



This is a reproduction of a book from the McGill University Library collection.

Title: La bibliothèque du Code civil de la province de
Quebec (ci-devant Bas-Canada) : ou
recueil comprenant entre autres matières
Volume: 8
Publisher, year: Montréal : Cadieux & Dérome, 1871-90

The pages were digitized as they were. The original book may have contained pages with poor print. Marks, notations, and other marginalia present in the original volume may also appear. For wider or heavier books, a slight curvature to the text on the inside of pages may be noticeable.

ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

This reproduction is intended for personal use only, and may not be reproduced, re-published, or re-distributed commercially. For further information on permission regarding the use of this reproduction contact McGill University Library.

McGill University Library
www.mcgill.ca/library

LA BIBLIOTHÈQUE
DU
CODE CIVIL

DE LA
PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRES MATIÈRES :

1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
3. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
2. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code Civil, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

PAR

CHS. C. de LORIMIER, C. R. L. L. D.

Professeur agrégé à l'Université Laval à Montréal.

VOL. VIII

Montréal :

EUSÈBE SENECAI & FILS, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

6, 8 et 10, RUE SAINT-VINCENT.

1883.

LA
BIBLIOTHEQUE DU CODE CIVIL
DE LA
PROVINCE DE QUEBEC
(CI-DEVANT BAS CANADA).

CODE CIVIL DU BAS-CANADA
CIVIL CODE OF LOWER-CANADA.

[ARTICLE 1027.]

1027. [Les règles contenues dans les deux articles qui précèdent, s'appliquent aussi bien aux tiers qu'aux parties contractantes, sauf dans les contrats pour le transport d'immeubles, les dispositions particulières contenues dans ce code quant à l'enregistrement des droits réels.

Mais si une partie s'oblige successivement envers deux personnes à livrer à chacune d'elles une chose purement mobilière, celle des deux qui en aura été mise en pos-

1027. [The rules contained in the two last preceding articles, apply as well to third persons as to the contracting parties, subject, in contracts for the transfer of immovable property, to the special provisions contained in this code for the registration of titles to and claims upon such property.

But if a party obliges himself successively to two persons to deliver to each of them a thing which is purely moveable property, that one of the two who has been put in actual pos-

[ARTICLE 1027.]

session actuelle a la préférence et en demeure propriétaire, quoique son titre soit de date postérieure, pourvu toujours que sa possession soit de bonne foi.]	session is preferred and remains owner of the thing although his title be posterior in date, provided, however, that his possession be in good faith.]
--	--

* *Cod. De rei vind. Lib. 3, Tit. 32, L. 15.* } 15. Quotiens duobus in solidum prædium jure distrahitur, manifesti juris est, eum cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorum. Si igitur antecedente tempore te possessionem emisse, ac pretium exsolvisse apud præsidem provinciæ probaveris; abtento non datorum instrumentorum expelli te à possessione non patietur. Erit sanè in arbitrio tuo, pretium quod dedisti, cum usuris recipere; ita tamen ut perceptorum fructuum ac sumptuum ratio habeatur; cum et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorum conveniat.

Dat. 2 cal. octob. AA. Coss. 293. (DIOCLET. ET MAXIMIANUS).

Ibidem. } 15. Un héritage ayant été vendu }
Trad. de M. P. A. Tissot. } pour le tout, avec toutes les formalités du droit, à deux personnes différentes, il est certain que celle d'entr'elles à qui la tradition en a été faite doit être préférée. Si donc vous prouvez devant le président de la province avoir le premier acheté le champ et en avoir payé le prix, ce magistrat ne souffrira point qu'on vous dépossède, sous le prétexte qu'il n'a pas été passé d'actes à ce sujet. Vous avez le choix ou de garder le champ, ou de recevoir le prix que vous en avez donné avec les usures; mais, dans ce dernier cas, vous êtes obligé de tenir compte des fruits que vous avez perçus, ainsi que des frais à l'occasion de la vente. Si c'est à titre de donation que vous revendiquez l'un et l'autre la pro-

[ARTICLE 1027.]

priété de l'héritage, il convient que celui à qui la tradition en a été faite le premier, soit préféré.

Fait le 2 des calend. d'octobre, sous le même consulat. 293.
(DIOCLETIEN ET MAXIMIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 151. Le droit que cette obligation
Oblig., n^o 151-2. } donne au créancier de poursuivre le
paiement de la chose que le débiteur s'est obligé de lui donner, n'est pas un 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.

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.

La raison est que suivant nos principes, l'obligation ne

[ARTICLE 1027.]

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 R. 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 *Dominum 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 livrée ; et je n'aurai en ce cas qu'une action en dommages et intérêts contre les héritiers de mon débiteur. *L. 32, ff. Locat.*

* 3 *Pothier (Bugnet)* } 318. Lorsque le vendeur est propriétaire de la chose vendue, et capable de l'aliéner ; ou s'il ne l'est pas, lorsqu'il a le consentement du propriétaire, l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi.

Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants ; ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat, suivant cette règle : *Traditionibus, non nudis conventionibus dominia transferuntur* ; 1, 20, *Cod. de Pact.*

319. De là il suit que, si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans la lui livrer, avait

[ARTICLE 1027.]

la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée ; L. *quoties*, 15, Cod. de *Rei vindic.* Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat ; et il ne pourrait la répéter contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bonne foi, *incius prioris venditionis.*

* 6 *Toullier*, } 204. La propriété étant définitivement trans-
 nos 204-5. } férée par le seul consentement des parties contractantes, encore que la tradition de la chose n'ait pas été faite, il s'ensuit qu'après le contrat conclu, l'ancien propriétaire ne peut plus concéder aucun droit sur la chose qui a cessé de lui appartenir : il ne peut transférer des droits qu'il n'a plus ; aussi le vendeur ou le donateur ne peuvent plus vendre ou donner une seconde fois la chose déjà vendue ou donnée, quand même l'acquéreur ou le donataire n'eussent pas encore été mis en possession : ce serait une vente de la chose d'autrui, déclarée nulle par l'art. 1599. La tradition d'un immeuble faite au second acquéreur ne lui donnerait donc qu'une possession déstituée du titre ; car ce n'est plus la tradition, mais le titre qui confère la propriété : dire que cette tradition doit faire préférer le second acquéreur au premier, serait donc contredire ouvertement le texte de la loi ; ainsi, nous devons rejeter comme abrogée et contraire à nos principes actuels la fameuse loi *Quoties*, au Code de *rei vindicatione*, qui décide que la préférence est due à celui qui le premier a été mis en possession.

Cependant, M. Maleville, membre de la commission qui fut chargée de rédiger le projet de Code, a chancelé sur ce point, et soutenu d'abord que cette loi était abrogée, ensuite qu'elle devait encore être suivie aujourd'hui. Il ne faut pas s'en étonner, quand on voit que le Code même laisse ici la question indécidée dans l'article 1140, qui porte : “ Les effets

[ARTICLE 1027.]

“ de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre de la vente et au titre des hypothèques.”

Nous avons déjà indiqué les motifs de ce renvoi en tome 5, n° 235, chap. 4. sect. 1, § 4. Suivant la loi du 11 brumaire an VII, sur le régime hypothécaire, la propriété d'un immeuble n'était point transférée par le contrat, mais par la transcription du contrat sur le registre du conservateur des hypothèques. Avant cette transcription, le contrat ne pouvait avoir *aucun effet* contre les tiers. Nul doute qu'entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, celui qui avait fait transcrire le premier son contrat ne fût préféré à l'autre, quand même celui-ci fût entré en possession en vertu d'un titre antérieur.

Le projet de Code, rédigé par la commission, proposa de changer entièrement le régime hypothécaire introduit par la loi du 11 brumaire an VII ; mais ce changement éprouva la résistance la plus vive lorsqu'on discuta, lorsqu'on adopta au Conseil d'état les premiers titres du troisième livre du Code, jusqu'à celui des privilèges et hypothèques : la situation des esprits était telle, qu'on ignorait absolument quel système hypothécaire prévaudrait. En attendant, on ne voulait rien préjuger sur ce point important. On cherchait des rédactions qui pussent convenir, quel que fût le système qu'on adopterait ; de là vient la rédaction incomplète de l'art. 941 ; de là le renvoi de l'art. 1140 ; de là encore la singulière rédaction de l'article 1583, qui porte que la vente est parfaite *entre les parties* et la propriété acquise de droit à l'acheteur *à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

Mais enfin le titre des hypothèques, auquel renvoie notre article 1140, a fixé les incertitudes en déterminant les effets de la transcription. L'art. 2181 admet la transcription des contrats translatifs de propriété des immeubles, non plus comme nécessaire pour transférer la propriété. La défense d'opposer les actes non transcrits aux personnes qui, posté-

[ARTICLE 1027.]

rièvement à ces actes, auraient contracté avec l'ancien propriétaire, était devenue incompatible avec le principe que la propriété est transférée par le seul effet des conventions ; principe reconnu et confirmé dans les art. 2181 et 2182. La transcription n'a donc été établie que comme une formalité dictée par la prudence à ceux qui voudront purger les privilèges et hypothèques antérieurs à la translation de propriété, et pour obliger, suivant l'art. 834 du Code de procédure, ceux qui avaient des droits acquis antérieurement, de les faire inscrire, sous peine de déchéance, dans la quinzaine, à compter du jour de la transcription.

Les effets de la transcription étant ainsi fixés par le titre auquel renvoie notre art. 1140, l'effet du contrat demeure dans toute sa force ; il transfère irrévocablement la propriété, et par conséquent le vendeur, dépouillé de ses droits, n'en peut plus transférer aucun. *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* Leg. 54, ff. de R. J. Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose (2182).

205. Mais si la propriété des immeubles se transfère ou s'acquiert par le seul effet des conventions, il n'en est pas ainsi, à l'égard des tiers, des choses mobilières, dont la propriété n'a point la même stabilité que celle d'un fonds de terre, qui peuvent passer en un jour dans une foule de mains différentes, et dont la vente se fait le plus souvent verbalement ou par des actes sous seings privés.

Le Code a donc suivi l'ancien principe, qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (2279). La maxime que la propriété ne se transfère, au préjudice des droits des tiers, que par la tradition, conserve sa force à leur égard “ Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est *purement mobilière*, celle qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu que la possession soit de bonne foi (1141). ”

La limitation expresse de cet article à la vente des choses

[ARTICLE 1027.]

purement mobilières confirme ce que nous avons dit sur la vente des immeubles. Le premier acquéreur doit être incontestablement préféré au second.

* *M. de Bellefueille, C. C.,* } *L'acte C. 29 Vict., ch. 41, cédule, § 5,*
sur art. 1027. } *qui a mis en force certains amende-*
ments suggérés par les codificateurs, donne la rédaction suivante
au § 1^{er} de l'art. 1027.

“ Les règles contenues dans les deux articles qui précèdent, s'appliquent aussi bien aux tiers qu'aux parties contractantes dans les contrats pour le transport d'immeubles, *sauf* les dispositions particulières contenues dans ce code quant à l'enregistrement des droits réels.”—On a remarqué la transposition du mot *sauf* dans le texte du code, où il vient après les mots *parties contractantes*. Cette variante entre le statut qui a amendé l'ancienne loi du pays et le texte du Code, a attiré l'attention de la Cour du Banc de la Reine. En rendant jugement dans Dupuy et Cushing (XXII L. C. J., 206), Sir A. A. Dorion, juge en chef, a fait les observations suivantes : “ L'art. 46 suggéré par les commissaires, a été adopté sans amendement par la législature. (Voir 29 Vict., ch. 41, Cédule, Résolution 5^e). Cependant par la transposition du mot “ *sauf* ” dans le texte officiel du Code, l'on a donné au premier paragraphe de l'art. 1027 un sens différent de celui qu'il avait dans le projet des commissaires sanctionné par acte du parlement. Ce premier paragraphe se lit maintenant comme suit : “ 1027. Les règles contenues, etc.” Dans le projet le consentement ne transférait la propriété à l'acquéreur sans tradition à l'égard des tiers que dans les aliénations d'immeubles. Maintenant cette propriété est transférée même à l'égard des tiers, soit qu'il s'agisse de l'aliénation de meubles ou d'immeubles. Nous ne pouvons supposer qu'un changement qui, à première vue, paraît si important, soit dû à une erreur cléricale, d'autant plus que nous trouvons la même transposition du mot “ *subject* ” dans la version anglaise. Nous croyons, au

[ARTICLE 1027.]

contraire, qu'il a été fait par les commissaires en coordonnant les différentes dispositions touchant le sujet auquel il réfère, et qu'il a été fait après mûre délibération. Et comme les commissaires ne pouvaient faire dans les amendements adoptés par la législature que des changements de forme ou d'expression sans en altérer l'effet ou la substance (29 Vict., ch. 41, sec. 2), nous croyons que les commissaires n'ont fait que corriger un vice de rédaction, sans aucunement altérer le sens ni la partie du principe que la législature avait consacré."

* *C. L. 1914* } 1914. La règle que l'obligation de livrer une
et 1916. } chose déterminée, est parfaite par le seul consentement des parties, et que celui envers qui cette obligation est contractée, devient le propriétaire de cette chose, du moment du contrat, ne reçoit aucune exception en ce qui concerne les biens-fonds, non seulement entre les parties contractantes, mais même à l'égard des tiers ; pourvu que le contrat soit revêtu de toutes les formalités requises par la loi, qu'il soit de bonne foi, et translatif de propriété.

1916. A l'égard des effets mobiliers, quoique d'après la règle, qui est contenue dans les deux articles qui précèdent, la propriété de la chose soit transmise à la personne de l'acquéreur par le seul consentement de la lui transférer, néanmoins l'effet de cette règle n'a strictement lieu qu'entre les parties contractantes, jusqu'à la délivrance réelle de la chose. Si le vendeur qui en est resté en possession en transfère la propriété par un second contrat à une autre personne qui en obtienne la possession avant le premier acquéreur, le second acquéreur sera considéré comme en étant le propriétaire, pourvu que le contrat ait été fait de bonne foi de sa part, et sans avoir eu connaissance du premier contrat.

[ARTICLE 1028.]

* *C. N.* 1141. } Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

SECTION V.

DE L'EFFET DES CONTRATS A L'É-
GARD DES TIERS.

1028. On ne peut, par un contrat en son propre nom, engager d'autre que soi-même et ses héritiers et représentants légaux ; mais on peut en son propre nom promettre qu'un autre remplira une obligation, et dans ce cas on est responsable des dommages, si le tiers indiqué ne remplit pas cette obligation.

SECTION V.

OF THE EFFECT OF CONTACTS
WITH REGARD TO THIRD
PERSONS.

1028. A person cannot, by a contract in his own name, bind any one but himself and his heirs and legal representatives ; but he may contract in his own name that another shall perform an obligation, and in this case he is liable in damages if such obligation, be not performed by the person indicated.

* *Inst.*, *Lib.* 3, *Tit.* 20, } 3. Si quis alium daturum facturum-
§§ 3, 19, 20 et 21. } ve quid promiserit, non obligabitur,
veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si
effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur. (*vid.*
PAUL. L. 83 ; *CELS. L.* 97, § 1, ff. *de verb. obl.*)

19. Alteri stipulari (ut suprâ dictum est) nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi (stipulationes vel) obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod suâ interest (*ULP.*

[ARTICLE 1028.]

L. 38, § 17, ff. *de verb. obl.*) : cæterùm si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè si quis velit hoc facere, pœnam stillari conveniet, ut nisi ità factum sit ut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud inspicitur quod intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis (*ex ULP. d. L. 38, § 17.*) Ergo si quis ità stipuletur, TITIO DARI, nihil agit : sed si adjecerit pœnam, NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES ? tunc committitur stipulatio.

20. Sed et si quis stipulatur alii, cùm ejus interesset, placuit stipulationem valere (*EX ULP. L. 38, § 22, ff. de verb. obl.*). Nam si is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, et stipuletur rem pupilli salvam fore : quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cùm obligatus futurus sit pupillo, si malè res gesserit, tenet obligatio (*ex ULP. de L. 38, § 20, ff. eod.*) Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod suâ interest, ne fortè vel pœna committatur, vel prædia distrahantur quæ pignori data erant, valet stipulatio. (*ex ULP. d. L. 38, § 23, ff. eod.*)

21. Versâ vice, qui alium facturum promisit, videtur in eâ esse causâ ut non tancatur, nisi pœnam ipse promiserit. (*vid. ULP. L. 38, 2, ff. de verb. obl.*)

Ibidem. } 3. Lorsqu'on promet
Trad. de M. du Caurroy de la Croix. } qu'un autre donnera ou
 fera, on ne s'oblige point, par exemple, si l'on promet que Titius donnera cinq pièces d'or. Mais si l'on promet de faire donner par Titius, on s'oblige.

19. Nul ne peut, comme on l'a dit plus haut, stipuler pour autrui ; car ces sortes de stipulations ou d'obligations ont été imaginées pour que chacun acquière ce qui est dans son propre intérêt : du reste ce que l'on donnerait à un autre n'importe aucunement au stipulant. Toute fois, si l'on voulait en agir ainsi, il serait bon de stipuler une peine, pour

[ARTICLE 1028.]

qu'à défaut d'exécution de la chose convenue, la stipulation pénale produise son effet, même envers la partie non intéressée ; car lorsqu'une personne stipule une peine, on n'examine point quel est son intérêt, mais quelle est la somme fixée dans la stipulation. Par conséquent si l'on a stipulé qu'une chose serait donnée à TITIUS, il n'y a rien de fait ; mais lorsqu'on y joint une peine : SI VOUS NE LUI DONNEZ PAS, VOUS PROMETTEZ DE ME DONNER TANT, alors la stipulation produit son effet.

20. Si la personne qui stipule pour un tiers, y avait intérêt, on a décidé que la stipulation vaudrait. En effet, si après avoir commencé à gérer la tutèle d'un pupille, on cède l'administration à son cotuteur, en stipulant de lui l'indemnité du pupille, comme le stipulant est intéressé à la chose par lui stipulée, puisqu'il serait responsable, envers la pupille, d'une mauvaise gestion, l'obligation est valable. Par conséquent, quelqu'un a stipulé qu'on donnerait à son procureur, la stipulation aura son effet. Et si quelqu'un a stipulé pour son créancier ; comme il y a intérêt, par exemple, pour éviter une peine, ou la vente des immeubles donnés en gage, la stipulation est valable.

21. Réciproquement, celui qui a promis le fait d'autrui ne se trouve tenu qu'autant qu'il aurait lui-même promis une peine.

* ff. De reg. jur., Lib. 50, } § 4. Nec paciscendo, nec legem
Tit. 17, L. 73, § 4. } dicendo, nec stipulando quisquam
alteri cavere potest. (QUINTUS MUCIUS SCÆVOLA.)

Ibidem. } 4. On ne peut point acquérir d'obli-
Trad. de M. Berthelot. } gation sur un tiers au profit d'un autre,
ni par simple pacte, ni par contrat parfait, ni par stipulation.
(QUINTUS-MUCIUS-SCÆVOLA.)

[ARTICLE 1028.]

* ff. De verb. oblig., Lib. 45, } § 2. At si quis velit factum
 Tit. 1, L. 38 § 2. } alienum promittere, pœnam, vel
 quanti ea res sit, potest promittere. Sed quatenùs *habere licere*
 videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est, neque ipse
 reus, neque heredes ejus, heredumve successores.

L. 81. — Quotiens quis *alium sisti* promittit, nec adjicit
 pœnam (putà, vel servum suum, vel hominem liberum), quæ-
 ritur an committatur stipulatio? Et Celsus ait, esti non est
 huic stipulationi additam, nisi steterit, pœnam dari, in id
 quanti interest sisti, contineri. Et verum est quod Celsus ait :
 nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum
 ut stet.

§ 1. Si procurator *sisti aliquem* sine pœna stipulatus sit,
 potest defendi non suam, sed ejus cujus negotium gessit, uti-
 litatem in ea re deduxisse. Idque fortius dicendum, *si quanti*
ea res sit, stipulatio proponatur procuratoris. (ULPIANUS.)

Ibidem. } 2. Mais si quelqu'un veut promettre
 Trad. de M. Berthelot. } le fait d'autrui, il peut promettre ou
 une peine ou la valeur de la chose. Mais jusqu'à quel point
 pourra-t-il garantir qu'il sera permis d'avoir? C'est si per-
 sonne n'élève de difficulté, c'est-à-dire ni le prometteur lui-
 même ni son héritier, ni les successeurs de ses héritiers.

L. 81.—Toutes les fois que quelqu'un promet d'amener un
 autre en jugement, et ne promet pas une peine, qu'il s'agisse
 de son esclave ou d'un homme libre, on demande si l'action
 est ouverte? Celse dit, quoiqu'à cette stipulation l'on n'ait pas
 ajouté que si on ne l'amène pas on paiera une peine, il est
 sous entendu que l'on supportera les dommages et intérêts.
 Et Celse a bien dit : car celui qui promet d'en amener un
 autre en justice promet cela, qu'il fera en sorte de l'amener.

1. Si un procureur fondé a promis d'amener quelqu'un
 sans promettre une peine, on peut soutenir que dans cette
 stipulation il est convenu non pour son utilité, mais pour
 celle de celui dont il conduit l'affaire ; et il faut le dire en-
 core avec plus de raison, si le procureur a promis au stipulant
 toute la valeur de la chose. (ULPIEN.)

[ARTICLE 1028.]

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 53. Les contrats ont pour objet, ou
Oblig., n^o 53 et s. } 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 que l'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de faire, ou de ne pas faire.

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 *infra*, 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 R. J. Versâ vice, *Qui alium facturum promisit, videtur in eâ esse causâ ut non teneatur nisi pœnam ipse promiserit*. Instit. d. t. § 20. *Alius pro alio promittens daturum facturumve non obligatur; nam de se quemque promittere oportet*. L. 83, ff. de v. 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 remarquons 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 observons qu'on peut contracter par le ministère

[ARTICLE 1028.]

d'un tiers, et que ce n'est pas 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 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 ead.* 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

[ARTICLE 1028.]

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. *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 par moi. *Voyez infra, § 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 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.

Au reste, on présume facilement 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.

[ARTICLE 1028.]

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 ; L. 81, ff. *de verb. oblig.*

Lorsqu'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 tantum 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* ; L. 38, § 2, ff. *d. t.*

57. 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 *infra*, p. 3, chap. 1, art. 2, § 4.

Ce n'est pas en sa personne, mais en la mienne que réside la créance de cette somme. Lorsqu'il 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 rendit compte ; ou une *donation*, si mon intention était de la lui donner.

58. 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 ; *putâ*, 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 mar-

[ARTICLE 1028.]

ché avec un maçon, pour qu'il reconstruise dans le dit 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 tenus*, en ce cas, que je stipule pour Jacques ; *reipsá* et dans la vérité, je stipule pour moi et à mon profit. *Si stipuler alii cum meá interesset... ait Marcellus stipulationem valere* ; L. 38, § 20, 21, 22, ff. de verb. obligat.

57. 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 fit.

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,

[ARTICLE 1028.]

n'ayant aucun intérêt personnel et appréciable à prix d'argent, à l'exécution de cette convention, ne puis prétendre aucuns dommages et intérêts résultant de son inexécution.

61. 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 : *Heres personam defuncti sustinet*. C'est pourquoi il n'est pas douteux que nous pouvons stipuler pour nos héritiers ; *Heredi 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 ; *d.* § 4. Bruneman, *ad d. 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

[ARTICLE 1028.]

fait, quoique cela ne soit pas exprimé : *Qui paciscitur, sibi, heredique suo pacisci intelligitur.*

Cette règle souffre exception, 1^o 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^o 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. Nous avons traité amplement de cette clause en notre Introduction au titre de la communauté de la Coutume d'Orléans, c. 2, art. 2, § 5. 3^o 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 inferitur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur cum quo pactum fiat ; L. 7, § 8. Wissembach 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 heredibus provideri, si heres factus sit, cæteris autem non consuli ; L. 33, ff. de pact.* 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 pour laquelle il est mon héritier ; *d. L. 33.*

Néanmoins, de ce qu'une personne a stipulé nommément pour un tel son héritier, il ne faut pas en inférer toujours

[ARTICLE 1028.]

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*

[ARTICLE 1028.]

libe ris postea susceptis et heredibus testamento relictis proderit, cum inter contrahentes id actum sit, ut heredibus 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 aurait 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 heredibus adquiri, sed necesse est omnibus adquiri ; L. 137, §. fin. ff. de verb. oblig.*

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 cum quid fieri stipulamur, unius personam recte comprehendit.* d. L. 137, § 8. Par

[ARTICLE 1028.]

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 N. S. 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 enfants venant à la succession plus que les autres, il serait obligé d'en récompenser ses cohéritiers pour leurs parts.

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 heredem tuum decem daturum spondes ? Titii persona supervacuè comprehenda est : sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur ; sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus ; L. 56, § 1, ff. de verb. obl.*

67. 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

[ARTICLE 1028.]

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 convention 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 rapports aux choses qui nous appartiennent, non-seulement nous pouvons stipuler valablement pour nos ayans causes, 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 Protuli sententiam, et emptori prodest... Secundùm 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

[ARTICLE 1028.]

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 causes, 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.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1029.

* C. N. 1119, } 1119. On ne peut, en général, s'engager, ni
1120. } stipuler en son propre nom, que pour soi-même.

1120. Néanmoins 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.

[ARTICLE 1029.]

<p>1029. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'un contrat que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a signifié sa volonté d'en profiter.</p>	<p>1029. A party in like manner may stipulate for the benefit of a third person, when such is the condition of a contract which he makes for himself, or of a gift which he makes to another ; and he who makes the stipulation cannot revoke it, if the third person have signified his assent to it.</p>
--	--

* ff. De verb. oblig., Lib. 45, } § 20. Si stipuler *alii*, cum mea
Tit. 1, L. 38, § 20 à 24. } interesset, videamus an stipulatio
committetur? Et ait Marcellus stipulationem valere in specie
hujusmodi. Is qui pupilli tutelam administrare cœperat, cessit
administratione contutori suo, et stipulatus est *rem pupilli
salvam fore*. Ait Marcellus posse defendi stipulationem valere:
interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est: cum obli-
gatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.

§ 21. Si quis *insulam faciendam* promisserit, aut conduxerit, deinde ab aliquo *insulam stipulatori fieri* stipulatus sit: aut si quis, cum promississet Titio fundum Mævium daturum, aut si is non dedisset, pœnam se daturum, stipulatus à Mævio fuerit, fundum Titio datum: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit, constat habere eum utilem ex locato actionem.

§ 22. Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut stipulatio.

§ 23. Undè et si *procuratori meo dari* stipulatus sum, stipulatio vires habebit: et si *creditori meo*, quia interest mea, ne vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant. (ULPIANUS.)

[ARTICLE 1029.]

Ibidem. } 20. Si je stipule pour un autre lorsque
Trad. de M. Berthelot. } j'y ai intérêt, voyons si la stipulation
 peut donner ouverture à une action ; et Marcellus dit que
 dans cette espèce la stipulation est bonne. Celui qui avait
 commencé d'administrer la tutelle a cédé l'administration à
 son cotuteur, et a stipulé que la chose du pupille serait sauve.
 Marcellus dit qu'on peut soutenir qu'une telle stipulation est
 valable : car il est de l'intérêt du stipulateur qu'il soit fait ce
 qu'il a stipulé, puisqu'il serait obligé envers le pupille si la
 chose tournait autrement.

21. Si quelqu'un a promis de faire une maison, ou a pris à
 loyer cette entreprise, et ensuite a stipulé d'un tiers qu'une
 maison serait faite au stipulateur ; ou si quelqu'un a promis
 à Titius que Mævius donnerait un fonds de terre, ou que si
 Mævius ne le donnait pas il lui paierait une peine, et qu'il
 stipule de Mævius qu'un fonds sera donné par lui à Titius ;
 de même si quelqu'un donne à loyer une entreprise dont lui-
 même se soit chargé à loyer, il est certain qu'il a une action
 utile de location.

22. Si quelqu'un donc stipule lorsqu'il a intérêt que l'on
 donne, il aura une cause qui rend la stipulation valable.

23. D'où si j'ai stipulé que l'on donnera à mon procureur,
 la stipulation aura sa force ; et même si c'est à mon créan-
 cier ; parce que j'ai intérêt de ne pas encourir la peine ou de
 ne pas laisser vendre mes héritages que j'ai stipulé par hy-
 pothèque. (ULPIEN.)

* 2 *Pothier, (Bugnet,)* } 70. Donner à un tiers, faire quelque
Oblig., n° 70 et s. } 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 Meer-
 man, parce que c'est stipuler pour autrui ; c'est stipuler une

[ARTICLE 1029.]

chose à laquelle je n'ai aucun intérêt : mais je peux 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, pænâ stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit ut est comprehensum, committatur pænâ 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.

Suivant les principes de l'ancien droit romain, l'effet de cette condition se bornait à ce que, faite 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

[ARTICLE 1029.]

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'accomplit 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.*

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,

[ARTICLE 1029.]

de Duaren, et de plusieurs autres Docteurs ; et en particulier celui de Ricard, *Traité des Subst. 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 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 *Fachinæus 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

[ARTICLE 1029.]

cette seconde donation, ou donation fidéicommissaire, fait 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 dépouillé 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 n'étant que pour l'avenir, la question demeure entière pour ce qui se serait passé avant l'ordonnance.

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

[ARTICLE 1029.]

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.

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 mon 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.

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 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.

[ARTICLE 1029.]

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 achette une autre en mon nom, et comme se disant avoir procuration de moi ; quoiqu'à 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 la 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 acheté 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 ; 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, § , 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

[ARTICLE 1029.]

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 les absents.

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.

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.

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

[ARTICLE 1029.]

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.

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.

Nous traiterons de ces actions *infra*, *part. 2, chap. 6, sec. 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.

[ARTICLE 1029.]

Observez qu'un associé est censé contracter pour les affaires de la société, toutes les fois qu'il ajoute à la 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 ; 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 du 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 qu'il 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 amènera de ladite communauté.

* C. N. 1121. } On peut pareillement 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

[ARTICLE 1030.]

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.

<p>1030. On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et représentants légaux, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature du contrat.</p>	<p>1030. A person is deemed to have stipulated for himself, his heirs and legal representatives, unless the contrary is expressed, or result from the nature of the contract.</p>
--	---

* ff. *De reg. juris*, Lib. 50, } Quod ipsis, qui contraxerunt,
Tit. 17, L. 143. } obstat : et successoribus eorum
obstabit. (ULPIANUS.)

Ibidem. } Toutes les actions et exceptions qu'on
Trad. de M. Berthelot. } peut intenter contre ceux qui ont contracté quelqu'engagement, peuvent aussi s'intenter contre ceux qui leur ont succédé. (ULPIEN.)

* ff. *De verb. oblig.*, Lib. 45, } § 14. *Suæ personæ adjungere*
Tit. 1, L. 38, § 14. } *quis heredis personam potest.*
(ULPIANUS.)

L. 56.—Eum qui ita stipulatur, *Mihi et Titio decem dare spondes?* vero similis est, semper una decem communiter sibi et Titio stipulari : sicuti qui legat Titio et Sempronio, non aliud intelligitur, quàm una decem communiter duobus legare.

§ 1. *Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes?* Titii persona supervacua comprehensa est. Sive enim solus heres exsiterit, insolidum tenebitur : sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus obligabitur : et quamvis convenisse

[ARTICLE 1031.]

videatur ne ab alio herede quàm à Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus ejus erit. (JULIANUS.)

Ibidem. } 14. On peut adjoindre à sa personne
Trad. de M. Berthelot. } celle de son héritier. (ULPIEN.)

L. 56.—Celui qui stipule ainsi, vous promettez de donner dix à moi et à Titius, il est plus vraisemblable que toujours il stipule dix en commun entre lui et Titius.; de même que celui qui lègue à Titius et à Sempronius est censé léguer en même temps dix en commun à tous les deux.

1. Vous promettez que vous et Titius, votre héritier, donnerez dix. La personne de Titius a été comprise inutilement : car s'il est seul héritier, il est tenu solidairement. S'il n'est héritier qu'en partie, il sera obligé de la même manière que ses cohéritiers ; et quoique l'on paraisse être convenu que l'on ne demanderait qu'à Titius et non à ses cohéritiers, cependant ce pacte convenu ne profitera pas aux cohéritiers (JULIEN.)

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1028 et 1029.

* *C. N.* 1122. } On est censé avoir stipulé pour soi et pour
 } ses héritiers et ayant-cause, à moins que le
 contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

1031. Les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne, lorsque, à leur préjudice, il refuse ou néglige de le faire.	1031. Creditors may exercise the rights and actions of their debtor, when to their prejudice he refuses or neglects to do so ; with the exception of those rights which are exclusively attached to the person.
--	---

[ARTICLE 1031.]

* *ff. De reg. juris, Lib. 50, Tit. 17, L. 134.* } Non fraudantur creditores, cum
} quid non adquiritur a debitore :
sed cum quid de bonis diminuitur. (ULPIANUS.)

Ibidem. } Les créanciers ne peuvent pas se
Trad. de M. Berthelot. } plaindre d'avoir été trompés par un
débiteur lorsqu'il manque l'occasion d'augmenter son patri-
moine, mais seulement lorsqu'il aliène ou divertit son bien
à leur préjudice. (ULPIEN.)

* *Quæ in fraud. creditorum, Lib. 42, Tit. 9, L. 3.* } § 1. Gesta fraudationis causa
} accipere debemus, non solum
ea quæ contrahens gesserit aliquis, verumetiam si fortè data
opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiat, vel a
debitore non petit ut tempore liberetur, aut usumfructum
vel servitutem amittit.

§ 2. Et qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet. (ULPIANUS.)

L. 4.—In fraudem facere videri etiam eum qui non facit quod debet facere, intelligendum est : id est, si non utatur servitutibus. (PAULUS.)

L. 5.—Sed etsi rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat. (GAIUS.)

L. 6 in princ.—Quod autem, cum possit aliquid quærere, non id agit, ut adquirat, ad hoc edictum non pertinet. Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt, ne locupletentur. (ULPIANUS.)

Ibidem. } 1. On doit mettre au rang des actes faits
Trad. de M. Hulot. } en fraude des créanciers, non seulement
les obligations que le débiteur contracte par son fait, mais
encore celles qu'il contracte pas ses omissions : par exemple
si, dans le dessein prémédité de porter préjudice à ses créan-
ciers, il ne se présente pas en jugement, s'il laisse périr une
instance qu'il poursuivait, s'il ne forme pas de demand
contre son débiteur, afin de laisser écouler le terme dans.

[ARTICLE 1031.]

lequel la dette était exigible, s'il perd par le non-usage un usufruit ou une servitude.

2. La disposition de cet édit s'étend également à un débiteur qui se met dans le cas de ne pas conserver ce qu'il avait. (ULPIEN.)

L. 4.—Un débiteur est encore censé avoir intention de frauder ses créanciers, quand il ne fait pas ce qu'il doit faire : par exemple s'il ne se sert pas d'une servitude qui lui est acquise. (PAUL.)

L. 5.—Il en est de même s'il délaisse une chose qui lui appartient, afin qu'elle soit acquise au premier occupant. (GAIUS.)

L. 6.—Mais la disposition de notre édit ne s'étend point à ce qu'un débiteur a fait pour ne pas acquérir ce qu'il aurait pu acquérir. Car l'édit ne regarde que ceux qui altèrent et diminuent leur patrimoine, et non ceux qui ne cherchent point à s'enrichir. (ULPIEN.)

* *Lebrun, Succ., Liv. 2, ch. 2, } Régulièrement un créancier*
sec. 2, n^o 42 et 43. } peut exercer tous les droits de
 son débiteur, et s'y faire subroger à cet effet, quand le débiteur refuse de les exercer lui-même : parce que ce refus passe pour une fraude manifeste, personne n'étant présumé abandonner ses droits à plaisir, suivant la loi *Cum de indebito* 25, *vers. sin vero ff. de probat.* en sorte que quoiqu'il y ait des textes précis en droit, qui portent que celui qui manque d'acquiescer, n'est pas présumé frauder ses créanciers ; mais seulement celui qui diminue ses biens, et entr'autres la loi 6, *ff. quæ in fraudem*, néanmoins la malice des hommes allant toujours en augmentant, on a jugé à propos de secourir en ce cas les créanciers, et d'abord ils faisaient condamner les débiteurs à se porter héritiers, en leur donnant bonne et suffisante caution de les indemniser, et garantir de tout événement, et qu'ils ne seraient point tenus au-delà des forces de la succession : et dans la suite, on a trouvé le moyen de les subroger au lieu et place de leurs débiteurs, et par là on les

[ARTICLE 1031.]

a dispensés de ce cautionnement, qui paraissait trop général, et trop indéfini : et en cela nous nous éloignons encore de la disposition du droit, comme l'observe M^e Antoine Mornac, sur la loi 4, *C. quando fiscus vel privatus*.

43. Il faut pourtant avouer, qu'il y a certains droits qui sont tellement attachés à la personne, qu'un créancier ne les pourrait pas exercer : par exemple, il ne pourrait pas faire une saisie féodale, faute de rendre la foi et hommage à son débiteur : parce que le droit de saisir à ce titre, comme la foi et hommage même, est un droit personnel, pour ne pas dire avec M^e Charles du Moulin, qu'il est personnalissime : aussi M^e Guy Coquille, sur l'art. 11 du titre des fiefs, distingue entre une saisie faite d'un relief, que les créanciers peuvent faire, et une faute de foi et hommage, qu'il n'appartient qu'au seigneur même d'exercer sur son vassal.

2. La faculté de renoncer et reprendre, a été contestée jusqu'à présent aux créanciers de la veuve, principalement après son décès.

3. Il y a beaucoup de sujets de douter, qu'un créancier exerçant les droits de son débiteur, et se portant pour lui héritier pur et simple, puisse obtenir l'exclusion d'héritier bénéficiaire qui est en plus proche, ou en pareil degré, parce que cette exclusion est peu favorable, et doit être restreinte.

* 1 *Domat, (Remy), Liv. 2, Tit. 10, Introd.* } Quoique les fraudes, au préju-
dice des créanciers, se fassent sou-
vent par des conventions entre les débiteurs et ceux qui sont
avec eux d'intelligence, les engagements qui naissent de ces
fraudes, et qui obligent envers les créanciers ceux qui y par-
ticipent, ne laissent pas d'être du nombre des engagements
qui se forment sans convention ; car il ne s'en passe aucun
entre eux et le créancier.

Les fraudes que font les débiteurs et ceux qui se rendent leurs complices, pour faire perdre aux créanciers ce qui leur

[ARTICLE 1031.]

est dû, sont de plusieurs sortes, et forment des engagements qui feront la matière de ce titre.

Il faut remarquer, sur cette matière des fraudes qui se font au préjudice des créanciers, que les fraudes que peuvent faire des débiteurs par des dispositions de leurs immeubles, sont bien moins fréquentes parmi nous, qu'elles ne l'étaient dans le droit romain ; car on y contractait souvent sans écrit, et l'hypothèque même pouvait s'acquérir par une convention non écrite, et par simple pacte ; ce qui rendait les fraudes faciles. Mais par notre usage, toutes conventions qui excèdent la valeur de cent livres doivent être écrites ; et l'hypothèque ne s'acquiert que par des actes passés par-devant des notaires ou par l'autorité du juge. Ainsi, les créanciers ont leur assurance sur les immeubles par leur hypothèque, qu'on ne peut leur faire perdre que par des actes faux ; ce qui est difficile : car il faut que l'acte faux soit fabriqué par les notaires mêmes ou par des personnes qui imitent leurs seings.

On n'a pas mis dans ce titre la règle du droit romain, qui laisse au débiteur la liberté de renoncer aux successions testamentaires, et *ab intestat*, qui peuvent lui échoir, quoique ses créanciers en reçoivent du préjudice : ce qui était fondé sur ce que chacun peut s'abstenir d'augmenter ses biens. Ainsi, on ne considérait comme fraude au préjudice des créanciers que ce qui allait à la diminution des biens déjà acquis au débiteur. Et on ne mettait pas non plus au nombre des fraudes au préjudice des créanciers, la délivrance que pouvait faire un héritier du total des legs et des fidéicommiss, sans retenir ces portions qu'on appelle la *falcidie* et la *trébellianique*, dont il sera parlé dans la seconde partie, parce qu'on jugeait que l'héritier avait la liberté de se priver de ce que la loi lui donnait droit de retrancher sur les legs et les fidéicommiss, et qu'ainsi il pouvait acquitter pleinement la volonté du défunt. Et ce qui a obligé à ne pas mettre ici ces règles, c'est qu'il y a quelques coutumes qui veulent que, si un débiteur renonce à une succession qui lui soit échue, ses créanciers puissent se faire subroger à ses droits pour

[ARTICLE 1031.]

l'accepter s'ils espèrent y trouver leur compte : ce qui ne fait aucun tort au débiteur ; car, si la succession est avantageuse, il est juste que ses créanciers en profitent ; et si, au contraire, elle est onéreuse, ils ne l'engagent point, et ne s'obligent qu'eux-mêmes aux charges de cette succession.

Si pour frauder des créanciers un débiteur, d'intelligence avec son débiteur, se désiste d'une hypothèque qu'il avait pour sa sûreté. Si pour éteindre la dette il fournit à son débiteur des exceptions qui ne lui fussent justement acquises, ou s'il lui défère le serment sur une demande dépendant des faits qu'il pouvait prouver ; s'il transige de mauvaise foi, ou s'il donne quittance sans paiement ; s'il se laisse débouter d'une demande légitime par collusion avec son débiteur, ou s'il se laisse condamner envers un créancier contre qui il avait de justes dépenses ; s'il laisse périr une instance ; s'il laisse prescrire une dette par intelligence avec son débiteur ; et s'il fait ou cesse de faire quelque autre chose par où il cause une perte ou une diminution volontaire de ses biens au préjudice de ses créanciers ; ce qui aura été fait par collusion sera révoqué, et les créanciers seront remis aux premiers droits de leurs débiteurs.

* 6 *Toullier*, n^o 369 } 369. Si le droit romain donnait aux
 et 370. } créanciers une action pour faire révoquer les actes faits en fraude de leurs droits, cette action était bornée aux actes par lesquels le débiteur diminuait son patrimoine. Elle ne s'étendait point au cas où il négligeait d'acquiescer et d'augmenter ses biens ; si, par exemple, le débiteur renonçait à un legs, à une succession, s'il n'accomplissait pas la condition sous laquelle une chose lui était promise, les créanciers restaient sans ressources contre de pareilles fraudes.

370. La jurisprudence française vint au secours des créanciers, et les autorisa, par un usage constant, à exercer les droits de leur débiteur, et à s'y faire subroger à cet effet, quand le débiteur refuse de les exercer lui-même. D'abord

[ARTICLE 1031.]

ils le faisaient condamner à se porter héritier, en lui donnant caution de le garantir et indemniser, si les dettes surpassaient les forces de la succession. Dans la suite, on les subrogea au lieu et place de leur débiteur, sans les obliger à donner caution. C'est cet usage que le Code a consacré, en donnant aux créanciers la faculté d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne (1166).

L'art. 788 porte : " Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place.

" Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances ; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé (788)."

Il faut en dire autant des legs particuliers ou à titre universel, auxquels le débiteur renoncerait.

S'il accepte la succession, s'il néglige d'en suivre la liquidation et d'en provoquer le partage, les créanciers ont le droit de le provoquer ou d'y intervenir pour empêcher qu'il ne soit rien fait en fraude de leurs droits. *Voyez* ce que nous avons dit, tome 4, n^o 410 et suiv.

1 *Larombière, Oblig., sur* } 13. Diverses dispositions du Code
art. 1167 C. N., n^o 13. } reconnaissent spécialement aux
 créanciers le droit de se pourvoir contre certaines renonciations frauduleuses. Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice (622). Les créanciers de celui qui renonce à une succession au préjudice de leurs droits peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place (788). L'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'abandon (1053). Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite

[ARTICLE 1032.]

par elle ou par les héritiers en fraude de leurs créances, et accepter la communauté de leur chef (1461).

On dit généralement que les créanciers exercent alors les droits de leur débiteur. Il y a là du faux et du vrai. Non, ils n'exercent pas les droits de leur débiteur, parce que s'ils en étaient réduits à se mettre tout de suite en son lieu et place, ils n'auraient rien à poursuivre, rien à demander. En effet, aussitôt que l'usufruitier, l'héritier, le grevé, la femme ont renoncé à l'usufruit, à la succession, à la jouissance, à la communauté, ils sont complètement sans droit aucun, et si leurs créanciers n'exerçaient que leurs droits, ils n'en auraient aucuns à exercer.

Il faut donc qu'ils en exercent un qui leur soit propre; et c'est ce qui a lieu. Ils agissent en leur nom personnel, en vertu de l'article 1167. Ils font annuler et révoquer, quant à eux, les renonciations faites par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ce dernier est alors censé, en ce qui les concerne, n'avoir jamais fait de renonciation; et voilà comment les créanciers exercent les droits de leur débiteur, non pas qu'il les ait encore réellement, mais parce que la révocation de l'abandon par lui fait frauduleusement les a, pour ainsi dire, ressuscités en leur faveur et jusqu'à concurrence de la satisfaction de leurs légitimes intérêts.

SECTION VI.

DE L'ANNULATION DES CONTRATS
ET PAIEMENTS FAITS EN FRAUDE
DES CRÉANCIERS.

1032. Les créanciers peuvent, en leur propre nom, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, conformément aux règles prescrites dans cette section.

SECTION VI.

OF THE AVOIDANCE OF CONTRACTS
AND PAYMENTS MADE IN FRAUD
OF CREDITORS.

1032. Creditors may in their own name impeach the acts of their debtor in fraud of their rights, according to the rules provided in this section.

[ARTICLE 1032.]

* ff. *Quæ in fraud. creditorum*, } Ait prætor : *Quæ fraudationis*
Lib. 42, Tit. 9, L. 1. } *causa gesta erunt, cum eo qui*
fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum, vel ei cui de
ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi po-
testas fuerit, actionem dabo : idque etiam adversus ipsum qui
fraudem fecit, servabo.

§ 1. Necessariò prætor hoc edictum proposuit : quo edicto consultit creditoribus, revocando ea quæcunque in fraudem eorum alienata sunt.

§ 2. Ait ergo prætor, *quæ fraudationis gesta erunt*. Hæc verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam, vel alienationem, vel quemcunque contractum. Quodcunque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quæcunque fuerit : nam latè ista verba patent. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione, vel pacto aliquem liberavit. (ULPIANUS.)

Ibidem. } L'édit du préteur porte : " Je donnerai
Trad. de M. Hulot. } pendant un an action au curateur des biens ou à tout autre à qui il appartiendra, pour faire révoquer tout ce qui aura été fait par un débiteur en fraude de ses créanciers avec quelqu'un qui aura eu connaissance de la fraude ; et je conserverai cette action même contre la personne du débiteur frauduleux. "

1. Le préteur a été obligé de porter cet édit pour venir au secours des créanciers, en révoquant tout ce qui aurait été fait par le débiteur au préjudice de leurs créances.

2. Le préteur dit, tout ce qui aura été fait par un débiteur en fraude de ses créanciers. Cette disposition est générale, elle s'étend à tous les actes faits en fraude des créanciers, soit qu'ils contiennent aliénation ou obligation. Ainsi cette disposition de l'édit du préteur tend à la rescision de tous actes, de quelque nature qu'ils soient, faits en fraude des créanciers : car cette disposition s'étend fort loin. Par conséquent, si le débiteur a aliéné une chose qui lui appartenait, s'il a libéré un de ses débiteurs en lui donnant quittance ou en

[ARTICLE 1032.]

l'obligé par un pacte à ne lui rien demander, ce qu'il aura fait sera sujet à révocation. (ULPIEN.)

Voy. autorités sur art. 1031.

1 Larombière, *Oblig.*, sur } 1. J'ai contracté envers vous une
 art. 1177 C. N., nos 1 à 11. } obligation quelconque ; afin de ne
 pas la payer, je me rends exprès insolvable, en donnant ou
 aliénant mes propriétés, gage de votre créance. Voilà un
 acte fait en fraude de vos droits.

Dans la rigueur des principes, on pourrait douter que vous eussiez le droit de vous en plaindre. Pour m'être constitué votre débiteur, je ne me suis en effet ni interdit le droit, ni enlevé la capacité d'aliéner mes biens. Je n'ai donc fait qu'user d'un droit ; et tant pis pour vous, si je me suis par là rendu insolvable. Vous avez à vous reprocher d'avoir trop légèrement suivi ma foi, et de ne pas avoir usé des moyens que la loi mettait à votre disposition, afin de vous garantir des chances de mon insolvabilité. Vous pouviez stipuler un nantissement ou une hypothèque : pourquoi ne l'avez-vous pas fait ?

Mais ce langage serait celui de l'injustice et de la mauvaise foi. Sans doute, en me constituant votre débiteur, je ne me suis pas interdit le droit d'aliéner mes biens ; je puis les donner, les vendre, les échanger, mais sous la condition toujours sous-entendue, que mes obligations seront exécutées de bonne foi, ce qui emporte l'exclusion et l'interdiction de tout acte frauduleux. Lors donc que je fais un acte en fraude de mes créanciers, bien loin d'user d'un droit, je conviens à une obligation. Voilà pourquoi l'article 1167 dispose que les créanciers peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ses dispositions servent ainsi de sanction à celles de l'article 1134.

Sans doute encore, si on analyse la fraude dans ses moyens

[ARTICLE 1032.]

de perpétration, on ne trouve que des éléments en apparence parfaitement juridiques. Mais il convient de les apprécier dans leur ensemble et surtout dans leur fin, parce que c'est par là qu'ils violent la loi et la justice, en faisant semblant de les respecter.

2. Introduite par le préteur dans le droit romain, cette action révocatoire s'appelait action paulienne. Les commentateurs lui ont conservé ce nom sous le Code Napoléon, aussi bien que sous notre ancienne jurisprudence.

Mais ce n'est pas seulement son nom que nous devons emprunter à l'ancien droit. Nous avons à lui demander en même temps les règles particulières de cette action. Le Code Napoléon en effet ne dit pas en quoi consiste la fraude, quels sont les actes que les créanciers peuvent attaquer, contre qui, quand et comment ils doivent se pourvoir.

3. L'article 1167 dit cependant une chose : c'est qu'ils agissent en leur nom personnel. Lorsqu'ils attaquent les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, ils exercent donc un droit qui leur est propre, et nullement les droits de leur débiteur. Il est évident en effet qu'on ne peut se dire à la fois l'adversaire et l'ayant-cause de la même personne. Or telle serait la position des créanciers poursuivant l'action paulienne, si d'une part ils poursuivaient la révocation des actes frauduleux de leur débiteur, et si de l'autre ils ne faisaient qu'exercer ses droits.

4. Cette diversité dans le caractère et le principe des actions accordées aux créanciers par les articles 1166 et 1167, a pour effet de les rendre indépendantes, et par conséquent subsidiaires l'une à l'autre. Ainsi, après avoir demandé la nullité d'un acte comme exerçant les droits et au nom de mon débiteur, je puis encore, en cas d'insuccès, en demander la révocation, en mon nom personnel, pour cause de fraude. Par exemple, après avoir inutilement demandé la nullité d'une vente comme lésionnaire, je puis en demander la révocation comme frauduleuse. Ma préférence pour l'une des

[ARTICLE 1032.]

actions d'abord, n'est pas de ma part une renonciation à l'exercice ultérieur de l'autre.

Vice versá, après avoir inutilement demandé la révocation d'un acte pour cause de fraude, je pourrai encore en poursuivre l'annulation, comme exerçant les droits et actions de mon débiteur.

Ces deux actions peuvent être successivement exercées par les créanciers, alors même qu'il existerait entre elles une sorte de contradiction. Exerçant les droits de mon débiteur, je demande la nullité d'une vente qu'il a consentie, en prétendant qu'elle a été arrachée par violence, surprise, par dol. A coup sûr, mon débiteur n'a pas été coupable de fraude, s'il a été victime d'une violence ou d'un dol. Cependant, après avoir échoué sur ce premier moyen, je pourrai invoquer le second, et soutenir que la vente doit être révoquée comme faite en fraude de mes droits, sauf à mes adversaires à tirer contre mes allégations de fraude tels moyens, en fait, qu'ils jugeront convenables, de l'espèce de contradiction qui existe dans l'exercice successif de ces deux actions fondées sur des causes si diverses.

5. Un acte n'est frauduleux qu'à cette double condition : il faut le dessein de préjudicier aux créanciers et le préjudice réellement causé.

Il n'y a même pas à distinguer à cet égard entre les actes à titre onéreux et ceux à titre gratuit. L'intention frauduleuse de la part du débiteur est également exigée pour les actes de la dernière espèce : et il ne suffit pas, pour rendre l'action révocatoire recevable, que l'acte à titre gratuit ait causé, même sans fraude, préjudice aux créanciers. L'article 1167 ne dit pas en effet que les créanciers peuvent exercer l'action paulienne contre les actes faits à leur préjudice, mais bien contre les faits en fraude de leurs droits. Or la fraude ne se caractérise pas seulement par l'événement, mais aussi par le dessein du préjudice : *fraudis interpretatio semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque consideratur*

[ARTICLE 1032.]

Telles sont les paroles de Papinien. Elles sont demeurées la règle du droit en cette matière.

6. Le dessein de frauder existe toutes les fois que le débiteur sait que par l'acte qu'il accomplit il se rend insolvable, et cause ainsi préjudice à ses créanciers. La loi romaine allait plus loin, elle disait : *qui creditores habere scit et universa bona sua alienavit intelligendus est fraudandorum creditorum animum habuisse*, celui qui sait avoir des créanciers et aliène tous ses biens est censé avoir eu l'intention de frauder ses créanciers. Elle trouvait une présomption d'intention frauduleuse dans la seule connaissance que le débiteur avait eue de l'existence de ses créanciers. Mais cette présomption peut céder à une présomption contraire. Les hommes sont souvent disposés à s'exagérer leurs ressources, *sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines*. Je puis donc savoir que j'ai des créanciers, et aliéner tout ou partie de mes biens, sans avoir cependant aucune intention de les frauder, si j'ai, par exemple, de bonne foi, une opinion même exagérée de mes moyens de solvabilité, ou si l'aliénation de mes propriétés est fondée sur la pensée d'une spéculation avantageuse et d'un emploi meilleur.

Le dessein de frauder ne saurait non plus résulter de cette seule circonstance qu'on a aliéné la totalité de ses biens. On peut en effet avoir des créanciers sans le savoir, et se rendre insolvable, sans se douter qu'on porte préjudice à d'autres qu'à soi-même.

7. Mais il importe peu que le débiteur ait songé ou non, en se rendant insolvable, à causer préjudice précisément à tel ou à tel de ses créanciers particulièrement. La fraude n'en existe pas moins.

Il n'est pas non plus exigé qu'il les connaisse personnellement. Il suffit qu'il sache qu'il a des créanciers, et qu'en faisant l'acte il ait l'intention de les frauder, quels qu'ils soient. Il existe alors le double élément de la fraude : la mauvaise foi qui constitue l'infraction à la loi de l'engagement, la perte effective qui fait l'intérêt de l'action.

[ARTICLE 1032.]

8. Il est indifférent par quel acte la fraude se commette ; que ce soit par un jugement, par un contrat, ou par tout autre acte. L'article 1167 parle *d'actes*, expression générale qui comprend tous les moyens que la fraude peut employer pour sa perpétration. Telles étaient aussi les expressions de l'édit du prêteur : *Quæ fraudationis causâ gesta erunt : hæc verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum.*

Elles comprenaient encore tous les autres actes qui ne constituaient pas proprement des pactes et des contrats. Ainsi, il y avait acte frauduleux dans le cas où le débiteur faisait exprès, et en fraude de ses créanciers, de ne pas se présenter en justice ; de laisser périmer une instance ; prescrire une dette, un usufruit, une servitude ; de déférer le serment à son débiteur ; d'abandonner sa chose, pour qu'un autre se l'appropriât ; d'accepter en fraude de ses créanciers personnels une succession onéreuse ; la fraude enfin consistait aussi bien dans une omission que dans une commission. Et telles sont encore aujourd'hui les règles admises par le Code Napoléon.

9. Mais les créanciers de la succession ne pourraient, comme les créanciers personnels de l'héritier, faire révoquer son acceptation comme frauduleuse. Ils ont de plus que ceux-ci le droit de demander la séparation des patrimoines (878, 2111).. Or ce droit, indépendant de toute fraude, suffit à tout. Si donc leur action en séparation n'est plus recevable, ils ne pourront se retourner vers l'action révocatoire pour cause de fraude. On ne peut dire en effet que l'héritier qui accepte purement et simplement une succession opulente, alors qu'il est personnellement obéré, fasse un acte en fraude de ses créanciers, puisque les créanciers de la succession ne sont les siens que parce qu'il a accepté, et qu'ils cesseraient de l'être, aussitôt que son acceptation serait révoquée. Qu'ils fassent alors séparer les patrimoines. Et la loi montre assez par les conditions et les formalités (879, 880, 2111) auxquelles sont soumis la conservation et l'exercice du droit de demander cette séparation, qu'elle n'a pas entendu que les créanciers

[ARTICLE 1032.]

personnels de l'héritier fussent encore exposés à l'action révocatoire, dont la conservation et l'exercice ne sont soumis à aucune formalité.

10. Il est un point remarquable sur lequel notre droit français n'a jamais suivi les principes de la loi romaine. Elle ne considérait point comme frauduleux les actes par lesquels un débiteur négligeait d'augmenter son patrimoine. Ainsi la renonciation à un legs, à une succession, l'émancipation de son fils pour le rendre héritier pour son propre compte ; tous ces actes étaient à l'abri de l'action paulienne. Aucun d'eux n'était jamais réputé frauduleux. *Noluit adquirere, non suum patrimonium deminuit. Pertinet enim edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt ne locupletentur.* L'édit ne concernait que ceux qui amoindrissaient leur fortune, et non ceux qui ne faisaient que ne point s'enrichir. Enfin, c'était une règle de droit qu'il n'y avait point fraude à l'égard des créanciers, lorsque le débiteur négligeait d'acquiescer, mais qu'il y avait fraude seulement lorsqu'il diminuait son avoir : *non fraudantur creditores cum quid non acquiritur a debitore ; sed cum quid de bonis diminitur.*

Faisant application de ces principes au cas où un esclave, héritier institué, serait vendu pour qu'il fit adition de l'hérédité par ordre ou pour le compte de son nouveau maître, la loi romaine décidait que l'édit était applicable, si la fraude était dans la vente de l'esclave, comme diminution du patrimoine, et non, si elle était dans l'adition de l'hérédité, comme omission d'acquiescer.

Avec plus d'équité, le droit français a plus de rigueur ; indépendamment du droit qu'il accorde aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur, il leur reconnaît aussi celui d'attaquer comme frauduleuses les simples renonciations. Mais il est évident que les actes de cette espèce ne peuvent avoir de caractère frauduleux que dans les cas où ils constituent réellement une renonciation à des droits acquis, de telle sorte qu'il s'agit moins de les acquiescer par une acceptation expresse que de les répudier par un refus formel.

[ARTICLE 1032.]

* 6 *Toullier*, } 343. A l'exemple de l'édit du préteur, le Code
 n° 343 *et s.* } accorde aux créanciers une action révocatoire
 contre les actes faits en fraude de leurs droits. L'article
 1167 leur donne la faculté d'attaquer ces actes dans leur nom
 personnel ; mais il ne détermine point quels sont les actes
 qu'on peut attaquer, quand ils sont censés faits en fraudes
 des créanciers, contre quelles personnes ils peuvent se pour-
 voir. Il faut donc recourir aux lois romaines, où le principe
 a été puisé, et où les conséquences se trouvent développées
 avec détail ; à l'ancienne jurisprudence, qui nous apprend
 comment ces lois étaient reçues dans la pratique ; et au Code
 de commerce, qui contient des dispositions particulières au
 cas où le débiteur frauduleux est en faillite.

344. Le premier principe en cette matière est qu'à la diffé-
 rence de l'action hypothécaire, l'action révocatoire n'est ac-
 cordée aux créanciers que subsidiairement, et dans le cas
 seulement où les autres biens du débiteur ne suffiraient pas
 pour payer ses dettes.

345 Il en résulte que l'action révocatoire ne peut être ad-
 mise tant que les affaires du débiteur paraissent en bon ordre,
 et qu'elles ne commencent à naître que lorsque le débiteur est
 connu pour être hors d'état de remplir ses engagements.

Il en résulte encore que le tiers contre lequel les créanciers
 forment l'action révocatoire, peut exiger qu'ils discutent préa-
 lablement les autres biens du débiteur ; car c'est cette discus-
 sion qui peut prouver son insolvabilité, lorsqu'elle n'est pas
 déjà prouvée par sa faillite ou par sa déconfiture.

346. Enfin, il en résulte que si, depuis que la demande en
 révocation a été formée, il survenait au débiteur une succes-
 sion ou quelque autre événement qui le mit en état de rem-
 plir ses engagements, la demande ne devrait pas être admise.

347. Mais si le défendeur en révocation ne demande pas la
 discussion des autres biens du débiteur, il est censé recon-
 naître l'insolvabilité, et les juges peuvent prononcer la révo-
 cation, sans ordonner, avant faire droit, que les autres biens
 du débiteur seront discutés.

[ARTICLE 1032.]

348. L'action révocatoire n'est admise que contre les actes frauduleux. C'est un autre principe fondamental en cette matière. Il faut qu'il y ait fraude de la part du débiteur ; et pour le caractériser deux choses sont nécessaires : le dessein de fraude, l'événement ou la perte effective des créanciers, *concilium fraudis et eventus damni*.

Si l'une de ces deux choses manque, l'action ne doit pas être admise. *Fraudi interpretatio semper in jure civili, non ex eventus dumtaxat, sed ex consilio quoque consideratur*. Papin, *leg.* 79, ff. de R. J. et *ibi* Bronchorst.

349. Il y a dessein de frauder lorsque le débiteur connaît son insolvabilité, et que, malgré cette connaissance, il diminue et aliène ses biens, quoiqu'en le faisant il ne songe point à frauder précisément telle ou telle personne en particulier. Voët, lib. 42, 8, n° 14.

350. Mais les hommes trop souvent connaissent mal l'état de leurs affaires, et présument leurs ressources plus grandes qu'elles ne le sont en effet.

Ils peuvent même avoir des dettes qu'ils ne connaissent pas, et être insolvables sans le savoir. Les actes, qu'ils font en tous ces cas, ne peuvent être considérés comme frauduleux, et ne peuvent être attaqués, quoiqu'ils entraînent leur insolvabilité et la perte de leurs créanciers. Il faut le dessein de frauder de la part du débiteur (1).

351. Si ce dessein n'est pas suivi de l'événement et de la perte effective des créanciers ; si pendant qu'ils suivent leur action, ou bien au moment où ils veulent l'exercer, le débiteur les satisfait par la vente de ses biens ou autrement, l'acte qui avait été fait à leur préjudice conserve sa force, et si le débiteur empruntait, les nouveaux créanciers ne pourraient attaquer cet acte, qui n'aurait pas été fait à leur préjudice, à

(1) Suivant M. Zachariæ, le débiteur doit être présumé avoir eu connaissance de son insolvabilité, parce qu'on ne peut supposer, en thèse générale, qu'il ignore l'état de ses affaires. Comp. aussi Proudhon, *de l'Usufruit*, t. 5, n° 2358. (Note de M. Duvergier).

[ARTICLE 1032.]

moins qu'ils n'eussent prêté pour payer les premiers créanciers, et qu'ils n'eussent été subrogés dans leurs droits. (1)

352. Mais est-il nécessaire que le dessein de frauder ait été connu de ceux qui ont traité avec le débiteur, et qu'ils soient complices de sa fraude, pour que ses créanciers soient recevables à faire révoquer les actes qui nuisent à leurs droits ?

Le droit romain fait à cet égard une distinction fondée sur l'équité, entre les cessions faites par le débiteur à titre onéreux ou à titre gratuit.

Il veut que les cessions et aliénations à titre onéreux, faites à des personnes de bonne foi, ne puissent être révoquées, quelque intention de frauder qu'ait eue le débiteur ; car sa mauvaise foi ne doit pas causer une perte aux personnes qui exercent un commerce licite avec lui, sans participer à sa fraude.

Il ne suffit même pas que les personnes qui ont acquis du débiteur aient eu connaissance qu'il avait des créanciers, et que ses affaires étaient en désordre ; il faut qu'elles aient connu le dessein de frauder ; car plusieurs de ceux qui ont des créanciers ne sont pas insolubles, et l'on ne se rend complice d'une fraude qu'en y prenant part.

Il n'est pas juste de rendre un acquéreur de bonne foi victime d'une fraude à laquelle il n'a point participé.

Il est vrai, qu'en ne révoquant point le contrat, qui n'a été

(1) Leg. 10, § 1, ff. *quæ in fraud.*, 2, 8 ; Domat, n° 6. — [L'action révo-
catoire ne peut être intentée que par les créanciers dont le titre est anté-
rieur. Rej., 30 janvier 1827 ; Sirey, 28, 1, 279 ; Colmar, 20 mai 1836 ; Si-
rey, 36, 2, 490 ; Toulouse, 1^{er} décembre 1837 ; Sirey, 38, 2, 500 ; Dalloz,
38, 2, 172 ; Journal du Palais, tome 2, 1838, page 83. Comp. Bordeaux, 13
février 1826 ; Sirey, 26, 2, 253 ; Dalloz, 22, 2, 201 ; rej., 15 juin 1843 ;
Journal du Palais, tome 2, 1843, pages 108 et 111 ; Orléans, 9 janvier
1845 ; Journal du Palais, tome 1^{er}, 1845, page 441. *Secus* si les actes,
dont on demande la révocation, sont simulés, n'ont pas d'existence réelle.
Comp. Pau, 9, février 1824 ; Sirey, 27, 1, 331. Reg., 20 mars 1832 ; Sirey,
32, 1, 442 ; Dalloz, 32, 1, 135 ; Zach., t. 2, § 313, note 2. (Note de M. Du-
vergier).

[ARTICLE 1032.]

fait par le débiteur que dans le dessein de frauder ses créanciers, ceux-ci restent victimes de cette fraude ; mais il faut opter entre eux et l'acquéreur, il faut faire perdre les uns ou les autres. Or, entre les personnes également de bonne foi, le possesseur doit être préféré.

353. Cette raison décisive ne peut s'appliquer aux donataires et autres cessionnaires à titre gratuit, quelle que soit leur bonne foi. Ils n'ont rien à perdre ; ils manquent seulement à gagner, si leur donation est révoquée ; si elle ne l'est pas, ils s'enrichissent aux dépens des créanciers, dont ils conserveront le gage sans en avoir payé la valeur. On ne leur fait donc pas une injure, on ne leur cause pas un dommage réel, en les privant d'un gain que l'équité naturelle ne leur permet pas de conserver au détriment d'autrui. *Jare naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuriâ locupletari. Leg. 206, ff. de R. J. Nec videtur injuriâ affici is qui ignoravit ; cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. Leg. 6, § 11, ff. quæ in fraud., 42, 8.*

Dans le conflit des prétentions respectives, les créanciers *certant de damno vitando* ; les donataires ou cessionnaires *gratuits de lucro captando*.

C'est par cette raison que la bonne foi du donataire ou cessionnaire gratuit, en faveur duquel un débiteur avait disposé *dans le dessein de frauder ses créanciers*, n'empêchait point ceux-ci d'exercer l'action révocatoire, jusqu'à concurrence seulement de ce qu'ils avaient profité : *quatenus locupletiores facti sunt, ultrâ non. Leg. 6, §, 2, de quæ in fraud credit.*

359. L'ancienne jurisprudence française suivait en ce point la disposition du droit romain. Elle est fondée sur l'équité, et nous ne trouvons rien, soit dans le texte, soit dans l'esprit des lois nouvelles, qui force de s'en écarter. Nous pensons donc qu'elle doit être suivie sous l'empire du Code, qui laisse sur ce point une grande latitude de pouvoirs aux juges, en se bornant à dire, comme l'Édit du préteur, que les créanciers peuvent attaquer *tous les actes* faits en fraude de leurs droits.

[ARTICLE 1032.]

355. La grande difficulté, en cette matière, est de prouver le dessein de frauder, tant dans la personne du cédant que dans celle du cessionnaire.

On peut la prouver par tous les genres de preuves, même par des présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (1353).

Le peu de temps qui s'est écoulé entre les actes attaqués et l'époque de la déconfiture, c'est-à-dire l'époque où l'insolvabilité du débiteur est devenue notoire, a toujours été considéré comme l'une des plus violentes présomptions de fraude, comme aussi, par la raison des contraires, le long espace de temps qui s'est écoulé entre l'acte attaqué et la déconfiture fait cesser le soupçon de fraude.

356. L'Édit du prêteur voulait que l'action révocatoire fût formée dans l'année. Après ce délai, elle n'était plus recevable. Dans la jurisprudence française, la loi n'avait point fixé de délai péremptoire pour exercer cette action. C'était aux juges à déterminer, d'après les circonstances, si le temps écoulé depuis l'acte prétendu frauduleux, était suffisant pour détruire le soupçon de fraude, et c'est encore ce qui a lieu dans les affaires ordinaires, sous l'empire de la nouvelle législation.

366. Cette expression, *tous les actes*, doit être prise dans toute l'étendue dont elle est susceptible. Toutes les manières dont un débiteur diminue frauduleusement la valeur de ses biens, au préjudice de ses créanciers, sont illicites, et doivent être annulées ou révoquées.

Ainsi, non-seulement les donations, les ventes à vil prix ou à un prix simulé, les transports à des personnes interposées, les quittances, et généralement tous les contrats et actes frauduleux, doivent être révoqués ; mais de plus, si, pour frauder des créanciers, un débiteur d'intelligence avec son débiteur, consentait à la radiation d'une hypothèque, *si pignora liberet*, *leg. 2, eod.* ; si, pour éteindre la dette, il fournit à son débiteur des exceptions qui ne lui étaient pas justement acquises. *leg. 3, eod.* ; s'il lui défère le serment sur des faits qu'il pouvait

[ARTICLE 1032.]

prouver, *leg. 9, § 5 ff. de jure jurando* ; s'il transige de mauvaise foi ; s'il donne quittance sans paiement, *leg. 1, § 2* ; s'il se laisse débouter d'une demande légitime par collusion avec son débiteur, ou s'il se laisse condamner envers un créancier, *leg. 3, § 1 eod.* ; s'il laisse périmer une instance, *ibid.* ; s'il laisse prescrire une dette, d'intelligence avec son débiteur, *ibid.* ; s'il fait ou cesse de faire quelque autre chose, et qu'il en résulte une perte ou une diminution volontaire, de ses biens, au préjudice de ses créanciers, *leg. 3, § ult. ; leg. 4, eod.* ; ce qui aurait été fait par cette collusion sera révoqué, et les créanciers remis dans les premiers droits de leur débiteur. *Quodcumque fraudis causâ factum est... quaecumque fuerit. leg. 1, § ult., eod.*

Quelque favorable que soit l'extinction des servitudes, le droit romain soumet à l'action révocatoire l'usufruit, les servitudes que le débiteur laisse prescrire par collusion. *Si... usum fructum, vel servitutum, amittit. Leg. 3, § 1, leg. 4, eod.*

* 9 *N. Denisart, Vo. Fraude relativement* } 1. Il vient d'être
aux créanciers, § 2, n^{os} 1, 2. } exposé, § 1, n^o 10,
 que l'action révocatoire ne doit pas être intentée contre le
 cessionnaire à titre onéreux, qui n'a pas participé à la fraude
 de son cédant. Si l'on prend à la lettre l'art. 4 du titre 11 de
 l'ordonnance de 1673, il paraît s'être écarté de ce principe. Il
 est ainsi conçu : "Déclarons nuls tous transports, cessions,
 ventes et donations de biens meubles ou immeubles, faits en
 en fraude des créanciers ; voulons qu'ils soient rapportés à la
 masse commune des créanciers." Il déclare nuls tous trans-
 ports à titre onéreux ou gratuits, faits en fraude des créan-
 ciers ; il ne distingue point les transports à titre onéreux
 d'avec les transports à titre gratuit, les cas où le cessionnaire
 aurait ou n'aurait pas participé à la fraude du cédant ; il ne
 dit pas *faits et acceptés* en fraude des créanciers, il se contente
 de dire *faits* en fraude des créanciers.

Dans l'usage on s'est écarté de l'explication trop littérale de cet article. La cession à titre onéreux faite au préjudice des

[ARTICLE 1032.]

créanciers, est regardée comme valable, lorsque le cessionnaire a agi de bonne foi ; elle est déclarée nulle, dans le cas seulement où le cessionnaire aurait participé à la fraude du cédant. Voici comme s'en explique Savary, *Parère* 39, p. 310 : " Il y a deux choses à considérer : l'une, si les cessions, transports et ventes ont été faites par le failli, et acceptées par les cessionnaires et acheteurs de mauvaise foi, et en fraude des créanciers ; car en ce cas il est certain qu'elles sont nulles et de nul effet, comme non faites et avenues conformément à l'ordonnance d'Henri IV, du mois de mai 1609, et à celle du mois de mars 1673, *tit. 2, art. 4* : l'autre, si les cessions, transports et ventes, ont été acceptés de bonne foi et sans fraude, de la part des cessionnaires et acquéreurs ; car en ce cas ils seraient bons et valables, et ils ne seraient point tenus de rapporter les effets à eux cédés, transportés et vendus, aux effets communs dudit failli, quand même ce serait la veille de la faillite."

Lorsque la cession est faite dans un temps très voisin de la faillite, comme la veille, ou quelques jours avant, on ne peut s'empêcher de soupçonner que le cessionnaire a agi de mauvaise foi. Ce soupçon se fortifie et se convertit presque en certitude, lorsque les circonstances donnent à croire que le cessionnaire peut avoir eu connaissance des affaires de son cédant. L'expérience du commerce a fait voir que de pareilles cessions étaient presque toujours frauduleuses. Ces raisons avaient fait penser, dès le siècle dernier, aux commerçants de Lyon, qu'il était à propos d'ériger en présomption légale la présomption de fraude dans les cessions résultantes du peu de jours qui s'est écoulé depuis la cession jusqu'à la faillite, et de les déclarer nulles par la seule circonstance de la proximité de la faillite. En conséquence, l'article 13 du règlement fait pour la place de Lyon, le 2 juin 1667, homologué par arrêt du conseil du 7 juillet suivant, et depuis enregistré au parlement le 18 mai 1668, décide que toutes cessions et transports sur les effets des faillis seront nuls s'ils ne sont faits dix jours avant la faillite publiquement connue.

[ARTICLE 1032.]

2. Cette disposition a été étendue à tout le royaume par la déclaration du 18 novembre 1702, enregistrée au parlement de Rouen le 26, et au parlement de Paris le 29 du même mois. “Voulons et nous plaît, y est-il dit, que toutes cessions et transports sur les biens des marchands qui font faillite, seront nuls et de nulle valeur s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue”.

Il ne faut pas s'étonner si l'on trouve quelques décisions contraires à cette loi dans Savari, qui a écrit sur la fin du dernier siècle.

Dans la déclaration de 1702, le mot *cession* est employé dans sa signification générale, pour toute cession gratuite ou onéreuse de biens meubles ou immeubles.

Quoique la loi n'avait eu en vue que les cessions sur les biens des *marchands* qui y sont seuls nommés, il faut néanmoins en appliquer la disposition aux cessions sur les biens de tout failli, soit marchand, soit d'un autre état, la raison est la même.

Jousse, sur l'article 4 du titre 11 de l'ordonnance de 1673, annonce qu'un arrêt de la cour des aides du 18 novembre 1710, (inséré par le même auteur dans son recueil chronologique, *tom. 2 pag. 460*) a décidé que la déclaration de 1702 devait s'appliquer aux gens d'affaires.

On ne voit pas si cet arrêt qui a déclaré nulle la cession dont il s'agissait, passée dans les dix jours, a été déterminé par la circonstance de la fraude prouvée, ou par la seule circonstance des dix jours sans fraude prouvée. Il aurait été à propos que Jousse nous eût fait connaître les circonstances de l'espèce, parce qu'en faisant voir que la fraude du cessionnaire n'était pas prouvée, elles convaincraient que les juges se sont fondés sur la déclaration de 1702, pour déclarer nul l'acte de cession et transport dont était question.

Quel qu'ait été le motif de cet arrêt, il faut tenir pour principe certain, d'après la déclaration de 1702, que tous actes contenant cession et transports sur les biens d'un homme qui a fait faillite, faits dans les dix jours qui ont précédé la fail-

[ARTICLE 1032.]

lite, sont nuls et de nulle valeur pour cette seule circonstance ; sans examiner si les cessionnaires ont ou n'ont pas participé à la fraude du cédant. En conséquence, sur la réclamation des créanciers, les cessionnaires seront tenus de rétablir les objets à eux cédés dans la masse des biens du débiteur.

4 *Marcadé, sur art. 1167 C. N.,* } 500. Si la fraude du débi-
 n° 500. } teur avait consisté à laisser
 prononcer contre lui, par connivence avec ses adversaires, un jugement favorable à ceux-ci, les créanciers auraient toujours l'action révocatoire, et ils l'exerceraient alors en attaquant le jugement par la tierce opposition (art. 474 C. proc.). Les créanciers, en effet, peuvent *s'opposer* à ce jugement qui leur nuit, en se fondant sur ce qu'ils sont *des tiers* quant à ce jugement et n'y ont pas été représentés ; car si, en principe, un débiteur représente nécessairement ses créanciers dans ses procès, et perd ou gagne pour eux comme pour lui-même, il est bien clair qu'il n'en est plus ainsi, et qu'il devient plutôt leur adversaire que leur représentant, lorsqu'il se laisse condamner par fraude.

* *Ord. du com. 1673* } Déclarons nuls tous transports, cessions,
 tit. 2, art. 4. } ventes et donations de biens meubles ou
 immeubles, faits en fraude des créanciers. Voulons qu'ils soient rapportés à la masse commune des effets.

Voy. Edit de Henri I de 1609 et Règlement de Lyon de 1667, cités par *Bornier* sur présent article.

* 2 *Bornier, Conférences,* } *Faits en fraude des créanciers.*
 p. 672-3. } L'Edit de Henri I à Paris, en mai
 1609, auquel l'arrêt contre Pingré donna lieu, passe bien plus avant. *Il annulle tous transports, cessions, donations, ventes et*

[ARTICLE 1032.]

aliénations faites aux enfants et héritiers présomptifs, ou aux amis du débiteur. Il veut encore, que s'il appert que les transports, cessions, donations et ventes soient faites et acceptées en fraude des créanciers, que les cessionnaires, donataires et acquéreurs soient punis comme complices des fraudes et banqueroutes : et par Règlement fait pour la ville de Lyon, le 2 juin 1667, art. 13, il est porté, que toutes cessions et transports sur les effets des faillis, seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue, sans y comprendre néanmoins les virements des parties faits en bilan, lesquels seront bons et valables tant que le failli ou son facteur portera le bilan. Il est mal aisé de donner des règles certaines pour découvrir la fraude qui peut être intervenue dans les transports, cessions, ventes et donations au préjudice des créanciers ; mais il faut tâcher de la découvrir par les diverses circonstances du fait, l. mora, ff. de usur. l. de accessionibus in pr. ff. de divers. et temp. præscript.

Ces circonstances sont entr'autres, si celui qui méditait sa banqueroute, s'est servi de noms interposés pour céder ses dettes actives ; et si peu de jours auparavant il a disposé de ses meubles ou de son fonds ; et en ces cas le cessionnaire est obligé de justifier sa bonne foi et le paiement réel qu'il a fait, et le banqueroutier de rendre compte à ses créanciers de l'emploi de l'argent qu'il a reçu pour la valeur du transport lorsqu'il est fait de bonne foi. C'est encore une circonstance qui fait présumer la fraude et l'intelligence, si le failli s'est hâté de payer avant l'échéance, et en ce cas les conjectures et les indices tiennent lieu de preuve ; par exemple, la liaison étroite qui est entre les parties, la proximité de la faillite, la précipitation, et autres circonstances qui font présumer que la cession n'a été faite que pour soustraire les effets du débiteur, et les mettre à couvert de la saisie des créanciers.

* C. N. 1167. } Ils peuvent aussi, en leur nom personnel,
 } attaquer les actes faits par leur débiteur en
 fraude de leurs droits.

[ARTICLE 1033.]

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.

<p>1033. Un contrat ne peut être annulé à moins qu'il ne soit fait par le débiteur avec l'intention de frauder, et qu'il n'ait l'effet de nuire au créancier.</p>	<p>1033. A contract cannot be avoided unless it is made by the debtor with intent to defraud, and will have the effect of injuring the creditor.</p>
---	--

Voy. art. 484 C. C. B. C., et autorités citées sur cet article, et voy. autorités sur arts. 1031 et 1032.

* 1 *Domat (Remy) Liv. 2,* } 6. Si le dessein de frauder n'est
Tit. 10, sec. 1, n^{os} 6, 7. } pas suivi de l'événement et de la
 perte effective des créanciers, et que, par exemple, pendant qu'ils exercent leur action, ou qu'ils veulent l'exercer, le débiteur les satisfasse par la vente de ses biens ou autrement, l'aliénation qui avait été faite à leur préjudice aura son effet. Et si dans la suite il vient à emprunter, les nouveaux créanciers ne pourront pas révoquer cette première aliénation, qui n'avait pas été faite à leur préjudice. Mais s'ils avaient prêté pour payer les premiers, et que leurs deniers eussent été employés à ce paiement, ils pourraient révoquer l'aliénation faite avant leur créances : car en ce cas ils exerceraient les droits de ceux à qui ce paiement les aurait subrogés, suivant les règles expliquées en leur lieu.

7. Toutes les manières dont les débiteurs diminuent frauduleusement le fonds de leurs biens pour en priver leurs créanciers, sont illicites, et tout ce qui sera fait à leur préjudice par de telles voies, sera révoqué. Ainsi les donations, les

[ARTICLE 1034.]

ventes à vil prix, ou à un prix simulé, dont le débiteur donne la quittance, les transports à des personnes interposées, les acquits frauduleux, et généralement tous les contrats et autres actes et dispositions faits en fraude des créanciers, seront annulés.

* C. L. 1973. } Aucun contrat ne sera révoqué sur cette action, s'il n'est fait en fraude des créanciers, et n'est pas tel que, s'il était mis à exécution, il causerait préjudice aux créanciers par l'effet de cette fraude. S'il est fait de bonne foi, il ne peut être annulé quoiqu'il cause préjudice aux créanciers ; et quoiqu'il soit fait de mauvaise foi, il ne peut être annulé, à moins qu'il ne leur cause préjudice.

1034. Un contrat à titre gratuit est réputé fait avec intention de frauder, si, au temps où il est fait, le débiteur est insolvable.	1034. A gratuitous contract is deemed to be made with intent to defraud, if the debtor be insolvent at the time of making it.
--	---

Voy. autorités, citées sur arts. 1031-2, et *Domat*, sur art. 1033

* 9 *N. Denisart, v° Fraude relativement aux créanciers*, § 1, n° 10. } 10. Dans les cessions à titre gratuit, faites en fraude des créanciers, le cessionnaire, qui n'a donné aucune valeur, s'enrichit à leurs dépens, soit qu'il connaisse, soit même qu'il ignore la fraude de son cédant : personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : ainsi toute cession gratuite faite en fraude des créanciers, doit être déclarée nulle sur leur réclamation, sans examiner si le cessionnaire a participé ou non à la fraude de son cédant : *leg. 6, § 2, ff. quæ in fraudem creditorum*. Quand même il l'aurait

[ARTICLE 1035.]

ignorée, il n'a pas à se plaindre qu'on annule la cession faite en sa faveur ; il ne fait que manquer à gagner, tandis que les créanciers perdraient leur gage.

La cession étant révoquée, le cessionnaire doit rendre aux créanciers la chose qui lui avait été cédée s'il la possède encore en nature : s'il ne l'a plus, il en doit rendre la valeur.

Dans ce dernier cas, si le cessionnaire est de mauvaise foi, il sera tenu de la valeur entière de la chose, de la totalité du dommage que cette cession occasionne aux créanciers du cédant : s'il est de bonne foi il sera tenu d'en rendre la valeur, jusqu'à concurrence seulement de ce qu'il en a profité : *leg. eadem*. Si, par exemple, le donateur a lui-même vendu la chose donnée, et qu'il en ait reçu un prix inférieur à la véritable valeur, il sera libre envers les créanciers du cédant, en leur rendant le prix qu'il en a reçu.

* *C. L.* 1975. } Lorsque le contrat est purement gratuit, il sera présumé avoir été fait en fraude des créanciers, si à l'époque où il a été passé, le débiteur ne possédait pas, au-dessus du montant de ses dettes, deux fois la valeur de la chose dont il a ainsi disposé à titre gratuit.

1035. Un contrat à titre onéreux fait par un débiteur insolvable avec une personne qui connaît cette insolvabilité, est réputé fait avec l'intention de frauder.		1035. An onerous contract made by an insolvent debtor with a person who knows him to be insolvent, is deemed to be made with intent to defraud.
--	--	---

* *ff. Quæ in fraud. cred.*, } 8. Hoc edictum eum coercet, qui
Lib. 42, tit. 9, L. 6, § 8. } sciens eum in fraudem creditorum
 hoc facere, suscepit quod in fraudem creditorum fiebat.

[ARTICLE 1035.]

Quare si quid in fraudem creditorum factum sit, si tamen is qui cepit, ignoravit, cessare videntur verba edicti. (ULPIANUS).

Ibidem. } 8. Cet édit est fait pour punir celui qui, sachant qu'un débiteur avait intention de frauder ses créanciers, a reçu de lui ce dont l'aliénation devait tourner au préjudice des créanciers. Ainsi la disposition de l'édit n'aurait pas lieu contre celui qui aurait fait des affaires avec le débiteur sans savoir qu'il en dût résulter du préjudice pour les créanciers. (ULPIEN).

Voy. *Domat*, cité sur art. 1031 et 1033, et *Toullier*, sur art. 1032.

* 9 *N. Denisart, v^o Fraude relativement* } 12. Lorsque le cessionnaire à titre onéreux a participé à la fraude de son cédant, la cession doit être déclarée nulle, et le cessionnaire condamné à rétablir la chose cédée dans la masse des biens du débiteur, s'il l'a encore en nature, ou à en rendre la valeur entière, s'il ne l'a plus.

Quant au prix qu'il en a donné, il en a la répétition contre son cédant. S'il se trouve en nature dans ses biens, il pourra le revendiquer contre les créanciers qui ne doivent pas s'enrichir à ses dépens, *leg. 8, eod* ; mais s'il ne se trouve pas en nature, il ne pourra en exercer la répétition sur les biens de son cédant, au préjudice des créanciers dont il a voulu frauder les droits.

13. *Quinto*. Le paiement que le débiteur devenu insolvable, fait à l'un des créanciers, sans observer l'ordre établi par la loi pour la distribution de ses biens entre ses créanciers, est toujours frauduleux de la part du débiteur, qui par ce paiement frustre les créanciers qui auraient été payés s'il eût suivi l'ordre de la loi ; mais le paiement n'est pas toujours frauduleux de la part de celui qui reçoit. Il faut distinguer,

[ARTICLE 1035.]

comme dans les cessions réelles, si au moment du paiement le débiteur est connu publiquement pour être hors d'état de faire face à ses engagements, ou passe pour être solvable.

Du moment que le débiteur est publiquement connu pour être hors d'état de faire face à ses engagements, les paiements qu'il peut faire sans observer l'ordre établi par la loi pour la distribution du prix de ses biens entre ses créanciers, est frauduleux, non-seulement de sa part, mais encore de la part du créancier qui reçoit au préjudice des autres. En conséquence, les autres créanciers ont droit de faire révoquer le paiement, de faire rétablir les deniers payés dans la masse des biens de leur débiteur, pour être distribués entr'eux, suivant l'ordre réglé par la loi : *leg. 6, § 7, quæ in fraudem creditorum.*

Si les deniers destinés à ce paiement irrégulier sont déposés par le failli, ses créanciers ont le droit d'exiger qu'ils soient rétablis dans la masse commune.

Il n'y a point de circonstances qui puisse rendre valide le paiement fait ou à faire par le failli contre l'ordre réglé par la loi. Les créanciers ont toujours le droit d'exiger que les deniers appartenants au failli, déjà employés au paiement irrégulier, ou déposés comme destinés à ce paiement, soient remis à la masse commune. Ainsi jugé dans l'espèce suivante, où l'on prétendait que les circonstances devaient faire exception au principe.

Un premier arrêt rendu sur délibéré, au rapport de M. Goeflard, prononcé le 7 septembre 1765, avait condamné le sieur..., comme banqueroutier frauduleux, et la dame son épouse, comme complice de sa banqueroute, à payer solidairement l'un et l'autre par corps une somme de 1650 livres, due au sieur Poucher, négociant, par le mari seul.

Depuis cet arrêt, le mari débiteur déposa 1650 livres, au paiement desquelles l'arrêt du 7 septembre l'avait condamné.

Les créanciers formèrent opposition entre les mains du dépositaire, à la remise des deniers, et soutinrent que les de-

[ARTICLE 1035.]

niers déposés, devaient être remis à la masse des biens du failli.

Le sieur Poucher, au contraire, demanda à être autorisé à toucher les deniers déposés, ou bien à continuer ses poursuites contre le mari et la femme, à cause de la solidarité prononcée par l'arrêt du 7 septembre. Il observait que le mari avait été condamné à payer et non à déposer, et qu'il n'y avait qu'un paiement réel qui pouvait arrêter ses poursuites contre le mari et la femme.

Par arrêt du mardi, 10 février, 1767, audience de sept heures, la cour a ordonné que les deniers seraient réunis à la masse des biens du failli, et cependant a autorisé le sieur Poucher à continuer ses poursuites contre la femme du sieur..., jusqu'au paiement réel et effectif. La femme du sieur... a été condamnée aux dépens envers toutes les parties que Poucher pourrait employer en frais de recouvrement, et retenir sur les deniers déposés : Plaidans M^e Jouhannin pour la femme du sieur... M^e Sionnest pour le mari, M^e Leblanc de Verneuil pour les créanciers unis, et M^e de Varicourt pour Poucher : *Non trouvé sur les registres par quelque erreur de date.*

14. Lorsqu'au moment du paiement, le débiteur passe dans le public pour être solvable, quoique dans le fait il soit hors d'état de faire face à ses engagements, le créancier payé ignorait ou connaissait l'insolvabilité de son débiteur :

Si le créancier payé ignorait l'insolvabilité de son débiteur, il a reçu de bonne foi ce qui lui était légitimement dû, le paiement est hors de toute atteinte, et les autres créanciers seraient mal fondés à vouloir faire annuler ce paiement comme fait à leur préjudice, parce qu'ils ne peuvent reprocher de fraude à celui qui a été payé.

15. Si le créancier payé connaissait au moment du paiement l'insolvabilité de son débiteur, alors il a participé à la fraude de ce débiteur qui a voulu l'avantager au préjudice des autres. Le paiement frauduleux en la personne du créancier payé doit être déclaré nul : les autres créanciers l'o-

[ARTICLE 1035.]

bligeront à rétablir dans la masse de l'actif les deniers par lui touchés, sauf à exercer les droits résultants de la créance sur la même masse dans l'ordre réglé par la loi.

Les lois romaines regardaient comme valable le paiement fait par le débiteur insolvable, dont l'état n'était pas publiquement connu au créancier qui connaissait son état : *Sciendum Julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum ; sibi enim vigilavit : leg., 6, § 7, ff. quæ in fraudem creditorum.* Mais cette décision ne doit pas être suivie, parce qu'elle est contraire à l'équité. Chaque créancier veille pour lui seul au paiement de sa dette : en conséquence il peut recevoir son dû, sans s'inquiéter si les autres sont ou ne sont pas payés, tant qu'il y a lieu de croire que le débiteur commun est en état de faire face à tous ses engagements ; mais il ne doit pas y veiller en fraude des autres créanciers. Ainsi il ne peut recevoir son paiement à leur préjudice, lorsqu'il a la certitude que le débiteur commun est hors d'état de faire face à tous ses engagements.

Pour soutenir contre notre sentiment, que la décision des lois romaines doit être adoptée dans notre droit français, on peut invoquer :

1^o L'autorité de Domat, qui s'énonce ainsi, *lois civ. liv. 2, tit. 10, sect. 1, n^o 12* : “ le créancier qui reçoit de son débiteur ce qui lui est dû, ne fait point de fraude, mais se fait justice, en veillant pour soi, comme il lui est permis ; et quoique son débiteur soit insolvable, et que par ce paiement, il n'en reste pas assez pour les autres créanciers, ou que même il ne reste rien, il n'est pas tenu de rendre ce qu'il a reçu pour son paiement. Mais les autres créanciers doivent s'imputer de n'avoir pas veillé pour eux, comme a fait celui qui s'est fait payer.”

2^o L'autorité de Toubeau, en ses *Institutions consulaires*, qui pense, *liv. 3, tit. 12, chap. 3, pag. 730*, qu'un paiement fait par le débiteur à son créancier dans les dix jours qui

[ARTICLE 1035.]

précèdent la faillite, est bon et valable, et ne peut être attaqué par un autre créancier, pourvu qu'au temps du paiement, le marchand fit encore son commerce et que la faillite ne fût pas ouverte.

