il avait posé auparavant, et il dit : *commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur;* d'où il conclut que l'emprunteur est responsable *de la faute,* et il ajoute aussitôt *et diligentiam,* parce que devant décider pleinement de la nature de la faute dans le prêt qui est le sujet de ce paragraphe, il fallait qu'il indiquât sur quelle règle elle se mesure.

Les interprètes toujours féconds en imaginations, croient que le jurisconsulte a voulu opposer ici le cas *in quo versatur utilitas solius accipientis,* au cas *in quo utriusque utilitas vertitur.* Mais il n'y a pas un seul mot dans la loi qui le fasse soupçonner. Ulpien dit : Il y a des contrats où on répond du dol, *quia nulla versatur accipientis utilitas;* il y en a d'autres où on répond de la faute, *quia utriusque utilitas vertitur.* Dans quelle classe faut-il mettre le prêt? Dans la seconde, *quia versatur utilitas accipientis et plerumque quidem ejus solius.* Or, pour que celui qui reçoit soit responsable de la faute, il suffit que le contrat lui soit avantageux, quand même il le serait aussi à l'autre contractant.

Source : BIU Cujas

A plus forte raison répondra-t-il de la faute, si le contrat n'est avantageux qu'à lui seul.

Il est vrai que le prêt peut se faire pour l'avantage du prêteur seul; mais ce n'est pas l'ordinaire, et ainsi Mucius a eu raison de décider qu'en général l'emprunteur est responsable de la faute. Ce qui n'empêche pas que l'emprunteur ne soit exempt de répondre de la faute, lorsque le prêt a été effectivement fait pour la seule utilité du prêteur, comme l'enseigne le paragraphe 10 de la même loi : *Interdùm planè dolum solum in re commodatâ qui rogavit præstabit; ut puta si quis ità convenit, vel si suâ duntaxat causâ commodavit, sponsæ fortè suæ vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, etc.*

Culpam non præstat is quis precario rogavit, sed solum dolum præstat : quanquam is qui commodatum suscepit, non tantum dolum sed etiam culpam præstat. L. 8, § 3, ff. *de Precar.*

Cette loi n'est remarquable que par son auteur, qui est Ulpien. Il ne parle point ici de la *diligence*, parce qu'il suffisait de parler de la *faute* pour faire sentir la différence des prestations dans le prêt et dans le précaire. Il est donc vrai, encore un coup, que, quand ce jurisconsulte fait mention de la *diligence*, c'est pour indiquer sur quelle règle la *faute* se mesure.

In rebus commodatis talis diligentia prestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet ita ut tantum eos casus non præstet quibus resisti non possit, L. 18, ff. *hoc tit.* Voilà la règle générale.

Ces termes *quisque diligentissimus* désignent, si l'on en croit les interprètes, un homme d'une rare diligence. J'ai apprécié ailleurs cette idée à sa juste valeur. J'ajouterai seulement ici que les lois emploient, et dans les contrats *in quibus utriusque utilitas vertitur*, et dans ceux *in quibus vertitur utilitas solius accipientis ;* qu'elles emploient, dis-je, indifféremment ces expressions DILIGENTIA, CUSTODIA, seules, ou avec les adjectifs *omnis, plena, exacta, exactissima ;* — PATERFAMILIAS avec les épithètes *bonus, prudens, idoneus, diligens, diligentissimus; — vir diligens, homo frugi, diligens;* — CULPA, ordinairement seul, ou avec les adjectifs *levis, omnis;* — CULPA LEVISSIMA se trouve une seule fois dans la loi 44, *in princ.* ff. *Ad leg. Aquil.* (1).

L'expression familière d'Ulpien pour désigner la prestation de la faute, mesurée sur la diligence du père de famille, est *præstare culpam et diligentiam* ou *et custodiam*. Gaius, pour faire sentir combien la vigilance doit être scrupuleuse, aime à se servir de superlatifs; d'autres croient les positifs assez énergiques, et s'en contentent; mais nos docteurs, qui sont les suprêmes arbitres des lois, ne sont pas gens à se laisser gêner par des mots, quand ils sont contraires à leurs idées. Là, disent-ils, on a mis un positif au lieu d'un superlatif, ici le superlatif à son tour a pris la place du positif; ailleurs vous sous-entendrez un superlatif, quoiqu'il n'y ait pas même de positif; et ils appellent tout cela interpréter les lois. Si on leur objecte qu'ils le font d'une manière un peu violente, ils répondent froidement *non nunquam jurisconsulti pingiùs loquuntur, non semper eodem modo loquuntur*. Continuons l'examen de la loi.

(1) Voici les termes de cette loi : *in lege Aquiliâ et* LEVISSIMA CULPA *venit*. La loi *Aquilia* embrasse dans sa disposition des fautes qui sont d'une grande conséquence par leurs effets, comme celles qui occasionnent la mort d'un esclave. Ces fautes méritent d'être réprimées avec plus de rigueur ; c'est ce qu'a voulu faire comprendre le jurisconsulte. Les *fautes légères* sont telles plus ou moins. Quoique cette différence ne produise point d'effet, à considérer les principes en eux-mêmes, elle peut en produire dans la pratique, parce que le juge peut être plus ou moins sévère dans l'application des principes. Voyez les principes que j'ai établis au commencement, et ce que je dirai dans l'article de la société sur la loi *Quod Nerva*. (*Note de l'auteur.*)

Source : BIU Cujas

Hæc ità, si duntaxat accipientis gratiâ commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio quasi dolum tantùm præstare debeas. Sed videndum est ne et culpa præsta sit, ut ità culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus æstimari solet. Ces jurisconsultes, dont parle Gaius, auteur de cette loi, croyaient-ils que, dans tous les contrats *in quibus utriusque utilitas vertitur,* on ne devait répondre que du dol ? il n'y a point d'apparence. La plupart des contrats étant de cette espèce, une pareille décision eût été trop contraire au bien public. En supposant que ce fût là leur principe, la décision de Gaius consisterait simplement à le nier.

On pourrait peut-être penser que leur raison de se contenter de la prestation du dol était que les prestations ne doivent pas être les mêmes dans le cas où le prêt n'est utile qu'à l'emprunteur, et dans celui où il l'est aux deux contractants; voici ce que signifierait alors la réponse de Gaius : « Dans le gage, « la dot et autres contrats qui concernent l'utilité des deux contractants, on « répond de la faute; donc dans notre espèce on doit répondre de la faute. »

Mais une pareille raison était indigne de ces jurisconsultes. Les deux réponses que je mets dans la bouche de Gaius ne rendent pas non plus l'énergie de ces mots : *ut ità culpæ fiat æstimatio.*

Pour trouver le vrai sens de cette loi, il faut observer : 1° qu'il y a encore un autre contrat sur lequel on a élevé le même doute, c'est la société; 2° que dans notre espèce, dans la société et dans la communauté, l'*utriusque utilitas* se prend d'une toute autre façon que dans les autres contrats. Dans ceux-ci elle n'a pas le même objet; elle est double; et chacun des contractants a la sienne totalement différente de celle de l'autre.

Dans le gage, l'utilité est de la part du débiteur *quo magis pecunia ei credatur,* et de la part du créancier *quo magis ei in tuto fit creditum.*

Dans la vente, l'acheteur trouve son avantage dans l'acquisition de la chose vendue, et le vendeur dans l'acquisition du prix.

Dans le louage, le bailleur a le loyer et le locataire l'usage. Dans la constitution de dot, la fille acquiert un mari qui supportera les charges du mariage, et le mari acquiert la jouissance de la dot, etc. Au contraire dans les contrats ci-dessus nommés, l'utilité est une et inséparable, et elle a le même objet.

Voici donc quel était le raisonnement de ces jurisconsultes, dont Gaius rejette l'opinion. Dans la société, les contractants ont pour objet de faire quelque chose dont l'utilité leur sera commune; la confiance préside au choix qu'ils font les uns des autres; chacun consent que ses coassociés agissent pour lui comme pour eux-mêmes : d'où il faut conclure qu'ils ne doivent répondre que du dol. Mais il en est de même lorsqu'il se fait un prêt pour l'utilité des deux contractants; l'un ne peut profiter du prêt sans que l'autre en profite, ils ont une confiance réciproque : l'emprunteur n'est donc responsable que du dol.

Gaius répond : On ne peut assimiler ces deux contrats; car, dans notre espèce, la propriété de la chose prêtée n'est point commune, d'où il s'ensuit : 1° que l'emprunteur doit répondre de la faute; 2° que cette faute ne doit pas s'estimer comme dans la société, mais comme dans tous les contrats *in quibus culpa dirigitur ad exactissimam seu boni patrisfamilias diligentiam.* Car malgré le raisonnement que je viens d'exposer, Celse et Gaius lui-même ont décidé que l'associé répond de la faute; mais Gaius a pris un tempérament, il a réglé la faute sur la conduite de l'associé dans ses propres affaires; et c'était en effet tout ce qu'on pouvait conclure de ce raisonnement : la conséquence que ces autres jurisconsultes en tiraient était outrée.