3^o Le sentiment de Savari, qui met au nombre des opérations de bonne-foi, *Parere* 39, pag. 312, " toutes lettres et billets de change et autres dettes, dont le temps du paiement est échu, payés en argent comptant dans le temps qui avoisine la faillite, même la veille d'icelle. Ceux qui ont reçu les deniers ne sont pas tenus de les rapporter, parce que l'argent monnayé n'a point de suite, et cela n'a point été présumé une fraude de la part de ceux qui reçoivent, ni de la part de ceux qui payent."

A ces autorités, il est aisé de répondre, 1^o que Domat qui rapporte au bas du passage cité la loi romaine, n'a pas rendu cette expression de la même loi *quamvis sciens prudensque solvendo non esse*, d'où il résulte qu'il n'a pas voulu décider la question que nous traitons.

2^o Que Savari reconnaît la nullité du paiement frauduleux, fait avant la faillite, car il a décidé, *ibidem*, la nullité du paiement fait " dans le temps qui avoisine la faillite, pour des lettres et billets de change et autres dettes, dont le paiement ne serait pas encore échu ; parce que le paiement d'une dette faite devant le temps échu, en argent, dans le temps qui avoisine la faillite, est *présumé* avoir été fait de mauvaise foi et *en fraude* des créanciers." Si Savari a pensé que le paiement voisin de la faillite devait être déclaré nul, dans un cas où les circonstances le font présumer frauduleux, à plus forte raison a-t-il pensé qu'il devait être déclaré nul dans le cas où la fraude serait prouvée. Il est à remarquer qu'à la suite du passage invoqué pour l'opinion contraire, Savari met un exemple de paiement reçu par le créancier et fait par le débiteur de bonne foi. " En effet on voit souvent arriver qu'un banquier reçoit la veille de sa faillite des sommes considérables, et qu'il paye du même argent les lettres et billets de change, et autres dettes qui sont échues.

[ARTICLE 1035.]

Ainsi il reçoit d'une main et paye de l'autre ; et le lendemain, il se retire par quelque accident imprévu. Par exemple, il recevra nouvelle que son correspondant qu'il a dans une ville, aura fait faillite, et qui par conséquent aura laissé protester les lettres de change qu'il avait tirées sur lui ; lesquelles revenant sur lui, qui ne se trouvera pas pour lors en état de les rembourser aux porteurs d'icelles, s'effrayera et se retirera inconsidérément."

3° Que Jousse, qui cite Toubeau et Savari, est du même sentiment que le nôtre. " Un créancier, dit-il, *ordonnance de 1673, tit. 11, art. 4. not. 1*, qui *de bonne foi et sans fraude* aurait reçu de son débiteur le montant de ce qui lui est dû, ne pourrait être recherché par les autres créanciers, pour rapporter ce qu'il a reçu, quand même il aurait reçu la veille de la faillite."

Ces raisons, jointes à l'équité, la première de toutes les lois, nous font persister dans notre avis, que le paiement fait à la veille de la faillite, (par exemple, dans les dix jours qui la précèdent) doit être déclaré nul, toutes les fois que les autres créanciers du failli administreront la preuve que le créancier qui a été payé, connaissait la situation du débiteur et sa faillite prochaine.

Nous observons seulement que le cas de déclarer nul le paiement fait à la veille de la faillite, est très-rare. Il ne suffit pas de prouver que le créancier payé soupçonnerait la situation de son débiteur, il faut prouver encore qu'il avait une connaissance certaine de la faillite méditée. Celui qui reçoit son dû d'un homme qui fait encore son commerce, son état, a pu croire qu'il avait d'ailleurs des ressources pour payer ses autres créanciers.

* C. L. 1976. } Si le contrat est onéreux, mais fait en fraude
 } de la part du débiteur, et de bonne foi de la
 part de celui avec qui il a contracté, et que la valeur de la
 chose, dont la propriété a été transférée par ce contrat, ex-

[ARTICLE 1036.]

cède d'un cinquième le prix qui a été donné, les créanciers peuvent faire révoquer le contrat, et reprendre la chose, à la charge par eux de rembourser ce prix avec les intérêts ; mais dans ce cas ils n'auront point droit à réclamer les fruits.

<p>1036. Tout paiement fait par un débiteur insolvable à un créancier qui connaît cette insolvabilité, est réputé fait avec intention de frauder, et le créancier peut être contraint de remettre le montant ou la chose reçue, ou sa valeur, pour le bénéfice des créanciers suivant leurs droits respectifs.</p>	<p>1036. Every payment by an insolvent debtor to a creditor knowing his insolvency, is deemed to be made with intent to defraud, and the creditor may be compelled to restore the amount or thing received or the value thereof, for the benefit of the creditors according to their respective rights.</p>
--	---

* ff. *Quæ in fraud. cred.*, Lib. 42, } 6. Apud Labeonem scrip-
 Tit. 9; L. 6, § 6. } tum est, eum qui suum reci-
 piat, nullam vereri fraudem facere : hoc est, eum qui quod
 sibi debetur, receperat. Eum enim quem præses invitum sol-
 vere cogat, impunè non solvere, iniquum esse. Totum enim
 hoc edictum ad contractus pertinere, in quibus se prætor non
 interponit : utputa pignora, venditionesque.

L. 10 § 12. Si cùm in diem mihi deberetur, fraudator præ-
 sens solverit, dicendum erit, in eo quod sensi commodum in
 repræsentatione, in factum actioni locum fore. Nam prætor
 fraudem intelligit etiam in tempore fieri. (ULPIANUS).

Ibidem. } 6. Labéon écrit que celui qui reçoit son
 Trad. de M. Hulot. } dû n'est censé agir frauduleusement à
 l'égard de personne. Cela doit s'entendre de celui qui reçoit
 ce qui lui est dû. Car il serait injuste de dire qu'un débiteur

[ARTICLE 1036.]

que le prêteur force à payer, puisse impunément ne pas payer. La disposition de cet édit concerne les contrats dans lesquels l'autorité du prêteur n'intervient point, comme sont les contrats de gage et de vente.

L. 10, § 12. Si un débiteur qui me doit une somme sous un certain terme, et qui veut frauder ses créanciers, me paye avant l'échéance, on n'aura contre moi l'action révocatoire qu'à raison de l'avantage que j'ai tiré d'avoir été payé plutôt. Car le prêteur entend que la fraude peut être faite à raison du temps. (ULPIEN).

Voy. autorités sur art. 1032, et *Denisart*, sur art. 1035.

* *Jousse, sur Ord. de 1673,* } *Faits en fraude des créanciers.*
Tit. 4, art. 4. } Comme sont ceux qui se font sous
des noms interposés ou autrement, par des voies obliques et
illégitimes.

L'édit du mois de mai 1609 "annule tous transports, cessions, ventes et aliénations faites aux enfants et héritiers présumptifs ou amis du débiteur ; et veut que, s'il paraît que les transports, cessions, donations et ventes soient faites et acceptées en fraude des créanciers, les cessionnaires, donataires et acquéreurs soient punis comme complices des fraudes et banqueroutes."

Lorsque les transports ont été faits dans les dix jours qui précèdent la faillite, ils sont présumés faits en fraude des créanciers. C'est la disposition de la déclaration du 18 novembre 1702, qui veut "que toutes cessions et transports sur les biens des marchands qui font faillite, soient nuls et de nulle valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ; comme aussi que les actes et obligations qu'ils passeront devant notaires au profit de quelques-uns de leurs créanciers, ou pour contracter de nouvelles dettes, ensemble les sentences qui seront rendues contre eux, n'acquiescent aucune hypothèque ni préférence sur les créan-

[ARTICLE 1036.]

ciers chirographaires, si lesdits actes et obligations ne sont passés, et si lesdites sentences ne sont rendues pareillement dix jours au moins avant la faillite publiquement connue." (V. le Recueil, tome 2, page 289.)

Les dispositions de cette déclaration, qui ne concerne que les marchands, ont été étendues à l'égard des gens d'affaires, au sujet des transports à eux faits en cas de faillite, par arrêt de la Cour des Aides du 14 mars 1710. (V. le Recueil, tome 2, page 460.)

Il faut cependant observer que cette déclaration ne s'entend que des transports faits par le failli, sur ses biens, au profit de quelques-uns de ses créanciers, ainsi que des hypothèques qui pourraient s'obtenir contre lui. Mais un créancier qui, de bonne foi et sans fraude, aurait reçu de son débiteur le montant de ce qui lui est dû, ne pourrait être recherché par les autres créanciers pour rapporter ce qu'il a reçu, quand même il aurait reçu ce paiement la veille de la faillite : car ce créancier ne reçoit alors que ce qui lui appartient légitimement, et on ne peut présumer aucune fraude de sa part, comme elle est présumée à l'égard des cessions et transports qui se font dans les dix jours avant la faillite. Toubeau, en ses *Institutions consulaires*, liv. 3, tit. 12, ch. 3, pag. 730, est de ce sentiment, et il pense qu'un paiement fait par le débiteur à son créancier dans les dix jours qui précèdent la faillite, est bon et valable, et ne peut être attaqué par un autre créancier, pourvu qu'au temps du paiement le marchand fit encore son commerce, et que la faillite ne fût point encore ouverte. Il cite plusieurs autorités pour appuyer son sentiment, et entre autres un arrêt du 9 juin 1578. (Voyez aussi les *Conférences de Paris sur l'Usure*, tit. 6, confér. 3, § 6.)

Le règlement fait pour la ville de Lyon, du 2 juin 1667, art. 13, est favorable à cette opinion, puisqu'en déclarant nuls toutes cessions et transports faits dans les dix jours qui précèdent la faillite, il en excepte les virements de parties, qui sont des espèces de paiements. C'est aussi le sentiment de Savary en ses *Parères* (parère 39, page 301, édition de 1749),

[ARTICLE 1036.]

où il établit, comme une maxime certaine à l'égard des lettres et billets de change dont le paiement est échu, qui ont été payés en argent comptant dans le temps qui précède de près la faillite, et même la veille de cette faillite, que ceux qui ont reçu ces paiements ne sont point tenus de les rapporter, et que ces paiements ne peuvent jamais être réputés frauduleux, soit à l'égard de ceux qui reçoivent, soit de la part de ceux qui paient.

Mais il n'en est pas de même à l'égard de l'argent payé dans le temps qui est proche de la faillite, pour les lettres, billets, et autres dettes dont le paiement ne serait pas encore échu, parce que le paiement fait en argent avant le temps échu, dans le temps qui avoisine la faillite, est présumé avoir été fait de mauvaise foi et en fraude des autres créanciers, et que le débiteur qui est sur le point de faire faillite ne peut avantager un créancier au préjudice des autres. (*Ita Savary, ibid.*)

Il faut aussi observer que les paiements, même des dettes échues, qui se font en argent depuis la faillite ouverte, sont nuls, et doivent être rapportés à la masse, parce que dès l'instaurant de la faillite les biens du débiteur deviennent le gage commun de tous les créanciers.

Si le débiteur, dans le temps qui est proche de la faillite, c'est-à-dire dans les dix jours auparavant, avait, au lieu d'argent, fait à quelques-uns de ses créanciers une cession et transport de dettes actives, ou qu'il leur eût fourni des lettres de change ou billets qu'il aurait passés à leur ordre, ou donné en paiement des marchandises, meubles, vaisselle, etc., ou qu'il leur eût vendu des maisons et héritages pour demeurer quitte avec eux de ce qu'il leur devait, il est certain que les créanciers qui auraient reçu ces effets en paiement doivent rapporter à la masse commune des effets du failli ce qui leur a été ainsi cédé et vendu, parce que toute cession et transport qui se font dans les dix jours qui précèdent la faillite, sont censés extorqués, et faits en fraude des autres créanciers.

Mais toutes les cessions, ventes et transports faits par le failli, qui ont été acceptés de bonne foi et sans fraude de la

[ARTICLE 1036.]

part des cessionnaires et acquéreurs, sont bons et valables, et les cessionnaires ou acquéreurs ne sont point tenus de les rapporter à la masse commune des effets, quand même ces transports auraient été faits peu de temps avant la faillite.

Les cessions et transports acceptés de bonne foi et sans fraude par des cessionnaires et acquéreurs, sont : 1^o toutes ventes d'immeubles et effets mobiliers dont le prix a été payé par l'acheteur en argent comptant ou autres effets équipollents, surtout lorsque la date de ces ventes se trouve constatée par quelque acte authentique ; 2^o toutes lettres de change et billets fournis, soit qu'ils soient payables à ordre ou au porteur, dont les ordres ont été passés ; et en général toutes cessions et transports de dettes actives dues au cédant, tant par obligations, promesses, qu'autrement, dont la valeur a été payée en argent comptant, ou en autres effets équivalents, par ceux au profit desquels les lettres de change ont été fournies et les ordres passés, ou auxquels les cessions et transports ont été faits ; 3^o toutes marchandises, vaisselle d'argent, et autres effets donnés en gage ou nantissement, pour argent prêté, ou pour lettres de change et billets fournis à ceux qui ont donné ces effets en gage, quand il y en a un acte passé devant notaires, suivant l'article 8 du titre 6, ci-dessus. (V. Savary, *ibidem*, page 311.)

Il est constant que toutes ces choses ne sont point sujettes au rapport, parce que ces ventes, cessions, transports et engagements ont été faits de bonne foi et sans fraude de la part des acquéreurs et cessionnaires, et qu'il n'y aurait aucune raison de leur faire rapporter les choses qu'ils ont reçues, et dont ils ont payé la valeur en argent comptant ou en autres effets équivalents.

Mais à l'égard des cessions, transports et engagements, s'ils ont été faits dans les dix jours qui précèdent la faillite, ils doivent être déclarés nuls, aux termes de la déclaration du Roi du 18 novembre 1702 ; et il ne reste plus aux acquéreurs et cessionnaires qu'une action pour se faire rendre l'argent et autres effets qu'ils peuvent avoir donnés pour acquérir ces

[ARTICLE 1037.]

cessions, transports et engagements ; pour raison de quoi ils deviennent, dans la classe des créanciers ordinaires, sans privilège particulier, lorsque les effets par eux donnés ne sont plus en nature.

Consultez *Contrà*. Code com. français, arts. 446 et 447 et notes par Devilleneuve, Dictionnaire du contentieux com., pp. 744, 745 et par Rogron, pp. 878 et s.

* C. L. 1983. } Si un débiteur, qui est en état d'insolvabilité, paye par anticipation une dette non encore échue, et fait ce paiement au préjudice d'autres créanciers, dont les créances soient déjà dues, ou qui doivent échoir avant le terme de celle qu'il a payée par anticipation, ce paiement sera censé fait en fraude des créanciers, et le créancier ainsi préféré sera obligé de participer au déficit qui en résultera, par contribution avec les autres créanciers qui se sont plaints, chacun de ces créanciers conservant les droits d'hypothèque ou de privilège que la nature de sa créance originare l'autorise à réclamer.

<p>1037. Des dispositions plus étendues sur la présomption de fraude et la nullité des actes faits en vue de la faillite sont contenues en "l'Acte concernant la faillite, 1864."</p>	<p>1037. Further provisions concerning the presumption of fraud and the nullity of acts done in contemplation of insolvency are contained in The Insolvent Act of 1864.</p>
---	---

Cet acte de faillite est aujourd'hui abrogé.

[ARTICLE 1038.]

<p>1038. Un contrat à titre onéreux fait avec l'intention de frauder de la part du débiteur, mais de bonne foi de la part de la personne avec qui il contracte, ne peut être annulé, sauf les dispositions particulières au cas de faillite.</p>	<p>1038. An onerous contract made with intent to defraud on the part of the debtor, but in good faith on the part of the person with whom he contracts is not voidable ; saving the special provisions applicable in cases of insolvency of traders.</p>
--	--

Voy. autorités, cités sur arts. 1032-3 4-5.

* 2 *Pothier*, (*Bugnet*), } 153. Observez néanmoins que si le
Obligat., n° 153. } 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 fraude, *consciis*
fraudis, s'il était acquéreur à titre onéreux : s'il était acqué-
 reur à titre gratuit, il ne serait pas même nécessaire pour
 cela qu'il eût été participant de la fraude. *Tit. ff. his quæ in*
fraud. cred.

* *C. L.* 1974. } Si le contrat est onéreux, et que le débiteur
 } originaire l'ait passé avec l'intention de frau-
 der ses créanciers, et que la personne, avec laquelle il a con-
 tracté, ait été de bonne foi, le contrat ne peut être révoqué,
 excepté dans les cas et de la manière dont il est fait ci-après
 mention.

[ARTICLE 1039.]

<p>1039. La nullité d'un contrat ou d'un paiement ne peut être demandée par un créancier postérieur en vertu de quelque disposition contenue en cette section, à moins qu'il ne soit subrogé aux droits d'un créancier antérieur; sauf néanmoins l'exception contenue en l'Acte concernant la Faillite, 1864.</p>	<p>1039. No contract or payment can be avoided, by reason of any thing contained in this section at the suit of a subsequent creditor, unless he is subrogated in the rights of an anterior creditor; saving nevertheless, the exception contained in The Insolvent Act of 1864.</p>
---	--

Voy. autorités sur arts. 484, 1032-3-4.

* 9 *N. Denisart, v^o Fraude relativement aux créanciers*, § 3, nos 1, 2, 3 p. 84-5. } 1. L'action révocatoire est accordée aux créanciers du cédant en indemnité du préjudice que leur cause la cession faite en fraude de leurs droits. Si la cession fait préjudice et aux créanciers actuels du cédant, et à ses créanciers à venir, il n'y a que les créanciers actuels qui puissent se plaindre qu'elle est faite en fraude de leurs droits. Les créanciers postérieurs ne peuvent prétendre qu'elle a été faite en fraude de leurs droits, puisque leurs droits n'existaient pas encore. Ils sont donc non-recevables à intenter l'action révocatoire, qui est accordée seulement à ceux dont les créances existaient au moment de la cession.

Les créanciers postérieurs qui ont prêté leur argent pour le paiement des créanciers antérieurs, et qui sont subrogés à leurs droits, doivent à cause de la subrogation, être rangés dans la classe des créanciers antérieurs.

Les créanciers antérieurs à la cession, sont tous admis au bénéfice de l'action révocatoire, sans examiner s'ils sont chirographaires ou hypothécaires. Elle est utile à tous créanciers

[ARTICLE 1039.]

antérieurs, pour faire révoquer l'aliénation des choses mobilières qui n'ont pas suite par hypothèque.

Quant aux cessions d'immeubles, les créanciers antérieurs peuvent être distribués en trois classes : créanciers non hypothécaires, créanciers dont l'hypothèque est postérieure à la cession, quoique la créance soit antérieure, et créanciers dont l'hypothèque est antérieure à la cession. L'action révocatoire est utile aux créanciers des deux premières classes, pour faire révoquer la cession de l'immeuble sur lequel ils n'ont pas droit de suite par hypothèque : mais elle est inutile aux créanciers de la troisième classe, parce que, sans débattre la validité de la cession, ils peuvent exercer leurs hypothèques sur les biens cédés.

2. Les créanciers antérieurs à la cession, ayant seuls le droit de la faire révoquer, si dans le nombre des créanciers du failli il s'en trouve d'antérieurs et de postérieurs à la cession, les créanciers postérieurs qui ne pouvaient intenter de leur chef la révocation, en auraient-ils le bénéfice après qu'elle aura été prononcée sur la demande des antérieurs ? Les antérieurs auront-ils seuls le droit de profiter de la révocation ; et si par événement la valeur du bien cédé excède le montant de ce qui est dû aux créanciers antérieurs, l'excédant doit-il rester au cessionnaire ?

Voici une espèce où la difficulté peut se présenter. Un négociant médite de faire banqueroute, quoiqu'il ait 500,000 livres d'actif, pour répondre à 400,000 livres de dettes, toutes chirographaires. Il vend le 1 janvier un bien de 300,000 livres, dont il touche le prix comptant ; il profite de son crédit pour emprunter, les 12, 13, 14 et 15 du même mois, différentes sommes montant à 200,000 livres ; le 30 il s'absente, et emporte tout son argent comptant : sa banqueroute se déclare.

Les créances du failli montent à 600,000 livres, savoir, 400,000 livres d'antérieur à la cession, et 200,000 livres de postérieures, il se trouve 200,000 livres d'actif, chacun reçoit le tiers de sa créance.

[ARTICLE 1039.]

Les créanciers, pour être payés des deux autres tiers, demandent contre l'acquéreur la nullité de la vente à lui faite, il se défend contre les créanciers postérieurs des 12, 13, 14 et 15 janvier, en disant que la vente n'a pas été faite en fraude de leurs droits, puisqu'ils n'en avaient encore aucun : il les fait déclarer non-recevables dans leur demande.

D'un autre côté, les créanciers antérieurs établissent que l'acquéreur avait connaissance de la banqueroute projetée, font déclarer la vente nulle, ensuite font vendre le même bien à leur requête pour une pareille somme de 300,000 livres.

Sur la distribution de cette somme de 300,000 livres, s'élève contestation entre les créanciers antérieurs à la vente déclarée nulle, les créanciers postérieurs et l'acquéreur dépouillés.

Les créanciers postérieurs trouvant le bien rentré dans la fortune de leur débiteur, au moyen de la nullité prononcée, et voyant que le prix est capable de payer la moitié de toutes les créances, dont il n'y a encore eu qu'un tiers de payé, prétendent devoir être payés dessus au marc la livre, avec les créanciers antérieurs, chacun de la moitié de leurs créances.

Les créanciers antérieurs qui ont fait rentrer le bien, prétendent au contraire devoir être payés de la totalité de leurs créances, préférablement aux créanciers postérieurs ; et comme sur leur 400,000 livres il leur reste dû les deux tiers montant à 266,666 livres, ils en demandent le paiement en entier sur les 300,000 livres payées par le nouvel adjudicataire, et ils ne veulent abandonner aux créanciers postérieurs que les 33,333 livres de surplus.

L'acquéreur intervient dans la contestation : il représente que les créanciers postérieurs, non-recevables à faire annuler son contrat d'acquisition, ne peuvent profiter en aucune manière de la nullité prononcée en faveur seulement des créanciers antérieurs ; qu'ils n'ont aucun droit sur le prix du bien vendu à la requête de ceux-ci ; qu'ainsi c'est à lui à toucher les 33,333, livres restant après le paiement total des

[ARTICLE 1039.]

créanciers antérieurs à son acquisition, sans que les créanciers postérieurs puissent y prétendre.

Dans ces circonstances la nullité de la cession n'est pas une nullité générale pour tous les créanciers, mais une nullité relative à quelques-uns, puisqu'elle est valable à l'égard des postérieurs, nulle à l'égard des antérieurs. C'est le propre des nullités relatives, de ne pouvoir profiter qu'à ceux en faveur desquels elles ont été prononcées, parce que l'acte est valable à l'égard de tout autre. Les créanciers antérieurs ayant seuls le droit de faire révoquer la première vente, auront donc seuls le droit de participer au prix de la nouvelle vente : en conséquence ils se feront payer sur le prix qui en proviendra, jusqu'à concurrence de leur dû. La première vente étant valable à l'égard des créanciers postérieurs, ils ne peuvent rien prétendre sur le prix qui est provenu de la seconde ; et s'il reste quelque chose après le paiement des créanciers antérieurs à la cession le surplus doit être rendu au cessionnaire. Dans l'espèce proposée les créanciers postérieurs seront déboutés de leur demande en paiement, sur les 300,000 livres, prix de la nouvelle adjudication ; à se remplir sur le même prix de ce qui leur reste dû, et le surplus sera rendu à l'acquéreur dépouillé.

3° Nous avons dit : n° 1, que les créanciers postérieurs à la cession ne pouvaient pas la faire révoquer. Ce principe ne doit-il pas souffrir exception à l'égard des cessions faites dans les dix jours précédents la faillite ? ne faut-il pas admettre au bénéfice de la révocation tous ceux qui sont créanciers au moment de la faillite, tant ceux qui sont antérieurs à la cession, que les nouveaux créanciers intermédiaires entre la cession faite au commencement des dix jours et la déclaration de la faillite ?

La loi déclare de pareilles cessions nulles, en faveur de tous les créanciers existants au moment de la faillite ; elle ne distingue pas entre les créanciers antérieurs ou postérieurs à la cession. Pourquoi admettre une distinction qui n'est pas dans la loi ? Les uns et les autres doivent donc être admis à proposer cette nullité, et à se faire payer de leur dû,

[ARTICLE 1040.]

sur la chose cédée, après que sur leur réclamation elle est rentrée dans les biens du débiteur commun.

* C. L. 1988. } Aucun créancier ne peut intenter l'action
révocatoire, qui est accordée par cette section,
pour faire annuler un contrat fait avant que sa créance ait pris naissance.

<p>1040. [Aucun contrat ou paiement ne peut être déclaré nul, en vertu de quelque une des dispositions contenues en cette section, à la poursuite d'un créancier individuellement, à moins que telle poursuite ne soit commencée avant l'expiration d'un an à compter du jour qu'il en a eu connaissance.</p>	<p>1040. [No contract or payment can be avoided by reason of any thing contained in this section, at the suit of any individual creditor, unless such suit is brought within one year from the time of his obtaining a knowledge thereof.</p>
---	---

<p>Si la poursuite est faite par des syndics ou autres représentants des créanciers collectivement, elle devra être commencée dans l'année à compter du jour de leur nomination.]</p>	<p>If the suit be by assignees or other representatives of the creditors collectively, it must be brought within a year from the time of their appointment.]</p>
---	--

Voy. *Toullier*, cité sur art. 1032.

St. de Québec, 37 *Vict.*, } La période de temps comprise
ch. 15. s. 19. } entre le premier jour de février de
l'année mil huit cent soixante et treize et le premier jour

[ARTICLE 1041.]

de septembre mil huit cent soixante et quatorze, en autant qu'il s'agit de procédure et d'affaires devant la Cour du Banc de la Reine, la Cour Supérieure et la Cour de Circuit dans le district de Québec, qui se rapportent aux dossiers partiellement ou totalement détruits par le dit incendie, est exclue de l'opération des articles 1040, 1550, 1998, 1999, 2242, 2243, 2250, 2251, 2252, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2267, et 2268 du Code civil du Bas-Canada et des articles 454, 483, 506, 947, 1118 et 1119 du Code de procédure civile; et relativement aux dits articles du Code civil et du Code de procédure civile, le premier jour de Septembre prochain sera considéré comme le jour prenant immédiatement après le premier jour de février de l'année mil huit cent soixante et treize.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DES QUASI-CONTRATS

1041. Une personne capable de contracter peut, par son acte volontaire et licite s'obliger envers une autre, et quelquefois obliger une autre envers elle, sans qu'il intervienne entre elles aucun contrat.

CHAPTER SECOND.

OF QUASI-CONTRACTS.

1041. A person capable of contracting may, by his lawful and voluntary act, oblige himself toward another, and some-times oblige another toward him without the intervention of any contract between them.

* *Inst., Lib. 3, Tit. 28.* } Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus quæ quidem non propriè nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur. (*vid. CAIUM; L. 5, § 1, ff. de oblig. et act.*)

1. Igitur, cum quis negotia absentis gesserit, ultrò citròque

[ARTICLE 1041.]

inter eos nascuntur actiones quæ appellantur negotiorum gestorum ; sed domino quidem rei gestæ, adversus eum qui gessit, directa competit actio ; negotiorum autem gestori, contraria : quas ex nullo contractu propriè nasci manifestum est ; quippe ità nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit : ex quâ causâ, ii quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obliguntur. Idque utilitatis causâ receptum est, ne absentium qui, subitâ festinatione coacti, nulli demandatâ negotiorum suorum administratione, peregrè profecti éssent, desererentur negotia : quæ sanè nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem (*ex CAIO ; L. 5, pr. ff. de oblig. et act.*). Sicut autem is qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita et contrà iste quoque tenetur ut administrationis reddat rationem (*vid. CAIUM ; L. 2, ff. de negot. gest.*) : quo casu, ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem : nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodiùs administraturus esset negotia. (*vid. PAUL. L. 25, § 16, ff. famil. ercisc.*)

2. (Tutores) quoque qui tutelæ iudicio tenentur, non propriè ex contractu obligati esse intelliguntur ; nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur : sed quia sanè non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutua sunt actiones. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem ; sed et contrà tutor cum pupillo habet (contrariam tutelæ), si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit. (*CAIUS ; L. 5, § 1, ff. de oblig. et act.*)

3. Item, si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo iudicio, quod solus fructus ex eâ re percepèrit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit : non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxe-

[ARTICLE 1041.]

runt; sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur. (*vid. PAUL. L. 25, § 16 in fin. ff. famil. ercisc.*)

4. Idem juris est de eo qui coheredi familiæ erciscundæ iudicio ex his causis obligatus est. (*vid. PAUL. L. 25, § 16, ff. famil. ercisc.*)

5. Heres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur. Neque enim cum herede, neque cum defuncto, ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest: et tamen, quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur. (*ex CAIO; L. 5, § 2, ff. de oblig. et act.*)

6. Item, is cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut si certiore rationem sequamur, magis (ut suprà diximus) ex distractu, quàm ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur ut distrahat potiùs negotium, quàm contrahat. Sed tamen perindè is, qui accipit, obligatur ac si mutuum ei daretur, et ideo conditione tenetur. (*vid. CAIUM; 3, inst. 91; L. 5, § 3, ff. de oblig. et act.*)

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse (*vid. DIOCLET. et MAXIM. L. 4, cod. de condict. indeb.*), veluti ex lege Aquiliã, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta per damnationem cuique legata fuerant. (*vid. CAIUM; 4, inst. 9, PAUL. sent. 1—19*)

Nostra autem constitutio, cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulset (*vid. L. 2, cod. commun. de legat.*), hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit. Sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis quæ sacro-sanctis ecclesiis et cæteris venerabilibus locis, quæ religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

[ARTICLE 1041.]

Ibidem. } Après avoir énuméré les diverses
Trad. de M. du Caurroy. } espèces de contrats, examinons aussi
 les obligations qui ne naissent pas précisément d'un contrat ;
 mais qui cependant, ne tirant pas leur existence d'un délit,
 sont réputées naître d'un QUASI-CONTRAT.

1. Ainsi, lorsqu'une personne a géré les affaires d'un absent, il en résulte entre eux des actions respectives que l'on appelle *negotiorum gestorum*. Celui dont on a géré l'affaire, aura contre le gérant l'action directe ; et le gérant, l'action contraire. Il est manifeste que ces actions ne naissent précisément d'aucun contrat ; car elles ont lieu dans le cas où l'on s'est porté, sans mandat, à gérer les affaires d'autrui : et dans ce cas, ceux dont on a géré les affaires se trouvent obligés, même à leur insu. C'est un motif d'utilité qui l'a fait ainsi admettre, afin qu'en l'absence de ceux qui, pressés par une circonstance imprévue, sont partis sans confier à personne l'administration de leurs affaires, celles-ci ne restent point à l'abandon : et certainement nul ne s'en occuperait, si l'on ne pouvait avoir aucune action pour ses avances. Mais si après avoir utilement géré les affaires, on a contre le propriétaire l'action *negotiorum gestorum* ; réciproquement aussi, l'on est tenu à rendre compte de son administration. Dans ce cas, chacun doit compte des moindres soins, et il ne suffit pas du soin que l'on met ordinairement à ses propres affaires, dans le cas où quelqu'autre plus soigneux aurait mieux administré les affaires.

2. Pareillement, les tuteurs, tenus de l'action de tutèle, ne sont pas précisément obligés par un contrat, car le tuteur et le pupille ne contractent entre eux aucun engagement ; mais comme ce n'est certainement pas en vertu d'un délit qu'ils sont tenus, on les considère comme tenus par un quasi-contrat. Les actions, dans ce cas, sont mutuelles : car non seulement le pupille a contre le tuteur l'action de tutèle ; mais, réciproquement aussi, le tuteur a contre le pupille l'action contraire de tutèle, lorsqu'il a dépensé quelque chose

[ARTICLE 1041.]

pour le pupille, lorsqu'il s'est obligé pour lui, ou lorsqu'il a engagé son propre bien aux créanciers de celui-ci.

3 Pareillement, lorsqu'un objet appartient en commun à plusieurs personnes, sans société ; par exemple, lorsqu'on le leur a également légué ou donné : si l'une se trouve tenue envers l'autre par l'action *communi dividundo* pour les fruits de la chose qu'elle aurait seule perçus, ou pour les dépenses nécessaires que l'autre aurait fait à lui seul sur la chose, ce n'est pas précisément en vertu d'un contrat qu'elle est obligée ; car ces personnes n'ont fait entre elles aucun contrat. Cependant, comme ce n'est point un délit qui l'oblige, on la considère comme tenue par quasi-contrat.

4. Il en est de même à l'égard de celui qui, dans les mêmes cas, serait obligé envers son cohéritier par l'action *familix erciscundæ*.

5. Pareillement, à l'égard des legs, l'héritier n'est pas précisément obligé par contrat ; car on ne peut pas dire à proprement parler, que l'héritier ou le défunt ait pris aucun engagement envers le légataire. Cependant comme ce n'est point un délit qui oblige l'héritier, c'est par quasi-contrat qu'il est réputé débiteur.

6. Pareillement celui à qui, par erreur, on a payé ce qu'on ne devait pas, est réputé devoir par quasi-contrat. Il serait si peu exact de le considérer comme obligé par contrat, qu'en s'attachant à une observation certaine, on pourrait dire, comme nous l'avons dit précédemment, que c'est la dissolution, plutôt que la formation d'un contrat, qui l'a obligé. Effectivement, celui qui, en donnant une somme d'argent voulait faire un paiement, l'a donnée pour dissoudre plutôt que pour former un contrat. Cependant celui à qui l'on paie, est obligé comme celui à qui l'on prête, et par conséquent tenu de la condition.

7. Il y a cependant plusieurs cas, où l'on ne peut répéter ce qu'on aurait induement payé par erreur. En effet, les anciens ont décidé, que dans les cas où la dénégation augmente la condamnation, dans ces mêmes cas on ne pourrait répéter

[ARTICLE 1041.]

la chose induement payée, c'est-à-dire, dans le cas de la loi Aquilia ou d'un legs. Cette décision s'appliquait, suivant les anciens, aux legs d'une valeur déterminée laissés à quelqu'un par condamnation. Mais notre constitution ayant attribué à tous les legs et fidéicommiss le même caractère, a voulu étendre cette augmentation à toute espèce de legs et de fidéicommiss. Cependant elle ne s'accorde point à tout légataire, elle embrasse uniquement les legs et fidéicommiss laissés aux saintes églises et autres lieux vénérables, que l'on gratifie par dévotion ou par charité. Ces legs, payés sans être dus, ne se répètent point.

* 2 *Pothier (Bugnet), Oblig.,* } 113. On appelle quasi-contrat,
n° 113 et s. } 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.

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.

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.

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.

Il y a quantité d'autres exemples de quasi-contrats, que nous passons sous silence.

[ARTICLE 1041.]

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, il 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 ; 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'annule pas ce qu'elles feraient sans son autorité, et non pas les obligations qui sont formées sans aucun fait de leur part.

* 5 *Marcadé, sur art. 1370* } II. — La distinction du Code,
 n° 249. } distinction reproduite de Pothier,
 est donc celle-ci : ou il existe quelque fait de l'homme d'où

[ARTICLE 1041.]

provient l'obligation (et ce fait est un quasi-contrat, ou un délit, ou un quasi-délit, selon les cas) ; ou cette obligation se forme sans aucun fait de l'homme, et alors, de quelque manière et par quelque circonstance que l'engagement soit né, on dit qu'il vient de la loi.

Quoique l'on fasse ainsi une classe à part des obligations venant *de la loi*, il est bien clair que, en définitive, toutes les autres obligations, sans distinction, viennent également de la loi : toute obligation civile, quelle qu'elle soit, vient d'un principe de l'équité naturelle, sanctionné par la loi positive.—Ainsi l'obligation que l'on dit venir du quasi-contrat de réception de l'indu provient de ce principe d'équité, consacré par la loi, que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. “ Dans les quasi-contrats, dit Pothier lui-même, à qui est due la classification du Code, *c'est la loi seule, ou l'équité naturelle* (il fallait dire, *après l'équité comme sanction de l'équité*), qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte (n° 114). ”—Dans le délit ou le quasi-délit, l'obligation vient de la consécration, par la loi, de ce principe d'équité, que tout dommage causé (avec ou sans dessein de nuire, peu importe) par un fait condamnable doit être réparé par l'auteur de ce fait.—Enfin, dans les contrats eux-mêmes, que Pothier, dans ce n° 114, paraît mettre en opposition sous ce point de vue avec les quasi-contrats, l'obligation vient également de la loi, qui sanctionne et fait respecter ce principe d'équité que tout homme doit tenir sa parole et remplir ses promesses. C'est ce que Pothier reconnaît lui-même un peu plus loin (n° 123.)

L'obligation vient donc de la loi dans tous les cas possibles, et aussi bien dans les quatre premières classes indiquées par le Code que dans la cinquième ; mais dans ces quatre premières, il existe, à côté de la loi et avant son intervention, *un fait de l'homme* qui n'existe plus dans la cinquième, et le Code se sert du nom générique de ce fait pour distinguer les différentes catégories. Sans doute, dans le cinquième cas encore, il existe quelque circonstance qui détermine l'inter-

[ARTICLE 1042.]

vention de la loi, et ici comme dans les quatre autres cas, le législateur ne fait que sanctionner une obligation de conscience, de justice naturelle, qu'il voit préexister : si la loi civile me déclare tenu de me soumettre à la mission du tuteur qui m'est déférée, c'est parce que la loi naturelle ne permet pas de laisser sans protection l'enfant dont on me confie les intérêts ; quand la loi me commande de fournir aux besoins de mon père indigent, elle ne fait que consacrer une obligation écrite dans ma conscience. Mais comme les circonstances variées qui peuvent se rencontrer ici ne sauraient être rangées sous une expression générique et les embrassant toutes, le Code, toujours d'après Pothier, désigne ici la source de l'obligation par la loi même, ce qui suffit pour distinguer la cinquième classe, puisque chacune des quatre autres porte une désignation différente.

Ainsi l'obligation vient : 1° *du contrat* et de la loi ; 2° *du quasi-contrat* et de la loi ; 3° *du délit* et de la loi ; 4° *du quasi-délit* et de la loi ; 5° enfin, de quelque circonstance autre que les quatre ci-dessus et *de la loi*, de la loi qui, bien que principe commun aux cinq classes d'obligations, présente ainsi une appellation spéciale à la dernière.

* *C. N.* 1371. } Les quasi-contrats sont les faits purement
 } volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.

1042. Une personne incapable de contracter peut, par le quasi-contrat résultant de l'acte d'une autre, être obligée envers cette dernière.	1042. A person incapable of contracting may, by the quasi-contract which results from the act of another, be obliged toward him.
--	--

Voy. autorités sur art. 1041.

[ARTICLE 1043.]

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 128. Il est clair que les fous, les in-
Oblig., n° 128. } sensés, 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 nais-
 sent des contrats, puisqu'ils ne sont pas capables de consen-
 tement, sans lequel il ne peut y'avoir ni conventions, 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 cet
 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 obli-
 gations que leurs tuteurs et curateurs contractent pour eux
 et en leur nom ; n° 74.

Par le Droit Romain, il ne se pouvait contracter d'obliga-
 tion entre le père et l'enfant qui était sous sa puissance, si ce
 n'était *ex certis causis* ; *putá, ex causá castrensís peculii*. La
 raison est que l'enfant qui était sous cette puissance, ne pou-
 vait, *extrá 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.

SECTION I.

DU QUASI-CONTRAT *Negotiorum*
gestio.

1043. Celui qui volon-
 tairement assume la ges-
 tion de l'affaire d'un autre,
 sans la connaissance de ce
 dernier, est tenu de conti-
 nuer la gestion qu'il a

SECTION I.

OF THE QUASI-CONTRACT *Nego-*
tiorum gestio.

1043. He who of his
 own accord assumes the
 management of any busi-
 ness of another, without
 the knowledge of the latter
 is obliged to continue the

[ARTICLE 1043.]

commencée, jusqu'à ce que l'affaire soit terminée, ou que la personne pour laquelle il agit soit en état d'y pourvoir elle-même ; il doit également se charger des accessoires de cette même affaire.

Il se soumet à toutes les obligations qui résultent d'un mandat exprès.

management which he has begun, until the business is completed or the person for whom he acts is in a condition to provide for it himself ; he must also take charge of the accessories of such business.

He subjects himself to all the obligations which result from an express mandate.

* *Inst.*, *Lib.* 3, } 11. Mandatum non suscipere cuilibet libe-
Tit. 27, § 11. } rum est, susceptum autem consummandum
 est, aut quam primùm renuntiandum, ut per semetipsum,
 aut per alium, eandem rem mandator exequatur. Nam, nisi
 ita renuntietur ut integra causa mandatori reservetur eam-
 dem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet,
 nisi justa causa intercesserit aut non renuntiandi, aut intem-
 pestive renuntiandi. (*ex ULP. L.* 22, § *ult.* — *vid. GAIUM. L.* 27,
 § 2, ff. *mandat.*)

Ibidem. } 11. Chacun est libre de ne pas ac-
Trad. de M. du Caurroy. } cepter un mandat, mais après l'avoir
 accepté, il faut l'accomplir, ou déclarer le plus promptement
 possible au mandant qu'il doit remplir la commission par
 soi-même, ou par un autre. Car si l'avertissement qu'on lui
 donne ne lui laisse pas toute la latitude nécessaire pour ac-
 complir la même opération l'action de mandat n'en aura pas
 moins lieu, excepté lorsqu'il y aura eu de justes motifs pour
 ne point avertir ou pour avertir tardivement.

[ARTICLE 1043.]

* ff. *De negot. gestis. Lib. 3, Tit. 5,* } L. 1. Hoc edictum neces-
LL. 1, 2, 3, 4 et L. 32. } sarium est : quoniam ma-
 gna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiantur, vel pignoris distractionem, vel pœnæ committendæ actionem, vel injuria rem suam amittant. (ULPIANUS).

L. 2. Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis ; tamen quidquid utiliter in rem ejus impenderit, vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habeat eo nomine actionem. Itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quæ appellatur *negotiorum gestorum*. Et sanè, sicut æquum est, ipsum actus sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ex his negotiis retinet ; ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei, quidquid eo nomine vel abest ei, vel absuturum est. (GAJUS).

L. 3. Ait prætor : *Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit ; judicium eo nomine dabo.*

§ 1. Hæc verba, *si quis*, sic sunt accipienda, *sive quæ* : nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse, et conveniri non dubitatur.

§ 2. *Negotia*, sic accipe ; sive unum, sive plura.

§ 3. *Alterius*, inquit : et hoc ad utrumque sexum refertur.

§ 4. Pupillus sanè, si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior : agendo autem, compensationem ejus, quod gessit, patitur.

§ 5. Et si furiosi negotia gesserim ; competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio. Curatori autem furiosi, vel furiosæ adversus eum, eamve dandam adtionem Labeo ait.

§ 6. Hæc verba, *sive quis negotia, quæ cujusque, cum is moritur, fuerint, gesserit* ; significant illud tempus, quo quis post mortem alicujus negotia gessit : de quo fuit necessarium edicere : quoniam neque testatoris jam defuncti, neque heredis qui nondum adiit, negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, utputa partus, et fœtus, et fructus ; vel si

[ARTICLE 1043.]

quid servi adquisierint : etsi ex his verbis non continentur, pro adjecto tamen debent accipi.

§ 7. Hæc autem actio, cùm ex negotio gesto oriatur, et heredi et in heredem competit.

§ 8. Si executor à prætore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio.

§ 9. Interdùm in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodò versari : nam si affectione coactus ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris : æquissimum esse, dolum duntaxat te præstare. Quæ sententia habet æquitatem.

§ 10. Hac actione tenetur non solùm is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis, et ea gessit ; verùm et is, qui aliqua necessitate urgente, vel necessitatis suspicione gessit.

§ 11. Apud Marcellum libro secundo digestorum quæritur, si cùm proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram : an utraque actione uti possim ? Et ego puto, utramque locum habere : quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fidejussorem accepero negotia gesturus : nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem. (ULPIANUS).

L. 4. Sed videamus, an fidejussor hic habere aliquam actionem possit ? Et verum est, negotiorum gestorum eum agere posse : nisi donandi animo fidejussit. (ULPIANUS).

L. 32. Fidejussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam ejus non contingebat, pignora, vel hypothecas suscepit ; et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse. Ob eas res judicio mandati frustrà convenietur, et ipse debitorem frustrà conveniet : negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit. In qua lite culpam æstimari satis est, non etiam casum : *quia prædo fidejussor non videtur*. Creditor ob id factum ad restituendum, judicio quod de pignore dato redditur, cùm videatur jus suum vendidisse, non tenebitur.

§ 1. Ignorante virgine mater à sponso filiæ res donatas sus

[ARTICLE 1043.]

cepit : quia mandati, vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agitur. (PAPINIUS).

Ibidem. } *L. 1.* L'édit dont il s'agit ici est nécessaire, à cause du grand avantage qu'en retirent les absents ; car par là ils ne sont point exposés à perdre, faute d'être défendus, la possession de leurs biens, à en souffrir la vente, à voir aliéner le gage qu'ils ont donné, ou à être condamnés à payer une peine qu'ils ont promise en contractant sous une condition à laquelle leur absence donne lieu, enfin à perdre leurs biens injustement. (ULPIEN).

L. 2. Lorsqu'on a fait les affaires d'un absent, même à son insu, on a contre lui une action pour se faire rembourser les dépenses utiles qu'on a faites, ou se garantir des obligations qu'on a contractées en gérant ses affaires. Dans ce cas il naît de part et d'autre une action qu'on appelle action en conséquence de la gestion des affaires. Et en effet, comme il est juste que l'un rende compte de ce qu'il a fait, et qu'il doit subir condamnation relativement aux affaires qu'il a mal faites, ou pour le paiement des sommes qui lui restent entre les mains, aussi est-il juste que s'il a bien géré les affaires, on lui rende tout ce qui lui manque ou doit lui manquer pour s'en être mêlé. (GAIUS).

L. 3. L'édit du prêteur est conçu en ces termes :

“ Lorsqu'on aura géré les affaires d'autrui, ou les affaires qu'avait un défunt au temps de sa mort, je donnerai action.”

1. Ce mot, on aura, s'entend aussi des femmes, car il n'est pas douteux qu'il n'y ait une action pour ou contre les femmes en conséquence de la gestion des affaires.

2. Les affaires, soit qu'il n'y en ait qu'une, soit qu'il y en ait plusieurs.

3. D'autrui, ce terme se rapporte également aux deux sexes.

4. Si un pupille a géré les affaires d'autrui, depuis le rescrit de l'empereur Antonin, il peut être actionné jusqu'à la concurrence du bénéfice qu'il a fait. S'il actionne lui-même, il est obligé de souffrir la compensation qu'on lui oppose en conséquence de ce qu'il a géré.

[ARTICLE 1043.]

5. Si j'ai géré les affaires d'un fou, j'ai l'action de la gestion des affaires contre lui. Suivant Labéon, le curateur d'un fou ou d'une folle a action contre celui ou celle dont il est curateur.

6. Ces paroles, ou les affaires qu'avait un défunt au temps de sa mort, regardent celui qui a géré les affaires de quelqu'un après sa mort. Il était nécessaire que l'édit en parlât expressément : car, dans ce cas, il est vrai de dire qu'on n'a fait les affaires ni du testateur qui était déjà mort, ni de l'héritier qui n'a point encore accepté la succession. Si les affaires dont on s'est mêlé reçoivent après la mort de celui qui en est le maître quelque accroissement, par l'accouchement d'une esclave, la portée des animaux, les fruits qui sont provenus, les acquisitions faites par les esclaves, quoique cet accroissement ne soit pas contenu dans les termes de l'édit, ils doivent cependant être regardés comme y étant compris.

7. Comme cette action provient de la gestion des affaires, elle a lieu pour et contre l'héritier.

8. Si dans une affaire qui me concerne, le prêteur m'a donné quelqu'un pour mettre la sentence à exécution, j'aurai action contre lui s'il s'est comporté de mauvaise foi.

9. Dans l'action à laquelle donne lieu la gestion des affaires, Labéon pense que quelquefois celui qui a géré n'est tenu qu'à raison de sa mauvaise foi ; car si, par amitié pour moi, vous vous êtes mêlé de mes affaires pour vous opposer à la vente qu'on devait faire de mes biens, il est très juste que vous ne soyez tenu qu'à raison de votre mauvaise foi. Ce sentiment est fondé sur l'équité.

10. Cette action a lieu non seulement contre celui qui s'est ingéré de lui-même, et sans nécessité, dans les affaires d'autrui, mais encore contre celui qui s'en est mêlé par une nécessité réelle ou d'opinion.

11. Marcellus, au livre second du digeste, propose cette question : J'avais dessein de me mêler des affaires de Titius ; quelqu'un m'a mandé de le faire. Ai-je les deux actions ? Je pense que oui, comme le même Marcellus l'écrit, dans le cas

[ARTICLE 1043.]

où, prêt à gérer les affaires d'un autre, j'ai reçu un répondant ; car il pense que j'ai action contre tous les deux. (ULP.).

L. 4. Mais voyons si le répondant lui-même peut avoir quelque action dans le cas dont il s'agit. Il est certain qu'il a l'action qui provient de la gestion des affaires, à moins qu'il n'ait répondu dans un esprit de pure libéralité. (ULPIEN).

L. 32. Un homme qui avait répondu pour un autre dans une obligation qu'il avait contractée, a pris les gages et les hypothèques que celui pour qui il avait répondu avait donnés au créancier relativement à un autre contrat qui ne concernait point la personne du répondant ; ce répondant, dis-je, par ignorance a payé au créancier de celui pour qui il avait répondu les sommes contenues dans les deux contrats, s'imaginant qu'il parviendrait plus aisément à se faire indemniser en se faisant passer les gages et hypothèques des deux contrats. A l'égard des choses données en gage ou hypothéquées pour la sûreté du second contrat, il n'y a point d'action de mandat entre le principal obligé et le répondant, mais tous deux ont besoin de l'action de la gestion des affaires. En ce cas il suffira d'apprécier la faute du répondant, si les gages ont péri entre ses mains : on ne fera point attention à la perte qui aurait pu survenir par un accident imprévu ; parce qu'enfin le répondant ne peut pas être regardé comme un homme de mauvaise foi. Quant au créancier, qui en recevant l'argent du répondant lui a transmis les gages du second contrat, il ne peut point être obligé par l'action pignératrice à rendre le gage qu'il a aliéné, parce qu'il est censé avoir vendu son droit

1. Si une mère a reçu de son gendre futur des présents pour sa fille à son insu, il n'y a pas lieu à l'action de mandat ou de dépôt ; c'est le cas de l'action de la gestion des affaires. (PAPINIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1041.

[ARTICLE 1043.]

* *Troplong, Mandat,* } 70. Du reste, on ne confondra pas le
 n° 70 et s. } contrat de mandat avec la gestion d'affaires, *negotiorum gestio*, qui n'est qu'un quasi-contrat. Le mandat suppose un consentement, exprès ou tacite, donné réciproquement, et duquel découle un contrat synallagmatique. Dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, le consentement réciproque n'existe pas. Ce genre d'agissement n'a lieu que lorsqu'une personne obligeante et de bon cœur, voyant qu'un tiers a intérêt à tel acte qui pourrait lui éviter du mal ou lui faire du bien, se décide à faire cet acte à l'insu de ce tiers et sur l'assurance que la loi, la loi elle-même, organe et sanction de l'équité, approuvera le fait d'intervention, et y verra, d'après la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, la source d'une obligation aussi étroite que si la personne dont l'affaire a été gérée avait donné son consentement.

71. Ainsi, point de quasi-contrat *negotiorum gestorum* s'il y a consentement exprès ou tacite sur l'affaire faite ; c'est alors un mandat.

Nous savons cependant que la plupart des auteurs, éblouis par quelques expressions des articles 1372 et 1985 combinés, ont prétendu que le droit moderne, différent en cela du droit romain, considère le consentement tacite comme incapable de former un vrai mandat, et laisse à l'agissement le caractère du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Je déclare, pour mon compte, repousser cette opinion de toutes mes forces ; elle est fautive ; elle est démentie par les textes les plus formels, et particulièrement par les articles 1922 et 1578 du code civil ; elle bouleverse toutes les idées reçues, et porte le désordre dans les notions qu'on doit se faire des quasi-contrats, genre d'agissement où la réciprocité de consentement ne saurait intervenir sans en faire sur-le-champ un contrat. Elle prête au code civil un système formaliste, dont le résultat serait de n'admettre que le consentement expressément manifesté ; système contraire à l'esprit des lois modernes, à l'ensemble de leurs dispositions, à leurs tendances vers le droit naturel, à leurs prédilections pour ce qui est vrai au fond,

[ARTICLE 1043.]

plutôt que pour ce qui est solennel en la forme. Enfin, elle fait rétrograder le code civil par rapport au droit romain, qui avait parfaitement aperçu, malgré son formalisme habituel, qu'un consentement, bien que tacite, n'en est pas moins un consentement sérieux, qu'il faut en tenir compte, et qu'il y a contradiction dans les termes, disons plus, qu'il y a absurdité, à vouloir qu'un consentement certain n'engendre qu'un quasi-contrat. Mais, comme nous devons revenir sur ce point, dans notre commentaire de l'article 1985, nous nous bornons ici à faire nos protestations.

* 11 *Toullier*, } 25. Après avoir établi la nature des actions
 n° 25 *et s.* } que fait naître la gestion des affaires d'autrui,
 et montré la véritable source de ces actions, examinons les
 dispositions du Code sur leur développement ; mais remar-
 quons auparavant que dans les principes du droit romain, si
 je n'avais pas ignoré qu'un tiers gérait mes affaires, cette con-
 naissance d'un fait que je souffrais, au lieu de m'y opposer,
 formait entre nous un véritable mandat, par le consentement
 tacite des deux parties : *Semper qui non prohibet pro se inter-*
venire mandare creditur. *Loi 60, ff. de R. J. Junge leg. 6, § 2, et*
leg. 53, ff. mandati 17, 1.

Pothier, n° 180, pose donc comme un principe fondamental en cette matière, " qu'il faut, pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait " fait à son insu."

Les rédacteurs du Code civil, qui s'écartent si rarement de l'opinion de Pothier, ont ici abandonné ses principes et ceux du droit romain. Notre Code ne reconnaît pas de mandat tacite, comme le faisait cette législation. L'art. 1985 porte que le mandat peut être donné par acte public ou sous seing privé, même par lettre. Il ajoute qu'il peut être aussi donné verbalement ; mais il ne dit point qu'il peut être formé tacitement. La disposition finale de cet article dit seulement que " l'acceptation du mandat peut n'être que tacite." Et cette disposi-

[ARTICLE 1043.]

tion ainsi mise en opposition avec l'acte du mandat ou la procuration, fait assez voir qu'elle est limitative ; et que le Code n'admet point de mandat tacite. L'art. 1372 ne laisse aucun doute sur ce point, puisqu'il met les engagements qui résultent de la gestion des affaires d'autrui, au rang de ceux qui se forment sans convention, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore.

26. C'est un changement à l'ancien droit ; mais ce changement est de peu d'importance dans notre droit français, où toutes les actions sont de bonne foi, et n'ont plus ces dénominations spéciales, d'où naissaient, dans le droit romain, tant de subtilités si déraisonnables en apparence, mais originellement inventées par la politique des patriciens, comme un moyen de plus pour tenir les plébéiens dans la dépendance de l'assujettissement.

Cependant, ce retranchement du mandat tacite forme une disparate avec les autres contrats, tels que le louage, qui peuvent se former par le consentement tacite des deux parties ; et la suppression inutile du mandat tacite, lequel est tout aussi conforme à la raison que la tacite réconduction, ne nous paraît fondée sur aucun motif. Mais il est très indifférent, au reste, que l'exécution des engagements qui résultent de la gestion des affaires d'autrui, soit poursuivie par l'action dite *negotiorum gestorum*, ou par l'action de mandat.

27. Voyons donc quels sont ces engagements et quelle est leur étendue : ils sont du nombre de ceux qui, comme dit l'art. 1371, peuvent quelquefois être réciproques pour les deux parties, c'est-à-dire qu'il peut naître des obligations et par conséquent une action, non-seulement contre celui qui a géré l'affaire d'autrui, en faveur du propriétaire de l'affaire, mais encore contre ce dernier, en faveur du gérant.

La première de ces actions était appelée, en droit romain, action directe, parce qu'elle avait pour objet direct de demander le compte dû par le gérant.

La seconde action était appelée action contraire, *actio contraria*, parce qu'elle était formée contre l'action directe, en

[ARTICLE 1043.]

réponse au compte demandé. C'est, en quelque sorte, le chapitre de la décharge du compte. C'est ainsi que les Romains appelaient action directe de tutelle, celle par laquelle le pupille demandait un compte à son tuteur ; action directe de mandat, celle par laquelle le mandant demandait compte à son mandataire, et actions contraires de tutelle ou de mandat, celles par lesquelles le tuteur ou le mandataire opposaient à l'action de compte ce qu'ils avaient à réclamer contre le pupille ou le mandant. Examinons d'abord les actions directes qui naissent de la gestion des affaires d'autrui.

Ces actions ont une grande analogie avec les actions de mandat. L'art. 1372, où se trouve le germe de toutes les obligations du gérant, dit même que “ celui qui gère *volontairement* l'affaire d'autrui, se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès, que lui aurait donné le propriétaire.”

28. On peut demander d'abord ce que signifie ici cet adjectif *volontairement* ; car celui qui gère l'affaire d'autrui en vertu d'un mandat, la gère aussi volontairement. Il n'était pas obligé d'accepter le mandat. S'il y a consenti, c'est un acte de sa volonté seule : on ne peut donc se dissimuler que ce mot *volontairement* semble inutile, et présente quelque chose de louche ; mais ce louche disparaît, si l'on fait attention que le mot *volontairement* n'a été inséré dans cet article, que pour marquer la différence qui existe entre les obligations résultant de l'autorité *seule* de la loi, et celles que la loi fait naître à l'occasion d'un fait volontaire de l'homme, auxquelles on a donné le nom impropre de *quasi-contrats*. On n'en peut douter, quand on compare les différentes rédactions de l'article qui se sont succédé. Le projet de Code, rédigé par la Commission, portait, article 3 du titre *des engagements qui se forment sans convention* : “ On ne doit point mettre au nombre des *quasi-contrats* les engagements qui se forment *involontairement*, tels que ceux des tuteurs ou des autres administrateurs, qui ne peuvent refuser la fonction qui leur

[ARTICLE 1043.]

“ est confiée..... Dans tous les cas l'obligation ne résulte que de l'autorité de la loi.”

L'art. 5 du même projet portait : “ Celui qui se charge *volontairement* de gérer l'affaire d'un autre, soit qu'il l'ait faite au su ou à l'insu du propriétaire, contracte l'engagement, etc.....”

Il est évident que cette rédaction, mise en opposition avec l'art. 3, n'avait d'autre objet que de marquer la différence très réelle établie entre les obligations résultant de l'autorité seule de la loi, et celles que la loi fait naître à l'occasion d'un fait volontaire de l'homme.

Ceci devient encore plus sensible, en consultant la rédaction présentée au conseil d'Etat par notre illustre compatriote, M. Bigot de Préameneu, et adoptée dans la séance du 16 frimaire an xii. L'article 3 portait : “ Ne sont point au nombre des *quasi-contrats* les engagements formés *involontairement*, tels que ceux entre propriétaires voisins ou ceux des tuteurs..... Dans tous les cas, l'obligation ne résulte que de l'autorité de la loi.”

L'art. 4 ajoutait, par opposition : “ Lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'autrui, etc.”

Il est clair que ce mot volontairement n'a d'autre objet que d'indiquer la différence des engagements involontaires des tuteurs, etc., et des engagements de ceux qui prennent volontairement la gestion des affaires d'autrui, sans pouvoir y être contraints comme les tuteurs, etc.

Mais cette rédaction très claire, communiquée à la section de législation du Tribunal, fut changée ainsi que l'ordre des articles, définitivement décrétés tels qu'on les trouve dans le Code. Les dispositions préliminaires et générales du titre 4 établissent, dans l'art. 1370, la différence des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, et de ceux qui en résultent à l'occasion d'un fait personnel de l'homme. Cet article ajoute que les premiers sont formés involontairement, tels que ceux des tuteurs, etc.

Puis, dans le titre des *quasi-contrats*, l'art. 1371 dit que “ les

[ARTICLE 1043.]

“quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, etc.”

Et l'art. 1372 en donne un exemple dans la gestion des affaires d'autrui, en ajoutant : “Lorsque *volontairement* on gère l'affaire d'autrui, etc.”

Ce mot *volontairement* n'est donc encore mis ici que pour indiquer la différence entre les engagements des tuteurs, qui sont involontaires, parce qu'ils résultent de la loi seule, et les engagements du *negotiorum gestor*, qui sont volontaires, en ce sens qu'il ne pouvait être contraint de gérer l'affaire.

Cette remarque n'est pas sans importance ; car, en isolant la disposition de l'art. 1372, on pourrait en conclure qu'elle n'est pas applicable à celui qui a géré l'affaire d'autrui par erreur et croyant gérer la sienne ; car, très certainement, il n'a point géré l'affaire d'autrui volontairement : la rédaction de l'article serait donc plus nette si l'on disait celui qui a géré sans mandat l'affaire d'autrui, etc. C'est, en effet, cette circonstance d'une gestion sans mandat, qui caractérise ce qu'on appelle, en droit romain, le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Au reste, nous l'avons déjà dit, soit que le gérant ait géré par pur esprit de bienveillance, avec l'intention de gérer l'affaire de celui qu'elle concernait et de répéter les frais de sa gestion, soit qu'il l'ait géré par erreur, croyant gérer l'affaire de Titius, quoique ce fût celle de Caius, ou même croyant gérer la sienne propre, soit enfin qu'il l'ait gérée de mauvaise foi, *deprædandi animo*, dans le dessein de s'en approprier les profits, il n'en est pas moins soumis, dans tous les cas, à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire. L'art. 1372 ne distingue point.

* 5 *Marcadé*, sur } I.—Celui qui, sans mandat, entreprend la
 art. 1372 *C. N.* } gestion d'une affaire d'autrui, se soumet
 (c'est improprement que la loi dit *contracte*) aux obligations
 qui résulteraient d'un mandat formellement accepté pour

[ARTICLE 1043.]

cette affaire. Ainsi, il doit continuer sa gestion, jusqu'à ce que le maître, c'est-à-dire celui dont l'affaire est gérée, ou les héritiers du maître, puissent s'en charger eux-mêmes, et la gestion doit embrasser toutes les dépendances de l'affaire. Bien entendu, la plus ou moins grande étendue de cette expression *dépendances* se déterminera d'après les circonstances. En prenant l'affaire, n'a-t-il pas écarté d'autres gérants de certaines parties qui peuvent se rattacher à cette affaire ? Quelles sont les choses dont on a dû croire qu'il se chargeait ? Ce sont là des points abandonnés à l'appréciation du juge. (1)

En chargeant le gérant de continuer sa gestion jusqu'à l'arrivée des héritiers (1373) après la mort du maître, la loi s'est montrée plus sévère envers lui qu'envers le mandataire ; car celui-ci n'y est tenu que lorsqu'il y a péril en la demeure (1991). Le gérant est, en effet, moins favorable que le mandataire, puisqu'il s'est ingéré dans l'affaire sans que personne le lui ait demandé. Du reste, s'il y avait pour lui nécessité de se retirer, soit après la mort, soit du vivant du maître, il pourrait évidemment le faire, en prenant les précautions convenables, en mettant un autre gérant à sa place, en avertissant les parents du maître, etc. ; en un mot, en faisant une retraite qui n'eût rien d'intempestif ni de nuisible.

Il doit rendre compte de sa gestion, et ce compte doit, par la raison déjà indiquée, être plus sévère que celui d'un mandataire. Toutefois, cette sévérité pourra être tempérée suivant l'occurrence des cas. Ainsi, on devra incontestablement se montrer moins sévère à l'encontre d'un homme qui, par pur dévouement pour le maître, s'est chargé d'une affaire en souffrance dont personne ne voulait prendre la direction, qu'envers celui qui a entrepris une affaire que d'autres étaient tout disposés à gérer. On devra tenir compte de ces circons-

(1) Sur le point de savoir si cette obligation de continuer la gestion s'applique seulement en cas de *péril*, voy. Loqué (t. XIII, p. 17 et 20) ; Favard (*Rép.*, v^o Quasi-contr., n^o 4) ; Delvincourt (t. III, p. 467, notes) ; Dalloz (v^o *Oblig.*, 5418) ; Larombière (n^o 30).

[ARTICLE 1043.]

tances et autres semblables pour la fixation des dommages-intérêts, en cas de négligence.

Si le gérant s'est substitué des personnes dans son administration, le maître aura directement action tout à la fois et contre ces personnes et contre le gérant (1994, 2^o et deuxième alinéa.—Pothier, n^o 214).

II.—La loi dit : soit que le propriétaire *connaisse* ou non la gestion. Quand il la connaît, ne peut-on pas dire que c'est un mandat tacite ? Il est vrai que l'art. 1985 ne parle que de mandats donnés *par écrit* ou *verbalement*, et dès lors de mandats exprès. Toutefois, puisque même à Rome le mandat était un contrat purement consensuel, il n'est pas douteux qu'il ne puisse se former tacitement.

L'importance de la question est facile à concevoir. En effet, s'il y a mandat tacite lorsque le propriétaire connaît la gestion, celui qui gère, en vertu de ce mandat tacite, aurait droit d'exiger le remboursement de tout ce qu'il aurait déboursé en exécution du mandat, même de ce qui était *inutile* (article 1999), tandis que, s'il ne doit être considéré que comme gérant, il n'aurait droit qu'aux dépenses utiles (art. 1375). Y a-t-il donc mandat tacite quand le propriétaire connaît la gestion?... Il n'est pas possible de résoudre cette question d'une manière absolue, parce que les éléments essentiels de décision ne peuvent se trouver que dans une multitude de circonstances de fait. Le propriétaire a pu connaître la gestion, en général, sans connaître tel ou tel détail ; il a pu n'avoir de tels ou tels faits particuliers qu'une connaissance trop tardive pour les empêcher. C'est donc une appréciation à faire par les magistrats.

* 5 Pothier (*Bugnet*), } 29. Le contrat de mandat peut même
Mandat, n^o 29. } se faire tacitement, et sans qu'il inter-
 vienne aucune déclaration expresse de la volonté des parties ;
 car, toutes les fois que je fais, au vu et su de quelqu'un, quel-
 qu'une de ses affaires, il est censé par cela seul intervenir

[ARTICLE 1043.]

entre nous un contrat de mandat, par lequel il me charge de cette affaire. Cela est conforme à cette règle de droit ; *semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur* ; L. 60, ff. de Reg. jur. Ajoutez les lois 6, § 2, L. 18, L. 53, ff. Mand.

* 5 Pothier (*Bugnet*), *Du quasi-contrat*, } 167. Lorsque quel-
neg. gest., n^o 167 et s. } qu'un fait l'affaire
d'un autre, sans aucun ordre et à son insu, il n'intervient
entre eux aucun contrat de mandat ; le contrat de mandat, de
même que tous les autres contrats, étant une convention qui
ne peut se former que par le consentement et le concours des
volontés des deux parties.

A défaut de contrat, cette gestion forme un *quasi-contrat* entre les parties, qui produit entre elles des obligations semblables à celles que produit le contrat de mandat.

Celui qui a fait la gestion contracte, de même qu'un mandataire, l'obligation de rendre compte de sa gestion à celui de qui il a fait l'affaire, et de lui rendre ce qui lui est parvenu de cette gestion ; et celui de qui on a fait l'affaire à son insu, contracte l'obligation d'indemniser celui qui l'a faite, de ce qu'il lui en a coûté.

Ce quasi-contrat a pour fondement l'équité naturelle, qui veut que celui qui s'ingère à faire les affaires d'un autre, soit tenu d'en rendre compte ; et qui ne permet pas que celui dont on a fait les affaires, puisse en profiter sans indemniser celui qui les a faites.

Nous verrons sur ce quasi-contrat :

- 1^o Quelles choses sont requises pour le former ;
- 2^o Nous traiterons des obligations qu'il produit.

SECT. I^{re}.—QUELLES CHOSES SONT REQUISES POUR FORMER LE
 QUASI-CONTRAT *negotiorum gestorum*.

Plusieurs choses sont requises pour former ce quasi-contrat :

- 1^o Il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la ma-

[ARTICLE 1043.]

tière de ce quasi-contrat, et qu'il y ait deux personnes dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartient ;

2° Il faut que celui qui l'a gérée, l'ait gérée sans l'ordre et à l'insu de celui à qui l'affaire appartient ;

3° Il faut au moins, selon la subtilité du droit, que celui qui l'a gérée, ait eu intention de faire l'affaire de celui qu'elle concernait ; et il faut surtout qu'il ait eu une intention formelle ou virtuelle de se faire rembourser de ce qu'il lui en coûterait.

ART. 1er.—IL FAUT QU'IL Y AIT UNE AFFAIRE DONT LA GESTION SOIT LA MATIÈRE DU QUASI-CONTRAT *negotiorum gestorum*, ET QU'IL Y AIT DEUX PERSONNES DONT L'UNE AIT GÉRÉ L'AFFAIRE, ET DONT L'AUTRE SOIT CELLE A QUI L'AFFAIRE APPARTENAIT.

168. Il est évident qu'il ne peut y avoir de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, sans une affaire dont la gestion soit la matière de ce quasi-contrat, au reste il n'importe que ce soit la gestion d'une affaire unique, ou la gestion de plusieurs affaires : *Negotia sic accipe, sive unum, sive plura* ; L. 3, § 2, ff de *Neg. gest.*

169. Il n'est pas moins évident qu'il ne peut y avoir de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, sans deux personnes, dont l'une gère l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui appartient l'affaire qui est gérée.

C'est pourquoi si quelqu'un a fait une affaire qui ne concernait que lui, qui était sa propre affaire et non celle d'aucun autre, quand même en la faisant il se serait faussement persuadé qu'il faisait l'affaire d'un autre, cette gestion ne pourra former le quasi-contrat *negotiorum gestorum* ; car il n'y a pas deux personnes : c'est la même personne qui gère l'affaire, et à qui appartient l'affaire qui est gérée. C'est pourquoi Julien dit : *Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio* ; L. 6, § 4, ff de *Neg. gest.*

170. Mais si l'affaire n'était que pour partie l'affaire de

[ARTICLE 1043.]

celui qui l'a faite, et qu'elle fût aussi en partie mon affaire, la gestion qu'il a faite de cette affaire formera entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et obligera celui qui a fait la gestion à me rendre compte de l'affaire pour la part que j'y ai, et moi à le rembourser pour cette part des frais de sa gestion ; *édd.* L. 6, § 4 ; L. 31, § 7, ff. *de Neg. gest.*

171. Pour former entre vous et moi le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il n'est pas nécessaire que l'affaire que j'ai faite fût proprement et principalement votre affaire ; il suffit qu'elle fût une affaire dont vous étiez chargé, et que vous eussiez intérêt qui fût faite.

C'est sur ce principe que Julien décide que, si en votre considération j'ai fait quelque affaire d'un mineur dont vous étiez tuteur, cette gestion forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. *Julianus scribit : Si pupilli tui negotia gessero, non mandato tuo, sed ne tutelæ judicio tenearis, negotiorum gestorum habebō te obligatum*, L. 6, ff. *eod. tit.*

Quoique dans cette espèce l'affaire que j'ai faite pour vous ne fût pas proprement et principalement votre affaire, qu'elle fût celle de votre mineur plutôt que la vôtre, elle était néanmoins en quelque façon votre affaire, puisque vous en étiez chargé ; et que, si elle n'eût pas été faite, vous en eussiez été responsable envers votre mineur.

172. Quoique l'affaire que j'ai faite pour vous et en votre nom fût une affaire qui, lors de la gestion que j'en ai faite, ne vous concernait en aucune manière, cette gestion ne laissera pas de former entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, si, depuis, l'approbation que vous avez donnée à ce que j'ai fait en votre nom, a rendu cette affaire votre propre affaire.

Par exemple, si, sans votre ordre, j'ai reçu pour vous une somme de quelqu'un qui croyait par erreur vous la devoir, et qui ne la devait point du tout, ou la devait à un autre qu'à vous ; quoique le paiement que j'ai reçu de cette somme pour vous fût une affaire qui ne vous concernait point du tout, néanmoins si vous l'avez ratifié, ce paiement par vous ratifié

[ARTICLE 1043.]

Forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, parce que, par cette ratification, ce paiement que j'ai reçu pour vous est devenu votre propre affaire : car, suivant la règle de droit, *Ratihabitio mandato comparatur*, et cette autre, *Qui mandat, ipse fecisse videtur*, par cette ratification vous êtes censé avoir reçu vous-même ce paiement que j'ai reçu pour vous. Vous êtes en conséquence obligé de rendre la somme à celui qui l'a payée par erreur. Le paiement que j'ai reçu pour vous de cette somme est donc devenu votre propre affaire, puisque, étant obligé de rendre la somme, vous avez intérêt que je vous en rende compte.

C'est ce qu'enseigne Julien : *Quæritur apud Pedium si Titium quasi debitorem tuum admonero, et is mihi solverit, quum debitor non esset; tuque postea cognoveris et ratum habueris, an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, quum debitor tuus non fuerit; sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei à quo exactum est, adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio: sic ratihabitio constituet tuum negotium quod antea tuum non erat, sed tuâ contemplatione gestum; ééd. L. 6, § 9.*

Julien, au § 10, rapporte une pareille décision dans une espèce semblable.

Il en est autrement lorsque l'affaire que j'ai faite en votre considération, croyant par erreur qu'elle vous concernait, est de nature telle que l'approbation que vous feriez de cette gestion ne puisse en faire votre propre affaire ; comme lorsque j'ai étayé une maison ruineuse, croyant par erreur qu'elle vous appartenait, quoiqu'elle appartient à un autre. L'approbation que vous avez donnée depuis à ce que j'ai fait, ne vous faisant rien acquérir, ni contracter aucune obligation, et n'ayant aucun effet, ne peut rendre ce que j'ai fait votre propre affaire, ni par conséquent produire entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

C'est ce qu'enseigne le même Pedius : *Quid ergo inquit Pedius, si quum te hæredem putarem, insulam fulsero hæredita-*

[ARTICLE 1043.]

riam, tuque ratum habueris, an sit mihi actio adversus te? Sed non fore ait; quum hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius reipsa negotium gestum sit; nec possit quod alteri acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri; L. 6, § 11.

173. Quoique la personne dont j'ai fait quelque affaire sans mandat, fût un impubère qui ne peut contracter d'obligation sans l'autorité de son tuteur, la gestion que j'ai faite ne laisse pas de former entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et de produire les obligations réciproques qui en naissent : *Contrà impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum locupletiores facti sunt, dandam actionem, ex utilitate ipsorum receptum est; L. 2, Cod. de Neg. gest.*

Par la même raison, lorsque quelqu'un a fait sans mandat quelque affaire d'un fou, cette gestion ne laisse pas de former entre eux le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et de produire les obligations réciproques qui en naissent : *Etsi furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio; L. 3, § 5, ff. de Neg. gest.*

174. Le principe que nous avons établi, « que pour former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il fallait deux personnes, dont l'une fit l'affaire de l'autre », s'entend *des personnes RÉELLES OU FICTIVES*.

C'est pourquoi si quelqu'un fait sans mandat une affaire qui dépend d'une succession vacante, cette gestion forme le quasi-contrat *negotiorum gestorum* entre celui qui a fait cette affaire, et la succession vacante : car la succession vacante est une personne fictive ; *Hæreditas jacens personam defuncti sustinet* : elle peut contracter des obligations, et on en peut contracter envers elle. *Voyez notre Traité des Obligations, n° 126.*

ART. II.—IL FAUT POUR LE QUASI-CONTRAT *negotiorum gestorum*, QUE CELUI QUI A FAIT L'AFFAIRE DE QUELQU'UN, L'AIT FAITE SANS ORDRE ET A SON INSU.

§ 1^{er} Il faut que ce soit sans son ordre.

175. Pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il faut que

[ARTICLE 1043.]

celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'a faite sans son ordre ; car, s'il l'avait faite par son ordre, ce serait le contrat de mandat qui serait intervenu entre eux ; ce ne serait pas le contrat *negotiorum gestorum* ; L. 6, § 1, ff. *Mand.*

176. Mais quand même celui qui a fait l'affaire de quelqu'un aurait cru avoir un ordre de lui pour la faire, s'il n'y en a pas eu, il n'y a pas de contrat de mandat, et la gestion qu'il a faite forme entre eux un quasi-contrat *negotiorum gestorum* : *Si quum putavi à te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione* ; L. 5, ff. *de Neg. gest.*

177. Par la même raison, lorsque mon mandataire a excédé les bornes de la procuration que je lui ai donnée, en faisant quelque chose outre ce qui y était porté, sa gestion pour ce qu'il a fait outre ce qui y était porté, étant faite sans mon ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Papinien en rapporte un exemple dans l'espèce d'un fidejusseur qui, ayant eu ordre d'un débiteur de le cautionner pour l'une des deux dettes dont il était débiteur envers un créancier, aurait acquitté les deux dettes, et retiré les choses qui étaient en gage pour lesdites dettes. Papinien décide que, par rapport à celle des deux dettes pour laquelle le débiteur ne lui avait pas donné ordre de le cautionner, il y avait lieu de part et d'autre aux actions *negotiorum gestorum* ; L. 32, ff. *de Neg. gest.*

178. Lorsque j'ai fait une affaire qui vous concernait, quoique vous eussiez donné à un autre qu'à moi l'ordre de la faire, la gestion que j'en ai faite forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

C'est ce qu'enseigne Africanus : *Si proponatur te Titio mandasse, ut pro te fidejuberet ; meque, quod is aliquid de causâ impediretur quominus fidejuberet, liberandæ fidei ejus causâ fidejussisse, negotiorum gestorum mihi competit actio* ; L. 46, § 1, ff. *de Neg. gest.*

179. La gestion que j'ai faite de votre affaire sans votre ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*,

[ARTICLE 1043.]

soit que je l'aie faite sans avoir reçu l'ordre de personne, soit que je l'aie faite par l'ordre d'un tiers; et, en ce dernier cas, j'ai le choix de me faire rembourser des frais de ma gestion, ou par vous, par l'action *negotiorum gestorum*, ou par celui qui m'en a donné l'ordre, par l'action *mandati*.

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si quum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utràque actione uti possim? Et ego puto utramque locum habere*; L. 3, § *fn. ff. de Neg. gest.*

L'empereur Alexandre décide la même chose : *Si mandatum solius mariti secutus, tam ipsius quàm uxoris ejus negotia gessisti (ex gestione negotiorum mulieris), tam tibi quàm mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio : ipsi sanè qui mandavit adversùs te mandati actio est, sed et tibi adversùs eum contraria*; L. 14, Cod. *eod. tit.*

§ II. Il faut pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite à son insu.

180. Sans cela il n'y a pas lieu au quasi-contrat *negotiorum gestorum*; car, lorsque vous avez fait l'affaire de quelqu'un à son vu et à son su, ou il l'a souffert, ou il s'y est opposé. S'il l'a souffert, il est censé, en souffrant que vous fassiez pour lui cette affaire, vous avoir donné un mandat tacite de la faire, comme nous l'avons vu *suprà*, n° 29; et c'est le cas du contrat de mandat, et non celui du quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

181. Si celui pour qui vous avez fait une affaire s'y est opposé, et que, malgré son opposition et défense qu'il vous avait faite, vous ayez fait pour lui cette affaire, la gestion que vous avez faite malgré lui, ne formera pas, au moins de part et d'autre le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Vous contractez bien envers lui par cette gestion l'obligation de lui en rendre compte, s'il le demande; mais cette gestion ne l'obligera pas envers vous à vous en indemniser, s'il n'en veut prendre aucune connaissance.

C'est ce qu'enseigne Paul : *Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum est; sed quidam*

[ARTICLE 1043.]

utilem putant dare oportere, quibus non consentio, secundùm quod et Pomponio videtur ; L. 40, ff. Mand.

Justinien a confirmé le sentiment de Paul et de Pomponius, qui était celui de Julien, par sa constitution qui est en la loi fin. Cod. de Neg. gest. ; il y est dit : *Si quis, nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuerit, apud magnos. Auctores dubitabatur, si pro expensis quæ circa res factæ sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, hoc decidentes, sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundùm Juliani sententiam, nullam esse vel directam vel utilem contrariam actionem... licet benè res ab eo gestæ sint.*

Justinien ajoute à la fin de cette loi, que si la défense d'administrer n'a pas été signifiée d'abord à ce *negotiorum gestori*, l'action ne lui sera refusée que pour les dépenses qu'il aurait faites depuis la signification de la défense, et non pas pour celles qu'il aurait faites auparavant.

La raison de la décision de Justinien est tirée de la nature du quasi-contrat *negotiorum gestorum*. Ce quasi-contrat, comme nous l'avons observé *suprà*, imite le contrat de mandat ; il en est une ressemblance : car la gestion de l'affaire de quelqu'un qui avait intérêt qu'elle fût faite, qui est faite à son insu, est faite à la vérité sans un mandat formel ; mais on suppose une espèce de mandat fictif et présomptif, y ayant présomption que celui dont on a fait l'affaire à son insu, aurait donné l'ordre de la faire, s'il l'eût su, puisqu'il était de son intérêt qu'elle fût faite.

Cette espèce de mandat fictif ou présomptif de celui dont on a fait l'affaire, qui fait le fondement du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, ne peut pas se supposer, lorsqu'elle est faite contre sa défense formelle ; et par conséquent une telle gestion ne peut pas former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

182. Celui qui a fait l'affaire d'une personne contre sa défense formelle, n'ayant pas, suivant les principes que nous,

[ARTICLE 1043.]

venons d'exposer, l'action *contraria negotiorum gestorum* contre cette personne, pour la répétition des frais de sa gestion, doit-elle les perdre, lorsque la personne dont elle a fait l'affaire malgré sa défense, en a profité ?

Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, dans laquelle je vous ai cautionné pour une de vos dettes contre la défense formelle que vous m'en avez faite ; faute d'avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum*, parce que j'ai agi contre votre défense, dois-je perdre la somme que j'ai été obligé de payer pour vous en exécution de mon cautionnement et dont vous avez profité, puisque le paiement que j'ai fait vous a procuré la libération de votre dette ?

Cela ne résiste-t-il pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez vous enrichir à mes dépens ? *Neminem æquum est cum detrimento alterius locupletari*. Cette équité ne doit-elle pas venir à mon secours ? et à défaut de l'action *contraria negotiorum gestorum*, que je n'ai pas, ne doit-elle pas me donner pour la répétition de la somme que j'ai payée, et dont vous avez profité, l'action générale *in factum*, action qui a lieu *quoties alia actio deficit* ?

Les docteurs sont partagés sur cette question.

Elle doit souffrir moins de difficulté dans notre jurisprudence française, où l'on ne s'attache pas aux noms des actions, et où l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action. Or, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai faite, quoique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirerez. C'est l'avis d'Automne sur la loi *fin. Cod. de Neg. gest.*, qui dit que la ~~décision~~ de cette loi n'a pas lieu dans nos mœurs.

183. Cette action qui est accordée à celui qui a fait malgré moi mes affaires, ne lui donne pas néanmoins autant de droit qu'à un véritable *negotiorum gestori* ; car il n'a la répétition

[ARTICLE 1043.]

de ce qu'il a déboursé que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande.

Pareillement, quoique je sois obligé de vous rembourser ce que vous avez payé pour moi contre ma défense, parce que j'en profite, la circonstance de la défense doit porter le juge à m'accorder plus facilement les termes que je lui demanderai pour vous faire ce remboursement : mon créancier, si vous ne l'aviez pas payé contre ma défense, aurait peut-être eu pour moi de l'indulgence, et m'aurait peut-être accordé ces termes.

184. Lorsque l'affaire que j'ai faite était l'affaire de deux personnes, et qu'il n'y a que l'une de ces personnes qui s'est opposée à ma gestion, son opposition n'empêche pas que je n'aie l'action *contraria negotiorum gestorum* contre celle qui ne s'y est pas opposée : *Si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non... puto superesse contrà eum qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem, ità tamen ut is qui prohibuit, ex nullâ parte, neque per socium, neque per ipsum, aliquid damni sentiat* ; L. 8, § 3, ff. de Neg. gest.

Observez que je n'ai cette action contre la personne qui ne s'est pas opposée à ma gestion, que pour la part qu'elle a dans l'affaire.

ART. III.—IL FAUT QUE CELUI QUI S'EST PORTÉ A FAIRE L'AFFAIRE D'UN AUTRE, L'AIT FAITE AVEC L'INTENTION DE FAIRE L'AFFAIRE DE CELUI QU'ELLE CONCERNAIT, ET DE RÉPÉTER DE LUI LES FRAIS DE SA GESTION.

185. Selon la subtilité du droit, pour qu'il y ait lieu au quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et pour que celui qui a fait l'affaire d'une personne, ait l'action qui naît de ce contrat, pour répéter les frais de sa gestion, il faut qu'il ait eu intention, en faisant cette gestion, de faire l'affaire de cette personne, et qu'il ait eu une volonté formelle de répéter d'elle les frais de sa gestion.

186. Lorsqu'il n'a eu qu'une volonté implicite et hypothétique de répéter les frais de sa gestion, de la personne dont il

[ARTICLE 1043.]

ne croyait pas faire l'affaire, comptant, en la faisant, faire sa propre affaire, ou celle d'une autre personne ; quoique, selon la subtilité du droit, cette gestion ne forme que le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, néanmoins l'équité ne laisse pas de lui donner en ce cas une action, pour la répétition de ses frais, contre la personne dont il a effectivement fait l'affaire.

187. Mais lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne, l'a faite sans aucune volonté, ni formelle ni implicite, de répéter les frais de sa gestion, lorsqu'il l'a faite dans la seule vue de l'en gratifier, c'est, en ce cas, une donation ; ce n'est point le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et il n'y a point d'action pour la répétition des frais de la gestion.

Pour développer davantage ces principes, nous distinguerons plusieurs cas auxquels nous en ferons l'application.

PREMIER CAS. — *Lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne, a eu l'intention, en la faisant, de faire l'affaire de cette personne, et de répéter d'elle les frais de sa gestion.*

188. Ce cas est le véritable cas de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et il y a lieu de part et d'autre aux actions qui en naissent.

SECOND CAS. — *Lorsque je fais votre affaire, croyant ne faire que la mienne.*

189. Dans ce cas cette gestion ne forme pas entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum* ; et à ne consulter que la subtilité du droit, n'ayant pas eu intention de faire votre affaire, ni par conséquent de vous obliger à me rembourser les frais de ma gestion, je ne puis avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum* pour m'en faire rembourser, quoique ce soit vous qui en ayez profité. Mais l'équité, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, m'accorde en ce cas, contre la subtilité du droit, une action contre vous, pour répéter de vous les frais de ma gestion, jusqu'à concurrence de ce que vous en avez profité.

C'est en considérant la subtilité du droit, que Julien dit

[ARTICLE 1043.]

« que celui qui a fait des impenses sur une maison qu'il croyait lui appartenir, n'a que la voie d'exception et de rétention de la chose pour s'en faire rembourser par celui à qui la maison appartient, et qui en profite » : *Constat, si quis quum existimaret se hæredem esse, insulam hæreditariam fulsisset, nullo alio modo quàm per retentionem impensas servare posse* ; L. 33, ff. *Cond. indeb.*

C'est pareillement en consultant la subtilité du droit, qu'on doit entendre la loi 14, ff. *de Dol. et met. except.* où il est dit : *Paulus respondit eum qui in alieno solo ædificium extruxerit, non aliàs sumptus consequi posse, quàm si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet oppositâ doli mali exceptione.*

En effet, ce possesseur ne peut avoir contre le propriétaire de l'héritage aucune des actions civiles que le droit civil accorde, et qui naissent de quelque quasi-contrat autorisé par le droit civil. Il n'a pas celle qui naît du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, puisque, en faisant les impenses qu'il a faites, il comptait faire sa propre affaire ; il ne comptait pas faire celle du propriétaire de l'héritage ; *non habebat animum negotium ejus gerendi.*

Il n'a pas non plus l'action qu'on appelle *condictio indebiti*, qui naît du quasi-contrat *indebiti per errorum soluti*, comme s'il avait payé plus qu'il ne devait, en rendant l'héritage sans retenir les impenses qu'il avait droit de retenir : car on appelle proprement *paiement* la dation ou translation de propriété que fait une personne à une autre, d'une chose qu'elle lui doit, ou qu'elle croit lui devoir. Mais la restitution qu'on fait d'une chose à celui qui en est le propriétaire, n'est pas un *paiement* : ce ne peut donc pas être le quasi-contrat *indebiti per errorem soluti* ; le possesseur qui a rendu l'héritage au propriétaire, sans retenir ses impenses, ne peut donc avoir *conditionem indebiti*. *Sed si is qui in alienâ areâ ædificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat* ; *eād.* L. 33, ff. *Condict. indeb.*

Au contraire, Africain a considéré l'équité plutôt que la

[ARTICLE 1043.]

subtilité du droit, dans les espèces de la loi dernière, ff. de *Neg. gest.*, en accordant de part et d'autre, contre la subtilité du droit, les actions *negotiorum gestorum*, quoique, dans ces espèces, celui qui a fait mon affaire, n'eût pas eu intention de faire mon affaire, mais eût cru faire la sienne : *Si rem, dit-il, quam servus venditus subripuissit à me venditore, emptor vendiderit de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, quum meum esset, gessisset ; sicut ex contrario, in me tibi daretur, si quum hæreditatem quæ ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem eâ solutione liberarer.*

Dans cette dernière espèce, quoique vous eussiez cru faire votre propre affaire plutôt que la mienne, en payant des legs dont j'étais tenu, et dont vous croyiez être le débiteur ; néanmoins, ayant par ce paiement, sans le savoir, fait mon affaire, en me procurant la libération de ces legs dont j'étais tenu ; quoique, la subtilité du droit ne vous donne pas contre moi l'action *contraria negotiorum gestorum*, parce que vous n'avez pas eu intention de faire mon affaire, ni de m'obliger, néanmoins, l'équité, qui doit l'emporter sur la subtilité du droit, vous donne une action contre moi pour répéter la valeur de ce que vous avez payé pour l'acquittement de ces legs dont j'étais tenu, et dont le paiement que vous avez fait m'a procuré la libération ; sans cela, je m'enrichirais à vos dépens, ce que l'équité ne permet pas.

190. On accorde cette action, non seulement à celui qui s'est porté de bonne foi à la gestion de mon affaire, qu'il croyait être la sienne, mais même à celui qui s'y est porté *animo deprædandi*, dans la vue d'en faire son profit, et non dans la vue de faire mon affaire. C'est ce qu'enseigne Julien : *Et si quis negotia mea gessit, non meâ contemplatione, sed sui lucri causâ ; Labeo scripsit suum eum potius quàm meum negotium gessisse, qui enim deprædandi causâ accedit, suo lucro, non meo commodo studet ; sed nihilominus, imo magis, is tenebitur negotiorum gestorum actione ; ipse tamen, si circà res meas aliquid impenderit, non in id quo ei abest, quia improbè ad negotia*

[ARTICLE 1043.]

mea accessit, sed in id quo locupletior factus sum, habet contra me actionem; L. 6, § 3, ff. de *Neg. gest.*

191. Cujas, dans son *Commentaire sur Julien*, tire un argument de ce texte pour prouver que, dans les lois 33, ff. de *Cond. indeb.*, et 14, ff. de *Dol. et met. except.*, que nous avons ci-dessus rapportées, Julien et Paul n'ont en vue que la subtilité du droit, lorsqu'ils y décident qu'un possesseur qui a fait des impenses sur un héritage qui ne lui appartenait pas, n'a que la voie d'exception et de rétention pour se faire rembourser de ses impenses par le propriétaire de l'héritage, qui en profite ; qu'ils n'entendent décider autre chose ; sinon que ce possesseur n'a, dans cette espèce, aucune action civile qui descende de quelque quasi contrat, comme nous l'avons fait voir ci-dessus : mais ils n'entendent pas exclure ce possesseur de l'action *in factum*, que le prêteur, contre la subtilité du droit, et à défaut des actions civiles, *solâ æquitate motus*, lui accorde contre le propriétaire pour la répétition des impenses qu'il a faites, jusqu'à concurrence de ce que ce propriétaire en profite.

En effet, Julien serait en contradiction avec lui-même (ce qu'il n'est pas permis de croire d'un si grand jurisconsulte), si, par la Loi 33, ff. de *Cond. indeb.*, il entendait refuser à ce possesseur, qui a fait de bonne foi des impenses sur mon héritage, dont je profite, l'action *in factum* pour s'en faire rembourser, pendant que par cette loi 6, § 3, il accorde cette action, même à celui qui ne s'est porté à la gestion d'une affaire qui me concernait, que dans la vue de me piller, et de faire sa propre affaire plutôt que la mienne, quoiqu'il méritât beaucoup moins, par rapport à sa mauvaise foi, qu'on vint à son secours par cette action. C'est aussi le sentiment de Dumoulin, in *Cons. Paris. tit. des Fiefs*, art. 1, gl. 5, 103 et suiv.

192. Dans notre jurisprudence française, qui n'admet pas les subtilités du droit romain, et qui regarde la seule équité comme suffisante pour produire une obligation civile et pour donner une action, il ne doit pas être douteux que, dans l'espèce des Lois 33, de *Condict. indeb.*, et 14, ff. de *Dol. et met.*

[ARTICLE 1043.]

except., comme dans celle de la Loi 6, § 3, celui qui a fait des impenses dont je profite, doit avoir action contre moi, jusqu'à concurrence de ce que j'en profite.

Sur ce principe on doit décider que, lorsqu'un héritier meurt avant la récolte, le propriétaire qui recueille les fruits, doit rembourser aux héritiers de l'usufruitier les frais de labours et semences que l'usufruitier a faits pour les faire venir ; car, quoique, en les faisant, il crût faire sa propre affaire, il a effectivement fait celle du propriétaire, qui, ayant recueilli les fruits, a profité de ces labours et semences.

193. Il nous reste à observer une différence que Julien fait remarquer dans la Loi 6, § 3, entre l'action qu'il accorde dans l'espèce de ce paragraphe, et l'action *contraria negotiorum gestorum*, par ces termes, *non in quod ei abest, quia*, etc.

L'action *contraria negotiorum gestorum* qu'a un *negotiorum gestor*, qui a fait de bonne foi, pour moi et en mon nom, une affaire que j'avais intérêt qui fût faite, a pour objet le remboursement de tout ce qu'il lui en a coûté pour la gestiou qu'il a faite utilement de cette affaire, quand même depuis, par un cas imprévu, cette utilité aurait été détruite : *datur in id quod ei abest, et sufficit ab initio utiliter gestum fuisse, quamvis non duraverit gestum* ; comme nous le verrons *infra*, en la section suivante.

Au contraire, l'action qui est donnée dans l'espèce de ce paragraphe, n'étant fondée que sur la seule raison de l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir et de profiter aux dépens d'autrui, elle ne peut donner la répétition des impenses à celui qui les a faites, que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande ; et il n'en peut rien répéter, si je n'en profite point : *Non in quod ei abest, quia improbè ad mea negotia accessit, sed in id quo ego locupletior factus sum, habet contra me actionem* ; eâd. L. 6, § 3.

On doit dire la même chose dans l'espèce des Lois 33, ff. *de Condict. indebt.*, et 14, ff. *de Dol. et met. except.*, et dans l'espèce de celui qui a fait les affaires de quelqu'un contre sa défense ; dans toutes ces espèces, la répétition des impenses n'a aucun

[ARTICLE 1043.]

autre fondement que la raison de l'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui.

TROISIÈME CAS. — *Lorsque j'ai fait une affaire que je croyais être l'affaire de Pierre, dans la seule vue de faire l'affaire de Pierre, quoique cette affaire fût votre affaire, et ne concernât nullement Pierre.*

194. Dans ce cas, à ne consulter que la subtilité du droit, je n'ai d'action ni contre Pierre, que cette affaire ne concernait point, ni contre vous, puisque ma gestion n'a pas été faite dans la vue de faire votre affaire : je n'ai pas agi *tanquam tuum negotium gerens*, et je n'ai pas eu intention de vous faire contracter aucune obligation envers moi.

Néanmoins, nonobstant cette subtilité, l'équité veut que, de même que vous avez action contre moi pour me faire rendre compte de la gestion que j'ai faite de votre affaire, quoique je crusse faire celle de Pierre, de même je dois avoir action contre vous pour répéter de vous les impenses que j'ai faites pour cette affaire dont vous profitez.

On peut même dire que, dans cette espèce, ma gestion forme entre nous une espèce de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, quoique improprement ; car si, dans cette espèce, je n'ai pas eu, en faisant la gestion de votre affaire, une intention formelle, comme dans un véritable quasi-contrat *negotiorum gestorum*, au moins j'ai eu une intention implicite de faire votre affaire, et de vous obliger au remboursement des impenses que je ferais pour la faire ; car j'avais une intention implicite, en faisant cette affaire, de faire l'affaire de celui qu'elle concernait, et de l'obliger au remboursement de mes impenses ; et je n'avais intention de faire l'affaire de Pierre, et d'obliger Pierre au remboursement de mes impenses, qu'autant que par erreur je considérais Pierre comme celui que cette affaire concernait.

Nous avons un exemple de ces principes dans l'espèce suivante : *Titius pecuniam creditoribus hæreditariis solvit, existimans sororem suam defuncto hæredem testamento existitisse ;*

[ARTICLE 1043.]

quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset, veritate tamen, filiorum defuncti qui sui hæredes patri, sublato testamento, erant, gessisset; quia æquum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit; L. 45, § 2, ff. de Neg. gest.

Ces termes *æquum est*, etc., font connaître que c'est une raison d'équité qui fait donner, dans cette espèce, à Titius, une action utile *negotiorum gestorum* contre les enfants héritiers du défunt, pour la répétition de ses déboursés dont ils ont profité, contre la subtilité du droit, qui lui refusait l'action, parce qu'il n'avait pas eu intention de faire leur affaire, croyant faire celle de sa sœur.

La loi 5, § 1, et la loi 6, §§ 7 et 8, qui me donnent action contre celui dont j'ai fait l'affaire croyant faire celle d'un autre, doivent pareillement être entendues d'une action utile que l'équité accorde contre la subtilité du droit.

QUATRIÈME CAS. — *Lorsque j'ai fait une affaire qui concernait plusieurs personnes, n'ayant en vue, en la faisant, que de faire l'affaire de l'une d'elles.*

195. Dans ce cas, selon la subtilité du droit, je n'ai d'action que contre la personne dont j'avais intention de faire l'affaire; mais l'équité me donne une action contre les autres qui en profitent.

C'est ce que nous apprenons de Julien : *Si ego filii tui negotia gessero, vel servi, videamus an tecum negotiorum gestorum habeam actionem? Et mihi verum videtur... ut siquidem contemplatione tui, negotia gessi pecularia, tu mihi tenearis: quod si amicitia filii tui... adversus patrem duntaxat de peculio dandam actionem; L. 6, § 6, ff. de Neg. gest.*

Jusqu'ici Julien décide suivant la subtilité du droit.

Quoique les affaires du pécule du fils soient des affaires qui concernent le père aussi bien que le fils, puisque la propriété du pécule appartient au père, néanmoins lorsque j'ai fait ces affaires seulement dans la vue de faire l'affaire du fils, et sans intention de faire celle du père, je n'ai, selon la subtilité du

[ARTICLE 1043.]

droit, d'autre action contre le père que l'action *de peculio, quæ datur ex personâ filii, cujus solius negotia gerere mihi proposui* : je n'ai pas d'action contre le père *ex propriâ ipsius personâ*, quoiqu'il profite de ma gestion, n'ayant pas eu intention de faire l'affaire du père.

Mais, quoiqu'il en soit ainsi selon la subtilité du droit, Julien ajoute, que, contre la subtilité du droit, l'équité, dans cette espèce, me donne une action contre le père, de son chef, jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité de ma gestion : *Eodem loco Pomponius scribit, hoc adjecto quod putat, si nihil sit peculio, quoniam plus patri debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex meâ administratione factus est ; eod., § 6.*

Vice versâ, non seulement celui dont je comptais faire l'affaire, mais les autres que cette affaire concerne, auront action contre moi pour m'en faire rendre compte, à la charge que celui à qui je l'aurais rendu sera tenu de me défendre contre les autres. C'est ce qu'observe Papinien : *Inter negotia Sempronii quæ gerebat, ignorans Titii negotia gessit ; ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur ; sed ei cautionem indemnitates, officio Judicis præberi necesse adversus Titium cui datur actio ; L. 31, § 1, eod. tit.* (contre celui qui a géré crût faire l'affaire de Sempronius).

CINQUIÈME CAS.—*Lorsque j'ai fait l'affaire d'une personne, comptant faire son affaire, mais sans intention de répéter les frais de ma gestion, et dans la vue de l'en gratifier.*

196. Il est évident que je n'ai, en ce cas, aucune action pour la répétition de ces frais de ma gestion, les ayant faits sans intention de les répéter, et dans la vue d'en gratifier celui dont je faisais l'affaire.

La seule difficulté qu'il peut y avoir sur cette espèce, est de savoir quand cette intention doit être présumée. Il faut établir pour principe, qu'elle ne doit pas l'être facilement, suivant la règle : *Nemo donare præsumitur.*

Notre jurisprudence est même plus difficile à admettre

[ARTICLE 1043.]

cette présomption que ne l'était le droit romain. C'est pourquoi Automne, dans ses notes sur les lois du tit. du Code *de Neg. gest.* remarque que nous n'observons pas dans notre jurisprudence la loi 1, Cod. *de Neg. gest.* qui décide « qu'une mère qui, par affection pour ses enfants, a poursuivi la destitution d'un mauvais tuteur qu'ils avaient, n'est pas fondée à répéter les frais qu'elle a faits pour cette poursuite, et qu'elle doit être présumée s'être portée à cette poursuite sans intention d'en répéter les frais. » Au contraire dans notre jurisprudence on les fait porter au mineur.

On fait aussi, dans notre jurisprudence, porter au mineur les frais faits pour lui faire nommer un tuteur ; et ceux de ses proches qui ont fait la poursuite, et les ont avancés, en ont la répétition, contre la décision de la loi 44, ff. *de Neg. gest.*

197. Il y a plusieurs espèces de circonstances, lesquelles seules, et prises séparément, ne pourraient pas faire présumer que celui qui a fait l'affaire d'une personne, l'a faite avec l'intention de n'en pas répéter les frais ; mais qui, étant réunies, peuvent former cette présomption.

On peut apporter pour exemple : 1° si c'est un père ou une mère qui a fait l'affaire de ses enfants ou de ses petits-enfants, si c'est un beau-père ou une belle-mère qui a fait l'affaire de son gendre, de sa bru ou de ses privignes ; si c'est un frère aîné qui a fait l'affaire de ses puînés, si c'est un maître qui a fait l'affaire de son domestique, si celui qui a fait l'affaire avait de grandes obligations à cette personne ;

2° Si celui qui a fait l'affaire de quelqu'un était un homme riche, et celui dont il a fait l'affaire était pauvre ;

3° Si ces frais sont modiques ;

4° Si celui qui a fait la gestion n'en a pas répété les frais pendant tout le temps qu'il a vécu, qu'il ait vécu longtemps depuis ;

5° Si, depuis la gestion, les parties ont entre elles plusieurs comptes pour des affaires qu'elles ont eues ensemble, et que les frais de cette gestion ne soient entrés dans aucun de ces comptes.

[ARTICLE 1043.]

Les présomptions qui résultent de ces circonstances peuvent être détruites ou affaiblies par d'autres circonstances qui servent à faire connaître la volonté qu'a eue celui qui a fait la gestion, d'en répéter les frais ; comme par exemple, s'il a tenu un registre exact de tous les frais qu'il faisait.

198. Les aliments fournis à des enfants sont plus facilement présumés fournis sans intention d'en rien répéter, que ne le sont les frais pour la gestion et le gouvernement de leurs biens. C'est ce que nous apprenons d'Alexandre, qui répond ainsi à une mère : *Alimenta quæ filiis tuis præstitisti, tibi reddi, non justâ ratione postulas, quum id maternâ exigente pietate feceris. Si quis autem in rebus eorum utiliter, et probabili more impendisti; si non et hoc maternâ liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis, id negotiorum gestorum actione consequi potes; L. 11, C. eod. tit.*

Dans notre jurisprudence, des pères ou mères ne sont pas facilement présumés avoir fourni les aliments à leurs enfants sans intention d'en être remboursés, lorsque les enfants ont du bien pour y subvenir.

Mais lorsqu'un aïeul a retiré quelqu'un de ses petits-enfants de chez le père ou la mère de cet enfant, pour l'avoir auprès de lui, il est présumé l'avoir pris pour sa propre satisfaction, pour lui faire compagnie, et n'avait eu intention de rien répéter contre les père et mère, pour les aliments qu'il lui a fournis, et pour la dépense qu'il a faite pour son éducation.

Nous avons parlé d'un aïeul, par forme d'exemple ; il faut dire la même chose d'une grand'mère, d'un oncle, d'une tante, ou autre parent ; d'un parrain, d'une marraine, lorsqu'il ne paraît pas d'autre raison que la raison d'une affection naturelle pour l'enfant, qui ait porté la personne à faire sortir l'enfant de chez ses père et mère, pour l'avoir chez elle.

Mais s'il paraît quelqu'autre raison pour laquelle le parent ait pris l'enfant chez lui, comme par exemple, si c'était pour que l'enfant fût à portée d'aller au collège, où il n'aurait pu aller en restant chez son père, qui demeure à la campagne ; le parent ne sera pas présumé avoir eu l'intention de ne point

[ARTICLE 1043.]

exiger de pension, à moins qu'il n'y ait quelques circonstances qui le fassent présumer.

De légères présomptions suffisent à l'égard d'un grand-père ou d'une grand'mère ; il en faut de plus grandes à l'égard des parents de la ligne collatérale.

SECT. II.—DES OBLIGATIONS QUE FORME LE QUASI-CONTRAT *negotiorum gestorum*, ET DES ACTIONS QUI EN NAISSENT.

199. Ce quasi-contrat forme entre le *negotiorum gestor*, et celui dont il a fait l'affaire, des obligations réciproques, semblables à celles que forme le contrat de mandat entre le mandant et le mandataire.

Le *negotiorum gestor* contracte envers celui dont il a géré les affaires, l'obligation de lui en rendre compte, et de lui remettre tout ce qui lui est parvenu de sa gestion ; laquelle obligation est en cela semblable à celle qu'un mandataire ou procureur contracte envers le mandant : et de cette obligation que contracte le *negotiorum gestor*, naît l'action *negotiorum gestorum directa*, par laquelle le *negotiorum gestor* est obligé de rendre compte de sa gestion à celui dont il a géré l'affaire ; et réciproquement celui dont on a fait l'affaire contracte envers le *negotiorum gestor*, l'obligation de l'indemniser des frais de sa gestion ; obligation semblable à celle que contracte un mandant envers son mandataire ; et de cette obligation naît l'action *negotiorum gestorum contraria* que le *negotiorum gestor* a contre celui dont il a géré l'affaire, pour se faire rembourser et indemniser des frais de sa gestion.

C'est ce que nous enseigne Gaius : *Si quis absentis negotia gesserit, licet, ignorantis... ultro citroque nascitur actio quæ appellatur negotiorum gestorum : et sanè sicut æquum est ipsum actûs sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit, vel ex his negotiis retinet ; ità ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine, vel abest ei, vel abfuturum est ;* L. 2, ff. de Neg. gest.

[ARTICLE 1043.]

* 1 *Domat (Remy) Liv. 2, } 1. Les lois civiles n'obligent per-*
Tit. 4, sec. 1, n° 1 et s. } sonne à prendre le soin des affaires
 des autres, à la réserve de ceux qui en sont chargés par quel-
 que devoir particulier, comme les tuteurs, les curateurs et
 autres administrateurs. Mais celui qui s'engage volontaire-
 ment à prendre le soin de l'affaire d'un autre, n'est plus libre
 de l'abandonner ; car il sera tenu des suites de son adminis-
 tration, de continuer ce qu'il aura commencé, jusqu'à ce qu'il
 l'achève, ou que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même ;
 il rendra compte de ce qu'il aura fait ou manqué de faire. Et
 celui pour qui il aura agi sera de sa part obligé envers lui
 aux engagements qui seront expliqués dans la sect. 2.

2. Celui qui s'est engagé à l'affaire d'un autre à son insu,
 est obligé d'en prendre le même soin que s'il était procureur
 constitué ; car il en tient lieu, et rendant un office, il doit le
 rendre tel qu'il ne soit pas nuisible, ou par sa négligence, ou
 par quelque autre faute. Ainsi, il sera tenu, non seulement
 de ce qu'il pourrait y avoir de sa part de dol ou de mauvaise
 foi, mais aussi du manque de soin ; et quand même il serait
 négligent en ses propres affaires, il doit pour celles d'un autre
 dont il s'est chargé, un soin très exact, et il répondra des
 fautes contraires à ce soin, si ce n'est que les circonstances
 doivent y apporter quelques tempéraments, suivant la règle
 qui sera expliquée dans le dernier article.

3. Si la personne qui a entrepris la conduite des affaires
 d'un absent en néglige une partie, et que son engagement en
 éloigne d'autres personnes qui auraient pu y pourvoir, il en
 sera tenu selon les circonstances.

4. Que si, au contraire, celui qui fait les affaires d'un ab-
 sent entreprend sans nécessité quelque affaire nouvelle, que
 rien n'obligeait l'absent d'entreprendre, comme s'il achète
 pour lui quelques marchandises, ou s'il l'intéresse dans quel-
 que commerce, il portera seul toutes les pertes qui en arrive-
 ront, quoique s'il en arrivait du profit il fût pour cet absent.
 Mais s'il se trouvait dans cette même affaire de la perte d'une
 part et du gain de l'autre, celui qui l'aurait entreprise pour-

[ARTICLE 1043.]

rait compenser ce qu'il y aurait de gain sur la perte qu'il devrait porter.

5. Celui que rien n'oblige à s'immiscer aux affaires d'un autre, peut se borner à une et s'abstenir des autres s'il n'y a pas de connexité.

6. Quoique celui qui fait l'affaire d'un autre s'y soit immiscé volontairement, il n'est pas tenu des cas fortuits et des autres événements qui pourraient rendre inutile le bon office qu'il avait rendu.

7. Si celui de qui un autre a entrepris l'affaire vient à mourir avant que l'affaire soit consommée, ou s'il était déjà mort avant que cette personne s'y fût immiscée, elle sera obligée de continuer pour l'intérêt des héritiers ou des autres personnes que l'affaire pourra regarder. Car c'est une suite de son engagement qu'il faut considérer dans son origine, indépendamment des changements de maître qui peuvent arriver.

8. Si, dans l'administration des affaires ou des biens d'un absent, il y a quelque recette de deniers qui restent de bon entre les mains de celui qui a géré, et qu'il les tourne à son profit, ou qu'il néglige de les employer, comme s'il manquait d'acquitter une dette de l'absent qui produisit des intérêts; dans ces cas et autres semblables, soit qu'il y eût de la mauvaise foi dans sa conduite, ou une négligence qui dût lui être imputée, il pourra, selon la somme, selon le temps qu'il l'aura gardée et les autres circonstances, en devoir l'intérêt.

On a ajouté dans cet article, pour ces intérêts, qu'ils peuvent être dûs selon les circonstances; car notre usage n'est pas tel pour les intérêts qu'il l'était à Rome, où l'usure était permise, et où l'usage en était fréquent et facile pour les banquiers qui faisaient un commerce public de prendre à usure l'argent des particuliers. Et ce commerce était si établi, que ceux qui étaient obligés de mettre à profit l'argent dont ils étaient comptables, comme les tuteurs, avaient leur décharge pourvu qu'ils l'eussent donné à un banquier dont le crédit fût bien établi, quand même il serait arrivé dans la suite que ce banquier se trouvât insolvable.

9. Si quelqu'un, par erreur, a géré une affaire qu'il croyait être celle d'un de ses amis, et qui était l'affaire d'un autre, il

[ARTICLE 1043.]

ne se forme aucun engagement entre lui et cet ami de qui il croyait que c'était l'affaire, mais seulement entre le maître de l'affaire et lui, de même que si la vérité lui eût été connue.

10. Si une femme s'était ingérée à la conduite des affaires d'une autre personne à son insu, elle en serait tenue selon les règles précédentes ; car encore que les femmes ne puissent être nommées tutrices ni curatrices, elles entrent dans les engagements qui peuvent naître d'une administration où elles s'ingèrent.

11. Ceux qui, par quelque nécessité, se trouvent obligés à l'administration des affaires des autres, comme l'est, par exemple, en de certains cas, l'héritier d'un tuteur (C. civ. 419), entrent dans les mêmes engagements que celui qui s'ingère volontairement ; et ils ont aussi de leur part les mêmes actions contre ceux dont ils font les affaires, à plus forte raison même que celui qui s'est engagé sans nécessité.

12. Quoique ceux qui s'ingèrent aux affaires des autres soient tenus régulièrement d'un soin très exact, suivant la règle expliquée dans l'art. 2, si les circonstances sont telles qu'il y eût de la dureté d'exiger un tel soin de celui qui aurait géré l'affaire d'un autre, on pourrait y apporter du tempérament, et ne le pas rendre responsable des fautes qu'on ne pourrait imputer à une mauvaise foi. Ce qui doit dépendre de la qualité des personnes, de leur liaison d'amitié ou de proximité, de la nature de l'affaire, de la nécessité qu'il y avait d'y pourvoir, comme si c'était pour prévenir une saisie ou une vente de biens de l'absent, des difficultés qui pourraient s'y rencontrer, de la conduite de celui qui s'y est immiscé, et des autres circonstances semblables.

* C. N. 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'engage-
 ment tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de
 l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pour-

[ARTICLE 1044.]

voir 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.

<p>1044. Il est obligé de continuer sa gestion, encore que la personne pour laquelle il agit meure avant que l'affaire soit terminée, jusqu'à ce que l'héritier ou autre représentant légal soit en état d'en prendre la direction.</p>	<p>1044. He is obliged to continue his management although the person for whom he acts die before the business is terminated until such time as the heir or other legal representative is in a condition to take the management of it.</p>
---	--

* *ff. De neg. gest., Lib. 3, Tit. 5, L. 21, § 2.* } § 2. Si, vivo Titio, negotia ejus administrare cœpi, intermittere mortuo eo non debeo. Nova tamen inchoare necesse mihi non est : vetera explicare, ac conservare necessarium est ; ut accidit, cùm alter ex sociis mortuus est : nam quæcunque prioris negotii explicandi causa geruntur, nihilum refert, quo tempore consummentur, sed quo tempore inchoarentur. (PAULUS).

Ibidem. } § 2. Lorsqu'on a fait les affaires d'un } homme pendant sa vie, on ne doit pas les interrompre à sa mort. On n'est cependant point obligé de rien entreprendre de nouveau ; il suffit de terminer les affaires commencées, ou du moins de les conserver dans le même état, comme il arrive dans le cas de la mort d'un associé : car lorsqu'on fait quelque chose pour arranger une affaire commencée, on n'examine pas le temps où l'affaire a été consommée, mais celui où elle a été commencée. (PAUL).

Voy. autorités citées sur art. 1013.

[ARTICLE 1044.]

* 5 *Polhier (Bugnet), Du quasi-contrat,* } 200. L'obligation du
neg. gest., n° 200 et s. } *negotiorum gestor* ayant
 beaucoup de ressemblance avec celle du mandataire ; pour
 bien connaître l'étendue de l'obligation du *negotiorum gestor*,
 en quoi elle convient avec celle du mandataire, et en quoi
 elle en diffère, il est bon de se rappeler ce que nous avons dit
 de l'obligation du mandataire.

Nous avons vu *suprà*, n° 37, que l'obligation du mandataire
 avait trois objets : il est, — 1° obligé à faire l'affaire comprise
 au mandat dont il s'est chargé ; — 2° à y apporter le soin qu'elle
 exige ; — 3° à en rendre compte.

Par rapport au premier objet, le *negotiorum gestor* est très
 différent d'un mandataire, et même d'un tuteur ou d'un cura-
 teur. Le mandataire contractant, par l'acceptation qu'il fait
 du mandat, l'obligation de faire tout ce qui y est compris ; il
 est tenu des dommages et intérêts du mandant, résultant de
 ce que quelques unes des affaires comprises au mandat n'ont
 pas été faites : pareillement un tuteur ou un curateur ayant
 été, par la charge qui lui a été imposée, chargé de toutes les
 affaires qui en dépendent, s'il a omis d'en faire quelques-unes,
 il en est responsable envers celui dont il a été le tuteur ou le
 curateur. Au contraire, lorsqu'un *negotiorum gestor* a fait une
 de vos affaires, il n'est tenu qu'à vous rendre compte de l'af-
 faire qu'il a bien voulu faire : il n'est pas tenu de ce que vous
 souffrez dans vos autres affaires qui n'ont pas été faites ; car
 il n'en était pas chargé, puisque ni vous, ni aucun autre pour
 vous, ne l'avait chargé de ces autres affaires.

C'est ce que nous enseignent les empereurs Dioclétien et
 Maximien : *Tutoris vel curatoris, nous disent-ils, similis non
 habetur qui citrà mandatum negotium alienum spontè gerit ;
 quippe superioribus necessitas muneris administrationis finem,
 huic autem propria voluntas facit, ac satis abundèque sufficit, si
 cui, vel in paucis, amici labore consulatur* : L. 20, *Cod. de Neg.
 gest.*

201. Quoique celui qui a fait une affaire d'une personne, ne
 soit pas obligé de faire ses autres affaires, il est néanmoins

[ARTICLE 1044.]

obligé de faire tout ce qui est une dépendance de l'affaire qu'il a commencé de gérer, et tout ce qui est nécessaire pour la mettre à chef ; et il doit le faire même après la mort de celui dont il avait volonté de faire l'affaire. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si vivo Titio negotia ejus administrare cœpi, intermittere eo mortuo non debeo : nova tamen inchoare necesse mihi non est ; vetera explicare ac conservare necessarium est ;* L. 21, § 2, ff. *eod. tit.*

202. Un *negotiorum gestor* qui ne l'a pas été d'une affaire unique, mais s'est porté pour faire en général les affaires d'une personne, est quelquefois responsable de celles qu'il n'a pas faites ; savoir, lorsqu'en se portant pour faire en général les affaires de cette personne, il a empêché par là que d'autres ne se soient immiscés, et n'aient fait les affaires qu'il n'a pas faites, qu'ils auraient faites s'ils ne s'en fussent pas reposé sur lui.

C'est ce qu'enseigne Julien : *Videamus in 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 gestor eum teneri et propter ea quæ non gessit ? quod puto verius ;* L. 6, § 12, ff. *eod. tit.*

203. Il est surtout responsable, en ce cas, de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il faisait les affaires, lorsqu'au temps de sa gestion sa dette était exigible : *Certè si quid à se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur ; eod. § 12.*

Cela surtout doit avoir lieu lorsque la dette que me devait celui qui s'est immiscé à la gestion de mes affaires, était une dette sujette à se prescrire par un certain laps de temps, et dont le temps de la prescription n'a été accompli que pendant le temps de sa gestion. Si, contre la demande que je lui ferai de cette dette, il m'oppose la prescription, je lui répliquerai qu'il n'est pas recevable à l'opposer ; parce que s'étant immiscé à la gestion de mes affaires, il était obligé de l'exiger pour moi de lui-même avant qu'elle fût prescrite. C'est pourquoi

[ARTICLE 1044.]

Ulpien dit : *Si (negotiorum gestorum) ex causâ fuit obligatus, quæ certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est ; nihilominus negotiorum gestorum actione erit obligatus ;* L. 8, ff. *eod. tit.*, parce qu'il devait exiger de lui-même le paiement avant l'accomplissement de la prescription.

On peut apporter pour exemple le cas auquel mon débiteur d'une rente constituée se serait immiscé à la gestion de mes affaires, qu'il aurait gérées pendant longtemps. Il ne pourra pas m'opposer la prescription de cinq ans contre les arrérages qu'il me doit, et dont la prescription s'est accomplie pendant le temps de sa gestion ; car il devait les exiger de lui-même avant que la prescription s'accomplît ; *tenetur quod à se non exegerit.*

204. On peut pareillement imputer aux héritiers du *negotiorum gestor*, qui succèdent à son obligation *negotiorum gestorum*, qu'il n'a pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il a géré les affaires, lorsque la dette avait été contractée sous la condition que ses héritiers n'en seraient pas tenus.

Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi pour un de mes débiteurs, à la charge que l'obligation de son cautionnement serait éteinte par sa mort, et ne passerait pas à ses héritiers, et qu'il se soit depuis immiscé à la gestion de mes affaires ; ce *negotiorum gestor* étant mort pendant le cours de sa gestion, et le débiteur principal étant devenu insolvable, je pourrai demander aux héritiers de mon *negotiorum gestor* le paiement de son cautionnement ; et s'ils opposent qu'ils n'en sont pas tenus, l'obligation de ce cautionnement ayant été contractée à la charge qu'elle ne passerait pas aux héritiers, je leur répliquerai qu'ils en sont tenus en vertu de l'obligation *negotiorum gestorum*, à laquelle ils ont succédé au défunt, qui, en sa qualité de *negotiorum gestor*, était tenu d'exiger de lui-même cette dette, et de ne la pas laisser éteindre par sa mort avant de l'avoir exigée.

C'est pourquoi, après qu'Ulpien a dit « qu'un *negotiorum gestor* était tenu de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il

[ARTICLE 1044.]

devait à la personne dont il gérait les affaires, lorsque la prescription de cette dette s'était accomplie durant le temps de sa gestion,» il ajoute : *Idem erit dicendum et in eâ causâ ex quâ hæres non tenetur ; eâd. L. 8.*

205. On peut encore imputer au *negotiorum gestor*, qu'il n'a pas exigé de lui-même la somme qu'il devait à la personne dont il gérait les affaires, dans le cas auquel il eût pu faire un emploi de cette somme qui eût produit à la personne dont il gérait les affaires, des intérêts, ou l'eût déchargée de ceux qu'elle devait à ses créanciers, au paiement desquels cette somme pouvait être employée : faute par le *negotiorum gestor* d'avoir, en ce cas, exigé de lui-même cette dette, quoique la dette ne fût pas par elle-même de nature à produire des intérêts, il en doit les intérêts à la personne dont il a géré les affaires, en vertu de l'obligation *negotiorum gestorum* qu'il a contractée envers elle.

C'est ce qu'enseigne Triphonius : *Qui sine usuris pecuniam debeat, creditoris sui gessit negotia ; quæsitum est an negotiorum gestorum actione summæ illius usuras præstare debeat ? Dixi si à semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras. Quod si dies solvendæ pecuniæ tempore quo negotia gerebat, nondum venerat, usuras non debiturum ; sed, die præterito, si non intulit rationibus creditoris cujus negotia gerebat eam pecuniam à se debitam, merito usuras bonæ fidei iudicio præstaturum ; L. 38, ff. eod. tit.*

Julien dit la même chose : *A semetipso cur non exegerit, ei imputabitur ; et si fortè non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium ; eâd. L. 6, § 12.*

Il est évident qu'on ne peut imputer au *negotiorum gestor*, qu'il n'ait pas exigé de lui-même ce qu'il devait à la personne dont il gérait les affaires, tant que cette dette n'était pas exigible, comme nous l'avons déjà remarqué.

Pareillement, si ce que vous devait celui qui gérait vos affaires, ne vous était dû qu'à la charge que vous lui rendriez au préalable quelque chose ; s'il n'a pas trouvé dans vos biens qu'il gérait, de quoi lui rendre cette chose que vous étiez

[ARTICLE 1044.]

tenu de lui rendre, avant que de pouvoir exiger de lui ce qu'il vous devait, on ne pourra pas lui imputer de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il vous devait ; et sa gestion n'arrêtera pas le temps de la prescription de votre créance.

C'est ce qu'enseigne Scævola, dans l'espèce d'un vendeur qui gérait les affaires de celui à qui il avait vendu une chose qui avait un vice rédhibitoire : *Sed nec redhibitorix speciem, dit-il, venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire ; si vel mancipium in rebus non invenit, vel eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset acquisitum (non ex re emptoris), nec invenit, nec recepisset, nec esset in ipsis negotiis quæ gerebat unde sibi in præsentî redderet ; L. 35, § 2.*

206. Si on peut imputer à celui qui s'est immiscé sans procuration à la gestion des affaires de son créancier, qu'il n'ait pas exigé de lui-même ce qu'il lui devait, on ne peut pas de même lui imputer qu'il n'ait pas exigé ce qui était dû par les autres débiteurs ; car, n'ayant pas de procuration, il ne pouvait pas les obliger à lui payer ce qu'ils devaient.

207. Lorsque c'est un créancier qui a géré les affaires de son débiteur, on peut lui imputer de ce qu'il n'a pas employé les sommes de deniers qui lui sont parvenues de sa gestion, à se payer de ce que lui devait la personne dont il gérait les affaires, et à payer les autres créanciers de cette personne. C'est pourquoi si, ayant pu faire cet emploi, et ne l'ayant pas fait, ces sommes de deniers sont depuis péries entre ses mains par quelque force majeure, il est responsable de cette perte, qu'eût évitée celui dont il gérait les affaires, si cet emploi eût été fait. Si néanmoins il avait eu un juste sujet de garder ces sommes de deniers en réserve, *putà*, parce qu'il prévoyait que celui dont il gérait les affaires en aurait besoin dans peu pour une affaire importante, il ne serait pas, en ce cas, responsable de la perte.

208. Pour achever le parallèle de l'obligation du *negotio-*

[ARTICLE 1044.]

rum gestor, et de celle du mandataire, passons aux autres objets de l'obligation du mandataire.

Nous avons dit « que le mandataire était obligé en second lieu d'apporter le soin convenable à la gestion de l'affaire dont il s'était chargé ; » l'obligation du *negotiorum gestor* est ordinairement semblable en cela à celle du mandataire.

Le *negotiorum gestor* est tenu d'apporter à sa gestion le même soin qu'un mandataire est tenu d'apporter à la sienne : il est tenu, de même qu'un mandataire, *de levi aut de levisimâ culpâ*, selon la nature de l'affaire ; sur quoi voyez ce que nous avons dit à l'égard du mandataire, *suprà*, n° 46 : *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolam præstare debes* ; L. 11, ff. de *Neg. gest.*

209. Quelquefois néanmoins le *negotiorum gestor* est tenu à un plus grand soin qu'un mandataire ; car, à des affaires communes pour lesquelles il suffirait à un mandataire d'apporter un soin ordinaire, un *negotiorum gestor* est obligé quelquefois d'apporter tout le soin possible, et il est tenu *de levissimâ culpâ*. Cela a lieu lorsqu'il a empêché, en s'ingérant à la gestion de ces affaires, qu'elles ne fussent gérées par des personnes plus capables que lui, qui les auraient gérées : *Ad exactissimam diligentiam competitur reddere rationem ; nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modo dius diligentior eo commodiùs administraturus esset negotia*. Inst. de *Oblig. quæ quasi ex contr.*

210. Quelquefois même le *negotiorum gestor* est tenu des pertes qu'il a souffertes par cas fortuit dans la gestion de l'affaire qu'il a faite pour quelqu'un. C'est ce qui arrive lorsqu'il a fait pour moi et en mon nom un commerce que je n'avais pas coutume de faire. S'il n'a pas réussi dans ce commerce, et qu'il y ait de la perte, n'ayant pas approuvé ce commerce qu'il faisait pour moi, je pourrai lui laisser la perte pour son compte : *Proculus interdum etiam casum præstare debere : veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, in nomine ejus geras, veluti aliquam negotiationem ineundo ; nam si quid damnum ex eâ re seculum fuerit, te sequetur, lucrum vero ab-*

[ARTICLE 1044.]

sentem. Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet; L. 11, ff. eod. tit.

En vain le *negotiorum gestor* opposerait-il cette règle de droit : *Negotium gerentes alienum casum fortuitum præstare non compelluntur; L. 22, Cod. de Neg. gest.*

Cette règle a lieu à l'égard d'un mandataire qui n'exécute pas les bornes de son mandat, et même à l'égard d'un *negotiorum gestor* qui gère sans procuration les affaires d'un absent, lorsque ce qu'il fait pour cet absent était quelque chose qu'il était nécessaire de faire, et que les affaires de cet absent exigeaient qu'il fût fait. Mais lorsqu'il s'ingère à faire pour cet absent des affaires que cet absent pouvait se passer de faire, c'est sa faute de s'être mêlé, en ce cas, sans besoin et sans nécessité, de ce qu'il ne le regardait pas : *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti; L. 36, ff. de Reg. jur.*

211. Au contraire, il y a un cas dans lequel le *negotiorum gestor* n'est obligé d'apporter que de la bonne foi à sa gestion, et n'est pas tenu des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion par imprudence ou par impéritie. C'est le cas auquel les affaires d'un absent se trouvant abandonnées, personne ne se présentant pour en prendre soin, une personne, quoique peu habile et peu intelligente dans les affaires, en aurait entrepris la gestion pour ne pas les laisser à l'abandon.

C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare; L. 3, § 9, ff. eod. tit.*

Il ne faut pas conclure de ces termes : *dolum duntaxat te præstare*, que le *negotiorum gestor* ne soit pas tenu des fautes qui procèdent de négligence : lorsque la négligence qu'il a apportée à sa gestion est une négligence qu'il n'a pas pour ses propres affaires, de telles fautes sont comprises sous le terme général de *dol* ; car c'est quelque chose de contraire à la bonne foi, et par conséquent une espèce de *dol*, que de

[ARTICLE 1044.]

n'avoir pas des affaires d'autrui le même soin qu'on a des siennes.

Il est évident que le précepte qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-même, nous oblige d'apporter aux affaires du prochain, lorsque nous les gérons, le même soin que nous apportons aux nôtres. Les fautes dont ce *negotiorum gestor* est excusé, dans ce cas, sont seulement celles qui proviennent du défaut d'une habileté et d'une intelligence dans les affaires qu'il n'a pas, ou même du défaut d'un soin dont il n'est pas capable.

Cette décision d'Ulpien est très équitable. On ne peut pas, en ce cas, opposer à ce *negotiorum gestor* qu'il est en faute de s'être ingéré dans une gestion dont il devait se sentir incapable, puisqu'on suppose qu'il ne s'est ingéré dans la gestion de ces affaires que parce qu'elles étaient abandonnées, que personne ne voulait les gérer, et qu'il était plus avantageux pour l'absent qu'elles fussent gérées par une personne sans intelligence, que d'être entièrement à l'abandon

212. Enfin, par rapport au dernier objet de l'obligation du mandataire, qui est de rendre compte de sa gestion au mandant, et de lui en remettre ce qui lui en est parvenu, l'obligation du *negotiorum gestor* est en cela semblable à celle du mandataire : le *negotiorum gestor*, de même qu'un mandataire, est tenu de me rendre tout ce qui lui est parvenu de la gestion de mes affaires, et tout ce qu'il a reçu pour moi non seulement lorsque ce qu'il a reçu pour moi m'était dû, mais même dans le cas auquel il aurait reçu pour moi quelque chose qui ne m'était pas dû. Lorsque je juge à propos d'approuver le paiement qui lui en a été fait pour moi, et de lui en demander compte, il n'est pas recevable, pour se défendre de me rendre cette somme, à alléguer qu'elle ne m'était pas due : il suffit qu'il l'ait reçue pour moi, pour qu'il soit tenu de me la rendre : *Si quis negotia aliena gerens indubitum exegerit, restituere cogitur* ; L. 23, ff. de *Neg. gest.*

Mais si ce *negotiorum gestor*, avant que de me rendre compte de cette somme, et avant que j'eusse approuvé le paiement

[ARTICLE 1044.]

qu'il en a reçu pour moi, ayant découvert qu'elle ne m'était pas due, l'eût rendue à celui qui la lui a payée, il ne serait pas tenu de m'en rendre compte : mais ce serait à lui à prouver que cette somme ne m'était pas due, et qu'il a eu raison de la rendre ; car le paiement qui lui a été fait, la fait présumer due, tant qu'on ne justifie pas le contraire ; L. 25, ff. de *Probat.*

213. Le *negotiorum gestor*, de même que le mandataire, étant tenu de rendre à celui dont il a géré les affaires, tout ce qui lui est parvenu de sa gestion, il doit le subroger à toutes les actions qu'il a acquises par sa gestion, et lui en laisser la disposition. Voyez un exemple en la loi 48, ff. de *Neg.* Voyez *suprà*, n° 60.

214. De l'obligation du *negotiorum gestor*, naît l'action *negotiorum gestorum directa*, qu'a celui dont on a fait les affaires, pour s'en faire rendre compte par la personne qui les a faites sans procuration.

J'ai cette action non seulement contre celui qui les a gérées par lui-même, mais aussi contre celui qui les a gérées par un autre qu'il a chargé : car, en ayant chargé une personne, la gestion de cette personne est censée la sienne, suivant la règle : *Qui mandat, ipse fecisse videtur* ; et il m'en est comptable. C'est ce qu'enseigne Paul : *Mandato tuo negotia mea L. Titius gessit ; quod is non rectè gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris ; non in hoc tantùm ut actione tuas præstes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes* ; L. 21, § fin. ff. de *Neg. gest.*

C'est même proprement contre vous qui avez chargé quelqu'un de gérer mes affaires, plutôt que contre celui qui les a gérées par votre ordre, que j'ai l'action *negotiorum gestorum* ; car, c'est entre vous et moi que s'est formé le quasi-contrat *negotiorum gestorum*. C'est vous qui êtes mon véritable *negotiorum gestor*, puisque c'est vous qui, en faisant faire mes affaires, aviez pour principale intention *animum negotium meum gerendi* ; au lieu que celui qui les faisait par votre ordre, avait pour principale intention d'exécuter votre mandat

[ARTICLE 1044.]

Au reste, quoique ce soit principalement contre vous que j'aie l'action *negotiorum gestorum*, j'ai aussi une action *negotiorum gestorum utilem* contre celui qui les a gérées par votre ordre.

215. Lorsque deux personnes ont géré sans procuration les affaires d'un absent, elles ne sont tenues chacune de l'action *negotiorum gestorum* que pour ce que chacune d'elles a géré; elles n'en sont pas tenues solidairement.

C'est ce que décide Modestinus en la loi 26, ff. *de Neg. gest.*

En cela les *negotiorum gestores* sont différents des mandataires, et la raison de différence est évidente. Lorsqu'un mandant, par sa procuration, charge plusieurs mandataires de la gestion de ses affaires, sans partager entre eux la gestion, il charge chacun d'eux du total de sa gestion : chacun d'eux, en acceptant la procuration, se charge du total de cette gestion ; ils s'obligent donc chacun à rendre compte du total de la gestion ; ils en sont donc tenus solidairement, ou l'un pour l'autre. Au contraire, lorsque deux ou plusieurs *negotiorum gestores* ont géré les affaires de quelqu'un sans mandat, celui dont ils ont géré les affaires ne les en ayant pas chargés, ils ne sont chargés chacun que de la partie que chacun d'eux a bien voulu gérer : ils ne doivent donc chacun rendre compte que pour cette partie ; ils ne sont point tenus l'un pour l'autre.

216. Il est évident que cette action passe à l'héritier de celui dont on a fait les affaires, qui peut, en sa qualité d'héritier, demander qu'on lui rende le compte qui était dû au défunt ; et qu'elle passe pareillement contre l'héritier ou *negotiorum gestor*, qui doit rendre le compte que le défunt était tenu de rendre de sa gestion.

Il doit, dans ce compte, rendre non seulement compte de ce que le défunt a fait, mais des choses qui, lors de la mort du défunt, restaient à faire, et étaient une dépendance nécessaire de la gestion que le défunt avait commencée : son héritier, en sa qualité d'héritier, est tenu de les achever et d'en rendre compte.

[ARTICLE 1044.]

En cela l'héritier du *negotiorum gestor* est semblable à l'héritier d'un mandataire ; Voyez *suprà*, n° 101.

217. Mais si l'héritier du *negotiorum gestor* a fait, depuis la mort du défunt, de nouvelles affaires, c'est un nouveau quasi-contrat *negotiorum gestorum* qui se forme entre lui et celui pour qui il a fait ces nouvelles affaires, à qui il est tenu de son chef d'en rendre compte.

218. La ratification ou l'approbation que celui au nom de qui et pour qui on a fait quelque affaire, donne à la gestion, n'éteint pas l'action qu'il a pour s'en faire rendre compte ; cette approbation n'a d'autre effet que d'empêcher qu'il ne puisse désapprouver l'affaire qui a été faite pour lui, et l'empêcher de la laisser pour le compte de celui qui l'a faite ; mais elle ne l'exclut pas de l'action qu'il a pour s'en faire rendre compte : *Erit et post ratihibitionem negotiorum gestorum actio* ; L. 7, ff. de *Neg. gest.*, in *fine*.

ART. II.—DE L'OBLIGATION QUE CELUI DONT ON A FAIT QUELQUE AFFAIRE SANS SON ORDRE, CONTRACTE ENVERS CELUI QUI L'A FAITE, ET DE L'ACTION QUI EN NAÏT.

Nous verrons : 1° Quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît ;

2° En quel cas il y a lieu à cette obligation, et à l'action qui en naît ;

3° Ce qu'il y a de préalable pour intenter cette action, et quels en sont les objets.

§ 1^{er} *Quelle est cette obligation et quelle est l'action qui en naît.*

219. Celui dont on a fait utilement quelque affaire sans son ordre, contracte par le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, envers celui qui l'a faite, l'obligation de le rembourser et de l'indemniser de ce qu'il lui en a coûté pour la faire : on appelle cette obligation *obligatio contraria negotiorum gestorum*.

Cette obligation ne donne pas seulement au *negotiorum gestor* envers qui elle est contractée, le droit de se faire allouer en mise tout ce qu'il a dépensé pour sa gestion, dans le

[ARTICLE 1044.]

compte qu'il est obligé d'en rendre, sur la demande en reddition de compte qu'a droit de donner contre lui celui dont il a fait l'affaire ; elle lui donne en outre une action contre celui dont il a fait l'affaire, pour se faire rembourser des frais de sa gestion.

Cette obligation, et l'action qui en naît, sont appelées *contrariæ*, parce que dans le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, de même que dans le contrat de mandat, il n'y a d'obligation principale et essentielle, que l'obligation de rendre compte, que celui qui a géré l'affaire contracte envers celui que cette affaire concerne ; l'obligation de rembourser les frais de sa gestion, que celui-ci contracte, n'est qu'une obligation incidente, et qui n'est qu'accidentelle au quasi-contrat *negotiorum gestorum*, puisque, si la gestion se faisait sans frais, ce qui arrive quelquefois, le quasi-contrat *negotiorum gestorum* ne produirait pas cette obligation.

§ II. *Quand y a-t-il lieu à cette obligation et à l'action qui en naît.*

220. Pour que celui pour qui et au nom de qui on a fait une affaire, contracte l'obligation de rembourser des frais de sa gestion celui qui l'a faite, il faut ou qu'il ait depuis approuvé qu'on ait fait pour lui cette affaire, ou que ce fût une affaire indispensable, qu'il n'eût pas manqué de faire lui-même, s'il eût été à portée : autrement celui pour qui et au nom de qui on a fait l'affaire, en désapprouvant ce qui a été fait en son nom, et en laissant l'affaire pour le compte de celui qui l'a faite, ne contractera aucune obligation envers celui qui l'a faite, lequel n'aura aucune action contre lui : *Is enim negotiorum gestorum habet actionem qui utiliter negotia gessit : non autem utiliter negotia gerit qui rem non necessariam vel quæ oneratura est patrem-familiâs adgreditur ;* L. 10, § 1, ff de *Neg. gest.*

221. Lorsque l'affaire était une affaire indispensable, ou une affaire à laquelle il a donné son approbation, pour qu'il soit tenu des frais de la gestion, il suffit que l'affaire ait été d'abord utilement faite, quoique par quelque accident de force

[ARTICLE 1044.]

majeure, cette utilité ait depuis été détruite : *sufficit utiliter bestum, quamvis non duraverit gestum.*

Par exemple, si en mon absence on a fait pour moi des réparations urgentes et nécessaires à ma maison ; quoique par l'événement je n'en aie pas profité, parce que peu après ma maison a été incendiée par le feu du ciel, je ne laisserai pas de demeurer obligé à rembourser des frais de sa gestion celui qui les a fait faire. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Is qui negotiorum gestor agit, non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium ; et ideo si insulam fulsit, vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, ager negotiorum gestor ; ead. L. 10, § 1.*

222. Il en serait autrement, si les réparations que quelqu'un a fait faire pour moi en mon absence à une mauvaise maison qui m'appartenait, quoique nécessaires pour en prévenir la ruine, étaient si coûteuses, que, si j'eusse été sur les lieux, j'eusse mieux aimé laisser tomber la maison que de m'engager dans cette dépense : *si eam insulam fulsit quam dominus, quasi impar sumptui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit.*

Ulpien dénie, en ce cas, l'action à celui qui a fait pour moi cette dépense ; car cette affaire qu'il a faite pour moi étant une affaire dans laquelle je n'eusse pas voulu m'engager si j'eusse été sur les lieux, je ne dois pas être obligé à le rembourser de ses frais, lorsque je n'en ai pas profité.

Quand même celui qui a fait pour moi cette dépense, aurait de bonne foi cru faire pour le mieux, il suffit que l'affaire qu'il a faite pour moi fût une affaire dans laquelle je ne me fusse pas engagé, pour qu'il n'ait pas d'action contre moi : *Quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamiliâs non expediebat ? Dico hunc non habiturum negotiorum gestor actionem ; ut enim eventum non spectemus, debet esse utiliter cæptum ; ead. L. 10, § 1.* Or, suivant le principe ci-dessus rapporté, *Non est utiliter cæptum, quum quis rem non necessariam adgreditur.*

Cela doit surtout avoir lieu lorsque celui qui a fait pour

[ARTICLE 1044.]

moi une affaire sans mon ordre, a été à portée et a eu le temps de me consulter avant que de la faire : je dois, en ce cas, être plus facilement écouté à dire, pour me défendre de sa demande, que, s'il m'eût consulté, je n'aurais pas voulu m'engager dans cette affaire, et qu'il est en faute de l'avoir entreprise sans me consulter.

Mais s'il n'a pas été à portée de me consulter, je ne dois pas être si facilement écouté à dire, après la mauvaise réussite de l'affaire, que je n'aurais pas voulu m'y engager : il suffit, en ce cas, pour que je sois tenu des frais de la gestion, que le bien de mes affaires ait paru exiger qu'on fit pour moi cette affaire.

Lorsque l'affaire est importante, le *negotiorum gestor* qui n'est pas à portée de me consulter, peut, à défaut de cela, pour sa salut grande sûreté, prendre l'avis de ma famille, qu'il assemblera pour cet effet devant le juge qui en donnera acte : cet avis constatera que le bien de mes affaires exigeait qu'on fit pour moi cette affaire ; et quoique, par un événement qu'on ne pouvait prévoir, elle ait eu une mauvaise réussite, je ne pourrai me dispenser de rembourser le *negotiorum gestor* des frais de sa gestion.

223. Lorsque l'affaire était indispensable, ou lorsque celui pour qui elle a été faite y a donné son approbation, il suffit, à la vérité, au *negotiorum gestor*, pour qu'il ait la répétition des frais de sa gestion, qu'il ait d'abord utilement géré, quoi que l'utilité de sa gestion n'ait pas subsisté. Mais il faut pour cela que ce soit par quelque accident de force majeure qu'elle n'ait pas subsisté.

Il en serait autrement si c'étoit par la faute de ce *negotiorum gestor* qu'elle n'eût pas subsisté. C'est ce qu'enseigne Gaius : *Sive hæreditaria negotia, sive ea quæ alicujus essent, gerens aliquis, necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impendit judicio negotiorum gestorum consequi, veluti si frumentum aut vinum familiæ paraverit, idque casu quodam interierit, fortè incendio aut ruinâ. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit : nam quum propter ipsam*

[ARTICLE 1044.]

ruinam vel incendium damnandus sit, absurdum est eum, illarum rerum nomine quæ ita consumptæ sunt, quicquam consequi ; L. 22, ff. eod. tit.

224. Le principe « que le *negotiorum gestor* qui a d'abord utilement géré une affaire indispensable, a action pour la répétition de ses frais, quoique l'utilité n'ait pas subsisté, » recevait par le droit romain une autre exception ; c'est à l'égard des affaires des impubères.

Quelque indispensable qu'eût été l'affaire que quelqu'un avait faite pour un impubère, celui qui l'avait faite n'avait d'action contre l'impubère pour le remboursement des frais de sa gestion, que jusqu'à concurrence de ce que cet impubère se trouvait en profiter au temps de la contestation en cause sur la demande du *negotiorum gestor* : c'est ce qu'en seigne Paul : *Litis contestatæ tempore quæri solet an pupillus cujus sine tutoris auctoritate negotia gestæ sunt, locupletior sit ex eâ re factus, cujus patitur actionem* ; L. 37, ff. eod. tit.

Je ne crois pas que cette décision des lois romaines doive être suivie dans notre droit.

Il est bien vrai, à l'égard des contrats « qu'un impubère ne peut s'obliger en contractant sans l'autorité de son tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter du contrat. » Par exemple, si un impubère (ou même, selon notre droit français, un mineur, même pubère, qui est encore sous puissance de tuteur) a emprunté de quelqu'un une somme d'argent sans l'autorité de son tuteur, il ne sera obligé à la restitution des deniers qui lui ont été prêtés, que jusqu'à concurrence de ce qu'il sera trouvé en avoir profité au temps de la demande qui sera donnée contre lui.

La raison est que les contrats étant formés par le consentement des parties contractantes, le contrat fait par un impubère sans l'autorité de son tuteur, est nul, faute d'un consentement valable de la part de l'impubère, qui est présumé n'avoir pas le jugement assez formé pour pouvoir donner un consentement valable, sans être assisté et autorisé. L'impubère qui a contracté sans l'autorité de son tuteur, ne pouvant donc.

[ARTICLE 1044.]

pas être obligé par le contrat, puisqu'il est nul, et que *quod nullum est, nullum potest producere effectum*, il ne peut l'être en ce cas que par l'équité naturelle, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'un autre : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari* ; et par conséquent il ne peut l'être que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter au temps de la demande donnée contre lui ; la demande qui est donnée contre lui, n'ayant d'autre fondement que cette raison d'équité, qui ne subsiste qu'autant que le mineur se trouve profiter du prêt que lui a fait le demandeur.

Il n'en est pas de même des quasi-contrats.

Les obligations que les quasi-contrats produisent, étant formées sans le consentement des personnes qui les contractent, il est indifférent que les personnes qui les contractent soient capables ou non de donner un consentement valable, puisque c'est sans leur consentement qu'elles contractent ces obligations.

Par exemple, dans le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, celui pour qui on a fait une affaire indispensable, que la nécessité de ses affaires exigeait qui fût faite, contracte envers celui qui l'a faite l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion, même dans le cas auquel, par quelque accident de force majeure, l'utilité de cette gestion viendrait à être détruite. Il la contracte sans son consentement, puisqu'il la contracte même avant que d'avoir aucune connaissance de la gestion qui la lui fait contracter. Il est donc indifférent, pour qu'il la contracte valablement, qu'il soit capable ou non de donner un consentement valable, puisque ce n'est pas par aucun consentement de sa part qu'il la contracte ; et par conséquent, pour qu'il puisse contracter valablement cette obligation, il doit être indifférent qu'il soit impubère ou pubère, mineur ou majeur. Le droit romain ne devait donc pas excepter du principe la gestion des affaires des impubères. Le droit romain accorde bien au tuteur l'action *contraria tutelæ* contre l'impubère, lorsqu'il a utilement géré, quoique depuis, par quelques cas imprévus, l'utilité de sa gestion n'ait pas

[ARTICLE 1044.]

subsisté : *Suffici tutori benè et diligenter gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est* ; L. 3, § 7, ff. de Contrar. tut. act. Pourquoi, en pareil cas, ne pas accorder de même contre l'impubère l'action *contraria negotiorum gestorum* ?

225. Il y a un cas auquel je ne contracte pas envers le *negotiorum gestor*, qui a fait utilement une affaire pour moi, l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion, quoique j'en profite ; c'est le cas auquel il serait justifié que ce *negotiorum gestor* aurait empêché une autre personne de la faire, qui, par amitié pour moi, s'offrait à la faire à ses propres frais, sans en rien répéter.

§ III. *Ce qu'il y a de préalable pour intenter l'action contraria negotiorum gestorum, et quels en sont les objets.*

226. Le *negotiorum gestor* ne peut pas donner cette action contre celui dont il a fait l'affaire, qu'il ne lui présente un compte détaillé de sa gestion, et qu'il ne lui offre la communication de toutes les pièces justificatives.

Il est en cela semblable à un mandataire. La raison est que, dans tous les contrats et quasi-contrats qui sont synallagmatiques, l'une des parties n'a pas le droit de demander à l'autre qu'elle remplisse son obligation, si elle n'est prête elle-même de remplir la sienne ; d'ailleurs ce n'est que par le compte que doit donner le *negotiorum gestor*, qu'on peut connaître la somme qu'il a droit de demander pour les frais de sa gestion.

Si celui à qui le compte est présenté, fournit des débats contre le compte, le *negotiorum gestor* doit y répondre ; et il se forme, en ce cas, une instance de compte.

S'il n'en fournit aucun, le *negotiorum gestor*, après l'avoir mis en demeure d'en fournir, peut poursuivre contre lui la condamnation de la somme qui se trouve par le compte lui être dû pour les frais de sa gestion.

227. Cette action *contraria negotiorum gestorum*, de même que l'action *contraria mandati*, a deux objets.

[ARTICLE 1044.]

Le premier est le remboursement des sommes que le *negotiorum gestor* a été obligé de déboursier pour sa gestion.

Si par sa faute il a déboursé plus qu'il n'était nécessaire, il ne doit pas être remboursé que de ce qu'il suffisait de déboursier : *Si quis aliena negotia gerens plus quam oportet impenderit, recuperaturum eum id quod præstari debuerit* ; L. 25, ff. de *Neg. gest.*

228. Le second objet de cette action est la décharge que le *negotiorum gestor* a droit de demander des obligations qu'il a contractées pour sa gestion.

Par exemple, s'il a fait des marchés avec des ouvriers pour des réparations aux maisons de la personne dont il faisait les affaires, et qu'il ne soit obligé en son propre nom par ces marchés à en payer le prix, la personne dont il a fait les affaires, pour lui procurer la décharge qu'elle lui doit de ces obligations, doit lui rapporter ou la quittance des créanciers envers qui le *negotiorum gestor* s'est obligé, ou une décharge par laquelle ces créanciers acceptent pour débitrice en sa place la personne dont il a fait les affaires, et le déchargent. Faute par cette personne de rapporter au *negotiorum gestor*, ou la quittance, ou la décharge des créanciers envers qui il s'est obligé, il peut la poursuivre pour le paiement des sommes qu'il s'est obligé de payer, pourvu néanmoins que ce *negotiorum gestor* ne se soit pas par sa faute obligé à plus qu'il n'était nécessaire pour sa gestion ; car la personne dont il a fait les affaires ne serait obligée de l'indemniser que jusqu'à concurrence de ce qui était nécessaire.

* C. N. 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.

[ARTICLE 1045.]

1045. Il est tenu d'ap- | 1045. He is bound to ex-
porter à la gestion de l'af- | ercise in the management
faire tous les soins d'un | of the business all the care
bon père de famille. | of a prudent administra-
tor.

Néanmoins le tribunal | Nevertheless the court
peut modérer les dom- | may moderate the damages
mages résultant de sa né- | arising from his negligence
gligence ou de sa faute, | or fault, according to the
selon les circonstances dans | circumstances under which
lesquelles la gestion a été | the management of the bu-
assumée. | siness has been assumed.

* ff. *De neg. gest.*, Lib. 3, } 11. Si negotia absentis et ignoran-
Tit. 5, L. 11. } tis geras ; et culpam, et dolum præstare
deberes : sed Proculus, interdum etiam casum præstare
debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens
facere, tu nomine ejus geras ; veluti venales novicios coe-
mendo, vel aliquam negotiationem ineundo : nam si quid
damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur : lucrum verò,
absentem : quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in
quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno
debet. (POMPONIUS).

Ibidem. } 11. Celui qui fait les affaires d'un absent
Trad. de M. Hulot. } à son insu doit répondre de sa mauvaise
foi et de sa négligence. Proculus pense qu'il est quelquefois
responsable même des cas fortuits ; car s'il entreprend au nom
d'un absent, une affaire que l'absent n'avait point coutume de
faire, par exemple, en achetant des esclaves novices, ou en
faisant quelqu'autre entreprise, la perte qui peut en résulter
le regarde, et le gain est pour l'absent : s'il y a du gain d'un
côté et de la perte d'un autre, l'absent est obligé de faire la
compensation. (POMPONIUS).

Voy. autorités citées sur art. 1043.

[ARTICLE 1046.]

* *C. N.* 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.

<p>1046. Celui dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les obligations que la personne qui agissait pour lui a contractées en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'elle a pris et lui rembourser toutes dépenses nécessaires ou utiles.</p>	<p>1046. He whose business has been well managed is bound to fulfil the obligations that the person acting for him has contracted in his name, to indemnify him for all the personal liabilities which he has assumed, and to reimburse him all necessary or useful expenses.</p>
---	---

Voy. autorités citées sur arts. 1041-3-4.

* 1 *Domat (Remy) Liv. 2, Tit. 4, sec. 2.* } 1. Celui de qui un autre a fait
 } quelque affaire à son insu, est obligé
 envers lui à ce que demandent les suites de ce qui a été géré ;
 et cette obligation se contracte, quoiqu'on l'ignore, par le
 devoir de reconnaissance de ce bon office, et renferme les en-
 gagements qui seront expliqués par les règles qui suivent.

2. Celui de qui l'affaire a été bien conduite est obligé, envers celui qui en a pris le soin, de le dégager et désintéresser des suites de son administration : comme d'acquitter pour lui ce qu'il a promis, de l'indemniser des engagements où il est entré, et de ratifier ce qu'il a bien géré.

3. Si celui qui a géré l'affaire d'un absent y a fait des dé-

[ARTICLE 1046.]

penses nécessaires ou utiles, et telles que l'absent lui-même aurait pu ou dû faire, il les recouvrera.

4. Si, pour une dépense nécessaire, il a été mis plus qu'il ne fallait, elle sera réduite à ce qui a dû y être employé.

5. Si, pour ces dépenses, celui qui les a faites a été obligé, ou d'emprunter à intérêt, ou de faire une avance qui lui soit à charge, le maître de l'affaire sera tenu des intérêts des sommes avancées, quand même celui qui les a fournies aurait été obligé par quelque nécessité à se charger du soin de cette affaire.

6. Les dépenses qui auront été faites imprudemment pour une personne qui ne voulût pas les faire ou qui même ne fût pas en état de s'y engager, tomberont sur celui qui les aura faites de son mouvement : comme si, par exemple, il a fait dans une maison quelques réparations inutiles ou quelque changement que le maître ne pût ni ne voulût faire ; car il n'a pas dû l'engager indiscretement à une dépense qui lui fût à charge.

7. Si la dépense a été nécessaire, et telle que le maître aurait dû la faire, et que par quelque cas fortuit ce qui avait été fait utilement périclisse ou se perde, il ne laissera pas d'être tenu de rembourser de cette dépense celui qui l'avait faite, et à qui on ne peut imputer cet événement. Ainsi, par exemple, si un ami d'un absent de qui la maison était en péril de ruine, la fait appuyer ; s'il achète quelques provisions nécessaires pour l'entretien de sa famille, et que la maison ou ces provisions périclissent par un incendie ou autre cas fortuit, sans la faute de celui qui avait rendu ces services, il ne laissera pas de recouvrer ce qu'il avait mis.

8. Si celui de qui un autre a géré l'affaire, a ensuite approuvé ce qui a été fait après l'avoir connu, il ne pourra plus s'en plaindre, quand il aurait quelque sujet de ne pas l'approuver, à moins qu'il n'y eût du dol qui n'eût point paru.

9. Les dépenses qu'une personne peut faire pour une autre par un motif de libéralité ou par quelque devoir de charité, ne se recouvrent point, et ne sont pas mises au rang de celles

[ARTICLE 1046.]

que font ceux qui gèrent les affaires des autres, dans l'espérance de retirer ce qu'ils auront avancé du leur. Ainsi, par exemple, si un oncle donne des aliments à une nièce ; et que, se repentant dans la suite de sa libéralité ou de ce devoir de proximité, il veuille les demander, il n'y sera pas reçu ; et il en serait de même à plus forte raison d'une mère qui aurait nourri ses enfants. Mais si, outre les aliments, elle avait fourni quelque argent pour leurs affaires, et qu'il parût que ce fût dans le dessein de le recouvrer, elle pourrait se le faire rendre.

10. Si une personne a fait pour une autre de ces sortes de dépenses qui sont des devoirs de proximité ou de charité, qu'il est libre d'exercer, ou libéralement, ou avec le dessein de recouvrer ce qu'on y aura employé ; l'intention de cette personne servira de règle, ou pour obliger celui que ces dépenses regarderont à les acquitter, ou pour l'en décharger. Et on jugera de cette intention par les circonstances de la qualité des personnes, de leurs biens, des précautions prises par celui qui fait ces sortes de dépenses et les autres semblables.

11. La plus grande proximité des personnes ne suffit pas pour faire présumer que la dépense que l'une a faite pour l'autre soit une libéralité. Et quand même il n'y aurait aucune protestation de recouvrer ce qui est avancé, s'il paraît par les circonstances qu'il n'y ait pas eu d'intention de donner, la personne qui a fait de ces sortes de dépenses pourra les demander. Ainsi, par exemple, si une mère qui prenait le soin des biens et des affaires de ses enfants, ou une aïeule de ceux de ses petits-enfants, les avait nourris et entretenus ; il serait à présumer en ce cas que l'intention de cette mère ou de cette aïeule n'aurait été que de nourrir ses enfants ou petits-enfants de leur propre bien, qu'elle administrait ; et cette dépense lui serait allouée, quand même elle n'en aurait fait aucune protestation ; ce qui recevrait encore moins de difficulté si elle en avait tenu un mémoire dans le dessein de la recouvrer.

[ARTICLE 1047.]

* C. N. 1375. } Le maître dont l'affaire a été bien adminis-
trée, doit remplir les engagements que le
gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les en-
gagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes
les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites.

SECTION II.

DU QUASI-CONTRAT RÉSULTANT DE
LA RÉCEPTION D'UNE CHOSE NON
DUE.

1047. Celui qui reçoit, par erreur de droit ou de fait, ce qui ne lui est pas dû, est obligé de le restituer; et s'il ne peut le restituer en nature, d'en payer la valeur.

[Si la personne qui reçoit est de bonne foi, elle n'est pas obligée de restituer les profits qu'elle a perçus de la chose.]

SECTION II.

OF THE QUASI-CONTRACT RESULT-
ING FROM THE RECEPTION OF
A THING NOT DUE.

1047. He who receives what is not due to him, through error of law or of fact, is bound to restore it; or if it cannot be restored in kind, to give the value of it.

[If the person receiving be in good faith, he is not obliged to restore the profits of the thing received.]

Voy. *Institutes*, citées sur art. 1141.

* ff. *De oblig. et action.*, Lib. 44, } § 3. Is quoque qui non de-
Tit. 7, L. 5, § 3. } bitum accipit per errorem
solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem
actione tenetur, qua debitores creditoribus. Sed non potest
intelligi is qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus
esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendæ obliga-
tionis animo, quàm contrahendæ dare videtur. (GAIUS.)

[ARTICLE 1047.]

Ibidem. } 3. Celui qui a reçu une chose qui ne
Trad. de M. Hulot. } lui était pas due, et qu'on lui a payée par
 erreur, est obligé comme si on lui eût prêté la somme, et on
 a contre lui la même action que tout créancier a contre son
 débiteur. Mais on ne peut pas dire qu'il soit obligé en con-
 séquence d'un contrat : car celui qui a payé par erreur a eu
 plutôt intention de dissoudre une obligation que d'en con-
 tracter une. (GAIUS.)

* ff. De *condictione indebiti*, Lib. 12, } Nunc videndum de in-
 Tit. 6, LL. 1, 2, 7, 37, 54. } debito soluto.

§ 1. Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc
 actionem condicere potest. Sed si sciens se non debere solvit,
 cessat repetitio. (ULPIANUS.)

L. 2.—Si quis sic solverit, ut si apparuisset esse indebitum,
 vel *Falcidia* emergerit, reddatur, repetitio locum habebit : ne-
 gotium enim contractum est inter eos.

§ 1. Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum,
 vel inofficiosum, vel irritum, vel ruptum apparuerit, repe-
 tur : vel si post multum temporis emergerit æs alienum, vel
 codicilli diù celati, prolati, qui ademptionem continent lega-
 torum solutorum, vel deminutionem per hoc, quia aliis
 quoque legata relicta sunt. Namdivus Hadrianus circa inoffi-
 ciosum, et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam
 ei, secundum quem de hereditate iudicatum est. (ULPIANUS.)

L. 7.—Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum, aut
 tantundem repetitur. (POMPONIUS.)

L. 37.—Servum meum in sciens à te emi, pecuniamque tibi
 solvi : eam me à te repetiturum, et eo nomine condictionem
 mihi esse omnimodò puto : sive scisses meum esse, sive igno-
 rasses. (JULIANUS.)

L. 54.—Ex his omnibus causis quæ jure non valuerunt, vel
 non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, con-
 ditioni locus erit. (PAPINIANUS.)

[ARTICLE 1047.]

Ibidem. } Examinons maintenant ce qui arrive
Trad. de M. Hulot. } dans le cas où on a payé une chose sans
 la devoir.

1. D'abord celui qui a payé une chose indue, dans la fausse opinion où il était qu'il la devait, a, pour la redemander, l'action dont nous parlons ici. Mais cette action n'a pas lieu à l'égard de celui qui a payé indûment une chose qu'il savait ne point devoir. (ULPIEN.)

L. 2.—Si quelqu'un a payé une dette avec cette clause, que s'il paraissait qu'il ne devait rien, ou si les legs qu'il payait entièrement se trouvaient réductibles à cause de la loi Falcidia, on lui rendrait ce qu'il avait donné, il aura action contre celui à qui il aura payé ; parce que cette clause forme une espèce de convention entre les parties.

1. Si l'héritier écrit a payé quelque chose en conséquence d'un testament qui aura été depuis déclaré faux, inofficieux, nul, ou qui a été cassé, il pourra redemander ce qu'il a donné. Il en serait de même si, après un laps de temps considérable, on découvrirait de nouvelles dettes de la succession, ou si on produisait un codicile qui eût demeuré longtemps caché, par lequel les legs qui ont été payés se trouveraient retranchés, ou devraient souffrir quelque diminution à l'occasion de nouveaux legs faits à d'autres personnes : car l'empereur Adrien, dans le cas d'un testament déclaré faux ou inofficieux, a répondu que l'action pour redemander ce qui a été payé indûment en conséquence d'un pareil testament, devait appartenir à celui en faveur de qui le jugement aura été porté. (ULPIEN.)

L. 7.—Quand on a payé par erreur ce qu'on ne devait pas, on redemande ou la chose même qu'on a donnée, ou une autre de pareille valeur. (POMPONIUS.)

L. 37.—J'ai acheté de vous un esclave qui m'appartenait, ignorant qu'il fût à moi, et je vous en ai payé le prix. Je pourrai vous redemander cet argent, et j'aurai à cet effet action contre vous, soit que vous sussiez que l'esclave était à moi, soit que vous l'ignorassiez. (JULIANUS.)

[ARTICLE 1047.]

L. 54.—Les sommes payées par erreur pour l'acquit des obligations qui sont nulles de droit, ou qui n'ont pu avoir leur effet, peuvent être redemandées comme indues. (PAPINIEN.)

* ff. De juris et facti ignorantia, } § 5. Si quis jus ignorans,
 Lib. 22, Tit. 6, L. 9, § 5. } lege Falcidia usus non sit,
 nocere ei dicit epistola divi Pii. Sed et imperatores Severus
 et Antoninus in hæc verba rescripserunt : *Quod ex causa fidei-*
commissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est,
repeti non potest. Quamobrem Cargilioni heredes, qui cum ex
testamento ejus pecuniam ad opus æquæductus reipublicæ Cir-
tensium relictum solverint, non solum cautiones non exegerunt,
quæ interponi solent, ut quod amplius cepissent municipes,
quàm per legem Falcidiam licuisset, redderent : verùm etiam
stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converte-
retur, et scientes, prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus
aquæductus impendi : frustra postulant reddi sibi à republica
Cirtensium, quasi plus debito dederint : cùm sit utrumque ini-
quum, pecuniam quæ ad opus aquæductus data est, repeti, et
republicam ex corpore patrimonii sui impendere, et in id opus,
quod totum alienæ liberalitatis gloriam repræsentet. Quod si
ideo repetitionem ejus pecuniæ habere credunt, quod imperitia
lapsi, legis Falcidiæ beneficio usi non sunt : sciant ignorantiam
facti, non juris prodesse : nec stullis solere succurri, sed erran-
 tibus. Et licet municipum mentio in hac epistola fiat, tamen
 et in qualibet persona idem observabitur. Sed nec quod in
 opere aquæductus relicta esse pecunia proponitur, in hunc
 solum casum cessare repetitionem dicendum est : nam ini-
 tium constitutionis generale est : demonstrat enim, si non per
 errorem solutum si fideicommissum, quod indebitum fuit,
 non posse repeti. Item et illa pars æquè generalis est, ut qui
 juris ignorantia legis Falcidiæ beneficio usi non sunt, nec
 possint repetere : ut secundùm hoc possit dici, etiam si pecu-
 nia, quæ per fideicommissum relicta est, quæque soluta est,
 non ad aliquid faciendum relicta sit, et licet consumpta non

[ARTICLE 1047.]

sit, sed exstet apud eum cui soluta est, cessare repetitionem.
(PAULUS.)

Ibidem. } 5. Si un héritier, par ignorance de droit,
Trad. de M. Hulot. } ne ne sert pas du bénéfice de la loi Fal-
cidia, c'est à ses risques, suivant un rescrit de l'empereur
Antonin. Il y a un autre rescrit des empereurs Sévère et An-
tonin, conçu en ces termes : « Ce qui a été payé à titre de
fidéicommiss, ne peut pas être redemandé comme indû, si on
ne l'a pas payé par ignorance. Ainsi, dans l'espèce proposée,
les héritiers de Cargilianus, ayant payé la somme laissée par
testament pour construire un aqueduc au profit de la répu-
blique des Cyrtiens, non seulement ne se sont pas fait donner
par les magistrats municipaux la caution ordinaire pour se
faire rendre par eux ce qu'ils auraient reçu du legs au delà
de la loi Falcidia, mais même ont stipulé que la somme ne
pourrait être employée à d'autre usage ; ayant de plus souf-
fert que l'argent ait été employé à leur connaissance à faire
un aqueduc, ils ne sont pas fondés à demander que la répu-
blique des Cyrtiens leur rende quelque chose comme ayant
reçu plus qu'il ne lui était dû. Car il y aurait alors double
injustice, en ce qu'on pourrait redemander à cette république
l'argent qui lui a été donné pour la construction d'un aqueduc,
et en ce que la république serait obligée de payer sur son
patrimoine un ouvrage qui représente en entier la gloire due
à la libéralité du testateur. S'ils croyent être fondés à rede-
mander ce qu'ils ont payé, par la raison que c'est par igno-
rance qu'ils ne se sont point servi du bénéfice de la loi Fal-
cidia, qu'ils sachent qu'on peut opposer utilement l'ignorance
de fait, mais non pas l'ignorance de droit, et que la loi ne
vient point au secours des sots, mais seulement de ceux qui
se sont trompés dans un fait. » Quoique ce rescrit soit fait par
des magistrats municipaux, il doit être étendu à toute autre
personne. Et parce que dans l'espèce proposée il s'agit d'une
somme laissée pour la construction d'un aqueduc, il ne faut
pas croire qu'il n'y ait que ce cas où ce qui a été payé ne
puisse pas être redemandée ; car le commencement de ce

[ARTICLE 1047.]

rescrit est conçu en termes généraux, et fait voir que si le fidéicommiss qui n'était pas dû a été payé sans erreur, il ne peut pas être redemandé. La partie du rescrit où il est dit que ceux qui ne se sont pas servi du bénéfice de la loi Falcidia par ignorance de leurs droits, ne peuvent pas redemander ce qu'il sont payé, est aussi conçue en termes généraux ; en sorte qu'on peut dire que, quand même l'argent qui a été laissé par fidéicommiss, et qui a été payé, n'aurait pas été laissé pour la construction d'un ouvrage, quand même il n'aurait pas été employé, mais serait encore entre les mains de celui qui l'a reçu, on ne serait point admis à le redemander comme indûment payé. (PAUL.)

* *Cod. de juris et facti ignorantia*, } Cùm quis jus ignorans, in-
 Lib. I, Tit. 18. } debitam pecuniam solverit,
 cessat repetitio : per ignorantiam enim facti repetitionem
 tantùm indebiti soluti competere, tibi notum est.

Dat. 6 calend. januar. cc. vi. Coss. 306. (*Imperat. Dioclet. et Maximianus.*)

Ibidem. } Si quelqu'un, par ignorance du
 Trad. de M. P. A. Tissot. } droit, paie une somme qu'il ne de-
 vait pas, il ne peut la répéter ; car vous savez qu'il n'y a que
 l'ignorance de fait qui donne droit à la répétition de la somme
 qui a été payée, quoiqu'elle ne fut pas due.

Fait le 5 des calendes de janvier, sous le sixième consulat
 des Césars nommés ci dessus. 306. (*Les empereurs Dioclétien
 et Maximien.*)

* 5 *Pothier (Bugnet), condict. indeb.*, } 132. On appelle *promu-*
 nos 132, 140, 165, 168. } *tuum*, le quasi-contrat
 par lequel celui qui reçoit une certaine somme d'argent, ou
 une certaine quantité de choses fongibles, qui lui a été payée
 par erreur, contracte envers celui qui la lui a payée par er-
 reur, l'obligation de lui en rendre autant.

[ARTICLE 1047.]

C'est le paiement qui est fait par erreur, qui forme ce quasi-contrat : on l'appelle *promutuum*, à cause des rapports qu'il a avec le contrat *mutuum*.

140. L'action qu'on appelle *Condictio indebiti*, est celle qui a lieu toutes les fois que quelqu'un a payé par erreur à un autre, non-seulement une certaine somme d'argent, ou une quantité de choses fongibles, qui ont le cas du *promutuum*, mais généralement quelque chose que ce soit, qu'il croyait, par erreur, devoir.

Cette action naît de l'obligation que celui qui a reçu quelque chose qui ne lui est pas due a contractée par le paiement qui lui en a été fait, de la rendre à celui qui la lui a payée par erreur. Le paiement qui lui en a été fait, est un quasi-contrat qui forme en lui cette obligation.

Le fondement de cette obligation est cette règle de l'équité naturelle : *Jure natuæ æquum est nominem cum alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiozem* ; L. 206, ff. de Reg. jur. Cette règle ne permet pas que celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due, s'enrichisse par ce paiement, aux dépens de celui qui lui a fait ce paiement par erreur ; et elle l'oblige en conséquence à lui rendre ce qu'il lui a ainsi payé par erreur.

165. Lorsque c'est sans mon ordre que quelqu'un a payé de ses propres deniers, en mon nom, une somme que je ne devais pas, et que je désavoue ce paiement qu'il a fait pour moi mal à propos, ou doit à plus forte raison lui accorder directement l'action *Condictio indebiti* contre celui qui a reçu la somme ; car on ne peut lui subvenir autrement, puisqu'il ne peut la répéter de moi, qui désavoue le paiement qu'il a fait sans mon ordre.

On ne peut pas dire que celui qui a fait ce paiement en mon nom de ses deniers, puisse demander que, si je ne veux pas lui rendre la somme, je lui cède au moins l'action *condictio indebiti* ; car, au moyen du désaveu que je fais du paiement qu'il a fait en mon nom, ce n'est pas moi qui ai payé, et je n'ai pas par conséquent l'action *condictio indebiti* : c'est

[ARTICLE 1047.]

donc à lui qu'il faut donner cette action directement contre celui qui a reçu indûment la somme.

C'est de cette manière qu'il faut entendre ce qui est dit en la loi 6, ff. *eod. tit.* *Si procurator tuus indebitum solverit, ei turatum non habeas, posse repeti, Labeo scripsit.*

168. Quoique quelqu'un ait reçu en mon nom une certaine somme d'argent, ou d'autres choses, que celui qui les a payées croyait par erreur me devoir, le paiement n'est censé m'en avoir été fait qu'autant que celui qui les a reçues aurait eu un ordre spécial de ma part, ou que j'aurais ratifié et approuvé le paiement qui lui en a été fait pour moi. Sans cela je puis désavouer le paiement ; et au moyen de mon désaveu, le paiement ne peut être censé avoir été fait à moi, et en conséquence l'action *condictio indebiti* ne peut se donner contre moi : mais en ce cas, elle doit se donner contre celui qui a reçu pour moi sans mon ordre ; L. 6, § 1 et 2, ff. *dicto titulo* ; L. 14, ff. *de Cond. caus. dat.*

Cette décision a lieu quand même celui qui a reçu pour moi aurait de moi une procuration générale : car cette procuration renferme bien le pouvoir de recevoir tout ce qui m'est dû, mais non pas de recevoir ce qui ne m'est pas dû : c'est pourquoi, soit qu'il reçoive pour moi ce qui ne m'est pas du tout dû, soit qu'il reçoive plus qu'il ne m'est dû, je puis désavouer ces paiements ; et en ce cas, ce n'est pas contre moi, mais contre ce procureur, que devra se donner l'action *condictio indebiti* ; L. 6, § 2 ; L. 57, § 1, ff. *de Cond. indeb.*

* 1 Domat (*Remy*), Liv. 2, } 1. Celui qui reçoit un paiement
Tit. 7, sec. 1, n^{os} 1 et 5. } de ce qui ne lui est pas dû, quand
même il croirait de bonne foi qu'il lui serait dû, et que celui
qui paie le penserait de même, n'acquiert aucun droit sur ce
qui lui est payé de cette manière, mais il doit le rendre. (C.
civ. 1131, 1235, 1376, s.) Ainsi, celui qui a reçu un legs d'un
testament, qui dans la suite se trouve faux, doit rendre ce
qu'il a reçu à ce titre. Et il en serait de même quand le tes-

[ARTICLE 1047.]

tament ne serait pas faux, si le legs se trouvait révoqué par un codicile qui ne parût qu'après le paiement.

La régie de l'enregistrement n'est point tenu de restituer le droit qu'elle a perçu sur un acte d'adjudication annulé depuis son enregistrement pour défaut de formalité.

Si l'arrêt ou jugement qui a accordé à un avoué la distraction des dépens, vient à être cassé sans que l'avoué ait été intimé sur l'arrêt de cassation, il n'est point obligé de restituer les dépens qui lui ont été payés en vertu de l'arrêt ou du jugement annulé. Celui qui acquitte une obligation naturelle que lui prescrivait l'honneur, la délicatesse ou la piété filiale, ne fait point un acte de pure libéralité.

Celui qui a remboursé un effet de commerce protesté, sans faire attention que le protêt était nul, eût-il perdu tout recours en garantie, doit s'imputer à lui-même sa propre négligence, et il ne peut demander la restitution de ce qu'il a payé, n'ayant pas payé une somme non due, et ayant renoncé à une exception qu'il pouvait faire valoir.

Lorsque l'acquéreur d'un bien originairement vendu par le domaine a payé son prix aux créanciers inscrits, s'il arrive que le domaine revienne sur lui pour le restant du prix de la vente originaire, il a son recours, non sur l'acquéreur domanial ou propriétaire exproprié, mais sur le poursuisant de son adjudication, ou sur le créancier dernier en ordre. En acquittant une obligation naturelle, on sait bien à quoi on pouvait être contraint, mais on paie ce que l'on devait; en pareil cas, ce que l'on paie a eu une cause, et une cause équitable, que la conscience dicte et que la raison effectue. Les obligations établies par des conventions naturelles qui ne cessent pas d'exister et d'avoir effet, bien qu'une loi politique ait prononcé dispense d'exécuter de telles conventions. Si donc ces obligations viennent à être acquittées, il n'y a pas lieu à répétition. Le débiteur d'une rente féodale constituée par concession de fonds, est resté lié envers le créancier par une *obligation naturelle* depuis les lois abolitives du régime féodal: ainsi, le débiteur ne pourrait répéter les arrérages qu'il aurait payés volontairement: *non naturale est re et pretio simul carere*. Le paiement volontaire d'intérêts est une présomption de l'intention de les servir.

Le porteur d'un billet conçu en livres tournois qui en reçoit le montant en francs, doit la différence des francs.

5. Celui qui paie par erreur ce qu'il croyait devoir ne le devant point, peut le recouvrer, soit que la chose ne fût en effet aucunement due, ou qu'ayant été due, il fût arrivé un fait qui anéantissait la dette et qui était ignoré par ce débi-

[ARTICLE 1047.]

teur. Comme, par exemple, si un débiteur ayant payé à l'héritier de son créancier, il paraissait un testament par lequel ce créancier eût remis cette dette. Mais celui qui, sachant qu'il a des moyens pour se défendre contre son créancier, ne laisse pas de payer volontairement, ne peut demander ce qu'il a payé, car il a pu renoncer aux raisons qu'il pouvait avoir de ne point payer.

Ibidem, sec. 3, } 3. Si c'est un héritage qu'on doit restituer,
n^o 3 et 4. } ou une autre chose qui produise quelques revenus, le possesseur qui doit la restituer, doit aussi les fruits ou revenus qu'il en a perçus, ou seulement depuis la demande, ou même de tout le temps qu'il aura joui, selon la qualité de la cause qui avait fait passer la chose en ses mains, et les circonstances.

Les lois citées sur cet article ne se rapportent pas à tous les cas expliqués dans la section première, mais seulement au cas de celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due; et si elle produit quelques fruits ou d'autres revenus, ces lois obligent indistinctement à la restitution des fruits le possesseur même qui a joui de bonne foi, quoique celui qui avait reçu de l'argent qui ne lui était pas dû, n'en doive pas les intérêts, comme il a été dit, dans le premier article de cette section. Mais on a cru que cette règle, qui peut être juste en de certains cas, pourrait en d'autres tourner en une dureté qui serait injuste, la restreignant même à ce qui aurait été donné n'étant point dû. Ainsi, par exemple, si un héritier délivre à un pauvre légataire un fonds qui lui était donné par un codicile, et que ce légataire ayant joui plusieurs années, le codicile se trouve faux sans qu'il y ait aucune part à la fausseté; mais qu'ayant joui d'une bonne foi, il ait consommé ces fruits pour faire subsister sa famille, et qu'il ne pût les rendre sans être ruiné ou beaucoup incommodé, serait-il injuste de le décharger de cette restitution, dont un légataire riche ou accommodé pourrait être tenu par cette raison qu'il ne devrait pas profiter de la jouissance d'un bien où il n'aurait aucun droit, et dont le vrai maître se trouverait dépouillé par un titre faux. C'est par les vues de ces divers événements et des autres différentes causes qui peuvent obliger à la restitution de fruits, ou en décharger, qu'on a cru que l'usage de la règle doit être laissé à la prudence du juge, selon la cause de la jouissance et les circonstances.

4. Si la chose qui doit être rendue se trouvait augmentée

[ARTICLE 1047.]

pendant qu'elle était en la possession de celui qui se trouve obligé de la rendre, comme si un troupeau de bétail était crû en nombre, ou un héritage joignant à une rivière devenu plus grand, le tout serait rendu.

Ibidem; vol. 2, Liv. 3, Tit. 5, } 1. La restitution de fruits est
 sec. 3, n^{os} 1 à 4. } une espèce de dédommagement
 que doit celui qui a indûment joui du revenu d'un autre. Car
 cette restitution répare la perte que cette jouissance a causée
 à celui qui devait jouir. (C. civ. 549, s. 1571.)

Comme les intérêts sont le dédommagement que doivent les débiteurs de sommes d'argent qu'ils sont en demeure de payer, la restitution de fruits est le dédommagement que doivent ceux qui ont indûment joui de revenus appartenant à d'autres.

2. Ce mot de restitution de fruits ne comprend pas seulement l'obligation de rendre ceux qui sont en nature; mais quoique la jouissance ait été de plusieurs années, et que les fruits en soient consommés, comme c'est la valeur de ces fruits qui doit être rendue, et qu'elle en tient lieu, la restitution des fruits s'entend, et de ceux qui sont en nature, et de ceux aussi qui sont consommés. (C. civ. 549, s. 958, 1303, 1564, 1929, 1934.)

3. Il ne faut pas borner le mot de fruits, en ce lieu, au sens ordinaire des fruits que la terre nous produit; mais ce mot signifie ici toutes les différentes sortes de revenus, de quelque nature qu'ils puissent être. Et on peut les distinguer en deux espèces: l'une de ceux que la terre produit, soit d'elle-même et sans culture, comme le foin, le fruit des arbres, les bois taillis, les matières des mines, les pierres des carrières et autres semblables; ou par la culture, comme les blés et les autres grains. (C. civ. 1376, 1378.) L'autre espèce est des revenus qui ne sont pas des fruits de la terre, ni des choses qu'elle produise ou d'elle-même, ou par la culture, mais qu'on tire par l'industrie et par quelque soin, ou de quelque fonds, ou des animaux, ou de quelque droit réglé par les lois. Ainsi, on tire les loyers d'une maison ou autre

[ARTICLE 1048.]

bâtiment ; ainsi, on tire d'un bac ou d'un navire les revenus des voitures ; ainsi, les moulins et les colombiers ont leurs revenus ; et les diverses sortes d'animaux, qui sont à notre usage, ont aussi les leurs ; ainsi, on a des droits de pêche et de chasse, des péages et divers autres droits de plusieurs natures. Et tous ces différents revenus de ces deux espèces, qui viennent annuellement et journallement, font autant de sortes de biens dont les jouissances peuvent être la matière de la restitution dont on parle ici.

* *C. N.* 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.

<p>1048. Celui qui paie une dette s'en croyant erronément le débiteur, a droit de répétition contre le créancier.</p> <p>Néanmoins ce droit cesse lorsque le titre a été de bonne foi anéanti ou est devenu sans effet par suite du paiement ; sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur.</p>	<p>1048. He who pays a debt believing himself by error to be the debtor, has a right of recovery against the creditor.</p> <p>Nevertheless that right ceases when the title has in good faith been cancelled or has become ineffective in consequence of the payment ; saving the remedy of him who has paid against the true debtor.</p>
--	---

* *ff. De conduct. indeb., Lib. 12, Tit. 6, L. 65, § 9.* } § 9. *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur : aut si id quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. (PAULUS.)*

[ARTICLE 1048.]

Ibidem. } 9. On regarde comme indû, non seule-
Trad. de M. Hulot. } ment ce qui n'est point absolument dû,
 mais aussi ce qu'on paye à un autre qu'à celui à qui on doit ;
 ou ce qu'on paye à quelqu'un comme si on lui devait, quoique
 cela lui soit dû par un autre. (PAUL.)

* 5 *Pothier (Bugnet), Condict.* } 143. *Premier et second cas.—*
indeb., n° 143 à 156. } On paie ce qui n'est pas dû, et
 il y a lieu à la répétition et à l'action *Condictio indebiti*, non
 seulement lorsqu'il n'a jamais existé aucun titre de la dette
 qu'on croit acquitter, mais aussi lorsque le titre est un titre
 nul, dont on a découvert la nullité depuis le paiement. *Ex*
omnibus causis quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt ef-
fectum, secutâ per errorem solutione, condictioni locus erit ; L.
54, ff. de Condict. indeb.

On peut apporter pour exemple le cas d'un héritier qui paie
 des legs portés par le testament du défunt. Le testament qui
 était le titre de la dette que l'héritier croyait acquitter, se
 trouve nul, *putà*, par la révocation qui en a été faite par un
 autre testament, dont l'héritier n'avait pas alors connaissance ;
 ou de nul effet par les dettes de la succession, qui en ont ab-
 sorbé les biens, et n'ont pas laissé de quoi acquitter les legs.
 L'héritier, en acquittant ces legs, se trouve avoir payé ce qui
 n'était pas dû et il y a lieu à l'action *condictio indebiti*. *Si*
quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel ruptum
apparuerit, repetetur ; vel si post multum temporis emerserit æs
alienum, etc L. 2, § 1, ff. de Condict. indeb.

Voici un autre exemple : Vous m'avez vendu une chose
 dont je vous ai payé le prix : j'ai depuis découvert que la
 chose que vous m'avez vendue, était une chose qui m'appar-
 tenait, et par conséquent que la vente que vous m'en avez
 faite était nulle : je vous ai en ce cas payé ce qui n'était pas
 dû, et il y a lieu à la répétition : *Servum meum insciens à te*
emi, pecuniamque tibi solvi, eam me à te repetiturum, et eo no-

[ARTICLE 1048.]

mine conditionem mihi esse omnimodò puto, sive scivisses meum esse, sive ignorasses ; L. 37, ff. eod. tit.

144. *Troisième cas.*—Je suis censé avoir payé ce qui n'est pas dû, quoique, selon la subtilité du droit, je puisse paraître en être débiteur, lorsque j'avais une exception péremptoire pour m'en défendre. *Indebitum solutum accipimus, non solùm si omnio non debeat, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat ; hoc quoque repeti potest, nisi sciens se tutum exceptione ; L. 26, § 3, ff. eod. tit.*

Par exemple, si je vous ai payé une certaine somme, portée en une promesse de mon père, dont je suis l'héritier, et que j'ai découvert depuis que vous aviez extorqué de mon père cette promesse par dol ou par violence ; quoique selon la subtilité du droit, je puisse paraître débiteur de cette promesse, néanmoins, dans la vérité, j'ai payé une chose non due, au moyen de l'exception péremptoire de dol ou de violence que j'avais pour m'en défendre.