Quant à la communauté, quoique l'*utriusque utilitas* y soit de même espèce que dans la société, on n'a jamais douté que le copropriétaire ne fût responsable de la faute, *quia cum eo non contrahimus, sed incidimus in eum,* L. 25, § 16, ff. *Fam. ercisc.*

Source : BIU Cujas

Je ne fais donc au fond qu'interpréter Gaius par lui-même. On n'a jamais formé le doute dont il s'agit ici que dans deux cas; Gaius les a examinés, et les a décidés tous deux. Il a rejeté le sentiment de ceux qui n'exigeaient dans tous les deux que la prestation du dol. Il a dit pour l'un, qu'on y répond de la faute, *sed quæ non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere solet.* Il a dit pour l'autre, qu'on y répond de la faute, *ut ità culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus* (et autres *in quibus culpa ad exactissimam diligentiam dirigitur*), *æstimari solet.* Remarquons ici combien Gaius s'exprime plus correctement qu'Ulpien; Gaius dit que la faute se mesure, se règle, s'estime sur telle diligence; au lieu que cette expression *præstare culpam et diligentiam,* présente naturellement l'idée de deux prestations différentes.

Il est vrai que l'omission de la diligence *in rebus suis* s'appelle *culpa*, et qu'en ce sens *præstare culpam et diligentiam* signifie être obligé non-seulement à une diligence égale à celle que l'on a pour ses propres intérêts, mais encore à celle d'un bon père de famille. Mais le mot *culpa*, étant commun à l'omission des deux diligences, Ulpien aurait dû prévoir qu'on pourrait se tromper sur le sens de ses paroles.

Au surplus, ce jurisconsulte en avait peut-être déterminé le vrai sens dans ses ouvrages et nous n'aurions de reproche à faire qu'aux compilateurs du *Digeste*, qui, en faisant une collection si informe et si défectueuse en tous points, ont donné matière à tant de disputes et d'erreurs.

Is qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare tenetur; nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, etc., § 2, Instit. *quib. mod. re cont. oblig.*

Ce paragraphe paraît tiré de Gaius, qui, dans la loi 1, § 4, ff. *de Oblig.*, s'exprime ainsi : *Is qui utendum accepit.,... exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compellitur; nec sufficit ei eamdem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit.*

Remarquez que Gaius se sert du superlatif *exactissimam*, et que Justinien a mis à la place le positif.

Le sens de ces deux lois est fort clair. Lorsqu'un autre aurait pu être plus diligent, c'est qu'on n'a point fait usage de toute sa capacité, et que par conséquent on n'a point imité la diligence d'un bon père de famille. L'empereur et le jurisconsulte ont donc voulu dire « que l'emprunteur doit imiter cette diligence, et que ses devoirs sont plus étendus que ceux de l'associé et du copropriétaire; et qu'ainsi il ne suffit pas d'avoir soin de la chose prêtée comme de ses propres biens, si on n'a soin de ses biens autant qu'on est capable ».

J'ai donc démontré que toutes les lois qui concernent le prêt, ne prouvent rien en faveur des interprètes. C'est pourtant sur ces lois que pose tout leur système, ce sont là toutes leurs preuves, et nous ne les verrons désormais que sur la défensive, c'est-à-dire, donnant sans cesse la torture aux lois pour les assujettir à leur opinion.

§ VII. — De la vente.

Talis custodia desideranda est à venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; L. 35, § 4, ff. *de Contrah. emp.* — *Si venditor eam diligentiam adhibuisset.... quam debent homines frugi et diligentes præstare, si quid accidesset, nihil ad cum pertinebit;* L. 11, ff. *de Per. et com. rei vend.*— *Venditor domus, antequàm et eam tradat.... custodiam et diligentiam præstare debet;* L. 36, ff. *de Act. empti.*—*Dùm venditoris custodia est, is debet.... omnem diligentiam emptori præstare:* L. 18, § 9, ff. *de Damno inf.* — *Sanè periculum rei ad emptorem pertinet, dummodò custodiam venditor ante*

Source : BIU Cujas

traditionem præstet; L. 14, *in princ.*, ff. *de Furt.*— *Si cum fundum venderes, in lege dixisses, quoad mercedis nomine à conductore exegisses, id emptori accessurum esse ; existimo te in exigendo non solùm bonam fidem, sed etiam diligentiam præstare debere, id est, non solùm ut à te dolus malus absit, sed etiam et culpa;* L. 68, *in princ.*, ff. *de Contrah. empt.*

Suivant cette loi, la faute consiste dans l'omission de la diligence, comme le dol dans le défaut de bonne foi. *Si servus, quem vendideras, jussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit, ità demùm ea res tuo periculo non est, si id imperasti quod solebat ante venditionem facere, et si imperasti quod etiam non vendito servo imperaturus eras.*

Labeon, auteur de cette loi, pensait que le vendeur n'était obligé d'avoir soin de la chose vendue que comme des siennes propres.

Aussi Paul le reprend-il en ces termes : *Minimè ; nam si periculosa ante venditionem facere solitus est, culpâ tuâ id factum esse videbitur... idem juris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit;* L. 54, *in princ.*, ff. *de Act. empti.*

Cette loi nous donne une idée précise de la différence qu'il y a entre la prestation de la *diligence d'un bon père de famille* et celle de la *diligence ordinaire in suis rebus.*

Ce ne serait peut-être pas une conjecture dénuée de fondement, de penser que, du temps de Labéon, la nature de la diligence prescrite à ceux qui sont chargés des intérêts d'autrui, n'était pas encore fixée, ou même qu'on en avait communément la même idée que ce jurisconsulte.

Il n'est pas étonnant, dans cette hypothèse, que le mot *culpa* ayant été d'abord consacré à signifier l'omission de la diligence *in suis rebus*, des jurisconsultes plus modernes, aient désigné la prestation de la diligence d'un bon père de famille, par ces mots : *præstare culpam et diligentiam*, et que d'autres, pour exprimer la même chose, aient insisté sur la nécessité d'être plus diligent *in rebus alienis quam in suis*, si on n'est aussi diligent qu'on en est capable.

Custodiam (vini) antè admetiendi diem qualem præstare venditorem oporteat, utrum plenam ut et diligentiam præstet, an verò dolum duntaxat, videamus : et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna, sit excusatum. Custodiam autem venditor talem præstare debet, quam præstant hi quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem quam in suis rebus adhiberet; L. 2, § 1 ; L. 3 ff. *de Per. et com. rei vend.*

Ces lois ont cruellement tourmenté les interprètes, elles exigent directement du vendeur autant de diligence que de l'emprunteur ; ce qui renverse leurs principes.

Pour se tirer de cette difficulté, ils prétendent qu'elles parlent d'une vente de vin à la mesure, et qu'elles ont, en ce cas, imposé des obligations plus fortes au vendeur, parce que la vente n'est point parfaite avant le mesurage. Si cela était vrai, il y aurait une antinomie insoluble entre les lois qui déchargent le vendeur de la prestation du cas fortuit, et les lois 5, *eod. tit.*, et 35, § 5 et 7, ff. *de Contrah. empt.* (1), qui l'en chargent précisément, parce que, quand une chose a été vendue à la mesure, la vente n'est point parfaite avant le mesurage et ce qui est bien remarquable, on mettrait deux des plus grands jurisconsultes en contradiction avec eux-mêmes. Car Gaius est l'auteur des lois 2 et 35, et les lois 3 et 8 sont toutes deux tirées du livre 5 de Paul sur Sabin.

Il y a des interprètes qui se sauvent de cet embarras par une réponse avec

(1) Et plusieurs autres, mais je ne cite que ces deux-là, à cause des contradictions qu'il faut imputer aux jurisconsultes en adoptant l'interprétation des docteurs. (*Note des précédentes éditions.*)

Source : BIU Cujas

laquelle ils peuvent éluder les lois les plus claires. C'est que, dans l'espèce des lois 2 et 3, l'acheteur était convenu que le vin serait à ses risques dès le temps du contrat, convention qui était dans les originaux, et que les compilateurs du Digeste ont omise.

Au lieu de me livrer à des conjectures, je chercherai dans les lois mêmes l'interprétation qu'il faut leur donner. Celle des interprètes n'est fondée que sur ces mots de la loi 2 *Antè admetiendi diem;* d'où ils concluent qu'elle parle d'une vente à la mesure. Mais je soutiens qu'on peut vendre du vin qui doit être mesuré sans le vendre à la mesure, et le prouve par le § 1 de la loi 1, au même titre, qui le dit positivement : *Antè mensuram periculo (venditor) liberatur, si non ad mensuram vendidit, sed fortè amphoras, vel etiam, singula dolia.*

Je vois deux raisons pour mesurer du vin qui n'est pas vendu à la mesure : 1° Supposé que le vin soit contenu dans des vaisseaux qui doivent avoir une mesure fixe, le mesurage peut être utile pour savoir s'ils contiennent effectivement la quantité requise ;

2° Supposé même que le vin soit contenu dans des vaisseaux qui n'ont pas une mesure connue (1), le mesurage peut être utile à l'acheteur, pour savoir s'il a eu le coup d'œil bon, et s'il a fait un achat avantageux pour la quantité. Cette utilité suffisait pour qu'il fût ordinaire parmi les Romains que l'acheteur mesurât le vin en le transvasant des tonneaux des vendeurs dans les siens. Car il faut observer que, quand ils vendaient du vin contenu *in doliis*, ils avaient coutume de vendre seulement le vin, et de garder ces sortes de vaisseaux, qui étaient ordinairement d'une grandeur énorme, et qui souvent même étaient en terre.