145. Notre principe n'a pas lieu indistinctement à l'égard de toutes les exceptions péremptoires : il faut en excepter celles qui laissent subsister avec elle une obligation naturelle de ce qui a été payé : car, comme nous le verrons au paragraphe suivant, cette obligation naturelle suffit pour exclure la répétition de ce qui a été payé.

C'est le jurisconsulte Marcellus qui insinue cette distinction entre les exceptions péremptoires qui détruisent toute obligation, et celles qui laissent subsister une obligation naturelle, lorsqu'il dit : *Desinit debitor esse qui nunctus est exceptionem justam, nec ab æquitate naturali abhorrentem ; L. 66, ff. de Reg. jur.*

On peut apporter pour exemple d'une exception péremptoire qui laisse subsister une obligation naturelle, la prescription trentenaire que j'ai acquise contre une dette dont je suis véritablement débiteur.

Il en est de même de l'exception *rei judicatæ*, qui résulte d'un jugement en dernier ressort, qui, faute de preuves que mon créancier n'a recouvrées que depuis le jugement, m'a

[ARTICLE 1048.]

donné congé de la demande d'une somme dont j'étais véritablement débiteur. Cette exception laissant subsister l'obligation naturelle, si je paie, je ne serai pas censé avoir payé une chose non due, et il n'y aura pas lieu à la répétition : *Judex si malè absolvit, et absolutus suâ sponte solverit, repetere non potest* ; L. 28, ff. de *Condict. indeb.*

Cela doit avoir lieu, quand même le débiteur, lors du paiement, n'aurait pas encore eu connaissance du jugement qui lui donnait congé de la demande, et que lui avait procuré l'exception *rei judicatæ* : car ce n'est pas la connaissance du jugement rendu à son profit, qu'il avait lors du paiement, qui l'exclut de la répétition de la somme qu'il a payée ; c'est son obligation naturelle, que le jugement n'a pas détruite, et qui subsiste, soit qu'il ait ignoré le jugement, soit qu'il en ait eu connaissance.

146. *Quatrième cas.*—On a payé une chose non due, non-seulement lorsque rien de ce qu'on a payé n'était dû, mais aussi lorsqu'on a payé plus qu'il n'était dû : et il y a lieu en conséquence à la répétition de l'excédant par l'action *condictio indebiti* : *Si quid probare potueris patrem tuum cui hæres extitisti ampliùs debito creditori suo persolvisse, repetere potes* ; L. 1, Cod. de *Condictione indeb.*

Je suis censé avoir payé plus que je ne devais, et il y a lieu en conséquence à la répétition, lorsque par erreur j'ai omis de faire quelque déduction ou quelque rétention sur la chose payée que j'avais droit de faire.

Javolenus rapporte cet exemple : *Si is qui hæreditatem vendidit et emptori tradidit, id quod sibi mortuus debuerat non retinuit, repetere poterit, quia plus debito solutum, per condictionem rectè recipietur* ; L. 45, ff. *eod. tit.*

Voyez un autre exemple en la loi 49, § 1, ff. *eod. tit.*

147. Pomponius nous rapporte un exemple d'une rétention qu'on a omis de faire sur la chose payée : *Quum iter excipere deberem, fundum liberum per errorem tradidi ; incerti condictam, ut iter mihi concedatur* ; L. 22, § 1, *eod. tit.*

N'eussé-je omis que de me faire donner une caution que

[ARTICLE 1048.]

j'avais droit de me faire donner en payant, je suis censé avoir, pour cela, seul, payé plus que je ne devais, et je puis répéter cette caution par l'action *Condictio indebiti*.

Nous en trouvons un exemple dans la loi 39, ff. *eod. tit. Si qui à fidei-commissario sibi cavere poterat, non caverit, quasi indebitum plus debito eum solutum repetere posse divi Severus et Antoninus rescripserunt.*

148. *Cinquième cas.*—C'est payer une chose non due, non seulement que de payer ce qui n'a jamais été dû, mais aussi que de payer ce qui a cessé d'être dû.

C'est pourquoi il n'est pas douteux que si, dans l'ignorance où j'étais du paiement que mon codébiteur avait fait de la somme entière dont j'étais codébiteur solidaire avec lui, j'ai payé cette somme une seconde fois, j'en ai la répétition, parce que j'ai payé ce qui n'était plus dû.

Quid, si nos deux paiements étaient de même date ?

En ce cas, nos deux paiements faisant le double de ce qui était dû, nous avons payé plus qu'il n'était dû, et nous devons avoir par conséquent, chacun pour moitié, la répétition de l'excédant. C'est ce qu'enseigne Celsus : *Si duo rei qui decem debebant, viginti pariter solverint, Celsus ait singulos quina repetituros ; quia quum decem deberent, viginti solvisent, et quod ampliùs ambo solverint, ambo repetere possunt ;* L. 19, § 4. La loi 20 ajoute : *Si reus et fidejussor solverint pariter, in hâc causâ non differunt à duobus reis promittendi.* Je crois néanmoins que pour éviter le circuit d'actions, on doit accorder à la caution la répétition de tout ce qui a été payé de trop ; et le créancier, en le lui restituant, sera déchargé envers le débiteur principal.

149. Lorsque deux différentes choses étaient dues sous une alternative, par deux débiteurs solidaires, dont chacun en a payé une ; si les paiements sont de différente date, il est évident que c'est le second qui est un paiement de chose non due. Mais si les paiements sont de même date, chacun des deux débiteurs n'a pas, comme dans l'espèce précédente, la répétition pour moitié de ce qu'il a payé : car le créancier

[ARTICLE 1048.]

doit avoir en entier l'une des deux choses. C'est pourquoi, dans ce cas, le créancier a le choix de rendre celle des deux choses qu'il voudra ; et en la rendant à celui qui l'a payée, il sera quitte tant envers lui, qu'envers celui qui lui a payé celle qu'il retient : *Hoc casu*, dit Paul, *electio est creditoris cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur* ; L. 21, ff. *eod. tit.*

150. *Sixième cas.* C'est payer une chose non due, que de la payer avant l'accomplissement de la condition sous laquelle elle est due ; car comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, n° 218, ce qui est dû sous condition, n'est pas encore dû : *Tantum spes est debitum eri.*

C'est pourquoi il y a lieu en ce cas à la répétition de ce qui a été payé, tant que la condition n'est pas accomplie. Mais si, avant que la répétition ait été exercée, la condition vient à s'accomplir, il n'y a plus lieu à la répétition, parce que l'accomplissement des conditions ayant un effet rétroactif, on est alors censé avoir payé une chose due. C'est ce qu'enseigne Pomponius : *Sub conditione debitum per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur ; Conditione autem existente repeti non potest* ; L. 16, ff. *eod. tit.*

151. Il n'en est pas du terme de paiement comme de la condition. Le terme n'empêche pas que la dette n'existe ; il en diffère seulement l'exigibilité : c'est pourquoi le paiement, quoique fait avant le terme, n'est pas un paiement de chose non due, et ne donne pas lieu par conséquent à la répétition *In diem debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit* ; L. 10, ff. *eod. tit.*

Une condition qui doit certainement s'accomplir, n'est pas proprement une condition, et n'a l'effet que d'un terme de paiement ; c'est pourquoi, *Si sub ea conditione debetur quæ omnimodo exstitura est, solutum repeti non potest* ; L. 18, ff. *eod. tit.*

152. On ne peut pas à la vérité répéter la somme ou la chose qui a été payée avant l'échéance du paiement. Mais celui qui a payé par erreur avant le terme, ne peut-il pas au

[ARTICLE 1048.]

moins répéter la valeur ou bénéfice que celui à qui le paiement a été fait, a dû ressentir de l'anticipation du terme ?

Non ; ce serait exiger un escompte. L'escompte n'étant pas plus licite que l'intérêt du prêt, et ne pouvant être licitement stipulé, comme nous l'avons vu *suprà*, il ne peut pas, à plus forte raison, être demandé, lorsqu'il n'a pas été promis.

153. *Septième et huitième cas.*—C'est payer une chose non lorsqu'on la paie à un autre qu'à celui à qui elle est due, ou lorsqu'un autre que celui qui la doit, la paie comme s'en croyant par erreur le débiteur ; *Indebitum est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur si alii solvatur ; aut si id quod alius debeat, alius quasi ipse debeat, solvat ;* L.65. § *fin. ff. eod. tit.*

On peut apporter pour exemple de la première partie de cette règle, le cas auquel j'ai payé à celui qui se disait faussement être fondé du pouvoir de mon créancier ; L. 8, Cod. *de Condict. indeb.*

On peut apporter pour exemple de la seconde partie, le cas auquel j'aurais payé la dette de celui dont je m'étais faussement persuadé être l'héritier, et par conséquent le débiteur de son créancier. C'est le cas que Pomponius rapporte en la Loi 19, § 1, ff. *eod. tit.* *Quamvis debitum sibi quis recepiat ; tamen si is qui dat, non debitum dat, repetitio competit ; veluti si is qui hæredem se falso existimans, creditori hæreditario solverit.*

Mais lorsque le paiement a été fait pour le véritable débiteur, ou en son nom, quoique ce ne soit pas le débiteur qui l'ait fait, il n'y a pas lieu à la répétition. C'est de ce cas qu'il faut entendre ce que dit Paul : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam à véro debitore solutum est ;* L. 44, ff. *eod. tit.*

154. *Neuvième cas.*—Enfin c'est payer ce qui n'est pas dû, que de payer par erreur une autre chose que celle qui est due.

Par exemple : *Si putem me Stichum aut Pamphilum debere,*

[ARTICLE 1048.]

quum Stichum debeam, et Pamphilum solvum, repetam quasi indebitum solutum ; nec enim pro eo quod debeo videor id solvisse ; L. 19, § 3, ff. *eod. tit.*

Il en serait autrement, si sachant ne devoir qu'à Stichus, j'avais, du consentement de mon créancier, payé Pamphilus à sa place.

155.—*Dixième cas.*—Il dépend quelquefois d'un événement futur, si le paiement qui a été fait a été d'une chose non due et si en conséquence il y a lieu ou non à la répétition. C'est ce qui arrive dans le cas des dettes alternatives.

Par exemple, si dans nos Colonies j'étais débiteur de dix écus ou du nègre Jacques, et que je paie une partie de l'une de ces deux choses, *putà*, cinq écus ; ce paiement dépendra de celui que je ferai par la suite : car si par la suite je paie les cinq écus restant, le paiement que j'ai fait des premiers cinq écus, se trouvera avoir été valable : mais si je paie le nègre, le paiement que j'ai fait en premier lieu des cinq écus, se trouvera être le paiement d'une chose non due, et j'aurai pour le répéter, l'action *condictio indebiti*. *Posterior solutio comprobabit priora quinque utrùm debita, an indebita solverentur ;* L. 26, § 13, ff. *de Condict. indeb.*

Voyez dans notre *Traité des Obligations*, n° 255 et 257, deux autres cas de répétition dans l'espèce des dettes alternatives.

* 1 *Domat (Remy), Liv. 2, Tit. 7, sec. 1, n° 2.* } 2. Si un créancier reçoit un paiement des mains de celui qui, pensant être son débiteur, ne l'était pas en effet, et ne payait que croyant s'acquitter, ce paiement n'acquitte pas le vrai débiteur, et oblige celui qui le reçoit à rendre ce qui ne lui est payé que par cette erreur. (C. civ. 1376.) Ainsi, par exemple, si un héritier présomptif, sachant la mort de son parent à qui il devrait succéder, et ignorant un testament qui le prive de toute la succession, en acquitte une dette avant que de s'y être immiscé, croyant s'acquitter soi-même comme héritier, et y employant de son argent propre, le créancier qui aura

[ARTICLE 1049.]

reçu cet argent sera tenu de le rendre, et conservera son droit sur la succession. Mais si ce créancier avait anéanti le titre de sa créance, comme si c'était une obligation qu'on eût déchirée, de sorte que sa dette fût perdue, ou en péril, le paiement en ce cas subsisterait, et celui qui l'aurait fait devrait se l'imputer. Et il aurait son action contre l'héritier, pour recevoir ce qu'il aurait payé en son acquit.

* *C. N.* 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.

<p>1049. S'il y a mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer la somme payée ou la chose reçue, avec les intérêts ou les profits qu'elle aurait dû produire du jour qu'elle a été reçue, ou que la mauvaise foi a commencé.</p>	<p>1049. If the person receiving be in bad faith he is bound to restore the sum paid or thing received, with the interest and profits which it ought to have produced from the time of receiving it, or from the time that his bad faith began.</p>
---	---

* *ff. De condict. indeb., Lib. 12, Tit. 6, L. 15., L. 65, § 5.* } *Indebiti soluti condictionalis est: et ideo etiam quod rei solutæ accessit, venit in conditionem: ut putà, partus qui ex ancilla natus sit; vel quod alluvione accessit: imó et fructus quos in cui solutum est, bona fide percepit, in conditionem veniunt.*

§ 1. Sed et si nummi alieni dati sint, conditio competet,

[ARTICLE 1049.]

ut vel possessio eorum reddatur : quemadmodum si falsó existimans possessionem me tibi debere alicuius rei, tradidissem, condicerem. Sed et si possessionem tuam fecissem, ita ut tibi per longi temporis præscriptionem avocari non possit, etiam sic rectè tecum per indebitam conditionem agerem.

§ 2. Sed et si usufructus in re soluta alienus sit, deducto usufructu à te condicam. (PAULUS.)

L. 65.—§ 5. Ei qui indebitum repetit, et fructus et partus restitui debent, deducta impensa. (PAULUS.)

Ibidem. } L'action par laquelle on redemande ce
Trad. de M. Hulot. } qu'on a payé indûment est fondée sur l'équité naturelle ; en sorte qu'on doit faire entrer dans cette action tous les accroissements que la chose donnée peut avoir reçus, comme les enfants qui seront nés d'une esclave, l'augmentation survenue insensiblement à une terre, aussi bien que les fruits perçus de bonne foi par celui à qui ce paiement a été fait.

1. Si on avait donné pour un pareil paiement des deniers appartenant à un autre, on aurait aussi cette action, au moins à l'effet d'en recouvrer la possession : de même que je pourrais me faire rendre par vous la possession d'une chose, si je vous l'avais livrée dans la fausse opinion qu'elle vous était due. Dans le cas même où je vous aurais transmis cette possession à un titre qui vous l'assurât irrévocablement après le temps écoulé de la prescription, je pourrais aussi vous la redemander comme vous l'ayant livrée sans vous la devoir. .

2. Si je vous ai donné pour un pareil paiement une chose dont j'avais la nue propriété, et dont un autre avait l'usufruit, je vous redemanderai ma nue propriété séparément de l'usufruit. (PAUL.)

L. 65.—5. Lorsqu'on redemande ce qu'on a payé indûment, la demande s'étend aux fruits de la chose, et aux enfants nés des esclaves, qui font l'objet de la demande. (PAUL.)

[ARTICLE 1050.]

* 2 *Domat (Remy), Liv. 3, Tit. 5, sec. 7, n° 4.* } 4. Tous ceux qui jouissent de mauvaise foi d'un revenu qui ne leur appartient pas, sont tenus de rendre à celui qu'ils en ont privé, la valeur de toutes les jouissances qu'ils en ont faites, quoiqu'ils n'aient été troublés par aucune demande. Car ils ont connu l'injustice qu'ils faisaient à celui qui devait jouir. (C. civ. 549, 1378, 2262.)

Un débiteur qui a fait un paiement nul, soit en papier monnaie, soit autrement, est tenu des intérêts comme du capital; il ne peut invoquer sa bonne foi. Les intérêts d'une somme payée à celui qui s'était obligé de faire remplacer un conscrit, s'il était appelé, peuvent être jugés à compter du jour du paiement, une pareille convention étant illicite, et pouvant être annulée d'office, même sur appel. Les sommes restituables après cassation de l'arrêt en vertu duquel elles ont été reçues, ne portent point intérêt du jour où elles ont été reçues. On ne peut dire que celui qui a reçu fût de mauvaise foi.

Voy. *Domat*, cité sur art. 1047; *Pothier*, sur art. 1047-1048.

* C. N. 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.

<p>1050. Si la chose indûment reçue est une chose certaine et qu'elle ait péri, ait été détériorée, ou ne puisse plus être restituée en nature, par la faute de celui qui l'a reçue et lorsqu'il était en mauvaise foi, il est obligé d'en restituer la valeur.</p>	<p>1050. If the thing unduly received be a thing certain, he who has received it is bound to restore its value, if through his fault and his bad faith it have perished or deteriorated, or can no longer be delivered in kind.</p>
---	---

<p>Si, étant en mauvaise</p>	<p>If he have received the thing in bad faith, or af-</p>
------------------------------	---

[ARTICLE 1050.]

foi, il a reçu la chose, ou la retient après avoir été mis en demeure, il est res- ponsable de la perte de la chose par cas fortuit ; à moins qu'elle n'eût égale- ment péri, ou n'eût été dé- tériorée en la possession du propriétaire.	} ter having been put in default, retain it in bad faith, he is answerable for its loss by a fortuitous event ; unless the thing would have equally per- ished or deteriorated in the possession of the owner.
---	--

* ff. *De rei vindicat.*, Lib. 6, } § 3. Si servus petitus, vel ani-
 Tit. 1, L. 15, § 3. } mal aliud demortuum sit sine
 dolo malo, et culpa possessoris, pretium non esse præstandum
 plerique aiunt. Sed est verius, si fortè distracturus erat peti-
 tor, si accepisset, moram passo debere præstari : nam si ei
 restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus. (ULPIANUS.)

Ibidem. } 3. Si on revendique un esclave ou un
Trad. de M. Hulot. } animal qui est mort sans fraude et sans
 faute de la part du possesseur, la plupart des jurisconsultes
 pensent que le prix ne doit point être restitué ; mais il est
 plus juste de dire que si le possesseur a été en demeure de
 rendre cet esclave ou cet animal au demandeur, qui aurait
 pu le vendre s'il l'avait reçu, il sera tenu d'en payer le prix ;
 parce que s'il l'eût rendu, le demandeur l'aurait vendu et
 aurait profité du prix. (ULPIEN.)

* *De hereditatis petitione.*, } § 1. Prædo fructus suos non
 Lib. 5, Tit. 3, L. 40, § 1. } facit, sed augent hereditatem :
 idéoque eorum quoque fructus præstabit. In bonæ fidei au-
 tem possessore hi tantùm veniunt in restitutionem quasi
 augmenta hereditatis, per quos locupletior factus est. (PAULUS.)

Ibidem. } 1. Les fruits ne sont point acquis au
Trad. de M. Hulot. } possesseur de mauvaise foi, ils augmentent
 la succession ; ainsi il doit les fruits des fruits. A l'égard du

[ARTICLE 1050.]

possesseur de bonne foi, il n'est obligé de rendre au demandeur que les fruits qui ont tourné à son profit et qui l'ont enrichi, parce qu'il n'y a qu'eux qui augmentent la succession. (PAUL.)

* 5 Pothier (*Bugnet*), *Condict.* } 172. Celui qui a payé la
indeb., nos 172-174. } chose, par erreur, devant en
 supporter la perte et les détériorations, à moins qu'elles ne
 soient survenues par la faute de celui qui l'a reçue, depuis
 qu'il a eu connaissance qu'elle ne lui était pas due ; il doit
 en revanche profiter des augmentations qui seraient surve-
 nues à cette chose, suivant ces règles de droit : *Ubi pericu-
 lum, ibi et lucrum* ; L. fin. § 3, Cod. de Furt. et *Secundùm na-
 turam, est commoda cujusque rei eum siquei, quem sequuntur
 incommoda* ; L. 1fl, ff. de Reg. jur.

C'est pourquoi il a droit de répéter aussi avec la chose les fruits qu'en a perçus celui à qui elle a été payée par erreur : car celui-ci ne doit s'enrichir en rien aux dépens de celui qui a payé par erreur.

C'est ce qu'enseigne Paul : *Et quod rei solutæ accessit, venit in conditionem, ut patà partus qui ex ancillâ natus sit, vel quod alluvione accessit ; immo et fructus quos is cui solutum est bonâ fide percepti, in conditionem venient* ; L. 15, ff. de *Condict. indeb.*

Cela a lieu, soit que celui à qui la chose a été payée, sût qu'elle ne lui était pas due, soit qu'il crût de bonne foi qu'elle lui était due. C'est ce qui résulte de ces derniers termes de la loi, *et fructus quos bonâ fide percepti*.

Il y a néanmoins une différence entre l'un et l'autre cas.

Celui qui savait que la chose qu'on lui a payée ne lui était pas due, est tenu de faire raison, non seulement des fruits qu'il a perçus, mais de ceux qu'il a manqué de percevoir ; et il en est tenu, soit qu'il en ait profité, soit qu'il n'en ait pas profité. Au contraire, celui qui a cru de bonne foi que la chose lui était due, n'est tenu qu'autant qu'il en a profité, et qu'il s'en est enrichi.

[ARTICLE 1050.]

174. Lorsque, me croyant débiteur envers vous d'une plus grande somme d'argent que celle dont je vous étais effectivement débiteur, je vous ai donné, de votre consentement, en paiement de cette somme, un certain héritage, ou une autre chose qui n'est pas du nombre des choses *fongibles*, puis-je répéter une partie de cette chose par proportion à la somme que je croyais par erreur devoir plus que je ne devais effectivement ? ou suis-je obligé de répéter la chose entière, et de vous offrir le paiement de la somme que je vous devais ?

Par exemple, si ne vous devant que 800 livres, j'ai cru par erreur vous en devoir 1200, et qu'en paiement de ces 1200 livres je vous ai donné une maison, puis-je répéter un tiers de cette maison, au moyen de ce qu'il y avait un tiers de la somme pour laquelle je vous l'ai donnée en paiement, que je ne vous devais pas ? ou suis-je obligé de répéter la maison entière, à la charge de vous payer préalablement la somme de 800 livres que je dois ?

Il faut décider que je ne suis pas recevable à répéter la maison pour partie.

La raison est, que vous avez bien voulu recevoir une maison entière en paiement de la somme que vous croyez vous être due ; mais que vous n'eussiez peut-être pas consenti de même à recevoir une partie de maison en paiement de la somme de 800 livres, si vous eussiez su qu'il ne vous fût dû que cette somme ; car on n'aime pas ordinairement acquérir des biens pour les avoir en communauté avec un autre.

Par la même raison, si c'était moi qui vous demandasse la restitution de la maison entière, aux offres de vous payer préalablement les 800 livres que je vous dois, vous ne seriez pas recevable à m'offrir la restitution du tiers de cette maison, et à vouloir en retenir les deux tiers pour les 800 livres qui vous sont dues ; si j'eusse su ne vous devoir que les 800 livres, je n'eusse peut-être pas voulu vous donner en paiement une partie de maison ; la crainte de posséder le surplus en communauté, eût pu m'en empêcher.

Tout ceci est conforme à ce qu'enseigne Marcellus : *Sz*

[ARTICLE 1050.]

centum debens, quasi ducenta deberem fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus scribit, et centum manere stipulationem : licet enim placuit rem pro pecuniâ solutam parere liberationem, tamen si ex falsâ debiti quantitate, majoris pretii soluta est, non sit confusio partis rei cum pecuniâ : nemo enim invitus compellitur ad communionem, sed et conditio inlegræ rei manet et obligatio incorrupta : ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur ; L. 26, § 4, ff. de Condiçt. indeb.

* 1 Domat (*Remy*), Liv. 2, } 2. Si c'est quelque autre chose
Tit. 7, sec. 3, n^o 2. } que de l'argent qui doit être restituée, celui qui commence de connaître cet engagement, doit prendre soin de la chose, et la conserver jusqu'à ce qu'il la rende. Mais si la chose vient à être endommagée, ou que même elle périsse, pendant qu'il croyait de bonne foi qu'elle fût à lui, et avant que la demande lui en eût été faite, et qu'il fût en demeure de la restituer, il n'en serait pas tenu, quand il y aurait même de sa faute. Car sa condition doit être la même que s'il avait été le maître de la chose. Mais après la demande, s'il était en demeure, il serait tenu de ce qui arriverait même sans sa faute. (C. civ. 1379.)

* 5 Marcadé, sur arts. 1378, } 1.—Le premier de ces trois articles s'applique aux choses indéterminées ; le second et le troisième, aux choses déterminées individuellement ou corps certains.

En cas de somme d'argent ou d'autres choses *quæ numero, pondere, mensurâve constant*, celui qui les a indûment reçues doit, qu'il soit de bonne ou mauvaise foi, rendre, ou les mêmes choses identiquement, ou d'autres choses en pareilles quantité et qualité. S'il a été de bonne foi, son obligation s'arrête là et il ne doit pas d'intérêts, encore bien que lui-même en ait perçu. Notre Code, à la différence du droit romain, ne le considère pas uniquement comme débiteur,

[ARTICLE 1050.]

mais aussi comme possesseur, et il lui permet en conséquence de faire les fruits siens par sa bonne foi. La disposition est juste, puisqu'il s'agit d'un débiteur qui ignore sa dette, et qui se croit propriétaire de la chose. S'il a été de mauvaise foi, il doit payer, en outre, ou la valeur estimative des choses, ou, s'il s'agit de sommes d'argent, les intérêts de ces sommes, lors même qu'il ne les aurait pas perçus. Si, étant de bonne foi au jour de la réception, il a commencé à être de mauvaise foi à une époque plus reculée et intermédiaire entre la réception et la restitution, c'est du jour où sa mauvaise foi a commencé qu'il doit les intérêts, puisqu'il a cessé dès lors d'être possesseur de bonne foi, et que le possesseur de bonne foi peut seul gagner les fruits.

S'il s'agit d'un immeuble, ou d'un meuble déterminé *in individuo*, celui qui l'a reçu doit le rendre en nature, s'il le possède encore ; et, pour ce qui est des fruits, on applique la distinction ci-dessus. En outre, s'il était de bonne foi, il ne répond ni des détériorations, ni de la perte provenant de son défaut de soins (nonobstant le texte de l'article 1379), en sorte qu'il se trouve libéré par cette perte ; et s'il l'a aliéné, il ne doit que le prix qu'il en a tiré, quoiqu'il soit inférieur à la valeur réelle (art. 1380). Si, au contraire, il était de mauvaise foi au moment des détériorations, de la perte ou de l'aliénation, il doit, en cas de perte ou d'aliénation, restituer la valeur réelle, et, en cas de détérioration, en indemniser le propriétaire, alors même que ces détériorations ou cette perte seraient arrivées par cas fortuit (1379). Il serait cependant à l'abri de cette responsabilité des cas fortuits, s'il prouvait que l'objet les aurait également subis chez le propriétaire (art. 1302) ; car le principe de notre droit français, qu'on ne doit jamais s'enrichir aux dépens d'autrui, même aux dépens d'un malhonnête homme, ne permettrait pas au propriétaire de se faire indemniser d'un préjudice qu'il aurait également souffert, lors même que le payement indu n'aurait pas eu lieu.

II.—Nous venons de dire que, dans le cas d'un corps certain, celui qui l'a reçu et le possédait de bonne foi n'est pas res-

[ARTICLE 1050.]

pensable des détériorations, ni de la perte provenant de son fait ou de la négligence qu'il a mise à l'entretien ou à la conservation de la chose. Il est vrai que l'art. 1379 semble dire le contraire ; mais la règle par nous exprimée est en définitive celle que contient la rédaction vicieuse de l'article.

L'article, en effet, oppose au possesseur de mauvaise foi celui qui a fait périr ou détériorer la chose *par sa faute*. Or on ne peut pas regarder comme étant en faute vis-à-vis d'une autre personne celui qui n'a négligé une chose et ne l'a laissée se détériorer ou périr que parce qu'il la croyait sienne, et pensait n'en devoir compte à qui que ce soit : *Qui re suâ abuti putavit, nulli querellæ subjectus est* ; celui-là seul peut être en faute qui pensait que la chose ne lui appartenait pas ; mais précisément avoir cette pensée, c'est être possesseur de mauvaise foi. Donc, quand notre article dit que la valeur de la chose est due si elle a péri ou s'est détériorée *par la faute* du possesseur, il dit par là même : si elle a péri ou s'est détériorée *avec mauvaise foi* de la part du possesseur. Cette règle de toute justice était celle de Pothier (*Prét de Consumpt.*, nos 170, 171) ; elle est appliquée par le Code lui-même dans l'art. 1631 ; et les interprètes de notre article, notamment Delvincourt, Toullier (XI, 102) et M. Zachariæ (III, p. 186), reconnaissent bien que telle est sa pensée ; seulement, aucun de ses interprètes n'a rendu compte de l'opposition que le milieu de l'article, ainsi entendu, présente avec sa disposition finale.

Cette opposition, selon nous, s'explique très bien par la mauvaise rédaction du Code. Remarquons, en effet, que la fin de l'article ne parle pas de celui qui était de mauvaise foi au moment du cas fortuit dont on s'occupe, mais de celui *qui a reçu la chose de mauvaise foi* (de même que l'article suivant, au lieu de parler, comme il fallait le faire, de celui qui a vendu la chose de bonne foi, parle de celui qui l'a vendue après l'avoir reçue de bonne foi). C'est-à-dire que le Code, par une rédaction irréfléchie et inexacte, n'a qualifié la bonne ou la mauvaise foi que pour le moment de la réception de la chose, et a fait abstraction, non pas par la pensée et à dessein,

[ARTICLE 1050.]

mais par ses termes, de la mauvaise foi survenant postérieurement. C'est pour cela que la perte ou détérioration arrivées (après une réception de bonne foi) par *une faute*, c'est-à-dire par un fait répréhensible et imputable, et, dès lors, par un fait qui est un acte de mauvaise foi, n'a pas reçu, de la part des rédacteurs, cette qualification de mauvaise foi, et que cette mauvaise foi survenue après coup s'est trouvée mise, sous le simple nom de *faute*, en opposition avec la mauvaise foi originaire, la seule que le Code appelle ici par son nom. Mais il est bien évident que cette inexactitude et cette insuffisance de rédaction n'empêchent pas que toute connaissance qu'a la personne de son défaut de droit sur la chose ne constitue la mauvaise foi, à quelque moment que cette connaissance lui arrive, et que toutes les règles portées par le Code pour la mauvaise foi, existant *ab origine*, ne doivent s'appliquer également à la mauvaise foi survenue à *parte post*.

III.—C'est un point controversé que celui de savoir si l'immeuble qu'une personne a reçu indûment et aliéné ensuite peut être revendiqué entre les mains du tiers acquéreur par celui qui l'a indûment payé. Toullier, (XI, 97 et 99) tient pour la négative ; mais M. Duranton adopte l'affirmative (XIII, 683), et nous croyons que cette dernière doctrine est la seule vraie. Nous pensons qu'ici, comme pour la fameuse question des aliénations faites par l'héritier apparent (art. 137, n° IV), les divers arguments qu'on oppose au droit de revendication ne sont que des objections, des raisons de douter, qui n'ont rien à faire dans la solution, et que le seul et véritable motif de décider se trouve dans cette idée bien simple : On ne peut pas transférer des droits qu'on n'a pas soi-même, et l'aliénation faite par un non-proprétaire ne rend pas l'acquéreur propriétaire (art. 1599, 1664, 2125, 2182, etc.). Or celui qui a reçu en prétendu paiement l'immeuble qui ne lui était pas dû n'a pas pu en devenir propriétaire, puisque la livraison ne lui a été faite que par erreur et sur une fausse cause (art. 1109, 1131) ; et par conséquent, celui à qui il l'a transmis n'en est pas non plus propriétaire. Il n'en pourrait être autrement

[ARTICLE 1050.]

que pour une exception apportée, pour ce cas, aux principes généraux ; or cette exception n'existe pas dans le Code.

A cette doctrine, on fait des objections qui nous paraissent bien faibles. On dit d'abord que la revendication contre le tiers n'était pas admise à Rome. C'est très vrai ; mais on oublie trop souvent que nous ne sommes plus à Rome, et tandis que le droit romain traitait ici le créancier putatif comme un vrai propriétaire, simple débiteur de la chose, on a vu que notre Code le considère, et avec raison, comme possesseur de bonne ou mauvaise foi, suivant les cas. Or un possesseur, même de bonne foi, n'est pas un propriétaire.—On dit encore que celui à qui j'ai indûment payé est *personnellement obligé* de me restituer, et que, comme il s'agit d'une obligation, d'un rapport de personne à personne, mon droit de réclamation n'existe que vis-à-vis de lui. Mais il est bien évident qu'on ne peut pas conclure de ce que la personne est obligée de lui restituer l'immeuble, qu'elle en soit propriétaire, ni de ce que j'ai contre elle un droit personnel, que je n'aie pas aussi mon droit réel.—On dit enfin que si le législateur n'avait pas entendu supprimer, pour ce cas, le droit de revendication contre les tiers, il n'aurait pas écrit l'art. 1380, puisque si j'avais le droit d'aller reprendre mon bien entre les mains de l'acheteur, on n'aurait pas pris la peine de faire cet article pour me réserver le droit d'en demander le prix à l'aliénateur, surtout pour le cas où ce prix serait inférieur à la valeur réelle, cas où j'aurais bien plus d'avantage à reprendre mon bien en nature. Mais outre que cet art. 1380, en proclamant mon droit de réclamer le prix, ne parle nullement de supprimer mon droit de revendiquer le bien, cet article serait d'ailleurs utile, même au point de vue où se place ici le système contraire, pour les choses mobilières, puisque, pour elles, la revendication sera toujours impossible d'après la disposition de l'article 2279 (qui rend l'acquéreur propriétaire par l'effet immédiat de sa possession) ; et ce cas de choses mobilières sera précisément le plus fréquent.

On pourrait enfin argumenter, quoiqu'on ne l'ait pas fait

[ARTICLE 1050.]

jusqu'ici, des travaux préparatoires, du moins pour le cas de paiement reçu de bonne foi. Car on lit, dans le rapport fait au nom du Tribunat devant le Corps législatif, que c'est seulement en cas de mauvaise foi que la vente n'ôtera pas au propriétaire le droit de revendiquer. (Fenet, III, p. 487). Mais ce rapport contient tant d'opinions inexactes, notamment l'idée, réfutée plus haut, que les deux art. 1376 et 1377 ne prévoient qu'un seul et même cas (*ibid.*, p. 484), et cet autre, rejetée avec raison, par tous les auteurs et par Toullier lui-même, que même le possesseur de bonne foi répond de la perte et des détériorations arrivées par son fait (*ibid.*, p. 486), qu'il est bien impossible de l'accepter comme la véritable expression de la pensée législative, quand il est en opposition avec les principes.

Il faut donc s'en tenir aux idées que nous avons présentées ; et Toullier lui-même avoue implicitement la justesse de ces idées quand il dit (n° 98) : " Il est vrai que le vendeur n'avait qu'une propriété révocable, et que, d'après les art. 2125 et 2182, le vendeur ne transmet que les droits qu'il avait lui-même et sous l'affectation des mêmes résolutions ; mais ce principe souffre *une exception unique* dans notre cas." Où donc est formulée cette exception dont on est obligé d'avouer la nécessité ? Nulle part ; et dès lors les principes demeurent dans toute leur puissance. C'est ce que reconnaît implicitement un arrêt de cassation du 4 avril 1838. (Dev., 88, I, 306.)

Du reste, quand l'aliénation a été faite de bonne foi, le demandeur en éviction sera tenu de rembourser à l'aliénateur tout ce que celui-ci payerait à l'acquéreur en sus du prix reçu. C'est évident, puisque l'art. 1380 veut que le vendeur de bonne foi n'ait jamais à rendre au delà du prix de la vente. C'est de toute justice, en effet ; car si celui qui a reçu de bonne foi le paiement indu n'y doit rien gagner (sauf les fruits qu'il peut avoir comme possesseur de bonne foi), il n'y doit non plus rien perdre ; si un préjudice quelconque doit être souffert, c'est évidemment par celui dont l'imprudence et l'inattention en sont la cause.

[ARTICLE 1051.]

* C. N. 1379. } Si la chose indûment reçue est un im-
meuble 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.

1051. Si celui qui a in- dûment reçu la chose la vend, étant dans la bonne foi, il ne doit restituer que le prix de vente.		1051. If he who has unduly received the thing sell it, being in good faith he is bound to restore on- ly the price for which it is sold.
--	--	---

* 5 Pothier (*Bugnet*), } 173. Celui qui a payé par erreur
Cond. indeb., n° 173. } une chose, peut, par l'action *condictio*
indebiti, recouvrer la chose qu'il a payée par erreur, non seu-
lement avec les augmentations naturelles, mais encore avec
les augmentations artificielles qui y ont été faites par celui
à qui la chose a été payée.

Par exemple, si je vous ai payé par erreur un certain ter-
rain, sur une partie duquel vous avez construit un édifice,
j'ai droit de répéter de vous ce terrain avec l'édifice que vous
avez construit, lequel en fait partie, suivant la règle, *Ædifi-*
cium solo cedit : mais ce n'est qu'à la charge par moi de vous
rembourser de vos impenses jusqu'à concurrence de ce que
la chose s'en trouve plus précieuse : car la même règle d'équité
qui me donne contre vous l'action *condictio indebiti*, afin que
vous ne vous enrichissiez pas à mes dépens par le paiement
que je vous ai fait par erreur, vous donne pareillement une
exception contre mon action pour vous faire rembourser de
vos impenses, afin que je ne m'enrichisse pas à vos dépens.

Observez que, si celui à qui j'ai payé par erreur une chose
sur laquelle il a fait des augmentations et améliorations, y a

[ARTICLE 1052.]

fait aussi des dégradations, il ne peut prétendre le remboursement des améliorations qu'il a faites, que sous la déduction du prix des dégradations : car, quoiqu'il ne soit pas tenu par la voie d'action, de faire raison des dégradations qu'il a faites sur une chose qu'il ignorait être sujette à répétition (*suprà*, n° 166), il est tenu d'en faire raison par la voie de déduction sur le prix des améliorations, une chose n'étant véritablement améliorée que sous la déduction de ce dont elle est dégradée.

* 1 *Domat (Remy), Liv. 2,* } 5. Si celui qui avait une chose
Tit. 7, sec. 3, n° 5. } d'un autre, croyant de bonne foi
 en être le maître, l'avait aliénée dans cette bonne foi, il ne
 serait tenu de rendre que ce qu'il en aurait tiré de profit,
 comme le prix qu'il en aurait reçu, s'il l'avait vendue, quoi-
 qu'il ne l'eût pas vendue à son juste prix. (C. civ. 1380, 1935.)

* *C. N. 1380.* } Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la
 chose, il ne doit restituer que le prix de la
 vente.

1052. Celui auquel la chose est restituée, doit rembourser au possesseur, même de mauvaise foi, les dépenses qu'il a encourues pour sa conservation.		1052. He to whom the thing is restored, is bound to repay to the possessor, although he were in bad faith, the expenses which have been incurred for its preservation.
---	--	--

* *ff. De cond. indeb., Lib. 12,* } Nam hoc natura æquum est;
Tit. 6, LL. 14 et 66. } neminem cum alterius detri-
 mento fieri locupletiolem. (POMPONIUS.)
L. 66.—Hæc conditio ex bono et æquò introducta, quod

[ARTICLE 1052.]

alterius apud alterum sine causa apprehenditur, revocare consuevit. (PAPINIUS.)

Ibidem. } Car l'équité naturelle demande que
Trad. de M. Hulot. } personne ne s'enrichisse aux dépens d'un
 autre. (POMPONIUS.)

L. 66.—Cette action a été introduite en considération de la bonne foi et de l'équité, qui ne permettent pas de retenir sans raison le bien d'un autre. (PAPINIEN.)

* *De negotiis gestis, Lib. 3,* } § 3. Sed et si quis negotia mea
Tit. 5, L. 6, § 3. } gessit, non mei contemplatione,
 sed sui lucri causa ; Labeo scripsit, suum eum potius, quam
 meum negotium gessisse : qui enim deprædandi causa accedit,
 suo lucro, non mes commodo studet. Sed nihilominus,
 imò magis, et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Ipse
 tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod
 ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, sed in quod
 ego locupletior factus sum, habet contra me actionem.
 (JULIANUS.)

Ibidem. } 3. Si quelqu'un se mêle de mes affaires,
Trad. de M. Hulot. } moins à ma considération que pour en
 tirer du profit, Labéon écrit qu'il a plutôt fait son affaire que
 la mienne ; car celui à qui il vient dans l'esprit de tirer un
 gain, pense plus à son intérêt qu'au mien : néanmoins, et à
 plus forte raison, j'aurai contre lui l'action de la gestion des
 affaires. Quant à lui, s'il a dépensé quelque chose pour faire
 mes affaires, il a contre moi une action pour se faire payer
 non de ce qu'il a dépensé, puisqu'il s'est ingéré de mauvaise
 foi dans mes affaires, mais seulement pour me demander ce
 dont sa gestion m'aura enrichi. (JULIEN.)

* *ff. De hered. petit., Lib. 5,* } Planè in cæteris necessariis et
Tit. 3, L. 38. } utilibus impensis posse separari,
 ut bonæ fidei quidem possessores has quoque impudent :

[ARTICLE 1052.]

prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum : non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere : et id ipsum officio judicis continebitur : nam nec exceptio doli mali desideratur. Planè, potest in eo differentia esse, ut bonæ fidei quidem possessor omnimodò impensas deducat, licèt res non extet in quam fecit ; sicut tutor, vel curator consequuntur : prædo autem non aliter, quàm si res melior sit. (PAULUS.)

Ibidem. } A l'égard des autres dépenses nécessaires et utiles, on peut faire une distinction, en sorte que le possesseur de bonne foi peut les porter en compte ; mais le possesseur de mauvaise foi doit s'imputer d'avoir fait de la dépense pour une chose qu'il savait être à un autre. Néanmoins, en s'attachant moins scrupuleusement à la rigueur du droit, on pourra dire qu'on doit tenir compte même au possesseur de mauvaise foi des dépenses qu'il aura faites ; puisqu'enfin le demandeur ne doit pas s'enrichir aux dépens d'un autre. Le juge doit statuer aussi à cet égard, car le possesseur de mauvaise foi n'aura pas même besoin de repousser le demandeur par l'exception tirée de la mauvaise foi. On pourra seulement admettre cette différence, que le possesseur de bonne foi déduira absolument ses dépenses, quand même la chose n'existerait plus, à l'exemple des tuteurs et des curateurs ; au lieu que le possesseur de mauvaise foi ne pourra les déduire qu'autant que la chose en aura été améliorée. (PAUL.)

* 1 Domat (*Remy*), *Liv. 2,* } Celui dont la chose était en la
Tit. 7, sec. 4. } puissance d'un autre, et qui la recouvre, quand ce serait même d'un possesseur de mauvaise foi, est obligé de lui rendre tout ce qui peut avoir été utilement employé pour la conserver ; et s'il y a des fruits à restituer, il en faut déduire les dépenses faites pour les recueillir. (C. civ. 1381.)

[ARTICLE 1052.]

* 9 *Pothier (Bugnet) Pro-* } 343. Lorsque sur l'action de re-
priété, nos 343-4-5. } vendication le demandeur a justifié
 de son droit, le possesseur est condamné à lui délaisser la
 chose revendiquée ; mais dans certains cas, lorsque le pos-
 sesseur a déboursé quelque somme ou contracté quelque
 obligation pour la libération, la conservation ou l'améliora-
 tion de la chose qu'il est condamné de délaisser, le possesseur
 qui excipe de ces impenses, n'est condamné à la délaisser
 qu'à la charge par le demandeur de le rembourser au préa-
 lable de ce qu'il a déboursé, et de l'indemniser.

Le premier cas est, lorsque le possesseur a payé à des cré-
 anciers des sommes pour lesquelles la chose leur était hypo-
 théquée. Le propriétaire ayant depuis donné la demande
 en revendication, l'équité ne permet pas qu'il puisse se faire
 délaisser la chose, sans rembourser au préalable le posses-
 seur, des sommes qu'il a payées aux dits créanciers ; ces
 sommes ayant servi à libérer la chose des hypothèques dont
 elle était chargée, et étant des sommes que ce propriétaire
 serait obligé de payer, si le possesseur ne les eût pas payées.

Le propriétaire doit non seulement rembourser au posses-
 seur ces sommes ; il doit lui faire raison des intérêts desdites
 sommes, depuis qu'il les a déboursés ; néanmoins seulement
 dans le cas auquel ces intérêts excéderaient les fruits qu'il a
 perçus depuis qu'il a déboursé ces sommes ; car ces inté-
 rêts doivent se compenser avec les fruits.

C'est ce qu'enseigne Papinien : *Emptor prædium quod à non
 dominis emit exceptione doli positâ, non aliter domino restituere
 cogetur, quàm si pecuniam creditori ejus solutam qui pignori
 datum prædium habuit usurarumque medii temporis superfluum
 recuperaverit ; scilicet si minus in fractibus ante litem percep-
 tis fuerit : nam eos usuris novis duntaxat compensari, sumptu-
 um in prædium factorum exemplo, æquum est ; L. 65, ff. de Rei
 vind.*

Cette compensation des intérêts de la somme que le pos-
 sesseur a payée, qui courent à son profit, et lui sont dus du
 jour qu'il l'a payée, avec les fruits qu'il a perçus depuis ledit

[ARTICLE 1052.]

jour, a lieu quand même ce possesseur serait un possesseur de bonne foi. Quoique ce possesseur ne soit pas tenu, par voie d'action, de la restitution des fruits qu'il a perçus avant la demande, il en est tenu par voie de compensation.

• 344. Le second cas est celui que Papinien nous indique par ces derniers termes de la loi, *sumptuum in prædium factorum exemplo*. Lorsque le possesseur a fait des impenses nécessaires pour la conservation de la chose, que le propriétaire eût été obligé de faire, si le possesseur ne les eût pas faites, autres néanmoins que celles de simple entretien, le propriétaire ne peut pas non plus en ce cas obliger le possesseur à lui délaisser la chose, s'il n'a remboursé au préalable à ce possesseur la somme qu'il a déboursée pour cette impense, et les intérêts de cette somme depuis qu'il l'a déboursée, en ce qu'ils excéderaient les fruits que le possesseur a perçus depuis ledit temps, avec lesquels la compensation doit s'en faire.

Nous avons excepté de notre principe les impenses de simple entretien ; car cette espèce d'impenses est une charge des fruits ; c'est pourquoi le possesseur de bonne foi, qui perçoit à son profit les fruits avant la demande, sans être à cet égard sujet à aucune restitution envers le propriétaire, ne doit pareillement avoir contre le propriétaire aucune répétition des impenses de simple entretien, qu'il a faites pendant ce temps, ces impenses étant une charge de la jouissance qu'il a eue.

A l'égard du possesseur de mauvaise foi, il couche les impenses d'entretien qu'il a faites, dans le chapitre de la dépense du compte qu'il doit rendre des fruits qu'il a perçus, n'en étant tenu que *deductis impensis*.

345. Il n'y a aucune différence à faire entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, pour le remboursement qui doit leur être fait de ce qu'ils ont déboursé dans le premier et le second cas que nous avons ci-dessus rapportés ; mais il y a de la différence à faire entre l'un et l'autre à l'égard des impenses qu'ils ont faites, qui n'étaient pas

[ARTICLE 1052.]

nécessaires, mais seulement *utiles*, et qui ont seulement amélioré la chose qui fait l'objet de l'action en revendication.

A l'égard du possesseur de bonne foi, le propriétaire, sur l'action en revendication, ne peut obliger ce possesseur à lui délaisser la chose revendiquée, s'il ne le rembourse au préalable des impenses qu'il a faites, quoique ces impenses ne fussent pas nécessaires, et aient seulement augmenté la chose revendiquée, et l'aient rendue d'un plus grand prix.

Justinien donne un exemple de ce principe dans l'espèce d'un possesseur qui a construit un bâtiment sur un héritage qu'il possédait de bonne foi ; et il décide que le propriétaire de l'héritage n'est reçu à revendiquer l'héritage, qu'en offrant de rembourser au préalable cette impense à ce possesseur : *Si quis in alieno solo ex sua materia domum edificaverit ... illud constat, si in possessione constituto edificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiae et mercedes fabricorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuerit qui edificaverit ; Inst. tit. de Rer. div. § 30.*

* 5 *Marcadé*, sur } I.—Cet article, relatif, comme les deux
art. 1381 C. N. } précédents, au cas d'un immeuble ou d'un
 meuble déterminé *in individuo*, et qui prévoit la restitution
 faite en nature de cet immeuble ou de ce meuble, nous présente
 une rédaction inexacte et incomplète.—Elle est inexacte,
 en parlant de dépenses *nécessaires* et *utiles* faites *pour la con-*
servation de la chose. Car toute dépense faite pour la conser-
 vation de la chose est une dépense nécessaire ; en sorte qu'il
 y a tout à la fois pléonasme dans les mots *nécessaires* et *faites*
pour la conservation, puis contradiction entre ces mêmes mots
 et l'adjectif *utiles*. Il fallait dire : dépenses nécessaires, *c'est-à-*
dire faites pour la conservation.—Elle est par là même incom-
 plète, puisqu'elle ne règle le sort ni des dépenses *utiles*,
c'est-à-dire faites non pour la conservation, mais pour l'amé-
 lioration, ni des dépenses *voluptuaires* ou de simple agrément.

[ARTICLE 1052.]

On conçoit, au surplus, qu'une seule et même dépense peut être nécessaire pour une partie, simplement utile pour une autre partie, et purement voluptuaire pour le reste, et qu'il faudrait appliquer à chaque fraction de cette dépense unique les règles relatives à chaque espèce de dépenses.

II.—Les dépenses faites pour la conservation de la chose doivent, d'après notre article, être restituées intégralement et toujours, sans distinction de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur.—Quant aux dépenses simplement utiles, c'est-à-dire celles qui, sans être indispensables à la conservation du bien, tendraient seulement à le mettre en meilleur état, on devra, dans le silence de notre article, appliquer la règle générale tracée pour tout possesseur par l'art. 555.—Pour ce qui est des dépenses voluptuaires, elles ne sont pas remboursables par le propriétaire, sauf que le possesseur pourrait enlever ce qui serait susceptible d'enlèvement, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (art. 599).

Ainsi, dans les rapports de celui qui a fait le paiement avec celui qui l'a reçu, la distinction de la bonne ou de la mauvaise foi de ce dernier n'est à considérer que pour les dépenses utiles, conformément à l'article 555, et non pour les dépenses nécessaires et voluptuaires. Mais cette distinction aurait plus de portée, toujours chez celui qui a reçu, en ce qui touche un tiers acquéreur, et elle doit se faire aussi chez le propriétaire. Ainsi, d'une part, s'il s'agissait d'un tiers acquéreur, et que la chose lui eût été vendue de mauvaise foi, ce tiers pourrait se faire indemniser par son vendeur de toutes les dépenses, même voluptuaires, que le propriétaire de bonne foi n'est pas tenu de rembourser. Telle est la disposition formelle de l'art. 1635, et elle est fort juste, puisqu'il y a, dans ce cas, de la part du vendeur, un quasi-délit qui l'oblige à la réparation de tout le tort qu'il a causé. Une obligation semblable frapperait, et par la même raison (soit au profit de celui qui a reçu de bonne foi le paiement, soit au profit du tiers acquéreur), sur un propriétaire qui aurait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qui aurait fait le paiement indu sachant bien

[ARTICLE 1053.]

qu'il ne devait pas la chose. Il est clair que ce propriétaire devrait alors réparer intégralement le préjudice causé par le fait blâmable qu'il a commis, et que les règles posées dans le premier alinéa de ce n° II ne concernent que celui qui n'a livré la chose indue que par erreur.

* C. N. 1381. } Celui auquel la chose est restituée, doit
 } tenir compte, même au possesseur de mau-
 vaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont
 été faites pour la conservation de la chose.

1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.	1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.
---	--

* ff. De injuriis, Lib. 47, } Prætor ait: *In eum qui ex incendio,*
 Tit. 9, L. 1. } *ruina, naufragio, rade, nave expugnata,*
quid rapuisse, recepisse dolo malo, damnive quid in his rebus
dedisse dicetur, in quadruplum in anno quo primum de ea re
experiendi potestas fuerit: post annum in simplum judicium
dabo. Item in servum et in familiam judicium dabo.

§ 1. Hujus edicti utilitas evidens, et justissima severitas est, si quidem publicè interest, nihil rari ex hujusmodi casibus. Et quanquam sint de his facinoribus etiam criminum executiones, attamen rectè prætor fecit, qui forenses quoque actiones criminibus istis præposuit. (ULPIANUS.)

Ibidem. } Le préteur dit: " Si l'on expose que
 Trad. de M. Berthelot. } quelqu'un dans un incendie, une ruine,
 un naufrage, une barque, un navire en détresse, a enlevé

[ARTICLE 1053.]

quelque chose par violence ou l'a recélé par fraude, ou a causé quelque dommage, je donnerai action au quadruple dans l'année dès l'instant que l'on pourra poursuivre, et après l'année au simple. De même je donnerai l'action contre l'esclave et la famille."

1. L'utilité de cet édit est évidente, et sa sévérité très-juste, puisqu'il est de l'intérêt public que rien ne soit enlevé dans de tels accidents. Et quoique ces crimes puissent se poursuivre criminellement, cependant le préteur a bien fait d'accorder aussi contre ces crimes des actions civiles. (ULPIEN.)

* ff. *Ad Legem Aquiliam*, Lib. 9, } § 1. Injuriam autem hic
Tit. 2, L. 5, § 1, L. 9, § 4, L. 10. } accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, hoc est contra jus, id est, si culpa quis occiderit : et idéo interdum utraque actio concurrat, et legis Aquiliæ, et injuriarum : sed duæ erunt æstimationes, alia damni, alia contumeliæ. Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit. (ULPIANUS.)

L. 9.—§ 4. Sed si per lusum à jaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliæ locus est. Sed si cum alii in campo jacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat : quia non debuit per campum jaculatorium iter intempestivè facere. Qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenebitur. (ULPIANUS.)

L. 10.—Nam lusum quoque noxius in culpa est. (PAULUS.)

Ibidem. } 1. La loi Aquilia se sert du terme d'*in-*
Trad. de M. Hulot. } jure pour exprimer le tort qu'on fait à quelqu'un injustement. Il ne faut pas prendre ce terme pour un affront suivant la signification qu'il a lorsqu'il s'agit de l'action par laquelle on se plaint de l'injure qu'on a reçue ; mais il faut entendre ici par injure, ce qui est fait injustement, sans raison légitime, contre la justice, c'est-à-dire, lorsqu'on tue par sa faute. C'est ce qui fait que l'action des injures

[ARTICLE 1053.]

concourt quelquefois avec l'action de la loi Aquilia, et alors il y a deux estimations à faire, l'une de l'injure et l'autre du tort. Il faut donc entendre ici par injure un tort fait par la faute de quelqu'un, quand même il n'aurait point eu l'intention expresse de nuire. (ULPIEN.)

L. 9.—4. Il y a lieu à l'action de la loi Aquilia même dans le cas où un esclave est tué par des gens qui lancent des javelots pour se divertir. Mais cette action cesse si l'esclave passe par un lieu destiné à cet exercice, parce qu'il n'a pas dû passer par ce lieu là. Si cependant quelqu'un avait lancé un trait contre lui en le visant, il serait tenu de l'action de la loi Aquilia. (ULPIEN.)

L. 10.—Car un jeu dangereux est mis au nombre des fautes. (PAUL.)

* 4 *Massé et Vergé, sur Zachariæ, § 624 note.* } Dans les paragraphes qui suivent, Zachariæ confond le délit et le quasi-délit, en ce sens qu'il n'attribue la qualification de quasi-délit qu'aux faits dommageables commis par une personne dont on est responsable, ou occasionnés par une chose ou par un animal dont on a la garde, art. 1384 et s.; V. § 627; tandis que cette qualification appartient également à des faits commis par celui-là même qui en répond, faits pour lesquels Zachariæ réserve exclusivement la qualification de délits. Le délit civil, ou envisagé au point de vue civil, V. *inf.*, § 624, se distingue du quasi-délit, en ce que, dans le délit, le fait répréhensible et dommageable qui le constitue est accompli avec intention de nuire, tandis que dans le quasi-délit, ce même fait répréhensible et dommageable est accompli sans intention de nuire. C'est là une différence capitale que Zachariæ n'a pas aperçue, et que nous aurons soin de mettre en relief à mesure que l'occasion s'en présentera. Dans le langage usuel on commet assez généralement une autre confusion en sens opposé, en attribuant la qualification de quasi-délits à tous les faits dommageables et répréhensibles intentionnels

[ARTICLE 1053.]

ou non intentionnels autres que ceux qui sont punis par la loi pénale, tandis que cette qualification n'appartient qu'aux faits qui ne sont pas accomplis avec l'intention de nuire ; et que les faits accomplis avec cette intention constituent des délits dans le sens générique de ce mot, aussi bien lorsqu'ils sont atteints que lorsqu'ils ne sont pas atteints par la loi pénale.—V. le paragraphe 624.

§ 625, note 14.—Il n'y a que les faits illicites qui puissent devenir le principe de l'obligation de réparer le dommage auquel ils ont donné lieu. *Nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere jus non habet*, L. 151, Dig., *De reg. jur.* On n'attend pas aux droits des autres quand on ne fait que ce qu'on a le droit de faire, à la condition toutefois de n'user de ce droit que dans les limites qui lui sont assignées. Ainsi le commerçant qui, en venant s'établir auprès d'un autre, et en ouvrant un magasin dans les mêmes conditions qu'un magasin déjà existant dans le voisinage, lui fait une concurrence préjudiciable, ne s'expose à aucuns dommages-intérêts. Paris, 25 fév. 1809.—De même, les dommages matériels et moraux causés aux propriétés voisines par les établissements dangereux ou insalubres, légalement autorisés par l'administration compétente, ne peuvent donner lieu, non plus, à aucuns dommages-intérêts, pourvu toutefois qu'il ne s'agisse que des dommages qui sont la conséquence naturelle de l'industrie qui s'exerce dans l'établissement, et non des dommages accidentels et imprévus qui ne peuvent entrer dans les conditions régulières de son existence ; de telle sorte que les voisins qui ne pourront légitimement se plaindre du tort que leur occasionne le bruit, l'odeur, la fumée d'un établissement dangereux ou insalubre, auront une action en dommages-intérêts si des étincelles échappées du foyer d'un établissement de ce genre viennent incendier leurs habitations ou leurs récoltes, Duvergier, *Rev. étr. et fr.*, 10, p. 425 ; Massé, *Droit comm.*, 2, n. 387, et 6, n. 285. Nous devons dire toutefois que la jurisprudence ne voit pas dans l'autorisation administrative qui protège les établissements dangereux ou insalubres une cause aussi ab-

[ARTICLE 1053.]

solue d'immunité, et qu'elle les rend responsables des inconvénients dont ils sont la cause, lorsque ces inconvénients excèdent la mesure des obligations du bon voisinage, et que la majorité des auteurs se réunit à la jurisprudence. V. la *Table gén.* de Devilleneuve et Gilbert, v^o *Etablissements dangereux*, n. 86 et s.—Du principe que celui qui ne fait qu'user de son droit ne s'expose pas à des dommages-intérêts, il résulte que celui qui a agi dans le cas de légitime défense ne peut être condamné à indemniser la partie lésée, Cass., 19 déc. 1817 ; Rennes, 25 avril 1836, S. V., 37, 2, 271 ; Mangin, *Action publ.*, 2, n. 443 : d'où il ne faudrait pas conclure cependant d'une manière générale que celui qui a été acquitté comme accusé d'un crime ou d'un délit ne puisse être condamné à des dommages-intérêts à raison du même fait considéré comme dommageable, Cass., 11 oct. 1817 ; 5 avril 1839, S. V., 39, 1, 529 ; Merlin, *Rép.*, v^o *Réparations civ.*, § 2, n. 7, et *Quest.*, eod. verb., § 2, n. 3 ; Mangin, *Act. civ.*, 2, n. 428— Il faut d'ailleurs avoir soin de remarquer qu'un fait licite en lui-même peut devenir illicite à raison des circonstances dans lesquelles il se produit ou des moyens à l'aide desquels il est accompli. Rien de plus licite que de circuler sur la voie publique ; mais nul ne peut user de la voie publique de manière à préjudicier au droit des autres, ou à compromettre leur sécurité, Massé, 6, n. 286 et 287.

Zachariæ, Ibid. § 626. Tout délit ouvre une action en dommages et intérêts, c'est-à-dire en indemnité de la perte ou du manque de gain qui en a été la conséquence. C'est ordinairement aux tribunaux qu'il appartient de fixer le montant de cette indemnité. V. cependant Pén., art. 51, 117 et 119.

Lorsque le dommage a été causé par plusieurs personnes, chacune d'elles doit contribuer à le réparer dans la mesure de son concours au fait dommageable, arg. art. 1197. Mais les complices ou coauteurs d'un crime ou d'un délit correctionnel sont tous solidairement tenus du dommage causé par leur fait, Pén., art. 55.

L'action en dommages et intérêts s'éteint par la renoncia-

[ARTICLE 1053.]

tion de la partie lésée, art. 2046 ; Instr. crim., art. 4 et arg. de cet article. Elle est susceptible de se prescrire comme toute autre action. Le délai ordinaire de la prescription est de trente ans, art. 2262, excepté pour les actions en dommages et intérêts dérivant de délits du droit pénal, Instr. crim., art. 2 et 635 et s.

L'action en dommages et intérêts aussi bien que l'obligation de les fournir¹ passent aux héritiers et ayants droit des parties, Instr. crim., art. 2.

§ 627.—Nous avons déjà défini le quasi-délit, tout fait dommageable et illicite commis sans intention de nuire. (V. *sup.*, la note sur le titre du chapitre II, et § 624.) Sauf l'absence de l'intention nuisible qui est caractéristique du quasi-délit, tandis que la présence de cette intention est au contraire caractéristique du délit, il n'y a, sous le point de vue civil en ce qui touche les dommages-intérêts, aucune différence essentielle entre le délit et le quasi-délit. Ce qui a été dit pour les délits dans les paragraphes qui précèdent s'applique donc aux quasi-délits, sauf certaines exceptions de détail que nous avons pris soin de signaler.

Il y a toutefois une sorte de quasi-délit qui consiste dans la responsabilité qui incombe à une personne relativement à certains faits soumis à des règles spéciales, accomplis par une autre personne ou par une chose : c'est le seul dont il nous reste à nous occuper ici.

Bien qu'en général on ne réponde que du dommage que l'on a causé à autrui par son propre fait, il y a exception à cette règle pour les cas (1) dans lesquels, en vertu de disposi-

(1) Le texte de Zachariæ porte : Il y a exception à cette règle pour les *quasi-délits*, c'est-à-dire, pour les cas dans lesquels, etc. D'où il suit, comme nous l'avons déjà fait remarquer, V. *sup.*, la note sur le titre du chap. II, que Zachariæ ne considère comme constituant un quasi-délit que les cas prévus par les art. 1383 et s., c'est-à-dire les cas dans lesquels on est responsable du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a prises sous sa garde. Nous avons déjà vu, au contraire, que les faits directement accomplis par celui-là même.

[ARTICLE 1053.]

tions spéciales de la loi (1), une personne répond du dommage causé, soit par une autre personne, soit par une chose placée sous sa garde (2), art. 1384 à 1386 (3). Cette exception est fon-

qui est actionné comme responsable constituent un quasi-délit quand ils ont été accomplis sans intention de nuire. Il y a toutefois à remarquer, en ce qui touche la responsabilité des faits des personnes dont on répond, que soit que le fait constitue en lui-même un délit ou un quasi-délit, il constitue toujours un quasi-délit, quant à la personne actionnée seulement comme responsable, parce que cette responsabilité excluant tout fait personnel à celui qui est responsable exclut par cela même l'intention de nuire. Il en est en général ainsi de la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde, bien que la négligence de celui qui est tenu de veiller à la garde d'une chose, et qui n'y veille pas suffisamment, puisse constituer une faute tellement grave qu'elle fasse présumer l'intention de nuire et comporte l'idée d'un délit. (Note de M. Masse et Verjé).

(1) Il ne faut pas confondre le cas dont il s'agit ici avec celui où une personne est responsable des actes d'une autre personne, par suite d'un contrat. V. par exemple, art. 1797, 1799, 1952, 1994 ; Pén., art. 73. V. aussi Toullier, 11, n. 245 et s. (do.)

(2) Toullier, 9, n. 157, et Proudhon, *De l'usufruit*, 3, n. 1482, distinguent entre les délits et les quasi-délits, de manière à entendre par les premiers *facta dolosa* et par les seconds *facta culposa*. L'art. 1370, alin. 4, peut, sans doute, être invoqué en faveur de l'opinion de ces auteurs. V. aussi Pothier, *Des obligations*, n. 116. Mais l'opinion adoptée dans le paragraphe établit entre les délits et les quasi-délits une différence plus tranchée et fondée sur un caractère essentiel. Cette opinion s'accorde mieux aussi avec la terminologie du droit romain en général. [La classification suivie par Zachariæ, sur laquelle nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer, V. *sup.*, note 1, n'a été suivie par aucun auteur, et est tout à fait arbitraire.] (do.)

(3) Il est surprenant que l'action *de effusis et dejectis* ne figure point parmi les quasi-délits. Elle se trouvait comprise au projet soumis au Conseil d'Etat, dans deux articles qui venaient après l'art. 1382. Mais ces articles ont été supprimés sur l'observation mal fondée qu'il suffisait d'avoir posé le principe dans les art. 1382 et 1383, et que les exemples devaient être retranchés. Cette action ne peut donc plus être admise, Toullier, 11, n. 148 et s. et 233. V. cependant Delvincourt, 3, p. 452, qui argumente de l'art. 1734. [Cela a besoin d'explication. Le droit romain,

[ARTICLE 1053.]

dée sur la présomption légale, *præsumptio juris et de jure*, que le dommage ne serait pas arrivé sans la faute de celui que la loi en rend responsable (1).

Voy. autorités sur art. 1055.

* 5 *Marcadé, sur arts. 1382, 1383 C. N.* } I.—Le premier de ces articles, } par sa rédaction large et comprehensive, embrasse tous les cas possibles de délits et de quasi-délits, puisqu'il fait résulter l'obligation de réparer, de tous faits quelconques, soit de commission, soit d'omission,

au titre du Digeste *De his qui effuderint vel dejecerint*, s'occupait du quasi-délit commis par ceux qui versent ou jettent quelque chose de nuisible sur la voie publique ou sur un héritage voisin ; et deux articles du projet du Code, sous les numéros 16 et 17, s'inspirant de la loi romaine, réglaient les conséquences de ce fait, en déclarant solidairement responsables, en certains cas, les habitants de la maison ou de l'appartement duquel avait été jeté l'objet dommageable. Ce sont ces deux articles qui ont été supprimés. De cette suppression, il n'est sans doute pas permis de conclure que le fait de ceux qui versent ou jettent des objets nuisibles de leurs maisons sur la voie publique ou sur l'héritage voisin ne puisse, selon les circonstances, constituer un délit ou un quasi-délit, ce fait rentrant sous la disposition générale des art. 1382 et 1383, qui comprennent tout fait quelconque de l'homme. Mais on s'est demandé si la solidarité établie par la loi romaine et par le projet du Code contre les habitants de la maison ou de l'appartement d'où vient le jet devait être appliquée, et il nous semble évident qu'elle ne saurait l'être, parce qu'elle ne se fonde sur aucune loi. Toullier, II, n. 150. L'opinion contraire de Delvincourt, qui invoque l'art. 1734, n'a rien de juridique, cet article étant fait pour un tout autre cas. Il y a plus : aucune présomption légale ne milite contre les habitants d'une maison, des fenêtres de laquelle des choses dommageables ont été jetées : on ne peut voir dans le fait que le jet vient de telle fenêtre ou de telle partie de la maison, qu'un moyen de preuve dont l'efficacité dépend des circonstances.] (Note de MM. Massé et Vergé.) (do.)

(1) Toutefois, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, cette présomption légale admet en certains cas la preuve contraire.

[ARTICLE 1053.]

causant du dommage à autrui et arrivés *par la faute* de leur auteur. Sa proposition comprend donc tous les faits dommageables et répréhensibles, sans distinction, aussi bien ceux dans lesquels il n'y a pas eu dessein de nuire (les quasi-délits) que ceux dans lesquels cette intention a existé (les délits).

Il faut bien remarquer ce mot *faute*, dont on a quelquefois fait abstraction, et qui est essentiel à l'exactitude du principe. On entend souvent dire que tout fait causant du dommage oblige son auteur à réparer ce dommage. C'est une grave erreur. L'auteur du fait dommageable n'est tenu à réparation que quand ce fait est en même temps répréhensible, c'est-à-dire illicite et imputable tout à la fois, comme on l'a vu plus haut ; en un mot, quand l'acte constitue *une faute* de la part de son auteur, qui, d'un côté, n'avait pas le droit de l'accomplir, et qui, d'un autre côté, l'a accompli intelligemment et avec le libre usage de sa volonté. C'est ainsi, comme nous l'avons dit déjà, que la construction que j'ai faite dans les conditions voulues par la loi, bien qu'elle vienne masquer toutes vos fenêtres, ne m'oblige à rien, parce que, si ce fait préjudiciable est volontaire, il n'est pas illicite ; c'est ainsi également que l'acte d'un fou qui vient couper vos arbres ne l'oblige pas non plus, parce que, si ce fait préjudiciable est illicite, il n'est pas volontaire. Dans ces cas et autres semblables, il n'y a pas *faute*, et la *faute* est indispensable pour faire naître l'obligation de réparer le dommage causé.

II.—Et, bien entendu, il en est ainsi dans l'omission comme dans le fait positif par commission. Cette omission, pour faire naître l'engagement, doit être également imputable et illicite.

Qu'elle doive être imputable et qu'un fou ou un enfant en bas âge ne répondent pas plus de leurs omissions que de leurs faits positifs, on ne l'a jamais nié ; mais Toullier n'a pas compris qu'elle doit aussi être illicite, et que, comme le fait positif n'oblige que lorsqu'il est l'accomplissement *d'une chose défendue par la loi*, de même le fait négatif ne peut obliger que quand il est l'abstention *d'une chose ordonnée par la loi*. De même que je ne suis tenu pour ce que j'ai fait que lorsque

[ARTICLE 1053.]

je devais ne pas le faire, de même je ne réponds de ce que je n'ai pas fait que quand *je devais le faire*. Comment donc Toullier, qui développe si bien la première idée (XI, 120), a-t-il pu nier la seconde et soutenir (n° 117, 2^o art.) que celui-là est toujours tenu qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée ? Il ne suffit pas qu'il l'ait *pu*, il faut qu'il l'ait *dû*, et les autorités que Toullier cite à l'appui de sa doctrine viennent précisément la contredire. Il invoque d'abord une loi romaine qui déclare le *maître* tenu du délit qu'il a laissé commettre *par son esclave*, alors qu'il eût pu l'empêcher. Il invoque ensuite la loi prussienne ; or cette loi dit : “ Celui qui souffre sciemment ce qu'il pouvait et *devait* empêcher.” Enfin, il invoque Domat, qui dit de même : “ Ceux qui, pouvant empêcher un dommage que quelque *devoir* les engageait de prévenir...” et Domat cite l'exemple d'un maître répondant du fait de son domestique (art. 1384).

III.—Il ne s'agit donc que de faits, soit positifs, soit négatifs, qui présentent la violation d'un devoir.

Remarquons bien que c'est de la violation d'un devoir proprement dit qu'il s'agit, d'un de ces devoirs généraux existant au profit de toutes personnes, et non pas de la violation du devoir existant spécialement de telle personne déterminée à telle autre personne déterminée, et qui constitue l'obligation. Les violations d'obligations sont prévues par la section 4 du chapitre 3 du titre précédent (art. 1146-1155 ; le Code ne s'occupe plus ici, sous le nom de délits et de quasi-délits, que des violations de devoirs généraux, et M. Duranton commet une inexactitude qu'il faut éviter, quand il confond (XIII, 710) ces deux classes d'infractions que le Code a dû distinguer et séparer. Ce n'est pas seulement pour la rectitude des idées que la distinction doit être faite, elle a aussi de l'importance pratique. La loi, en effet, ne disant nulle part, dans notre chapitre, jusqu'à quel point précis l'auteur du fait devra réparer le tort causé, et s'il devra seulement les dommages que l'on pouvait prévoir comme conséquence du fait ou aussi ceux dont la prévision était impossible, il paraîtrait naturel (si,

[ARTICLE 1053.]

comme M. Duranton, l'on identifiait les violations d'obligations aux délits ou quasi-délits, en considérant les premières comme l'une des classes de ceux-ci) d'appliquer à notre matière la distinction des art. 1150, 1151, qui veulent que les dommages impossibles à prévoir soient dus en cas de dol seulement, ce qui conduirait à dire ici qu'ils seront dus dans les délits et ne le seront pas dans les quasi-délits. Ce serait une erreur : la réparation de tout le dommage causé, même dans la partie qu'il eût été impossible de prévoir au moment du fait, est due, dans notre matière, pour tous les cas, et aussi bien dans les quasi-délits que dans les délits. La disposition favorable de l'art. 1150, qui restreint l'indemnité au dommage qu'on a pu prévoir, est, comme nous l'avons vu en expliquant cet article, le résultat d'une convention tacite. Or on conçoit que cette convention n'est admissible qu'en présence d'un contrat ou de son équivalent, le quasi-contrat.

Il va sans dire, au surplus, que l'indemnité ne sera due que pour les dommages qui seront des conséquences directes du fait, et dont ce fait sera la cause unique, ainsi qu'il a été expliqué sous l'art. 1151.

IV.—Nous avons vu, sous l'art. 1202, que les quasi-délits et les délits civils n'entraînent pas solidarité comme les délits criminels, et que si certains jurisconsultes (notamment M. Zachariæ, t. II, p. 262) ont enseigné le contraire, c'est en confondant la solidarité avec les cas où la chose est due par chaque obligé *in totum*, sans l'être *totaliter*.

V.—L'art. 1382 une fois expliqué, comme il vient de l'être, on ne voit guère ce que vient faire à côté de lui l'art. 1383.

Quelques jurisconsultes l'ont entendu comme s'occupant exclusivement du fait accompli sans intention mauvaise, c'est-à-dire du quasi-délit, l'art. 1382 devenant ainsi spécial au fait accompli avec l'intention de nuire, avec la faute par excellence, c'est-à-dire le dol, et constituant ainsi le délit. Mais cette interprétation est inadmissible, puisque l'art. 1382, au lieu d'opposer l'imprudence à la *faute* (ce qui donnerait, en effet, à ce dernier mot le sens de faute lourde, de dol), l'op-

[ARTICLE 1053.]

pose tout simplement au fait. L'article ne dit pas : "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non-seulement *par sa faute*", mais bien "non-seulement *par son fait*", ce qui comprend aussi bien l'acte commis sans intention de nuire que l'acte commis avec cette intention.

Il paraît donc probable qu'on a voulu opposer *le fait* proprement dit à *l'omission*, en appliquant l'art. 1382 aux délits et quasi-délits consistant en un fait positif, et l'art. 1383 aux délits et quasi-délits consistant en un fait négatif, en une simple abstention. Mais, outre que l'opposition du fait à l'imprudence n'est pas exacte, puisqu'il peut y avoir simple imprudence aussi bien dans un fait de commission que dans une omission (c'est ce qui a lieu notamment dans l'homicide par imprudence), l'art. 1384 donne évidemment au mot *fait* le sens large que nous lui avons attribué, et l'on ne voit pas pourquoi ce mot aurait, dans l'art. 1382, une autre signification que dans l'art. 1384. Le mieux est donc de ne tenir aucun compte de cet art. 1383, qui n'ajoute rien à l'art. 1382, entendu comme il doit l'être.

* 1 *Domat (Remy), Liv. 2, Tit. 8, sec. 4.* } 1. Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu intention de nuire. Ainsi, celui qui jouant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvait y avoir du péril pour les passans, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il aura causé.

2. Le défaut de s'acquitter d'un engagement, est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages et intérêts dont on sera tenu. Ainsi, un vendeur qui est en demeure de délivrer ce qu'il a vendu, un dépositaire qui diffère de rendre le dépôt, un héritier qui retient une chose léguée, et tous

[ARTICLE 1053.]

ceux qui, ayant en leur possession une chose qu'ils doivent délivrer, refusent ou diffèrent, sont tenus, non seulement des dommages et intérêts que leur retardement aura pu causer, mais de la valeur même de la chose, si elle périt après qu'ils auront été en demeure de la rendre, quand même ce serait par un cas fortuit. Car cet événement pouvait ne pas arriver entre les mains du maître, ou il aurait pu disposer de la chose avant qu'elle périt.

3. S'il arrive quelque dommage par une suite imprévue d'un fait innocent sans qu'on puisse imputer de faute à l'auteur de ce fait, il ne sera pas tenu d'une telle suite. Car cet événement aura quelque autre cause jointe à ce fait, soit l'imprudence de celui qui aura souffert le dommage, ou quelque cas fortuit. Et c'est, ou à cette imprudence, ou à ce cas fortuit que le dommage doit être imputé. Ainsi, par exemple, si quelqu'un va traverser un jeu de mail public pendant qu'on y joue, et que la boule déjà jetée vienne à le blesser, le fait innocent de celui qui a poussé la boule ne le rend pas responsable d'un événement qu'on doit imputer, ou à l'imprudence de celui à qui il est arrivé, s'il ne pouvait ignorer que ce fût un jeu de mail, ou à un cas fortuit, si ce fait lui était inconnu, et qu'on ne pût imputer d'imprudence à celui qui jouait.

4. Ceux qui font quelques ouvrages ou quelques travaux, d'où il peut suivre quelque dommage à d'autres personnes, en seront tenus, s'il n'ont usé des précautions nécessaires pour les prévenir. Ainsi les maçons, les charpentiers, et autres, qui par des machines élèvent des matériaux ; ceux qui du haut d'un arbre en coupent et abattent les branches, doivent avertir les personnes que leur ouvrage pourrait mettre en péril : et s'ils ne le font, et à temps, ils seront tenus du dommage qui en arrivera, et même d'autres peines, selon les circonstances. Ainsi, les chasseurs ou autres qui font des fosses dans les chemins, ou en d'autres lieux sans en avoir le droit, répondront du dommage qui en pourra suivre.

5. Il faut mettre au nombre des dommages causés par des

[ARTICLE 1053.]

fautes, ceux qui arrivent par l'ignorance des choses que l'on doit savoir. Ainsi lorsqu'un artisan, pour ne pas savoir ce qui est de sa profession, fait une faute qui cause quelque dommage, il en sera tenu. Ainsi s'il arrive qu'un charretier ayant mal rangé des pierres sur une charrette, la chute d'une pierre cause quelque mal, il en répondra.

6. Des incendies n'arrivent presque jamais que par quelque faute, au moins d'imprudence ou de négligence, et ceux de qui la faute, si légère qu'elle puisse être, cause un incendie, en seront tenus. C. civ. 1733, 1734.

Le propriétaire de la maison où a commencé l'incendie qui s'est communiqué à une maison voisine, n'est point responsable du dommage causé, lorsqu'il est prouvé que le feu ne s'est communiqué que par suite de l'état de dégradation du mur de la maison voisine. Le propriétaire d'une maison brûlée ou dégradée par suite de l'incendie qui a éclaté dans une maison voisine, ne peut réclamer des dommages-intérêts contre son voisin, qu'en prouvant que l'incendie a eu lieu par l'imprudence ou la négligence de ce dernier. Lorsque plusieurs maisons sont consumées par un incendie, le propriétaire de celle où le feu a commencé, est responsable du dommage causé aux maisons voisines, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, surtout s'il y a toute apparence de faute légère de sa part.

7. Il arrive quelquefois qu'un fait volontaire cause du dommage, sans que celui qui le cause en soit responsable. Ainsi, par exemple, si un coup de vent jette un vaisseau sur les cordes des ancres d'un autre vaisseau, ou sur des filets de pêcheurs, et que le maître du vaisseau jeté par le vent, ne pouvant souvent se dégager autrement, fasse couper ces cordes ou ces filets, il ne sera pas tenu de ce dommage que ce cas fortuit a rendu nécessaire (Co. 407). Et il en est de même de ceux qui, dans un incendie, ne pouvant sauver une maison où le feu va prendre, abattent cette maison pour sauver les autres. Car dans ces sortes d'événements, c'est le cas fortuit qui cause la perte, et chacun en souffre ce qui le regarde.

On n'a pas mis dans cet article, pour le cas de l'incendie, l'exemple que donne cette loi, d'un particulier qui démolit la maison voisine de la

[ARTICLE 1053.]

sienne ; car cette licence suppose une nécessité pour le bien public, dont un particulier ne doit pas être le juge. Mais dans ce cas il y est pourvu par les officiers de la police, ou par la multitude, qui, voyant le péril, a droit d'y pourvoir.

8. Ceux qui, pouvant empêcher un dommage, que quelque devoir les engageait de prévenir, y auront manqué, pourront en être tenus selon les circonstances. Ainsi, un maître qui voit et souffre le dommage que fait son domestique, pouvant l'empêcher, en est responsable.

9. Lorsque quelque perte ou quelque dommage suit d'un cas fortuit, et que le fait de quelque personne qui s'y trouve mêlé a été, ou la cause, ou l'occasion de cet événement, c'est par la qualité de ce fait, et par la liaison qu'il peut avoir à ce qui est arrivé, qu'on doit juger si cette personne en devra répondre, ou si elle devra en être déchargée. Ainsi, dans le cas du premier article de cette section et du quatrième, l'événement est imputé à celui de qui le fait est suivi de quelque dommage. Ainsi, au contraire, dans le cas de l'article 3 et de l'article 7, l'événement n'est point imputé. Ainsi, pour un autre cas différent de ceux de tous ces articles, si une personne qui ferait les affaires d'une autre à son insu, ou un tuteur, curateur ou autre administrateur, ayant reçu une somme d'argent pour la personne de qui les affaires seraient en ses mains, mettait cet argent en réserve pendant quelque temps, sans en faire d'emploi, pouvant même payer des dettes que son administration l'obligeait d'acquitter, soit à d'autres créanciers, ou soi-même, s'il était de ce nombre, et qu'il arrive que cet argent soit enlevé par des voleurs, ou périsse par un incendie, ou que la valeur des espèces soit diminuée, cette perte pourrait tomber sur cette personne, s'il n'y avait eu aucun sujet de garder cet argent, et qu'il y eût de sa faute de ne l'avoir pas employé, ou en le prenant pour son paiement, ou en acquittant d'autres créanciers, ou le mettant à d'autres usages ou la perte pourrait regarder les personnes pour qui l'argent avait été reçu, si quelque cause en avait fait différer l'emploi. Ce qui dépendrait de la qualité de la conduite que

[ARTICLE 1053.]

cette personne aurait tenue, et des autres circonstances qui pourraient, ou obliger à répondre de cette perte, ou l'en décharger.

On n'a pas mis dans cet article le cas rapporté dans cette loi 30, § 3, ff. ad leg. Aquil., qui veut que si celui qui faisait brûler son chaume avait pris les précautions qu'il fallait prendre, il ne soit pas tenu de l'incendie arrivé par un vent subit. Car il semble que cet événement devait être prévu, et qu'on pouvait même le prévenir, arrachant au large tout ce qui pouvait joindre la maison voisine, ou remettant même de brûler ce chaume jusqu'après la récolte ; et, qu'en de pareils cas, où l'on ne peut s'engager sans prendre les précautions nécessaires pour prévenir le dommage que d'autres personnes en pourraient souffrir, on doit, ou s'abstenir de ce qui peut causer du dommage, ou se charger de l'événement si on s'y expose. Et aussi la loi divine semble dans ce cas obliger indistinctement celui qui a mis le feu, à réparer le dommage qui en sera suivi. (Exod. cap. 2, 6.)

10. Si le cas fortuit est une suite d'un fait illicite, et qu'il en arrive quelque dommage, celui dont le fait y a donné lieu en sera tenu, à plus forte raison que si le cas fortuit n'était que la suite de quelque imprudence, comme dans le cas de l'article quatrième. Ainsi, par exemple, si un créancier prend, sans autorité de justice, un gage de son débiteur qui n'y consente point, et que ce gage, vienne à périr par un cas fortuit entre les mains de ce créancier, il en sera tenu.

* 2 Domat, (*Remy*), Liv. 3, } 9. Lorsqu'il n'y a, ni dessein de
Tit. 5, sec. 2 n° 9. } nuire ; ni mauvaise foi dans le fait
qui a causé le dommage, il faut encore considérer si le dommage est arrivé par quelque négligence, ou par quelque faute, ou sans que rien puisse être imputé à celui qu'on prétend en être tenu. Ainsi, par exemple, si celui qui a pris un cheval de louage, s'en servant pendant une nuit obscure, dans un lieu pierreux, plein de mauvais pas, le cheval s'estropie, ou si, fauté de soin, il est dérobé, on pourra lui imputer ces sortes de fautes. Mais si, sans sa faute, le cheval s'estropie, ou s'il est volé en plein jour dans un grand chemin, le maître

[ARTICLE 1053.]

du cheval en portera la perte. Car ce sont des cas fortuits qui retombent sur lui.

* 11 *Toullier*, n° 116 à 120, } 116. Les engagements ou obli-
 et n° 319. } gations que la loi fait naître sans
 convention, à l'occasion des délits ou des quasi-délits, sont
 tous également compris sous les dispositions générales des
 art. 1382 et 1383. Le premier porte : “ Tout fait quelconque
 “ de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui
 “ par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.”

117. Cet article comprend généralement tous les faits quelconques qui causent, immédiatement et par eux-mêmes, du dommage à autrui ; le mot *fait* est pris ici dans le sens le plus étendu, et comprend non seulement toutes les actions et omissions nuisibles à autrui, mais encore les réticences. Par exemple, celui qui reçoit en paiement ce qu'il sait ne lui être point dû, commet une faute ou un dol par réticence ; il est tenu de réparer les dommages et intérêts qu'en souffre celui qui l'a payé par erreur. C'est pour cela que l'article 1378 le soumet à payer, outre le capital, les intérêts et les fruits, du jour qu'il a reçu le paiement.

Enfin, la disposition de notre article comprend, sous le mot de *fait*, la faute que commet celui qui, pouvant empêcher une action nuisible, ne l'a pas empêchée. Il est censé l'avoir faite lui-même. C'est, en effet, une sorte de complicité que de ne pas empêcher une action nuisible, quand on en a le pouvoir ; on doit donc en répondre civilement.

118. Si l'énonciation de l'art. 1382 n'était pas limitée, elle serait fautive par trop de généralité ; car il y a des faits de l'homme qui, quoique nuisibles à autrui, n'obligent point celui qui les a commis à réparer les dommages qu'ils peuvent avoir causés ; mais les premières expressions de cet article, trop générales en apparence, sont sagement limitées par la disposition finale, qui n'oblige à réparer le dommage que celui par la faute duquel il est arrivé.

[ARTICLE 1053.]

119. Que faut-il entendre ici par *faute* ? Ce n'est point le degré de culpabilité, suivant lequel on distingue la faute du dol, la faute lourde de la faute légère ou très légère, puisque l'article suivant soumet à la réparation du dommage causé, non seulement par une faute, mais encore par une imprudence, par une simple négligence. L'art. 1382 entend donc ici par faute, celle qu'on commet en faisant une chose qu'on n'avait pas le droit de faire, *quod non jure fit* ; car on ne peut être en faute, en faisant ce qu'on a droit de faire, pourvu qu'on n'excède pas les justes limites de son droit, et pourvu qu'il ne paraisse pas clairement qu'entre plusieurs manières d'exercer son droit, on a choisi, dans le dessein de nuire à un autre, celle qui pourrait lui être préjudiciable. Ce serait le cas d'appliquer la maxime *malitiis non est indulgendum*. Loi 38, ff. de rei vindict., 6, 1.

On n'est même pas censé en faute, en faisant ce que l'on était autorisé à croire avoir le droit de faire. Nous en avons vu un exemple *suprà*, dans celui qui a reçu en paiement une chose qu'il croyait de bonne foi lui être due. S'il la laisse détériorer, détruire même par sa négligence, c'est un dommage que le propriétaire, qui exerce la répétition après l'erreur reconnue, ne peut l'obliger à réparer, parce qu'il n'a commis aucune faute, en négligeant le soin d'une chose qu'il croyait la sienne : *Quia qui quasi rem suam neglexit, nulli querelæ subjectus est*.

A plus forte raison, celui qui ne fait que ce qu'il a réellement le droit de faire, celui qui n'use que de son droit, ne commet aucune faute. S'il en résulte quelque dommage pour autrui, c'est un malheur que l'auteur du fait n'est pas tenu de réparer, et qu'il n'est même pas, aux yeux de la loi, censé avoir causé : *Nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jus non habet*. Loi 151, ff. de R. J.

Par exemple, en creusant un puits dans mon fonds, je détourne la source qui alimentait le puits inférieur de mon voisin. C'est un dommage qu'il éprouve, et qu'il éprouve par mon fait ; mais je ne suis point tenu de le réparer, parce que

[ARTICLE 1053.]

je n'ai fait qu'user de mon droit, sans commettre aucune faute.

Il en est de même lorsqu'en labourant la terre de mon jardin, je coupe les racines des arbres du jardin voisin, que cette opération fait périr (673).

Il en est encore de même si je détourne la source, *caput aquæ*, qui prend naissance dans mon fonds (641), et dont les eaux, depuis un temps immémorial, servaient à fertiliser les fonds inférieurs, ou même que le propriétaire de ces fonds avait réunies dans un canal, pour alimenter un moulin qu'il fait construire plus bas. Je ne suis point obligé de réparer le dommage que cause le détournement de ma source. Telle est la loi de la propriété.

Le véritable sens de notre art. 1382 est donc que celui qui cause du dommage à autrui, en faisant ce qu'il n'avait pas le droit de faire, ou en négligeant de faire ce qu'il devait faire, est obligé de réparer le dommage arrivé par sa faute.

319. Dans ces sortes de cas fortuits mixtes, où il y a eu concours de quelque fait de l'homme, sans lequel ils ne seraient point arrivés, celui dont la faute, l'imprudence ou la négligence en a été la cause ou l'occasion, est tenu de réparer le dommage qui s'en est ensuivi : *Qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. Loi 30, § 3, ff. ad legem Aquiliam, 9, 2.* Son engagement est plus alors l'effet de sa faute ou de son imprudence, que du cas fortuit qui l'a suivie.

* C. N., 1382, } 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui
1383. } cause à autrui un dommage, oblige celui par
la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

[ARTICLE 1054.]

1054. Elle est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle, et par les choses qu'elle a sous sa garde ;

Le père, et après son décès, la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs ;

Les tuteurs sont également responsables pour leurs pupilles ;

Les curateurs ou autres ayant légalement la garde des insensés, pour le dommage causé par ces derniers ;

L'instituteur et l'artisan, pour le dommage causé par ses élèves ou apprentis, pendant qu'ils sont sous sa surveillance ;

La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage ;

Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et ou-

1054. He is responsible not only for the damage caused by his own fault, but also for that caused by the fault of persons under his control and by things which he has under his care ;

The father, or, after his decease, the mother, is responsible for the damage caused by their minor children ;

Tutors are responsible in like manner for their pupils ;

Curators or others having the legal custody of insane persons, for the damage done by the latter ;

Schoolmasters and artisans, for the damage caused by their pupils or apprentices while under their care ;

The responsibility attaches in the above cases only when the person subject to it fails to establish that he was unable to prevent the act which has caused the damage.

Masters and employers are responsible for the damage caused by their servants and workmen in

[ARTICLE 1054.]

vriers, dans l'exécution des | the performance of the
fonctions auxquelles ces | work for which they are
derniers sont employés. | employed.

* ff. *Si familia furtum fecisse dicetur*, } Utilissimum id edic-
Lib. 47, Tit. 5, L. 1 in princ. } tum prætor proponit,
quo dominus prospiceret adversus maleficia servorum : vide-
licet me cum plures furtum admittunt, evertant domini pa-
trimonium, si omnes dedere, aut pro singulis æstimationem
litis offerre cogatur. Datur igitur arbitrium hoc edicto, *ut si
quidem velit dicere noxios servos, possit omnes dedere qui parti-
cipaverunt furtum : enimvero si maluerit æstimationem offerre,
tantum offerat, quantum si unus liber furtum fecisset, et retineat
familiam suam.* (ULPIANUS.)

Ibidem. } ' Le prêteur a porté cet édit très-utile,
Trad. de M. Berthelot. } pour mettre les maîtres à couvert des
méfaits de leurs esclaves ; de peur que si plusieurs en com-
mettaient, ils ne renversassent le patrimoine de leur maître,
s'il était contraint de les abandonner tous à l'action noxale,
ou d'offrir pour chacun d'eux leur estimation. Ainsi par cet
édit il a le choix s'il veut déclarer ses esclaves soumis à leur
faute, d'abandonner tous ceux qui ont participé au vol ; et
s'il aime mieux offrir l'estimation, il peut offrir autant que si
un homme libre avait fait le vol, et conserver ses esclaves.
(ULPIEN.)

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig.*, } 116. Les délits sont la troisième
n° 116 à 123. } 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 une autre.

Le *quasi-délit* est le fait par lequel une personne, sans ma-
lignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable,
cause quelque tort à une autre.

[ARTICLE 1054.]

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 loix ; 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 enfans 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.

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*. L'imprudence s'ex-cuse bien plus facilement dans les jeunes gens.

f 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 enfans et des insensés, auxquels on ne peut imputer aucune faute.

120. Il n'est pas douteux qu'un interdit pour cause de prodigalité, 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

[ARTICLE 1054.]

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 L. si quis*, 7, Cod. *undè vi* ; de Barthole, *ad L. 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'imprudance, que nous appellons *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 R. J.* Quand même le délit aurait été commis à leur vu et sçu. *Culpâ caret qui scit, sed prohibere non potest* ; L. 50, ff. *d. t.*

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

[ARTICLE 1054.]

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, quoiqu'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.

†22. 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, 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.

* 6 *Nouv. Denizart, v° Délit,* } La poursuite des délits ne se
 § 1, n° 5. } règle pas parmi nous comme
 chez les Romains. Les particuliers n'ont pas le droit de poursuivre la vengeance du délit public. Il est seulement permis à tout citoyen de dénoncer à la justice le crime dont il a connaissance. Il est permis en outre aux parties intéressées de poursuivre la réparation du tort qui leur est causé, elles peuvent faire cette poursuite, ou par simple assignation, ce qui rend le procès civil, ou bien en se rendant parties civiles dans l'instruction criminelle du délit. De là il arrive que les délits qui sont tout-à-la-fois publics et privés, donnent lieu à deux actions différentes ; l'une de la part du ministère public pour la vengeance du trouble fait à l'ordre public ; l'autre de la part de la partie offensée, en réparation du tort qu'elle a souffert.

[ARTICLE 1054.]

* 4 *Massé et Vergé, sur Zacharix*, § 628. } § 628. *Des cas dans lesquels une per-*
Zacharix, § 628. } *sonne est tenue de répondre du dommage*
causé par une autre personne (1).

1° Le père et, après son décès, la mère (2) sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs, habitant avec

(1) Cette responsabilité, qui est purement civile, ne s'étend nullement à la peine encourue à raison du délit, et notamment aux amendes, sauf les cas dans lesquels une disposition spéciale de la loi en ordonne autrement d'une manière expresse. Toutefois elle s'étend aux frais du procès, Merlin, *Rép.*, v° *Resp. civ.*; Cass. 14 juill. 1814; 4 sept. 1823; 30 juill. 1825; 9 juin 1832, S. V., 32, 1, 744; [et 24 mars 1855, S. V., 55, 1, 609, V. aussi Toullier, 11, n. 290; Delvincourt, 3, p. 454; Sourdat, 2, n. 777; Tous ces auteurs reconnaissent, avec la jurisprudence, que la responsabilité civile dont il est ici question, n'ayant d'autre but que d'assurer la réparation du dommage, ne rend pas le tiers responsable passible de la peine qui ne peut être encourue que par l'auteur du délit. Or, l'amende étant une peine, il en résulte qu'elle ne peut être mise à la charge de la personne civilement responsable, à la différence des frais qui sont le remboursement ou l'indemnité des dépenses faites pour arriver au jugement, Cass., 8 mars 1821; 4 sept. 1823; 18 avril 1828; 4 fév. 1830; Lesellyer, *Dr. crim.*, 2, n. 726. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) En cas de divorce ou de séparation de corps, cette responsabilité incombe à l'époux qui a la garde des enfants, Vazeille, *Tr. du mariage*, 2, p. 427; [Duranton, 13, n. 716; Sourdat, 2, n. 830. Il en est de même en cas d'absence du père, même non déclarée, art. 141; lorsque le père est interdit judiciairement ou légalement, Duranton, 3, n. 351; lorsque le père est frappé d'une condamnation qui, bien que lui laissant la plénitude de ses droits, ne lui laisse pas cependant la possibilité de les exercer à raison de l'éloignement qu'elle lui impose, par exemple lorsqu'il est détenu ou banni. Enfin, selon Toullier, 11, n. 282, la mère, lorsque le père est en voyage, serait encore responsable du dommage causé par ses enfants en bas âge et dont elle prend soin. V. aussi Sourdat, 2, n. 829; Marcadé, sur l'art. 1384. Mais nous ne pensons pas que cette opinion doive être suivie d'une manière absolue: le père est en principe responsable de la direction de son ménage, et son éloignement momentané peut, selon les circonstances, n'être pas une cause suffisante pour l'affranchir de cette responsabilité. V. Cass., 16 août 1841, S. V., 41, 1, 751. La responsabilité paraît de même devoir incomber aux père et mère d'un enfant naturel reconnu. Duranton, 13, n. 714; Sourdat, 2, n. 814. (do)

[ARTICLE 1054.]

eux (1) et étant en leur puissance (2), à moins qu'ils ne prou-

(1) Jugé que le père est responsable du dommage causé par son fils mineur, confié aux soins de sa mère, alors même qu'il n'habite pas avec son fils, si d'ailleurs il habite à une distance peu considérable : il appartient aux juges du fait de décider, d'après les circonstances, si l'éloignement est de nature à faire disparaître la responsabilité, Cass., 16 août 2841, S. V., 41, 1, 841.—De ce que le père n'est responsable du dommage causé par ses enfants qu'autant qu'ils habitent avec lui, il suit que le père cesse d'être responsable s'il a placé son enfant dans une institution, ou en apprentissage, pourvu; bien entendu, qu'il l'eût placé à demeure; car si l'enfant était alternativement chez son père et chez son maître, la responsabilité du maître pourrait concourir en certains cas avec celle du père, mais ne la ferait pas disparaître. V. Delvincourt, 5, p. 6885; Toullier, 11, n. 268; Sourdat, n. 817; Cas., 29 déc. 1831, S. V., 33, 1, 155.—Il est bien évident d'ailleurs que le père est responsable de son enfant habitant avec lui, bien qu'il soit placé sous la surveillance ordinaire d'un maître ou d'un précepteur. V. Marcadé, sur l'art. 1384. V. encore *inf.*, note 8.—Il est à remarquer, du reste, que l'enfant qui cesserait d'habiter avec son père, sans motifs légitimes, pour se soustraire à sa surveillance, ou se livrer au vagabondage, devrait être considéré, au point de vue de la responsabilité paternelle, comme habitant avec son père qui aurait à se reprocher de n'avoir pas fait usage de son autorité pour le retenir et empêcher par là les fautes que son éloignement a rendues plus faciles, Sourdat, 2, n. 821. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Toullier, 11, n. 277. {La responsabilité passe du père à la mère quand le père est condamné en vertu de l'art. 325 Pén., pour avoir facilité la prostitution ou la corruption de ses enfants, et est par suite déchu des droits de la puissance paternelle, Valette sur Proudhon, 2, p. 245; Sourdat, n. 830. Le père et la mère cessent même d'être responsables, suivant certains auteurs, lorsque l'enfant est émancipé, l'émancipation faisant cesser la puissance paternelle. V. Toullier, 11, n. 277; Berriat Saint-Prix, *Législ. de la chasse*, p. 241. Mais d'autres auteurs pensent avec plus de raison que le père ne peut, par une émancipation volontaire, se décharger de l'obligation de veiller sur ses enfants et de répondre de leurs actes. L'émancipation qui s'opère par le fait du mariage de l'enfant est la seule qui puisse faire cesser la responsabilité des père et mère, parce qu'elle est la conséquence d'un fait qui a par lui-même pour effet de soustraire l'enfant à la puissance paternelle, en le faisant lui-même le chef d'une nouvelle famille, Duranton, n. 715; Chauveau et Hélie, *Cod. pén.*, 2, p. 291; Marcadé, sur l'art. 1384; Sourdat, 2, n. 827.] (do)

[ARTICLE 1054.]

vent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité (1).

2° Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans l'exercice des fonctions auxquelles ils les ont employés, soit que le fait dommageable leur ait été commandé, soit qu'il n'ait été accompli par eux qu'à l'occasion et en vue de la commission qu'ils avaient à remplir (2).

(1) V. comme exemples de cas de responsabilité, Cass., 29 mars 1827; Bordeaux, 1^{er} avril 1829; Cass., 29 déc. 1831, S. V., 33, 1, 655; Toulouse, 7 déc., 1832, S. V., 33, 2, 620; [Caen, 2 juin 1840, S. V., 40, 2, 538; Cass., 28 fév. 1843, S. V., 43, 1, 330; Lyon, 30 mars 1854, S. V., 54, 2, 331; Nîmes, 13 mars, 1855, S. V., 55, 2, 384.]—*Quid*, si l'enfant est en service chez autrui? V. Metz, 18 nov. 1833, S. V., 36, 2, 224. V. aussi *sup.*, note 7 et *inf.*, note 3.]—La présomption de faute est contre les père et mère, lors même que les enfants n'ont pas encore atteint l'âge de discernement, [parce que c'est précisément lorsque les enfants, n'ayant pas l'âge de discernement, sont incapables de régler leur conduite, que les parents doivent veiller sur eux de manière à les empêcher de commettre des faits nuisibles, Marcadé, sur l'art. 1384; Sourdat, 2, n. 824.]—*Contrà*, Toullier, 11, n. 270.—Lors même que les parents prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait nuisible, ils sont néanmoins encore responsables si ce fait a été précédé par une faute de leur part, par exemple si on peut leur reprocher d'avoir donné une mauvaise éducation à leurs enfants, Toullier, 11, n. 263 et s.; Bourges, 9 mars 1821; [ou de mauvais exemples. Bordeaux, 1^{er} avril 1829; ou de n'avoir pas suffisamment réprimé leurs désordres antérieurs, Cass., 29 mars 1827.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(2) Toullier, 11, n. 282 et s.; Cass., 30 avril 1813. Mais cette responsabilité ne s'étend pas jusqu'aux fautes qui n'ont aucun rapport avec l'accomplissement de la fonction, par exemple aux injures qui ont été proférées par le domestique, Merlin, *Rép.*, v° *Délit*, § 9, Cass., 9 juill. 1807; 6 juin 1811.—Le maître est-il responsable des achats de marchandises faits en son nom par le domestique? V. Cass., 22 janv. 1812.—Sur la responsabilité des entrepreneurs de voitures publiques à raison des faits de leurs employés, V. l'ordonnance du 16 juillet 1828, et Cass., 22 mai 1834, S. V., 34, 1, 366.—... A raison des accidents de voyage, V. Cass., 8 mars 1827.—Le dernier alinéa de l'art. 1384 n'est pas applicable aux maîtres de maison et commettants, Cass., 11 juin 1836, S. V., 37, 1, 432. V. aussi *Comm.*, art. 216 et 217. [Reprenons ces différents points. En principe, la respon-

[ARTICLE 1054.]

3° Les instituteurs (1) et les artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves ou apprentis, pendant le

sabilité des maîtres et des commettants, à l'égard du dommage causé par les domestiques ou préposés, n'est pas limitée au cas où les actes dommageables rentrent dans les termes du mandat ou de la fonction : pour que le maître ou le commettant soient responsables, il suffit que les actes dommageables du domestique ou du préposé se rattachent à l'objet de leur mandat, et qu'ils aient eu lieu à l'occasion de son exécution, Orléans, 21 déc. 1834, S. V., 55, 2, 661 ; Cass., 13 déc. 1856, S. V., 57, 1, 442 ; et Paris, 8 oct. 1856, S. V., 57, 2, 445. V. Marcadé, sur l'art. 1884. Il est évident, en effet, que si le maître ou le commettant n'étaient responsables que du fait dommageable qu'ils ont donné l'ordre ou le mandat de commettre, il ne s'agirait plus de la responsabilité du fait d'autrui, mais d'une responsabilité personnelle. Sur les difficultés auxquelles peut donner lieu l'application de ce principe. V. Sourdat, 2, n. 888 et s., et 917 et s. V. aussi la *Table gén.*, de Devilleneuve et Gilbert, v° *Responsabilité*, §§ 4 et 5.—Un autre point également certain, c'est que le maître et le commettant sont responsables du dommage causé par leurs domestiques ou préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés, alors même qu'ils prouveraient n'avoir pu empêcher le fait qui motive cette responsabilité, Cass., 25 nov. 1813 ; 11 juin 1836, S. V., 37, 1, 452 ; 11 mai 1846, S. V., 46, 1, 364 ; Amiens, 4 déc. 1846, S. V., 47, 2, 237 ; Paris, 15 mai 1851, S. V., 51, 2, 359 ; Pothier, *Oblig.*, n. 121 ; Toullier, 11, n. 283 ; Duranton, 13, n. 724 ; Marcadé, sur l'art. 1384 ; Sourdat, 2, n. 918. C'est ce qui résulte du texte même de l'art. 1384 ; de la discussion de cet article au Conseil d'Etat, Fenet, 15, p. 476 ; et de cette considération que le maître ou le commettant ont à se reprocher d'avoir donné leur confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents.—La responsabilité des maîtres et commettants est tellement étendue qu'elle s'applique même aux délits et aux crimes commis par les domestiques ou préposés dans l'exercice de leurs fonctions, délits ou crimes pour lesquels ils n'auraient pu recevoir aucun mandat, Aix, 18 août 1824 ; Cass., 19 juill. 1826 ; Paris, 15 mai 1851, S. V., 51, 2, 359 ; à la différence des cas où le crime commis par le préposé, serait étranger à l'exercice de ses fonctions, Paris, 19 mai 1848, S. V., 48, 2, 299.—Quant à la responsabilité des voituriers et des propriétaires de navires, elle est réglée par des dispositions spéciales dont nous n'avons pas à nous occuper ici.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) " Les instituteurs. " Il faut comprendre sous cette dénomination toutes les personnes qui ont des mineurs sous leur discipline et sous leur surveillance, par exemple les chefs d'institution, Toullier, 11, n. 265 ;—les

[ARTICLE 1054.]

temps qu'ils sont sous leur surveillance (1), à moins qu'ils ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité, art. 1384.

4° Les communes sont responsables des dégâts commis dans leur circonscription par des attroupements de gens armés ou sans armes. L. 10 vend. an IV, titre 4.

La responsabilité qui, dans les cas ci-dessus, incombe à des tiers n'a pas pour effet de dégager l'auteur du fait dommageable de la responsabilité qui pèse sur lui personnellement (2).

tuteurs chez lesquels demeure l'enfant, Pothier, *Oblig.*, n. 121 ; Duranton, 13, n. 717 ; [Marcadé, sur l'art. l'art. 1384. V. aussi Colmar, 4 juin 1830. — Bien que l'art. 1384 ne doive pas en général être interprété dans un sens limitatif, V. Favard, *vo Délit*, § 4, cependant il ne s'applique pas aux maîtres qui se bornent à donner des leçons à des enfants qui ne demeurent pas chez eux. V. *sup.*, note 5.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Cette responsabilité a-t-elle également lieu quand l'élève ou l'apprenti est majeur ? Nous ne le pensons pas : il s'agit ici d'une responsabilité analogue à celle des père et mère, fondée sur l'âge de la personne, et sur la garde qui est la conséquence de cet âge. Or, on ne comprendrait pas comment, lorsque le père cesse d'être responsable par la majorité de l'enfant, l'instituteur ou l'artisan pourrait continuer à l'être. Si le maître et le commettant sont responsables de leurs domestiques et préposés sans distinction d'âge, c'est parce qu'en les choisissant et en les chargeant d'une fonction ou d'une commission, ils assument la responsabilité de leurs actes, et qu'alors l'âge n'est plus qu'une considération secondaire. Sourdat, 2, n. 877.—*Contrà*, Duranton, 13, n. 321.] (do)

(2) La question de savoir si celui qui a été déclaré responsable a un recours contre celui dont il répond doit être différemment résolue, selon les cas. V. Toullier, 11, n. 270 et s. [Il faut faire plusieurs distinctions. Et d'abord, toutes les fois que celui qui a causé le dommage ne peut être tenu personnellement de le réparer, parce que, soit à raison de son âge, soit à raison de son état mental, il n'a pas agi avec discernement, celui qui en est responsable n'a aucune action contre lui : dans le cas contraire, la personne responsable a un recours contre l'auteur du fait dommageable, Toullier, 11, n. 224 ; Duranton, 13, n. 722 ; Sourdat, 2, n. 768. En second lieu, même lorsque l'auteur du fait est susceptible de responsabilité, la personne civilement responsable n'a aucun recours contre lui, si

[ARTICLE 1054.]

Du reste, les dispositions qui rendent certaines personnes responsables du dommage causé par autrui, étant des exceptions au droit commun, ne sont pas susceptibles d'être étendues à des cas analogues, et ne doivent pas être ramenées au principe général. Ainsi, le mari n'est pas ordinairement tenu du dommage causé par sa femme. V. art. 1424 et s. ; Pén., art. 73 et 74.

* 11 *Toullier*, n° 260 à 278, } 260. On était allé plus loin
 } et n° 282 à 289. } sous l'ancienne législation, et, en
 partant de la fausse supposition que le père peut toujours
 prévenir et empêcher ses enfants de faire des fautes, notre
 nouvelle Coutume de Bretagne, conforme en cela à l'ancienne
 et à la très ancienne, rédigée vers l'an 1230, porte, art. 656 :
 " Si l'enfant fait du tort à autrui, tant qu'il sera au pouvoir
 " de son père, le père doit payer l'amende civile, pour ce
 " qu'il doit châtier ses enfans."

On voit par différents arrêts du Parlement de Paris, et les auteurs nous enseignent, que cet article fut suivi dans les provinces dont les Coutumes ne contenaient point de disposition semblable, et qu'il devint le droit commun de la France :

le dommage résulte d'un fait commun aux deux parties, ou qui n'a eu lieu que par suite d'un manque de surveillance de la personne civilement responsable ; ou bien encore si le dommage a eu lieu par ses ordres, bien que dans ce cas l'agent puisse être lui-même responsable vis-à-vis de celui à qui le fait par lui commis a causé préjudice, Cass., 12 nov. et 12 déc. 1840, S. V., 41, 1, 698 ; Sourdât, 2, n. 769 et s.—Nous ne croyons pas, du reste, qu'un tiers civilement responsable, par exemple un instituteur, un artisan, ait un recours contre les parents de l'élève ou de l'apprenti des faits duquel il est tenu de répondre. C'est celui sous la garde duquel se trouve l'enfant qui seul est responsable, et il ne peut recourir contre ceux qui cessent d'en répondre dès l'instant qu'ils ne le gardent plus. Il y a une disposition contraire dans l'art. 79 du décret du 15 nov. 1811, sur le régime de l'université ; mais c'est là une dérogation évidente aux règles du droit commun, Toullier, 11, n. 266 et s. ; Sourdât, 2, n. 819. — *Contrà*, Duranton, 13, n. 723.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1054.]

il s'est même trouvé des auteurs qui ont écrit que cet article était juste et fondé en raison.

Cependant dans notre Bretagne, où cette doctrine avait pris naissance, notre savant d'Argentré s'éleva avec toute la force de la raison contre une disposition si évidemment injuste par sa généralité. Sans doute, disait-il, le père doit corriger ses enfants ; mais il ne le peut pas toujours : il y a des naturels tellement indociles et féroces, que tous les soins, toutes les remontrances ne peuvent changer ; qui n'écoutent, qui ne souffrent pas même les corrections. La raison ne permet donc pas de punir un père pour les actions d'un enfant, lorsqu'il n'a pu les empêcher ; lorsque au contraire il a fait tout ce qui était en lui pour les prévenir ; lorsqu'il était absent, lorsqu'il en a confié l'éducation à des maîtres sages. Il faut donc, ajoute l'auteur, ou changer la disposition, en tempérer la dureté et l'injustice, ou rétablir la raison dans l'esprit des enfants, ce qui n'est pas au pouvoir des hommes.

Ni le poids des raisons d'Argentré, ni l'autorité des jurisconsultes les plus célèbres, ni l'observation journalière, qui nous démontre que la prévoyance la plus active des pères de famille les plus vigilants, ne peut, le plus souvent, empêcher ni prévenir, les actions d'un enfant qui cause du dommage, rien ne put ramener les esprits à la justice. On appliqua rigoureusement la responsabilité prononcée indéfiniment par la Coutume de Bretagne, aux cas même où les pères n'avaient pu empêcher l'action de leurs enfants. La jurisprudence n'y apporta d'autre adoucissement que celui de dispenser les pères de la responsabilité, quand le dommage avait été causé par un impubère encore incapable de malice et sans discernement du bien et du mal, parce que leurs actions, de même que celles d'un insensé, n'étant pas susceptibles d'imputation, et ne pouvant constituer ni un délit ni un quasi-délit, le dommage qu'ils peuvent causer, lorsqu'il n'a pu être prévenu ni empêché par les personnes chargées de les surveiller, ne saurait être considéré que comme l'effet d'un cas fortuit.

261. Mais cet adoucissement laissait subsister la responsa-

[ARTICLE 1054.]

bilité indéfinie du dommage causé par les enfants pubères, dont l'injustice était évidente.

Enfin, nos sages législateurs ont fait cesser cette injustice, et rétabli l'empire de la raison, par la disposition finale de l'art. 1384, qui porte : “ La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les pères et mères, instituteurs et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.”

Au moyen de cette disposition, depuis si longtemps sollicitée par la raison, la responsabilité du père n'a plus rien de contraire à la justice. La nature a placé les enfants sous la surveillance et la direction du père ; il est le censeur né de leurs actions, il doit les diriger : il est donc juste qu'il en réponde ; c'est une garantie qu'il doit à la société : voilà la règle.

262. Mais il existe une autre règle, également fondée sur la raison. c'est que personne n'est tenu à l'impossible. On ne peut imputer à personne de n'avoir pas fait une chose qui n'était pas dans son pouvoir ; c'est un axiome de vérité éternelle. Cependant cette excuse même, fondée sur l'impossibilité, n'étant qu'une exception à la règle de la responsabilité, c'est le père qui doit la prouver, comme l'exige notre article 1384, conforme, en ce point, au principe reçu en matière de preuve. C'est au demandeur à prouver, et le défendeur devient *demandeur*, en alléguant une exception.

263. De plus, l'excuse ne devrait pas être reçue, si l'impossibilité d'empêcher l'action a été précédée d'une faute du père, sans laquelle l'événement qui a causé le dommage ne serait pas arrivé. En voici un exemple dans l'espèce d'un arrêt rendu par le Parlement de Paris, au mois de mars 1784, dont voici l'espèce :

Le fils de Carlier, armurier à Guise, et la fille de Taffin, tailleur, tous deux enfants de sept à huit ans, jouaient dans la boutique du père Carlier, qui était absent. L'enfant Carlier ouvre un tiroir, en tire un pistolet chargé à poudre, presse la détente, le pistolet part, et blesse la fille Taffin au visage.

[ARTICLE 1054.]

Taffin rend plainte contre Carlier père et fils. Le lieutenant criminel rend un décret d'ajournement personnel contre le fils Carlier.

Il était bien évident que le fait de ce dernier, dans un âge aussi tendre, ne constituait point un délit, et ne pouvait lui être imputé ; aussi, sur l'appel de la procédure, le décret fut déclaré nul.

Il était encore évident que Carlier père, étant absent, n'avait pu empêcher l'action de l'enfant ; mais il n'était pas moins évident que le père Carlier avait commis une faute, tout au moins une haute imprudence, en laissant, sans l'enfermer sous la clef, un pistolet chargé, dans un lieu où les enfants allaient jouer. Sans cette faute, l'événement ne serait point arrivé. Il fut donc condamné à 200 fr. de dommages et intérêts et aux dépens. De plus, l'arrêt lui fit défense de tenir des armes chargées dans sa boutique, et, pour l'avoir fait, le condamna en 3 fr. d'amende, par forme de police.

Cet arrêt confirme ce que nous avons déjà dit, que le père répond de la faute de ses enfants, même impubères, quoiqu'il n'ait pu empêcher l'action, lorsqu'elle a été précédée d'une faute de sa part, sans laquelle l'événement ne serait point arrivé ; car c'est alors sa faute personnelle qui a occasionné le dommage. Cela est conforme au principe établi *suprà*, n° 154.

264. L'excuse d'impossibilité rend inutiles aujourd'hui beaucoup de questions que faisait naître l'injustice de la responsabilité indéfinie. D'Argentré demandait si elle s'étendait au cas d'absence du père. Aujourd'hui la négative est en général évidente, car le père absent n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage.

Cependant il ne faut pas en conclure que le père absent soit toujours dégagé de la responsabilité. Il ne l'est pas en plusieurs cas ; par exemple, si le fait a été précédé d'une faute de sa part, sans laquelle l'événement n'aurait pas eu lieu, comme dans le cas du père Carlier, dont nous venons de citer l'exemple. La faute la plus légère suffirait pour faire rejeter

[ARTICLE 1054.]

l'excuse d'impossibilité. La loi ne peut balancer entre celui qui a commis une faute, même légère, et celui qui en souffre, sans en avoir commis aucune. Quiconque a causé ou occasionné du dommage, doit le réparer. C'est au magistrat d'examiner s'il n'y a pas de reproches fondés à faire au père ; si, au lieu de réprimander et de châtier l'enfant, quand l'occasion s'en est présentée, il avait, par trop de faiblesse, passé sous silence, excusé, peut-être quelquefois autorisé, par ses exemples et sa conduite, des fautes de la nature de celles dont on se plaint, il pourrait, malgré son absence, être jugé responsable du dommage causé par l'enfant. On pourrait encore examiner s'il ne devait pas, s'il n'avait pas les moyens de faire surveiller un enfant vicieux ou connu par la pétulance de son caractère. Tout dépend des circonstances. L'excuse est abandonnée à la prudence et à la sagacité des magistrats.

265. La responsabilité cesse quand le père a placé son enfant dans un collège ou autre maison d'éducation ; c'est alors le chef de l'établissement qui répond civilement de ses actions. Ainsi le veut la quatrième disposition de l'art. 1384. Le père s'est reposé sur lui, en lui confiant l'enfant, d'une surveillance qu'il n'est plus désormais à lieu d'exercer ; c'est donc l'instituteur qui en est chargé dans la place du père. La loi lui délègue une portion d'autorité suffisante pour retenir l'enfant dans les bornes du devoir. C'est lui seul qui est en faute, *si ce dernier s'en écarte*. Il doit donc en répondre civilement, sans recours contre le père, mis désormais à l'abri de toute responsabilité, par la disposition de la loi, et par le mandat qu'il a spécialement donné au chef de la maison où il a placé son fils.

266. Cependant l'art. 79 du décret impérial du 15 novembre 1811, concernant le régime de l'Université, en statuant que, pour les délits commis par les élèves au-dehors des lycées, dans les sorties et promenades faites en commun, la partie lésée a le droit d'en poursuivre la réparation par les voies ordinaires, dit : " Dans tous les cas, l'action sera dirigée

[ARTICLE 1054.]

contre le chef de l'établissement auquel l'élève appartiendra, " lequel chef sera civilement responsable. "

Ceci est parfaitement conforme au Code civil ; mais l'article ajoute : " *Sauf son recours contre les pères et mères, ou tuteurs, en établissant qu'il n'a pas dépendu des maîtres de prévenir ni d'empêcher le délit.* "

Cette dernière disposition est dans une contradiction manifeste avec l'art. 1384 du Code. 1° Si l'instituteur prouve qu'il n'a pas dépendu des maîtres de prévoir et d'empêcher le délit, l'impossibilité existe, à bien plus forte raison, à l'égard du père, demeurant peut-être à cent lieues de l'établissement où il a placé son fils. Comment donc exercer un recours contre lui, pour un cas où la loi dégage de la responsabilité ? Comment en exercer un contre le tuteur, que le Code n'assujettit point à cette responsabilité ?

2° S'il est prouvé que les maîtres n'ont pu prévenir ni empêcher le délit, il est dégagé de la responsabilité par le Code, art. 1384. Il n'a donc pas de recours à exercer.

Au reste, il est difficile de prouver l'impossibilité de prévenir ou d'empêcher le dommage causé par un élève ; car, dans un collège bien tenu, les élèves doivent être perpétuellement sous les yeux des maîtres : il y a donc le plus souvent défaut de surveillance de ces derniers.

267. Il faut ajouter que la disposition du décret impérial n'a pu ni déroger au Code civil, ni l'abroger. Il n'avait pas force de loi ; et des magistrats pénétrés de leurs devoirs n'auraient pas dû asseoir un jugement sur cette disposition, même sous le gouvernement impérial, à plus forte raison sous le règne d'un monarque sage, qui, depuis longtemps, a jugé l'Université, senti la nécessité de corriger ses vicieuses institutions, et annoncé le dessein de les réformer, comme incompatibles *avec ses intentions paternelles, et avec l'esprit libéral de notre gouvernement.*

Ce sont les expressions du préambule de l'ordonnance du 17 février 1815, *portant règlement sur l'instruction publique.*

Les tribunaux ne devraient donc pas admettre, aujourd'hui,

[ARTICLE 1054.]

l'action récursoire d'un instituteur contre le père de l'enfant confié à ses soins.

268. Un professeur célèbre, aujourd'hui membre du Conseil royal de l'instruction publique, va jusqu'à dire que si l'enfant qui a causé du dommage, a son père, et demeure en même temps chez un maître d'apprentissage, le maître est tenu de réparer le dommage, parce que le père n'est tenu qu'autant que l'enfant demeure chez lui.

C'est peut-être aller un peu loin, surtout si le maître demeure dans la même ville que le père, et si le dommage est causé dans la maison du père.

270. Nous avons dit, n° 260, que l'ancienne jurisprudence dispensait le père de la responsabilité, lorsque l'enfant impubère avait agi sans discernement, parce que l'action n'est point alors imputable à l'enfant. Ce principe, émané de cette loi éternelle et immuable fondée sur la raison, est toujours le même : il a été consacré par l'art. 66 du Code pénal, qui laisse même aux juges une grande latitude de pouvoir pour décider si l'enfant a agi ou non avec discernement. Il porte : " Lorsque l'enfant est âgé de moins de seize ans, s'il est dé-cidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté. " La loi, dit la Cour de cassation, *ne le reconnaît coupable ni de crime ni de délit*, parce que l'action ne lui est pas imputable. Ajoutons, avec Pothier, n° 118, ni de *quasi-délit*, parce que l'action ne lui est pas imputable : il n'est donc pas obligé ; le dommage est considéré comme un cas fortuit.

Pour s'excuser de la responsabilité, le père n'a donc en ce cas rien autre chose à prouver, si ce n'est que son enfant était en trop bas âge pour agir avec discernement. Si le demandeur en réparation prétendait faire rejeter cette excuse, en disant que l'action de l'enfant pouvait être empêchée par le père ou par les personnes dont il répond, ce serait à lui de le prouver, à la différence du cas dont nous avons parlé, n° 262, où c'est au père de prouver qu'il a été dans l'impossibilité d'empêcher l'action de son enfant, dont la loi l'oblige de répondre, s'il n'a pas l'excuse d'impossibilité ; au lieu que la loi

[ARTICLE 1054.]

ne l'oblige point de répondre des actions d'un enfant impubère et sans discernement.

Il en répondrait cependant, comme nous l'avons dit, n° 263, si l'action de l'enfant a été précédée d'une faute du père, sans laquelle l'action n'aurait pas eu lieu.

271. Ceci donne lieu à une observation importante. La responsabilité du père, obligé de réparer le dommage causé par son enfant, n'est pas autre chose qu'un cautionnement légal et forcé, une garantie que la loi exige pour le rendre plus attentif à veiller sur la conduite et les actions de ses enfants. L'enfant qui a causé le dommage n'en reste pas moins personnellement obligé à la réparation. C'est l'obligation principale : celle du père n'en est que l'accessoire. S'il est obligé de payer, c'est pour son enfant, c'est parce que son enfant doit ; en un mot, c'est la dette de l'enfant qu'il est contraint de payer d'avance et sans bénéfice de discussion. Il peut la répéter vers lui, en rendant son compte de tutelle, la reprendre, ou s'en faire payer sur les biens venus à l'enfant, par succession ou autrement, et s'il ne l'a pas répétée de son vivant, l'enfant ne devra le rapport à la succession du père, ou devra l'imputer sur sa portion héréditaire.

272. Si le père est excusé de la responsabilité en prouvant qu'il est sans reproche, et qu'il n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage, cette excuse, qui est un acte de justice, lui est personnelle, et ne dégage pas l'enfant, véritable auteur du dommage. La partie lésée peut donc agir contre lui sous l'autorité du père, et le faire condamner personnellement à la somme due pour réparation du dommage, et aux dépens ; somme dont il pourra se faire payer dans la suite sur les biens qui aviendront à l'enfant.

Si même le dommage était causé par un crime ou par un délit, la partie lésée pourrait intervenir devant le tribunal criminel, pour exercer son action civile en dommages et intérêts, comme l'y autorise l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, sans être obligée d'appeler le père.

273. Mais s'il s'agit du dommage causé par un enfant im-

[ARTICLE 1054.]

pubère, sans discernement, *doli incapax*, il est évident que la partie lésée ne peut agir contre lui, parce que le fait ne lui est pas imputable. La procédure serait donc annulée, comme le fut le décret rendu contre l'enfant Carlier, âgé de sept à huit ans (*suprà*, n° 263).

274. De là une autre conséquence en faveur de l'impubère, si son père est condamné à la responsabilité, parce qu'il pouvait empêcher le fait qui a causé le dommage, ou que ce fait a été précédé d'une faute de sa part, sans laquelle il ne serait pas arrivé. C'était le cas où se trouvait le père Carlier. Non seulement le père ne pourra, dans ce cas, répéter de son fils devenu majeur la somme qu'il a été condamné de payer, parce qu'il y a été condamné pour une faute qui lui est personnelle ; mais encore, et par la même raison, le fils ne sera point obligé de rapporter cette somme à ses cohéritiers à l'ouverture de la succession du père, parce que ce n'est point la dette personnelle du fils, qui n'était point obligé, que le père commun a acquittée.

275. L'enfant pubère étant incontestablement obligé de rapporter, à l'ouverture de la succession, la somme payée pour réparation de sa faute, puisque c'est sa dette personnelle que le père a payée d'avance, l'exacte justice semblerait exiger que la responsabilité du père fût bornée à la légitime de l'enfant, c'est-à-dire à sa portion héréditaire dans les biens du père, toutes charges déduites ; car si le père est obligé de payer indéfiniment la totalité du dommage causé par l'enfant, toute la famille peut se trouver ruinée pour la faute d'un seul. Il peut, en effet, arriver que la valeur du dommage à réparer excède la fortune du père ; par exemple, si un pubère, demeurant chez son père, avait par imprudence incendié une maison voisine d'une valeur, meubles compris, supérieure aux biens du père ; dans ce cas, la famille entière serait ruinée, et les innocents seraient punis pour le coupable. Un auteur qui écrivait sur la *Coutume de Bretagne*, pensait donc que la limitation de la responsabilité du père à la légitime de l'enfant était nécessaire. Mais notre article 1384 est

[ARTICLE 1054.]

conçu dans des termes trop généraux pour que les tribunaux puissent admettre, sans une loi nouvelle, une pareille limitation, quelque juste qu'elle soit. C'est *le dommage*, et non une portion du dommage, qu'il ordonne de réparer : il faut donc exécuter la loi, quoique dure, pendant qu'elle existe. On ne peut se dissimuler qu'une responsabilité aussi étendue, qui oblige indéfiniment le père à payer des sommes rapportables à sa succession par le fils coupable, peut, en certain cas, être plus injuste que cette loi fameuse, qui ordonna le partage de présuccession des biens des pères et mères en faveur du fisc, pour répondre de la faute commise par les enfants émigrés ; car cette loi du moins ne confisqua que la part virile de chaque enfant émigré, et en donna une au père, une à la mère, une autre à chacun des autres enfants.

276. Le Parlement de Bretagne sentait tellement l'injustice de la responsabilité des pères, telle que l'ordonnait l'art. 656 de la *Coutume*, qu'il saisissait tous les prétextes d'en amollir la dureté. Un arrêt de 1607 jugea que le père n'était pas tenu de rendre les sommes prises et volées par son fils, parce que la *Coutume* n'oblige le père qu'à la réparation civile du délit, et non à la restitution de ce qui a été volé, *qui sont*, dit Belordeau, *choses bien différentes*. Il est au moins fort douteux qu'une pareille subtilité fût admise, sous l'empire du Code civil, quoiqu'il ait rendu la responsabilité des pères moins dure, en ce qu'il leur permet de prouver qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu.

277. La *Coutume de Bretagne* n'obligeait le père à réparer le dommage causé par son enfant, que *tant qu'il sera en son pouvoir*. Ainsi, la responsabilité cessait par l'émancipation de l'enfant. En est-il de même sous l'empire du Code ?

C'est aussi sur la puissance paternelle qu'il fonde la responsabilité du père. La preuve en est qu'après la mort de celui-ci, il impose la même responsabilité à la mère, qui exerce alors l'autorité ou la puissance paternelle. Cependant, le Code ne dit point, comme la *Coutume de Bretagne*, que la responsabilité du père n'existe qu'autant que les enfants sont

[ARTICLE 1054.]

en son pouvoir : on peut donc douter qu'elle cesse par l'émancipation. La négative paraîtrait d'abord plus conforme à la lettre de l'art. 1384, qui porte, sans distinction ni limitation, que le père, et après sa mort la mère, sont responsables du dommage causé par leurs enfants *mineurs, habitant avec eux*. Or, l'émancipation ne fait pas cesser *la minorité*.

Mais considérons que l'art. 372 porte que l'enfant "reste sous l'autorité de ses père et mère *jusqu'à sa majorité* ou *son émancipation* ;" que, d'un autre côté, la responsabilité est incontestablement fondée sur la puissance paternelle, et qu'enfin elle est contraire au droit commun, et même au droit divin ; que, par conséquent, au lieu de l'étendre, il faut la restreindre dans les bornes les plus étroites. Nous pensons qu'elle doit, comme autrefois, cesser par l'émancipation.

282. La troisième disposition de notre art. 1384 fait une seconde application spéciale du principe général de responsabilité, posé dans la première disposition, en statuant que *les maîtres et les commettants* répondent "du dommage causé par leurs *domestiques et préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*."

Cette disposition n'a rien que de conforme à la raison. Dans la règle, les maîtres ne répondent pas des dommages causés par leurs domestiques. C'est une conséquence du principe qu'on ne répond pas des actions d'autrui.

Mais ce principe souffre exception, à l'égard de celui qui a commandé une action ; il répond éminemment des dommages qui en résultent.

Or, c'est commander une action que d'y employer un domestique, ou de charger tout autre préposé de le faire pour soi. L'action devenant alors le fait du maître ou des commettants, il en doit répondre comme de son propre fait. L'obligation de réparer le dommage qu'elle peut avoir causé, est donc une obligation personnelle et principale du maître ou commettant, comme l'a fort bien dit la Cour de cassation, dans un arrêt du 11 juillet 1808, d'où il résulte que toute action en réparation peut être, en ces cas, dirigée directement

[ARTICLE 1054.]

contre le maître ou le commettant, sans appeler le domestique ou le préposé, qui n'a fait qu'exécuter ses ordres, et qui pourrait même, suivant les circonstances, se faire renvoyer hors de cause, si on l'y avait mis en même temps que le maître ou le commettant ; et si on l'y avait mis seul, appeler le maître ou le commettant en garantie. Par exemple, un maître envoie son domestique, ou un ouvrier salarié, recueillir les fruits d'un champ. Celui-ci y va et les recueille ; le propriétaire du champ l'entreprend comme voleur. Le domestique, ou l'ouvrier à gages, qui a agi de bonne foi, peut, sans contredit, appeler en garantie son maître ou son commettant, en alléguant qu'il n'a fait que suivre ses ordres, et demander à être mis hors de cause.

Il n'est même pas nécessaire de prouver la mission du domestique. Il suffit qu'on l'ait vu occupé des travaux auxquels il est ordinairement employé ; qu'on ait vu l'ouvrier travaillant avec les domestiques de la maison. Absent ou présent, le maître est présumé savoir que ses domestiques ont été employés à leurs travaux ordinaires, et, par conséquent, leur en avoir donné l'ordre par lui-même, ou par ceux qu'il a laissés à la tête de ses affaires.

La responsabilité du maître ou du commettant est donc d'une nature essentiellement différente de celle du père de famille, obligé de répondre du dommage causé par son enfant mineur. La responsabilité de ce dernier, comme nous l'avons vu n° 267, n'est pas autre chose qu'une garantie que la loi exige du père, un cautionnement forcé du dommage causé par l'enfant qui reste toujours le principal obligé. L'obligation du père n'est qu'accessoire, sauf son recours contre l'enfant ; au lieu que le maître ou le commettant est obligé principal et non subsidiaire, en ce qui concerne la réparation du dommage causé par une action qu'il a commandée, ou qu'il est censé avoir commandée ; en un mot, il est considéré comme l'ayant faite lui-même par le ministère de son domestique ou de son préposé, contre lesquels il ne peut, par conséquent, avoir de recours ; car il serait absurde que

[ARTICLE 1054.]

celui qui a commandé une action pût avoir, à raison de cette action, un recours à exercer contre celui qui l'a faite par son ordre.

283. Ceci nous suggère la véritable raison du silence gardé à l'égard des maîtres et commettants, dans la dernière disposition de l'article 1384, qui porte que la responsabilité *des pères et mères, des instituteurs et artisans*, cesse, quand ils "prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité," et qui ne dit point que celle des maîtres et commettants cesse par la même preuve.

Nonobstant ce silence, M. Tarrible, dans son discours au Corps législatif, en lui présentant le vœu du Tribunat, sur la loi relative aux engagements sans convention, pense que la responsabilité cesse à l'égard des maîtres et des commettants, comme à l'égard des pères, mères, instituteurs et artisans, s'ils prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui y donne lieu.

M. Bertrand de la Greuille, au contraire, dans le rapport qu'il fit au Tribunat sur la même loi, dit positivement que les maîtres et commettants ne peuvent, en aucun cas, argumenter de l'impossibilité où ils prétendraient avoir été d'empêcher le dommage causé par leurs domestiques ou préposés, dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

"Le projet, dit-il, les assujettit à la responsabilité la plus entière et la moins équivoque. Cette disposition, ajoute-t-il, qui se rencontre déjà dans le Code rural, ne présente rien que de très équitable. N'est-ce pas, en effet, le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer? N'a-t-il pas à se reprocher d'avoir donné sa confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents? Et serait-il juste que des tiers demeurassent victimes de cette confiance inconsidérée, qui est la cause première, la véritable source du dommage qu'ils éprouvent? La loi ne fait donc ici que ratifier ce que l'équité commande, ce que de trop fréquents et de trop fâcheux exemples rendent nécessaire, et ce

[ARTICLE 1054.]

que la jurisprudence de tous les temps et de tous les pays a consacré. ”

M. Maleville, sur cet article, s'est rangé à cette dernière opinion, qui est aussi celle de Pothier, *Traité des obligations*, n° 121. Il enseigne que le maître est responsable des délits et quasi-délits des serviteurs et ouvriers qu'il emploie, même dans le cas où il n'aurait pas été en son pouvoir de les empêcher, lorsqu'ils sont commis dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés, même en l'absence du maître ; ce qui a été établi, dit-il, pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques.

Cette opinion est la seule vraie, la seule conforme au texte et à l'esprit du Code. Dès qu'il ne rend le maître responsable du dommage causé par ses domestiques, que *dans les fonctions* auxquelles il les emploie, dit l'art. 1384, dans l'exercice de ces fonctions, dit Pothier, on ne peut admettre l'excuse qu'il n'a pu empêcher le dommage, puisque c'est lui qui a commandé ou qui est censé avoir commandé l'action qui l'a causé. La seule excuse recevable serait la preuve que le dommage a été causé hors de l'exercice de leurs fonctions.

284. Le dommage causé par les domestiques ou préposés, *dans les fonctions* auxquelles on les emploie, peut l'être de deux manières : ou par l'action même qui leur a été commandée, sans aucune faute de leur part, comme dans l'exemple du domestique ou de l'ouvrier que le maître a envoyé couper la récolte ou cueillir les fruits d'un champ qu'il croyait lui appartenir.

C'est dans ces cas et autres semblables qu'ils peuvent appeler le maître en garantie, et demander à être reuoyés hors de cause, lorsqu'ils y ont été mis. Il est évident que, dans des cas semblables, le maître ou le commettant ne peut avoir aucun recours contre ceux qui n'ont fait qu'exécuter ses ordres.

Il peut arriver aussi que le dommage causé par les domestiques ou préposés ne vienne pas de l'action même à laquelle ils ont été employés, mais seulement de la faute qu'ils ont

[ARTICLE 1054.]

commise en la faisant, par ignorance, maladresse ou imprudence. Par exemple, un cocher maladroît ou mal intentionné a blessé un passant ou causé d'autres dommages; un charpentier, chargé de placer une charpente, a, par impéritie ou défaut de précaution, laissé tomber sur la maison voisine, une pièce de bois dont la chute a causé un grand dommage. Dans ces cas et autres semblables, le maître ou le commettant n'en est pas moins responsable du dommage, et même principal obligé à la réparation, quand même il eût été absent, quand même il n'eût pas été dans son pouvoir d'empêcher le dommage; car il est commis *dans les fonctions* auxquelles il avait employé le cocher ou le charpentier. Ce qui a été établi, dit Pothier, numéro 121, pour rendre les maîtres attentifs à ne se servir que de bons domestiques et d'ouvriers adroits. C'est le cas de dire, avec les lois romaines, qu'on n'est point sans reproche, ni exempt de faute, en employant des hommes maladroits, imprudents ou méchants, à des fonctions dans lesquelles ou à l'occasion desquelles ils peuvent causer du dommage à autrui : *Aliquatenus culpæ reus est, quod operâ malorum hominum uteretur. Loi 5, § 6, ff. de obligat. et act., 44, 3.*

285. Mais, dans les cas où le dommage est arrivé par la faute des domestiques ou préposés, quoique la faute soit commise dans les fonctions ou à l'occasion des fonctions auxquelles ils étaient employés, le maître a un recours contre eux; car ils sont eux-mêmes soumis au principe général consacré par l'art. 1382, que toute personne doit réparer le dommage arrivé par sa faute. La loi sur la police rurale, du 6 octobre 1791, tit. 2, contient même une disposition spéciale sur ce point. L'art. 7 déclare les maîtres responsables des délits commis par leurs domestiques, ouvriers ou subordonnés, et l'art. 8 ajoute : " Les domestiques, ouvriers..... ou " autres subordonnés, seront à leur tour responsables de leurs " délits envers ceux qui les emploient. " Cette disposition est de toute justice.

286. Enfin, les délits et quasi-délits des domestiques et pré-

[ARTICLE 1054.]

posés qui causent du dommage, peuvent être et sont le plus souvent commis hors de l'exercice de leurs fonctions ; mais alors les maîtres et les commettants n'en répondent pas plus sous l'empire du Code, qu'ils n'en répondaient sous la précédente législation.

C'est un point de droit très ancien, et conforme à la raison ; car on ne peut jamais présumer que le maître ait donné à ses subordonnés l'ordre ou le mandat de délinquer hors de l'exercice des fonctions auxquelles il les emploie, non plus qu'à leur occasion.

Un arrêt rapporté par Soesve, tome 2, page 52, nous en donne un exemple dans l'espèce suivante : Un laquais ayant insulté et grièvement blessé un particulier de deux ou trois coups d'épée dans les reins, fut poursuivi criminellement ; mais le blessé prétendit que le maître était tenu à la réparation civile, comme ayant favorisé l'évasion du laquais en lui payant l'argent qu'il lui devait, pour se sauver. L'arrêt du 20 février 1657 jugea que le maître n'en était point tenu. Il était justifié, par les informations, que le maître n'était point présent à l'action, et que le laquais n'avait point d'épée au moment de la rixe ; il en alla chercher une, non encore chez son maître, en une maison prochaine.

Un autre arrêt, du 18 juillet 1698, rapporté à sa date dans le *Journal des audiences*, a jugé qu'un maître ne répond point des vols de fruits faits dans un jardin ou verger voisin, par ses domestiques.

287. Il en serait autrement, s'il était prouvé que le maître avait connaissance de ces délits, qu'il les avait tolérés et pouvait les empêcher. *Lois 3 et 4, ff. de noxal. act. 9, 4.*

288. Les rixes, les injures verbales dont les domestiques peuvent se rendre coupables, sont aussi des délits absolument étrangers à leur service et aux fonctions auxquelles on les emploie, et dont par conséquent les maîtres ne sont point responsables. Un arrêt de la Cour de cassation, rendu dans l'intérêt de la loi, sur les conclusions de M. Merlin, le 17 septembre 1806, annula, comme ayant contrevenu à l'art. 1384

[ARTICLE 1055.]

du Code, un jugement qui avait condamné François Pensin, solidairement avec Marie-Anne Lallemand, sa domestique, aux dommages-intérêts, à raison des injures verbales dont cette dernière s'était rendue coupable envers la femme de Claude Sery.

* C. N. 1384. } On est responsable non seulement du dom-
 } mage que l'on cause par son propre fait, mais
 encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on
 doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Le père, et la mère après le décès du mari, sont respon-
 sables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant
 avec eux ;

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par
 leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles
 ils les ont employés ;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par
 leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous
 leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et
 mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu
 empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

1055. Le propriétaire d'un animal est respon- sable du dommage que l'animal a causé, soit qu'il fût sous sa garde ou sous celle de ses domestiques, soit qu'il fût égaré ou échappé.	1055. The owner of an animal is responsible for the damage caused by it, whether it be under his own care or under that of his servants, or have strayed or escaped from it.
---	--

Celui qui se sert de l'ani- mal en est également res- ponsable pendant qu'il en fait usage.	He who is using the animal is equally respon- sible while it is in his service. The owner of a building
--	---

[ARTICLE 1055.]

Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par vice de construction.

is responsible for the damage caused by its ruin, where it has happened from want of repairs or from an original defect in its construction.

§ 1.

* ff. Si quadrupes pauperiem fecisse } Si quadrupes pauperiem
dicatur. Lib. 9, Tit. 1, L. 1, § 1 à 5. } fecisse dicatur, actio ex
lege duodecim tabularum descendit : quæ lex voluit, aut dari
id quod nocuit, id est, id animal quod noxiam commisit : aut
æstimationem noxiæ offerre.

§ 1. Noxia autem est ipsum delictum.

§ 2. Quæ actio ad omnes quadrupedes pertinet.

§ 3. Ait prætor, pauperiem fecisse. Pauperies est damnum sine injuria facientis datum : nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.

§ 4. Itaque, ut Servius scribit, tunc hæc actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes : putà si equus calcitrosus calce percusserit : aut hos cornu petere solitus, petierit aut mula propter nimiam ferociam. Quod si propter loci iniquitatem, aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes, in aliquem onus everterit, hæc actio cessabit, damnique injuriæ agetu. (ULPIANUS).

Ibidem. } Si un animal a causé quelque dommage,
Trad. de M. Hulot. } il y a à ce sujet une action qui descend de
la loi des douze tables. Cette loi a voulu que le maître en ce
cas fût obligé d'abandonner l'animal qui a causé le dommage,
si mieux il n'aime offrir d'en payer l'estimation.

1. Le délit s'appelle *Noxia*.

2. Cette action a lieu à l'égard de toutes les bêtes à quatre-pieds.

[ARTICLE 1055]

3. Le prêteur dit : " Si un animal a causé quelque dommage." On entend par ce mot, un tort causé à quelqu'un sans mauvaise intention de la part de celui qui en est l'auteur : car les bêtes, étant dépourvues de raison, ne peuvent point avoir intention de nuire.

4. C'est pourquoi, suivant Servius, cette action aura lieu dans le cas où une bête poussée par son impétuosité naturelle aura causé quelque dommage ; par exemple, si un cheval ombrageux a donné un coup de pied à quelqu'un, si un bœuf dangereux de la corne, ou une mule naturellement mauvaise, a blessé quelqu'un. Mais si l'animal causait ce dommage par d'autres raisons, par exemple, parce qu'il marchait dans un mauvais chemin, ou par la faute du conducteur, ou si une bête de somme trop chargée a renversé son fardeau sur quelqu'un, l'action dont il est ici question n'aura pas lieu, et on aura recours à l'action de la loi Aquilia. (ULPIEN).

* 2 Domat (*Remy*), liv. 2, } L'ordre qui lie les hommes en
Tit. 8, sec. 2. } société, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit, mais il oblige aussi chacun à tenir tout ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal, ni dommage ; ce qui renferme le devoir de contenir les animaux qu'on a en sa possession, de sorte qu'ils ne puissent ni nuire aux personnes, ni causer dans leurs biens quelque perte ou quelque dommage.

Le dommage le plus fréquent que causent les animaux, est celui que font les bestiaux de la campagne, en pacageant dans des lieux, ou dans des temps où l'on n'a pas ce droit. Comme ce qui regarde ces sortes de dommages est autrement réglé par plusieurs coutumes que par le droit romain, on ne mettra ici que quelques règles générales d'un usage commun, et non ce qu'il y a dans ce droit de contraire aux coutumes, ni ce que les coutumes ont de particulier. Ainsi, par exemple, il n'était pas permis par le droit romain de renfermer

[ARTICLE 1055.]

les bestiaux qui avaient causé quelque dommage ; mais quelques coutumes le permettent, et de les garder pendant quelque temps pour preuve du dommage, et condamnent même à l'amende les maîtres ou possesseurs du bétail, quoique le dommage n'ait été fait que par du bétail échappé de sa garde.

1. Si quelque bétail gardé ou échappé, a pacagé dans un lieu où le maître du bétail n'en avait pas le droit, ou en un temps auquel le pacage n'était pas permis, il sera tenu du dommage que son bétail aura pu causer.

2. Si on fait pacager du bétail dans un lieu qui n'y soit point sujet, ou en un temps que le pacage doit cesser, le maître ou autre possesseur du bétail sera, non-seulement tenu du dommage, mais condamné à une amende telle que le fait pourra mériter, selon les circonstances.

3. Si du bétail gardé, ou non gardé, fait quelque autre dommage qu'en pacageant, comme s'il rompt ou endommage des arbres, le maître ou possesseur en sera tenu, et même à une amende s'il y en a lieu.

4. Celui qui aura surpris dans son héritage le bétail d'un autre y pacageant, ou faisant quelque autre dommage, ne pourra user de voie de fait qui nuise au bétail, ni le détourner autrement qu'il ferait du sien propre. Et s'il cause quelque dommage à ce bétail, il en sera tenu.

5. De tout autre dommage qui peut être causé par des animaux, celui qui en est le maître, ou qui en est chargé, en sera tenu, s'il pouvait ou devait prévenir le mal. Ainsi, un muletier, charretier ou autre voiturier, qui n'a pas la force ou l'adresse de retenir un cheval fougueux, ou une mule qui s'effarouche, sera tenu du dommage qui en arrivera, car il ne devait point entreprendre ce qu'il ne savait ou ne pouvait faire. Ainsi celui qui, pour trop charger un cheval ou autre bête, ou pour ne pas éviter un pas dangereux, ou par quelque autre faute, donne sujet à une chute qui cause du dommage à quelque passant, répondra de ce fait. Et dans tous ces cas, celui qui aura souffert le dommage,

[ARTICLE 1055.]

aura son action contre ce voiturier, ou contre celui qui l'avait employé.

6. Si un bœuf a coutume de frapper de la corne, et qu'il blesse quelqu'un, ou cause quelqu'autre dommage, le maître qui n'aura pas renfermé ou retenu ce bœuf, ou averti de sorte qu'on pût l'éviter, sera tenu du mal qui en arrivera.

7. Ceux qui ont des chevaux ou des mules qui ruent ou mordent, doivent en avertir, ou les faire garder, pour prévenir les occasions du péril ; autrement ils seraient tenus du dommage qui en pourra arriver.

Il faut prendre garde, sur ce dernier texte, de ne pas imputer facilement au maître du cheval ou d'une autre bête les accidents que peut attirer l'imprudence de ceux à qui ils arrivent. Ainsi, par exemple, si une personne qui ignore qu'un cheval rue, s'en approche trop sans nécessité, et lui met la main sur la croupe, se tenant à la portée d'une ruade, c'est une imprudence, car on doit se défier ; et cette imprudence peut attirer un coup de pied d'un cheval dans des circonstances où rien ne pourrait être imputé au maître du cheval.

8. Si un chien qui a coutume de mordre n'est pas retenu, ou s'il échappe, faute de bonne garde, et blesse quelqu'un, le maître du chien en sera tenu. Et à plus forte raison si c'était un chien qu'on dût enchaîner, et qui ne fût pas mis hors d'état de nuire à ceux qui pourraient s'en approcher par quelque mégarde (P. 475, § 7.)

Un chien qui mord quelqu'un sans être provoqué par de mauvais traitements, doit être réputé animal malfaisant ou féroce ; le propriétaire qui l'a laissé divaguer est punissable, aux termes de l'art. (475 § 7). Celui qui laisse divaguer un chien auteur de plusieurs accidents, et qui par là devient cause de nouvelles blessures, est passible de la peine portée au § 7 de l'art. 475 ; il n'y a pas lieu à appliquer les art. 319 et 320 combinés.

Un particulier qui s'introduit dans une cour close, et qui y est mordu par un chien, ne peut se pourvoir au tribunal de police contre le propriétaire du chien, pour le faire condamner à des peines de simple police attendu que le chien n'est pas en état de divagation, et qu'il l'a mordu comme passant.

9. Ceux qui ont des bêtes farouches, comme des lions, des

[ARTICLE 1055.]

tigres, des ours et autres semblables, doivent les tenir de sorte qu'elles ne puissent nuire ; et ils répondront des dommages arrivés faute de bonne garde.

Pour rendre juste l'impunité du maître de cet ours, il faudrait supposer que ce fût sans sa faute que l'ours se fût échappé, comme si quelqu'un par malice l'avait mis en liberté sans qu'on pût rien imputer au maître. Car, si c'est par sa faute, il est de l'équité et de l'intérêt public qu'il réponde d'une faute de cette conséquence. Et comme il profite de l'usage qu'il pouvait faire de cette bête, qu'il en était le maître, et qu'il peut même la vendiquer, se l'étant acquise, ou à prix d'argent, ou par son industrie, et ayant mis son temps et sa peine pour en tirer quelque profit, il doit en répondre.

10. Si un chien ou autre animal ne mord ou ne fait quelque autre dommage, que parce qu'il a été agacé ou effarouché, celui qui aura donné sujet au mal arrivé, en sera tenu, et si c'est le même qui l'a souffert, il doit se l'imputer.

11. Si la bête qui aura causé le dommage avait été effarouchée par quelque autre bête, le maître de celle-ci en sera tenu.

12. Si deux béliers ou deux bœufs appartenant à deux maîtres viennent à s'entrechoquer, et que l'un tue l'autre, le maître du bœuf ou béliers qui aura le premier frappé sera tenu, ou d'abandonner la bête qui aura causé le dommage, ou de dédommager.

* 4 *Massé et Vergé, sur* } § 629. *De la responsabilité des dom-*
Zachariæ, § 629. } *mages causés par des animaux ou par*
la ruine d'un bâtiment.

1° Le propriétaire d'un animal est responsable du dommage que cet animal a causé (1), soit que l'animal se trouvât sous

(1) Soit en suivant son instinct, soit en s'en écartant, *sive secundum, sive contra naturam sui generis*. Toullier, 11, n. 316 ; Paris, 24 mai 1810 ; [Cet arrêt juge que le propriétaire d'un taureau est responsable du dommage causé par la férocité de l'animal, s'il n'a pas pris les précautions nécessaires pour prévenir le danger. De même, le propriétaire d'un cheval qui a fait des blessures ou a causé la mort d'autrui est responsable, bien

[ARTICLE 1055.]

sa garde ou sous celle de ses domestiques (1), V. art. 1384, alin. 3, soit qu'il fût égaré ou échappé

Celui qui se sert d'un animal en est également responsable tant qu'il est à son usage ; et pendant ce temps il en est seul responsable, art. 1385 (2).

qu'il n'y ait aucune faute personnelle de sa part, et encore que lors de l'accident, l'animal n'ait fait qu'obéir à son instinct, et sans qu'il ait été porté à l'acte qui a causé l'accident par un fait extérieur, Paris, 20 mars 1841, *Gaz. et Dr.* du 21 ; cité par Gilbert, *Code annoté*, sur l'art. 1385, n° 3.] Merlin, *Rép.*, v° *Animaux*. (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) [Lorsqu'un animal a été mis sous la garde d'un pâtre établi par la commune, c'est à ce pâtre plutôt qu'au propriétaire de l'animal à répondre des dommages qu'il a causés. [Cass., 14 frim. an XIV. [Toutefois, la responsabilité des dommages causés par le taureau d'un troupeau communal pèse sur celui qui s'est chargé de la fourniture et de l'entretien du taureau, et non sur la commune ou sur le pâtre communal, si aucun reproche d'imprudence ou de défaut de surveillance ne peut être imputé à celui-ci, Colmar, 27 juin 1833 ; *J. Pal.*, 25, p. 618.—Si un cheval confié à un aubergiste blesse un autre cheval placé dans la même écurie, l'aubergiste est responsable, pourvu que des circonstances il résulte que le cheval qui a causé le dommage était placé sous sa garde, Merlin, *Rép.*, v° *Dommages* ; Toullier, 11, n. 316 ; Rolland de Villargues, v° *Dommages*, n. 76.—Les propriétaires d'animaux qui, d'un commun accord, les mettent au pacage pour y rester le jour et la nuit sans aucune garde peuvent être réputés s'être ainsi réciproquement affranchis de la responsabilité des accidents qui pouvaient en résulter, et s'être, par suite, soustraits à l'application de l'art. 1385, qui rend le propriétaire d'un animal responsable du dommage que cet animal a causé, Cass., 2 juillet 1851, S. V., 51, 1, 447.] (do)

(2) L'art. 1385 s'applique aux animaux domestiques ainsi qu'aux bêtes sauvages que l'on a apprivoisées ou que l'on tient autrement en son pouvoir, [Marcadé, sur l'art. 1385.]—Sur le dommage causé par des pigeons, V. Merlin, *Rép.*, v° *Colombier*, § 12 ; Cass., 6 août et 30 oct. 1813 ; 27 juill. 1820 ; 5 oct. 1821. [V. aussi le décret du 4 août 1789, art. 2 ; et Sourdât, 2, n. 1157.]—Quant aux dommages causés par le gibier, ils n'autorisent pas d'ordinaire la partie lésée à réclamer une indemnité, parce qu'on a le droit de tuer le gibier sur son propre terrain. V. Toullier, 11, n. 307 et s. ; Merlin, *Rép.*, v° *Gibier*, § 3, et *Quest.*, *ibid.* ; Cass., 3 janv. 1810 ; 14 sept. 1816 ; 22 mars 1837 ; S. V., 37, 1, 298. [Le gibier n'appartenant à per-

[ARTICLE 1055.]

On ne peut s'affranchir de cette responsabilité par l'abandon de la propriété de l'animal (1). Mais on peut y échapper en prouvant que le dommage provient de la faute de la personne qui l'a éprouvé (2).

2° Le propriétaire (3) d'un bâtiment est responsable notamment vis-à-vis de ses locataires, de ses voisins, des passants (4), du dommage causé par la ruine de ce bâtiment, qui a eu lieu par suite d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, ou parce que le bâtiment en réparation n'était pas suffisamment étayé, sauf toutefois le recours du propriétaire, soit

sonne, personne n'en peut être responsable, à moins que le gibier, les lapins, par exemple, ne soit élevé et gardé dans une propriété disposée pour cela, et d'où il se répand sur les propriétés voisines, Marcadé, sur l'art. 1385 ; Sourdat, 2, n. 1158.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Quasi-délit*, § 10 ; [Marcadé, sur l'art. 1385. Il en était autrement en droit romain, suivant la loi 1, Dig. *Si quadrupes pauper.*] (do)

(2) Delvincourt, sur l'art. 1385 ; Toullier, 11, n. 316 et s. [Ainsi, le chasseur qui, ayant franchi une clôture, est attaqué et blessé par un animal, n'a pas d'action contre le propriétaire de cet animal, Rolland de Villargues, v° *Domages*, n. 66.]—Le propriétaire opposerait vainement qu'il a fait ce qu'il a pu pour empêcher le dommage. [C'est être en faute que conserver un animal que toutes les précautions prises n'empêchent pas d'être nuisible, Marcadé, sur l'art. 1385.] (do)

(3) Sur la question de savoir jusqu'à quel point cette responsabilité incombe aussi à l'usufruitier, V. Proudhon, *De l'usufruit*, 4, n. 1724. En général, la responsabilité pèse sur le propriétaire, parce que c'est lui qui est responsable des vices de construction ou du défaut des grosses réparations qui sont à sa charge. Mais l'usufruitier serait responsable, si la ruine du bâtiment provenait du défaut de celles des réparations qui sont une charge de l'usufruit.]—Sur la question de savoir si l'usufruitier a une action contre le propriétaire, V. Toullier, 11, n. 317. [L'usufruitier a une action en indemnité dans tous les cas où il n'est pas responsable lui-même. V. Sourdat, 2, n. 1167.] (do)

(4) V. Sourdat, 2, n. 1176. (do)

[ARTICLE 1055.]

en vertu de l'art. 1792, soit autrement s'il y a lieu, contre l'architecte, l'entrepreneur ou ses ouvriers, art. 1386 (1).

* C. N. 1385. } Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

§ 2.

* ff. De damno infecto. Lib. 39, } L. 2. Damnum infectum est,
Tit. 2, L. 2, et L. 7, § 2. } damnum nondum factum, quod futurum veremur. (GAIUS).

L. 7. § 2. Unde quæritur, si antequàm caveretur, ædes deciderunt, neque dominus rudera velit egerere, eaque derelinquat : an sit aliqua adversus eum actio ? Et Julianus consultus, si priusquàm damni infecti stipulatio interponeretur, ædes vitiosæ corruissent, quid facere deberet is in cujus ædes rudera decidissent, ut damnum sarciretur : respondit, si dominus ædium quæ ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quàm ut omnia, id est, et quæ inutilia essent, auferret : neo solùm de futuro, sed et de præterito damno cavere eum debere. Quód si dominus ædium quæ deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei in cujus ædes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur, aut tollere, aut totas ædes pro derelicto habere. (ULPIANUS).

(1) La caution *damni infecti* n'est pas admise en droit français, Pén., art. 471, n. 5. V. aussi Bruxelles, 17 mars 1825. [D'après cette action, le propriétaire pouvait demander caution au voisin dont le bâtiment menaçait ruine. V. Duranton, 13, n. 729 ; Sourdat, 2, n. 72.—Cependant, celui dont la propriété est menacée par la chute d'un édifice a le droit de contraindre le propriétaire de cet édifice à le démolir ou à le réparer. Rennes, 23 mars 1843, S. V., 44, 2, 204 ; Fournel, *Du voisinage*, p. 193 ; Le Page, *Lois du bâtim.*, 2, p. 116 ; Merlin, *Rép.*, v° *Bâtiment*, n. 3 ; Sourdat, 2, n. 73.] (Note de MM. Massé et Vergé.)

[ARTICLE 1055.]

Ibidem. } Le dommage prochain est celui qui n'est
Trad. de M. Hulot. } pas encore arrivé, mais dont on appré-
 hende l'événement. (GAIUS).

L. 7, § 2. C'est ce qui a donné lieu à la question suivante : une maison est tombée avant que la caution du tort prochain ait été donnée ; le propriétaire ne veut point faire enlever les décombres et les abandonne ; le voisin a-t-il quelque action contre lui ? Julien, consulté sur la question de savoir ce que devait faire le voisin sur le fonds duquel une maison vicieuse était tombée avant de s'être fait donner la caution du tort prochain, et s'il pouvait demander à son voisin la réparation du dommage qu'il lui avait causé, a répondu que si le propriétaire de la maison qui est tombée voulait enlever quelque partie des ruines, on ne le lui permettrait qu'autant qu'il offrirait d'enlever tout, même les choses inutiles ; et en ce cas il doit donner caution non seulement par rapport au dommage qu'il pourra causer par la suite, mais encore par rapport à celui qui est déjà arrivé. Si le propriétaire de la maison qui est tombée n'enlève rien, on rendra un interdit au profit de celui sur le fonds duquel la maison sera tombée, en vertu duquel interdit le voisin sera obligé ou d'enlever toutes les ruines ou d'abandonner le tout. (ULPIEN).

Voy. autorités sur § 1 du présent article.

* 1 *Domat (Remy), liv. 2,* } Comme dans cette matière notre
Tit. 8, sec. 3. } usage est différent de la disposition
 du droit romain, et que nous n'observons pas la règle qui
 voulait que celui dont le bâtiment pouvait être endommagé
 par la chute d'un autre qui était en péril de ruine, fût mis en
 possession de cet héritage voisin, si le propriétaire ne lui
 donnait des sûretés pour le dommage qui était à craindre, on
 a tâché de tourner et accommoder à notre usage les règles du
 droit romain, selon qu'elles peuvent s'y rapporter.

[ARTICLE 1055.]

1. Si un bâtiment est en péril de ruine, le propriétaire du bâtiment, ou autre héritage voisin, qui voit le sien en danger d'être endommagé par la chute de l'autre, peut sommer celui qui en est le propriétaire de le démolir, ou le réparer de sorte qu'il fasse cesser le péril. Et comme c'est un mal à venir qui peut arriver à chaque moment, et qu'il faut prévenir, s'il n'y satisfaisait promptement, il y sera pourvu selon les règles qui suivent. (C. civ. 1386.)

2. Si après la sommation ou assignation en justice, le propriétaire du bâtiment dont la chute peut nuire au voisin, néglige d'y pourvoir, celui qui voit son héritage en danger par la ruine de l'autre, peut demander, par provision, qu'il lui soit permis de faire lui-même ce que les experts jugeront nécessaire pour prévenir la chute de ce bâtiment, soit en l'appuyant ou démolissant, s'il en est besoin, et il recouvrera contre le propriétaire la dépense qu'il aura faite. (C. civ. 1386.)

3. Si pendant le retardement du propriétaire condamné ou sommé de démolir ou appuyer son bâtiment, la chute en arrive, il sera tenu des dommages et intérêts selon les circonstances.

Si à cause du danger de la chute de ce bâtiment, ou du dommage que sa chute arrivée peut avoir causé à une maison voisine, le propriétaire ou des locataires de cette maison ont été contraints de quitter leur logement, et que cette maison soit tombée ou hors d'état de pouvoir être habitée, le propriétaire du bâtiment tombé devra-t-il, non-seulement les dommages et intérêts de la chute ou des détériorations de cette maison, mais aussi le dédommagement de la perte de ces loyers ? Et tous ces dédommagements seront-ils dûs en toute sorte de cas, sans distinction des différentes circonstances qui peuvent s'y rencontrer ? Et s'il arrivait par exemple, que le propriétaire de la maison qui menaçait ruine fût dans une longue absence, ou que, n'ayant pas le moyen de réparer sa maison, ni de l'appuyer, il eût répondu à la sommation que, ne pouvant y satisfaire, il priait son voisin, qui était une personne accommodée, d'appuyer lui-même ce bâtiment, ou d'y faire les réparations nécessaires, lui offrant sa sûreté par l'affectation de la maison même, et que ce voisin n'en voulant rien faire, la maison fût tombée ; ne serait-il pas de l'équité, dans ces circonstances, de modérer le dédommagement, ou même d'en décharger ce propriétaire ? Mais si on suppose un propriétaire riche et négligent,

[ARTICLE 1055.]

qui, sommé d'appuyer son bâtiment, l'ait laissé tomber sur la maison d'un voisin pauvre, cette négligence ne devra-t-elle pas être punie d'un entier dédommagement, et de la perte du bâtiment et aussi des loyers ?

4. Si le bâtiment tombe avant qu'il y eût une dénonciation au propriétaire, il ne sera pas tenu du dommage s'il veut abandonner, et la place et les matériaux ; et il ne sera pas même obligé en ce cas de les enlever : car celui qui a souffert le dommage doit s'imputer de n'avoir pas assez tôt pourvu au danger qu'il pouvait connaître. Mais si ce propriétaire veut reprendre ses matériaux ou garder sa place, il sera tenu de tout le dommage causé par la chute de son bâtiment, quoiqu'il n'y eût pas de dénonciation qui eût précédé la chute. Et il sera aussi tenu en ce cas d'enlever, non-seulement les matériaux qui peuvent servir, mais tout l'inutile.

5. Si par la chute d'un bâtiment qui en aurait abattu un autre, il y a lieu de dommages et intérêts, et qu'il y eût des peintures, des sculptures, ou d'autres ornements pour le seul plaisir dans le lieu que la ruine de ce bâtiment aurait abattu ; il ne se ferait pas une estimation exacte des choses de cette nature, dont l'usage superflu ne doit pas tourner à une telle perte. Mais cette estimation se ferait modérément, et avec un tempérament de justice et d'humanité, selon la qualité du fait qui aurait donné sujet au dommage, celle des personnes et les autres circonstances qui pourraient le demander.

Il faut remarquer la différence entre ce cas et celui de l'art. 4 de la sect. 4 des Servitudes, où celui qui démolit le mur mitoyen pour le rendre suffisant à l'usage de la servitude, ne doit rien pour la valeur des peintures que son voisin avait sur ce mur. Car dans le cas de cet article 4, chaque propriétaire a droit de démolir et refaire le mur mitoyen selon que le demande l'usage de la servitude, et il ne doit par conséquent aucuns dommages et intérêts. Et celui qui avait fait ces dépenses superflues doit s'imputer de les avoir exposées à cet événement. Ici, au contraire, c'est par la faute du voisin que son bâtiment a abattu l'autre.

6. Si une maison qui menaçait ruine, et pour laquelle le voisin avait dénoncé, est ensuite abattue par un cas fortuit, comme par un débordement, ou par la violence des vents, et

[ARTICLE 1055.]

que sa chute abatte la maison voisine, le propriétaire de la maison dont la chute a abattu l'autre, ne sera pas tenu de ce cas fortuit, si ce n'est que le débordement ou l'orage ne l'ait abattue, qu'à cause du mauvais état où elle se trouvait.

7. Si le bâtiment, dont la chute a causé quelque dommage, appartient à plusieurs maîtres, ils n'en seront pas tenus solidairement, mais chacun à proportion de la part qu'il avait au bâtiment tombé.

8. Ceux qui font quelque nouvel œuvre; c'est-à-dire ceux qui font quelque changement d'état des lieux, soit dans des héritages de la ville ou de la campagne, soit dans des lieux particuliers, ou qui soient d'un usage public, doivent s'accommoder de sorte qu'ils ne blessent en rien le droit d'autres personnes intéressées au changement qu'ils prétendaient faire. Car encore qu'on puisse faire chez soi les changements dont on a besoin, et souvent même encore qu'ils nuisent à d'autres personnes, ainsi qu'il sera expliqué dans l'article suivant; on ne peut faire ceux qu'un autre peut avoir le droit d'empêcher. Ainsi, quoiqu'on puisse élever sa maison, et par-là nuire à ceux de qui on ôte la vue; celui qui est assujetti à la servitude de ne point hausser son bâtiment, n'a plus cette liberté, tandis que la servitude peut avoir son usage. Ainsi celui qui, pour une source qu'il avait dans son héritage, ou pour un ruisseau qui coulait à travers son fonds, pouvait y donner naturellement, aurait perdu cette liberté par le droit d'un voisin qui pourrait prendre cette eau par une décharge réglée en un certain lieu. Et si dans ces cas le propriétaire d'un fonds y fait quelque nouvel œuvre qui nuise ou au voisin, ou à d'autres même qui ont des héritages séparés du sien, mais qui auraient droit de l'en empêcher; il sera tenu de remettre les choses dans l'ancien état, et de réparer le dommage que son entreprise aura pu causer.

9. Celui qui faisant un nouvel œuvre dans son héritage use de son droit, sans blesser ni loi, ni usage, ni titre, ni possession qui pourraient l'assujettir envers ses voisins, n'est pas

[ARTICLE 1055.]

tenu du dommage qui pourra en arriver, si ce n'est qu'il ne fit ce changement que pour nuire aux autres sans usage pour soi. Car, en ce cas, ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point. Mais si l'ouvrage lui était utile, comme s'il faisait dans son héritage une réparation permise, pour le défendre contre les débordements d'un torrent ou d'une rivière, et que l'héritage voisin y fût plus exposé, ou en reçut quelque autre incommodités, il ne pourrait en être tenu. Ainsi celui qui, creusant dans son héritage pour y trouver de l'eau, ferait tarir celle d'un puits ou d'une source de son voisin, n'en serait pas tenu. Car dans ces cas, et les autres semblables, ces événements sont des cas fortuits, et des effets naturels de l'état où celui qui fait les changements a eu droit de mettre les choses. Et ce n'est pas son fait qui cause le dommage.

10. Si l'ouvrage qu'un propriétaire ferait dans son fonds blessait, ou une possession au préjudice d'un voisin qui pourrait en souffrir quelque dommages, il pourrait l'empêcher et recouvrer même les dommages et intérêts qu'il aurait soufferts. Ainsi celui qui, creusant dans son fonds, au-delà de la distance réglée, mettrait en péril les fondements du bâtiment de son voisin, en serait tenu.

11. Si les eaux des pluies ou autres ont leurs cours réglé d'un héritage à un autre, soit par la nature du lieu, ou par quelque règlement, ou par un titre, ou par une ancienne possession, les propriétaires de ces héritages ne peuvent rien innover à cet ancien cours. Ainsi celui qui a l'héritage d'en haut ne peut changer le cours de l'eau, soit en le détournant, ou le rendant plus rapide ou y faisant d'autres changements, au préjudice du maître de l'héritage qui est au-dessous ; et celui qui a l'héritage de dessous, ne peut non plus empêcher que son héritage ne reçoive l'eau qu'il doit recevoir, et de la manière qui était réglée. (C. civ. 641, s.) Mais les changements qui arrivent naturellement sans le fait des hommes, et qui causent quelque perte à l'un des voisins, l'autre en profi-

[ARTICLE 1056.]

tant, doivent être, ou soufferts, ou réparés, selon les règles qui seront expliquées dans le titre suivant.

12. Celui qui prétend qu'un nouvel œuvre qu'un autre entreprend lui fait préjudice, doit se pourvoir au juge qui pourra faire défenses, ou de commencer l'ouvrage, ou de continuer ce qui est commencé, jusqu'à ce qu'il soit jugé si l'ouvrage sera permis ou défendu. Et ces défenses peuvent être ordonnées par provision, sur la seule plainte de la nouvelle entreprise, s'il y a eu du doute qu'elle puisse nuire.

13. Des entreprises des nouveaux ouvrages dans les lieux publics sont défendues, à plus forte raison que celles qui se font dans les lieux particuliers. Et elles sont de plus réprimées par les amendes, ou d'autres peines, selon la qualité du fait et les circonstances.

* C. N. 1386. } Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

<p>1056. Dans tous les cas où la partie contre qui le délit ou quasi délit a été commis décède en conséquence, sans avoir obtenu indemnité ou satisfaction, son conjoint, ses père, mère et enfants ont, pendant l'année seulement à compter du décès, droit de poursuivre celui qui en est l'auteur ou ses représentants, pour les dommages-</p>	<p>1056. In all cases where the person injured by the commission of an offence or a quasi-offence dies in consequence, without having obtained indemnity or satisfaction, his consort and his ascendant and descendant relations have a right, but only within a year after his death, to recover from the person who committed the offence</p>
---	---

[ARTICLE 1057.]

intérêts résultant de tel décès.

Au cas de duel, cette action peut se porter de la même manière non seulement contre l'auteur immédiat du décès, mais aussi contre tous ceux qui ont pris part au duel soit comme seconds, soit comme témoins.

En tous cas il ne peut être porté qu'une seule et même action pour tous ceux qui ont droit à l'indemnité et le jugement fixe la proportion de chacun dans l'indemnité.

Ces poursuites sont indépendantes de celles dont les parties peuvent être passibles au criminel, et sans préjudice à ces dernières.

or quasi-offence, or his representatives, all damages occasioned by such death.

In the cases of a duel, action may be brought in like manner not only against the immediate author of the death, but also against all those who took part in the duel, whether as seconds or as witnesses.

In all cases no more than one action can be brought in behalf of those who are entitled to the indemnity and the judgment determines the proportion of such indemnity which each is to receive.

These actions are independent and do not prejudice the criminal proceedings to which the parties may be subject.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES OBLIGATIONS QUI RÉSULTENT DE L'OPÉRATION DE LA LOI SEULE.

1057. Les obligations naissent, en certains cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et

CHAPTER FOURTH.

OF OBLIGATIONS WHICH RESULT OF THE OPERATION FROM LAW SOLELY.

1057. Obligations result in certain cases from the sole and direct operation of law, without the intervention of any act,

[ARTICLE 1057.]

indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée ;

Telles sont les obligations des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la charge qui leur est imposée :

L'obligation des enfants de fournir à leurs parents indigents les nécessités de la vie ;

Certaines obligations des propriétaires de terrains adjacents ;

Les obligations qui en certaines circonstances, naissent de cas fortuits ;

Et autres semblables.

and independently of the will of the person obliged or of him in whose favor the obligation is imposed.

Such are the obligations of tutors and other administrators who cannot refuse the charge cast upon them ;

The obligation of children to furnish the necessities of life to their indigent parents ;

Certain obligations of owners of adjoining properties ;

The obligations which in certain cases arise from fortuitous events ;

And others of a like nature.

* 1 *Domat (Remy)*, } On verra dans ce titre une espèce d'en-
liv. 2, Tit. 9. } gagements involontaires, et qui n'ont pas d'autre cause que des cas fortuits. On appelle cas fortuits les événements qui sont indépendants de la volonté de ceux à qui ils arrivent, soit que ces événements causent des gains ou des pertes. Ainsi, trouver un trésor et perdre sa bourse sont des cas fortuits de ces deux espèces.

Les cas fortuits arrivent ou par le fait des hommes, comme un vol, ou incendie ; ou par un pur effet de l'ordre divin ou du cours ordinaire de la nature, comme un coup de foudre, un naufrage, un débordement ; ou par un effet mêlé d'un événement naturel et du fait des hommes, comme un incendie arrivé pour avoir enfermé du foin sans sécher.

[ARTICLE 1057.]

Il faut encore distinguer, dans les cas fortuits où il se rencontre du fait de deux hommes, deux sortes de faits. L'une de ceux où il y a quelque faute, comme si jouant au mail dans un grand chemin, on blesse un passant. Et l'autre de ceux qui sont innocents, et où rien ne peut être imputé à l'auteur du fait, comme si ce même cas était arrivé dans un jeu de mail, par la faute de celui qui le traversant imprudemment y serait blessé.

Lorsque le cas fortuit est une suite de quelque faute qui y a donné lieu, celui dont le fait a été la cause ou l'occasion du cas fortuit, doit réparer le dommage qui en est suivi. Et alors son engagement est plus l'effet de sa faute que du cas fortuit, qui fait une partie de la matière du titre précédent. Mais dans celui-ci on ne parlera que des engagements qui n'ont aucune autre cause que le cas fortuit. Les cas fortuits qu'on ne peut imputer à aucune faute, peuvent avoir de diverses suites, pour ce qui regarde les engagements. Quelquefois ils rompent les engagements. Ainsi un vendeur est déchargé de l'obligation de délivrer la chose vendue, si elle périt sans sa faute, pendant qu'il n'est pas en demeure de la délivrer, et l'acheteur ne laisse pas d'en devoir le prix. Quelquefois le cas fortuit diminue l'engagement, comme lorsqu'un fermier souffre une perte considérable par une stérilité, par une grêle, par une gelée, ou d'autres cas fortuits. D'autres fois le cas fortuit ne change rien à l'engagement, quoiqu'il cause des pertes. Ainsi, s'il arrive que celui qui avait emprunté de l'argent le perde par un vol, par un incendie, ou autre cas fortuit il ne laisse pas d'être obligé de le rendre de même que s'il en avait fait un emploi utile. Et il arrive enfin par un autre effet des cas fortuits, qu'ils forment des engagements d'une personne à une autre. Et c'est ce dernier effet des cas fortuits qui fera la matière de ce titre, les autres ayant leur place dans les matières qu'ils peuvent regarder.

Quand on parle ici des engagements qui naissent des cas fortuits, on n'y comprend pas cette multitude infinie d'engagements où Dieu met les hommes, par ces sortes d'évène-

[ARTICLE 1057.]

ments qui les obligent à se rendre les uns aux autres les différents devoirs que demandent les conjonctures : comme de secourir celui qu'on trouve tombé, d'aider de ses biens ceux qui perdent les leurs, et mille autres semblables : mais on parle seulement des engagements qui sont tels que les lois civiles permettent de contraindre ceux qui s'y trouvent à s'en acquitter.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 123. La loi naturelle est la cause au
Oblig. n° 123. } moins médiate de toutes les obligations ; car si les contrats, délits et 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.

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, n'est point 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* ; L. 206, ff. de Reg. Jur.

L'obligation en laquelle est le propriétaire d'une maison

[ARTICLE 1057.]

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.

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*.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1041.

* 5 *Marcadé*, sur } I.—Le premier alinéa de cet article s'ex-
 art. 1370 C. N. } prime fort inexactement, quand il oppose
 aux obligations conventionnelles les engagements qui se for-
 ment *sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part* du
 débiteur, *ni de la part* du créancier. Une convention ne peut
 pas intervenir *de la part d'une seule personne*, puisqu'elle con-
 siste dans le concours et la réunion des volontés des contrac-
 tants. Il fallait dire : *sans qu'il intervienne aucune convention*
 ENTRE celui... et celui... ; ou bien, si l'on voulait conserver les
 mots *ni de la part* du débiteur, *ni de la part* du créancier, il
 fallait dire : *sans qu'il intervienne AUCUNE VOLONTÉ DE S'OBLIGER*.
 Encore une fois, une convention ne saurait intervenir de la
 part d'une personne : l'obligation conventionnelle suppose
 bien plusieurs *volontés de former l'obligation*, volontés dont
 chacune *intervient de la part* de chaque partie ; mais elle ne
 suppose pas plusieurs *conventions*.—Ce premier vice de rédac-
 tion de l'article se conçoit d'autant moins que *Pothier*, guide
 continuel des rédacteurs, disait fort exactement, en commen-
 çant cette matière : “ sans qu'il intervienne aucune conven-
 tion *entre* les deux personnes”, et à l'alinéa suivant : “ sans
 qu'il soit intervenu aucune convention *entre* l'héritier et les
 légataires (113).” Il se gardait bien de parler d'une conven-
 tion intervenant soit de la part d'une des personnes, soit de la
 part de l'autre... Du reste, si de telles inexactitudes d'expres-

[ARTICLE 1057.]

sion s'expliquent à la rigueur chez des praticiens, comme MM. Tronchet, Bigot et autres, comment les comprendre dans la bouche de professeurs ? Comment Toullier (XI, 6) et M. Duranton (XIII, 629), ayant à choisir entre la locution de Pothier et celle du Code, ont-ils pu adopter la dernière ?

Les obligations qui naissent sans convention résultent, ou d'un fait de l'homme, ou de la seule autorité de la loi. Le fait de l'homme qui donne naissance à l'obligation est licite ou illicite : quand il est licite, on dit qu'il y a quasi-contrat ; quand il est illicite, il y a délit ou quasi-délit, selon que ce fait illicite a été accompli avec ou sans intention de nuire. Au surplus, le *fait de l'homme* s'entend ici dans le sens le plus large ; il comprend le fait négatif comme le fait positif et proprement dit, l'omission comme la commission ; et il y aura délit ou quasi-délit lorsque, avec ou sans intention de nuire, vous aurez causé un préjudice en ne faisant pas ce que vous deviez faire, aussi bien que quand vous l'aurez causé en faisant ce que vous ne deviez pas faire.

Donc : 1^o obligations provenant du fait de l'homme (et résultant dès lors d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit) ; 2^o obligations se trouvant exister sans aucun fait de l'homme : telle est la division adoptée par le Code et qu'il a prise dans Pothier. Cette division fait comprendre dans quel sens le troisième alinéa de l'article parle des *engagements formés involontairement* par opposition à ceux naissant des quasi-contrats, délits et quasi-délits, lesquels seraient ainsi des *engagements formés volontairement*. Par engagements formés volontairement ou involontairement, la loi n'entend pas ici des obligations formées avec ou sans la volonté de s'obliger, mais seulement des obligations provenant ou ne provenant pas d'un fait volontaire, des obligations nées du fait de l'homme ou sans le fait de l'homme.

Ainsi, quand vous me comptez 1000 francs, que nous croyons tous deux m'être dus par vous et qui ne le sont pas, je me trouve vis-à-vis de vous dans une obligation (l'obligation de restituer les 1000 francs) ; et cette obligation, pour

[ARTICLE 1057.]

parler comme notre troisième alinéa, s'est formée volontairement, non pas en ce sens qu'il y ait eu volonté de s'obliger, car ni vous ni moi n'avons songé à former une obligation, mais en ce sens que l'obligation résulte d'un fait volontaire, le paiement de l'argent par vous et sa réception par moi ; et comme le fait est licite, il y a alors quasi-contrat. L'obligation dans laquelle se trouve le voleur de restituer ce qu'il a volé s'est formée volontairement, non pas qu'il y ait eu chez le voleur volonté de s'obliger, mais parce qu'il a commis volontairement le vol qui engendre l'obligation ; et comme ici le fait générateur est illicite et accompli avec la conscience du préjudice causé, il y a délit. Quand un propriétaire dont la maison menaçait ruine l'a laissée, faute de la faire abattre ou reconforter, tomber sur des passants que sa chute a blessés, l'obligation où il est d'indemniser les victimes, et qui naît de l'omission des travaux qu'il eût dû faire, provient encore d'un acte de volonté de l'obligé, de son libre arbitre ; il y a eu de sa part faculté de prévenir le mal et volonté plus ou moins réfléchie d'omettre les travaux nécessaires pour le conjurer, il y a fait de l'homme : comme alors le fait, ce fait d'omission, quoique blâmable et illicite, n'a pas eu lieu avec l'intention de causer le malheur, il y a quasi-délit.

Au contraire, l'obligation dans laquelle je me trouve d'administrer comme tuteur la personne et les biens d'un enfant s'est formée sans qu'il y ait eu aucun acte de ma volonté, puisque la charge de tuteur est forcée. De même, l'obligation où je suis de vous laisser entrer dans mon héritage pour y prendre les meubles qu'une inondation a emportés de chez vous et poussés chez moi, existe sans qu'il y ait aucun fait de l'homme dans les circonstances qui l'ont produite.

Voy. *Marcadé*, cité sur art. 1041.

[ARTICLE 1057.]

* 11 *Toullier*, } 308. La question se présenta de nouveau à
 n° 308 *et s.* } la Cour de cassation, dans l'affaire de la dame
 Massy, qui avait, en 1808, fait citer la dame de Montmorency,
 propriétaire de la forêt de Fretteval, devant le juge de paix
 de Moric, pour se voir condamner à lui payer une somme de
 200 fr., montant du dommage qu'elle prétendait causé sur ses
 terres par les lapins de cette forêt.

La cause portée devant le tribunal de Vendôme, sur l'appel
 d'un jugement interlocutoire du juge de paix, le tribunal
 admit la dame de Massy à *faire preuve* qu'il existe, dans la
 forêt de Fretteval, une telle quantité de lapins, qu'il en ré-
 sulte des dévastations pour les terres limitrophes qui sont
 ensemencées, et que ce sont les lapins qui ont causé le dom-
 mage dont elle demande la réparation.

Et après une *enquête* et un rapport d'experts, jugement dé-
 finitif du 5 novembre de la même année, qui condamne la
 dame de Montmorency à 95 fr. de dommages-intérêts envers
 la dame de Massy.

La dame de Montmorency se pourvut en cassation contre
 ce jugement; mais son pourvoi fut rejeté par arrêt du 3 jan-
 vier 1810, “ attendu qu'il a été jugé, en fait, qu'il existe, dans
 “ la forêt de Fretteval, au canton de Richerai, une telle quan-
 “ tité de lapins, que les récoltes ensemencées étaient dévastées,
 “ et que la récolte de la pièce de terre appartenant à la dame
 “ de Massy avait été considérablement endommagée par
 “ lesdits lapins; attendu que la demanderesse, propriétaire
 “ de ladite forêt, a pu être jugée responsable du dommage,
 “ suivant l'art. 1383 du Code, pour avoir négligé de les y faire
 “ détruire, ou d'avoir permis aux détenteurs voisins de la forêt
 “ de les y faire détruire.”

Cet arrêt est parfaitement bien rendu dans les *circonstances*
 de l'affaire. Il n'est point motivé, comme l'observe M. Merlin,
ubi suprâ, sur l'article 1385, qui rend le *propriétaire d'un ani-
 mal responsable du dommage que cet animal a causé soit qu'il
 fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé*. Il est motivé
 sur l'art. 1383. Cet arrêt juge donc uniquement que toutes

[ARTICLE 1057.]

les fois que le propriétaire d'un bois y laisse incessamment les lapins et *en empêche la destruction*, mettant pas aux voisins qui s'en plaignent de les détruire, doit lui appliquer la disposition de l'art. 1383, qui rend le propriétaire responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par le fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.

Mais remarquons qu'il ne suffit pas que les lapins se multiplient dans un bois, au point de dévaster les cultures, pour rendre le propriétaire responsable du dommage qu'ils ont causé. Lorsque ce n'est point par son fait que les lapins sont fixés et multipliés, on ne peut alors lui appliquer l'art. 1383, par cela seul qu'il a négligé de les détruire ; car, par la loi, aucun règlement ne l'y obligeait.