Il en était autrement lorsque le vin était *in amphoris et cadis :* on voit la preuve de tout cela dans les lois 1 et 2 *hoc. tit.*, et plusieurs autres, surtout dans la loi 3, § 1, ff, *de Trit. vin.*, et dans la loi 15, *eod.* Or il est indubitable que, dans les lois que j'explique, il s'agit de vin contenu *in doliis,* ces lois étant évidemment la suite du paragraphe dernier de la loi 1.

Il est donc certain que les mots *antè admetiendi diem* ne prouvent pas que, dans l'espèce de la loi 2, le vin avait été vendu à la mesure; mais cela étant, peut-on balancer son choix entre l'interprétation des docteurs qui supposent ou doivent supposer que deux grands hommes se sont contredits lourdement, et l'un d'eux dans un même endroit de ses ouvrages, ou qui, pour les accorder avec eux-mêmes, ont recours à de vaines conjectures, et une interprétation qui dissipe la prétendue contradiction de la manière la plus simple, et d'après une loi dont celles qu'elle explique ne sont que la suite. Disons donc que ces mots : *antè admetiendi diem* signifient la même chose que *antè tradendi diem*, et que Gaius a cru pouvoir indiquer la tradition pour le mesurage, parce que c'était la coutume de mesurer le vin lors de la tradition.

Un célèbre jurisconsulte, à qui j'ai communiqué cette dissertation, a tiré avantage de la connexité qu'il y a entre les trois premières lois de ce titre *de Per. et com. rei vend.*, pour défendre l'interprétation des docteurs : il m'a soutenu que, dans le paragraphe dernier de la loi 1, il s'agit de vin vendu à la mesure, parce qu'il est dit que « si l'acheteur ne fait pas vider avant les vendanges les tonneaux qui contiennent le vin qu'il a acheté, le vendeur peut le répandre, mais qu'il doit le mesurer en le tirant des tonneaux, *ut appareret quantùm emptori perierit* ». Or cette précaution n'eût pas été nécessaire, si la vente eût été faite *per aversionem*, c'est-à-dire à un seul prix pour la totalité du vin, au lieu qu'elle est nécessaire lorsque la vente a été faite à la mesure, pour connaître le total du prix.

Je conviens très fort que, suivant mon interprétation, cette précaution n'est

---

(1) Il paraît par les derniers mots de cette loi 1, que les Romains avaient de grands vaisseaux (*dolia*) de ces deux espèces.

Source : BIU Cujas

pas absolument nécessaire ; mais je dis qu'elle est utile, afin que, si l'acheteur vient à contester que le vendeur ait eu juste raison de répandre le vin, et qu'il obtienne gain de cause, le vendeur ne coure pas le risque d'être condamné à payer une somme excessive pour les dommages et intérêts, ce qui pourrait arriver aisément. Car, dans le doute sur la quantité de vin que contenaient les tonneaux, le juge pencherait plutôt à l'augmenter qu'à la diminuer, parce que la cause du vendeur serait défavorable ; et de ce que cette précaution n'est pas, selon moi, nécessaire, mais seulement utile, je tire la preuve que j'ai saisi le vrai sens de la loi ; car elle ne donne qu'un simple conseil *veteres hoc propter mensuram suaserunt.* Si cette précaution eût été nécessaire, la loi se serait-elle contentée de la conseiller?

Voilà donc une preuve positive que, dans le § dernier de la loi **1**, et par conséquent dans les lois 2 et 3, il est question d'une vente faite *per aversionem,* d'où il s'ensuit que cette espèce rentrant dans la thèse générale, la décision doit être aussi regardée comme générale.

§ VIII. — Du gage.

Quia pignus utriusque gratiâ datur, et debitoris quo magis pecunia ei credatur, et creditoris quò magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat, quam si præstiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere, § 4, Inst., *Quib. mod. re cont. oblig.*

Les interprètes ont donné un sens détourné au mot *sufficere.* Il est évident que l'empereur l'emploie pour exclure la prestation du cas fortuit. *Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit..... et conventus ob evictionem erat et condemnatus, an haberet regressum pignoratitiæ contrariæ actionis? et potest dici esse regressum, si modò sine dolo et culpâ sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit* L. 22, § 4, ff. *de Pign. act.—Culpam duntaxat (à creditore) præstandam, non vim majorem*, L. 30, *eod.* — *Venit in hâc actione et dolus et culpa ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit. Ea igitur quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur,* L. 13, § 1; L. 14, *eod.*

Dans le gage comme dans le prêt, on répond de la *faute.* Cette *faute* se mesure sur la *diligence*, et la *diligence* est celle d'un *bon père de famille. Et culpa et diligentia* ou *et custodia*, c'est le langage ordinaire d'Ulpien, auteur de la loi 13. Les empereurs Dioclétien et Maximien l'ont imité dans la loi 19, Cod. *de Pignor. sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse, ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.*

Que ces lois sont accablantes pour les docteurs ! Ils n'ont pas de prétexte pour dire qu'elles parlent de cas particuliers ; leurs expressions se refusent à cette interprétation ; cependant plusieurs l'ont dit, parce que toute interprétation leur est bonne, pourvu qu'elle sauve leur système. Noodt est plus hardi, il corrompt le texte de la loi 13, et le lit ainsi : *Venit in hâc actione et dolus et culpa; at in commodato, venit et custodia, vis major non venit;* en sorte que les deux tiers du paragraphe sont employés à décider des prestations de l'emprunteur. Pour réfuter cette ridicule correction, il me suffira d'observer que la conjonction *ut* est rendue dans les basiliques par la conjonction ως.

§ IX. — Du bail.

In judicio tàm locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum cui resisti non potest, venire constat. L. 28, Cod. *hoc tit.*

Si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non præstabit periculum locator; si verò culpa, locatori quam præstare necesse est, damnum fecerit, tenebitur, L. 9, § 3, ff. *hoc tit.*

Source : BIU Cujas

Ab eo (conductore) custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, quam si præstiterit et aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituendâ eâ non tenebitur, § 5, Inst. *hoc tit.*

Culpa abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus (1) *quisque observaturus fuisset,* L. 25, § *pen.*, ff. *Hoc tit.*

Qu'oppose-t-on à ces textes? Ce sont encore des cas particuliers qui y sont traités suivant un grand nombre d'interprètes. Quel aveuglement!

Vinnius sur le § 5, Instit., *Hoc tit.*, les réfute, et résout tout à son aise la difficulté, en disant qu'il faut expliquer ces lois selon la nature du contrat, nature qu'il suppose avoir prouvée. Il allègue aussi la loi 3, § 1, ff. *Naut. caup. stab.*, comme décisive en sa faveur.

Ceux qui ont mis *in navi, cauponâ, vel stabulo*, des effets qu'ont reçus ceux qui sont préposés pour cela, ont diverses actions contre eux, lorsque leurs effets ont été perdus ou endommagés. Ils ont l'action *depositi*, s'ils les ont reçus gratuitement; s'ils ont exigé un salaire, ils ont l'action *locati*. Mais le Prêteur considérant que les voyageurs sont obligés de se livrer à la bonne foi de ces sortes de gens, et voulant pourvoir pleinement à leur sûreté, leur a accordé une action particulière qui aurait lieu dans tous les cas.

Ulpien, dans la loi que nous avons examinée, rapporte que Pomponius s'étonnait de ce que le prêteur leur avait ainsi accordé une action, tandis qu'ils en avaient de civiles qui paraissaient suffisantes. *Miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles : nisi fortè, inquit, ideo ut inotesceret prætorem curam agere reprimendæ improbatis hoc genus hominum; et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstatur; at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpâ ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.*

Igitur ex sententiâ jurisconsulti, dit Vinnius, *is qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam et casum fortuitum, quod non præstat conductor. Atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quàm culpam levissimam.*

Rien n'est moins solide que ce raisonnement. Le jurisconsulte ne dit pas simplement *sine culpâ*, mais *sine culpâ ejus*. Or, suivant l'édit du préteur, celui qui a reçu les effets est non-seulement responsable du fait de ses gens, mais encore du fait des voyageurs, quoiqu'il n'ait commis aucune faute qui ait donné occasion au dommage. *Et puto... eum factum non solùm nautarum præstare debere, sed et vectorum; sicut et caupo viatorum;* L. 1, § *ult.* L. 2, *eod.*

Les actions *depositi* et *locati* ne pouvaient s'étendre jusque-là. Ulpien dans la loi 1, § 1, *eod.* rend raison de cette rigueur. *Ne quisquam putet*, dit-il, *graviter hoc adversùs eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversùs eos quos recipiunt coeundi, cùm ne nunc quidem abstineant hujus modi fraudibus.*

§ X. — De la dot.

Et dolum et culpam maritus præstare debet; L. *ult.* ff. *Soluto matrim.* — *add.* L. 18, § 1; L. 25, § 1; L. 66, *in princip.* ff. *eod.*

Si maritus sævus in servos dotales fuit, videndum an de hoc possit conveniri? Et si quidem tantum in servos uxoris sævus fuit, constat eum teneri hoc nomine. Si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est immoderatam ejus sævitiam hoc judicio coercendam quamvis enim diligentiam uxor

---

(1) Cette loi est de Gaius et le § 5 Inst. *hoc tit.* est encore vraisemblablement de lui. Justinien avertit dans la préface des Institutes, que, pour les composer, il a principalement puisé dans les écrits de ce jurisconsulte, et je n'en vois aucun autre qui se soit servi des superlatifs *diligentissimus paterfamillias, exactissima diligentia.* (*Note de l'auteur.*)

Source : BIU Cujas

eam demùm ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit; at tamen sævitia quæ in propriis culpanda est, in alienis (1) *coercenda est;* L. 24, § 5, ff. *eod.*

In rebus dotalibus virum præstare oportet tàm dolum quàm culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam (2) *diligentiam præstabit quam in suis rebus exhibet.*

La disposition de ces deux dernières lois paraît équitable; car le mari a, pendant le mariage, le domaine civil de la dot. C'est d'ailleurs une faute impardonnable à une femme de ne s'être point assurée, avant de se marier, du caractère et de la conduite de l'homme sous les lois duquel elle a consenti (3) à vivre. Enfin l'amour tendre qui doit unir les deux époux, leur a fait un devoir à chacun de regarder les intérêts de l'autre comme les siens propres; ils ont contracté une société plus précieuse et plus parfaite que celle dont l'intérêt seul est l'objet, *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicationem;* L. 1, ff. *de Ritu nupt.*

Mais comment concilier tout cela avec la loi *contractus?* car, si on règle la conduite que le mari doit tenir dans l'administration des biens dotaux, sur celle qu'il tient dans ses propres affaires, ses devoirs seront semblables à ceux de l'associé et du copropriétaire, et il ne sera donc pas vrai que *dotis datio recipit diligentiam*, comme l'assure Ulpien dans cette loi.

J'avoue ingénument que je ne vois pas de conciliation satisfaisante. J'observerai seulement qu'il était très difficile de décider à quoi le mari devait être astreint et qu'ainsi il y a ici plus de raison de conjecturer qu'il y a eu des variations parmi les jurisconsultes. C'est peut-être pour cela qu'Ulpien, dans la loi *Contractus,* appuie sur sa décision, en disant *item dotis datio,* quoique ce même jurisconsulte donne une décision contraire dans la loi *Si maritus* rapportée ci-dessus.

La loi 6, ff. *Pactis dot.*, déclare nulle la convention par laquelle le mari est déchargé de la prestation de la faute dans l'administration de la dot. C'est un droit particulier introduit *propter utilitatem nubentium.*

§ XI. — De la tutelle.

Quidquid tutoris dolo, vel latâ culpâ, aut levi, seu curatoris, minores amiserint, vel cum possent, non acquisierint, hoc in tutelæ seu negotiorum gestorum utile judicium venire non est incerti juris, L. 7, Cod. *Arbit. tut.*

A tutoribus et curatoribus pupillorum eadem diligentia exigenda est circà administrationem rerum pupillarium, quam paterfamilias rebus suis ex bonâ fide præbere debet. L. 33, ff. *de Adm. et per. tut.*

Quotiescumque non fit nomine pupilli quod quivis paterfamilias idoneus facit, non videtur defendi. L. 10, *eod.*

Tutoribus vel curatoribus fortuitos casus, adversùs quos caveri non potuit, imputari non oportere sæpè rescriptum est; L. 4, Cod. *de Per. tut.*

---

(1) En réfutant les principes des interprètes, j'ai dit, et j'ai prouvé par la loi 23, § 3, *ad Senat. Trebell.*, que les lois ne proposent pas pour modèle aux associés et aux copropriétaires toute la conduite qu'ils tiennent dans leurs propres affaires, mais seulement leur diligence. Cette loi en fournit une nouvelle preuve. (*Note de l'auteur.*)

(2) On pourrait peut-être, à cause du mot *etiam*, interpréter cette loi comme la loi *in omnibus* qu'on verra dans l'article suivant. La loi 24, ff. *Solut. matrim.*, serait alors la seule qu'on ne pourrait concilier. (*Note de l'auteur.*)

(3) *Bonum erat mulierem, quæ seipsam committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari;* L. 8, Cod. *de Pact. conv.*

Source : BIU Cujas

In omnibus quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præstando dolum, culpam, et quantam in suis rebus diligentiam; L. 1, *pr.* ff. *de Tut. et rat. dist.*

La conduite de la personne du pupille, et l'administration de ses biens étant un dépôt sacré que la loi confie au tuteur, il doit se montrer digne d'une confiance qui l'honore, et chérir cet enfant qui est abandonné à ses soins. Il est donc obligé de faire pour lui des efforts d'industrie et de prudence, et ses devoirs n'ont d'autres bornes que celles de ses lumières.

Ces raisons et l'énergie du mot *quantam* font voir que la loi *in omnibus* parle d'un tuteur qui est très diligent dans la conduite de ses propres affaires, un interprète grec a fait sur la même loi cette note : ουχ' απλως, αλλ'οιαν (χρεωστει επιμελειαν εν τοις ιδιοις πραγμασιν) επιμελης ανθρωπος, et il cite la loi 33, ff. *de Adm. et per tut.*, que j'ai rapportée plus haut.

§ XII. — Du quasi contrat NEGOTIORUM GESTOR.

Nous avons vu à l'article du mandat pourquoi celui qui se charge des affaires d'un autre, en vertu du pouvoir qu'il en a reçu est responsable de ses fautes, quoiqu'il ne retire aucun profit de sa gestion. Il y a deux raisons de plus pour soumettre à la même obligation le *negotiorum gestor*, c'est qu'il s'ingère lui-même dans les affaires d'autrui, et qu'il serait extrêmement dangereux pour les absents, que le premier venu pût se mêler de leurs affaires sans répondre de ses négligences. Mais cela n'a pas lieu lorsqu'il y a une nécessité pressante de se mêler des affaires des absents. *Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solùm modò versari. Nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare; quæ sententia habet æquitatem.* L. 3, § 9, ff. *hoc tit. Junge,* § *seq.*

Il arrive quelquefois, au contraire, que le *negotiorum gestor* est responsable des cas fortuits. *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes. Sed Proculus interdùm etiam casum præstare debere, veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quod damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem; quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.*

Voyons les lois qui décident la question dans la thèse générale.

Ad exactissimam quisque (negotiorum gestor) diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modò alius diligentior eo commodiùs administraturus esset negotia, § 1, Inst. *de Oblig. quæ quasi ex cont.*

Ceci est imité presque mot pour mot du § 2, *Instit. quib. mod. re cont. oblig.*, que nous avons expliqué à l'article du prêt.

Cependant la plupart des docteurs les ont interprétés diversement, comme nous le rapporte Vinnius sur ce paragraphe.

Mais ni ces docteurs, ni Vinnius, qui les réfute, n'ont compris le vrai sens de ces deux paragraphes. *Videamus in personâ 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 eum teneri et propter ea quæ non gessit : quod puto veriùs,* L. 6, § 12, ff. *hoc tit.*—*Culpam æstimari satis est, non etiam casum,* L. 32, *eod.* — *Cùm non tantum dolum et latam culpam, sed et levem præstare necessè habeat.* L. 24, Cod. *hoc tit.*—*Cum omnem diligentiam præstare debeat.* L. 24, Cod. *de Usur.*

La simple exposition de tant de lois conformes suffit pour démontrer que, dans tous les contrats que j'ai examinés jusqu'ici (excepté peut-être la dot), la règle qui mesure la *faute* est la *diligence d'un bon père de famille;* qu'elles la

Source : BIU Cujas

désignent souvent par le seul mot *diligence*, sans épithète et sans explication ; que le *plus* ou le moins d'énergie de leurs expressions n'est point une raison suffisante pour établir diverses espèces de faute, puisqu'on trouve des exemples de cette variété dans tous ces contrats.

Il ne me reste plus qu'à prouvre qu'elles n'admettent point la même règle dans la société et dans la communauté.

§ XIII. — De la société.

Venit in hoc judicium pro socio bona fides, utrum ergo tantum dolum, an etiam culpam præstare socium oporteat, quæritur. Et Celsus... scripsit socios inter se dolum et culpam præstare oportere.