• Il n'y a donc point en ce cas de négligence proprement dite de sa part, dans le sens de cet article, de négligence responsable ; c'est celui qui l'a commise.

Autrement, il faudrait dire aussi qu'il répond du dommage causé par les loups, les renards, les sangliers qui se multiplient dans ses bois : et où s'arrêterait la responsabilité ?

Il faut donc que le propriétaire, non seulement prenne le soin de détruire les animaux nuisibles qui se multiplient dans ses bois, mais encore qu'il ait empêché de les détruire, en permettant pas aux voisins, qui s'en plaignaient, de les détruire eux-mêmes, comme dans l'espèce de l'arrêt cité, où la dame de Massy demandait à prouver et avait prouvé, que la dame de Montmorency avait contrarié la destruction de ses lapins, tant en s'abstenant de les détruire, qu'en refusant aux propriétaires riverains de les détruire eux-mêmes. Nul doute alors que la dame de Montmorency était responsable ; car son refus ayant occasionné le dommage, elle en devait incontestablement répondre, suivant le droit dicté par la raison, *qui occasionem præstata fecisse videtur*. Loi 30, § 3, ff. ad leg. Aquil., 9, 2.

Le sage principe de décision sur lequel est fondé le droit précité doit donc s'appliquer non seulement au dommage causé par des lapins, mais encore aux dommages causés

[ARTICLE 1057.]

les autres animaux nuisibles qu'on a refusé de laisser détruire ; par exemple les sangliers, qu'on a vus souvent multipliés dans une forêt, au point de dévaster totalement toutes les récoltes voisines. La simple omission ou négligence de les détruire ne rend pas le propriétaire responsable de ces dégâts ; mais il en répondrait sans contredit, s'il avait refusé aux voisins, qui s'en plaignaient, la permission de les chasser et de les détruire. C'est ce qui avait lieu même avant les lois qui ont aboli la féodalité et le droit exclusif de la chasse.

309. On voit, par ce que nous avons dit, que l'arrêt qui déclara la dame de Montmorency responsable du dommage causé par les lapins de la forêt de Fretteval, n'a point décidé que le propriétaire d'un bois dans lequel il existe des lapins, est, à ce seul titre, et en qualité de propriétaire, responsable du dommage qu'ils ont causé, et qu'on ne peut, en conséquence, lui appliquer la disposition de l'article 1385, qui rend le propriétaire d'un animal responsable du dommage qu'il a causé. Au contraire, l'arrêt rendu le 11 mai 1807, dans l'affaire de Bourée, a préjugé la négative, et avec raison, en admettant le pourvoi contre les jugements qui le rendaient responsable du dommage causé par les lapins de son bois. S'il ne les avait pas détruits, il n'avait pas, comme la dame de Montmorency, refusé aux voisins la permission de les détruire. La section des requêtes pensa donc qu'il n'était pas responsable, puisqu'elle admit le pourvoi, contre les conclusions de M. Merlin, à qui son profond savoir avait donné une si grande influence sur les arrêts de cette Cour.

310. Mais ce grand jurisconsulte avait fondé ses conclusions sur un principe faux, que, par amour pour la vérité, il a donné l'honorable exemple de rétracter, dans le tome 15 de son *Répertoire*, contenant les additions, page 349 : “ Je dois reconnaître, dit-il, que je m'étais trompé dans mes conclusions du 11 mai 1807, en regardant comme appartenant au propriétaire d'un bois, les lapins qui n'existent dans ce bois que par l'effet de l'instinct qui les y a rassemblés, et sans que le propriétaire ait rien fait pour les y attirer. ”

[ARTICLE 1058.]

Les art. 524 et 564 décident bien que les lapins d'une garenne appartiennent au propriétaire de la garenne. Mais qu'est-ce qu'une *garenne* ?

On n'a jamais entendu par ce mot toute espèce de bois dans lequel des lapins établissent des terriers, sans que le propriétaire ait rien fait pour les favoriser.

* *C. N.* 1370. } Certains engagements se forment sans qu'il
 } intervienne aucune 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 engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent 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.

CHAPITRE CINQUIÈME.

CHAPTER FIFTH.

DE L'OBJET DES OBLIGATIONS.

OF THE OBJECT OF OBLIGATIONS.

X	1058. Toute obligation doit avoir pour objet quelque chose qu'une personne est obligée de donner, de faire ou de ne pas faire.		1058. Every obligation must have for its object something which a party is obliged to give, or to do, or not to do.
---	--	--	---

* *ff. De oblig. et action. Lib. 44, Tit. 7, L. 3 in princ.* } Obligationum substantia non
 } in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutum nostram faciat : sed ut alium

[ARTICLE 1059.]

nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. (PAULUS).

Ibidem. } La nature des obligations ne consiste
Trad. de M. Hulot. } pas à nous faire acquérir la propriété d'un
 effet ou d'un droit, mais à obliger quelqu'un à nous donner,
 à nous faire ou à nous répondre de quelque chose. (PAUL).

Voy. *Pothier, Oblig.*, cité sur art. 1028.

* 2 *Pothier, Oblig.*, } 129. Il ne peut y avoir d'obligation,
 n° 129. } qu'il n'y ait quelque chose qui soit dû,
 qui en fasse l'objet et la matière.

* *C. N.* 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.

1059. Il n'y a que les | 1059. Those things only
 choses qui sont dans le | which are objects of com-
 commerce qui puissent être | merce can become the ob-
 l'objet d'une obligation. | ject of an obligation.

* *ff. De verb. oblig. Lib. 45,* } *L. 34. Multum interest, utrum*
Tit. 1, L.L. 34, 83, § 5. } *ego stipuler rem, cujus commer-*
cium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem,
cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem
placet. Si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi
nocere, non mihi. (ULPIANUS).

L. 83, § 5. Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis
in perpetuum relictam, ut forum aut basilicam, aut hominem
liberum inutiliter stipulor : quamvis sacra, profana fieri, et

[ARTICLE 1059.]

usibus publicis relicta, in privatos usus reverti : et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse cœperit, aut Stichus ad libertatem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse cœperit, et Stichus ex libero servus effectus sit : quoniam una, atque eadem causa et liberandi, et obligandi esset, quôd aut dari non possit, aut dari possit. (PAULUS).

Ibidem. } L. 34. Il y a grande différence si je
Trad. de M. Berthelot. } stipule la chose dont je ne peux pas
 avoir le commerce, ou que quelqu'un me la promette. Si je
 promets la chose dont je n'ai pas le commerce, il est convenu
 qu'une telle stipulation est inutile. Mais si quelqu'un promet
 une chose dont il n'a pas le commerce, il se nuit à lui, mais
 non pas à moi. (ULPIEN).

L. 83, § 5. Une chose sacrée ou religieuse ou destinée pour toujours à des usages publics, comme un marché, un temple ou un homme libre ne peuvent être l'objet d'une stipulation, quoique la chose sacrée puisse devenir profane, et la chose destinée aux usages publics revenir à des usages privés, et l'homme libre être fait esclave. Car lorsque quelqu'un a promis que l'on donnerait une chose profane ou Stichus, il est libéré si sans son fait la chose est devenue sacrée ou que Stichus soit parvenu à la liberté. Et ces objets ne sont pas rappelés à l'obligation, si de nouveau par une loi quelconque la chose sacrée redevient profane, et Stichus passe de la liberté à l'esclavage : parce que la possibilité ou l'impossibilité de donner serait une seule et même cause et de libération et d'obligation. (PAUL).

* 2 *Pothier, Oblig.*, } 135. Il est évident que les choses qui
 n° 135. } 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.

[ARTICLE 1060.]

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'Edit de 1749, *art. 14*, ayant rendu les gens de main-morte incapables d'acquérir des immeubles, on ne peut contracter envers eux l'obligation de leur donner un immeuble.

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 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.

* *C. N.* 1128. } Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.

1060. Il faut que l'obligation ait pour objet une chose déterminée au moins quant à son espèce.	1060. An obligation must have for its object something determinate at least as to its kind.
---	---

La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.	The quantity of the thing may be uncertain, provided it be capable of being ascertained.
---	--

* *ff. De verb. et oblig. Lib. 45, Tit. 1, L.L. 94-95.* } *L. 94. Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quæstio est, non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis, certæ quantitatis, id habebitur pro expresso. Alioquin si cùm destinare genus et modum vellet,*

[ARTICLE 1060.]

non fecit, nihil stipulatus videtur. Igitur ne unum quidem modium.

L. 95. Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet quo in loco fieri insulam voluerit, si et ibi insulam fieri interest ejus. (MARCELLUS).

Ibidem. } 94. Quelqu'un a stipulé qu'on lui
Trad. de M. Berthelot. } donnerait du froment. Cette question
 est de fait et non de droit. C'est pourquoi s'il a pensé à une
 espèce de froment, c'est-à-dire du froment de certaine qualité,
 de certaine quantité, on sera supposé l'avoir exprimé. Autre-
 ment, si lorsqu'il voulait désigner le genre et la mesure, il
 ne l'a pas fait, il paraît n'avoir rien stipulé. Ainsi on ne doit
 pas une seule mesure.

95. Celui qui stipule qu'on lui fera une maison, acquiert l'obligation seulement s'il paraît en quel lieu il a voulu que la maison fût bâtie, et s'il a intérêt que la maison soit bâtie en ce lieu-là. (MARCELLUS).

* 2 *Pothier, Oblig.*, } 131. Toutes les choses qui sont dans le
 n° 131. } commerce, peuvent être l'objet des obligations.

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,

[ARTICLE 1061.]

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*, 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. 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.

* C. N. 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 incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.

1061. Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.	1061. Future things may be the object of an obligation.
---	---

On ne peut cependant renoncer à une succession non-ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même	But a person cannot renounce a succession not yet devolved, nor make any stipulation with regard to it, even with the
---	---

[ARTICLE 1061.]

avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit, excepté par contrat de mariage. } consent of him whose succession is in question ; except by marriage contract.

* *Cod. De pactis, Lib. 2, Tit. 3, L. 15.* } Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, ut si pater videretur fungeretur, ex æquâ portione ea quæ nubebat, cum fratre hæres patri suo esset, neque nullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.

PP. 10 cal. Mart. Æmiliano et Basso Cons. 267. (IMPP. VALENT. ET GALLIEN. AA. ET VALERIAN., NOBIS CÆS.)

Ibidem. } Ce pacte contenu dans un acte de *Trad. de M. P. A. Tissot.* } constitution de dot, et par lequel le père est convenu avec la fille qu'il a mariée, qu'elle serait son héritière par égale portion avec son frère, ne peut en aucune manière obliger le père ni lui ôter faculté de tester.

Fait le 10 des calendes de mars, sous le consulat d'Emilien et de Bassus. 262. (LES EMPEREURS VALENTINIEN, GALIEN, ET LE CÉSAR VALÉRIEN).

* *ff. De verb. oblig. Lib. 45, Tit. 1, L. 61.* } Stipulatio hoc modo concepta, } *Si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est : quia contra bonos mores est hæc stipulatio. (JULIANUS).

Ibidem. } Une stipulation ainsi conçue, si vous *Trad. de M. Berthelot.* } ne me faites pas votre héritier, vous promettez de me donner tant, est nulle, parce qu'elle est contre les bonnes mœurs. (JULIEN).

* 2 *Pothier, Oblig., n° 132-3.* } 132. Les choses qui n'existent pas encore, mais dont on attend l'existence, peuvent être l'objet d'une obligation, de manière néanmoins

[ARTICLE 1061.]

que l'obligation dépende de la condition de leur future existence.

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, 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, que lesdites parties ou l'une d'elles s'attendent de recueillir ; *L. fin. eod. de pact.* à moins que ce tiers n'intervint et ne donnât son consentement à la convention ; *d. l. 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. 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. Les stipulations de propre à ceux du côté et ligne, sont des conventions de cette espèce. Nous en avons

[ARTICLE 1061.]

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.

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 paci* ; 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 ou les foins avant la récolte, les laines avant la tonte, et déclarent tels marchés nuls ; *Voyez 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 promis.

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 résultants 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

[ARTICLE 1062.]

n'avoir pas bien examiné, avant de s'engager, il était en pouvoir d'accomplir ce qu'il promettait.

* *C. N.* 1130. } Les choses futures peuvent 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 consentement de celui de la succession duquel il s'agit.

<p>1062. L'objet d'une obligation doit être une chose possible, qui ne soit ni prohibée par la loi, ni contraire aux bonnes mœurs.</p>	}	<p>1062. The object of an obligation must be something possible and not forbidden by law or good morals.</p>
--	---	--

* *ff. De reg. juris, Lib. 50,* } *L. 31. Verum est, neque pacta,*
Tit. 17, L.L. 31, 64. } *neque stipulationes factum posseltollere : quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem, aut pactum efficere possit. (ULPIANUS).*

L. 64. Ea quæ raro accidunt, non temerè in agendis negotiis computantur. (JULIANUS).

Ibidem. } *31. Il est certain qu'on ne peut s'engager par aucune stipulation à faire que ce qui est ne soit pas ; d'autant plus qu'une chose impossible ne peut être le sujet d'aucune convention, ni produire aucune action qui ait quelque effet. (ULPIEN).*

64. On ne doit pas annuler un acte sous le prétexte qu'on n'y a pas prévu des choses qui n'arrivent que bien rarement. JULIEN).

[ARTICLE 1062.]

* 2 *Pothier, Oblig.*, } 136. Pour qu'un fait puisse être l'objet
 n° 136 et s. } d'une obligation, il faut qu'il soit possible ; car *Impossibile nulla obligatio est* ; L. 85, ff. de R. J.

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 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.

136. 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

[ARTICLE 1062.]

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, 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 supra, ch. 1, art. 5, § 1.*

C. N. 1133. { La cause est illicite quand elle est prohibée
par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

[ARTICLE 1063.]

<p>CHAPITRE SIXIÈME.</p> <p>DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.</p> <p>SECTION I.</p> <p>DISPOSITIONS GÉNÉRALES.</p> <p>1063. L'obligation de donner comporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison.</p>	<p>CHAPTER SIXTH.</p> <p>OF THE EFFECT OF OBLIGATIONS.</p> <p>SECTION I.</p> <p>GENERAL PROVISIONS.</p> <p>1063. An obligation to give involves the obligation to deliver the thing and to keep it safe until delivery.</p>
---	---

Voy. *Rapport de MM. les Commissaires* sur le présent titre, p. 624.

* ff. *De act. emp. et vend.*, Lib. 19, } 11. Ex empto actione is
Tit. 1, L. 11, § 1, 2. } qui emit, utitur.

§ 1. Et in primis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod præstari convenit: cum enim sit bonæ fidei judicium, nihil magis bonæ fidei congruit, quàm id præstari quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate.

§ 2. Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere: quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum. Si non fuit tantum evictionis nomine venditorem obligat: si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur. (ULPIANUS).

Ibidem. } 11. L'acheteur a contre le vendeur l'ac-
Trad. de M. Hulot. } tion en conséquence de l'achat.

1. On doit surtout observer qu'on fait entrer dans le jugement qui intervient en matière de vente tout ce que la bonne foi exige des parties. En effet, la vente étant un contrat de

[ARTICLE 1063.]

bonne foi, rien n'est plus convenable que d'obliger les parties à se fournir réciproquement ce dont elles sont convenues. S'il n'y a point eu de convention particulière, elles seront obligées l'une envers l'autre à raison de tout ce qui compose la nature de la vente.

2. Premièrement, le vendeur doit faire à l'acheteur la délivrance de la chose elle-même : d'où il s'ensuit que la propriété de la chose passe à l'acheteur, si le vendeur en est le maître. Si le vendeur n'en est pas le maître, il est obligé envers l'acheteur, dans le cas où la chose lui sera évincée, pourvu toutefois que le prix ait été payé par l'acheteur, ou que le vendeur ait été satisfait de toute autre manière. A l'égard de l'acheteur, il doit faire passer au vendeur la propriété du prix qu'il lui paye. (ULPIEN).

* 2 *Pothier, Oblig.*, } 141. Celui qui s'est obligé de donner
 n° 141 et s. } 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. Voyez
 la troisième Partie de ce Traité, *chap. premier*, où nous traitons
 des paiements 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, 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 *infra 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

[ARTICLE 1063.]

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 dumtaxat 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 comme 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 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.

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

[ARTICLE 1063.]

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, résultants 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 périée, 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.

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.

Sur les autres espèces de dommages et intérêts, *Voyez infra 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.

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 *reipsá* 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

[ARTICLE 1064.]

besoin à leur égard d'aucune interpellation judiciaire ; *L. fin. 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.

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. Quelquefois néanmoins les fruits et les intérêts sont dus avant la demeure, comme dans les contrats de vente d'une frugifère. 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.

* *C. N.* 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 envers le créancier.

1064. [L'obligation de conserver la chose oblige celui qui en est chargé d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille.]		1064. [The obligation to keep the thing safely obliges the person charged therewith to keep it with all the care of a prudent administrator.]
---	--	--

Voy. *Rapport de MM. les Commissaires* sur le présent titre,
 p. 624.

[ARTICLE 1065.]

<p>1065. Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part ; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même, et l'autorisation de la faire exécuter aux dépens du débiteur, ou la résolution du contrat d'où naît l'obligation ; sauf les exceptions contenues dans ce code et sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas.</p>	<p>1065. Every obligation renders the debtor liable in damages in case of a breach of it on his part. The creditor may, in cases which admit of it, demand also a specific performance of the obligation, and that he be authorized to execute it at the debtor's expense, or that the contract from which the obligation arises be set aside ; subject to the special provisions contained in this code, and without prejudice, in either case, to his claim for damages.</p>
--	--

* ff. De verb. oblig. Lib. 45, } § 7. Qui id quod in faciendo, aut
Tit. 1, L. 75, § 7. } non faciendo stipulatur, incertum
stipulari videtur. In faciendo, veluti fossam fodiri, domum
ædificari, vacuum possessionem tradi. In non faciendo, veluti
per te non fieri quominus mihi per fundum tuum ire agere
liceat : per te non fieri quominus mihi hominem Erotem habere
liceat. (ULPIANUS).

Ibidem. } 7. Celui qui stipule ce qui consiste
Trad. de M. Berthelot. } à faire ou à ne pas faire, paraît stipuler
une chose indéterminée. A faire, tel que de creuser un fossé,
de bâtir une maison, de livrer une possession libre. A ne pas
faire, par exemple, que vous ne ferez rien pour m'empêcher
d'user sur votre fonds du droit de sentier et de chemin, que
vous ne ferez rien pour m'empêcher d'avoir un homme
nommé Erote. (ULPIEN).

[ARTICLE 1065.]

* ff. *De re judicata*, Lib. 42, } § 1. Si quis promiserit, *prohi-*
 Tit. 1, L. 13, § 1. } *bere se, ut aliquod damnum stipu-*
lator patietur, et faciat : neque ex ea re damnum stipulator
patietur et faciat : ita habeatur facit quod promisit. Si minus,
quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam con-
demnatur : sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus.
 (CELSUS)

Ibidem. } 1. Si quelqu'un s'engage à garantir et
Trad. de M. Hulot. } indemniser le stipulateur de tout dom-
 mage, et qu'il l'empêche d'en souffrir aucun, il fait ce qu'il a
 promis. S'il ne s'oppose pas à ce qu'il souffre du dommage,
 comme il ne fait pas ce qu'il a promis, il sera condamné à
 payer une somme : comme il arrive dans toutes les obliga-
 tions qui consistent à faire. (CELSE).

* 2 *Pothier, Oblig.*, n° 146 } 146. L'effet de l'obligation qu'une
 et s. et n° 157-8. } 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 le fait pas, après avoir été mise
 en demeure de le faire, elle doit être condamnée aux dom-
 mages et intérêts de celui envers qui elle s'est obligée ; c'est-
 à-dire, *in id quanti creditoris intersit factum fuisse id quod pro-*
missum est : ce qui doit être estimé à une somme de deniers
 par des experts convenus entre les parties.

Ordinairement le débiteur ne peut être mis en demeure
 que par une demande en Justice que le créancier forme
 contre lui, à ce qu'il soit 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 dé-

[ARTICLE 1065.]

pens ; 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 dans un certain temps qu'il a laissé passer. 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'ai 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.

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 résultants du préjudice qu'elle a causé en faisant cela, à celui envers qui elle s'était obligée de ne pas faire.

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*.

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 pourvoir par vous-mêmes 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.*

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

[ARTICLE 1065.]

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 ; 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 résultants 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.

* 1 *Domat (Remy) liv. 1, tit. 2, } 19. Outre les dommages et
sec. 2, n° 19 et s. } intérêts causés par le défaut
de la délivrance, c'est encore une peine du vendeur qui
manque de délivrer, que la vente soit résolue, s'il y a lieu
Comme, par exemple, si celui qui devait délivrer une mar-
chandise, au jour d'un embarquement, ou à un jour de foire,
n'y satisfait pas, il sera obligé de reprendre sa marchandise
si l'acheteur le veut, et de rendre le prix s'il l'avait reçu. Et
il sera de plus tenu des dommages et intérêts, pour n'avoir
pas fait la délivrance au jour et au lieu. Et, dans le cas même
où la vente subsiste, le vendeur ne laisse pas d'être tenu des
dommages et intérêts. Ainsi, le vendeur qui, différant la dé-
livrance d'un héritage vendu, prive l'acheteur de la jouis-*

[ARTICLE 1066.]

sance des fruits, en doit la valeur, quoique ce retardement ne suffise pas pour résoudre la vente.

20. Il ne dépend jamais du vendeur d'é luder l'effet de la vente par le défaut de la délivrance ; il peut toujours y être contraint, s'il est possible, pourvu que l'acheteur exécute de sa part son engagement. De même aussi l'acheteur ne peut donner lieu à la résolution, faute de payer au terme, comme il sera dit en son lieu.

21. Si la délivrance est empêchée par un cas fortuit, comme si la chose vendue a été volée (*c'est-à-dire enlevée par force*), le vendeur ne sera tenu d'aucuns dommages et intérêts ; si ce n'est que le cas fortuit arrivât après qu'il est en demeure, suivant la règle expliquée dans l'art. 3 de la sect. 7.

22. Si le vendeur se trouvait en péril apparent de perdre le prix, comme par une insolvabilité de l'acheteur, ou par d'autres causes, il pourra retenir la chose vendue par forme de gage, jusqu'à ce qu'on lui donne une sûreté pour son paiement. (C. civ., 1613.)

23. Si l'acheteur et le vendeur sont également en demeure, l'un de recevoir, l'autre de délivrer, l'acheteur à qui il aura tenu de recevoir la chose vendue, ne pourra se plaindre du retardement.

* C. N. 1142, } 1142. Toute obligation de faire ou de ne pas
1144. } faire se résout en dommages et intérêts, en cas
d'inexécution de la part du débiteur.

1144. Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

1066. Le créancier peut aussi, sans préjudice des dommages-intérêts, demander que ce qui a été fait en contravention à l'obli-		1066. The creditor, without prejudice to his claim for damages, may require also, that any thing which has been done
--	--	--

[ARTICLE 1067.]

<p>gation soit détruit, s'il y a lieu ; et le tribunal peut ordonner que cela soit fait par ses officiers, ou autoriser la partie lésée à le faire aux dépens de l'autre.</p>	<p>in breach of the obligation shall be undone, if the nature of the case will permit ; and the court may order this to be effected by its officers, or authorize the injured party to do it, at the expense of the other.</p>
---	--

Voy. autorités sur art. 1065.

* *C. N.* 1143. } Néanmoins le créancier 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 préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

SECTION II.

DE LA DEMEURE.

1067. Le débiteur peut être constitué en demeure soit par les termes mêmes du contrat, lorsqu'il contient une stipulation que le seul écoulement du temps pour l'accomplir aura cet effet ; soit par l'effet seul de la loi ; soit par une interpellation en justice, ou une demande qui doit être par écrit, à moins que le contrat lui-même ne soit verbal.

SECTION II.

OF DEFAULTS

1067. The debtor may be put in default either by the terms of the contract, when it contains a stipulation that the mere lapse of the time for performing it shall have that effect ; or by the sole operation of law ; or by the commencement of a suit, or a demand which must be in writing unless the contract itself is verbal.

[ARTICLE 1067.]

**ff. De verb. oblig. Lib. 45, Tit. 1, L. 23.* } Si ex legati causa aut ex stipu-
 } latu hominem certum mihi de-
 beas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quàm si per
 te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares. Quod ita fit, si
 aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum. (POMPONIUS).

Ibidem. } Si vous me devez à cause d'un legs
Trad. de M. Berthelot. } ou d'une stipulation un homme déter-
 miné, vous ne serez obligé à mon égard après sa mort que
 s'il a tenu à vous de me le donner vivant : ce qui arrive si,
 quand je l'ai demandé, vous ne l'avez pas donné, ou si vous
 l'avez tué. (POMPONIUS).

**Cod. De contrahenda et committ. stipul. Lib. 8, Tit. 38, L. 12.* } Magnam legum veterum
 } obscuritatem, quæ protra-
 hendarum litium magnam occasionem usque adhuc præbe-
 bat, amputantes : sancimus, ut si quis certo tempore facturum
 se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit,
 promiserit, et adjecerit, quod si statuto tempore minimè hæc
 perfecta fuerint, certam pœnam dabit : sciat minimè se posse
 debitor ad evitandam pœnam adjicere, quod nullus eum ad-
 monuit, sed etiam citra ullam admonitionem eidem pœnæ
 pro stipulationis tenore fiet obnoxius : cùm ea quæ promisit,
 ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari
 debeat poscere.

Datum 9 idus aprilis, Constantinopoli, Decia v. c. Cos. 529.
 (IMP. JUSTINIANUS).

Ibidem. } Décidant une grande obscurité qui
Trad. de M. P. A. Tissot. } se trouve dans les lois anciennes, qui
 jusqu'à présent a servi de prétexte pour traîner les procès en
 longueur, nous ordonnons que si quelqu'un a stipulé faire ou
 donner quelque chose à une certaine époque, ou a promis
 ce que le stipulant a voulu, et a ajouté que si au temps déter-
 miné il n'avait pas rempli les engagements qu'il contractait,
 il se soumettait à telle peine, il sache qu'il ne peut éviter la
 peine à laquelle il s'est soumis, en objectant qu'il n'a point

[ARTICLE 1067.]

été sommé de remplir ses engagements : car il est tenu de la peine portée dans la stipulation, quoique son adversaire ne l'ait point prévenu de remplir ses engagements, parce qu'il aurait dû se ressouvenir lui-même de ses engagements et non compter que d'autres les lui rappelassent.

Fait à Constantinople, le 9 des ides d'avril, sous le consul de Décimus. 529. (L'EMP. JUSTINIEN).

* Lacombe, v^o Retardement, } SEC. I. DU RETARDEMENT OU DE-
p. 605-6. } MEURE ET DE SES EFFETS.—1. Retar-
dement ou demeure appelée en droit *Mora*, arrive lorsque le débiteur est en demeure de payer ou fournir, ou lorsque le créancier est en demeure de recevoir, l. 32 de usur.

2. Entre deux obligés, *alterius mora alteri non nocet*, dict. l. 32, § 4. *Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi, observatur*, l. 173, § 2 de div. reg. jur. s'entend qui ne sont pas obligés subsidiairement à payer une somme, ou qui ne sont pas obligés de fournir une chose indivisible : *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet*, l. 18, de duob. reis.

3. *Uti dies interpellat, pœna committitur*, l. 12, cod. de contrah. et committend. stipulat., l. 23, de verb. obligat., l. 4, de leg. commissor., l. 18, de usur. Autrement *ibi nulla mora est, ubi nulla est petitio*, l. 127, de verb. oblig. l. 88, de div. reg. jur. Godefr. in dict. l. ce qui s'entend à l'égard des intérêts, non quant au péril de la chose, gl. in l. 14, § 10, quod met. caus. et in l. 54, de pact.

4. *Venditor post moram emptoris, culpam non præstat*, Godefr. ad leg. 5, de peric. et commod. rei vend.

5. *Mora rei principalis nocet fidejussori*, l. 88 de verb. oblig. v. Godefr. in dict. l. 88.

6. *Moram committens in rem, tenetur etiam de casu fortuito*, l. ult. cod. de condict. ob turp. caus.

7. *Condemnatus si moram committat, tenetur de interitu, et*

[ARTICLE 1067.]

accessionibus, l. 7, *cod. de execut. rei judic. v. Fachin. lib. 8, cap. 99 et 101.*

8. Débiteur d'une espèce, qui est en demeure, est tenu de l'estimation au plus haut prix ; l. 22, *de reb. cred. l. 3, § 3, cod. de act. empti.*

9. Il y a demeure régulière, lorsque le débiteur a été interpellé ; et demeure irrégulière, lorsque l'un a délivré ce qu'il s'était engagé de fournir ; en ce cas l'autre est en demeure irrégulière. En l'un et l'autre cas le débiteur n'est point tenu *rei interitu*, l. ult. *de condict. dat. caus.* Fachin, *lib. 2, cap. 72, et lib. 8, cap. 101.*

10. La difficulté n'excuse le débiteur de sa demeure, Fachin. *lib. 2. cap. 91.*

SEC. II. QUAND ON PEUT PURGER SA DEMEURE.— 1. *Moræ purgatio admittitur solvendo interesse*, l. 21, § ult. *de recept. qui arbitr.* l. 22, *eod.*

2. Pour purger sa demeure, il faut que ce soit dans peu de jours ; et que le droit du créancier ne soit pas devenu pire, l. 8, *si quis cautionib.*

3. *Moræ purgatio quoad actionem consequentiam, non admittitur.* Ainsi faite par le légataire d'avoir satisfait à la condition dans le temps fixé par le testateur, le legs devient caduc, l. 41, § 12, *de fideicommissar. libertat.*

4. On peut purger la demeure avant contestation en cause, dans les stipulations pures et non pénales : *secùs in pœnalibus*, si ce n'est à l'égard de celles qui sont portées par jugement, *gl. in dict. § 12.*

La demeure de faire ce à quoi l'on s'est obligé, peut aussi être purgée avant la contestation en cause, l. 84, *de verb. oblig. nam mora oblatione purgatur*, l. 73, § ult. *eod.* mais *dùm quæritur de damno*, c'est une question *de bono et æquo*, qui est à l'arbitrage du juge, l. 91, § 3 *eod.*

[ARTICLE 1067.]

* 6 Toullier, } 248. En résumant les principes du Code sur
 n° 248 et s. } la demeure, on trouve que le débiteur peut être
 constitué en demeure : 1° par la convention ; 2° par la dispo-
 sition de la loi ; 3° par le seul fait de l'inexécution, lorsque
 la chose qu'il s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait
 être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé
 passer (1146) ; 4° par la sommation, ou autre acte équiva-
 lent (1139).

249. 1° Le débiteur est constitué en demeure par la conven-
 tion, *lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la
 seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure* (1139).

Mais est-il nécessaire de cumuler ces deux phrases inci-
 dentes ? Ne suffit-il pas qu'il soit exprimé que le débiteur sera
 constitué en demeure par la *seule échéance du terme* ? Faut-il
 indispensablement ajouter *sans qu'il soit besoin d'acte* ? Gram-
 maticalement parlant, il est certain que la première phrase
 renferme la seconde. Dire que *la seule échéance* du terme con-
 stitue le débiteur en demeure, c'est dire suffisamment qu'*il
 n'est pas besoin d'acte*. Cette addition ne semble donc qu'une
 redondance ou un pléonasme inutile, qu'on devrait s'inter-
 dire dans le style grave, concis et majestueux de la loi.

On peut répondre qu'il n'est pas à présumer qu'il existe des
 mots inutiles dans la loi ; que, si cette redondance est super-
 flue pour les personnes instruites, le législateur a pu penser
 qu'elle était utile ou même nécessaire pour faire sentir aux
 personnes sans instruction, et pour graver dans leur esprit la
 force et le sens de la stipulation, que le débiteur sera consti-
 tué en demeure par la *seule échéance* du terme, ou simplement
par l'échéance du terme ; qu'en ajoutant qu'il ne sera besoin
 d'aucun acte postérieur au terme, il est impossible que les
 personnes les moins intelligentes ne comprennent pas le vrai
 sens de la stipulation.

Il serait donc très imprudent de ne pas ajouter la clause
sans qu'il soit besoin d'acte ou d'interpellation, d'autant plus que
 nous avons contracté en France l'habitude vicieuse de cumu-
 ler dans les actes une foule de mots inutiles, dans la crainte

[ARTICLE 1067.]

de laisser échapper le mot propre, le seul nécessaire, le seul qui ne soit pas équivoque ; et que, d'un autre côté, les tribunaux sont devenus superstitieusement attachés à la lettre de la loi.

Cependant il paraît difficile de penser qu'un arrêt puisse être cassé comme contraire à la loi, pour avoir jugé la demeure encourue par l'échéance du terme, dans un cas où la stipulation porterait que le débiteur serait constitué en demeure *par la seule échéance du terme*, sans avoir ajouté qu'il *ne serait pas besoin d'acte*.

Quoique la stipulation porte que le débiteur sera en demeure par l'échéance du terme, *sans qu'il soit besoin d'acte*, s'il s'agissait de l'obligation de donner une somme ou une chose dont le paiement doit régulièrement être fait au domicile du débiteur (1247, 1258, n° 6), le créancier n'en serait pas moins obligé de constater qu'il s'y est présenté au jour de l'échéance pour recevoir le paiement. *Vid. infra*, nos 261 et 262, et ce que nous disons ci-après sur l'effet des conditions résolutoires, chap. 4, sect. 1.

Il en serait de même s'il y avait un lieu désigné pour le paiement : le créancier est obligé de constater par un acte qu'il s'y est présenté en personne ou par un mandataire, au jour fixé par la convention.

250. 1° A défaut de stipulation expresse pour opérer la demeure par la seule échéance du terme, sans qu'il soit besoin d'acte (1139), la loi constitue en plusieurs cas le débiteur en demeure par le seul fait de sa non-exécution de l'obligation dans le temps convenu par le contrat ; c'est ce que les auteurs appellent *mora ex lege*. Voët, *in tit. de usuris*, n° 27.

Ainsi, 2° contre ce qui se pratiquait assez généralement dans la jurisprudence antérieure au Code, faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, il en est déchu, et l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable (1662). Le terme fixé est de rigueur, et ne peut être prolongé par le juge (1661).

Ainsi, 3° dans le prêt à usage ou commodat, l'emprunteur

[ARTICLE 1067.]

est constitué en demeure par l'échéance du terme ; et si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou *pour un temps plus long qu'il ne le devait*, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit (1881), à moins que la chose n'eût également péri chez le prêteur (1302).

Ainsi, 4^e le débiteur d'une rente constituée en perpétuel à prix d'argent ou autrement, même antérieurement à la promulgation du Code, peut être contraint au rachat, s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années (1912), sans pouvoir, lorsqu'il n'a pas d'excuse, être reçu à purger la demeure par des offres réelles postérieures à l'échéance des deux années. Le contrat est de plein droit converti en une obligation pure et simple, dont le capital est exigible ainsi que les intérêts ; en sorte que, si le contrat est authentique, ce créancier peut procéder par voie d'exécution parée, pour contraindre le débiteur au remboursement du capital et des intérêts, sans être tenu de se pourvoir par voie d'action précédée de conciliation, pour introduire sa demande en remboursement, sauf au débiteur à faire valoir par voie d'opposition les moyens qu'il peut avoir contre l'exigibilité du capital de la rente.

Il faut néanmoins faire une distinction importante entre le cas où la rente est payable au domicile du créancier ou ailleurs, et celui où elle est payable au domicile du débiteur, où le créancier la doit aller chercher. *Voy. ci-après, nos 261 et 262.*

Ainsi enfin, en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit et sans sommation *au profit du vendeur*, après le terme convenu pour le retirement (1657).

251. Ceci nous conduit à une autre espèce de demeure qui dérive de la disposition de la loi, mais qui est par la nature des choses nécessairement abandonnée à la prudence du magistrat ; c'est le cas où 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 (1146).

C'est principalement à cette espèce de demeure qu'il faut

[ARTICLE 1067.]

appliquer ce que disait l'empereur Antonin, que la loi ne peut décider si le débiteur a été en demeure, parce que c'est plutôt une question de fait qu'une question de droit, *cùm sit magis facti quàm juris*. *Leg. 32, ff. de usuris, 22, 1.*

On peut seulement en donner quelques exemples. J'ai chargé un avoué de faire pour moi un acte qu'on ne pouvait faire que dans un délai péremptoire ; par exemple, de faire une surenchère à la vente d'un bien qui m'était hypothéqué, de notifier un appel, etc. Il a négligé de le faire, et je me trouve déchu par le seul laps de temps : il est tenu de mes dommages et intérêts, quoique je ne lui aie pas fait sommation d'agir en temps utile pour le constituer en demeure.

Il en est de même si j'ai donné à une personne la somme nécessaire pour exercer une action de réméré ou de rachat. Si elle laisse passer le délai fatal sans faire le remboursement, elle est tenue de mes dommages et intérêts.

J'ai vendu à un marchand telles marchandises, telles denrées, et j'ai promis de les conduire avant telle foire, où il avait occasion de les vendre. Je laisse passer le temps de la foire sans les livrer : l'acquéreur est en droit de les refuser ensuite, et de regarder la vente comme résolue. Il n'a pu me faire de sommation, puisque je pouvais attendre la veille même de la foire à lui livrer les choses vendues.

Il peut aussi, au lieu de la résolution de la vente demander des dommages et intérêts qui consisteront dans l'indemnité que je lui dois à raison de la baisse survenue depuis la foire, et des bénéfices qu'il eût faits s'il avait eu les marchandises à temps de les vendre. *V. Pothier, n° 162.*

J'ai fait marché avec un entrepreneur pour réparer dans ma maison un mur qui menaçait ruine ; il tarde de remplir son obligation ; le mur s'écroule et entraîne la chute de la maison ; il est tenu de mes dommages et intérêts ; il devait savoir qu'il y avait péril dans la demeure.

252. Enfin, et c'est le cas le plus ordinaire, le débiteur est constitué en demeure par une sommation ou autre *acte équivalent* (1139).

[ARTICLE 1067.]

On appelle sommation l'acte par lequel on interpelle une personne de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose.

Cet acte doit être notifié par un officier public ayant caractère pour ces sortes d'actes (art. 1258, n° 7, *junct.*, art. 1259, n° 1), c'est-à-dire par un huissier ou un notaire compétent.

253. Mais l'art. 1139 ajoute ou par *autre acte équivalent*. Le Code ne s'explique point sur la nature et la qualité de ces actes équivalents. On tenait autrefois pour maxime que dans tous les cas où il faut une sommation pour constituer l'adversaire en demeure, une interpellation verbale ne produisait aucun effet, et que la preuve par témoins n'en devait pas être reçue. Les actes équivalents dont parle l'art. 1139 doivent être des actes par écrit ; par exemple, une citation en conciliation (art. 57 du Code de procédure), pourvu qu'elle contienne la sommation de payer ; un acte authentique, dans lequel le débiteur reconnaît que l'interpellation lui a été faite ; enfin un écrit même privé, souscrit et reconnu par le débiteur, ou légalement tenu pour reconnu, ayant contre lui la même foi que l'acte authentique (1322), suffirait pour constituer le débiteur en demeure, dans tous les cas où la loi n'exige pas spécialement que la sommation soit faite par un officier ministériel ou public, comme dans le cas des offres qui doivent être suivies de consignation (1258, n° 7).

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1063 et 1065.

* 10 *Duranton*, } 441. Comme, lorsque la chose promise
 n° 441 *et s.* } périt par cas fortuit, elle ne périt pour le
 créancier qu'autant que le débiteur n'était point en demeure
 de la délivrer (art. 1188), il importe de voir comment il est
 constitué en demeure.

Demeure, *mora*, signifie *retard*.

Suivant l'article 1139, " le débiteur est constitué en de-
 " meure, soit par une sommation, ou par un autre acte équiva-

[ARTICLE 1067.]

“lent, 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.” Alors, *dies pro homine interpellat*. Mais, en général, il faut pour cela une convention spéciale, quoiqu’il ne soit toutefois pas nécessaire d’insérer textuellement dans l’acte que, *par la seule échéance du terme, et sans qu’il soit besoin d’acte, le débiteur sera constitué en demeure*. Il suffit d’y insérer que *par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure*. Il est pleinement averti par une telle clause. L’article 1159 n’a point entendu tracer une formule.

La sommation dont il parle est l’*interpellation* dont font si souvent mention les lois romaines.

En général, c’est un acte du ministère des huissiers.

Quant aux actes équivalents dont parle aussi cet article, ce sont les demandes en justice, qui même ont généralement plus d’effet que les simples actes extra-judiciaires, tels que les sommations ; une saisie, dans certains cas ; une citation en conciliation, suivie d’une demande en justice dans le mois de la non-conciliation ou de la non-comparution (art. 57, Cod. de procéd.) ; une déclaration écrite du débiteur qu’il se reconnaît en demeure ; et enfin tout autre acte propre à certifier qu’il est en retard d’exécuter son engagement.

Dans l’ancienne jurisprudence, les tribunaux n’avaient guère égard à la clause par laquelle les parties convenaient que la seule échéance du terme constituerait le débiteur en demeure ; ils la regardaient presque toujours comme comminatoire, comme une simple menace ; tandis que Justinien avait décidé que, dans les obligations de faire ou de donner dans un certain temps, la seule échéance du terme, sans interpellation, suffirait pour constituer le débiteur en demeure. Sous le Code, il faudrait de plus, pour cela, que la chose n’eût pu être faite ou donnée que dans un certain temps que le débiteur aurait laissé passer sans exécuter l’obligation. (Art. 1146.)

442. Dans le cas même où la convention porterait que le

[ARTICLE 1067.]

débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, néanmoins, dans les obligations de donner, il n'est pas tenu, à moins de convention contraire, de porter la chose chez le créancier, ou ailleurs ; et si elle venait à périr par cas fortuit au lieu où elle devait être délivrée, avant que le créancier se fût présenté pour la réclamer, quoique ce fût après l'échéance du terme pris pour la délivrance, elle n'en périrait pas moins pour ce dernier, parce que le débiteur ne serait nullement en demeure ; car le paiement doit être exécuté dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, et qu'il s'agisse d'un corps certain et déterminé, il doit être fait dans le lieu où était l'objet au temps de la convention ; et dans les autres cas, il doit être fait au domicile du débiteur (art. 1245). Celui-ci, après l'échéance du terme pris pour la délivrance, avait sans doute la faculté de faire sommation au créancier d'enlever la chose, et de se faire autoriser, à son refus, à la mettre en dépôt dans un autre lieu (art. 1264) ; mais c'était là une simple faculté, et non une obligation.

Il faudrait donc, pour que le débiteur fût en demeure, que le créancier fit constater par un acte dressé par un officier public ayant caractère à cet effet, sa présentation au lieu où le paiement devait être fait, et le refus ou l'absence du débiteur.

443. Si le terme est en faveur de ce dernier, ce qui est présumé, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été mis dans l'intérêt du créancier (art. 1187), la sommation de délivrer la chose ne doit même être faite que le lendemain du jour de l'échéance du terme ; car le jour du terme appartient en entier au débiteur. Et si la chose venait à périr par cas fortuit, quoique après la sommation, mais au moment même où le débiteur se mettait en mesure d'y obéir, comme il n'y aurait point non plus de retard de sa part, la perte ne retomberait pas sur lui : *Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, proinde ac si homo viveret : et hic moram videtur fecisse, QUI LITIGARE MALUIT, quàm restituere.* L. 82, § 1, ff. de verb. oblig. Or,

[ARTICLE 1067.]

l'on ne peut dire que celui qui s'empresse de livrer la chose aussitôt qu'elle lui est demandée, *litigare maluit, quàm restituere*. A la vérité, il ne serait pas nécessaire, pour qu'il fût en demeure, et passible des cas fortuits, qu'il eût été assigné en justice ; mais il faut du moins qu'il ait refusé de remettre la chose ; tandis que nous raisonnons dans l'hypothèse contraire.

444. Celui qui ne peut payer à raison d'un empêchement légal, ne peut être constitué en demeure par celui à qui il ne peut payer. Par exemple, celui qui doit à un mineur non émancipé, à qui il ne peut payer valablement (art. 1241), ne serait point constitué en demeure par un acte de ce mineur, quoique les mineurs puissent faire leur condition meilleure. L. 17, § 3. ff. *de usuris et fructib.*

445. Et, *vice versá*, celui à qui l'on ne peut demander la chose ne peut, par cela même, être constitué en demeure de la délivrer. Tel est le cas l'un legs fait sous une condition suspensive qui n'est point encore accomplie, ou avec terme non encore échu.

Tel est le cas aussi où un mineur serait débiteur d'un corps certain, par exemple, comme héritier de son père, et que le créancier, au lieu de faire au tuteur la sommation de délivrer l'objet, a sommé le mineur lui-même de faire cette délivrance. Cette sommation est insuffisante pour constituer le mineur en demeure. (Art. 450 et 1238 combinés.)

446. La loi 127, ff. *de verb. obl.* suppose qu'un pupille a promis, sans l'autorité de son tuteur, un certain esclave, qu'un tiers l'a cautionné, et que l'esclave est venu à périr depuis que le pupille était en retard de le délivrer. Le jurisconsulte Scævola dit que le fidéjusseur n'est point tenu de la perte, parce qu'il n'a pas été mis en demeure par le retard qu'à apporté le pupille dans la délivrance de l'esclave : *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est ; esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex sua morá postea*. Cette décision serait aussi suivie dans notre droit.

[ARTICLE 1067.]

447. Mais dans les cas ordinaires, la mise en demeure du débiteur principal perpétue aussi l'obligation du fidéjusseur, ou caution ; tandis que la demeure du fidéjusseur ne nuit pas au débiteur principal.

Celle de l'un des débiteurs solidaires perpétue pareillement celle des autres, en ce sens que si la chose due vient ensuite à périr par cas fortuit, ou par le fait de l'un des débiteurs, les autres doivent le prix de la chose, mais non toutefois les dommages-intérêts, qui peuvent seulement être répétés de celui qui était en faute ou en demeure (art. 1205.) Cependant la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre tous (art. 1207) ; et la prescription interrompue contre l'un d'eux l'est également contre les autres (art. 1206.) Nous expliquerons ces points avec plus d'étendue en parlant de la solidarité.

448. La demeure en laquelle était constitué le débiteur est purgée par les offres régulières qu'il fait de la chose *post moram offerendo* ; et les cas fortuits qui étaient à sa charge par l'effet de sa demeure, sont à la charge du créancier depuis les offres.

449. La demeure du débiteur est également purgée par la novation, même conditionnelle, et quoique la condition vint à manquer ; bien que lorsque la condition manque, la novation, par cela même, manque aussi. Mais, comme le dit le jurisconsulte Marcellus dans la loi 72, § 1, ff. *de solut.* précitée, *in promptum contradictio est, debitorem cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse ; nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.*

Et il en serait ainsi quoique la novation eût été faite par l'intervention d'un tiers, même à l'insu du débiteur, dont il serait venu prendre la place, et que la novation fût sous une condition qui serait aussi venue à manquer ; car, en ce qui concerne la purge de la demeure, c'est comme si le tiers eût payé à la place du débiteur.

450. Si le créancier qui a constitué le débiteur en demeure

[ARTICLE 1067.]

par une demande en justice laissait périr sa demande, le débiteur serait censé n'avoir point été constitué en demeure : une demande périmée n'a aucun effet ; la prescription n'a point été interrompue par elle (art. 2247) ; en un mot, c'est comme si elle n'eût pas été formée (401, Code de procéd.) Cela s'applique aux dommages-intérêts, ou aux intérêts dus pour inexécution de l'obligation pour d'autres causes que la perte de la chose, ou pour retard dans l'exécution. Mais la simple discontinuation des poursuites pendant trois ans et plus ne suffit pas pour détruire l'effet de la demeure en laquelle le débiteur a été constitué par la demande ; il faut que la péremption elle-même soit demandée, et avant d'avoir été couverte par un acte valable (Art. 599 *ibid.*)

451. Et lors même que la demeure n'aurait point été purgée, si la chose, qui est venue à périr, eût dû également périr chez le créancier, au cas où elle lui aurait été livrée, la perte n'en serait pas moins supportée par lui, suivant l'art. 1302 ; car dans ce cas le retard ne lui aurait réellement causé aucun préjudice. Ce serait toutefois au débiteur à prouver non-seulement le cas fortuit qu'il allègue (*ibid.*), mais encore que la chose eût péri également chez le créancier, si elle lui eût été livrée ; le tout, sans préjudice de l'effet de la stipulation par laquelle le débiteur aurait pris sur lui les cas fortuits (*ibid.*), et d'une disposition spéciale de la loi qui les mettrait à sa charge. (Art. 1822.)

Dans les cas ordinaires, et lorsque la chose est venue à périr depuis la mise en demeure du débiteur, si le créancier prétendait qu'il l'aurait vendue avant la perte, hypothèse dans laquelle le débiteur répondrait du cas fortuit, la question de savoir qui doit en effet supporter la perte se déciderait d'après les circonstances de la cause, et surtout d'après la profession du créancier.

432. Le voleur de la chose est par le fait même du vol en demeure de la restituer ; et si elle périt, même par cas fortuit, la perte est supportée par lui (art. 1302).

[ARTICLES 1068, 1069.]

Mais nous aurons encore occasion de revenir sur plusieurs de ces points en parlant de l'extinction des obligations.

* *C. N.* 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.

1068. Le débiteur est encore en demeure, lorsque la chose qu'il s'est obligé à donner ou à faire, ne pouvait être donnée ou faite que dans un temps qu'il a laissé écouler.	1068. The debtor is also in default, when the thing which he has obliged himself to give or to do could only have been given or done within a certain time which he has allowed to expire.
---	--

Voy. autorités sur arts. 1063, 1065 et 1067.

* *C. N.* 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.

1069. [Dans tout contrat d'une nature commerciale, où un terme est fixé pour l'accomplir, le débiteur est en demeure par le seul laps du temps.]	1069. [In all contracts of a commercial nature in which the time of performance is fixed, the debtor is put in default by the mere lapse of such time.]
--	---

Voy. autorités sur art. 1067.

{ARTICLE 1069.}

* 6 *Toullier*, } 245. Suivant la jurisprudence antérieure au
 n° 245 et s. } Code, les deux parties auraient inutilement
 stipulé que le débiteur sera constitué en demeure par la seule
 échéance du terme, sans qu'il soit nécessaire de sommation
 ou autre acte équivalent, par le seul fait et sans ministère de
 justice. Quelques expressions qu'elles eussent employées pour
 manifester leurs volontés de la manière la plus formelle, les
 tribunaux s'obstinaient à croire et à décider que ces sortes de
 clauses ne devaient avoir d'effet qu'à l'arbitrage du juge, qui
 restait le maître de les faire exécuter à la rigueur, de les mo-
 dérer, ou de n'y avoir aucun égard. C'est ce qu'on appelait
 des clauses *comminatoires*, du latin *comminari*, menacer ; des
 clauses qui n'étaient que de simples menaces.

C'était une étrange jurisprudence que celle qui, sous le
 prétexte d'une équité imaginaire, permettait aux juges de
 violer l'exacte et rigoureuse justice, en se permettant de dis-
 penser de l'exécution littérale des conventions qui sont la loi
 des contractants. Argou, dans ses *Institutions au droit français*,
 liv. 3, chap. 27, observe avec raison que c'était autoriser la
 mauvaise foi, et réduire les contractants à ne pouvoir prendre
 aucunes mesures certaines pour l'exécution des choses dont
 on est convenu, et dont le temps fait souvent la principale
 partie.

M. Merlin, *Questions de droit*, v° EMPHYTÉOSE, § 3, dit fort
 bien que cette doctrine était marquée au coin de l'erreur la
 plus manifeste, destructive des conditions sans lesquelles les
 contrats n'auraient pas eu lieu ; qu'elle était attentatoire à la
 foi publique, et qu'elle attaquait les conventions sociales
 jusque dans leurs bases les plus sacrées.

246. Le Code a réformé cette jurisprudence injuste ; cepen-
 dant il n'en est point entièrement revenu à la maxime simple
 et raisonnable du droit romain, que l'expiration du terme
 suffit pour constituer le débiteur en demeure ; mais il permet
 aux contractants d'en faire une stipulation spéciale. L'article
 1139 porte que le débiteur est constitué en demeure *par l'effet
 de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin*

[ARTICLE 1070.]

d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

On peut remarquer que cet article se trouve dans la section 2, qui est particulière aux obligations de donner. Il n'en faut pas conclure que sa disposition n'est pas générale ni applicable aux autres obligations. Ce serait une erreur, l'article 1146, qu'on trouve dans la 4^e section, commune à toutes les espèces d'obligations, porte que les dommages et intérêts ne sont dus *que lorsque le débiteur est en demeure* de remplir son obligation. Or, nul article de la même section n'indique quand le débiteur est constitué en demeure : il faut donc, pour le savoir, recourir à l'art. 1139, qui décide la question de la manière la plus générale, et qui s'applique par conséquent à toutes les espèces d'obligations, à celles de faire aussi bien qu'à celles de donner.

SECTION III.

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

1070. Les dommages-intérêts ne sont dus pour l'inexécution d'une obligation, que lorsque le débiteur est en demeure conformément à quelque une des dispositions contenues dans les articles de la précédente section ; à moins que l'obligation ne consiste à ne point faire quelque chose, auquel cas le contrevenant est responsable des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention.

SECTION III.

OF THE DAMAGES RESULTING FROM THE INEXECUTION OF OBLIGATIONS.

1070. Damages are not due for the inexecution of an obligation until the debtor is in default under some one of the provisions contained in the articles of the preceding section ; except the obligation be not to do, when he who contravenes it is liable for damages by the fact of the contravention alone.

[ARTICLE 1071.]

Voy. *Rapport de MM. les Commissaires* sur le présent titre, p. 625.

* *C. N.* 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.

Voy. *C. N.* 1146, cité sur art. 1068.

1071. Le débiteur est tenu des dommages-intérêts, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution de l'obligation provient d'une cause qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.		1071. The debtor is liable to pay damages in all cases in which he fails to establish that the inexecution of the obligation proceeds from a cause which cannot be imputed to him, although there be no bad faith on his part.
---	--	--

* *ff. De reb. cred. Lib. 12, Tit. 1, L. 5.* } Quod te mihi dare oporteat, si id posteà perierit, quàm per te factum erit, quominùs id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed cùm quærat, an per te factum sit, animadverti debet, non solùm in potestate tua fuerit id, necne : aut dolo malo feceris, quominùs esset, vel fuerit, necne ; sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere. (POMPONIUS).

Ibidem. } Si la chose que vous êtes obligé de me Trad. de M. Hulot. } donner périt après que vous aurez été en demeure de me la rendre, cette perte vous regarde. Pour savoir si quelqu'un est en demeure de rendre une chose qu'il doit, il faut examiner, non-seulement s'il la possède ou non,

[ARTICLE 1071.]

si c'est par sa mauvaise foi ou sans mauvaise foi de sa part qu'il n'en est point ou n'en est plus en possession, mais aussi s'il a eu de justes raisons d'être convaincu qu'il devait rendre cette chose à celui à qui il la devait. (POMPONIUS).

* *Cod. De action. emp. et vend.*, } Si traditio rei venditæ juxta
Lib. 4, Tit. 49, L. 4. } emptioⁿis contractum proca-
 cia venditoris non fiat : quanti interesse compleri emptioⁿem
 fuerit arbitratus præses provinciæ, tantum in condemnationis
 taxationem deducere curabit. (IMPP. DIOCL. ET MAXIMIANUS).

Ibidem. } Si la tradition de la chose vendue n'a
Trad. de P. A. Tissot. } pas lieu, conformément au contrat de
 vente, par la faute du vendeur, le président de la province
 veillera à ce qu'il soit condamné à telle indemnité qu'il jugera
 vous être due. (LES EMPER. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

* 1 *Domat (Remy), liv. 1,* } 16. Si le vendeur est en demeure
Tit. 2, sec. 2, nos 16-7. } de délivrer la chose vendue au jour
 et au lieu où la délivrance devait être faite, il sera tenu des
 dommages et intérêts de l'acheteur, selon les règles qui
 suivent (C. civ. 1610, s.) :

17. Le vendeur qui est en demeure de délivrer, doit les dommages et intérêts qu'aura causés le retardement, selon l'état des choses et des circonstances. Ainsi, le vendeur d'un héritage qui est en demeure de délivrer, doit rendre à l'acheteur la valeur des fruits dont il l'a empêché de jouir. Ainsi, celui qui devait délivrer à un certain jour, dans un certain lieu, du blé, du vin et d'autres denrées, dont le prix se trouve augmenté au jour et au lieu où la délivrance devait être faite, doit à l'acheteur la valeur présente du jour et du lieu, pour le profit qu'il aurait fait en les y revendant, ou pour la perte qu'il souffre, si pour son usage il est obligé d'en acheter d'autres à ce prix qui excède celui de la vente.

{ARTICLE 1071.]

* 6 *Toullier*, } 280. 1° Le seul fait de l'inexécution ou du
 nos 280-1. } retard dans l'exécution de l'obligation soumet
 le débiteur aux dommages et intérêts du créancier, *encore*
qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part (1147, 1382, 1383):

Aucune faute, dit Domat, *nec ignorantia erit excusata*. *Leg.*
 18, § 1, *ff. locati*, 19, 2.

281. 2° Il ne peut être excusé qu'en justifiant que l'inexécution provient d'une chose étrangère, *qui ne peut lui être imputée* (1147, 1732); c'est à lui de prouver son excuse.

* 2 *Domat (Remy) Liv. 3*, } 10. Quoiqu'il n'y ait aucune faute
Tit. 5, sec. 2, n° 10. } de la part de celui à qui on demande
 un dédommagement, ce n'est pas toujours assez pour l'en décharger. Car il y a des cas où il est dû des dommages et intérêts, sans qu'aucune faute y ait donné lieu, mais par le simple effet d'un engagement. Ainsi, celui qui avait vendu de bonne foi une chose qu'il croyait sienne, est obligé de faire cesser la demande de celui qui s'en prétend le maître, et, s'il y manque, il devra les dommages et intérêts de l'éviction, quoiqu'il n'y ait, de sa part, aucune mauvaise foi, ni aucune autre espèce de faute : ainsi, celui qui manque de délivrer ce qu'il a vendu, est tenu des dommages et intérêts qui suivent du défaut de la délivrance ; et ces dommages et intérêts sont de simples suites des engagements de celui qui vend.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 159. On appelle *dommages et intérêts*,
Oblig., n° 159 et s. } 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 potui.*

Lors donc que l'on dit que le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, résultants de l'inexécution de l'obligation, cela veut dire qu'il doit indemniser le créancier

[ARTICLE 1071.]

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 ces 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.

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

[ARTICLE 1071.]

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 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, résultants des frais qu'il aura été obligé de faire pour son délogement, comme aussi de ceux résultants 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'impétie 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 in-

[ARTICLE 1071.]

térêts du créancier, quoiqu'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 résultants 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 une 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.

113. 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'a vendu de bonne foi ces pièces de bois, dont il ignorait le défaut, les dommages et intérêts résultants 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 ache-

[ARTICLE 1074.]

tant pour bon ce qui était défectueux : 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.*

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 résultants de l'éroulement 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 R. J.* 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 ces 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, et il ne sera tenu de mes dommages et intérêts résultants 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

[ARTICLE 1071.]

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 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. 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, eu 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 intérêts sont considérables,

[ARTICLE 1071.]

ils ne doivent pas être taxés et liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération.

C'est sur ce principe que Justinien, *en la loi unique*, Cod. *de sentent. quæ 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 milles 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 résultants 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 ces 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

[ARTICLE 1071.]

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 résultants 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.

165. Il est évident que la réduction des dommages et intérêts au double 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 *extrinsecus* dans les 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

[ARTICLE 1071.]

de cette chose. Par exemple, les dommages et intérêts dont est tenu envers moi un tonnelier qui m'a vendu de mauvais tonneaux, résultants 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 débi-

[ARTICLE 1071.]

teur 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 : 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 ce marchand qui m'a causé tout ce dommage.

117. 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

[ARTICLE 1071.]

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. 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 postea 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 expédiens, 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,*

[ARTICLE 1071.]

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 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 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.

Ces dommages et intérêts consistent dans la perte que le créancier a soufferte, dans le gain dont il a été privé par ce retard ; pourvu que cette perte et cette privation de gain en aient été des suites nécessaires.

On les estime dans toute la rigueur, et on les étend à quel que espèce de dommages et intérêts que ce soit, lorsque c'est

[ARTICLE 1071.]

par 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.

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. 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.

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 assujéti, pour pouvoir les exiger, à justifier du dommage que le retard du paiement lui a causé.

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 soufferts, exiger du

[ARTICLE 1071.]

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. *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 ; car ces intérêts sont accordés comme un dédommagement, et il n'en peut être dû à celui qui n'a souffert aucun dommage.

Vice versá, 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.

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 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

[ARTICLE 1071.]

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 1, pages 379 et suiv. proscriit 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 : 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 dédommagement 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*

[ARTICLE 1072.]

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.

Voy. Toullier, cité sur art. 1074.

* C. N. 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.

<p>1072. Le débiteur n'est pas tenu de payer les dommages-intérêts lorsque l'inexécution de l'obligation est causée par cas fortuit ou force majeure, sans aucune faute de sa part, à moins qu'il ne s'y soit obligé spécialement par le contrat.</p>	<p>1072. The debtor is not liable to pay damages when the inexecution of the obligation is caused by a fortuitous event or by irresistible force, without any fault on his part, unless he has obliged himself thereunto by the special terms of the contract.</p>
---	--

* ff. De reg. jur. Lib. 50, } Animalium vero casus, mortes;
 Tit. 17, L. 23 in fine. } quæque sine culpa accedunt, fugæ servorum, qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus prædonum, à nullo præstantur. (ULPIANUS).

Ibidem. } Quant aux cas fortuits, personne
 Trad. de M. Berthelot. } n'en est responsable, par exemple les maladies et la mort naturelle des animaux, et généralement.

[ARTICLE 1072.]

toutes les pertes qui arrivent sans notre faute, comme la fuite des esclaves qu'on n'a pas coutume de tenir enfermés, les vols et rapines, les séditions tumultueuses, les incendies, les débordements des eaux, l'irruption des ennemis ou des voleurs et tous autres accidents semblables. (ULPIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1063-5 et 1071, et *Toullier*, cité sur art. 1071.

* 1 *Domat (Remy) Liv. 1, } 9. Personne n'est tenu dans au-*
Tit. 1, sec. 3, n° 9. } cune espèce de conventions de ré-
 pondre des pertes et des dommages causés par des cas fortuits, comme sont un coup de foudre, un débordement, un torrent (C. civ. 1148), une violence, et autres semblables événements ; et la perte de la chose qui périt ou qui est endommagée par un cas fortuit, tombe sur celui qui en est le maître, si ce n'est qu'il eût été autrement convenu, ou que la perte ou le dommage puissent être imputés à quelque faute, dont l'un des contractants doit répondre, comme si une chose qui devait être délivrée vient à périr, pendant que celui qui doit la délivrer n'y satisfait point.

L'état de blocus est un cas de force majeure, qui peut relever les échéances prononcées par la loi. En matière de lettre de change, la prescription de 5 ans peut être interrompue par un événement de force majeure. Le délai pour signifier l'arrêt qui admet un pourvoi en cassation, ne court pas pendant le temps où cette signification est empêchée par l'effet d'une force majeure. L'appréciation des faits constitutifs de la force majeure appartient exclusivement aux cours souveraines, en sorte que leurs décisions sur ce point ne puissent donner ouverture à cassation.

* 6 *Toullier, } 227. A l'égard des causes étrangères qu'on ne*
n°s 227-8. } peut imputer à celui qui n'a pas exécuté ou qui
 a tardé d'exécuter le contrat, personne n'en est tenu, *casum nemo præstat* ; c'est la règle ancienne et générale, dictée par

[ARTICLE 1072.]

la raison et consacrée par l'art. 1148 : " Il n'y a lieu à aucuns 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."

228. Il y a cependant plusieurs exceptions à cette règle :
 1° Si l'une des parties a spécialement répondu des cas fortuits et de la force majeure ; 2° si le cas fortuit avait été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée (1807, 1881) ; comme si l'emprunteur avait employé la chose prêtée à d'autres usages, s'il avait conduit dans un lieu un cheval prêté pour aller dans un autre (Pothier, n° 142, *in fin.*) ; 3° si le débiteur était en retard d'exécuter le contrat, comme si la perte fortuite de la chose empruntée arrivait après le temps fixé pour la rendre (1881).

Cette troisième exception reçoit une limitation fondée sur l'exacte justice, dans le cas où, malgré la demeure du débiteur, la chose eût également péri entre les mains du créancier ; car alors ce n'est point la faute ou la négligence du débiteur qui a occasionné cette perte, laquelle, par conséquent, doit être à la charge du créancier propriétaire de la chose, suivant la maxime *res perit domino*.

Cette limitation est littéralement prononcée par l'art. 1042, en faveur des héritiers du testateur, et elle est rendue générale à tous les débiteurs en demeure par l'art. 1302.

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 660. L'extinction de la chose due
Oblig., n° 660 *et s.* } éteint la dette, lorsque la chose est totalement périée ; s'il en reste quelque chose, la dette subsiste au moins pour ce qui en reste. 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 périées 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

[ARTICLE 1072.]

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 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.

Pour que la perte de la chose due, arrivée depuis la perte de l'obligation, n'éteigne point l'obligation, il faut, 1^o 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

[ARTICLE 1072.]

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, § 3, ff. *de verb. oblig.*

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 périée 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 vend.* 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 périée chez lui.

On présumera facilement que la chose ne serait pas également périée 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 périée, si elle eût été livrée au créancier.

On n'entre point dans la discussion de savoir si la chose serait périée 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 périée 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.

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

[ARTICLE 1072.]

sous 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 sponponderunt*. 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 ; puisqu'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 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 ; 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

[ARTICLE 1072.]

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 périée 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 périée par le fait ou la faute de l'un des codébiteurs solidaires, ou depuis sa demeure ; les autres codébiteurs en seront tenus. L. 18, ff. *de duobus reis.* Voyez ce que nous avons dit en traitant des obligations solidaires, *suprà*, n. 273.

Si la chose était périée 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 périée 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. 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

[ARTICLE 1072.]

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 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 pas 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

[ARTICLE 1073.]

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, 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 auxquels 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.

* *C. N.* 1148. } Il n'y a lieu à aucuns 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.

1073. Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, le montant de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ; sauf les exceptions et modifications contenues dans les articles de cette section qui suivent.	1073. The damages due to the creditor are in general the amount of the loss that he has sustained and of the profit of which he has been deprived ; subject to the exceptions and modifications contained in the following articles of this section.
---	--

[ARTICLE 1073.]

* ff. *Ratam rem haberi*, } Si commissa est stipulatio, *ratam*
Lib. 46, Tit. 8, L. 13. } *rem dominum habituram*, in tantum
 competit, in quantum mea interfuit : id est, quantum mihi
 abest, quantumque lucrari potui. (PAULUS).

Ibidem. } Si la stipulation que le maître rati-
Trad. de M. Berthelot. } fiera est ouverte, je peux demander
 tous mes dommages et intérêts, c'est-à-dire tout ce qui me
 manque et tout ce que j'ai pu gagner. (PAUL).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1071.

* 6 *Toullier*, } 263. Nous avons déjà dit que les dommages
 n° 263. } et intérêts consistent dans l'indemnité de la
 perte qu'on a soufferte, et du gain qu'on a manqué de faire ;
 c'est la définition qu'en donne le jurisconsulte Paul : *Quan-*
tum meâ interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lu-
crari potui. Leg. 13, ff. Rem rat. hab.

* 1 *Domat (Remy)*, *Liv. 1*, } 17. Si, dans une convention, on
Tit. 1, sec. 2, nos 17-18. } laisse à régler le prix d'une chose,
 l'estimation ne s'en fera, ni au plus haut prix, ni au plus bas,
 mais au prix commun, sans aucun égard aux circonstances
 particulières de l'attachement que l'un ou l'autre des contrac-
 tants pourrait avoir pour la chose qu'il faut estimer, ni de
 son besoin ; mais il faut seulement considérer ce qu'elle vaut
 pour qui que ce fût, et ce qu'elle pourrait être justement ven-
 due. (C. civ., 1159.)

18. Les estimations de choses qui n'ont pas été délivrées
 en temps et lieu, comme du vin, des grains, et autres sem-
 blables, se font sur le pied de leur valeur, au temps et au lieu
 où la délivrance en devait être faite.

[ARTICLE 1073.]

* 3 Pothier (*Bugnet*), } 69 bis. Les dommages et intérêts dont
vente, n° 69 et s. } le vendeur est tenu ordinairement à
 défaut de tradition, de même qu'en cas d'éviction, sont tout
 ce que l'acheteur perd ou manque de gagner par rapport à la
 chose même qui a fait l'objet du contrat, au-delà du prix qu'il
 a payé, *id quod interest propter ipsam rem non habitam.*

70. Tout ce qu'il en a coûté à l'acheteur outre le prix, fait
 partie de ces dommages et intérêts, tels sont les frais de con-
 trat, de centième denier, les profits payés aux seigneurs, les
 frais de voyage pour voir l'héritage, etc.

71. Ce que la chose vaut de plus qu'elle ne valait lors du
 contrat par l'augmentation du prix survenu sur les choses de
 cette espèce, entre aussi dans les dommages et intérêts. C'est
 pourquoi, si, par exemple, on m'a vendu un tonneau de vin,
 et que le vin soit enchéri depuis le contrat, le vendeur, à
 défaut de livraison du vin qu'il m'a vendu, doit me faire
 raison de l'augmentation du prix ; car, par le défaut de tra-
 dition, j'ai perdu le profit de l'augmentation, profit que j'eusse
 eu si la chose m'eût été livrée ; L. 21, §, 3, ff. de *Act. empt.*

72. Au reste, cette action ne s'étend ordinairement, comme
 nous l'avons dit, qu'aux dommages et intérêts que l'acheteur
 a soufferts par rapports à la chose même qui lui a été vendue ;
 car ce ne sont ordinairement que ceux-ci qui ont été prévus,
 et auxquels le vendeur ait entendu se soumettre. C'est pour-
 quoi ordinairement cette action ne s'étend pas aux dommages
 et intérêts que l'acheteur a soufferts d'ailleurs *extrinsecus*, et
 dont l'inexécution du contrat n'a été que la cause éloignée.
 C'est ce que Paul décide. *edd.* L. 21, § 3 : *Quum per vendito-
 rem steterit quominus rem tradat, omnie utilitas emptoris in
 æstimationem venit, qui modo CIRCA IPSAM REM consistit.*

Par exemple, si l'on a vendu à un laboureur de l'avoine, le
 dommage que le défaut de livraison lui a occasionné dans
 ses chevaux, qui, n'ayant pas été nourris, sont devenus
 étiques, et dans ses terres, qui n'ont pu être labourées comme
 il faut par ses chevaux qui n'étaient pas nourris, ne pourra
 pas être prétendu contre le vendeur, ce dommage n'étant pas

[ARTICLE 1073.]

un dommage que l'acheteur ait souffert *circa ipsam rem venditam*, et dont le défaut de livraison n'a été qu'une cause occasionnelle et éloignée. La loi citée rapporte des exemples semblables à celui-ci.

73. Quelquefois néanmoins l'action *ex empto* s'étend aux dommages et intérêts que l'acheteur a soufferts *extrinsecus*, et dans ses autres biens. Cela a lieu toutes les fois qu'il paraît par les circonstances qu'ils ont été prévus lors du contrat, et que le vendeur s'y est soumis, au moins tacitement, en cas d'inexécution de son engagement. On peut apporter pour exemple le cas auquel un charpentier, averti de la ruine imminente de ma maison, m'aurait vendu des étais qu'il se serait obligé de me livrer et de poser dans le jour, pour en prévenir la ruine. Si ce charpentier a, par négligence, manqué de me livrer les étais dans le temps marqué, et que ma maison, faute d'avoir été étayée, se soit écroulée le lendemain, ce charpentier doit être tenu de la perte que je souffre par l'écroulement de ma maison ; car, quoique ce dommage ne concerne point la chose même qui a été vendue, néanmoins il paraît que ce dommage que je souffre par la ruine de ma maison, est un dommage qui a été prévu lors du contrat, et auquel le charpentier qui m'a vendu les étais s'est tacitement soumis, en cas d'inexécution de l'engagement qu'il a contracté de me les livrer et de les poser dans le jour, puisqu'il a été averti de la ruine imminente de ma maison ; que la vue de prévenir cette ruine a été la fin principale du contrat, et que c'est pour cette fin qu'il s'est obligé de me livrer et de poser les étais dans le jour.

Voyez dans notre *Traité des Obligations* n^o 159 et suiv.), les règles générales que nous avons établies sur les dommages et intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation de donner une chose. Ces règles s'appliquent au contrat de vente, de même qu'aux autres contrats.

74. Lorsque le vendeur a été mis en demeure de livrer la chose vendue, dans le temps qu'il la devait livrer, quoiqu'il offre dans la suite de le faire, il n'est pas toujours, en la li-

[ARTICLE 1074.]

vrant, quitte de son obligation : car, si l'acheteur a souffert de ce retard, le vendeur doit être condamné aux dommages et intérêts de l'acheteur.

Ces dommages et intérêts consistent à indemniser l'acheteur, tant des pertes que la demeure lui a fait souffrir, que des gains dont elle l'a privé par rapport à la chose qui lui a été vendue.

* *C. N.* 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 modification ci-après.

<p>1074. Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au temps où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par son dol qu'elle n'est point exécutée.</p>	<p>1074. The debtor is liable only for the damages which have been foreseen or might have been foreseen at the time of contracting the obligation, when his breach of it is not accompanied by fraud.</p>
--	---

* *Cod. De sententiis quæ pro eo,* } Cum pro eo quod interest,
Lib. 7, Tit. 46, L. 1. } dubitationes antiquæ in infinitum productæ sint : melius nobis visum est, hujusmodi prolixitatem, prout possibile est, in augustum coarctare. Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus : hoc quod interest, dupli quantitatem minimè excedere. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices qui causa dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, et hoc quod revera inducitur damnum, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus, et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur :

[ARTICLE 1074.]

ne dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat : cum sciamus esse nature congruum, eas tantummodo penas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel à legibus certo fine conclusæ statuuntur. Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio : quia et ex eo veteres id quod interest, statuerunt. Et sit omnibus, secundum quod dictum est, finis antiquæ prolixitatis hujus constitutionis recitatio.

Datum calend. septemb. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. 530. (IMP. JUSTINIANUS).

Ibidem. } S'étant élevé chez les anciens une
Trad. de M. P. A. Tissot. } infinité de doutes au sujet des dommages et intérêts, nous croyons devoir éclaircir cette matière, du moins autant qu'il nous est possible. C'est pourquoi nous ordonnons que dans tous les cas où la quantité ou la nature de la chose est déterminée, comme dans les ventes, louages et tous les autres contrats, les dommages et intérêts ne puissent excéder le double de la valeur de la chose qui fait l'objet du contrat. Mais nous ordonnons que dans les autres cas qui présentent plus d'incertitude, les juges pardevant lesquels de telles causes seront portées, s'informent exactement de la quantité du dommage, et condamnent à le réparer celui qui l'a causé. Nous ne voulons point que par des manœuvres injustes et des évaluations excessives, on embrouille la cause ; il pourrait même arriver par une telle conduite que par une évaluation immodique la cause tombât d'elle-même par l'impossibilité qu'on rencontrerait dans l'exécution de la sentence. On ne doit pas ignorer que la raison veut qu'on n'impose que des peines modérées et proportionnées aux délits, ou portées par les lois. Nous voulons que la présente constitution soit non-seulement applicable aux dommages, mais encore aux gains : car les anciens eux-mêmes ont décidé que des dommages et intérêts pouvaient être demandés contre celui qui est cause qu'on n'a pas plus fait de gains. Que la publication de cette constitution mette pour tout le monde fin à toutes les difficultés nées sur cette matière des anciennes lois.

[ARTICLE 1074.]

Fait à Constantinople, pendant les cal. de septembre, sous le consul. de Lampadius et d'Oreste. 530. (EMP. JUSTIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1071, *Domat*, sur arts. précédents

* 6 *Toullier* } 244. S'il n'y a ni dol ni mauvaise foi, il n'est
n° 284 et s. } tenu que des dommages et -intérêts, qui ont été
prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (1150, 1635). Il
n'est pas tenu de ceux que l'on n'a pu prévoir, quand même
ces dommages imprévus seraient la suite immédiate et di-
recte de l'inexécution du contrat.

On peut en donner pour exemple l'éviction d'un héritage que vous m'avez vendu. Vous êtes tenu de me rembourser toutes les réparations et améliorations non-seulement nécessaires, mais encore toutes celles qui sont utiles (1634), parce que vous avez dû ou pu prévoir, lors du contrat, que je réparerais et améliorerais cet héritage. C'est même assez ordinairement le soin que prend un bon père de famille, en faisant une acquisition : il met les choses en bon état et les améliore.

Mais si j'ai fait des dépenses voluptuaires ou de pur agrément, vous n'avez pas dû prévoir ces dépenses inutiles et superflues, et quoique la perte de ces dépenses soit pour moi une suite immédiate et directe de l'éviction ou de la résolution du contrat, vous n'en serez pas tenu.

Au contraire, si la cause de l'éviction vous était connue, si vous m'avez vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, vous serez obligé de me rembourser toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que j'aurai faites (1635), à quelques sommes qu'elles puissent monter ; car si vous avez pu ignorer, aussi bien qu'un vendeur de bonne foi, que je ferais des dépenses superflues sur le fonds vendu, vous saviez qu'il ne vous appartenait pas, et, en faisant une vente qui exposait l'acquéreur à une éviction, vous avez dû avoir la volonté de

[ARTICLE 1074.]

réparer toutes les pertes que lui causerait cette éviction prévue. En un mot, l'éviction, à l'égard du vendeur de bonne foi, est un événement qu'il n'avait pas prévu et qu'il ne devait pas prévoir ; le vendeur de mauvaise foi a pu et dû le prévoir, ainsi que toutes ses suites. Domat, liv. 3, tit. 5, sect. 2, n° 8.

285. L'art. 1663 paraît contenir une exception au principe que le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'il a prévus ou dû prévoir, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'a pas été exécutée. Cet article porte que " si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction *indépendamment même du fait de l'acquéreur*, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de vente. " Si donc vous m'avez vendu de bonne foi un héritage qui depuis la vente a quadruplé de valeur par l'établissement d'une ville nouvelle, par l'ouverture d'un canal, ou par tout autre événement extraordinaire, vous êtes, en cas d'éviction, tenu de me rembourser, malgré votre bonne foi, ce que l'héritage évincé vaut au-dessus du prix de la vente, quoique vous n'avez prévu ni pu prévoir l'événement qui en a quadruplé la valeur.

Pothier, *Traité des obligations*, n° 164, et du *Contrat de vente*, n° 132, distinguait en ce cas le vendeur de bonne foi du vendeur de mauvaise foi. Il pensait que le premier, ne devant jamais que les dommages et intérêts qu'on a pu prévoir, n'est assujéti, dans le cas proposé, qu'à payer la somme la plus forte à laquelle les parties, lors du contrat, ont pu s'attendre que les dommages et intérêts pourraient monter ; principe qui retombe dans l'arbitraire le plus absolu, ou plutôt qui, pressé en rigueur, conduit à soutenir que le vendeur de bonne foi ne doit, en cas d'éviction, d'autre indemnité que celle du prix qu'il a reçu et des loyaux coûts et intérêts, car il n'a pu s'attendre à des dommages et intérêts, qui sont la suite d'une éviction imprévue, et qui s'il avait pu la prévoir, l'aurait empêché de vendre. C'est par ce motif que l'art. 1633 n'a point admis de distinction entre le vendeur de bonne ou de mau-

[ARTICLE 1074.]

vaïse foi, relativement aux augmentations de prix survenues à l'époque de l'éviction, *indépendamment du fait de l'acquéreur*. Cette augmentation est due par le vendeur même de bonne foi.

Mais il en est autrement, suivant les articles 1634 et 1635, des améliorations provenues du fait de l'acquéreur. Le vendeur de bonne foi ne doit que celles qui sont nécessaires ou utiles, et non celles qui ne sont que voluptuaires et de pur agrément, car, outre qu'il n'a pu les prévoir, il y a en ce cas un fait imputable à l'acquéreur, qui pourrait, en s'abandonnant à des goûts de luxe que la loi ne doit pas favoriser, ruiner complètement un vendeur honnête et de bonne foi.

286. Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, 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'inexécution de la convention (1151), c'est-à-dire les dommages causés uniquement par le fait ou par l'inexécution de la convention, et non pas ceux qui ne sont que des suites éloignées du fait ou de l'inexécution, et auxquels d'autres causes ont concouru.

Ceci va devenir sensible par des exemples. Titius me loue des voitures pour vendanger le 1^{er} octobre, dans une vigne éloignée de mon domicile, et où je me suis transporté exprès pour préparer les travaux, louer des vendangeurs, etc., mais Titius manque d'amener ses voitures, et je suis obligé d'en louer d'autres plus cher, ou bien, faute d'en trouver, je suis forcé de renvoyer mes vendangeurs et de retarder ma vendange. Quelques jours après, une grêle survient et détruit toute ma récolte, que j'avais vendue pour payer des créanciers ; faute de les payer, mes biens sont saisis, je suis réduit à faire une faillite ruineuse. Titius doit-il m'indemniser, au premier cas, de ce que j'ai payé de plus, pour louer d'autres voitures ? Au second cas, du salaire des vendangeurs que j'ai renvoyés ; de mes frais de voyage ? Me devra-t-il le prix de ma récolte, en tout ou en partie ? Devra-t-il m'indemniser

[ARTICLE 1074.]

de la perte que j'éprouve par la vente de mon bien, et par la faillite qui en a été la suite ?

Il est d'abord évident que cette dernière perte, si elle peut être considérée comme une suite de la faute de Titius, en est une suite trop éloignée pour qu'il en doive répondre. La cause directe, la cause immédiate de cette perte, est dans le mauvais état de mes affaires, que Titius n'a pu ni dû prévoir. Sa condition ne doit pas être pire pour avoir manqué de parole à telle personne plutôt qu'à telle autre, à une personne dont les affaires étaient délabrées, plutôt qu'à une personne dont les affaires étaient en bon état. Cette perte n'est point la suite immédiate et directe de la faute de Titius ; elle a été produite par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, et qu'il ne pouvait prévoir. Il ne peut donc en répondre, quand même il y aurait de sa part dol ou mauvaise foi.

Mais la perte de ma récolte, la devra-t-il entière ? en devra-t-il une partie ? n'en devra-t-il rien ?

Il faut distinguer : il n'en devra rien, s'il justifie qu'il a été empêché d'exécuter son obligation par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit (1148) ; en un mot, par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (1147). Par exemple, si ses chevaux et ses voitures avaient été pris à la réquisition du magistrat pour les besoins du gouvernement ; si ses chevaux avaient péri par accident ou étaient restés malades. Ces événements sont des causes étrangères qui ne peuvent lui être imputées (1147).

Si Titius n'a point de pareille excuse, il faut encore distinguer s'il y a de sa part dol ou mauvaise foi, ou simplement une faute plus ou moins excusable.

S'il y a mauvaise foi, par exemple, si Titius n'a manqué d'exécuter son obligation que pour profiter d'un loyer plus considérable qui lui a été offert, il doit tout le prix de la récolte, si la perte a été la *suite* immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation. Or, c'est ce qui dépend des circonstances. Par exemple, si j'ai pu me procurer d'autres voitures, et que je ne l'ai pas fait, la perte de ma récolte n'est plus seu-

[ARTICLE 1074.]

lement la suite de la mauvaise foi de Titius, et de la faute qu'il a commise, c'est également la suite de ma négligence : je ne puis donc faire tomber la perte entièrement sur lui. D'un autre côté, ma négligence peut être excusable ; j'ai pu me reposer sur la parole de Titius, et espérer qu'il m'amènerait ses voitures le lendemain ou le surlendemain. C'est donc au magistrat de peser ces motifs, et de juger, suivant les circonstances, quelle portion Titius doit supporter dans la perte de ma récolte, ou s'il n'en doit supporter aucune portion.

Mais si je n'ai pu me procurer d'autres voitures, ou, ce qui est la même chose, si je n'ai pu m'en procurer avant l'orage qui a détruit ma récolte, il semble que, d'après la disposition de l'art. 1151, Titius doit m'indemniser de la perte entière de ma récolte ; car on ne peut raisonnablement nier que cette perte ne soit *une suite immédiate et directe* de l'inexécution de la convention. Toutes mes mesures étaient prises le jour fixé, mes vendangeurs gagés, des voitures louées, etc. Si elles n'avaient pas manqué, il est prouvé que ma vendange eût été faite, emmenée, et qu'elle n'eût pas été détruite par l'orage survenu quelques jours après.

Dira-t-on que la *cause* immédiate et directe de la perte de ma récolte a été l'orage, et non pas la faute de Titius ? Nous répondrons que, pour rendre le débiteur de mauvaise foi responsable du dommage, l'art. 1151 n'exige pas que l'inexécution de la convention en ait été la *cause* immédiate et directe, mais seulement que le dommage ait été la *suite* immédiate et directe de l'inexécution, ce qui est bien différent.

Ajouterait-on que l'orage qui a détruit ma récolte est un événement extraordinaire et imprévu, qui ne peut être imputé à Titius ? *ea quæ raro accidunt, non temerè in agendis negotiis computantur*, Leg. 64, ff. de R. J. Nous répondrons que l'art. 1150 ne soustrait aux dommages qui n'ont pas été ou qui n'ont pu être prévus lors du contrat, que le débiteur à qui l'on ne peut reprocher ni dol ni mauvaise foi dans l'exécution de son obligation.

Nous répondrons encore que le débiteur est responsable

[ARTICLE 1074.]

du cas fortuit, lorsqu'il a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée, ou lorsqu'il est en retard d'exécuter son obligation. Or, il n'y a point de faute plus griève que de manquer à sa parole de dessein prémédité, et pour se procurer un bénéfice plus considérable. Il est donc certain que Titius était en faute ; que sa faute a été suivie immédiatement et directement de l'orage qui a détruit ma récolte, et que, sans cette faute, je n'aurais éprouvé aucune perte : ainsi Titius m'en doit l'indemnité entière.

Mais il faut que cette perte soit la suite *immédiate et directe* de l'inexécution de l'obligation (1151), et qu'elle n'ait été précédée d'aucune faute, d'aucune négligence de ma part, par exemple, lorsqu'il m'a été impossible de me procurer d'autres voitures avant l'orage : car si j'ai pu m'en procurer ailleurs, et que je ne l'ai pas fait, ma négligence ayant précédé l'événement, on ne peut plus dire qu'il ait été la *suite immédiate et directe* de la faute de Titius, puisqu'il est également la suite de ma négligence. Titius ne doit donc pas, malgré sa mauvaise foi, être condamné à m'indemniser de la totalité de ma récolte.

Mais il n'en doit pas moins m'indemniser du salaire des ouvriers que j'ai été obligé de renvoyer, et des frais que j'ai pu faire inutilement pour préparer ma vendange, car ma négligence n'a concouru en rien à cette perte, uniquement causée par la faute de Titius.

Supposons maintenant qu'il n'y ait pas de mauvaise foi de la part de Titius, et qu'il ait manqué d'exécuter son obligation, non pour retirer un loyer plus considérable de ses voitures, mais parce que Mevius, à qui elles étaient louées, a manqué de les ramener au jour fixé pour le retour. Ce retardement n'est certainement point une cause étrangère qui ne puisse être imputée à Titius, comme l'exige l'art. 1150, pour le soustraire aux dommages et intérêts. Il devait prendre ses mesures pour astreindre Mevius à plus d'exactitude, ou pour le rendre responsable de l'inexécution de l'obligation. Titius est donc en faute ; mais comme ce n'est point par son dol que

[ARTICLE 1074.]

L'obligation n'a pas été exécutée, il n'est tenu, suivant l'art. 1150, que des dommages et intérêts qui ont été prévus ; or on n'a pu prévoir que le lendemain ou le surlendemain du jour fixé, et avant que je pusse me procurer d'autres voitures, une grêle extraordinaire ravagerait le pays et détruirait ma récolte.

287. Il ne faut pas mettre au nombre des suites éloignées dont ne répond point le débiteur même de mauvaise foi les différentes pertes successives qui peuvent être causées par un seul fait, si ces pertes ont ce fait pour cause unique. Si, par exemple, un architecte ayant promis de bâtir une maison et de la rendre parfaite dans un certain temps, pour un locataire qui l'avait louée, la rend tellement défectueuse qu'une partie s'écroule par vice de construction, cet événement cause trois espèces de pertes : celle de la dépense pour rebâtir la maison, celle des loyers que le propriétaire en pouvait tirer, celle des dommages et intérêts dus au locataire ; et quoique la seconde et la troisième perte soient des suites qui paraissent éloignées du fait de l'entrepreneur, comme elles n'ont aucune autre cause, et que son traité renfermait l'obligation de rendre la maison habitable et en bon état, ces pertes peuvent lui être imputées. Domat, liv. 3, tit. 5, sect. 2, n° 11.

Il doit même répondre d'une quatrième espèce de perte, de celle des meubles qui étaient dans la maison, et qu'on n'a pu sauver ; car l'architecte n'a pu ignorer qu'on y porterait des meubles, puisqu'on n'y pouvait loger qu'avec des meubles, et par conséquent il s'est chargé du risque de ces meubles. Pothier, *Traité des obligations*, n° 113, *in fin.*

Mais si, dans l'écroulement de la maison, il s'était perdu des pierreries, des sommes d'argent, des tableaux précieux, l'architecte ne serait pas tenu de répondre de cette perte en entier, mais seulement jusqu'à concurrence du prix auquel peut ordinairement monter le mobilier d'une personne de mon état. Pothier, *ibid.*, n° 165. Il répondrait rigoureusement du tout, s'il y avait de sa part dol caractérisé par un dessein prémédité de nuire.

[ARTICLE 1074.]

288. Dans le cas dont nous venons de parler et dans beaucoup d'autres, les dommages et intérêts peuvent aller au point d'ébranler la fortune de l'architecte, ou même de le ruiner complètement, quoique souvent il n'y ait pas de mauvaise foi de sa part, mais seulement ignorance ou négligence. Cette considération a porté le savant et judicieux Domat à enseigner que l'architecte *qui peut répondre de toutes ces pertes* en serait tenu ; mais, ajoute-t-il, parce que les entrepreneurs n'ont pas toujours *le moyen de faire* de pareils dédommagements, et que *l'humanité oblige à des égards* qui peuvent modérer la *rigueur qu'une justice exacte pourrait demander*, on peut apporter des tempéraments dans l'estimation de ces sortes de dommages et intérêts, etc. Il cite pour autorité un texte tiré, dit-il, de la loi 38, *ff. de evict.*, où ce texte ne se trouve point, non plus que dans tout le reste du titre, et nous l'avons vainement cherché dans le corps du droit romain : *bonus judex variè in personis causisque constituet.*

Qu'il nous soit permis de le dire, avec tout le respect qu'inspire le mérite vraiment supérieur de ce grand jurisconsulte, une pareille doctrine nous paraît fautive et dangereuse. Elle conclut à dire que la même cause doit être jugée diversement, suivant que la fortune du débiteur en faute est plus ou moins considérable ; que le juge doit suivre les égards et les sentiments que l'humanité lui inspire, plutôt que les règles de l'exacte et sévère justice.

289. Il y a malheureusement, et par la nature même des choses, beaucoup d'arbitraire dans l'évaluation des dommages et intérêts. C'est pour diminuer cet arbitraire, autant qu'il est possible, que la loi a tracé des règles pour guider le magistrat. Elle veut qu'il considère d'abord si le fait est imputable au débiteur : sans cette imputabilité point de dommages et intérêts.

Si le fait est imputable, la loi veut que le magistrat examine s'il y a eu dol ou mauvaise foi, ou bien simplement faute, imprudence, ignorance.

S'il y a dol ou mauvaise foi, les dommages et intérêts,

[ARTICLE 1074.]

quoique imprévus, sont dus dans toute leur étendue, tant à l'égard de la perte éprouvée par le créancier que du gain dont il a été privé, pourvu néanmoins que ces dommages soient la suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. (1151.)

S'il n'y a eu que faute, imprudence, etc., le débiteur ne doit que les dommages et intérêts qu'on a prévus ou pu prévoir (1150).

Le dol et la mauvaise foi sont inexcusables. Au contraire, les fautes et l'ignorance sont excusables jusqu'à un certain point. La loi permet donc au juge, lorsqu'il n'y a que faute ou négligence, non pas de ne point adjuger des dommages et intérêts, mais de les modérer suivant les circonstances qui peuvent excuser le débiteur en faute. *Argum.* articles 1374 et 1978. Par exemple, si le contrat était gratuit (1992), si le débiteur ne retire aucun profit de l'inexécution du contrat.

Ces excuses sont dictées par la justice et la raison ; mais le peu de fortune ou d'aisance du débiteur, le nombre de ses enfants et autres considérations relatives à sa situation personnelle ou à sa famille, ne sont point des excuses pour le soustraire aux indemnités dont ses fautes le rendent responsable.