Un peu plus bas : *Si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire. Damna quæ imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia socii non cogentur præstare... si nihil dolo aut culpâ acciderit,* L. 52, § 1, 2, 3, ff. *hoc tit.*

Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est ; an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri sibique hoc imputare debet, § *ult.* Inst. *hoc tit. Junge* L. 72. ff. *hoc tit.*

On ne peut rien désirer de plus clair ni plus expressif. L'empereur dit alors que l'associé est responsable de la faute, et il ajoute en quoi elle consiste. Ce n'est point, dit-il, sur la très exacte diligence d'un bon père de famille qu'il faut *mesurer* la faute, *dirigenda est ;* ce n'est point sur cette règle qu'il faut juger si un associé est coupable de négligence ; car il n'est point obligé d'être plus diligent dans les affaires de la société que dans les siennes propres.

Il y a deux raisons de cette décision :

La première, que les affaires de la société étant celles de chaque associé, pour sa part seulement quant à la propriété, mais pour le total, quant à la gestion, il est naturel qu'il puisse les gérer comme les siennes propres. On ne pourrait même, sans blesser son droit de propriété sur sa part, l'obliger, à cause des parts des autres, de gérer les affaires de la société comme des affaires d'autrui. Car la gestion étant indivisible (1), il arriverait qu'il ne pourrait administrer sa propre part que comme si elle appartenait à autrui : c'est ce que Paul nous a fait entendre dans la loi 25, § 16, ff. *Fam. ercisc.,* lorsqu'il dit « que le cohéritier n'est obligé d'avoir soin des affaires de la succession que comme des siennes, parce qu'il a droit de gérer à cause de sa part, *quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi.* »

Cette première raison regarde également la société et la communauté.

La seconde est celle qui est alléguée dans le paragraphe que j'explique. Tout homme qui forme une société doit avoir examiné la conduite ordinaire de ceux avec qui il s'associe ; car il ne peut raisonnablement espérer qu'ils seront plus attentifs aux intérêts de la société qu'aux leurs. Il ne résulte de là nul inconvénient. Comme il sait, ou doit savoir, quels sont les devoirs que la loi prescrit aux associés, il n'a à se plaindre que de lui-même, s'il s'associe avec des personnes peu diligentes.

---

(1) Un associé ne peut être sujet à des prestations, s'il n'administre point. Or, quelque petite que soit la portion des affaires de la société qu'il administre, il l'administre pour tous les membres de la société. C'est en ce sens que je dis que la gestion est indivisible. (*Note de l'auteur.*)

Source : BIU Cujas

Ces raisons ont paru si fortes, qu'on a douté si l'associé devait être astreint à quelque chose de plus qu'à la prestation du dol, comme on le voit par les lois ci-dessus rapportées.

Il peut arriver que la règle qui est prescrite aux associés et aux copropriétaires exige d'eux autant que celle qui ordonne d'imiter la diligence d'un bon père de famille; c'est lorsqu'ils sont aussi diligents dans la conduite de leurs affaires qu'ils peuvent l'être. Ils font alors eux-mêmes de diligents pères de famille; et comme ils ne peuvent être moins diligents pour les affaires communes que pour les leurs, il arrive nécessairement qu'ils ont les mêmes devoirs à remplir que l'emprunteur, le mandataire, le vendeur, etc.; et lors même qu'ils ne font point usage de toute leur capacité dans l'administration de leurs affaires particulières, si les faits allégués devant le juge ne font pas connaître cette capacité, les deux règles se confondent dans la pratique.

Il y a plus, si le juge ne connaît ni leur capacité ni leur conduite dans leurs propres affaires, il est réduit à se contenter de présomptions plus ou moins fortes, souvent même de celles qui résultent de l'âge, du sexe, et de la profession.

La loi *Quod Nerva* 32, ff. *Depos.*, paraît contraire à mon système : elle décide que le dépositaire commet une *faute grossière* lorsqu'il apporte moins de diligence à la garde du dépôt qu'à la conservation de ses biens. C'est donc aussi une *faute grossière,* lorsque l'associé ou le copropriétaire est moins diligent pour les affaires communes que pour les siennes.—Je nie d'abord la conséquence. L'associé et le copropriétaire ne sont obligés d'avoir soin des choses communes que comme des leurs, parce qu'ils en sont propriétaires pour leurs parts, et que ces parts étant indivises, il est impossible qu'ils s'abstiennent d'administrer les parts de leurs coassociés ou de leurs copropriétaires sans cesser d'administrer leurs propres parts.—Mais si le dépositaire était responsable de la *faute légère,* il serait obligé d'employer à la garde du dépôt toute la diligence dont il est capable, parce qu'il n'est propriétaire d'aucune portion de la chose déposée.

J'ajoute que la décision de la loi *Quod Nerva* doit être entièrement renfermée dans son espèce. Celse, qui en est l'auteur, voulait prouver que la *faute grossière* poussée à l'excès, est un dol. *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.* Dans cette vue, il suppose un homme d'une extrême négligence dans ses affaires, qui se charge d'un dépôt, et qui le néglige encore plus que ses propres biens; et il décide que ce dépositaire n'est point exempt de dol. *Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam præstabit.*

Il y a assez d'apparence qu'on croyait qu'un homme ne pouvait jamais être coupable que de fautes légères, lorsqu'il ne sortait pas des bornes de sa diligence ordinaire *in suis rebus*, et ce n'était pas sans raison. Car, pour qu'une faute soit réputée *grossière*, il faut que la loi puisse y attacher la présomption de dol.

Or, il serait ridicule d'accuser de dol celui qui agit pour les autres comme pour lui, personne n'employant le dol contre soi-même. C'est pourquoi Celse, qui voulait qu'il pût entrer de la malice dans la *faute grossière,* attribue à ce dépositaire une négligence extraordinaire pour ses propres intérêts. Dans cette supposition, la faute la moins grossière qu'il puisse commettre est très lourde.

Ceux qui croient que Celse a voulu parler d'un homme borné et presque stupide, se trompent bien fort. Plus on lui donnera d'esprit et d'expérience, plus on entrera dans la pensée du jurisconsulte.

On se trompe encore davantage de croire que cette loi doit avoir des effets dans la pratique. Celse y disserte plutôt en moraliste qu'en jurisconsulte. La morale distingue des degrés dans la faute, elle y aperçoit mille nuances : mais

Source : BIU Cujas

dans cette partie du système des lois où il s'agit, non d'infliger des peines, mais de donner la simple réparation des dommages : cet intervalle immense n'est qu'un point aussi indivisible que la *diligence* qui lui est opposée.

La *faute* est toujours identiquement et individuellement *faute,* jusqu'à ce qu'elle devienne *dol.* De même le dol ne connaît point ici d'intervalle entre son premier degré où commence la *faute grossière,* et le comble de la scélératesse. De même enfin le *cas fortuit* est un, depuis le terme où l'omission de précaution cesse d'être *faute,* jusqu'à l'impossibilité physique d'écarter les dommages. Dès qu'on a atteint le premier degré dans chacune de ces classes, l'effet est le même que si on les avait tous parcourus.

La question, si la *faute grossière* renferme quelquefois un mélange de *dol,* est donc étrangère à la matière de la réparation des dommages.

Encore un coup, Celse n'a eu d'autre but que de rendre sensible la nuance qui unit la *faute grossière* au *dol* en imaginant un cas où l'on ne peut commettre de *faute grossière* sans une volonté confuse de faire du tort.

§ XIV. — De la chose indivise.

Non tantùm dolum, sed et culpam in re hæreditariâ præstare debet cohæres, quoniam cùm cohærede non contrahimus, sed incidimus in eum: (Paul nous fait entendre ici pourquoi il est indubitable que le copropriétaire est obligé à la prestation de la faute, quoiqu'on ait douté si l'associé devait être astreint). *Non tamen diligentiam præstare debet qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideò negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet qualem in suis rebus,* L. 25, § 16, ff. *Fam ercisc.*

Il faut bien être opiniâtre pour ne pas se rendre à l'évidence de cette loi : *Doli et culpæ, cum in communi dividundo judicio hæc omnia venire non ambigatur, rationem habiturus* (*præses provinciæ*), L. 4, Cod. *Com. divid.*

Je couronnerai cette foule de citations par deux lois très énergiques.

Si cui incipiendum dedi, dit le grand Papinien, SIVE IPSIUS CAUSA, SIVE UTRIUSQUE, *et dolum et culpam mihi præstandam esse dico non : si verò mei duntaxat causa propter utilitatem ; periculum datum est, dolum solùm,* L. *si Gratuitam,* 17, § 2, ff. *de Præscript. verb.*

On ne saurait opposer que de vaines subtilités à un texte aussi clair. *Cùm quid tibi legatum, fideive tuæ commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo legato, alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimavit : sicut in contractibus fidei bonæ servatur, ut siquidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpâ; sin unius solius, dolus malus tantummodò præstetur,* L. *Si servus,* 108, § 12, ff. *de Leg.*

1° Il est évident que le mot *unius* s'entend de celui qui donne, et non de celui qui reçoit ; les admirateurs des interprètes ne me le contesteront certainement pas. Ces deux lois rapprochées de la loi, *Si ut certo,* 5, § 2, ff. *Commod.,* et de la loi *In rebus,* 8, *eod.* me fournissent une réflexion bien décisive.

Les contrats se font pour l'utilité *vel solius dantis, vel utriusque, vel solius accipientis.* La loi *Si gratuitam* oppose le premier cas aux deux autres, et décide formellement que, dans ceux-ci, on est sujet aux mêmes prestations. La loi *Si servus* et la loi *Si ut certo* opposent le premier cas au second, et elles renferment dans celui-ci le troisième, parce qu'elles exigent au second la prestation de la faute, et qu'ainsi il ne reste plus rien qui puisse différencier le troisième. La loi *In rebus* oppose le second cas au troisième; mais il a fallu pour cela qu'elle mît en question, si dans le second on était responsable de la faute. Donc il n'y a qu'une seule espèce de faute. Ce raisonnement, qui est invincible, méritait de terminer ma dissertation.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

Source : BIU Cujas

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

ÉLOGE DE POTHIER. I

De laudibus antecessoris doctrina et moribus præstantissima oratio. XI

Eloge historique de Pothier, par M. Le Trosne, avocat du roi au présidial d'Orléans. XXVII

Notice sur cette édition, par M. Bugnet. LXIX

TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

PREMIÈRE PARTIE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE. 1

De ce qui appartient à l'essence des obligations; et de leurs effets. 3

CHAP. Ier. De ce qui appartient à l'essence des obligations. . . . . *ib.*

SECT. I. Des contrats.. 4

ART. I. Ce que c'est qu'un contrat; en quoi il diffère de la pollicitation; et des choses qu'on doit principalement distinguer dans chaque contrat. . . . . *ib.*

§ I. Ce que c'est qu'un contrat. . . . . *ib.*

§ II. En quoi le contrat diffère-t-il de la pollicitation. 5

§ III. Des trois choses qu'on doit distinguer dans chaque contrat. 6

ART. II. Division des contrats. 8

ART. III. Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats. . 13

§ I. De l'erreur . . . . . *ib.*

§ II. Du défaut de liberté. 15

§ III. Du dol. 19

§ IV. De la lésion entre majeurs. . . . 20

§ V. De la lésion entre mineurs. . . . 23

§ VI. Du défaut de cause dans le contrat. 24

§ VII. Du défaut de lien dans la personne qui promet. 27

ART. IV. Des personnes qui sont capables, ou non, de contracter. 28

ART. V. De ce qui peut être l'objet des contrats. Que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle, qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi. 32

§ I. Quelles sont les raisons du principe, qu'on ne peut stipuler ni promettre pour un autre. 32

§ II. Plusieurs cas dans lesquels nous stipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention fasse mention d'un autre. 34

§ III. Que ce qui concerne une autre personne que les parties contractantes, peut être le mode ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puisse pas en être l'objet. 39

§ IV. Qu'on peut stipuler et promettre par le ministère d'un tiers, et que ce n'est ni stipuler, ni promettre pour un autre. 42

ART. VI. De l'effet des contrats. 46

ART. VII. Règles pour l'interprétation des conventions. 48

ART. VIII. Du serment que les parties contractantes ajoutent quelquefois à leurs conventions 52

SECT. II. Des autres causes des obligations. 56

§ I. Des quasi-contrats. . . . . *ib.*

§ II. Des délits et quasi-délits. 57

§ III. De la loi. 59

SECT. III. Des personnes entre lesquelles peut subsister une obligation. 60

SECT. IV. De ce qui peut faire l'objet et la matière des obligations. 61

§ I. Thèse générale sur ce qui peut être l'objet des obligations. . . . . *ib.*

§ II. Quelles choses peuvent être l'objet d'une obligation. . . . . *ib.*

§ III. Quels faits peuvent être l'objet des obligations. 65

CHAP. II. De l'effet des obligations. . . 66

ART. I. De l'effet des obligations de la part du débiteur. . . . . *ib.*

§ I. De l'obligation de donner. . . . . *ib.*

§ II. De l'obligation de faire ou de ne pas faire. 69

ART II. De l'effet de l'obligation par rapport au créancier. 70

§ I. Du cas auquel l'obligation consiste à donner. . . . . *ib.*

§ II. Du cas auquel l'obligation consiste à faire ou à ne pas faire. 75

ART. III. Des dommages et intérêts résultant, soit de l'exécution des obliga-

Source : BIU Cujas

tions, soit du retard apporté à leur exécution. 73

SECONDE PARTIE.

DES DIFFÉRENTES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. 85

CHAP. Ier. Exposition générale des différentes espèces d'obligations. . . . . ib.
§ I. Première division. . . . . ib.
§ II. Deuxième division. 86
§ III. 3e, 4e et 5e divisions. . . . . ib.
§ IV. Sixième division. 88
§ V. Septième division. . . . . ib.
§ VI. Huitième division. 89
§ VII. 9e, 10e, 11e et 12e divisions. . . ib.

CHAP. II. De la première division des obligations en obligations civiles et en obligations naturelles. 90

CHAP. III. Des différentes modalités sous lesquelles les obligations peuvent être contractées. 93

ART. I. Des conditions suspensives, et des obligations conditionnelles. . . . ib.
§ 1. Qu'est-ce qu'une condition, et ses différentes espèces. 94
§ II. Ce qui peut faire une condition qui suspende une obligation. . . . . ib.
§ III. Quand les conditions sont-elles censées accomplies. 97
§ IV. De l'indivisibilité de l'accomplissement des conditions 102
§ V. De l'effet des conditions. 104
§ VI. Lorsqu'une obligation a été contractée sous plusieurs conditions, est-il nécessaire que toutes s'accomplissent. 106
ART. II. Des conditions résolutoires, et des obligations résolubles sous une certaine condition, et de celles dont la durée est limitée à un certain temps. ib.
ART. III. Du terme de paiement. . . . 108
§ I. Ce que c'est que le terme de paiement, et ses différentes espèces. . . ib.
§ II. De l'effet du terme, et en quoi il diffère de la condition. 109
§ III. Des cas auxquels la dette peut être exigée avant le terme. 111
§ IV. Du terme joint aux conditions. . 112
ART. IV Du lieu convenu pour le paiement. . . . . ib.
ART. V. Des obligations contractées avec la clause de pouvoir payer à une personne indiquée, ou avec celle de pouvoir payer certaine chose à la place de la chose due 113
ART. VI. Des obligations alternatives. . 115
ART. VII. Des obligations solidaires entre plusieurs créanciers. 120
ART. VIII. De la solidité de la part des débiteurs. 121
§ I. Ce que c'est qu'obligation solidaire de la part des débiteurs . . . . . ib.
§ II. En quel cas l'obligation de plusieurs débiteurs est réputée solidaire 123
§ III. Des effets de la solidité entre plusieurs débiteurs 126
§ IV. De la remise de la solidité 131
§ V. De la cession des actions du créancier, qu'a droit de demander un débiteur solidaire qui paie le total . . . 136
§ VI. Des actions que le débiteur solidaire, qui a payé sans subrogation, peut avoir de son chef contre ses co-débiteurs. 140
CHAP. IV. De quelques espèces particulières d'obligations considérées par rapport aux choses qui en font l'objet. . 143
SECT. I. De l'obligation d'une chose indéterminée d'un certain genre . . . . ib.
SECT. II. Des obligations dividuelles et des obligations individuelles 146
ART. I. Quelles obligations sont dividuelles, et quelles obligations sont individuelles. . . . . ib.
§ I. Qu'est-ce qu'une obligation dividuelle et une obligation individuelle. ib.
§ II. Des différentes espèces d'indivisibilité. 148
§ III. Plusieurs espèces particulières d'obligations à l'égard desquelles on demande si elles sont divisibles ou indivisibles 151
De l'obligation de livrer une pièce de terre . . . . . ib.
De l'obligation d'une corvée ou journée 152
De l'obligation de faire quelque ouvrage. ib.
De l'obligation de donner une certaine somme léguée pour la construction d'un hôpital, ou pour quelque autre fin. . . . . ib.
ART. II. De la nature et des effets des obligations divisibles. 153
§ I. Principes généraux. . . . . ib.
§ II. Modification du premier effet de la division de l'obligation du côté du débiteur . . . . . ib.
§ III. Du second effet de la division de la dette, qui consiste en ce qu'elle peut être payée par parties 150
§ IV. Du cas auquel la division de la dette se fait tant de la part du créancier que de celle du débiteur. . . . 163
§ V. Si la réunion des portions, des héritiers du créancier ou du débiteur, en une seule personne, fait cesser la faculté de payer la dette parties . . . 164
§ VI. Différence entre la dette de plusieurs choses indéterminées, touchant la manière dont elles se divisent . . . 165
ART. III. De la nature et des effets de obligations individuelles. 166
§ I. Principes généraux sur la nature des obligations individuelles. . . . . ib.