Sans doute le riche qui, sourd à la voix de l'humanité, et insensible aux cris de la misère, exige tous ses droits à la rigueur, surtout contre un pauvre père de famille, est un homme dur et haïssable ; mais c'est à l'opinion publique d'en faire justice. Le juge ne doit point écouter les flatteuses séductions de son cœur, il ne doit suivre que les règles de l'exacte et rigoureuse justice ; un arrêt motivé sur la considération que le débiteur est pauvre, et que l'humanité lui doit des égards, ne serait point à l'abri de la censure.

Le magistrat honnête n'est que trop souvent dupe de son propre cœur. En se montrant indulgent en faveur du débiteur peu fortuné à qui l'on n'a que des fautes à reprocher, il croit ne suivre que son devoir et la justice ; il en arrive que très souvent les juges fixent les dommages et intérêts à des

[ARTICLE 1075.]

sommes si modiques, qu'elles n'indemnisent pas celui à qui elles sont adjudgées de la dixième partie des pertes qu'il a souffertes, sans songer, comme l'observe judicieusement Argou, liv. 4, chap. 17, " que ces sortes d'indulgences ne sont pas seulement contraires à la justice et au bien des particuliers, mais qu'elles nuisent encore au bien public, en fomentant la mauvaise foi et les procès par l'espérance de l'impunité."

200. Si les faits et les circonstances qui peuvent excuser le débiteur, sa bonne foi, son ignorance, sont des motifs pour modérer les dommages et intérêts, on doit également avoir égard aux fautes personnelles du créancier, aux faits qui peuvent lui être imputés. Si, par exemple, il connaissait d'avance les faits qui ont empêché l'exécution de l'obligation, ou donné lieu à la résolution du contrat, il ne pourrait prétendre de dommages et intérêts. *Arg.*, art. 1599, 1629. Il pourrait même n'être pas recevable à demander la restitution du prix qu'il aurait payé.

* *C. N.* 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.

<p>1075. Dans le cas même ou l'inexécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de cette inexécution.</p>	<p>1075. In the case even in which the inexecution of the obligation results from the fraud of the debtor, the damages comprise only that which is an immediate and direct consequence of its inexecution.</p>
---	--

[ARTICLE 1075.]

* *ff. De act. emp. et vend.*, } Julianus libro quintodecimo, in-
Lib. 19, Tit. 1, L. 13. } ter eum qui sciens quid, aut igno-
 rans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto :
 ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendi-
 dit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione
 præstaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse
 scissem. Si verò sciens reticuit, et emptorem decipit, omnia
 detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum
 ei. Sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem :
 sive pecora contagione morborum perierunt, quod
 interfuit idoneè venisse, erit præstandum. (ULPIANUS).

Ibidem. } Julien au livre quinze fait une diffé-
Trad. de M. Hulot. } rence par rapport à la condamnation qui
 doit intervenir contre le vendeur, entre celui qui a vendu une
 chose dont il connaissait les défauts, et celui qui l'a vendue
 sans les connaître : car il dit à l'égard de celui qui a vendu
 un troupeau malsain ou une solive défectueuse, si le vendeur
 n'a pas eu connaissance de ces défauts, il n'est soumis à l'ac-
 tion de la vente envers l'acheteur qu'à l'effet de l'indemniser
 de ce qu'il aurait donné de moins pour le prix de ces choses,
 s'il en eût connu les défauts. Si au contraire le vendeur con-
 naissait ces défauts, et qu'il les ait cachés à l'acheteur, il l'a
 trompé : ce qui fait qu'il est obligé à l'indemniser de toutes
 les pertes qu'il a faites à l'occasion de cette vente. Ainsi, en
 ce second cas, si l'acheteur a employé cette poutre vicieuse
 dans un bâtiment qui a croulé, on estimera le bâtiment. Si les
 bêtes appartenantes à l'acheteur ont gagné quelque maladie
 par contagion et par leur mélange avec les bêtes malsaines
 qui ont été vendues, l'acheteur doit être indemnisé de l'inté-
 rêt qu'il avait de conserver ses animaux en bon état, pour
 pouvoir les vendre plus cher. (ULPIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1071 et 1073.

[ARTICLE 1076.]

* C. N. 1151. } Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, 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'inexécution de la convention.

<p>1076. [Lorsque la convention porte qu'une certaine somme sera payée comme dommages-intérêts pour l'inexécution de l'obligation, cette somme seule, et nulle autre plus forte ou moindre, est accordée au créancier pour ses dommages-intérêts.</p> <p>Mais si l'obligation a été exécutée en partie, au profit du créancier, et que le temps pour l'entière exécution soit de peu d'importance, la somme stipulée peut être réduite, à moins que le contraire ne soit stipulé.]</p>	<p>1076. [When it is stipulated that a certain sum shall be paid for damages for the inexecution of an obligation, such sum and no other, either greater or less, is allowed to the creditor for such damages.</p> <p>But if the obligation have been performed in part, to the benefit of the creditor and the time for its complete performance be not material, the stipulated sum may be reduced; unless there be a special agreement to the contrary.]</p>
--	---

Voy. *Rapp. de MM. les Commissaires* sur cet art., p. 625.

10 *Duranton*, } 480. Il n'est pas de matière plus abstraite
 n° 480 et s. } que celle relative aux dommages-intérêts ;
 aussi la loi n'a-t-elle pu tracer que des principes généraux, en
 s'en remettant à la sagesse des tribunaux pour leur applica-
 tion, selon les circonstances et les faits de la cause.

[ARTICLE 1076.]

481. Et quoiqu'elle établisse que les dommages-intérêts sont, en général, de la perte que le créancier a éprouvée et du gain dont il a été privé, néanmoins le juge doit être plus réservé à en accorder de considérables pour le gain manqué, que pour la perte réellement éprouvée : le *lucrum cessans* est généralement moins susceptible d'exciter sa sollicitude, que le *damnum immergens*, et c'est en cette matière que trop de rigueur dégénérerait souvent en injustice : *summum jus, summa injuria*. Tel est le sentiment commun des auteurs.

Dans le doute, on réduit même les dommages-intérêts à une petite somme : *et ad exiguam summam deducitur*. L. 11, ff. *de prætor. stipul.*

482. Il faut, au reste, remarquer que la question de perte éprouvée et de privation de gain étant une question de fait, le jugement ou l'arrêt qui la décide, et qui fixe en conséquence les dommages-intérêts, est, sous ce rapport, hors du domaine de la Cour de cassation. La décision du magistrat peut bien, à cet égard, contenir un *mal jugé*, mais c'est seulement en appel que ce mal jugé peut être réformé, et encore si le jugement est susceptible d'appel. Il n'y aurait d'exception à cette règle que dans les cas où la loi elle-même ayant fixé les dommages-intérêts, ainsi qu'elle l'a fait à l'égard des obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les tribunaux s'écarteraient de sa décision ; car alors ce serait une violation de la loi. Ce serait aussi une violation de la loi si les parties ayant réglé elles-mêmes le montant des dommages-intérêts, le juge en accordait de plus forts ou de moindres ; car il contreviendrait à la décision de l'art. 1152, ainsi conçu : " Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre."

483. Comme le créancier, pour obtenir ses dommages-intérêts, est obligé de justifier de la perte qu'il a éprouvée et du gain dont il a été privé, par suite de l'inexécution de l'obliga-

[ARTICLE 1076.]

tion, ce qui souvent est fort difficile (1), et que, dans les obligations de faire, il ne peut contraître précisément le débiteur à faire la chose promise, ni, dans beaucoup de cas, l'empêcher de faire ce qui lui est interdit, il arrive fréquemment, pour prévenir ces inconvénients, que les parties conviennent d'une certaine somme pour tenir lieu des dommages-intérêts, traitant à cet égard comme à forfait (2). C'est une loi qu'elles se font, qu'elles doivent par conséquent observer (art. 1134), et à laquelle le juge, par la même raison, ne peut rien changer, quand bien même le créancier établirait clairement qu'il a éprouvé une perte plus considérable que la somme convenue, ou que le débiteur offrirait de prouver que le préjudice est beaucoup moindre (3) ; sauf ce qui va être dit, pour le cas où cette convention interviendrait dans une obligation de somme ou de choses qui se consomment par l'usage, et qu'elle fixerait pour dommages-intérêts, en cas d'inexécution, une somme qui excéderait sensiblement le taux de l'intérêt qu'il est permis de stipuler.

484. La convention dont il s'agit n'est rien autre chose, en général, qu'une clause pénale ; car, comme celle-ci (art. 1229), elle est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation (1152) : d'où il suit, 1° que si l'engagement avait été exécuté en partie, le juge pourrait réduire la somme convenue (art. 1231) ; que si l'obli-

(1) *Plerùmque difficilis probatio est, quanti cujusque interest.* L. 11, ff. de præstoriis stipul.

(2) *In hujusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habet, commodiùs est certam summam comprehendere.* Dict. lege 11, et § 7, Instit., de verb. oblig.

(3) Anciennement, le créancier ne pouvait, il est vrai, demander une somme plus forte que celle qui avait été convenue, quoiqu'il offrît de prouver que le préjudice par lui souffert était beaucoup plus considérable ; mais le débiteur pouvait faire réduire la somme stipulée, s'il prouvait que le préjudice était moindre. Le Code s'est attaché à la loi que les parties se sont faites elles-mêmes. *Vide Pothier, des obligations, n° 345 et suivants.*

[ARTICLE 1076.]

gation principale était nulle, la clause relative à la somme serait pareillement nulle (art. 1227), puisqu'il ne peut d'ailleurs être dû de dommages-intérêts pour avoir manqué d'exécuter une obligation nulle, quand le débiteur n'a commis aucune fraude ; 2^o que le créancier, au lieu de demander la somme stipulée contre le débiteur en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale (art. 1229), mais, 3^o qu'il ne peut demander tout à la fois le principal et la somme, à moins qu'elle n'eût été stipulée pour le simple retard. (*Ibid.*)

485. Toutefois ce que nous disons, que le créancier peut demander l'exécution de l'obligation principale, au lieu de la somme, n'est vrai qu'autant que les parties, en convenant de cette somme à titre de dommages-intérêts, ont eu seulement en vue de fixer par là le montant de ces dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation principale, mais sans vouloir porter d'ailleurs atteinte aux droits qui résultaient, pour le créancier, de cette même obligation ; en un mot, qu'autant qu'elles ont stipulé la somme dans l'esprit d'une véritable clause pénale, qui, de sa nature, loin de porter atteinte à l'obligation principale, loin d'en faire novation, n'est ajoutée, au contraire, que pour en assurer plus pleinement l'exécution, par la crainte qu'elle inspire au débiteur de subir la peine convenue.

Mais si, au contraire, les parties ont entendu, par la clause, non seulement traiter, comme à forfait, du montant des dommages-intérêts, mais encore convertir l'obligation elle-même en cette somme, au cas où le débiteur ne l'exécuterait pas, laissant cette exécution à son libre arbitre, au moyen de la somme promise, alors la convention relative à somme n'est plus, à proprement parler, une clause pénale, et le créancier ne peut pas, en négligeant de demander cette somme, demander l'exécution de l'obligation principale, quand bien même elle serait de nature à être exécutée par un autre que par le débiteur, qui se refuserait à la remplir, ou qu'il s'agirait de livrer une chose que le créancier pourrait facilement se faire livrer par voie de saisie ou autrement. La clause alors em-

[ARTICLE 1076.]

porte éventuellement novation, c'est-à-dire au cas où le débiteur ne ferait pas la chose promise.

Le jurisconsulte Paul, dans la loi 44, § 6, ff. *de verb. oblig.*, établit ce principe d'une manière fort claire : il suppose que j'ai stipulé de vous que vous me construirez un navire, et que dans le cas où vous ne le construiriez pas, vous me paierez cent : *sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris centum*. Il se demande s'il y a là deux stipulations : une pure et simple, l'autre conditionnelle, (la dernière pour le cas où la première ne recevrait pas son exécution) ; ou bien plutôt si la première ne s'est pas confondue dans la seconde, par une sorte de novation, de manière que le créancier ne pourrait exiger que l'exécution de celle-ci, c'est-à-dire les cent : *videndum utrū duarū stipulationes sint, pura, et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem ; an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat ?* Et il décide dans ce dernier sens : *quod magis verum est*.

Donnellus, sur la loi *itā stipulatus*, 115, ff. *de verb. oblig.*, n° 31, dit, en analysant le § 7, aux *Institut. de verb. oblig.*, que, lorsqu'à une stipulation de faire l'on a ajouté une peine pour le cas où le débiteur ne ferait pas la chose, l'on doit facilement présumer que les parties ont entendu faire une novation conditionnelle de l'obligation principale, pour le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas, et en conséquence que le créancier doit se contenter de la peine. La décision de cet auteur est sans doute trop générale, il s'est laissé dominer sur ce point, comme l'observe Vinnius (1), par quelques textes du droit antérieur à Justinien, qui, par la loi dernière au Code, *de novationibus*, a établi au contraire que la novation ne se présumerait pas ; qu'elle ne résulterait que d'une déclaration des parties (2). D'ailleurs, il est plus vrai de dire que, même dans

(1) Sur le § 7, *Instit. de verb. oblig.*

(2) Suivant le Code civil, il n'est pas de rigueur que les parties déclarent expressément vouloir faire novation, mais il faut du moins que leur intention de l'opérer résulte clairement de l'acte (art. 1273) ; et c'est même généralement ainsi que l'on appliquait la décision de Justinien dans notre ancienne jurisprudence.

[ARTICLE 1076.]

le droit antérieur à Justinien, les clauses pénales, en général, n'emportaient point novation de l'obligation principale.

Mais, dans l'espèce de la loi 44 ci-dessus citée, il nous paraît que la décision de Donnellus est tout-à-fait conforme à celle du jurisconsulte romain, et qu'elle devrait être suivie dans notre droit, toutes les fois du moins qu'il ne résulterait pas des termes de l'acte et des circonstances particulières de la cause, que les parties, par la convention d'une somme à titre de dommages-intérêts, en cas d'inexécution, ont simplement entendu ajouter une clause pénale à une obligation principale, pour en assurer plus pleinement l'accomplissement. Et dans les obligations de faire ou de ne pas faire, on inclinera plutôt, dans le doute, pour la conversion de l'obligation principale en la somme, au cas où le débiteur n'exécuterait pas, parce qu'on pourrait facilement penser que, sachant qu'il ne pouvait être précisément contraint à faire, il a voulu par là régler ce qu'il devrait d'indemnité, au cas où il ne lui conviendrait pas d'exécuter l'obligation *in specie*. Et dans les obligations de donner, ce serait le contraire : on pencherait de préférence pour voir dans la convention de la somme une simple clause pénale, qui n'empêcherait pas le créancier de demander l'exécution de l'obligation principale, au lieu de la somme convenue ; car, dans ces obligations, l'exécution *in specie* peut généralement être obtenue sans gêner le débiteur dans sa liberté. Ce serait au surplus un point à apprécier par le juge, qui se déterminerait par les termes de l'acte, et même aussi par les circonstances de la cause.

486. Du reste, cette convention ne rend point par elle-même l'obligation alternative, comme elle le serait s'il était dit : *Promettez-vous de me donner tel cheval, ou telle somme ?* D'où il suit que si, dans les cas dont nous venons de parler, la chose promise venait à périr par un événement de force majeure, avant que le débiteur fût en demeure, celui-ci ne devrait pas la somme convenue à titre de dommages-intérêts ; car elle n'a point été purement et simplement comprise dans l'obligation ; elle ne l'a été qu'éventuellement, et seulement

[ARTICLE 1076.]

pour tenir lieu des dommages-intérêts en cas d'inexécution ; or les dommages-intérêts ne sont dus que par le débiteur qui n'a point rempli son engagement par sa faute (art. 1148), ce qui n'a pas lieu dans notre espèce. Tandis que si l'obligation était alternative, comme elle comprendrait les deux choses, la perte de l'une d'elles, même par cas fortuit, ne dispenserait pas le débiteur de livrer l'autre. (Art. 1393.)

3 Larombière, sur } 1 Comme compensation des dom-
 art. 1231 C. N. } mages et intérêts, la clause pénale fixe
 et précise, à l'avance et par forfait, le montant de l'indemnité
 due au créancier, *ne quantitas sit in incerto* (Instit. *De verb.*
oblig., § 7). Cette fixation devient, comme contrat, la loi pri-
 vée des parties. Aussi, lorsque la convention porte que celui
 qui manquera d'exécuter son engagement payera une cer-
 taine somme, à titre de dommages et intérêts, il ne peut être
 alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre (1452).

Dans le droit romain, cependant, le créancier pouvait de-
 mander un supplément d'indemnité, lorsque la peine stipulée
 était inférieure au préjudice (L. 28, *ff. De empt.*). Et notre an-
 cienne jurisprudence avait adopté ce principe, en conseillant,
 toutefois, au juge, de ne l'appliquer qu'avec une extrême ré-
 serve (POTHIER, *Oblig.*, n° 342).

Aujourd'hui, le créancier ne peut exiger plus que la peine,
 alors même qu'il aurait en main la preuve que l'inexécution
 de l'obligation principale lui a causé un dommage supérieur
 à l'indemnité convenue. Que deviendrait, en effet, la clause
 pénale, si, sous un semblable prétexte, le créancier pouvait
 incessamment remettre en question le chiffre de ses dom-
 mages et intérêts, et susciter une contestation que toutes par-
 ties entendaient prévenir ? Ce serait aller directement contre
 l'esprit de la loi et de la convention.

Mais le débiteur prétendait-il que la peine excédait le dom-
 mage réel, le droit romain défendait de la réduire (Instit., *De*
inut. stip., § 19.—L. 38, § 17, *ff. De verb. oblig.*). Notre ancienne

[ARTICLE 1076.]

jurisprudence, mue par un sentiment d'équité, en autorisait, au contraire, la réduction à la somme de dommage réellement souffert (DUMOULIN, *De eo quod int.*, nos 159 et suiv. — POTHIER, *Oblig.*, n° 345). C'était une juste réciprocité du droit accordé aux juges d'élever la peine, dans le cas où le préjudice causé lui était supérieur.

Le Code Napoléon, restituant à la convention sa force de loi privée, ne laisse plus de place à cet arbitraire masqué d'équité, qui est l'anarchie des contrats. Le juge doit allouer la peine ni plus ni moins. "La peine stipulée par les contractants, disait Bigot de Préamneux au Corps législatif, fait loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel serait le juge qui, mieux que les parties, pourrait faire connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine ? On doit appliquer ici les raisonnements faits sur la fixation d'une somme stipulée pour dommages et intérêts."

2. Il en résulte que le créancier peut en exiger le paiement, sans qu'il soit tenu de justifier d'aucune perte, et alors même qu'il serait établi qu'il n'en a éprouvé d'aucune espèce.

3. Du reste, la stipulation d'une clause pénale ne prive point le créancier qui aime mieux poursuivre l'exécution de l'obligation principale, du droit que l'article 1144 lui accorde, de se faire autoriser à la faire exécuter lui-même aux dépens du débiteur. Peu importe, alors, que les frais de cette exécution autorisée soient supérieurs ou inférieurs à la peine. Le débiteur en est tenu, sans plus et sans moins.

4. Il est cependant plusieurs cas où, sans préjudice et en outre de la clause pénale, les tribunaux peuvent allouer des dommages et intérêts. Mais ces divers cas ne sauraient, en réalité, constituer une exception au principe rigoureux posé dans l'article 1152. C'est qu'alors les dommages et intérêts auxquels le créancier a droit, sont fondés sur d'autres causes que celle dont l'événement réalise la stipulation pénale. Une cause nouvelle fonde ainsi un nouvel engagement.

[ARTICLE 1076.]

Par exemple, j'ai stipulé une peine pour simple retard dans l'exécution de l'obligation principale. Après et outre cette première peine encourue, je pourrai poursuivre le débiteur en d'autres dommages et intérêts, s'il n'exécute pas du tout ou exécute mal l'obligation primitive. Le retard dans l'exécution est la condition de la peine, et l'inexécution au fond est la cause d'une nouvelle indemnité, à laquelle le créancier n'est point censé avoir renoncé pour avoir d'ailleurs stipulé une clause pénale.

Tel est le cas où, en vendant ma propriété, je stipule la somme de tant, par forme de clause pénale, pour le cas où le contrat sera résolu à défaut de paiement du prix. L'acquéreur, évincé par suite de la révocation, a dégradé et détérioré la chose. La peine m'est due d'abord pour le seul fait de résolution, et de nouveaux dommages et intérêts doivent, en outre, m'être alloués pour les dégradations commises, parce qu'elles constituent une autre cause d'engagement étrangère à la stipulation pénale.

Tel est enfin le cas où, ayant acheté une propriété sous clause pénale en cas d'éviction, je l'ai améliorée et ai été plus tard évincé. La peine m'est allouée, en premier lieu, pour le seul fait d'éviction, et pour m'indemniser de ce que la chose peut valoir au-dessus du prix de vente, par des circonstances indépendantes de mon propre fait (1633). Mais le vendeur sera tenu, en outre, de me rembourser ou faire rembourser toutes les réparations et améliorations utiles, nécessaires, et même voluptaires, suivant les circonstances (1634, 1635).

5. Si le débiteur avait contrevenu à son engagement par dol, fraude et malice, et qu'il eût par là causé au créancier un dommage supérieur à la peine, ce dernier pourrait exiger de plus amples dommages et intérêts, sauf à retenir la peine par voie d'imputation. La clause pénale n'a compris, en effet, dans ses prévisions, qu'un cas d'inexécution simple, et non les cas de malice, de mauvaise foi, de dol personnel, de fait exprès. Il y a là une cause nouvelle d'indemnité (POTHIER, *Vente*, n° 151).

6. Si la clause pénale n'avait été expressément stipulée que

[ARTICLE 1076.]

sans préjudice de plus amples dommages et intérêts, cette convention devrait être exécutée entre les parties. Il s'ensuivrait que le créancier pourrait obtenir une indemnité plus considérable, en justifiant de l'étendue du préjudice souffert, sans que, en aucun cas, la peine dût être réduite.

7. Elle peut cependant être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie (1231). L'exécution de la clause pénale doit, en effet, autant du moins que l'intention des parties et les circonstances de fait l'autorisent, se mesurer sur le degré d'inexécution de l'obligation principale ; *pœna non committitur nisi pro parte contraventionis effecis* (DUMOULIN, *Div. et indiv.*, p. 3, n° 112).

Mais c'est une simple faculté pour le juge. Il peut en user ou ne pas en user, suivant les circonstances. Il lui est ainsi loisible d'allouer la totalité de la peine, alors même que l'obligation primitive a été exécutée en partie.

Les parties peuvent, au surplus, faire entre elles telle convention qu'il leur plaît à cet égard, et stipuler que la peine entière sera due, même pour la moindre infraction à l'engagement principal.

8 Le principe que la peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, reçoit également son application dans le cas où il s'agit d'une obligation indivisible.

Ainsi, vous vous êtes obligé, sous peine de trois cents francs, à me laisser passer sur votre héritage pour transporter ma récolte. J'en ai à peine transporté la moitié, que vous m'interdisez tout passage. Je pourrai vous demander la moitié seulement de la peine, parce que vous avez exécuté votre obligation pour moitié. Ce n'est pas que la servitude promise ne soit indivisible, mais son exercice est d'une utilité appréciable en argent, et conséquemment divisible quant à l'évaluation de ses avantages (POTHIER, *Oblig.*, n° 352).

Autre exemple cité par Pothier, (*Oblig.*, n° 353) : vous portant fort pour quatre copropriétaires, vous me promettez, sous la peine de tant, une servitude sur leur héritage. Trois ratifient

[ARTICLE 1076.]

votre promesse ; un seul refuse. Le refus de ce dernier suffit pour me priver de la servitude en totalité. Cependant, comme les ratifications des trois autres peuvent me profiter, en ce sens qu'ils se sont reconnus envers moi débiteurs de la servitude promise, je ne puis exiger toute la peine qu'en me désistant du droit qui en résulte en ma faveur, c'est-à-dire en faisant résoudre le contrat. Autrement, je ne pourrai exiger qu'une partie correspondante de la peine, parce que je ne puis avoir à la fois une partie du principal et la totalité de la peine.

9. Lorsque la peine consiste dans la prestation d'une chose indivisible, et que l'obligation principale a été exécutée en partie, le créancier ne peut exiger le paiement de la peine, sans tenir compte de la valeur de la portion à laquelle les juges reconnaissent qu'il n'a pas droit (POTHIER, *Oblig.*, n° 354). Car la peine peut aussi être réduite et modifiée, dans ce cas, et le créancier ne peut la cumuler avec le principal. Mais, au lieu de payer la valeur de telle ou telle portion de l'objet compris dans la clause pénale, nous croyons, et ce mode est plus simple, qu'il lui suffit de restituer ce qu'il a reçu à titre d'à compte sur le principal.

Nous devons, toutefois, remarquer que, par cela seul que le créancier aura stipulé, à titre de peine, une chose dont le paiement est indivisible, on pourra facilement présumer que l'intention des parties a été que la peine tout entière fût due, même dans le cas où l'engagement principal a reçu une exécution partielle.

10. Le droit que les juges ont de modifier la peine lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, doit enfin se combiner avec le droit qui appartient, dans certains cas, au créancier de poursuivre la résolution du contrat, même pour inexécution partielle. Si donc il use de ce droit et fait prononcer la résolution, comme cette résolution équivaut elle-même, en réalité, à une inexécution complète, dont le débiteur ne cesse point d'être responsable, la peine entière sera alors encourue, sans préjudice même de plus amples dommages et intérêts, ainsi que nous venons de l'expliquer.

[ARTICLE 1076.]

Par exemple, j'achète une propriété, et je stipule une peine de tant, dans le cas où je serais évincé. Plus tard, un tiers m'évincé d'une partie notable de la chose, et telle que je fais prononcer la résolution de la vente. Je pourrai, en conséquence, exiger la totalité de la peine, comme si j'avais été évincé pour le tout ; tandis, au contraire, que si j'avais gardé le surplus de la propriété acquise, les tribunaux, à raison de l'exécution pour partie, pourraient modifier et réduire proportionnellement la peine.

11. Le droit réservé aux juges de modifier la peine, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie, ne préjudicie pas au droit qu'a le créancier de refuser un paiement partiel, et de faire ainsi encourir la peine pour la totalité. (ПОТІЕР, *Oblig*, n° 350).

Il peut, d'ailleurs, en recevant un à-compte, stipuler que la peine sera, à défaut d'exécution du surplus, encourue pour le tout.

12. Si la stipulation d'une peine n'avait d'autre objet, au fond, que de dissimuler une convention usuraire, il serait du devoir des juges de la réduire aux proportions des usures permises et de l'intérêt légal.

Cependant, si, dans la prévision expresse d'un besoin urgent, par exemple, pour prévenir l'exercice de la contrainte par corps, arrêter une expropriation, exercer un rachat, j'avais stipulé contre mon débiteur une peine de tant, à défaut par lui de me payer au jour indiqué, je pourrais exiger toute la peine, fût-elle supérieure au taux de l'intérêt légal. C'est qu'alors la stipulation n'est point une usure déguisée ni illícite ; qu'il y a cause sérieuse et réelle de dommages et intérêts (Voy. 1153, n° 18), et que je puis, conséquemment, stipuler très valablement une peine.

Notez que, dans ce cas, je ne serai tenu de justifier d'aucun préjudice souffert, et que la peine me sera due, alors même qu'il serait établi que, nonobstant l'inexécution de l'obligation principale, je n'ai éprouvé qu'un dommage moindre ou même nul (DURANTON, t. 11, n° 342).

[ARTICLE 1076.]

* 6 Toullier, } 808. Pour achever de développer la nature
 n° 808 et s. } des obligations avec clause pénale, il faut remarquer qu'on peut se proposer deux choses en stipulant une peine : l'une de fixer la quotité des dommages et intérêts qui sont dus au créancier à raison de l'inexécution ou du retardement dans l'exécution d'une obligation :

L'autre de donner à une convention le lien civil qui lui manquait, et faute duquel elle ne pouvait produire d'action ; de contraindre l'autre partie à l'exécuter par la crainte d'en-courir la peine stipulée. C'est la sanction d'une obligation dont le créancier ne pouvait poursuivre l'exécution en justice, ou que le débiteur pouvait violer impunément.

Nous examinerons les clauses pénales sous ces deux points de vue.

Toute obligation de faire ou de ne pas faire, se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (1142) ; et quant aux obligations de donner, quoique le créancier puisse rigoureusement contraindre le débiteur à les exécuter, le retard dans leur exécution peut causer et cause le plus souvent au créancier un préjudice plus ou moins considérable, dont le débiteur est tenu de l'indemniser en lui payant les dommages et intérêts.

809. Mais leur quotité est toujours incertaine, et la question de savoir s'il en est dû est souvent douteuse. La demande des dommages et intérêts occasionne presque toujours des procès difficiles et dispendieux ; les juges n'en accordent que difficilement et presque toujours de très faibles. C'est pour prévenir ces embarras, pour fixer ces incertitudes, que les jurisconsultes conseillent prudemment de stipuler une peine (*optimum erit pœnam subjicere ne quantitatem...sit in incerto*, § 7, *inst. de V. O.* 3, 16, et *ibi* Vinnius); “ lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter “ paiera une certaine somme, à titre de dommages et intérêts, “ il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte “ ni moindre (1152).”

Il faut excepter les obligations qui se bornent au paiement

[ARTICLE 1076.]

d'une certaine somme, à l'égard desquelles la peine stipulée pour le retard dans l'exécution ne peut jamais excéder le taux des intérêts fixés par la loi (1153), comme nous l'avons dit *suprà*, n° 266, page 301.

Ainsi le juge peut et doit toujours, sur la demande de l'autre partie, modérer la peine stipulée et la réduire au taux de l'intérêt légitime. *Leg.* 13, § 26, *ff. de act. empt.*, 19, 1.

Hors ce cas, la peine stipulée ou la somme convenue ne peut être modifiée par le juge que dans le cas où l'obligation principale a été exécutée en partie (1231). Fernandez de Retez *ubi supra*, n° 604.

810. Dans le droit romain, s'il se trouvait que la peine stipulée était inférieure au préjudice que causait au créancier l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation, il pouvait demander le surplus, *id quod pluris interfuerit*. *Leg.* 28, *ff. de act. empt.*, 19, 1 ; et *ibi* Brunnemann ; Pothier, n° 342.

Mais les juges ne pouvaient diminuer la peine stipulée, sous prétexte qu'elle surpassait l'indemnité due au créancier : *Penam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod intertuit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis*, § 18, *Inst. de inut. stip.*, 3, 20, *ibi* Vennius ; Voët, *in tit. de V. O.*, n° 12, *in fn.* 45, 1.

811. L'ancienne jurisprudence française ne permettait pas aux juges d'allouer au créancier une somme plus forte que la peine stipulée, quoique le préjudice qu'il souffrait fût plus grand ; mais elle leur permettait de modérer cette peine en faveur du débiteur, si elle excédait évidemment le dommage effectif.

Ce pouvoir de modérer la peine n'était fondé sur aucune loi, mais sur des opinions d'auteurs. *Voy.* Pothier, n° 445.

La même jurisprudence s'était établie dans la Hollande et dans le Brabant, comme le rapporte Voët, *in tit. de V. O.*, n° 13, qui s'exprime de manière à faire croire qu'il ne l'approuvait pas.

812. C'était une étrange jurisprudence que celle qui, sous prétexte d'équité, permettait aux juges de déroger à la con-

[ARTICLE 1076.]

vention, comme s'il n'était pas permis aux contractans de stipuler une peine plus forte que l'obligation primitive, tandis qu'ils peuvent stipuler une somme sous la condition d'un événement casuel qui ne leur cause aucun préjudice. Dumoulin, dont la grande autorité contribua surtout à introduire en France cette jurisprudence, qui permettait aux juges de modérer la peine stipulée, lorsqu'elle paraissait excessive, fonda ce principe sur la loi unique. *Cod. de sentent. quæ pro eo quod interest proferuntur*, 7, 37, qui ne veut pas que les dommages et intérêts puissent excéder le double de la valeur de la chose qui fait l'objet de l'obligation primitive. Or, disait Dumoulin, la nature de la peine est de tenir lieu des dommages et intérêts : donc elle doit être réduite au double en cas d'excès. Sans examiner si cette conséquence est bien juste (elle ne l'est pas relativement à la peine stipulée pour l'exécution d'une obligation inutile), il suffit de dire que le texte cité n'a plus force de loi, et qu'il ne l'a même jamais eue en France, dans les Pays de coutumes. Aussi Pothier, n° 345, donne une autre raison du principe établi par Dumoulin. Lorsqu'un débiteur, dit-il, se soumet à une peine excessive en cas d'inexécution de son engagement, il y a lieu de croire qu'il ne l'a fait que dans la fausse confiance qu'il n'y manquerait pas, de sorte qu'il croyait ne s'obliger à rien, en se soumettant à la peine. Son consentement est donc censé avoir été fondé sur l'erreur.

Si l'erreur qui ne consiste que dans la fausse confiance du débiteur suffisait pour faire annuler un contrat par défaut de consentement, il y aurait bien peu de conventions qui ne fussent pas attaquées, et les transactions sociales rentreraient dans le désordre. Le raisonnement de Pothier prouverait donc beaucoup trop. Il s'ensuivrait non-seulement que la peine excessive doit être modérée, mais encore la peine qui n'excéderait pas la valeur de l'obligation primitive, et surtout la peine stipulée dans les cas où le créancier n'éprouve aucun préjudice de l'inexécution de l'obligation primitive ; et cependant Pothier convient que la peine est due en ce cas,

[ARTICLE 1076.]

parce qu'elle est stipulée pour éviter la discussion du fait de savoir si le créancier a souffert effectivement, et à combien monte ce qu'il a souffert. Rien n'est donc moins satisfaisant que les raisons données pour justifier le principe que les juges doivent être autorisés à modérer les peines conventionnelles, lorsqu'ils les trouvent excessives. Il faut des considérations bien puissantes, des considérations d'ordre public, pour permettre aux juges de s'écarter de la loi du contrat, et de modifier la volonté des parties. *Optima lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimum sibi*, Bacon, *asphor* 8, *de justit. univ.*

La commission chargée de la rédaction du projet de Code avait proposé de conserver l'ancienne jurisprudence, qui fut rejetée au conseil d'Etat et avec raison, par le motif que les contractants sont les appréciateurs les plus sûrs du dommage qui peut résulter de l'inexécution de leur engagement, et qu'ainsi quand les parties ont elles-mêmes fixé le taux des dommages et intérêts, leur prévoyance ne doit pas demeurer sans effet, leur convention doit être respectée. *Voyez le Procès-verbal des Conférences*, tome 7, page 252 et 253, séance du 11 brumaire an xii. Si la disposition qui défend au juge de modérer la peine conventionnelle peut, en des cas assez rares, entraîner quelques inconvénients particuliers, ils sont plus que compensés par le grand avantage de prévenir une foule de procès, par la stabilité qu'elle donne aux conventions et aux transactions sociales, presque toujours attaquées par l'esprit de litige et de mauvaise foi, quand on laisse aux plaideurs l'espoir d'arracher à la faiblesse ou à la pitié des juges une décision contraire à la loi du contrat.

813. Aucune loi en France ne permettait aux juges de modérer les peines conventionnelles ; c'était un droit qu'ils s'étaient arrogé, et qui avait passé en usage. Il y avait même des lois particulières à certains objets qui interdisaient ce droit, comme nous l'allons voir en examinant le cas où la clause pénale a pour objet de suppléer au lien civil ou à la

[ARTICLE 1076.]

force obligatoire, dont manquait la promesse à laquelle la peine est ajoutée.

En considérant l'effet de la loi civile sur les conventions, on peut en distinguer de trois espèces : les unes qu'elle protège entièrement, en autorisant le recours à l'autorité publique pour les faire exécuter ;

D'autres qu'elle réproouve, soit comme contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, soit à raison du défaut de capacité dans les parties contractantes, soit à raison des vices qui peuvent les faire annuler ou rescinder ;

Enfin, il y a d'autres conventions que la loi ne réproouve pas, mais pour le maintien desquelles elle n'accorde pas d'action ou de recours à l'autorité publique. Tels étaient chez les Romains les pactes nus, dont nous avons parlé n° 16 ; telles étaient et telles sont encore chez nous les conventions faites au profit d'un tiers qui n'est point partie au contrat, les conventions inutiles, dont l'objet ne peut être utile ni préjudiciable à l'autre partie, et dont, faute d'un intérêt appréciable en deniers, on ne peut demander l'exécution en justice.

Les clauses pénales ajoutées aux conventions de la première espèce ne peuvent avoir pour objet que de fixer l'incertitude sur la question de savoir s'il était dû des dommages et intérêts, et sur leur quotité. Elles sont, comme le dit l'art. 1229, la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard, ou, comme nous l'avons dit *suprà*, n° 802, qu'elle n'ait été stipulée en outre de l'exécution de l'obligation principale, *rato manente pacto*.

On ajouterait vainement une peine à l'inexécution des conventions de la seconde espèce ; la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale (1227). Nous en donnerons la raison tout à l'heure.

814. Quant aux conventions de la troisième espèce, c'est pour suppléer au lien civil ou à la force obligatoire qui leur

[ARTICLE 1076.]

manque qu'ont été surtout inventées les clauses pénales. La loi ne permet point aux citoyens de s'imposer mutuellement des chaînes inutiles, sans autre motif qu'un vain caprice. Les obligations n'ont été introduites dans la société que pour procurer à chacun les moyens d'acquérir ce qui peut lui être d'une utilité réelle et appréciable en argent ; *at hoc inventæ sunt obligationes, ut unusquisque acquirat quod suâ interest.* Leg. 38, § 17, ff. de V. O., 45, 1, § 19, Inst. de inst. stip. C'est par une conséquence de ces principes que je ne puis valablement stipuler au profit d'un tiers (1121) ; car le tiers qui n'était point partie au contrat ne peut acquérir aucun droit par une convention qu'il n'a point acceptée ; et, d'un autre côté, je n'ai pas d'intérêt réel à l'exécution d'une promesse qui ne peut ni me donner aucun profit ni me causer aucun dommage par son inexécution. Je ne serai donc point écouté si j'ai recours aux tribunaux pour la faire exécuter.

Il en sera de même si vous m'avez promis de faire ou de ne pas faire toute autre chose, d'ailleurs licite et honnête, mais à laquelle je n'ai pas un intérêt réel ; par exemple, si vous m'avez promis de quitter la ville de Rennes, et de n'y point paraître pendant six mois, je ne pourrai vous traduire devant les tribunaux pour avoir manqué à votre promesse ; car votre retour à Rennes avant le terme fixé ne m'a causé aucun dommage dans ma fortune ; et toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur (1142).

Cependant je puis avoir dans les deux cas posés, un intérêt moral très grand à l'exécution de la promesse. La charité me donne le plus vif intérêt à procurer du bien à mon prochain comme à moi-même, *beneficio affici hominem interest hominis*, dit Papinien (*leg. 7, ff. de serv. export, 18, 7*) et je puis avoir un intérêt très pressant à écarter pour quelque temps une personne de telle ou telle ville, ou à la faire demeurer dans telle ou telle autre, soit, par exemple, pour prévenir les suites fatales d'un faux point d'honneur, soit pour éteindre

[ARTICLE 1076.]

une passion naissante qui contrarierait les convenances et les vues de la famille, etc., etc.

En ces cas et en beaucoup d'autres, je ne puis atteindre le but que je me propose, de forcer celui qui m'a fait la promesse à la tenir, qu'en acquérant le droit de le traduire en justice ; or, je ne puis l'acquérir qu'en me ménageant un intérêt direct et pécuniaire à l'exécution ou à l'inexécution de cette promesse : les lois m'en indiquent le moyen, en me conseillant de stipuler une somme convenue que sera contraint de me payer, comme une peine, celui qui a fait la promesse, s'il ne l'accomplit pas. *Pœnam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit ut comprehensum est ; committetur stipulatio, etiam ei cuius nihil interest ; pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud inspicitur quod intersit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis. Leg. 38, § 17, ff. de V. O., 45, 1.*

Vous me promettez d'accompagner mon ami dans un voyage qu'il va faire à Rome, et, si vous ne l'accompagnez pas, vous promettez de me payer 10,000 fr.

Je ne puis vous contraindre à partir ; mais votre départ est une condition potestative, à défaut de laquelle je pourrai vous contraindre à me payer 10,000 fr. compris dans la promesse secondaire. Cette clause pénale est donc véritablement la sanction de la promesse primitive dont je ne puis provoquer l'exécution ; c'est une voie indirecte de vous contraindre à l'exécuter par la crainte d'encourir la peine stipulée. Cette stipulation ne donne point à la promesse primitive la force obligatoire qui lui manque ; mais elle y supplée d'une manière efficace, puisque vous ne pouvez-vous dispenser d'aller à Rome sans être contraint de me payer 10,000 fr.

Vous ne pouvez m'alléguer que je suis sans intérêt à ce que vous alliez à Rome ; que votre refus d'y aller ne me cause aucun préjudice ; car, en me promettant 10,000 fr. sous cette seule condition, si vous n'alliez pas à Rome, vous n'avez pas ajouté pour condition secondaire, si j'avais intérêt à ce voyage. L'obligation conditionnelle de me payer 10,000 fr., si

[ARTICLE 1076.]

vous n'alliez pas à Rome avec Cæius, est une obligation principale qui n'est point, comme dans le cas de l'art. 1229, la compensation des dommages et intérêts que souffre le créancier de l'inexécution de l'obligation primitive, puisque l'obligation primitive n'est pas valide. Ainsi la somme m'est due par le seul événement de la condition, à moins que vous n'ayez une excuse suffisante pour ne l'avoir pas accomplie. Par exemple si vous en avez été empêché par maladie ou autre force majeure. *Voy. supra*, n° 805.

815. Mais comme toute condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, rend nulle la convention qui en dépend (1172), la clause pénale ajoutée à une promesse impossible, contraire aux bonnes mœurs ou prohibée par la loi, est nulle, puisque c'est l'exécution de cette promesse qui est la condition de la clause pénale. Ainsi, par exemple, je promets de vous donner mon cheval mort peu de temps auparavant, je promets de divorcer, de ne point faire de testament, de vous payer l'intérêt de l'argent que vous m'avez prêté à dix ou douze pour cent, etc., et, si je manque à faire ces choses, je promets de vous donner 1,000 fr. Cette clause pénale est nulle parce qu'elle est faite sous une condition impossible ou réprouvée par les lois ou les bonnes mœurs.

816. La clause pénale est encore nulle lorsque la convention primitive, sous la condition de laquelle la peine a été stipulée, est infectée d'un vice qui en opère la nullité radicale, tel que le défaut de consentement, la violence, le dol, parce qu'une pareille convention étant nulle et réprouvée par la loi, la stipulation d'une peine promise sous la condition de l'observer est infectée du même vice.

817. Telle est la véritable raison du principe consacré par l'art. 1227 du Code, qui porte que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. Ce n'est donc point par exception à ce principe que la clause pénale est valide, lorsqu'elle est ajoutée à une promesse qui n'est pas réprouvée par les lois, mais dont l'exécution ne peut être de-

[ARTICLE 1076.]

mandée aux tribunaux, parce qu'elle n'est utile ni préjudiciable au demandeur, telle que la promesse en faveur d'un tiers, la promesse du fait d'autrui, etc. C'est parce qu'il n'est pas défendu de prendre pour condition d'une promesse ou d'une obligation un fait même entièrement indifférent, un fait qu'il n'est pas en notre pouvoir de faire arriver ou d'empêcher, et dont l'événement n'intéresse en rien les contractants. La promesse d'un tel fait est inutile et non pas nulle ; elle n'est pas réprouvée par la loi : seulement la loi n'autorise pas à poursuivre en justice l'exécution d'une telle promesse, pour ne pas fatiguer les tribunaux et la société par des réclamations inutiles ; mais elle ne défend pas de faire de l'exécution de ces promesses la condition d'une stipulation pénale ; elle le conseille au contraire : *optimum erit pœnam subjicere* (*Inst.*, § 7, de *V. O.*, et § 18, de *inut. stip*), et elle commande aux juges de faire exécuter littéralement cette stipulation, sans pouvoir la modifier qu'en un seul cas, celui où l'obligation primitive a été exécutée en partie (1234).

Pour connaître si une stipulation pénale est valide, il ne faut donc pas chercher si le stipulant peut avoir intérêt à faire exécuter la promesse primitive dont l'inexécution forme la condition par l'événement de laquelle la peine sera encourue, il faut examiner si cette promesse est dans l'un des cas prévus par l'art. 1172 ; c'est-à-dire si l'objet en est impossible, contraire aux bonnes mœurs ou prohibé par les lois. N'est-elle infectée d'aucun de ces vices : la clause pénale est valide, quoique la loi n'accorde aucune action pour faire exécuter la promesse primitive, qui pourrait être impunément violée, sans la peine qui lui sert de sanction.

818. Nous en trouvons un exemple dans l'art. 2047, qui porte qu'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. Les lois favorisent les transactions, parce qu'il importe à la paix de la société de prévenir et de terminer les procès. Cependant la promesse de ne point revenir contre une transaction, quoique cette promesse ne soit pas prohibée par la loi, et

[ARTICLE 1076.]

qu'elle soit même vue favorablement par le législateur, n'est point obligatoire. Elle manque de lien civil, puisqu'on peut impunément y contrevenir, en attaquant la transaction, si l'on a, ou si l'on prétend avoir des motifs légitimes pour la faire rescinder. Or, l'expérience prouve que l'aveugle intérêt et la mauvaise foi croient toujours en avoir et que les transactions deviennent trop souvent la source de nouveaux procès, pires que les premiers. C'est pour prévenir ces nouveaux procès que le Code permet de stipuler une peine contre celui qui manquera d'exécuter la transaction. Cette peine a le double objet de détourner d'attaquer la transaction celui qui croirait avoir à s'en plaindre, et d'indemniser l'autre partie des embarras et des frais que lui cause la nouvelle instance dans laquelle l'entraîne son adversaire.

819. Mais la peine doit-elle être payée par celui qui attaque la transaction avant que sa demande soit reçue ? Si elle doit être payée, sera-t-elle rendue, en cas que la transaction soit réformée ? Si elle n'a pas été payée avant l'introduction de l'instance, le jugement qui rejette la demande doit-il de plus condamner au paiement de la peine ?

Avant de résoudre ces questions, relativement aux transactions, nous les examinerons relativement aux compromis et aux arbitrages, pour lesquels il existe une loi spéciale.

820. L'origine des arbitres venait, à Rome, de l'usage où étaient les prêteurs de donner aux plaideurs des juges pris dans une liste de citoyens comparable à nos listes de jurés. Le prêteur choisissait sur cette liste une ou plusieurs personnes pour juger la plupart des procès qu'on portait devant lui ; ces juges, qu'on appelait *pedanei, judices pedanei* parce qu'ils n'avaient point de tribunal, devaient être agréés par les deux parties. La mission que leur donnait le prêteur leur conférait un caractère public ; leur jugement avait l'autorité de la chose jugée, comme s'il eût été rendu par un magistrat. Ces juges étaient en certains cas appelés *arbitri*.

821. Les particuliers pouvaient aussi, sans recourir au prêteur, se nommer des arbitres, c'est-à-dire des hommes au

[ARTICLE 1076.]

jugement desquels ils convenaient de soumettre les contestations qui s'élevaient ou qui étaient sur le point de s'élever entre eux ; mais ces arbitres n'ayant ni autorité ni caractère public, leur sentence n'était qu'une consultation. Pour lui donner la force que lui manquait, il fallait convenir d'une peine qu'encourait celui qui refusait de se soumettre à cette sentence, *ut metu ejus à placitis non recedatur*, dit la loi 1, *Cod. de receptis arbitratis*, 2, 56 ; et comme cette peine était réciproquement promise par chacune des parties, l'acte où elle était convenue, et où les arbitres étaient nommés, s'appelait compromis, *compromissum*.

Si le compromis était revêtu de la formalité de la stipulation, celui en faveur de qui les arbitres prononçaient avait l'action *ex stipulatu*, pour contraindre à son choix l'autre partie, soit à se conformer à la sentence arbitrale, soit à payer la peine promise. *Vid.* Boehmer, *Jus ecclesiasticum protestantium lib. 1, tit. 43, n° 12*.

822. Si le compromis n'était pas revêtu de la formalité de la stipulation, le jugement des arbitres ne pouvait produire aucune action, mais il produisait en faveur du défendeur l'exception *pacti conventi*, accordée par le prêteur aux simples pactes ou pactes nus. Justinien, dérogeant à la rigueur de l'ancien droit, accorda une action pour faire exécuter les sentences arbitrales, lorsque les deux parties les avaient expressément approuvées, en les souscrivant depuis qu'elles avaient été rendues, ou tacitement, en laissant passer dix jours sans déclarer qu'elles ne les approuvaient pas.

823. Mais si, dans les dix jours, l'une des parties manifestait son improbation ou son refus d'acquiescer, la sentence demeurerait sans effet. Il n'en résultait ni action pour le demandeur ni exception pour le défendeur ; la partie gagnante n'avait d'autre ressource que de se faire payer la peine, s'il en avait été promis une par stipulation. *Voyez* Merlin, *Questions de droit*, 3^e édit., v° Peine compromissoire.

824. Quoique, dans nos mœurs, les simples conventions aient la même force que les stipulations, il paraît qu'ancien-

[ARTICLE 1076.]

nement les sentences arbitrales y avaient moins de force que dans le dernier état de la jurisprudence romaine : quoiqu'il y eût une peine convenue dans le compromis, celui qui croyait avoir à se plaindre de la sentence arbitrale pouvait recourir ou en appeler au juge ordinaire, même sans payer préalablement la peine promise. Ce n'était que dans le cas où la sentence était confirmée par le juge ordinaire que l'on n'était pas reçu à se rendre appelant, *sinon en payant préalablement la peine proposée en arbitrage, sauf toutefois à icelle recouvrer, s'il est dit en fin de cause.* C'est ce que porte l'article 34 de l'Ordonnance de 1510. Cet article fut répété par François 1^{er}, dans l'Ordonnance du mois de novembre 1535, ch. 16, art. 30.

825. L'expérience fit bientôt connaître que le but de ces Ordonnances était manqué ; qu'elles allongeaient les procès au lieu de les abrèger, en ce qu'au lieu d'une appellation elles en avaient établi deux. Pour obvier à ces inconvéniens, une Ordonnance spéciale, donnée au mois d'août 1560, par le roi François II, autorisa et confirma les jugemens donnés sur les compromis des parties, lors même qu'elles n'y avaient point ajouté de peine. Elle voulut que ces jugemens eussent la même force et vertu que les sentences données par les juges ordinaires, et que nul n'en fût reçu appelant sans les avoir préalablement exécutées, tant en principal et dépens qu'en la peine, *sans espérances d'icelle peine recouvrer*, encore que la sentence arbitrale fût réformée en tout ou en partie. L'appel devait être relevé dans les Cours Souveraines, à moins qu'il ne s'agit de chose dont les juges présidiaux pouvaient connaître en dernier ressort. Il n'y eut donc plus que deux degrés de juridiction, les arbitres et les juges d'appel. Les sentences arbitrales ne diffèrent plus des jugemens rendus par les tribunaux qu'en un seul point : elles n'emportaient point l'exécution parée, parce que les arbitres, n'ayant point de caractère public, ne pouvaient au nom du roi commander à la force publique de tenir la main à leur exécution. Cette prérogative n'était conférée aux sentences arbitrales que de deux manières : par l'homologation

[ARTICLE 1076.]

qu'en faisaient les tribunaux, c'est-à-dire par un jugement qui en ordonnait l'exécution, ou par un acquiescement passé devant notaires, parce qu'un pareil acquiescement donnait à la sentence arbitrale le caractère d'une transaction notariée.

826. Malgré cette sage ordonnance de 1560, la jurisprudence ne fut point uniforme sur les peines stipulées dans les compromis ; les juges s'arrogeaient toujours le pouvoir de les modifier, et souvent celui de joindre au fond la demande que l'appelant fût tenu de payer la peine avant d'être écouté sur l'appel. Le parlement d'Aix n'admettait point de stipulation de peine dans les compromis, et, s'il y en avait une congnée, il en ordonnait la restitution. *Voy. Nouveau Denisart, v^o Compromis, § 2, n^o 6.*

Cependant la loi du 24 août 1790, qui s'occupa beaucoup des arbitrages, et qui les considéra, ainsi que l'avait fait l'ordonnance de 1560, comme le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations, ne songea point à fixer les incertitudes sur l'effet de la peine stipulée dans les compromis ; elle déclara valables ceux mêmes qui ne fixent aucun délai dans lequel les arbitres doivent prononcer, et même ceux dont le délai est expiré, néanmoins jusqu'à ce qu'une des parties ait fait signifier aux arbitres qu'elle ne veut plus tenir à l'arbitrage. Tit. 1, art. 13.

Le Code de procédure civile a corroboré et modifié cette disposition, en ordonnant, art. 1007, que le compromis sera valable encore qu'il ne fixe pas de délai ; mais qu'en ce cas la mission des arbitres ne durera que trois mois du jour du compromis. L'art. 1008 ajoute que, pendant le délai de l'arbitrage, les arbitres ne pourront être révoqués que du consentement unanime des parties.

827. Il résulte bien de ces deux lois que le compromis est un contrat d'une nature particulière, qui a ses règles et un nom qui lui sont propres, qui a de l'affinité avec la transaction, laquelle est aussi dans notre législation un contrat particulier. Par le compromis, on se donne des juges : par la transaction, on devient son propre juge ; par le compromis,

[ARTICLE 1076.]

on se soumet à la décision d'autrui ; par la transaction, on s'impose la loi à soi-même : dans le compromis, on promet de s'en rapporter à ce qui sera décidé par la sentence arbitrale ; la transaction est un arrêt contre lequel il n'est pas possible de revenir.

828. Dans l'un et l'autre de ces contrats, on peut, et même il est d'usage de stipuler une peine contre celui qui l'attaquerait et qui manquerait de l'exécuter ; mais ni la loi du 24 août 1790, ni le Code de procédure n'ont déterminé l'effet de la peine stipulée dans le compromis, ni décidé, comme l'ordonnance de 1560, si cette peine doit être payée avant d'être reçu à plaider sur l'appel et sans espoir de la recouvrer, en cas que la sentence arbitrale soit réformée. Le Code civil garde le même silence sur la peine stipulée dans la transaction. L'art. 2047 porte qu'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ; mais cette peine est-elle encourue par le seul fait de celui qui attaque la transaction ? doit-elle être payée avant qu'il soit reçu à l'attaquer ? doit-elle être rendue dans le cas où le demandeur en rescision obtient gain de cause ?

Ces questions sont résolues, relativement aux compromis par l'ordonnance de 1560, qui ne paraît avoir perdu sa force de loi par aucune abrogation, soit expresse, soit tacite. La loi du 30 ventôse an xii, sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de *Code civil des Français*, porte à la vérité que, du jour où ces lois seront exécutoires, les ordonnances, coutumes, etc., cesseront d'avoir force de loi, dans les matières qui sont l'objet des lois composant le Code civil ; mais ce Code ne contient aucune disposition relative aux compromis. Le Code de procédure, qui en contient plusieurs, porte, art. 1041, que toutes les lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la *procédure civile*, sont abrogés ; mais les questions relatives à l'effet des peines stipulées dans un compromis, et sur lesquelles ce Code garde le plus profond silence, ne sont pas des questions de procédure. Il nous semble donc que l'ordonnance de 1560 doit encore aujourd'hui être

[ARTICLE 1076.]

considérée comme une loi en vigueur, d'autant mieux que ces dispositions n'ont rien qui ne soit d'accord avec l'esprit et les dispositions des nouvelles lois. L'article 1010 du Code de procédure permet aux parties, lors ou depuis le compromis, de renoncer à l'appel. Elles peuvent donc à plus forte raison stipuler que l'appel ne pourra être reçu qu'après le paiement préalable de la peine convenue. Cette peine n'est qu'un dédommagement accordé, à la partie gagnante, des embarras et des frais que va lui causer la nouvelle instance dans laquelle l'entraîne son adversaire.

Il n'est pas même nécessaire de stipuler expressément que l'appel ne pourra être reçu qu'après le paiement de la peine ou que la peine sera payée avant d'être écouté sur l'appel. Il suffit qu'il ait été stipulé une peine en cas d'appel, pour qu'elle soit exigible avant que l'appelant puisse suivre son appel, et pour qu'il ne puisse se la faire restituer, même dans le cas où la sentence serait réformée.

829. Faisons maintenant aux transactions l'application de ces principes. Nous avons déjà observé qu'elles sont plus favorables que les compromis et les arbitrages. La loi leur donne l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (2052) ; elle permet expressément de stipuler une peine contre celui qui manquera de l'exécuter (2047). L'infraction de la transaction, ou le refus de l'exécuter, est la seule condition dont les contractants font dépendre la naissance de l'obligation secondaire contenue dans la clause pénale : cette condition est donc accomplie, et par conséquent la peine encourue et exigible du moment où la transaction est enfreinte, ou le débiteur constitué en demeure de l'exécuter (1230). Le juge qui se permettrait de joindre au fond la demande de la peine, ou d'en retarder la condamnation jusqu'au jugement à rendre au fond, contreviendrait à la loi du contrat ; il préjugerait que l'obligation de payer la peine ne dépend pas de la seule condition qu'y ont mise les contractants, c'est-à-dire de l'infraction de la transaction, ou du refus de l'exécuter, mais encore de l'issue

[ARTICLE 1076.]

du jugement à rendre sur le fond, soit en faveur de celui qui a enfreint la transaction, soit contre lui.

830. Mais après avoir exigé le paiement de la peine, le défendeur peut-il demander l'exécution de la transaction, ou tirer de cet acte une exception contre la demande de son adversaire ? Ne serait-ce point contrevenir au principe consacré par l'art. 1229, qui ne veut pas qu'on puisse demander en même temps le principal et la peine ? Nous ne le pensons pas. Il y a, comme nous l'avons déjà dit, deux exceptions à cette disposition : l'une, lorsque la peine est stipulée pour le simple retard ; l'autre, lorsqu'elle est stipulée indépendamment de l'obligation primitive, et sans préjudicier à son exécution, *rato manente pacto*, comme dit la loi 16, ff. de transact., 2, 15.

Ainsi nulle difficulté ; lorsqu'il résulte de la convention que la peine stipulée est encourue par le seul fait de l'infraction de la transaction, par le seul refus de l'exécuter, qu'aucune des parties ne sera reçue à l'attaquer avant de payer la peine convenue ; en un mot, qu'elle est due sans préjudice de l'exécution de la transaction.

Mais de plus cette convention nous paraît implicitement contenue dans la clause pénale ajoutée à la transaction. La peine est stipulée, non pas comme une compensation des dommages et intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution absolue de la transaction, mais comme une indemnité des embarras, des frais et des inquiétudes que cause à l'autre partie la nécessité de soutenir un procès qu'on avait voulu prévenir. C'est donc ainsi que doivent être interprétées les clauses pénales ajoutées à une transaction, lorsque les termes de la convention n'y résistent pas. Voyez au surplus ce que nous disons *infra*, n° 835.

831. Des principes que nous venons d'établir il suit que la peine est irrévocablement encourue par le seul fait de celui qui a manqué d'exécuter la transaction, et qu'elle n'est pas restituable dans le cas où la transaction serait, sur ses poursuites, rescindée même en totalité ; car la peine n'est pas stipulée contre celui qui succombera en attaquant la tran-

[ARTICLE 1076.]

saction, mais contre celui qui l'attaquera, et qui fera essuyer à l'autre le désagrément de procès qu'on voulait éviter et prévenir.

832. Il y a exception à ce principe, dans le cas où la transaction serait rescindée pour un prix qui en opérerait la nullité radicale. Nous en avons dit le motif *suprà* n° 816.

833. Mais lorsque la transaction est attaquée comme nulle, l'exécution de la clause pénale ou le paiement doit-il être suspendu ? Nous ne le pensons pas. Ce n'est qu'en cas de plainte en faux que les tribunaux peuvent, suivant la gravité des circonstances, suspendre provisoirement l'exécution des actes, d'après l'art. 19 de la loi du 25, ventôse an xi, sur le notariat. Dans les autres cas, la provision est due aux actes ; l'exécution provisoire sera ordonnée, s'il y a titre authentique ou promesse reconnue, dit l'art. 135 du Code de procédure, conforme en ce point aux anciennes ordonnances.

834. Il nous reste à examiner quand la peine est encourue " soit que l'obligation primitive contienne soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie : la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé, soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure (1230)." Pour savoir quand le débiteur est en demeure, il faut recourir à la section des dommages et intérêts, *suprà*, n° 974.

Dans le droit romain, la peine était encourue par la seule échéance du terme, suivant la maxime *dies interpellat pro homine*. Le Code exige que le débiteur soit, par une interpellation, mis en demeure d'accomplir l'obligation primitive, à moins que le contrat ne porte que la peine sera encourue par la seule échéance du terme, sans qu'il soit besoin d'acte.

La peine est encourue sans qu'il soit besoin d'interpellation, lorsque l'obligation primitive est de nature à ne pouvoir être accomplie que dans un certain temps que le débiteur a laissé passer (1146).

Il en est de même lorsque la clause pénale est ajoutée à l'obligation de ne pas faire : celui qui y contrevient doit la peine par le seul fait de la contravention (1145), quand même

[ARTICLE 1076.]

cette contravention n'aurait pas eu de suites : car lorsqu'une fois la condition s'est accomplie, son effet est irrévocablement produit, quand même les suites de son accomplissement viendraient à cesser ; c'est le sens de la maxime *conditio semel impleta non resumitur* *Vid. supra*, n° 642.

Nous avons fait une transaction, un partage ; nous y avons ajouté une clause pénale par laquelle nous avons promis de ne point revenir contre, sous peine de payer une somme convenue. Vous avez formé une demande en rescision ; elle a été rejetée : la peine n'en est pas moins encourue. *Leg. 122, § 6, ff. de V. O., 45, 1.* Car la condition de l'obligation pénale n'était pas si vous faites rescinder l'acte, mais seulement si vous revenez contre, si vous l'attaquez, quelle que soit l'issue de l'attaque.

835. Ce principe a toujours été suivi avec une telle exactitude, que l'ancienne jurisprudence déclarait la peine encourue, non-seulement lorsque la demande formée au mépris de la stipulation pénale avait été rejetée, mais encore lorsque celui qui l'avait formée s'en était désisté.

Cependant si la contravention qui n'a point eu de suites était plutôt apparente que réelle, la peine ne serait point encourue. J'ai stipulé, par exemple, que vous ne loueriez à aucun ouvrier se servant de marteau votre maison, qui est voisine de la mienne. Le bail que vous en auriez consenti à un serrurier ne donnerait point ouverture à la peine s'il n'avait pas été exécuté, si l'ouvrier n'était point venu habiter la maison (Pothier, n° 348) ; car en stipulant une peine, si vous affermiez votre maison à un serrurier, je n'ai eu d'autre intention que celle de me préserver du bruit des marteaux, et non de vous empêcher de souscrire une convention qui ne m'a procuré aucune gêne, et qui m'est parfaitement étrangère. Quand j'ai stipulé une peine sous la condition si vous affermiez votre maison à un ouvrier se servant du marteau, c'est-à-dire si vous mettiez dans votre maison un ouvrier qui m'incommodât par le bruit des marteaux. La condition ne peut raisonnablement être entendue d'une autre

[ARTICLE 1076.]

manière ; car on doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (1156). Il n'y a donc point eu de contravention réelle à la stipulation, lorsque vous avez passé un bail demeuré sans exécution. Il en serait de même si vous affermiez à un serrurier, dont l'atelier ne serait point établi dans votre maison, louée seulement pour y faire le commerce de quincaillerie.

Appliquant ceci à ce que nous avons dit sur le désistement d'un appel relevé au mépris d'une clause pénale, ajoutée à un compromis, il nous paraît que si le désistement était donné avant qu'il y eût eu aucunes procédures faites sur l'appel, la peine ne devrait pas être encourue. Les arrêts qui l'ont déclarée encourue sont tous rendus dans les espèces où l'on avait procédé sur l'appel, et où le désistement n'avait été donné que dans le cours de la procédure.

836. Comme le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible (1244), les offres partielles qu'il voudrait faire ne pourraient le soustraire même en partie à la peine stipulée, si ses offres étaient refusées.

837. Mais si le créancier les recevait volontairement, et sans réserver ses droits, la peine qui serait encourue pourrait être réduite en proportion du paiement fait. Pothier, n° 350, en donne pour exemple l'espèce suivante : en me vendant une métairie, vous vous êtes obligé de me fournir deux paires de bœufs, et de me payer 500 fr. si vous manquez à les fournir. Vous ne pourrez pas me contraindre à recevoir une paire de bœufs ; mais si je la reçois volontairement, et que vous manquiez à me fournir l'autre, le juge pourra réduire la peine à moitié ; car l'art. 1231 donne au juge la faculté de modifier la peine, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

838. Cet article est encore applicable au cas de la peine stipulée contre un architecte ou entrepreneur, qui n'a point achevé l'ouvrage au jour fixé par la clause pénale.

839. Mais il faut remarquer que cette réduction de la peine,

[ARTICLE 1076.]

lorsque l'obligation primitive a été exécutée en partie, n'est pas de droit ; c'est une faculté abandonnée à la prudence du juge, qui peut, suivant les circonstances, ordonner ou rejeter la rédaction. Elle ne devrait pas être prononcée, par exemple, si la peine était stipulée pour le cas où l'entrepreneur se serait obligé de tenir la maison prête à être habitée à telle époque ; car il est évident alors que la volonté des parties a été non pas seulement que la maison fût fort avancée, mais achevée et habitable à cette époque.

Or, la réduction de la peine n'étant relative qu'à l'intérêt privé des contractants, ils peuvent déroger à la disposition qui permet au juge de modifier la peine, et stipuler qu'elle ne pourra l'être, quand même l'obligation primitive aurait été exécutée en partie. Le juge ne pourrait alors prononcer la réduction sans violer la loi du contrat.

840. La peine encourue par celui qui meurt sans l'avoir payée, se divise de plein droit entre ses héritiers, comme toute autre dette, en sorte que chacun d'eux n'en est tenu que pour sa part héréditaire.

841. Si, après la mort de celui qui s'est obligé sous une clause pénale, tous ses héritiers y contreviennent, la peine encourue se divise également entre eux. Chacun n'en est tenu que pour sa portion virile ; car il n'existe pas de loi qui prononce en ce cas la solidarité contre eux.

842. Si un seul d'entre eux contrevient à la clause pénale, la peine n'est encourue que par lui seul, et pour la part seulement dont il est tenu dans l'obligation primitive, sans qu'il ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée, lorsque cette obligation est divisible (1233). *Leg. 4, § 1, ff. de V. O., 45, 1.* Vous vous êtes engagé envers moi, sous peine de 300 fr., à acquiescer au jugement d'un arbitre, qui vous a condamné de me payer la rente de trois mesures de blé. Un de vos trois héritiers se porte appelant du jugement ; il encourt seul la peine convenue, et pour le tiers seulement dont il est tenu. Pothier, n° 359.

843. Cette règle reçoit exception lorsque, la clause pénale

[ARTICLE 1076.]

ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a 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 recours (1233).

Un seul des héritiers n'éviterait pas d'encourir la peine en faisant une offre partielle de ce qu'il doit pour sa part héréditaire dans la dette primitive.

Il n'est même pas besoin qu'il soit formellement énoncé que la clause a pour objet d'empêcher que le paiement soit fait par parties : il suffit que la dette soit d'un corps certain ou qu'il résulte, soit de la nature de l'obligation primitive, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. Argum., art. 1221. *Voyez* ci-dessus, nos 768 et suiv. Dans tous ces cas, la contravention d'un seul des héritiers donne ouverture à la peine pour le total, et chacun d'eux est obligé de la payer jusqu'à concurrence de sa portion, sauf son recours contre ceux qui sont en faute. Pothier, n° 359, donne pour exemple l'espèce suivante, tirée de la loi 85, § 6, ff. de V. O., 45, 1. Vous vous êtes obligé de me livrer le fonds cornélien à la fin de septembre, et, si vous manquez de me le livrer à cette époque, de me payer 600 fr. pour peine du retard. Vous mourez avant le terme fixé, laissant plusieurs héritiers. L'un d'eux refuse de livrer le fonds et attaque le contrat ; les autres offrent de livrer leurs parts et autorisent le créancier à en prendre possession ; mais comme il ne peut être obligé de recevoir par parties le fonds qu'il n'a entendu acquérir que pour le total, les offres des autres héritiers et leur autorisation n'empêchent point la peine d'être encourue contre eux pour leurs parts héréditaires, sauf leurs recours contre l'héritier en faute.

844. Il y a même des cas où la peine encourue par le fait d'un seul des héritiers ne donne pas aux autres un recours contre lui. Par exemple, un usufruitier renouvelle par anticipation le bail des biens soumis à l'usufruit, et s'oblige de

[ARTICLE 1076.]

payer au fermier une peine de 1,200 fr., en cas de trouble et d'éviction. Il meurt laissant plusieurs héritiers, l'un desquels avait la nue propriété des biens affermés par anticipation. Celui-ci fait prononcer la nullité du bail, et il expulse le fermier. La peine est encourue contre tous les héritiers, chacun pour sa part héréditaire, sans aucun recours contre celui qui a expulsé le fermier, parce qu'il n'a commis aucune faute en usant de son droit. *Dolo non facit qui jure suo utitur.* Pothier, n° 363. Il n'est tenu qu'à payer sa part héréditaire de la peine.

845. " Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des héritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine (1232)."

La difficulté est de connaître quand la chose est indivisible. *Voy.* ce que nous avons dit *suprà* nos 782 et suiv.

Pothier n° 355, dont cet article est tiré, donne pour exemple l'espèce suivante : si quelqu'un s'est obligé envers moi de me laisser passer sur son héritage contigu à la maison que j'occupe, tant que j'occuperai cette maison, à peine 10 fr. de dommage et intérêts en cas d'empêchement, si quelqu'un des héritiers de mon débiteur me bouche le passage, quoique sans la participation, et contre le gré de ses cohéritiers, la peine entière des 10 fr. sera encourue et elle le sera contre chacun des héritiers, pour leur part héréditaire. Les héritiers sont en ceci 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.

846. Avant de terminer, il est bon d'observer que la peine ajoutée à un contrat ne peut être stipulée qu'au profit des contractants et non au profit d'un tiers, même au profit du fisc, d'un hôpital ou de tout autre établissement public. *Voy.*

[ARTICLE 1076.]

la loi 42, *ff. de receptis qui arbitrium recep.*, 4, 8 ; et Cujas sur cette loi ; Merlin, *Questions de droit*, v^o Peine compromissaire, § 1, n^o 5.

La règle qu'on ne peut stipuler au profit d'un tiers s'applique à l'obligation pénale aussi bien qu'à l'obligation primitive. C'est la règle générale, sauf les exceptions qui peuvent résulter de la disposition de l'art. 1121, qui porte qu'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.

* C. L. 1928. } Lorsque l'objet du contrat consiste dans toute autre chose que le paiement d'une somme d'argent, les dommages dus au créancier pour la violation du contrat sont de la perte qu'il a faite, ou du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et les modifications ci-après :

1. Lorsque le débiteur n'a été coupable d'aucune fraude ou mauvaise foi, il n'est sujet qu'aux dommages que les parties ont eu ou peuvent raisonnablement être supposées avoir eu en vue au temps du contrat. La mauvaise foi, dont il est question en cet article et le suivant, ne s'entend pas d'une simple violation de promesse qui résulterait de l'inexécution du contrat, mais d'une violation faite à dessein, et d'après quelque motif d'intérêt ou de mauvaise volonté ;

2. Quand l'inexécution du contrat est le résultat de la fraude ou de la mauvaise foi, le débiteur est sujet non seulement à tous les dommages qui ont été ou pu être prévus à l'époque où le contrat a été fait, mais encore à ceux qui sont la conséquence immédiate et directe de la violation du contrat ; néanmoins même dans le cas de fraude, ces dommages ne peuvent excéder ceux dont il est fait mention dans cet article ;

3. Quoique la règle générale soit que les dommages doivent être de la perte que le créancier a éprouvée, et du gain dont il a été privé, il est des cas où des dommages peuvent être

[ARTICLE 1073.]

accordés, sans les calculer en aucune manière sur la perte pécuniaire, ou la privation du gain que la partie peut avoir éprouvée. Lorsque le contrat a pour but de procurer à quelqu'un une jouissance purement intellectuelle, telle que celles qui tiennent à la religion, à la morale, au goût, à la commodité ou à toute autre espèce de satisfaction de ce genre, quoique ces choses n'aient pas été appréciées en argent par les parties, des dommages n'en seront pas moins dus pour la violation de la convention. Un contrat qui a pour but une fondation religieuse ou charitable, une promesse de mariage, ou l'entreprise de quelque ouvrage appartenant aux beaux arts, offre l'exemple d'un cas auquel cette règle peut s'appliquer.

Les dommages qui doivent être accordés d'après cette règle, et dans les cas de délits, quasi-délits et quasi-contrats, sont laissés en grande partie à la prudence du juge ou du jury pour leur fixation ; mais dans les autres cas, le juge ni le jury n'ont aucune discrétion à exercer, et ils doivent accorder les dommages-intérêts, qui, d'après les dispositions précédentes, peuvent dédommager le créancier de la violation du contrat, lorsqu'elle a été la suite de la faute, de la négligence, de la fraude, ou de la mauvaise foi du débiteur ;

4. Si le créancier est coupable de quelque mauvaise foi qui retarde ou empêche l'exécution du contrat, ou si, à l'époque où il a été passé, le créancier avait connaissance de quelques faits qui devaient empêcher ou retarder l'exécution, et les a cachés au débiteur, il n'aura droit à aucuns dommages ;

5. Lorsque les parties, au temps du contrat, ont fixé la somme qui serait payée comme dommage, pour sa violation, le créancier peut exiger cette somme, mais n'a pas droit à davantage. Néanmoins, si le contrat est exécuté en partie, les dommages dont les contractants sont convenus peuvent être réduits à la perte qui a été réellement soufferte, et au gain dont la partie a été privée, à moins qu'il n'ait été expressément stipulé que la somme fixée par le contrat serait payée même dans le cas d'une violation partielle.

[ARTICLE 1077.]

* C. N. 1231. } La peine peut être modifiée par le juge-
 } lorsque l'obligation principale a été exécutée
 en partie.

<p>1077. Dans les obligations pour le paiement d'une somme d'argent, les dommages-intérêts résultant du retard ne consistent que dans l'intérêt au taux légalement convenu entre les parties, ou en l'absence de telle convention, au taux fixé par la loi.</p>	<p>1077. The damages resulting from delay in the payment of money, to which the debtor is liable, consist only of interest at the rate legally agreed upon by the parties, or, in the absence of such agreement, at the rate fixed by law.</p>
---	--

<p>Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de prouver aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la mise en demeure, excepté dans les cas où la loi les fait courir plutôt, à raison de la nature même de l'obligation.</p>	<p>These damages are due without the creditor being obliged to prove any loss. They are due from the day of the default only, except in the cases where by law they are due from the nature of the obligation.</p>
--	--

<p>Le présent article n'affecte point les règles spéciales applicables aux lettres de change et aux cautionnements.</p>	<p>This article does not affect the special rules applicable to bills of exchange and contracts of suretyship.</p>
---	--

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1071.

[ARTICLE 1078.]

* 2 Domat (*Remy*), liv. 3, } 2. L'intérêt que doivent les débi-
Tit. 5, sec. 1, nos 2 et 14. } teurs faute de paiement, est réglé
par la loi à un certain pied de tant pour livre, pendant chaque
année, et pour plus ou moins de temps, à proportion. Et cet
intérêt se prend sur ce pied depuis qu'il commence d'être dû
jusqu'au paiement. (C. civ. 456, 1153, 1207, 1907.)

14. Il résulte de toutes les règles qui ont été expliquées dans cette section, qu'on peut réduire à quatre sortes de causes toutes celles qui peuvent donner lieu à des intérêts. Car ils peuvent être dus, ou par l'effet d'une convention, comme s'ils sont stipulés par une transaction ; ou par la nature de l'obligation, comme les intérêts d'une dot, et ceux du prix de la vente d'un fonds ; ou par une loi, comme ceux que les tuteurs doivent aux mineurs des deniers dont ils ont manqué de faire un emploi ; ou pour la peine du débiteur qui est en demeure de payer, après que le créancier lui a fait une demande en justice, et de son principal et des intérêts, faute de l'acquitter. (C. civ. 456, 1053.)

* C. N. 1153. } Dans les obligations qui se bornent au paie-
ment 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 cau-
tionnement.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit.

1078. Les intérêts échus des capitaux produisent aussi des intérêts :	1078. Interest accrued from capital sums also bears interest :
1. Lorsqu'il existe une	1. When there is a spe-

[ARTICLE 1078.]

convention spéciale à cet effet ;	cial agreement to that effect ;
2. Lorsque dans une action ces nouveaux intérêts sont spécialement demandés.	2. When in any action brought such new interest is specially demanded ;
3. Lorsqu'un tuteur a reçu ou dû recevoir des intérêts sur les deniers de son pupille et a manqué de les employer dans le temps fixé par la loi.	3. When a tutor has received or ought to have received interest upon the moneys of his pupil and has failed to invest it within the term prescribed by law.

* *Cod. de usuris, Lib. 4, Tit. 32, L. 28.* } Ut nullo modo usurae usurarum à debitoribus exigantur, et veteribus quidem legibus constitutum fuerat, sed non perfectissimè cautum. Si enim usuras in sortem redigere fuerat concessum, et totius summæ usuras stipulari : quæ differentia erat debitoribus, à quibus revera ad usurarum usuras exigebantur ? Hoc certè erat non rebus, sed verbis tantummodo legem ponere. Quapropter hac apertissima lege definimus, nullo modo licere cuiquam usuras præteriti temporis vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari. Sed et si hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire : sorti autem antiquæ tantummodo incrementum usurarum accedere (IMP. JUSTINIANUS).

Ibidem. } Les anciennes lois ont bien défendu qu'on ne puisse en aucune manière exiger des débiteurs les intérêts des intérêts, mais non assez clairement : car s'il est permis d'ajouter au capital les intérêts et d'exiger ensuite les intérêts de cette somme entière, quelle différence y a-t-il pour les débiteurs desquels de cette manière on exige les intérêts des intérêts ? Certainement la différence n'est que dans les mots et non dans les

[ARTICLE 1078.]

choses ; c'est pourquoi nous ordonnons par cette loi, qu'il ne soit permis à personne, et en aucune manière, d'ajouter au capital les intérêts du temps écoulé ou futur. Cette loi étant exécutée, les intérêts resteront toujours intérêts, le capital ne sera point augmenté de la somme des intérêts, et ils n'en seront jamais qu'une accession. (EMP. JUSTINIEN).

* 2 *Domat (Remy) Liv. 3, } 9. Quelque retardement qu'il*
Tit. 5, sec. 1, n° 9. } puisse y avoir de la part du débi-
 teur de payer des intérêts, et quelle qu'en soit la cause, il ne doit jamais de seconds intérêts pour ceux qu'il est en demeure de payer, et le créancier ne peut accumuler les arrérages d'intérêts avec le principal, pour en faire un capital qui produise des intérêts ; mais ils seront réduits à ceux de la somme principale qui peut en produire. (C. civ. 1154.)

On n'a point admis en France la disposition des lois romaines qui ne permettaient pas que l'on demandât des intérêts excédant le capital. Le créancier peut exiger tous les intérêts échus, surpassassent-ils de beaucoup la somme principale. Il n'y a point d'intérêts usuraires lorsque les obligations ont été contractées à l'époque où l'on pouvait excéder le taux actuel, d'après les lois anciennes. Les conventions départies devaient être exécutées.

* 6 *Toullier, } Les intérêts échus peuvent eux-mêmes pro*
n° 271. } duire de seconds intérêts, lorsque le débiteur
 est en demeure de les payer. Ils peuvent en produire, soit par une demande judiciaire, soit par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (1154).

Cette production d'intérêts nouveaux par un capital formé d'anciens intérêts est ce qu'on appelait autrefois anatocisme, que les lois anciennes proscrivaient sévèrement, même dans les affaires de commerce. (Ord. de 1673, tit. 6.) On exceptait seulement les intérêts dus au mineur, et dont le tuteur doit

[ARTICLE 1078.]

faire emploi, les intérêts qu'un tiers paie pour un débiteur au créancier de ce dernier.

La commission chargée de la rédaction du projet de Code proposa de conserver l'ancienne prohibition de l'anatocisme. Mais on observa au Conseil d'état que dès lors que la législation nouvelle avait permis de stipuler des intérêts pour simple prêt d'argent, il n'y avait plus de raison suffisante pour défendre l'anatocisme, puisque les intérêts échus forment un capital pour le créancier, qui, s'il les avait reçus, aurait pu les placer d'une manière productive. On ne voit donc pas que l'anatocisme conventionnel soit plus illicite en soi que l'intérêt stipulé d'une somme prêtée. Si le créancier peut prêter à intérêt la somme que lui a produite un premier capital, pourquoi ne pourrait-il pas la prêter à son ancien débiteur, à qui ce nouveau prêt ôte l'embarras de chercher un autre prêteur ? Dans ce second prêt, de même que dans le premier, l'abus seul est blâmable ; la chose n'est pas illicite en soi. Wolff, *Instit., jur. nat.*, § 651. Mais l'abus est bien facile. Il serait donc possible que l'anatocisme fût défendu lors de la révision du Code, d'autant plus qu'il est proscrit par les lois de l'Eglise.

Tels sont les motifs qui ont fait permettre que les intérêts échus fussent ajoutés aux capitaux, pour produire des intérêts par une convention spéciale, ou par *une demande judiciaire*, comme le permettait l'ancien droit romain.

Ainsi, il est aujourd'hui permis de stipuler, en prêtant par exemple 2,000 fr., que si les intérêts, qui forment une somme de 100 fr., ne sont pas payés au bout de l'année, ils seront cumulés aux 2,000 fr., pour ne former qu'un seul capital produisant intérêts ; qu'il en sera de même des intérêts de la seconde, ainsi de suite, comme nous l'avons dit à l'égard des sommes que le tuteur doit à son mineur. Les intérêts de ces sommes sont des capitaux dont le tuteur est obligé de faire emploi, faute de quoi il est tenu d'en payer les intérêts.

[ARTICLE 1078.]

* 10 *Duranton*, } 493. Mais on peut demander si la conven-
 n° 498 et s. } tion n'est valable qu'autant qu'elle intervient
 à l'époque où les intérêts sont déjà échus ; ou si l'on peut
 aussi, en faisant un prêt pour plusieurs années, convenir que
 au lieu de payer les intérêts annuellement, le débiteur les
 gardera, à condition qu'ils produiront à leur tour des intérêts,
 pour le tout être restitué à l'époque fixée pour le rembour-
 sement.

On peut aussi demander si des intérêts échus et exigibles,
 mais dus pour moins d'une année de jouissance du capital,
 parce que le prêt, par exemple, n'aurait été fait que pour six
 mois, peuvent, par l'effet d'une convention intervenue à l'é-
 poque de l'exigibilité, produire à leur tour des intérêts ?

499. On peut faire ainsi l'espèce de la première question : je
 vous prête 100,000 francs pour quatre ans, à cinq pour cent
 d'intérêt par année, et nous convenons que les 5,000 d'inté-
 rêts dus au bout de la première année se convertiront en un
 capital qui produira lui-même aussi intérêt au même taux et
 pour chaque année, et ainsi jusqu'au remboursement.

La seule raison de douter se tire de ce que l'article 1154
 dit ; “ Les intérêts *échus* des capitaux, etc... pourvu que, soit
 ‘ dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'in-
 “ téréts *dus* au moins pour une année entière.” Or, dans
 l'espèce, les intérêts ne sont pas *échus* quand on fait la con-
 vention ; ils ne sont pas *dus* pour une année entière, puis-
 qu'il n'en est encore point dû. C'est donc une convention qui
 n'a point d'objet ou de matière.

Mais nous répondons que des choses futures peuvent être
 la matière des conventions, et ces mots de l'article, *les intérêts-
 échus...*, *les intérêts dus pour une année entière*, peuvent être
 pris aussi bien, dans le sens futur composé, que dans le sens
 d'un parfait. Ce que veut la loi, c'est que des intérêts ne
 puissent en produire eux-mêmes à leur tour, soit par l'effet
 d'une demande judiciaire, soit même par l'effet d'une conven-
 tion faite d'abord et avant l'échéance des intérêts, qu'autant
 que ces mêmes intérêts seront dus pour une année entière

[ARTICLE 1078.]

de jouissance du capital qui les aura produits ; qu'ils ne commencent à en produire que lorsqu'ils seront déjà dus pour une année entière ; et c'est absolument ce qui a lieu dans l'espèce : les intérêts seront *échus* quand ils en produiront, et ils seront *dus* pour une année entière de jouissance du capital.

Si l'on disait que la loi n'a voulu permettre la convention, comme la demande, qu'à l'égard d'intérêts déjà échus lorsqu'elle a lieu, parce que le créancier étant alors en droit de les exiger, elle a pu raisonnablement, pour éviter des traditions inutiles, et, comme disent les lois romaines *celeritatis causâ cunjungetandarum actionum*, autoriser les parties à faire, par leur consentement, la conversion de ces mêmes intérêts en un nouveau capital ; mais qu'elle n'a pu se prêter à la fiction d'un paiement d'intérêts par le débiteur, et d'une remise par le créancier, à l'égard d'intérêts qui n'existaient pas encore au moment de cette convention, nous répondrions que le but que le législateur s'est proposé dans l'art. 1154, en mettant des conditions à l'anatocisme qu'il a permis, ça été uniquement de prévenir l'usure, d'empêcher que, par des conventions insérées dans des contrats de prêts, ou autres, on ne fit produire des intérêts à d'autres intérêts qui seraient dus pour moins d'une année de jouissance du capital ; ce qui n'a pas lieu le moins du monde dans l'espèce en question.

D'ailleurs il était bien inutile, dans une législation qui permet de stipuler des intérêts dans tout contrat, qui permettait même alors d'en fixer le taux au delà du taux de l'intérêt légal (art. 1909), d'autoriser, par une disposition spéciale, les parties à faire la convention dont il s'agit dans le cas où les intérêts seraient déjà dus, seraient déjà exigibles : cela allait de soi-même. En quoi, en effet, dans le système de cette législation, la convention intervenue entre un créancier et son débiteur qui lui doit une année d'intérêts, que celui-ci, au lieu de payer ces intérêts, les gardera comme un nouveau prêt, productifs aussi d'intérêts ; en quoi, disons-nous, cette convention sortait-elle des règles du droit commun, puisque

[ARTICLE 1078.]

le Code admet aussi bien les traditions fictives que les traditions réelles, même en matière de vente (art. 1606) ? On ne pouvait pas craindre, en effet, que la disposition de l'ordonnance de 1673, qui défendait de prendre, sous quelque prétexte que ce fût, l'intérêt de l'intérêt, fût un obstacle à la validité d'une telle convention, faite, nous le répétons, à l'égard d'intérêts déjà échus, déjà dus, déjà exigibles, puisque rien n'eût été plus facile que d'é luder cette disposition par la numération de la somme due pour intérêts, et par la remise faite, à l'instant même, par le créancier au débiteur, de cette même somme à titre de nouveau prêt portant intérêt.

500. Nous ne voyons même pas pourquoi les parties ne pourraient licitement convenir que des intérêts déjà échus et *exigibles*, quoique dus pour moins d'une année, seront gardés par le débiteur comme un nouveau capital qui produira aussi des intérêts ; car ce cas diffère essentiellement de celui où les parties conviendraient, lors du prêt, que les intérêts formeront, tous les six mois par exemple, un nouveau capital productif d'intérêts ; et c'est ce que la loi a voulu et a dû vouloir empêcher, pour que l'usure ne devint pas excessive par de telles conventions. Mais quand les intérêts sont déjà dus, quand ils sont déjà exigibles au moment de la convention, qu'importe qu'au lieu de les payer actuellement, et d'emprunter peut-être pour cela d'une autre personne, le débiteur les garde par devers lui, comme si c'était une nouvelle somme qui lui fût prêtée à intérêt par le créancier ? Sa position assurément est absolument la même ; on ne lui fait pas la loi, comme on pourrait la lui faire dans le contrat de prêt ; on évite seulement des traditions inutiles, ainsi qu'on le fait dans le cas où les intérêts sont dus pour une année entière. S'il ne lui convient pas de garder ce qu'il doit pour intérêts échus, il peut le payer, au lieu de faire un nouveau contrat à ce sujet. Cette convention lui est même avantageuse, en ce qu'il évite peut-être par là les frais d'une demande de ces intérêts, qu'il serait peut-être hors d'état de payer actuellement. Quoiqu'il en soit, il n'éprouve par là

[ARTICLE 1078.]

aucun dommage : s'il les paie de ses deniers, il est privé de la jouissance de ces mêmes deniers ; s'il emprunte pour cela, il paiera probablement des intérêts au nouveau prêteur, et le résultat définitif sera toujours le même pour lui, s'il ne lui est pas plus désavantageux.

Cette décision ne serait réellement contraire à l'esprit de l'art. 1154, qu'autant que des intérêts ne pourraient être stipulés pour moins d'une année de jouissance du capital ; mais rien ne m'empêche de vous prêter pour six mois à deux et demi pour cent, en matière civile ; vous pouvez d'ailleurs me devoir six mois d'intérêts à raison d'une vente, d'une constitution de dot, d'un legs, etc. ; et nous ne voyons pas pourquoi nous ne pourrions convenir, à l'échéance, que vous garderez encore pendant tel temps toute la somme que vous me devez maintenant, capital et intérêts, et que cette somme produira intérêt. Vous êtes absolument le maître de prendre le parti qui vous sera le plus avantageux, et si la loi avait réellement voulu s'opposer à une pareille convention, rien n'eût été plus facile que de se jouer de sa défense, en faisant le paiement des intérêts échus au créancier, qui en aurait fait à l'instant même un nouveau prêt au débiteur avec stipulation d'intérêts, chose bien certainement qui n'eût point été illicite, en la supposant réelle. Or, la loi ne peut vouloir que ce qui est utile et que ce qu'elle peut faire exécuter. L'article 1154 entend donc parler principalement d'une convention qui serait faite d'abord. Alors, il est vrai qu'il faut, pour qu'elle fasse produire des intérêts aux intérêts, qu'ils soient dus pour une année entière, parce qu'autrement l'anatocisme pourrait trop facilement devenir usuraire, l'emprunteur, pressé souvent par ses besoins, n'étant que trop disposé à souscrire à tout. Mais sa position est libre, sous ce rapport, quand il fait la convention sur des intérêts déjà dus et déjà exigibles, quoiqu'ils soient dus pour moins d'une année, puisqu'il peut les payer de ses deniers, ou emprunter ailleurs, s'il ne veut les garder ; il évite peut-être par là des frais. D'ailleurs, l'art. 1155 permet bien de faire la conven-

[ARTICLE 1079.]

tion à l'égard de fermages, loyers, arrérages de rente, dus pour moins d'une année ; or, la raison est absolument la même pour des intérêts *exigibles* au moment de la convention.

501. Au surplus, dans l'un ou l'autre cas, si je fais la convention dont il s'agit avec un tiers délégué par le débiteur, ou qui a pris de lui-même l'obligation à sa charge par voie de novation, *d'expressio*, il ne peut pas y avoir de doute que cette convention ne soit valable ; car, en réalité, il n'y a plus d'anatocisme. On n'y en voyait même point dans l'ancienne jurisprudence.

* C. N. 1154. } Des intérêts échus des capitaux peuvent
 } produire des intérêts, ou par une demande
 judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit
 dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts
 dus au moins pour une année entière.

CHAPITRE SEPTIÈME.

DE DIVERSES ESPÈCES D'OBLI-
GATIONS.

SECTION I.

DES OBLIGATIONS CONDITION-
NELLES.

1079. 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 arrive ou n'arrive pas.

CHAPTER SEVENTH.

OF DIFFERENT KINDS OF OBLI-
GATIONS.

SECTION I.

OF CONDITIONAL OBLIGATIONS.

1079. An obligation is conditional when it is made to depend upon an event future and uncertain, either by suspending it until the event happens, or by dissolving it accordingly as the event does or does not happen.

[ARTICLE 1079.]

Lorsqu'une obligation dépend d'un événement qui est déjà arrivé, mais qui est inconnu des par- ties, elle n'est pas condi- tionnelle. Elle a son ef- fet ou est nulle du moment qu'elle a été contractée.	When an obligation depends upon an event which has actually hap- pened, but is unknown to the parties, it is not con- ditional. It takes effect or is defeated from the time at which it is con- tracted.
--	---

* ff. *De verb. oblig.*, Lib. 45, } *Conditio in præteritum, non*
Tit. 1, L. 100. } *tantum in præsens tempus relata,*
statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt
 (MODESTINUS).

Ibidem. } *Une condition qui se rapporte ou au*
Trad. de M. Berthelot. } *temps passé ou au temps présent, où*
aussitôt, anéantit l'obligation ou ne la diffère en rien. (MO-
 DESTIN).