Source : BIU Cujas

§ II. De l'effet de l'indivisibilité de l'obligation *in dando aut in faciendo*, par rapport aux héritiers du créancier . . 168
§ III. De l'effet des obligations indivisibles *in dando aut in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur. . . 169
§ IV. De l'effet des obligations indivisibles *in non faciendo*. 172
CHAP. V. Des obligations pénales. . . . 173
ART. I. De la nature des obligations pénales. . . . . *ib.*
Premier principe. . . . . *ib.*
Second principe. 175
Troisième principe . . . . . *ib.*
Quatrième principe. 176
Cinquième principe. 179
ART. II. Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'obligation pénale? 181
§ I. Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de ne pas faire quelque chose. . . . . *ib.*
§ II. Du cas auquel la clause pénale a été ajoutée à l'obligation de donner ou de faire quelque chose. 182
ART. III. Si le débiteur peut, en s'acquittant par parties de son obligation, éviter la peine pour partie 183
ART. IV. Si la peine est encourue pour le total et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux 185
§ I. Décision de la question à l'égard des obligations indivisibles . . . . . *ib.*
§ II. Décision de la question à l'égard des obligations divisibles. 187
ART. V. Si la peine est encourue pour le total, et envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux 191
CHAP. VI. Des obligations accessoires des fidéjusseurs, et autres qui accedent à celle d'un principal débiteur 192
SECT. I. De la nature du cautionnement. Définition des cautions ou fidéjusseurs, et les corollaires qui en dérivent. . . 193
SECT. II. Division des fidéjusseurs ou cautions 208
SECT. III. Des qualités que doivent avoir les cautions. 209
§ I. Des qualités que doit avoir une personne pour contracter un cautionnement valablement. . . . . *ib.*
§ II. Des qualités requises pour qu'une personne soit reçue à être caution . . 211
§ III. Des cas auxquels un débiteur est tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue . . . 212
SECT. IV. Pour qui, envers qui, pour quelle obligation, et comment le cautionnement peut-il être fait? 213
§ I. Pour qui, et envers qui. . . . . *ib.*
§ II. Pour quelle obligation. 214
§ III. Comment se contractent les cautionnements 216
SECT. V. De l'étendue des cautionnements. 217
SECT. VI. De quelle manière s'éteignent les cautionnements, et des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions. 218
ART. I. De quelle manière s'éteignent les cautionnements . . . . . *ib.*
ART. II. De l'exception de discussion . 219
§ I. Origine de ce droit . . . . . *ib.*
§ II. Quelles cautions peuvent opposer l'exception de discussion. 220
§ III. En quel cas le créancier est-il obligé à la discussion, et quand l'exception de discussion doit-elle être opposée? 221
§ IV. Quels biens le créancier est-il obligé de discuter 222
§ V. Aux dépens de qui doit se faire la discussion. 225
§ VI. Le créancier qui a manqué à faire la discussion, est-il tenu de l'insolvabilité du débiteur. . . . . *ib.*
ART. III. De l'exception de division. . . 227
§ I. Origine de ce droit . . . . . *ib.*
§ II. Qui sont ceux qui peuvent ou non opposer l'exception de division. . . . *ib.*
§ III. Qui sont ceux entre qui la dette doit être divisée. 228
§ IV. Un cautionnement peut-il se diviser avec une caution qui n'a pas valablement contracté, et avec une caution mineure. 229
§ V. Quand l'exception de division peut-elle être opposée? 230
§ VI. De l'effet de l'exception de division. 231
ART. IV. De la cession d'actions, ou subrogation que le créancier est tenu d'accorder au fidéjusseur qui le paie. 232
SECT. VII. Du droit qu'a la caution contre le principal débiteur, et contre ses cofidéjusseurs . . . . . *ib.*
ART. I. Du recours de la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé. 233
§ I. Quelles sont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé . . . . . *ib.*
§ II. Quel paiement donne lieu à ces actions . . . . . *ib.*
§ III. Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu à l'action contre le débiteur principal. . 234
Première condition . . . . . *ib.*
Deuxième condition. 235
Troisième condition. 236
§ IV. Quand la caution qui a payé peut-elle exercer son recours? . . . . . *ib.*
§ V. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux, la caution a-t-elle action

Source : BIU Cujas

contre chacun d'eux, et pour combien. 236
ART. II. Des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé. 238
ART. III. Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat 239
ART. IV. Des actions de la caution contre ses cofidéjusseurs. 244
SECT. VIII. De plusieurs autres espèces d'obligations accessoires 246
ART. I. De l'obligation de ceux qu'on appelle en droit *mandatores* . . . . . *ib.*
ART. II. De l'obligation des commettants 249
§ I. En quel sens les commettants accèdent aux obligations des contrats de leurs préposés, et en quoi ils diffèrent des autres débiteurs accessoires. . . . 250
§ II. En quels cas y a-t-il lieu à l'obligation accessoire des commettants ? . *ib.*
§ III. De l'effet des obligations accessoires des commettants. 251
§ IV. De l'obligation accessoire des commettants, qui naît des délits de leurs préposés. 252
§ V. Des pères de famille et des maîtres. 253
SECT. IX. Du pacte *constitutæ pecuniæ*. 254
§ I. De ce qui est nécessaire pour la validité du pacte *constitutæ pecuniæ*. 256
§ II. Si le pacte *constitutæ pecuniæ* renferme nécessairement un terme dans lequel on promet de payer . . . 260
§ III. Si l'on peut, par le pacte *constitutæ pecuniæ*, s'obliger à plus que ce qui est dû, ou à autre chose que ce qui est dû, ou s'y obliger d'une différente manière . . . . . *ib.*
§ IV. De l'effet du pacte *constitutæ pecuniæ*, et de l'obligation qui en naît. 263
§ V. De l'espèce de pacte par lequel on promet au créancier de lui donner certaines sûretés. 268

TROISIÈME PARTIE.

DES MANIÈRES DONT S'ÉTEIGNENT LES OBLIGATIONS, ET DES DIFFÉRENTES FINS DE NON-RECEVOIR, OU PRESCRIPTIONS CONTRE LES CRÉANCES. . 270
CHAP. I. Du paiement réel, et de la consignation. . . . . *ib.*
ART. I. Par qui le paiement doit-il être fait? 271
ART. II. A qui le paiement doit-il être fait? 274
§ I. Du paiement fait au créancier. . . *ib.*
§ II. De ceux qui ont pouvoir du créancier pour recevoir. 276
§ III. De ceux à qui la convention donne qualité pour recevoir. 279
§ IV. De ceux à qui la loi donne qualité pour recevoir 279
§ V. De quelles manières le paiement fait à la personne qui n'avait ni pouvoir, ni qualité pour recevoir, peut-il être rendu valable ? 282
ART. III. Quelle chose doit être payée; comment, et en quel état. . . . . *ib.*
§ I. Peut-on payer une chose pour une autre? . . . . . *ib.*
§ II. Le créancier est-il tenu de recevoir par parties ce qui lui est dû ? 283
§ III. Comment la chose qui est due peut-elle être payée 286
§ IV. En quel état la chose doit-elle être payée ? 287
ART. IV. Quand le paiement doit-il être fait ? 288
ART. V. Où le paiement doit-il être fait, et aux dépens de qui? 289
§ I. Où le paiement doit-il être fait . . *ib.*
§ II. Aux dépens de qui se fait le paiement. 290
ART. VI. De l'effet des paiements . . . *ib.*
§ I. Si un seul paiement peut éteindre plusieurs obligations . . . . . *ib.*
§ II. Si le paiement fait par l'un des débiteurs éteint l'obligation de tous les autres débiteurs de la même obligation ; et de la cession d'actions 291
§ III. De l'effet des paiements partiels. 300
ART. VII. Règles sur les imputations. . 301
ART. VIII. De la consignation, et des offres de paiement. 306
CHAP. II. De la novation. 309
ART. I. Ce que c'est que la novation, et quelles sont ses différentes espèces. . *ib.*
ART. II. Des dettes qui font la matière nécessaire à la novation 311
ART. III. Quelles personnes peuvent faire novation 312
ART. IV. Comment se fait la novation . 313
§ I. De la forme de la novation . . . . *ib*
§ II. De la volonté de faire novation . . *ib.*
§ III. Si la constitution d'une rente, pour le prix d'une somme due par le constituant, renferme essentiellement une novation. 314
§ IV. De la nécessité qu'il y a que quelque chose différencie la nouvelle dette de l'ancienne. 316
§ V. Si le consentement de l'ancien débiteur est nécessaire pour la novation. *ib.*
ART. V. De l'effet de la novation . . . 317
ART. VI. De la délégation 319
§ I. Ce que c'est que la délégation, et comment elle se fait . . . . . *ib.*
§ II. De l'effet de la délégation. . . . *ib.*
§ III. Si le délégant est tenu de l'insolvabilité du délégué 320
§ IV. Différence entre la délégation, le transport et la simple indication . . . 322
CHAP. III. De la remise d'une dette . . 323
ART. I. Comment se fait la remise d'une dette. . . . . *ib.*
§ I. Si la remise d'une dette peut se faire par une simple convention . . . . . *ib*

Source : BIU Cujas

§ II. En quel cas présume-t-on une remise tacite ? 323
§ III. Si la remise peut se faire par la seule volonté du créancier, sans convention. 326
§ IV. Si la remise peut se faire pour partie 327
ART. II. Des différentes espèces de remises . . . . . ib.
§ I. De la remise réelle . . . . . ib.
§ II. De la décharge personnelle . . . . ib.
§ III. Si le créancier peut licitement recevoir quelque chose d'une caution pour la décharger, sans l'imputer sur la dette ; et plusieurs questions qui en dépendent 328
ART. III. Quelles personnes peuvent faire remise, et à qui. 331
§ I. Quelles personnes peuvent faire remise . . . . . ib.
§ II. A qui la remise peut-elle être faite? 333
CHAP. IV. De la compensation. 334
§ I. Contre quelles dettes peut-on opposer la compensation ? 335
§ II. Quelles dettes peuvent être opposées en compensation. 339
§ III. Comment se fait la compensation, et de ses effets. 345
CHAP. V. De l'extinction de la dette par la confusion 352
§ I. En quel cas se fait cette confusion. ib.
§ II. De l'effet de la confusion. 353
CHAP. VI. De l'extinction de l'obligation par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse d'être susceptible d'obligation, ou qu'elle est perdue ; de manière qu'on ignore où elle est. . . 355
ART. I. Exposition générale des principes sur cette manière dont s'éteignent les dettes. . . . . ib.
ART. II. Quelles espèces d'obligations sont sujettes à s'éteindre par l'extinction de la chose due, ou lorsqu'elle cesse de pouvoir être due. 358
ART. III. Quelles extinctions de la chose due éteignent la dette ; quand et contre qui elle est perpétuée, nonobstant cette extinction. 359
ART. IV. Si l'obligation qui est éteinte par l'extinction de la chose due, est tellement éteinte, qu'elle ne subsiste pas pour ce qui reste de cette chose, ni pour les droits et actions qu'a le débiteur par rapport à cette chose . . 364
CHAP. VII. De plusieurs autres manières dont s'éteignent les obligations. . . . 367
ART. I. Du temps . . . . . ib.
ART. II. Des conditions résolutoires . . 368
ART. III. De la mort du créancier et du débiteur. 369
§ I. Règles générales. . . . . ib.
§ II. Des créances qui s'éteignent par la mort du créancier. 370
§ III. Des créances qui s'éteignent par la mort du débiteur . . . . . ib.
CHAP. VIII. Des fins de non-recevoir, et prescription contre les créances. . . 371
ART. I. Principes généraux sur les fins de non-recevoir et sur les prescriptions. . . . . ib.
ART. II. De la prescription trentenaire. 374
§ I. Sur quelles raisons est-elle fondée? ib.
§ II. De quand, et contre qui court-elle? ib.
§ III. De l'effet de la prescription trentenaire. 379
§ IV. Comment s'interrompent les prescriptions qui ne sont pas encore accomplies. 380
§ V. Comment se couvrent les prescriptions accomplies 386
ART. III. De la prescription de quarante ans. 388
ART. IV. Des prescriptions de six mois et d'un an contre les actions des marchands, artisans et autres personnes. 389
§ I. En quel cas y a-t-il lieu à la prescription de six mois ? . . . . . ib.
§ II. En quel cas y a-t-il lieu à la prescription d'un an.. 390
§ III. En quel cas ces prescriptions n'ont pas lieu . . . . . ib.
§ IV. De quand courent les prescriptions, et contre qui. 392
§ V. Du fondement et de l'effet de ces prescriptions. 394
ART. V. De plusieurs autres espèces de prescriptions 395

QUATRIÈME PARTIE.

DE LA PREUVE TANT DES OBLIGATIONS QUE DE LEURS PAIEMENTS 398
CHAP. I. De la preuve littérale. . . . . ib.
ART. I. Des titres authentiques originaux. 399
§ I. Quels actes sont authentiques. . . ib.
§ II. Comment les actes authentiques font-ils foi contre les parties ? 400
§ III. De quelles choses les actes authentiques font-ils foi contre les parties ? 401
§ IV. De quelles choses les actes font-ils foi contre les tiers ? 402
ART. II. Des écritures privées. 404
§ I. Des actes sous signatures privées ordinaires . . . . . ib.
§ II. Des écritures privées, tirées des archives publiques 407
§ III. Des papiers terriers et censiers. . ib.
§ IV. Des livres des marchands 408
§ V. Des papiers domestiques des particuliers. 410
§ VI. Des écritures non signées des particuliers . . . . . ib.
§ VII. Des tailles. 413

Source : BIU Cujas

ART. III. Des copies. 413
§ I. Des copies faites par l'autorité du juge, partie présente, ou dûment appelée. 414
§ II. Des copies faites en présence des parties, mais sans l'autorité du juge . 415
§ III. Des copies faites en présence des parties, et sans qu'elles aient été appelées par autorité de justice. 416
§ IV. Du registre des insinuations. . . 417
§ V. Des copies tout à fait informes, qui ne sont pas tirées par une personne publique. . . . . *ib.*
§ VI. Des copies de copies. 418
ART. IV. De la distinction des titres en primordiaux et en recognitifs. . . . 419
ART. V. Des quittances 420
CHAP. II. De la preuve vocale ou testimoniale 423
ART. I. Principes généraux sur les cas auxquels cette preuve est admise . . . *ib.*
ART. II. Premier principe. Celui qui a pu se procurer une preuve par écrit, n'est pas admis à la preuve testimoniale pour les choses qui excèdent cent livres. 424
ART. III. Second principe. Que la preuve testimoniale n'est pas admise contre un écrit, ni outre ce qui y est contenu. 427
ART. IV. Du commencement de preuve par écrit. 430
ART. V Troisième principe Celui qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale. 433
ART. VI. Quatrième principe. Celui qui a perdu par un cas fortuit la preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale 435
ART. VII. Comment se fait la preuve testimoniele . . . . . *ib.*
ART. VIII. De la qualité des témoins, et des reproches qu'on peut proposer contre leurs personnes 439
Du défaut de raison . . . . . *ib.*
Du défaut de bonne fame . . . . . .
Du soupçon de partialité 440
Du soupçon de subornation. 443
CHAP. III. De la confession, des présomptions et du serment. . . . . *ib.*
SECT. I. De la confession. . . . . *ib.*
§ I. De la confession judiciaire. . . . *ib.*
§ II. De la confession extrajudiciaire. . 445
SECT. II. Des présomptions 447
§ I. Des présomptions *juris et de jure.* 448
§ II. Des présomptions de droit. . . . 449
§ III. Des présomptions qui ne sont pas établies par une loi. 451
SECT. III. De l'autorité de la chose jugée. 452
ART. I. Quels sont les jugements qui ont l'autorité de chose jugée . . . . . *ib.*
§ I. Premier cas. Des jugements rendus en dernier ressort, et de ceux dont il n'y a pas d'appel. 454
§ II. Second cas. Des jugements dont l'appel n'est plus recevable. 459
§ III. Troisième cas. Des jugements dont l'appel a été déclaré péri 462
ART. II. Des jugements qui sont nuls, et qui ne peuvent en conséquence avoir l'autorité de chose jugée 463
§ I. Des jugements qui sont nuls par rapport à ce qui y est contenu. . . . . *ib.*
§ II. Des nullités des jugements qui se tirent des parties entre lesquelles ils ont été rendus 465
§ III. Des jugements qui sont nuls de la part des juges qui les ont rendus, ou par l'inobservation des formalités judiciaires 468
ART. III. Quelle est l'autorité de la chose jugée. 469
ART. IV. A l'égard de quelles choses a lieu l'autorité de la chose jugée . . . 470
§ I. De ce qui est requis en premier lieu, *ut sit eadem res.* . . . . . *ib.*
§ II. De ce qui est requis en second lieu, *ut sit eadem causa petendi* . . . 472
§ III. De la troisième chose requise, *ut sit eadem conditio personarum.* . . . 474
§ IV. Qu'il n'importe que ce soit *eodem an diverso genere judicii* 475
ART. V. Entre quelles personnes a lieu l'autorité de la chose jugée. 476
SECT. IV. Du serment 482
ART. I. Du serment décisoire 483
§ I. Sur quelles choses peut-on déférer le sermené décisoire? . . . . . *ib.*
§ II. En quel cas peut-on déférer le serment décisoire . . . . . *ib.*
§ III. Des personnes qui peuvent, et à qui l'on peut déférer le serment. . . . 486
§ IV. De l'effet du serment déféré, referé, fait ou refusé 487
ART. II. Du serment de celui qui est interrogé sur faits et articles. 491
ART. III. Du serment appelé *juramentum judiciale.* 492
§ I. Du serment que le juge défère pour la décision de la cause . . . . . *ib.*
§ II. Du serment appelé *juramentum in litem.* 494
APPENDICE.—De la prestation des fautes. — Observation générale sur le précédent traité, et sur les suivants. . . . 497
ESSAI SUR LA PRESTATION DES FAUTES. PAR LEBRUN, AVOCAT AU PARLEMENT DE PARIS 503

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES DU DEUXIÈME VOLUME.

Source : BIU Cujas