* ff. *De reb. cred.* Lib. 12, } 37. *Cum ad præsens tempus con-*
Tit. 1, L.L. 37-8-9. } *ditio confertur, stipulatio non sus-*
penditur : et, si conditio vera sit, stipulatio tenet : quamvis
tenere contrahentes conditionem ignorent, veluti, si rex Par-
thorum vivit, centum millia dare spondes ? Eadem sunt, et cum
in præteritum conditio confertur : (PAPINIANUS).

38. *Respiciendum enim esse, an quantum in natura homi-*
nium sit, possit scire eam debitum iri. (SCÆVOLA).

39. *Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futu-*
rum confertur. (PAPINIANUS).

Ibidem. } 37. *Lorsqu'on insère dans une obligation*
Trad. de M. Hulot. } *une condition qui se rapporte au temps*
présent, cette condition ne suspend pas l'obligation ; mais
l'obligation est valable à l'instant, si la condition existe, quoi-
que les contractants en ignorent l'existence ; par exemple,

[ARTICLE 1079.]

cette condition : Vous vous obligez à me donner cent mille, si le roi des Parthes vit. Il en est de même, lorsque la condition se rapporte à un temps passé : (PAPINIEN).

38. Car il faut examiner s'il est naturel que l'objet de l'obligation sera dû. (SCÉVOLA).

39. Ainsi une clause n'a véritablement l'effet d'une condition que quand elle se rapporte au temps futur. (PAPINIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 199. Une condition est le cas d'un
Oblig. n° 199 et s. } 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.

La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et n'est nullement au pouvoir du créancier, 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, comme celle-ci, *si vous épousez ma cousine*.

202. Pour qu'une condition ait l'effet de suspendre une obligation, il faut, 1^o, que ce soit la condition d'une chose

[ARTICLE 1079.]

future : une obligation contractée sous la condition d'une chose passée ou présente, quoiqu'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 tantùm in præsens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt ; adde LL. 37, 38, 39, ff. de R. 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.

203. Il faut, 2^o 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, tels 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

[ARTICLE 1079.]

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 *infra* 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^o, 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, lorsqu'elle est *in faciendo* ; et il n'en naît aucune obligation ; L. 1, § 11, ff. *de ob. et act.* L. 31, *d. 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.

Il en est autrement dans les testaments. Les legs qui seraient faits sous de pareilles conditions, n'en sont pas moins

[ARTICLE 1079.]

valables, et la condition est regardée comme non écrite, ce que la faveur des dernières volontés a fait établir, L. 3, ff. *de cond. et dem.* ; L. 104 § 1, ff. *de legat.* 1^o.

Lorsque la condition impossible est *in non faciendo*, comme si je vous avais promis une somme *si vous n'arrêtez 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 ; 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.

205. Pour qu'une condition soit valable, et suspende l'obligation sous laquelle elle est contractée, il faut, 4^o, 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 VOUERO* : car l'obligation étant *juris vinculum quo necessitate adstringimur*, 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 pèche en ce cas par le défaut de lien dont nous avons déjà parlé *suprà*, n^o 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 ; L. 43, et L. 44, *de verb. oblig.*

[ARTICLE 1079.]

* 1 *Domat (Remy) Liv. 1, Tit. 1, §.* Comme il est assez ordinaire, dans les conventions, qu'on prévoit des événements qui pourront faire quelque changement où l'on veut pourvoir, on règle ce qui sera fait si ces cas arrivent : et c'est ce qui se fait par l'usage des conditions.

Les conditions sont donc des pactes qui règlent ce que les contractants veulent qui soit fait, si un cas qu'ils prévoient arrive. Ainsi, s'il est dit qu'en cas qu'une maison vendue se trouve sujette à une telle servitude, la vente sera résolue, ou le prix diminué, c'est une condition ; car on prévoit un cas, et on y pourvoit. Ainsi, si une maison est vendue, à condition que l'acquéreur ne pourra la hausser, le vendeur prévoit que l'acquéreur pourrait faire ce changement, et il y pourvoit, pour conserver les jours d'une autre maison que celle qu'il vend.

On a ajouté ce second exemple pour faire remarquer que les charges qu'on s'impose l'un à l'autre dans les conventions, tiennent de la nature des conditions. Car c'est proprement une charge imposée à l'acquéreur de ne pouvoir hausser ; mais cette charge renferme une condition, comme si on avait dit, en cas que l'acheteur veuille hausser la maison, le vendeur pourra l'empêcher ; et c'est pourquoi on se sert souvent, et du mot de condition, et du mot de charge indistinctement ; et on dit à telle condition ou à telle charge ; et on use aussi du mot de conditions au pluriel, pour signifier les différentes conventions d'un traité, parce qu'elles obligent toutes de telle manière, que s'il arrive qu'on y manque, ou qu'on y contrevienne, on est sujet aux peines de l'inexécution.

Les événements prévus par les conditions sont de trois sortes. Quelques-uns dépendent du fait des personnes qui traitent ensemble, comme s'il est dit en cas qu'un associé s'engage dans une autre société. D'autres sont indépendants de la volonté des contractants, tels que sont les cas fortuits, comme s'il est dit, en cas qu'il arrive une gelée, une grêle, une stérilité. Et il y en a qui dépendent en partie du fait des-

[ARTICLE 1079.]

contractants, et en partie des cas fortuits, comme s'il est dit, en cas qu'une marchandise arrive un tel jour.

Les conditions sont de trois sortes, selon trois différents effets qu'elles peuvent avoir. L'une de celles qui accomplissent les conventions qu'on en fait dépendre, comme s'il est dit, qu'une vente aura lieu, en cas que la marchandise soit délivrée un tel jour. La seconde, de celles qui résolvent les conventions, comme s'il est dit que si une telle personne arrive en tel temps, le bail d'une maison sera résolu. Et la troisième sorte est de celles qui n'accomplissent ni ne résolvent pas les conventions, mais qui seulement y apportent d'autres changements ; comme s'il est dit que si une maison louée est donnée sans des meubles promis, le loyer sera diminué de tant.

Il y a des conditions expresses, et il y en a de tacites, qui sont sous-entendues. Les conditions expresses sont toutes celles qui sont expliquées, comme quand il est dit, si telle chose est faite ou non, si telle chose arrive ou non. Les conditions tacites sont celles qui se trouvent renfermées dans une convention, sans y être exprimées ; comme s'il est dit, dans une vente d'un héritage, que le vendeur se réserve les fruits de l'année, cette réserve renferme la condition qu'il naisse des fruits, de même que s'il avait été dit, qu'il réservait les fruits en cas qu'il y en eût.

Dans les conventions dont l'accomplissement dépend de l'événement d'une condition, toutes choses demeurent en suspens, et au même état que s'il n'y avait pas eu de convention, jusqu'à ce que la condition soit arrivée. Ainsi, dans une vente qui doit s'accomplir par l'événement d'une condition, l'acheteur n'a cependant qu'une espérance, sans aucun droit, ni de jouir, ni de prescrire ; mais le vendeur demeure le maître de la chose vendue, et les fruits sont à lui ; et si la condition n'arrive pas, la convention est anéantie. (C. civ., 1176.)

[ARTICLE 1080.]

* *C. N.* 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.

1080. La condition contraire à la loi ou aux bonnes mœurs est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend.

L'obligation qu'on fait dépendre de l'exécution ou de l'accomplissement d'une chose impossible est également nulle.

1080. Every condition contrary to law or inconsistent with good morals is void, and renders void the obligation which depends upon it.

An obligation which is made to depend upon the doing or happening of a thing impossible is also void.

* *ff. De oblig. et actionibus, Lib. 44, Tit. 7, L. 1, §§ 9 et 11 et L. 31.* } *L. 1, § 9.* Si id quod dari dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem : veluti si de homine libero, vel jam mortuo, vel ædibus deustis facta sit stipulatio inter eos qui ignoraverint eum hominem liberum esse, vel mortuum esse, vel ædes deustas esse. Idem juris est, si quis locum sacrum aut religiosum dari sibi stipulatus fuerit.

§ 11. Item sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse. (GAIUS).

L. 31. Non solum stipulationes impossibili conditione adplicatæ nullius momenti sunt, sed etiam cæteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita, æquè nullius momenti sunt : quia in ea re quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur : quorum proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio

[ARTICLE 1080.]

est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione quam sciant esse impossibilem. (MÆCIANUS).

Ibidem. } L. 1, § 9. Si nous nous faisons promettre
Trad. de M. Hulot. } une chose qu'il soit impossible de fournir,
 la raison naturelle nous dicte qu'une pareille stipulation est
 inutile : par exemple si on se fait promettre un homme libre
 ou un esclave déjà mort, ou une maison brûlée, et que les
 parties contractantes ignorent que l'homme qui est l'objet de
 leur convention est libre ou déjà mort, ou que la maison dont
 elles ont traité est brûlée. Il en est de même si on se fait pro-
 mettre un lieu sacré ou religieux.

§ 11. Il est également certain qu'une stipulation à laquelle
 on a imposé une condition impossible est de nul effet. (GAIUS).

. L. 31. On regarde comme nulles non seulement les stipula-
 tions faites sous une condition impossible, mais encore tous
 les autres contrats, comme les ventes, les locations faites sous
 une condition impossible ; parce que, dans une affaire qui
 demande le consentement de deux ou de plusieurs personnes,
 on examine l'intention de chacun des contractants, qui cer-
 tainement, en apposant une condition qu'ils savent impos-
 sible, n'ont point envie de s'obliger réellement. (MÆCIEN).

* ff. *De verb. oblig.*, Lib. 45, } L. 7. *Impossibilis conditio, cum*
Tit. 1, L. 7 et L. 137, § 6. } *in faciendum concipitur, stipula-*
 tionibus obstat : aliter atque si talis conditio inseratur stipu-
 lationi, *Si in cælum non ascenderit.* Nam utilis et præsens est,
 et pecuniam creditam continet. (ULPIANUS).

L. 137, § 6.—Cùm quis sub hac conditione stipulatus sit, *si*
rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut ba-
silicam, et hujusmodi res quæ publicis usibus in perpetuum
 relictæ sint, ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel
 id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem,
 proinde ac si ea conditio quæ natura impossibilis est, inserta
 esset. Nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id quod
 nunc impossibile est, postea possibile fieri : non enim secun-

[ARTICLE 1081.]

·dum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio. (VENULEIUS).

Ibidem. } L. 7. Une condition impossible, lors-
Trad. de M. Berthelot. } qu'elle consiste à faire, s'oppose à l'effet
 des stipulations. Il en est autrement si on insère dans les sti-
 pulations une condition telle que la suivante, *s'il ne monte*
pas au ciel. Car elle est utile et présente, et fait le droit du
 créancier. (ULPIEN).

L. 137, § 6.— Lorsque quelqu'un a stipulé sous cette condi-
 tion, si Titius vend une chose sacrée ou religieuse, ou une
 place publique, ou un bâtiment public, ou des choses de cette
 espèce, qui sont destinées pour toujours à des usages publics,
 ou la condition est empêchée par le droit, et ou, s'il voulait
 le faire, il ne le pourrait pas, cette stipulation n'est d'aucune
 valeur, de même que si l'on avait inséré une condition im-
 possible par la nature. Et il ne fait rien à la chose que le droit
 puisse être changé, et que ce qui est maintenant impossible
 puisse par la suite devenir possible : car la stipulation doit
 s'estimer non d'après le droit à venir, mais d'après celui du
 temps présent. (VÉNULÉIUS).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1079.

* C. N. 1172. } Toute condition d'une chose impossible, ou
 } contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par
 la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend.

1081. Toute obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condi- tion purement facultative de la part de celui qui s'oblige ; mais si la condi-		1081. An obligation con- ditional on the will purely of the party promising, is void ; but if the condition consist in the doing or not doing of a certain act, al-
---	--	--

[ARTICLE 1081.]

tion consiste à faire ou à ne pas faire un acte déter- miné, quoique cet acte dé- pende de sa volonté, l'obli- gation est valable.	though such act be depen- dent on his will, the obli- gation is valid.
--	--

* ff. *De oblig. et action.* } 8. Sub hac conditione, *Si volam,*
Lib. 44, Tit. 7, L. 8. } nulla fit obligatio : pro non dicto enim
 est, quod dare, nisi velis, cogi non possis. Nam nec heres
 promissoris ejus qui nunquam dare voluerit, tenetur : quia
 hæc conditio in ipsum promissorem nunquam existit. (POM-
 PONIUS).

Ibidem. } 8. Une obligation contractée sous cette
Trad. de M. Hulot. } condition, si je veux, est nulle : car, quand
 vous ne pouvez pas être forcé, l'acte est censé n'être pas inter-
 venu. L'héritier de celui qui a promis de cette manière, et
 qui n'a point voulu exécuter sa promesse de son vivant, n'est
 point tenu non plus ; parce que la condition n'a jamais été
 remplie dans la personne de celui qui s'est engagé. (POMPON.)

* ff. *De verb. oblig., Lib. 45,* } § 1. Nulla promissio potest con-
Tit. 1, L. 108, § 1. } sistere, quæ ex voluntate promit-
 tentis statum capit. (JAVOLENUS).

Ibidem. } § 1. Aucune promesse ne peut avoir
Trad. de M. Berthelot. } de valeur quand elle dépend de la vo-
 lonté du promettant. (JAVOLÉNIUS).

(*) 2 *Pothier (Bugnet),* } 47. Il est de l'essence des conventions
oblig. nos 47-48. } 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

[ARTICLE 1081.]

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.

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.

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, *leg. 3^o*.

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 véritable engagement; L. 3, ff. *de legat. 2^o*.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1079.

* C. N. 1174. } Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été
 } contractée sous une condition potestative de
 la part de celui qui s'oblige.

[ARTICLE 1082.]

<p>1082. S'il n'y a pas de temps fixé pour l'accomplissement de la condition, elle peut toujours être accomplie, et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain qu'elle ne sera pas accomplie.</p>	<p>1082. If there be no time fixed for the fulfilment of a condition, it may always be fulfilled ; and it is not deemed to have failed until it has become certain that it will not be fulfilled.</p>
---	---

* 2 *Pothier*(*Bugnet*) } 209. Lorsque la condition renferme un
oblig. n^{os} 209-211. } 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*
les ports 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 con-
tractée sous cette condition est entièrement évanouie.

Mais si la condition ne renferme aucun temps préfix dans lequel 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.

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 abat, tait 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.

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 quel-
qu'un s'est obligé envers moi de me donner une certaine

[ARTICLE 1082.]

somme s'il ne faisait pas abattre sur son héritage un arbre qui nuit à mes 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 fit pas : et s'il ne le fait pas dans le temps qui lui aura été imparti, cette condition négative sera censée 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 Ecoles étaient partagées de sentiment sur la question ; L. 115, § 2, ff. *de verb. oblig.* Celui des Sabinien, que j'ai suivi, me paraît plus conforme à l'esprit et à la simplicité de notre Droit Français.

* 6 Toullier, } 623. Cependant le savant Pothier a pensé
 n° 623 et s. } qu'il fallait y faire une exception. Il pose d'a-
 bord en principe que " si la condition ne renferme aucun
 temps *préfix* dans lequel elle doit 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. " *Traité des Obligations.* n° 209.

Ce principe exact et vrai a été érigé en loi par l'art. 1176 du Code, où se trouve presque littéralement copié le texte de Pothier. Cet article porte : " S'il n'y a point de temps fixé, " la condition peut toujours être accomplie, et elle n'est censé " défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement " n'arrivera pas. "

Mais Pothier avait ajouté une exception que le Code n'a point adoptée, puisqu'il n'en parle pas.

" On s'écarte de cette règle, dit Pothier, *ubi supra*, 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

[ARTICLE 1082.]

lui donner une somme *s'il abattait un arbre qui me nuit* ; car en ce cas, je peux 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."

Au nombre 211, Pothier fait la même exception à l'égard des conditions potestatives *in non faciendo*. Lorsque " la condition consiste, dit-il, dans quelque chose qui est au pouvoir du débiteur, et qui intéresse celui au profit duquel 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 un arbre qui me nuit, je pense, dit-il, 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 fit pas ; et s'il ne le fait pas dans le temps qui lui aura été imparti, cette condition négative sera censée avoir existé, et il pourra en conséquence être condamné à payer la somme qu'il s'est obligé de payer sous cette condition."

C'est avec beaucoup de raison qu'en les passant sous silence, le Code a rejeté ces exceptions proposées par Pothier, au principe que les conditions potestatives, négatives, ou affirmatives, peuvent être accomplies en tout temps, lorsqu'il n'a pas été fixé d'époque pour leur accomplissement.

Les décisions de Pothier sont évidemment contraires aux principes du droit romain, à la convention et à la volonté du débiteur conditionnel. En s'obligeant de donner une somme s'il ne faisait pas abattre un arbre, sans fixer aucun délai dans lequel l'arbre dût être abattu, le débiteur s'est réservé, pour se déterminer, un délai indéfini qu'il peut prolonger jusqu'à sa mort.

624. Pothier donne son opinion pour conforme à celle des sabinieniens ; mais il nous semble qu'en ceci son exactitude ordinaire est en défaut, et qu'il n'a pas bien entendu la question sur laquelle Sabinus et Pegasus étaient divisés d'opinion.

[ARTICLE 1082.]

De plus, il a passé sous silence la manière lumineuse dont le prince des jurisconsultes romains, Papinien, les concilie dans la loi 115, § 2, *ff. de V. O.*, en distinguant les cas où l'opinion de l'un ou celle de l'autre doit être admise ou rejetée.

Papinien commence, § 1, par poser le principe général. J'ai stipulé que si vous n'allez point à Alexandrie, vous me donnerez 100 fr. Cette somme n'est pas due de suite, *statim*, mais seulement lorsqu'il sera devenu certain que vous ne pouvez aller à Alexandrie : c'est-à-dire, comme nous l'avons vu plus haut, à votre mort.

Item, ajoute Papinien, § 2, si la stipulation est ainsi conçue : Si vous ne donnez pas l'esclave Pamphilus, vous promettez de donner 100 fr. Pegasus a répondu que la somme n'était pas due avant que l'esclave cessât de pouvoir être donné ; mais Sabinus pensait, dit toujours Papinien, que, dans l'esprit des contractants, on pouvait toujours agir de suite, *confestim*, pour demander les 100 fr., aussitôt que l'esclave avait pu être donné, et que l'action n'était suspendue que dans le cas où il n'eût pas tenu au débiteur de donner l'esclave, *quamdiù per promissorem non stetit quominùs daret*.

La question élevée entre Pegasus et Sabinus n'était donc pas de savoir si l'on pouvait, comme le pense Pothier, fixer au débiteur pour accomplir la condition potestative, un délai après l'expiration duquel elle serait censée accomplie ; mais de savoir si, dans l'espèce, il y avait une condition suspensive, comme le pensait Pegasus, ou s'il n'y en avait point, et par conséquent si l'on pouvait agir de suite, pour demander les 100 fr., faute au débiteur d'avoir donné l'esclave aussitôt qu'il le pouvait, comme le pensait Sabinus.

625. Papinien les concilie par une distinction, en disant que l'opinion de Sabinus pourrait être reçue, si la stipulation ne commençait point par la condition, et si, au lieu de dire : *si vous ne donnez pas l'esclave Pamphilus, promettez-vous de donner tant ?* on avait dit : *promettez-vous de donner l'esclave Pamphilus ? et, si vous ne le donnez pas, promettez-vous de donner tant ?*

[ARTICLE 1082.]

626. Il existe en effet une grande différence entre ces deux formules de stipulation.

Dans la première, il n'y a qu'une seule obligation, celle de donner tant ; mais cette obligation est subordonnée à la condition potestative de donner l'esclave Pamphilus ; condition pour l'accomplissement de laquelle il n'y a point de temps fixé, et qui peut, par conséquent, suivant Pegasus et Papinien, être accomplie en quelque temps que se soit, sans qu'on puisse contraindre le débiteur conditionnel à se déterminer avant sa mort. La somme de tant est seule dans la stipulation ; l'esclave Pamphilus n'est que dans la condition, ou comme le dit la loi 44, § 6, *ff. de oblig. 44, 7, in exsolutione*.

627. Au contraire, dans la seconde, il y a deux stipulations bien distinctes, et deux obligations, l'une primitive, mais pure et simple, celle de donner l'esclave Pamphilus ; l'autre secondaire, mais conditionnelle, seulement ajoutée pour sûreté de l'exécution, et pour tenir lieu de dommages et intérêts, soit de l'inexécution, soit du retardement dans l'exécution de l'obligation principale.

628. Posons donc en principe que la condition potestative ajoutée aux contrats, lorsqu'il n'y a point de délai fixé pour l'accomplissement, soit que cette condition consiste *in faciendo* ou *in non faciendo*, suspend indéfiniment l'obligation, jusqu'à ce qu'il soit certain qu'elle ne pourra exister, et qu'on ne peut faire fixer par la justice un délai fatal pour son accomplissement, quelque intérêt que puisse avoir le créancier conditionnel à faire expliquer le débiteur, quelque facile qu'il soit à celui-ci d'accomplir la condition.

Observons en même temps qu'il faut soigneusement distinguer s'il existe deux obligations, l'une primitive, mais pure et simple, l'autre secondaire, mais conditionnelle et pénale, ajoutée pour sûreté de la principale, ou s'il n'existe qu'une seule obligation, mais subordonnée à une condition potestative.

Au premier cas, l'obligation primitive n'est point suspendue, le créancier peut agir de suite ; il a, dans nos principes, si le

[ARTICLE 1083.]

débiteur est en demeure, la faculté de demander la peine stipulée, ou de poursuivre l'exécution de l'obligation principale (1228). Il pourrait même demander l'une et l'autre, si la peine n'avait été stipulée que pour le simple retard (1229) (*Leg. 115, § 2, ff. de F. O. 45, 1*), ou s'il avait été stipulé que la peine serait encourue indépendamment de l'obligation primitive, *rato manento pacto*.

Au second cas, l'obligation est suspendue indéfiniment, jusqu'à l'accomplissement de la condition, sans qu'on puisse contraindre le débiteur à se déterminer avant sa mort.

Ces principes ne paraissent pas douteux ; nous achèverons de les développer dans la section vi, *infra*, qui traite des obligations avec clause pénale, et nous examinerons comment on peut distinguer quand l'obligation commence par la condition, à *conditione*, ou quand elle commence par la stipulation, *stipulatione*.

* *C. N. 1175.* } Toute condition doit être accomplie de la
 } manière que les parties ont vraisemblable-
 ment voulu et entendu qu'elle le fût.

Voy. *C. N. 1178*, cité sur art. 1084.

<p>1083. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé ; elle l'est également, si, avant le terme, il est</p>	<p>1083. When an obligation is contracted under the condition that an event will not happen within a fixed time, such condition is fulfilled by the expiration of the time without the event having occurred. It is equally so if before the time has expired it</p>
--	--

[ARTICLE 1084.]

certain que l'événement n'arrivera pas. S'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est censée accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrive- ra pas.	become certain that the event will not happen. If there be no time fixed, the condition is not deem- ed fulfilled until it is cer- tain that the event will not happen.
--	---

Voy. autorités sur art. 1082.

* *C. N.* 1177. } Lorsqu'une obligation est contractée sous la
 } condition qu'un événement n'arrivera pas
 dans un temps fixe, cette condition est accomplie 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'arrivera pas ; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est
 accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arri-
 vera pas.

1084. L'obligation con- ditionnelle a tout son effet, lorsque le débiteur obligé sous telle condition en em- pêche l'accomplissement.	1084. A conditional obligation becomes abso- lute when the party bound under the condition pre- vents the fulfilment of it.
---	---

* *ff. De conditionibus et demonst.* } § 1. Tunc demùm pro im-
Lib. 35, Tit. 1, L. 81, § 1. } pleta habetur conditio, cùm
 per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat. PAULUS).

Ibidem. } 1. Une condition est censée remplie dans
Trad. de M. Hulot. } le cas où celui qui devrait à l'événement
 de cette condition s'oppose à son accomplissement. (PAUL).

[ARTICLE 1084.]

* ff. *De reg. juris*, Lib. 50, } L. 24. Quatenus cujus intersit, in
Tit. 17, LL. 24, 39, 161. } facto, non jure consistit. (PAULUS).

L. 39. In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium moræ sit, quominus fiat. (POMPONIUS).

L. 161. In jure civili receptum est, quotiens per eum cujus interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. Quod ad libertatem et legata, et ad heredum institutiones perducitur : quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset quominus stipulator conditioni pareret. (ULPIANUS).

Ibidem. } 24. Lorsqu'il s'agit de régler les dom-
Trad. de M. Berthelot. } mages et intérêts dus à quelqu'un,
c'est plutôt une question de fait que de droit. (PAUL).

39. Dans tous les cas où l'on est obligé de s'acquitter de quelque devoir, on est censé y avoir satisfait lorsqu'on n'est pas en demeure, et que l'obstacle vient d'ailleurs. (POMPONIUS).

161. C'est un principe reçu en droit, que toutes les fois que celui qui, ayant intérêt qu'une condition ne soit pas remplie, met obstacle à l'accomplissement de cette condition, elle est tenue pour exécutée. Ce qui s'étend aux actes d'affranchissement, aux legs et aux institutions d'héritier ; et c'est d'après ce principe qu'une convention conditionnelle est considérée comme pure et simple, si c'est par la faute du débiteur que la condition n'a pas été observée. (ULPIEN).

* ff. *De verb. oblig.*, Lib. 45, } § 7. Quicumque sub conditione
Tit. 1, L. 85, § 7. } obligatus curaverit ne conditio
existeret, nihilominus obligetur. (PAULUS).

Ibidem. } § 7. Celui qui, obligé sous une con-
Trad. de M. Berthelot. } dition, a empêché la condition d'arri-
ver, n'en est pas moins obligé. (PAUL).

Voy. *Domat*, cité sur art. 1079.

[ARTICLE 1084.]

* 2 Pothier (Bugnet) } 212. C'est une règle commune à toutes
 Oblig., n° 212 et s. } 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 :
*Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existe-
 ret, nihilominus obligatur* ; L. 85, § 7, ff. de verb. oblig. *Pro im-
 pletâ habetur conditio cum 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, quominus fiat* ;
 L. 39, ff. de reg. juris.

On ne peut néanmoins dire que c'est par le fait du débi-
 teur 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'accomplis-
 sement, qu'il y a mis obstacle. C'est pour cela que Paul dit, à
 l'égard des conditions apposées aux legs : *Non omne ab here-
 dis personâ interveniens impedimentum pro expletâ conditione
 credit* ; 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 rete-
 nait 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'accomplis-
 sement, 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'ac-
 complir 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 condi-
 tions dont l'accomplissement est momentanément, et celles qui ne
 s'accomplissent que par une succession de temps. Les pre-

[ARTICLE 1084.]

mières 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 s'y 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 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 *quantum sonant* ; et l'interprétation, dans le doute, se fait toujours contre celui envers qui l'obligation est contractée : *Ambiguitas contra stipulatorem est* ; L. 26, ff. *de R. 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

[ARTICLE 1085.]

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 éloignée 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 ; L. 31, ff. *de cond. et dem.*

* C. N. 1178. } La condition est réputée accomplie lorsque
 } c'est le débiteur, obligé sous cette condition,
 qui en a empêché l'accomplissement.

<p>1085. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'obligation a été contractée. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers ou représentants légaux.</p>	<p>1085. The fulfilment of the condition has a retroactive effect from the day on which the obligation has been contracted. If the creditor be dead before the fulfilment of the condition, his rights pass to his heirs or legal representatives.</p>
---	--

[ARTICLE 1085.]

* ff. *De condition. institut.* } 26. Si pupillus sub conditione
Lib. 28, Tit. 7, L. 26. } heres institutus fuerit, conditioni
 etiam sine tutoris auctoritate parere potest. Idemque est, et
 si legatum ei sub conditione relictum fuerit : quia conditione
 expleta, pro eo est, quasi purè ei hereditas, vel legatum relic-
 tum sit. (POMPONIUS).

Ibidem. } 26. Si un pupille est institué sous une
Trad. de M. Hulot. } certaine condition, il peut satisfaire à la
 condition, même sans être autorisé de son tuteur. Il en sera
 de même dans le cas où on lui aura laissé un legs sous une
 certaine condition ; parce que, lorsque le pupille a rempli la
 condition, il se trouve dans le même cas où il serait s'il eût
 été institué ou s'il eût reçu son legs sans aucune condition.
 (POMPONIUS).

* ff. *De reg. juris, Lib. 50, Tit. 17,* } L. 18. Quæ legata mortuis
L. 18 et L. 144, § 1. } nobis ad heredem nostrum
 transeunt, eorum commodum per nos his quorum in potes-
 tate sumus, eodem casu adquirimus. Aliter atque quod stipu-
 lati sumus : nam et sub conditione stipulationibus, omnimodo
 eis adquirimus, etiam si liberatis nobis potestate domini, con-
 ditio existat. (POMPONIUS).

*Si filiusfamilias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit,
 deinde exstiterit conditio, patri actio competit : quia in stipula-
 tionibus id tempus spectatur, quo contrahimus.* (PAULUS).

L. 144, § 1. In stipulationibus id tempus spectatur quo con-
 trahimus. (PAULUS).

Ibidem. } L. 18. Lorsque des legs qui nous ont
Trad. de M. Berthelot. } été laissés peuvent après notre mort
 passer à nos héritiers, ils appartiennent à ceux sous la puis-
 sance desquels nous nous trouvons au moment de leur
 échéance. Il n'en est pas de même des contrats : car si notre
 stipulation est conditionnelle, la chose stipulée appartiendra
 à ceux sous la puissance desquels nous nous trouvions au
 moment de la stipulation, quand même la condition imposée
 arriverait après en avoir été affranchis. (POMPONIUS).

[ARTICLE 1085.]

Si un fils de famille a stipulé sous condition, et que la condition n'arrive qu'après son émancipation, néanmoins le père aura une action pour demander que la chose stipulée soit à son profit ; d'autant plus qu'en fait de contrats, on se règle sur le temps où ils ont été passés. (PAUL).

L. 144, § 1. Pour décider de la validité d'une convention, c'est au temps où elle a été contractée qu'il faut se reporter. (PAUL).

Voy. *Domat*, cité sur art. 1079.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 220. Cet accomplissement de la con-
Oblig., n° 220. } dition 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 ; L. 18 ; L. 144, § 1,
ff. de regul. juris.

De là vient qu'il 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 qu'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 ; *V. Cuj. ad d. L. 18.*

[ARTICLE 1086.]

* *C. N.* 1179. } La condition accomplie a un effet rétroactif
 } au jour auquel l'engagement a été contracté.
 Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

1086. Le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, exercer tous les actes conservatoires de ses droits. ?	1086. The creditor may, before the fulfilment of the condition, do all acts conservatory of his rights.
--	---

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 222. Quoique le créancier condition-
Oblig., n^{os} 222-3. } nel n'ait encore aucun droit avant l'accomplissement de la condition, néanmoins il est reçu à faire tous les actes conservatoires du droit qu'il espère avoir un jour. 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.

223. *Lorsqu'une obligation a été contractée sous plusieurs conditions, est-il nécessaire que toutes s'accomplissent ?* 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, où si je suis nommé à tel emploi ; il suffit que l'une des conditions soit accomplie, pour que l'obligation soit parfaite. Mais lorsque

[ARTICLE 1087.]

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, 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. *Tacit. L. 6, Cod. inst. et subst.*

* C. N. 1180. { Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit.

<p>1087. Lorsque l'obligation est contractée sous une condition suspensive, le débiteur est obligé de livrer la chose qui en est l'objet aussitôt que la condition est accomplie.</p>	<p>1087. When the obligation has been contracted under a suspensive condition, the debtor is bound to deliver the thing which is the object of it, upon the fulfilment of the condition.</p>
---	--

<p>Si la chose est entièrement périée, ou ne peut plus être livrée, sans la</p>	<p>If, without the fault of the debtor, the thing have altogether perished or can</p>
---	---

[ARTICLE 1087.]

faute du débiteur, il n'y a plus d'obligation. | no longer be delivered, no obligation exists.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier doit la recevoir dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix. | If the thing be deteriorated without the fault of the debtor, the creditor must receive it, in the state in which it is, without diminution of price.

Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou d'exiger la chose en l'état où elle se trouve, ou de demander la résolution du contrat, avec dommages-intérêts dans l'un et l'autre cas. | If the thing be deteriorated by the fault of the debtor, the creditor may either exact the thing in the state in which it is, or demand the dissolution of the contract, with damages in either case.

Voy. *Code*, cité sur art. 968, *Digeste et Domat*, sur art. 1079.

* *De periculo et commodo rei venditæ*, } 8. Necessario scien-
Lib. 18, Tit. 6, LL. 8 et 10. } dum est, quando perfecta sit emptio : tunc enim sciemus, cujus periculum sit : nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit, appareat quid quale, quantum sit, sic et pretium et purè venit, perfecta est emptio. Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio : sicuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. Idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente conditione emptor, vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in præteritum. Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solu-

[ARTICLE 1087.]

tum est, repetetur, et fructus medi temporis venditoris sunt : sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sanè si exstet res, licèt deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris.

§ 1. Si ita venierit : *Est ille servus emptus, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit*, Julianus putat, statim perfectam esse venditionem, quoniam certum sit eam contractam.

§ 2. Cùm usumfructum mihi vendis, interest, utrum jus utendi fruendi, quod solùm tuum sit, vendas ; an vero in ipsum corpus quod tuum sit, usumfructum mihi vendas : nam priore casu, etiamsi statim morieris, nihil mihi heres tuus debebit ; heredi autem meo debebitur, si tu vivis. Posteriore casu, heredi meo nihil debebitur, heres tuus debebit. (PAULUS).

10. Si in venditione conditionali hoc ipsum convenisset, *ut res periculo emptoris servaretur*, puto pactum valere.

§ 1. In libro septimo digestorum Juliani Scævola notat : Fundi nomine emptor agere non potest, cùm prius quàm mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate, aliove quo casu pars fundi interierit. (ULPIANUS).

Ibidem. } 8. Il faut nécessairement observer quel
Trad. de M. Hulot. } est le temps où une vente est parfaite, pour
savoir lequel des contractants court les risques de la chose
vendue : car, lorsque la vente est parfaite, les risques sont à
la charge de l'acheteur. Si ce qui est vendu est déterminé,
aussi bien que le prix, en sorte qu'on sache la qualité et la
quantité de l'un et de l'autre, la vente est parfaite à l'instant,
si elle est faite purement. Si la vente est faite sous condition,
et que la condition n'arrive point, la vente est nulle ; comme
il arrive dans les stipulations faites sous condition. Dès que
la condition ajoutée à la vente existe, Proculus et Octavénus
pensent que les risques commencent à être à la charge de
l'acheteur. Pomponius adopte ce sentiment au livre neuf. Si
le vendeur ou l'acheteur conditionnel vient à mourir pendant
que la condition est encore en suspens, il est certain que la
condition venant à arriver, leurs héritiers sont obligés, parce
qu'alors la vente a un effet rétroactif au temps où elle a été

[ARTICLE 1087.]

contractée. Si tandis que la condition est en suspens, la chose est livrée à l'acheteur, il ne pourra pas la prescrire à ce titre ; la condition venant en ce cas à manquer, l'acheteur redemandera le prix qu'il a payé, et les fruits perçus dans le temps intermédiaire appartiendront au vendeur. Il en est de même dans les stipulations et dans les legs conditionnels, qui deviennent nuls lorsque la chose qui en fait l'objet cesse d'exister pendant que la condition est en suspens. Si la chose existe encore, quoique dans un mauvais état, on peut soutenir que c'est l'acheteur qui doit souffrir de la perte.

§ 1. Si on vend un esclave de cette manière : Je vous vends tel esclave, soit que telle condition arrive ou n'arrive pas, Julien pense que la vente est parfaite à l'instant, parce qu'il est certain qu'elle est contractée.

§ 2. Quand on vend l'usufruit d'une chose, il faut distinguer si le vendeur, n'ayant que l'usufruit, ne vend que le droit de jouir ; ou si, étant propriétaire de la chose, il vend un véritable usufruit : car, dans le premier cas, aussitôt après la mort du vendeur, il n'est plus rien dû à l'acheteur ; et du vivant du vendeur, le droit passe à l'héritier de l'acheteur. Dans le second cas, le droit ne passe point à l'héritier de l'acheteur, mais il est dû par l'héritier du vendeur. (PAUL).

10. Si, dans une vente conditionnelle, les parties sont convenues que la chose serait gardée par le vendeur aux risques et périls de l'acheteur, je pense que cette convention doit être exécutée.

§ 1. Scévola remarque sur le septième livre de Julien : L'acheteur n'a point d'action pour se faire livrer le fonds vendu, lorsqu'avant que ce fonds fût mesuré une partie en a été perdue par un débordement d'eau, ou parce qu'elle a été engloutie, ou autrement. (ULPIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 218. L'effet de la condition est de
Oblig., n^o 218-9. } suspendre l'obligation jusqu'à ce que
 la condition soit accomplie, ou réputée pour accomplie. Jus-

[ARTICLE 1087.]

ques-là il n'est encore rien dû ; mais il y a seulement espérance qu'il sera dû : *Pendente conditione non-dùm debetur, sed spes debitum iri*. C'est pourquoi le paiement fait par erreur avant l'accomplissement de la condition, est sujet à répétition, *conditione 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 d'obligation sans une chose qui en soit le sujet. 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 dans la faute du débiteur ; L. 8, ff. *de per. et com. rei vend.*

* C. N. 1181, } 1181. L'obligation contractée sous une con-
1182. } dition suspensive est celle qui dépend ou d'un
événement futur et incertain, ou d'un événement actuelle-
ment arrivé, mais encore inconnu des parties.

Dans le premier cas, l'obligation ne peut être exécutée qu'a près l'événement.

Dans le second cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.

1182. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le cas de l'événement de la condition.

Si la chose est entièrement périée sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

Si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur ; le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger

[ARTICLE 1088.]

la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix.

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 et intérêts.

1088. La condition résolutoire, lorsqu'elle est accomplie, opère de plein droit la résolution du contrat. Elle oblige chacune des parties à rendre ce qu'elle a reçu et remet les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé; en observant néanmoins les règles établies dans l'article qui précède relativement aux choses qui ont péri ou ont été détériorées.

1088. A resolutive condition, when accomplished, effects of right the dissolution of the contract. It obliges each party to restore what he has received, and replaces things in the same state as if the contract had not existed; subject nevertheless to the rules established in the last preceding article with respect to things which have perished or been deteriorated.

Voy. autorités citées sur art. 1067.

* ff. *De lege commissoria*, } L. 1. Si fundus commissoria
Lib. 18, Tit. 3, LL. 1 et 4. } lege venierit, magis est, ut sub
 conditione resolvi emptio, quàm sub conditione contrahi
 videatur. (ULPIANUS).

L. 4. Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, *ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret*: videamus quemadmodùm venditor agat tam de fundo, quàm de his quæ ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris? Et quidem finita est emptio; sed

[ARTICLE 1088.]

am decisa quæstio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur. (PAULUS).

Ibidem. } 1. Lorsqu'un fonds est vendu sous la
Trad. de M. Hulot. } clause résolutoire en cas de défaut de
paiement du prix, la vente est résolue plutôt qu'elle n'est
contractée sous condition. (ULPIEN).

4. Si un fonds a été vendu sous la clause dont nous parlons, c'est-à-dire, à condition que le fonds n'appartienne point à l'acheteur à défaut de paiement du prix dans un temps fixé, quelle action doit intenter le vendeur, tant pour se faire rendre le fonds que les fruits qui en auront été perçus, ensemble les détériorations survenues par le fait de l'acheteur ? Il est vrai que la vente n'existe plus ; néanmoins il est décidé que le vendeur a l'action de la vente, comme le portent des rescripts des empereurs Antonin et Sévère. (PAUL).

* 1 *Domat (Remy), Liv. 1,* } 19. S'il est dit qu'une convention
Tit. 1, sec. 4, n° 19. } sera résolue, en cas que l'un des
contractants manque d'exécuter de sa part quelque'un de ses
engagements, la clause résolutoire n'aura pas cet effet, qu'i
dépende de lui de résoudre la convention, en n'exécutant pas
ce qu'il a promis. Mais il dépendra de l'autre, ou de le con-
traindre à l'exécution, ou de faire résoudre la convention
avec les dommages et intérêts qui pourront être dus. Ainsi,
lorsqu'il est dit qu'une vente, une transaction, ou un autre
contrat sera résolu faute de paiement, il ne dépendra pas de
celui qui doit payer d'annuler la convention en ne payant
point. (C. civ. 1184.)

Selon les lois romaines, la condition résolutoire n'était pas sous-enten-
due dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties
ne satisfaisait point à son engagement. Les juges pouvaient seulement
contraindre le débiteur, à l'exécution du contrat. Lorsque l'événement
qui résout un contrat étant indépendant de la volonté d'une des parties,
il opère la résolution de plein droit, ce n'est pas le cas de demander en
justice. Lorsque l'événement qui pouvait donner lieu à la clause réso-

[ARTICLE 1088.]

utoire est arrivé, la caution est déchargée comme le principal obligé. Lorsque la résolution d'un contrat a lieu pour inexécution de la convention, il y a mutation comme pour rétrocession. Ce n'est pas comme si le contrat était résolu pour nullité radicale existante de son essence même. L'art. 1184 embrasse tous les contrats synallagmatiques, quelles que soient les choses qui en soient l'objet, lorsqu'il n'y a pas dans la loi d'exception spéciale. Ainsi, il s'applique à une vente de créance ou de droit.

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig*, } 224. Les conditions résolutoires,
 nos 224-5-6 et 672. } 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 pour-
 suivre le paiement. Mais si avant qu'elle ait été acquittée, ou
 que le débiteur ait été mis en demeure de l'acquitter, la condi-
 tion sous laquelle on est convenu qu'elle devrait se ré-
 soudre s'accomplit, l'obligation cessera.

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

[ARTICLE 1088.]

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.

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, § 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.

Voyez *infra*, *part.* 3, *ch.* 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.

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*. Voyez ce que nous avons dit *suprà*, *part.* 2, *chap.* 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.

[ARTICLE 1088.]

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.

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.

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 résiliment du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le résiliment 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 résiliment du marché, et me déchargera de mon engagement.

[ARTICLE 1088.]

* 6 *Toullier*, } 550. Dans l'ancienne jurisprudence française,
 n° 550.1. } on distinguait entre les conditions résolutoires
 casuelles, et les conditions résolutoires potestatives. Les
 clauses par lesquelles il était convenu qu'un acte demeurerait
 nul et résolu, dans le cas où l'une des parties n'aurait pas
 rempli ses obligations, étaient considérées comme simple-
 ment comminatoires ; elles ne s'exécutaient point à la rigueur,
 et la convention n'était pas résolue par le seul accom-
 plissement de la condition dans le temps fixé par la convention,
 quand même il eût été expressément stipulé que la résolution
 serait encourue de plein droit, par la seule échéance du
 terme, sans qu'il fût besoin d'acte ni de sommation, etc.
 Quelles que fussent les expressions dont les contractants s'é-
 taient servis, leur volonté la mieux marquée était impuis-
 sante pour opérer la résolution de plein droit. Les tribunaux
 s'obstinaient à juger que ces clauses n'avaient d'effet qu'à
 l'arbitrage des juges, selon la qualité du fait et des circons-
 tances. *Voy. le Répertoire*, v° Clause résolutoire ; Pothier, du
Contrat de vente, n° 456 ; Brodeau sur Louet, lettre P, n° 50,
 etc.

Nous avons observé *suprà* que cette jurisprudence était
 marquée au coin de l'erreur la plus manifeste, destructive
 des conditions sans lesquelles les contrats n'auraient point eu
 lieu : qu'elle était attentatoire, à la foi publique, et qu'elle
 attaquait les conventions jusque dans leurs bases les plus
 sacrées.

551. Dans le droit romain, ces clauses étaient exécutées
 littéralement et à la rigueur ; la résolution s'opérait de plein
 droit. *Voy. la loi 12, Cod. de contrah. stip.*, 8, 38 ; les titres du
Digeste de lege commissoriâ, de in diem addiotione ; les com-
 mentateurs, et surtout Puga et Feijoo ; Voët, in tit. *de usuris*,
 n° 31, etc.

[ARTICLE 1089.]

* *C. N.* 1183. } La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, 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'événement prévu par la condition arrive.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS A TERME.

1089. Le terme diffère de la condition suspensive, en ce qu'il ne suspend point l'obligation, mais en retarde seulement l'exécution.

SECTION II.

OF OBLIGATIONS WITH A TERM.

1089. A term differs from a suspensive condition inasmuch as it does not suspend the obligation, but only delays the execution of it.

* *ff. De verb. oblig. Lib. 45,* } *L. 41. Eum qui kalendis janua-*
Tit. 1, L. 41, § 1 et L. 46. } *riis stipulatur, si adjiciat primis,*
 vel proximis, nullam habere dubitationem palàm est. Sed et si dicat, *secundis, vel tertiis, vel quibus aliis,* æquè dirimit quæstionem. Si autem non addat quibus januariis, facti quæstionem inducere, quid fortè senserit ; hoc est quid inter eos acti sit : utique enim hoc sequimur, quod actum est, easque adsumemus. Si autem non appareat, dicendum est quod Sabinus, primas kalendas januarias spectandas. Planè *si ipsa die kalendarum* quis stipulationem interponat, quid sequemur ? Et puto actum videri de sequentibus kalendis.

§ 1. Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, præsentî die pecunia debetur : nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verùm dies adjectus efficit, ne præsentî die pecunia debeatur. Ex quo appa-

[ARTICLE 1089.]

ret diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. (ULPIANUS).

L. 46. Centesimis kalendis dari utiliter stipulamur : quia præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

§ 1. Id autem quod in facto est, in mortis tempus conferri non potest : veluti, *Cùm morieris, Alexandriam venire spondes ?* (PAULUS).

Ibidem. } L. 41. Celui qui stipule aux calendes
Trad. de M. Berthelot. } de janvier, s'il ajoute aux premières ou
 aux prochaines, il est évident qu'il n'y a aucun doute. Et
 aussi s'il dit aux secondes, aux troisièmes, ou à toutes autres,
 il décide la question. Mais s'il n'ajoute pas à quel janvier, il
 introduit une question de fait sur ce qu'il a eu en vue, c'est-
 à-dire sur ce qui a été fait entre eux : car on cherche ce qui
 a été fait, et on s'y attache. Mais si cela ne peut se découvrir,
 il faut dire, comme Sabin, qu'il faut s'arrêter aux premières
 calendes de janvier. Mais si quelqu'un stipule le jour même
 des calendes, à quoi se décider ? Et je pense qu'il paraît s'être
 agi des suivantes.

§ 1. Toutes les fois que dans les obligations le jour n'est pas
 mis, l'argent est dû au jour de l'obligation ; à moins que l'on
 ne détermine un lieu qui exige un laps de temps pour y arri-
 ver. Mais la détermination d'un jour fait que l'argent n'est
 pas dû au jour présent. D'où il paraît que la détermination
 d'un jour est pour le prometteur et non pour le stipulateur.
 (ULPIEN).

L. 46. Nous stipulons utilement de nous donner aux cen-
 tièmes calendes, parce que l'obligation est présente et le paie-
 ment différé à ce jour.

§ 1. Ce qui consiste en un fait ne peut être remis au temps
 de la mort, par exemple lorsque vous mourrez, vous promet-
 tez de venir à Alexandrie. (PAUL).

* 2 *Pothier (Bugnet)* } 230. Le terme diffère de la condition,
Oblig., n° 230 et s. } en ce que la condition suspend l'enga-
 gement que doit former la convention : le terme, au con-

[ARTICLE 1089.]

traire, ne suspend pas l'engagement, mais diffère seulement l'exécution. 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.

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.

[ARTICLE 1089.]

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 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 : *Aliud est enim diem obligationis non venisse, 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 R. J. 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.

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. *Déclaration du 28 novembre 1712.*

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^o 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. 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 créan-

[ARTICLE 1089.]

ciers 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, suivant la règle, *Nemo ex alterius facto prægravari debet*.

De là il suit, 2^o 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.

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 l'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'aille pas en Italie avant le mois de mai, la somme pourra

[ARTICLE 1090.]

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. 10 et 11.

* C. N. 1185. } Le terme diffère de la condition, en ce qu'il
 } ne suspend point l'engagement, dont il retarde
 seulement l'exécution.

1090. Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance ; mais ce qui a été volontai- rement et sans erreur ou fraude payé d'avance, ne peut être répété.	1090. That which is due with a term of payment cannot be exacted before the expiration of the term ; but that which has been paid in advance volunta- rily and without error or fraud cannot be recovered.
--	---

Voy. *Digeste et Pothier*, cités sur art. 1089.

* ff. *De cond. et demonstr.*, Lib. 35, } L. 1, § 1. *Cum dies certus*
Tit. 1, L. 1, § 1 et L. 4, § 1. } *adscriptus est, quamvis dies*
nondum venerit, solvi tamen possunt : quia certum est ea
debitu iri. (POMPONII).

[ARTICLE 1090.]

L. 4, § 1. Si ita scriptum sit : *Si in quinquennio proximo Titio filius natus non erit, tum decem Seia heres dato*. Si Titius antè mortuus sit, non statim Seia decem deberi : quia hic articulus *tum* extremi quinquennii tempus significat. (POMPONIUS).

Ibidem. } L. 1. § 1. Lorsqu'un legs est fait sous un
Trad. de M. Hulot. } terme certain, quoique le jour ne soit pas
encore arrivé, l'héritier peut cependant le payer, parce qu'il
est certain que le legs sera dû un jour. (POMPONIUS).

L. 4, § 1. Un testateur a fait la disposition suivante : Si d'ici à cinq ans mon héritier Titius n'a point un fils, alors il donnera à Séia la somme de dix. Si Titius est mort avant l'expiration des cinq ans, le legs n'est pas dû à l'instant à Séia ; parce que ce mot *alors* désigne le terme de l'expiration des cinq ans. (POMPONIUS).

* 2 Pothier (*Bugnet*) } 546. Il est évident qu'on ne peut faire
Oblig., nos 546-7. } 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 sus-
pendue, parce que la condition sous laquelle elle a été con-
tractée, 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 conditionem
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

[ARTICLE 1090.]

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 ; 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 avant, ne serait pas libéré dans le cas de l'insolvabilité du tuteur. Voyez L. 15, ff. *de ann. leg.*

* 1 *Domat (Remy) Liv. 1, } 7. Celui qui a un terme pour*
Tit. 1, sec. 3, n° 7. } payer ou pour délivrer, ou pour
 faire autre chose, n'est pas en demeure, et ne peut être poursuivi qu'après le dernier moment du terme expiré. Car on ne peut pas dire qu'il n'ait point satisfait, jusqu'à ce que le délai entier se soit écoulé. Ainsi, celui qui doit dans une année, dans un mois dans un jour, a pour son délai tous les moments de l'année, du mois et du jour. (C. civ., 1186.)

Le débiteur à terme ne peut être contraint à l'exécution avant la révocation de ce terme, sous aucun prétexte autre que ceux admis par la loi.

* 4 *Marcadé, sur } 572. Ce qui est dû à terme ne peut être*
art. 1186 C. N. } exigé avant l'échéance du terme, et le
 terme n'est échu que quand le dernier jour du délai est expiré. La première proposition de notre article ne présente donc aucune difficulté ; mais il n'en est pas de même de la seconde, qui déclare que ce qui a été payé d'avance ne peut pas être répété.

A Rome, celui qui payait avant le terme, même par erreur et dans l'ignorance de ce terme, ne pouvait pas répéter, parce que l'action en réclamation d'une chose indûment payée, la *condictio indebiti*, étant une action de droit strict et non une

[ARTICLE 1090.]

action de bonne foi, ne pouvait être accordée qu'à celui qui se trouvait rigoureusement avoir payé ce qu'il ne devait pas, et que tel n'était pas le cas d'un débiteur à terme, puisque le débiteur à terme est actuellement débiteur et soumis à une obligation dès à présent parfaite. Pothier (n° 230) reproduisait cette doctrine. "Celui qui a promis sous condition, disait-il, n'est pas débiteur... d'où il suit que si, par erreur, il payait avant la condition, il pourrait répéter ce qu'il a payé... Au contraire, celui qui doit à terme est vraiment débiteur ; et s'il payait avant le terme, il ne pourrait répéter, parce qu'il aurait payé ce qu'il devait effectivement."

En serait-il donc ainsi sous le Code civil, et notre article entend-il refuser la répétition absolument, et sans distinction entre celui qui a payé librement, en connaissance de cause, et celui qui ne l'a fait que dans l'ignorance du terme ? Nous n'hésitons pas à répondre : Non, attendu que la décision opposée serait évidemment contraire, non-seulement aux principes de l'équité, mais aussi à l'esprit général de notre droit moderne et à l'intention des rédacteurs de notre article.

573. Quand, à la mort de mon père, je trouve un testament qui me charge de payer immédiatement 20,000 francs à Paul, et qu'après les lui avoir payés je découvre un second testament révoquant le premier et qui m'accorde deux ans pour payer ces 20,000 francs, n'est-il pas clair que j'ai procuré à Paul un avantage plus grand que celui qui lui était réellement dû, puisqu'il aurait eu en plus l'intérêt de l'argent pendant les deux années, c'est-à-dire 2,000 francs ?... La loi romaine elle-même, malgré les subtilités souvent iniques de son *strictum jus*, reconnaissait cette vérité ; car s'il est vrai, comme elle le disait, que payer trop tard c'est payer moins, *minus solvit qui tardius solvit*, il est donc vrai par là même que payer trop tôt c'est payer plus... Maintenant, que la loi romaine ne tint pas compte de ce principe d'équité dans ses contrats *stricti juris*, que nous importe à nous, dont la loi ne reconnaît que des contrats *bonæ fidei*, et déclare (art. 1134) que toutes les conventions doivent être exécutées *de bonne foi* ?

[ARTICLE 1090.]

Les principes généraux de notre droit justifient donc déjà le sens que nous donnons à notre article. Mais, en outre, cette pensée était aussi celle des rédacteurs. Car, devant le Corps législatif, l'orateur du gouvernement disait, sur cet article, "que si le débiteur a *librement*, d'avance, satisfait à son engagement, il ne serait pas juste de l'autoriser à en demander la répétition." (Fenet, XIII, p. 244.)

Il est donc certain que notre article n'entend parler que du débiteur qui a payé avec connaissance du terme et en renonçant à ce terme, et que si les rédacteurs ont reproduit tout simplement la phrase de Pothier, c'est que la proposition de cet auteur (qui embrassait, il est vrai, le cas d'erreur, mais qui ne l'embrassait que par sa relation avec la proposition écrite dans l'alinéa précédent pour l'obligation conditionnelle) devenait susceptible d'un sens moins large, du moment qu'elle se trouvait isolée comme elle l'est dans le Code.

Voy. *Marcadé*, cité sur art. 1050.

* 11 *Duranton*, } 113. Il n'y a pas de difficulté lorsque le
 n° 113 *et s.* } paiement a été fait en connaissance de cause ;
 mais les lois romaines décident la même chose dans le cas
 aussi où le paiement a été fait par erreur, attendu que le
 terme ne suspend point l'effet de l'obligation, et que dès qu'il
 y a obligation, il n'y a pas lieu à répéter ; car l'on n'a pas
 payé une chose non due. Il paraît que c'est aussi sur le cas
 de paiement fait par erreur avant le terme, que statue notre
 article 1186 ; mais on peut toutefois élever la question de
 savoir si celui qui devait une somme non productive d'inté-
 rêts, et qui t'a payée par erreur avant l'échéance du terme,
 ne peut pas, dans le droit actuel, demander au créancier, que
 celui-ci, à son choix, lui fasse raison des intérêts ou de l'es-
 compte (*interusurium*) jusqu'au jour de l'échéance, ou qu'il

[ARTICLE 1090.]

lui restitue la somme, à la charge par lui débiteur de lui donner les mêmes sûretés ?

Selon notre opinion, il le peut, mais suivant la plupart des auteurs, il n'a pas ce droit.

Il se fondent sur ce que l'action en répétition, *condictio indebiti*, quoiqu'ayant pour base l'équité, est néanmoins de droit strict, comme celle de prêt, dans laquelle le juge ne peut rien adjuger au demandeur au delà de ce qu'il a compté à l'autre partie. Aussi quelques auteurs, notamment Pothier, appellent-ils *promutuum* le quasi-contrat formé par le paiement d'une chose qui n'était pas due. Or, disent-ils, l'es-compte n'a pas été payé ; donc il n'y a pas lieu à le répéter, et il n'y a pas lieu non plus à répéter la somme qui a été réellement payée, puisqu'elle était due, quoique avec un terme.

De plus, ajoutent-ils, dans le cas du paiement fait indûment, le défendeur ne doit restituer que ce dont il a profité par suite de ce paiement, et comme il est possible qu'il n'ait retiré aucun avantage de l'anticipation, par exemple, parce qu'il a laissé la somme oisive dans sa caisse, ou parce qu'il l'a prêtée sans intérêts, il ne doit pas être forcé d'en payer de son côté, autrement il souffrirait lui-même un préjudice. Et en admettant qu'il eût prêté la somme à intérêt, comme il a couru les chances de perte par suite de la faillite des emprunteurs, ces intérêts doivent lui demeurer, d'autant mieux qu'ils proviennent tout à la fois et de son contrat et de sa chose. Enfin, comme le prêt proprement dit ne produit pas par lui-même d'intérêts, qu'il faudrait pour cela une stipulation expresse, le quasi-contrat qui naît du paiement fait indûment ne saurait en produire ; et à plus forte raison quand il n'y a pas eu de paiement fait indûment, comme dans l'espèce, puisqu'il y avait dette.

Telles sont les principales raisons données par Voët *ad Pandectas, tit. de condict. indebiti* ; par Perez *ad Codicem, eodem titulo*, et par d'autres auteurs, pour exclure la répétition de la somme comptée par anticipation, quoique par erreur, ainsi

[ARTICLE 1090.]

que la demande de l'intérêt ou escompte jusqu'au temps de l'échéance de la dette.

Pothier, dans son traité sur le quasi-contrat résultant du paiement de l'*indû*, paiement auquel, comme il vient d'être dit, il a donné le nom de *promutuum*, ajoute une autre raison à celles qui viennent d'être exposées, mais qui est sans force aujourd'hui, parce que la prémisse n'est pas en rapport avec le droit actuel. Celui, dit-il, qui ferait un véritable prêt ne pourrait stipuler des intérêts ; donc celui qui a payé sans devoir ne peut être supposé en avoir stipulé ; et, à plus forte raison, celui qui devait, mais qui a seulement payé avant l'échéance.

Si ces auteurs l'avaient restreint leur décision aux intérêts ou à l'escompte pour le temps qui s'est écoulé depuis le paiement fait par anticipation jusqu'au moment où, découvrant son erreur, celui qui a payé élève sa réclamation, nous serions parfaitement de leur avis ; car, comme dans les obligations de sommes, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit (art. 1153), et que l'on ne se trouverait dans aucun de ces cas, il est clair qu'il ne pourrait en exiger pour le temps antérieur à sa réclamation, quand même il serait démontré que le créancier en a retiré par le placement qu'il a fait de la somme. Mais il ne s'agit point des intérêts ou de l'escompte pour le temps antérieur à la réclamation ; il s'agit uniquement de l'escompte pour le temps futur et jusqu'à l'époque qui avait été fixée pour le paiement de la dette ; et nous soutenons que la prétention tendant à ce que le créancier, à son choix, fasse raison de cet escompte ou restitue la somme, à la charge pour le débiteur de lui fournir les mêmes sûretés, est une prétention fondée en équité et en parfaite harmonie avec les principes de notre législation actuelle, dans laquelle la jouissance du numéraire a une valeur réelle et forme la principale source du revenu d'un grand nombre de citoyens. D'où il faut conclure, ce qui a été vrai au surplus dans tous les temps, mais ce qui l'est encore plus particulièrement de-

[ARTICLE 1090.]

puis que l'argent peut produire licitement des intérêts en toute obligation ; d'où il faut conclure, disons-nous, que celui qui paie avant le terme, paie par cela même plus qu'il ne devait, si ce n'est quant au *quantum* de la dette en elle-même, du moins par la privation de l'avantage qu'il pouvait retirer de la somme en la plaçant à intérêt. Il est si vrai que le terme est un avantage, et que celui qui doit à terme doit moins que celui qui doit au comptant ; c'est que si une caution s'obligeait à payer à un terme plus rapproché que celui qui a été accordé au débiteur principal, elle serait censée obligée *en plus* que le débiteur, et ne devrait payer qu'au terme accordé à ce dernier ; *plus est enim statim aliquid dare ; minus est post tempus dare*. Donc payer avant le terme, c'est payer plus que l'on ne devait en réalité, puisque par là on diminue son patrimoine, et cela est si vrai que, d'après le droit romain lui-même, le créancier qui avait reçu de son débiteur insolvable un paiement avant l'échéance du terme, était obligé de faire raison de l'escompte ou intérêt à la masse. Et lorsqu'un débiteur qui, d'après la loi, devait jouir d'un délai, à la charge de donner caution, ne pouvait la fournir, il n'était tenu de payer de suite que sous la déduction de l'escompte. On en trouve des exemples dans la loi 24, § 2, ff. *soluto matrim. quemad. dos petatur*, et dans la loi 22, § 1. ff. *mandati vel contrà*.

Supposons en effet que quelqu'un ait acheté un fonds moyennant 20,000 fr., sans autre explication dans l'acte de vente ; mais que les parties, par des raisons particulières, aient cru devoir faire une contre-lettre par laquelle il a été convenu que les 20,000 fr. seraient payables au bout de six ans seulement, et sans intérêts, attendu que le prix a été fixé en conséquence ; que l'acheteur soit venu à mourir peu de temps après, et que son héritier, dans l'ignorance de la contre-lettre qui ne s'est pas trouvée avec les autres papiers du défunt, ait payé aussitôt les 20,000 fr. ; n'est-il pas évident, en pareil cas, que cet héritier a payé une somme de beaucoup supérieure à celle pour laquelle son auteur aurait obtenu la chose, s'il

[ARTICLE 1090.]

l'eût achetée au comptant, ou bien à terme mais avec intérêts ? Cela ne peut être douteux pour quiconque a la moindre idée de la manière dont se traitent les affaires. Refuser à celui qui a ainsi payé plus de cinq années avant l'échéance du terme, et qui s'aperçoit de son erreur, le droit de demander, ou la restitution temporaire de la somme, ou que le vendeur lui fasse raison de l'escompte ou intérêt à partir du moment où il élève sa réclamation, jusqu'au jour qui avait été convenu pour le paiement, c'est lui faire payer en définitive cette partie du prix qui excédait la juste valeur de la chose en supposant la vente faite au comptant, ou à terme mais avec intérêts, c'est-à-dire plusieurs 1,000 fr. de plus ; et c'est faire profiter le vendeur de sa mauvaise foi, de n'avoir pas averti le débiteur de son erreur. Or, c'est ce que nous ne saurions admettre ; selon nous, la réclamation de cet héritier est bien fondée, non seulement en équité, mais encore en droit.

114. Nous voudrions même que, dans les faillites ou déconfitures, qui rendent exigibles les dettes non échues, l'on eût égard aux époques fixées pour le paiement des dites dettes, quand elles ne sont point productives d'intérêts ; car si, par exemple, lorsque vous êtes créancier d'une somme de 10,000 francs, payable dans six ans seulement, et sans intérêts, et que je le suis d'une pareille somme qui est échue, vous retiendrez du dividende autant que moi, l'égalité n'est point observée. Votre créance ne valait pas la mienne, quoiqu'elle fût d'une somme égale ; vous ne l'auriez certainement pas vendue au même prix que j'aurais vendu la mienne, abstraction faite des sûretés qui seraient attachées à l'une ou à l'autre. Si la vôtre provient d'une vente que vous avez ainsi faite à un long terme et sans intérêts, et la mienne d'une vente aussi, mais faite au comptant, c'est que les deux objets n'étaient pas de même valeur ; on doit naturellement le supposer. Or, le système qui nous traite absolument de la même manière est un système vicieux, qui appelle l'attention du législateur, pour mettre le droit en harmonie dans toutes ses parties. La

[ARTICLE 1090.]

chose serait facile : il suffirait pour cela, dans les distributions et dans les ordres, de retrancher de chaque créance avec terme et non productive d'intérêts, une somme correspondante à l'intérêt légal jusqu'aux époques fixées pour le paiement ; cela serait tout-à-fait juste et même conforme aux principes d'une législation qui attache une grande valeur à la jouissance des capitaux. Aussi nous appelons de tous nos vœux cette amélioration ; car c'en serait une véritable.

115. Et même dans l'état actuel de la législation, ce retranchement doit avoir lieu si l'on a cumulé les intérêts futurs avec le capital, comme cela se fait quelquefois, et même assez souvent, nonobstant la prohibition de l'édit de 1673, vulgairement appelé *l'ordonnance sur le commerce*. Par exemple, si, empruntant de vous une somme de 10,000 fr. pour un an avec intérêts à cinq pour cent, vous me faites souscrire purement et simplement un billet de 10,500 fr. payable dans un an, et qu'au bout de trois mois je tombe en déconfiture ou en faillite, vous ne devez être admis à la distribution que pour le capital de 10,000 fr. par vous prêté, et pour les intérêts échus jusqu'au jour de la clôture du procès-verbal du juge-commissaire. Quant au surplus des 500 fr. ajoutés dans l'obligation pour les intérêts, vous le réclameriez *sine causâ*, attendu que votre condition ne doit pas être meilleure que celle des autres créanciers qui n'ont pas cumulé les intérêts avec le capital.

* 3 *Zachariæ (Massé et Vergé)* } Une obligation est à terme,
 p. 384. } lorsque le jour auquel elle doit
 être exécutée, ou le jour de l'échéance est déterminée à
 l'avance (1), et que ce jour n'est pas encore arrivé (2).

(1) Sur le cas où le titre détermine le jour du paiement, mais de telle façon qu'il demeure incertain si ou quand l'échéance arrivera, V. Toulhier, 6, n. 651 et s. ; Duranton, 11, n. 102. [C'est ce qui arrive quand l'événement du terme dépend d'une condition. Le droit commercial fournit dans les lettres de change ou billets à ordre payables à vue ou à un délai de vue un exemple d'un terme incertain.]

(2) Il ne faut donc pas confondre l'obligation à terme avec celle qui ne

[ARTICLE 1090.]

Une obligation est échue, *dies venit*, lorsque le jour du paiement ou de l'échéance, qu'il ait été ou non fixé d'avance, est arrivé.

Le jour de paiement déterminé d'avance s'appelle aussi délai de paiement, parce que le débiteur peut différer le paiement jusqu'au jour de l'échéance.

Le délai pour le paiement est ou un délai de droit, ou un délai de grâce, selon qu'il est fondé sur le titre de l'obligation, ou qu'il est accordé par le juge (1), art. 1244. Il n'est ici question que du terme ou délai de droit.

En général, et à moins que la loi ou le titre n'en dispose autrement, une obligation doit être immédiatement exécutée. Néanmoins, le délai de paiement peut être fixé dans le titre, non-seulement d'une manière expresse, mais encore d'une manière tacite, c'est-à-dire qu'il peut résulter de la nature de l'affaire (2).

Le délai de paiement diffère de la condition suspensive en ce qu'il ne touche point à la force juridique, mais seulement à l'exécution de l'obligation (3). Il suit de là que le débiteur

peut être exécutée par le créancier que dans un certain délai, Argou, 2, n. 253 ; Pothier, *Oblig.*, n. 225 et s. [La première, qui est seule une obligation à terme, ne peut être exécutée avant l'expiration du délai de terme ; la seconde, qui est une obligation sous la condition résolutoire d'exécution dans un certain délai, ne peut plus être exécutée après l'expiration de ce délai.]

(1) Terme de droit, terme de grâce. V. l'art. 1244.

(2) L. 75, Dig., *De verb. obl.* On peut dire que toute obligation porte en elle un terme de paiement, marqué par le temps absolument nécessaire pour l'accomplissement de l'obligation, Duranton, 11, n. 100.

(3) [De là cette conséquence remarquable que dans les obligations à terme, les risques de la chose due, s'il s'agit d'un corps certain et déterminé, pèsent sur le créancier, parce que le terme d'exigibilité ne l'empêche pas d'être propriétaire, tandis que dans les obligations conditionnelles ils pèsent en certains cas sur le débiteur. Ainsi, en cas de vente à terme ou à livrer, la perte de la chose entre les mains du vendeur avant l'échéance du terme de livraison est pour l'acheteur, alors même que le terme a été stipulé dans son intérêt, Duranton, 11, n. 103 ; Delamarre et Lepoitvin, *Contrat de commiss.* ; Massé, 4, n. 410.]

[ARTICLE 1090.]

qui a payé avant l'expiration du délai de paiement n'a aucune action en répétition de ce qu'il a payé (1), art. 1185 et 1186. V. aussi art. 1040 et s., 1182 et 1188.

Dans le doute, le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins que le contraire ne résulte du titre, ou de la loi. V. par exemple, Com., art. 146 et 187 (2). V. aussi art. 1187.

Il résulte de là :

1^o Que le créancier ne peut demander le paiement (3) avant l'échéance du terme, ni par conséquent avant le lendemain

(1) [Selon des auteurs, V. Duranton, 11, n. 113 ; et Marcadé, 4, p. 543, cette règle serait sans application au cas où le paiement aurait été fait par erreur avant l'échéance du terme. Les expressions très-générales de l'art. 1185 repoussent cette distinction : s'il ne s'appliquait pas au paiement fait par erreur, il n'aurait aucun sens, car il est bien évident, sans que le législateur ait besoin de le dire, que celui qui a volontairement et sciemment payé avant l'échéance du terme a par cela même renoncé au bénéfice du terme et ne peut exercer aucune action en répétition. Loin donc de ne pas s'appliquer au paiement anticipé fait par erreur, l'art. 1185 ne s'applique à vrai dire qu'à ce paiement, Delvincourt, sur l'art. 1185.]—Celui qui a payé avant le terme ne peut-il pas demander l'escompte ? V. Delvincourt, sur l'art. 1186 ; Duranton, 9, n. 113 et s. [Nous croyons que l'escompte n'est pas dû même à celui qui a payé par erreur une somme d'argent, parce que cette erreur ne peut préjudicier au débiteur entre les mains duquel la somme payée a pu rester improductive ; il n'en serait autrement que si les intérêts avaient été compris dans l'obligation parce que, relativement aux intérêts afférents à l'anticipation, il n'y a pas paiement anticipé mais paiement d'une chose non due, Delvincourt, sur l'art. 1185 ; Massé, 4, n. 427 et s. V. Duranton, 9, n. 113 et s.] V. Pr. art. 125 ; Toullier, 6, n. 662 et s., et 674 et s.

(2) [En général, dans les matières commerciales le terme est présumé stipulé dans l'intérêt commun du débiteur et du créancier, à moins de circonstances particulières desquelles il résulterait qu'il a été établi dans l'intérêt de l'un ou de l'autre : les commerçants ne font des opérations que pour être payés ou livrés à des époques certaines. Pardessus, *Droit comm.*, n. 199 ; Toullier, 6, n. 679 ; Massé, 4, n. 424.]

(3) De là la maxime : " qui a terme ne doit rien, " Merlin, *Rép.*, v^o *Action*, § 3, n. 1.

[ARTICLE 1090.]

du jour de l'échéance (1), art. 1186, excepté lorsque le débiteur étant commerçant a suspendu ses paiements, Com., art. 448, ou lorsque ce débiteur tombe en déconfiture (2), ou diminue par son fait les sûretés données par le contrat au créancier (3), ou lorsqu'il néglige de fournir les garan-

(1) Com., art. 161 et 162 ; Merlin, *Rép.*, v^o *Délai*. [Il suit de là que le jour de l'échéance *dies ad quem* est compris dans le terme, en ce sens que le débiteur a tout le jour pour s'acquitter, et que les poursuites ne peuvent être valablement dirigées contre lui que le lendemain. Quant au jour qui sert de point de départ au terme, *dies à quo*, il n'est pas compris dans le délai si le délai se compte par jours : l'échéance d'une obligation contractée le premier du mois et payable dans dix jours n'arrive que le 11. Mais le jour *à quo* est compris dans le délai si le terme est fixé à un ou plusieurs mois, à une ou plusieurs années, parce que le délai se compte alors de quantième à quantième ; l'échéance d'une obligation contractée le premier du mois et payable dans un mois arrive le premier du mois suivant, Massé, 4, n. 422.]

(2) Arg. art. 913 et arg. art. 124 Pr. ; Delvincourt, sur l'art. 1186 ; Toullier, 6, n. 670 ; Duranton, 11, n. 117 ; [Marcadé, sur l'art. 1188 ; Massé, 4, n. 433 ; Toulouse, 20 nov. 1835, S. V., 36, 2, 151 ; Cass., 10 mars 1845, S. V., 45, 1, 601.]

(3) Rouen, 19 fév. 1814 ; Paris, 11 fév. 1815. Lors même que les sûretés qui restent seraient suffisantes, Toullier, 6, n. 667. V. sur le cas où le débiteur aliène une partie des immeubles hypothéqués, Cass., 9 janv. 1810 et 4 mai 1812 ; Delvincourt, sur l'art. 1188. [La vente des biens hypothéqués à une créance ne peut par elle seule constituer une diminution des sûretés et entraîner la déchéance du bénéfice du terme, puisque, nonobstant la vente, l'immeuble continue à être hypothéqué à la créance. Il n'y a diminution de sûretés que lorsque la purge des hypothèques a fait cesser le droit du créancier sur l'immeuble vendu, Angers, 28 fév. 1822 ; Poitiers, 13 janv. 1830 ; Toullier, 6, n. 667 ; Duranton, 11, n. 129, et 19, n. 384 ; Troplong, *Hyp.*, n. 544.—*Contrà*, Cass., 4 mai 1812 ; Poitiers, 28 déc. 1831, S. V., 32, 2, 636 ; Pau, 23 août 1834, S. V., 35, 2, 120 ; Favard, *Rép.*, v^o *Oblig.*, sect. 3, § 1, n. 2 ; Coulon, *Quest.*, 3, p. 191, qui décident que la vente seule de l'immeuble comporte une diminution des sûretés, lors même qu'elle n'est pas suivie de la purge.]—Si les sûretés sont diminuées par un accident, le créancier a l'alternative de demander le paiement ou le complément de la sûreté. Ainsi se concilient les art. 1188 et

[ARTICLE 1090.]

ties qu'il lui a promises (1), art. 1188 ; Pr. art. 124. V. aussi art. 2131 ;

2^o Que le débiteur a, par contre, la faculté de payer même avant l'échéance du terme (2).

Si le terme a été stipulé en faveur du créancier, les propositions qui précèdent doivent être renversées (3).

* 11 *Toullier*, } 59. Mais remarquez que la répétition n'est
 nos 59-60. } accordée que sous deux conditions : la première, que la chose payée ne fût pas due ; la seconde, qu'elle ait été payée par erreur.

2131.—En ce qui touche les débiteurs solidaires, V. *Pothier*, n. 236 ; *Delvincourt*, sur l'art. 2188 ; *Com.*, art. 444. [La faillite de l'un des coobligés ne fait pas perdre aux autres le bénéfice du terme, *Duranton*, 11, n. 119 ; *Massé*, 4, n. 110. V. cependant *Bordeaux*, 6 janv. 1836, *Dalloz, Réc. pér.*, 36, 2, 98.]

(1) *Duranton*, 11, n. 125 ; *Riom*, 24 août 1810 ; *Pau*, 3 juill. 1807. V. cependant *Aix*, 16 août 1811.

(2) Si la dette porte des intérêts, il est obligé de les acquitter jusqu'au jour de l'échéance, *Duranton*, 11, n. 109 et s. V. aussi sur cette question controversée, *Toullier*, 6, n. 677. [V. la note suivante.]

(3) *Duranton*, 11, n. 105 et s. [Il est bien certain que si ce terme est stipulé en faveur du créancier, le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir son payement avant le terme, pour se dispenser d'avoir à lui payer les intérêts de la somme due ; il est également certain, selon nous, que dans la même supposition, le débiteur ne peut contraindre le créancier à recevoir le capital, même en y joignant les intérêts à courir jusqu'au jour de l'échéance, parce qu'il ne peut changer à son gré les conditions de la convention, et mettre à la charge du créancier les risques de la garde et de la conservation du capital que la convention met, jusqu'à l'échéance, à la charge du débiteur. En est-il autrement quand le terme est stipulé dans l'intérêt du débiteur ? Nous ne le croyons pas, parce que, même dans ce cas, le créancier a le même intérêt à ne pas recevoir avant l'échéance, et que, bien que la stipulation ait pu être originellement faite dans l'intérêt exclusif du débiteur, la force des choses peut faire qu'elle devienne aussi dans l'intérêt du créancier, intérêt dont celui-ci doit être le seul juge. C'est ce qui a lieu notamment dans le prêt à intérêt, *Massé*, 4, n. 425 et 426.]

[ARTICLE 1090.]

Si la chose était due, inutilement celui qui l'a payée prétendrait-il, pour la répéter, qu'il ne l'a payée que par erreur. Le créancier a, dans ce cas, une juste cause pour la retenir, puisqu'il n'a reçu que ce qui lui appartenait : *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit* (Loi 44, ff. de condict. indeb., 12, 6).

Cette cause ayant précédé le paiement, il est devenu propriétaire incommutable de la chose donnée ; il a en sa faveur titre et possession. Sur quel fondement le débiteur pourrait-il donc répéter ce qu'il devait après l'avoir payé ? Si la dette était exigible lorsque le paiement a été fait, le créancier pouvait contraindre le débiteur à payer : qu'importe donc qu'il ait payé par erreur, ou sciemment et volontairement ?

Si la dette n'était pas encore exigible, mais à terme, il pouvait avoir intérêt à ne pas payer avant l'échéance ; mais il n'en est pas moins vrai que la dette existait, l'engagement était parfait et irrévocable. " Le terme diffère de la condition, " dit l'art. 1185, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, " dont il suspend seulement l'exécution."

La chose est donc due malgré le terme ; et si c'est un corps certain, la propriété en appartient irrévocablement au créancier, avant le terme. S'il la reçoit en paiement avant l'échéance, il n'acquiert que la possession, qui, réunie à la propriété est le titre le plus fort que l'on puisse avoir. Sur quel prétexte le débiteur qui a payé pourrait-il donc fonder son droit de répétition ? Sur ce qu'en payant avant l'échéance du terme, il a payé ce qu'il ne devait pas, suivant l'axiome vulgaire, *qui a terme ne doit rien*, tiré de la loi 41, ff. de V. O. Mais cet axiome, fondé sur l'équivoque du mot devoir, ne signifie pas qu'avant le jour de l'échéance du terme, la dette ou l'obligation n'existe point, mais seulement qu'elle n'est pas exigible, que le créancier n'a point d'action pour en exiger le paiement actuel.

Il est vrai que le paiement d'avance de la chose due à terme, surtout si le terme est éloigné, peut causer quelque préjudice au débiteur, en le privant de la jouissance et des fruits de la chose. Mais ceux qui éprouvent quelque dom-

[ARTICLE 1090.]

mage ne peuvent s'adresser, pour le faire réparer, qu'à celui par la faute duquel il est arrivé (1382). Ainsi, le débiteur qui a fait la faute de payer d'avance et avant le terme, ne peut imputer qu'à lui-même le préjudice qu'il en souffre.

S'il alléguait qu'il n'a payé que par erreur, on lui répondrait que cette erreur est une faute qui est personnelle, et qui ne peut nuire qu'à celui qui l'a commise, et non pas à un créancier de bonne foi, qui n'a reçu que ce qui lui appartenait légitimement, ce qu'il ne pouvait refuser, puisqu'on peut payer avant terme, et enfin ce qu'il a peut-être déjà consommé de bonne foi : *Meum recepi*.

C'est donc avec beaucoup de raison que nos lois françaises, ainsi que le droit romain, rejettent la répétition des paiements faits avant terme : " Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme ; mais ce qui a été payé d'avance ne peut être répété " (1186). Le créancier qui a reçu d'avance n'est pas même obligé de faire raison au débiteur de l'intérêt ou des fruits, pour le temps qui s'écoulera entre le paiement et l'échéance du terme.

La disposition de l'art. 1186 s'applique au cas des longs termes, même au terme de la mort du débiteur : *Si cum moriar dare promisero, et antea solvam, repetere me non posse* : *Celsus ait quæ sententia vera est* (Loi 17, ff. de *condict. indeb.*, 12, 6.)

Il faut excepter les cas où le créancier aurait usé de dol pour induire le débiteur en erreur et le faire payer d'avance (1).

60. Il ne suffit donc pas, pour obtenir la répétition de ce qu'on a payé, de l'avoir payé par erreur lorsque la chose était due, quoiqu'à un terme très éloigné. L'art 1377 n'accorde cette répétition, comme nous l'avons déjà observé, que sous

(1). La loi 10, ff. de *condict. indeb.* est aussi conçue : "*In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.*" Cette décision était fondée en droit romain sur une raison particulière, savoir : que la *condictio indebiti* était une action de droit strict. Cette raison n'existe plus dans notre législation, mais le texte de l'art. 1186 est formel.

[ARTICLE 1091.]

deux conditions : la première, que la chose ne fût pas due ; la seconde, qu'elle ait été payée *par erreur*. L'existence de ces deux conditions est en effet nécessaire pour établir que ce paiement a été fait sans cause.

Si la chose n'était pas due, et que néanmoins celui qui savait n'en être pas débiteur l'ait payée *sciemment* et volontairement, il perd le droit de la répéter, parce qu'en ce cas, il n'est pas prouvé, il est même impossible de prouver que le paiement a été fait sans cause. Celui qui l'a fait peut avoir eu l'intention de gratifier celui qui l'a reçu. La loi le présume : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem consulto dati donatio est* (Loi 53, ff. de R. J.).

La conséquence que tirent les lois de cette présomption raisonnable, est de refuser le droit de répétition à celui qui a payé *sciemment* et non *par erreur* ce qu'il ne devait pas, et cette conséquence est naturelle : *Si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest ; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (Loi 1, ff. de condict. indeb., 12, 6).

La loi 9, *Cod. de condict. indeb.*, 4, 5, dit aussi : *Indebitum solutum sciens non rectè repelit*.

* C. N. 1186. } Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être
 } exigé avant l'échéance du terme ; mais ce qui
 a été payé d'avance, ne peut être répété.

1091. Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.		1091. The term is always presumed to be stipulated in favor of the debtor, unless it results from the stipulation or the circumstances that it has also been agreed upon in favor of the creditor.
--	--	--

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1089 et autorités sur art. 1090.

[ARTICLES 1092, 1093.]

* *C. N.* 1187. } Le terme est toujours présumé stipulé en
 } faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte
 de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi con-
 venu en faveur du créancier.

<p>1092. Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il est devenu insolvable ou en faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.</p>	<p>1092. The debtor cannot claim the benefit of the term when he has become a bankrupt or insolvent, or has by his own act diminished the security given to his creditor by the contract.</p>
---	---

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1089 et autorités sur art. 1090.

* *C. N.* 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.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

1093. Le débiteur d'une obligation alternative est libéré en donnant, ou en faisant, une des deux choses qui forment l'objet de l'obligation ; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

SECTION III.

OF ALTERNATIVE OBLIGATIONS.

<p>1093. The debtor in an alternative obligation is discharged by giving or doing one of the two things which form the object of his obligation ; but he cannot compel the creditor to accept a part of one of these things and a part of the other.</p>	<p>1093. The debtor in an alternative obligation is discharged by giving or doing one of the two things which form the object of his obligation ; but he cannot compel the creditor to accept a part of one of these things and a part of the other.</p>
--	--

[ARTICLE 1093.]

* ff. *De condit. et demonstr.*, } L. 78, § 1. Disjunctivo modo
Lib. 35, Tit. 1, L. 78, § 1. } conditionibus adscriptis, alteram
 defecisse non oberit, altera vel postea. Nec interest, in po-
 testate fuerit accipientis conditiones, an in eventum col-
 latae. (PAPINIANUS).

Ibidem. } L. 78, § 1. Lorsque deux conditions sont
Trad. de M. Hulot. } imposées à un légataire par une préposi-
 tion disjunctive, si l'une des deux a son accomplissement
 avant ou même après que l'autre aura manqué, le legs ne
 souffrira aucune atteinte ; et peu importe que ces conditions
 dépendissent du hasard, ou de la volonté de celui à qui la
 libéralité est faite. (PAPINIEN).

* ff. *De legatis, Lib. 30,* } L. 8, § 1. Si ita scriptum sit, *Lucius*
 § 1^o L. 8, § 1. } *Titius heres meus, aut Mævius heres*
meus decem Seio dato : cum ultro velit, Seius aget : ut si cum
uno actum sit, et solutum, alter liberetur : quasi si duo rei
promittendi insolidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab
altero partem petierit ? Liberum ei erit ab alterutro reliqu-
um petere. Idem erit, et si alter partem solvisset. (POMPONIUS).

Ibidem. } L. 8, § 1. Si le testateur s'est exprimé
Trad. de M. Hulot. } ainsi, je charge mon héritier Titius, ou
 mon héritier Mævius, de donner à Séius une somme de dix,
 Séius peut actionner celui des deux héritiers qu'il voudra :
 en sorte que s'il en a actionné un, et qu'il en ait été payé,
 l'autre soit libéré ; parce qu'on peut regarder ces deux héri-
 tiers comme deux débiteurs solidaires. Que faudra-t-il donc
 décider si le légataire n'a formé sa demande contre l'un des
 héritiers que pour la moitié de la somme ? Il sera le maître
 de demander le reste à l'autre. Il en sera de même si, sans
 qu'il y ait eu une demande formée, l'un des héritiers n'a payé
 que sa moitié. (POMPONIUS).

[ARTICLE 1093.]

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 245. Une obligation alternative est
Oblig., n° 245 et s. } celle par laquelle quelqu'un s'oblige à
 donner ou à faire plusieurs choses, à la charge que le paie-
 ment 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, 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, 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 disjonc-
 tive. 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, néan-
 moins il n'y a qu'une seule obligation, L. 27, ff. de leg. 2^o, qui
 peut être acquittée par le paiement de l'une de ces choses :
Alterius solutio totam obligationem interimit. Adde glos. ad L.
 25, ff. de pecun. const.

247. Le débiteur a le choix de la chose qu'il voudra payer ;
 L. 25, ff. de contr. empt. ; à moins qu'on ne soit convenu que
 ce sera le créancier qui l'aura. 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
 muids de blé, ou bien vingt écus, ou un certain arpent de
 terre, il ne pourra pas 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 quan-
 tité de blé, ou tout l'arpent de terre. Pareillement lorsque

[ARTICLE 1093.]

Le créancier a le choix, il ne peut exiger partie de l'une des choses, et partie de l'autre ; 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 versa* ; L. 21, § 6, ff. *de act. empt.*

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^o 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^o 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, *cum res sua nemini deberi possit*, il n'y a que l'autre qui me soit due.

250. Il suit, 3^o 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

[ARTICLE 1093.]

dues, l'obligation subsiste dans celles qui restent, et elles ne peuvent cesser d'être dues que par le paiement d'une.

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 ; 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^o semble contraire à cette décision. Il 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^o 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, 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 ; *d.* 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

[ARTICLE 1093.]

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 périée ; prix que le créancier ne serait pas tenu de recevoir, si les deux choses subsistaient.

252. Lorsque les deux choses sont périées 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 périée la dernière.

Lorsque la première périée 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 ; *d. 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 est périée par la faute du débiteur ; autrement cette faute lui serait nuisible, si celle qui est périée était plus précieuse. *Voyez Molin. Tr. de div. et ind. p. 2, n° 152, 154.*

254. Il suit, 4^e 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 dues 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

[ARTICLE 1093.]

mobilière. En cela l'obligation alternative diffère de l'obligation déterminée d'une certaine chose, avec faculté d'en donner une autre à la place ; *Voyez* suprâ, n^o 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 Ecoles chez les Romains ont été partagées sur cette question. Celle, qui était de l'Ecole des Proculéiens, décide en la Loi 19, ff. *de leg. 2^o* 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'Ecole des Sabinien, 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 ma-

[ARTICLE 1093.]

nière, 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 solum quantitate debiti, sed et causâ. Instit. tit. de act. § 34, 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 la 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.

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.

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

[ARTICLE 1093.]

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 Ecoles 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.

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

[ARTICLE 1094.]

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. d. 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. *d. t.* 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* pardevers le créancier, et le débiteur ne la peut répéter.

Sur l'indivisibilité du paiement des obligations alternatives, Voyez ce qui est dit *infra*, p. 3, ch. 1, art. 6, § 3.

* *C. N.* 1189, } 1189. Le débiteur d'une obligation alterna-
1191. } tive est libéré par la délivrance de l'une des
deux choses qui étaient comprises dans l'obligation.

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.

1094. Le choix appar-		1094. The option be-
tient au débiteur, s'il n'a		longs to the debtor unless
pas été expressément ac-		it has been expressly
cordé au créancier.		granted to the creditor.

[ARTICLE 1094.]

* ff. *De eo quod certo loco.* } L. 2, § 3. Scævola libro quinto-
Lib. 13, Tit. 4, L. 2, § 3. } decimo quæstionum ait : Non uti-
 que ea quæ tacità insunt stipulationibus, semper in rei esse
 potestate ; sed quid debeat, esse in ejus arbitrio : an debeat,
 non esse. Et ideo eum qui *Stichum aut, Pamphilum* promittit,
 eligere posse, quod solvat, quandiù ambo vivunt. Cæterum
 ubi alter decessit, extingui ejus electionem : ne sit in arbitrio
 ejus, an debeat, dùm non vult vivum præstare, quem solum
 debet. Quare et in proposito eum qui promisit *Ephesi, aut*
Capuz, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri
 non potuisse : semper enim alium locum electurum ; sic
 evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat. Quare putat
 posse ab eo peti altero loco, et sine loci adjectione. Damus
 igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit
 Scævola, petitozem electionem habere, ubi petat : reum, ubi
 solvat : scilicet antè petitionem. Proindè mixta, inquit rerum
 alternatio locorum alternationi, ex necessitate facit actoris
 electionem, et in rem propter locum : alioquin tollis ei actio-
 nem, dùm vis reservare reo optionem. (ULPIANUS).

Ibidem. } L. 2, § 3. Scévola, au livre quinze des
Trad. de M. Hulot. } questions, écrit au sujet de cette décision,
 qu'il ne faut pas croire que les clauses tacites d'une promesse
 alternative soient toujours au choix du débiteur. Il est vrai
 qu'il dépend du débiteur de choisir la chose qu'il aimera
 mieux devoir ; mais il n'est pas le maître de choisir s'il devra
 ou s'il ne devra pas. Ainsi un débiteur qui s'est engagé à
 fournir tel ou tel esclave, est bien le maître de choisir lequel
 il donnera, tant qu'ils vivent tous deux ; mais après la mort
 de l'un, il n'a plus la faculté de choisir : autrement il serait
 le maître de ne rien devoir, en refusant de fournir l'esclave
 vivant, qui est le seul qu'il doit alors. En conséquence, si
 dans l'espèce rapportée plus haut, celui qui s'est obligé à
 fournir une somme d'argent à Ephèse, ou un esclave à
 Capoue, était le maître de choisir l'endroit où l'action
 serait intentée, il ne pourrait être actionné nulle part : car
 il choisirait toujours l'endroit différent de celui où son cré-

[ARTICLE 1094.]

ancier l'actionnerait : au moyen de quoi il serait le maître de devoir ou de ne pas devoir. Ce jurisconsulte pense en conséquence que le créancier peut en ce cas actionner son débiteur dans l'un des deux endroits, sans faire mention du lieu. Ainsi on doit donner au demandeur le choix du lieu où il pourra former sa demande. Scévola décide en général, que c'est toujours au demandeur à choisir le lieu où il formera sa demande, et au défendeur l'endroit où il fera le paiement, au moins avant que la demande soit formée. Ainsi, dit-il, quand l'obligation est alternative par rapport à la chose due et par rapport à l'endroit, le choix appartient nécessairement au demandeur ; il est même le maître de choisir l'une des deux choses, à cause du choix qu'il a du lieu ; autrement en réservant le choix au débiteur, ou priverait le créancier de son action. (ULPIEN).

* ff. *De contrahenda emptione*, } 25. Si ita distrabatur, illa
Lib. 18, Tit. 1, L. 25. } aut illa res, utram eliget ven-
 ditor, hæc erit empta. (ULPIANUS).

Ibidem. } 25. Si la vente se fait de cette manière :
Trad. de M. Hulot. } Je vous vends l'une ou l'autre de ces deux
 choses, la chose choisie par le vendeur formera l'objet de la
 vente. (ULPIEN).

Voy. *Domat*, cité sur art. 1019, et *Pothier*, cité sur art. 1093.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 283. Ce qui est absolument indéter-
Oblig., n° 283 et s. } miné ne peut être l'objet d'une obliga-
 tion ; *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 don-
 ner un cheval, un lit garni, une paire de pistolets, sans dé-

[ARTICLE 1094.]

terminer 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.

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.

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*

[ARTICLE 1094.]

déterminatè, mais sous une espèce d'alternative, sous cette espèce de condition, *si alia res ejus generis non solvatur*.

Il suit de ces principes, 1^o 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^o que la perte des choses de ce genre qui survient depuis l'obligation, ne tombe pas sur le créancier : car les choses qui péricassent 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 ; 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

[ARTICLE 1094.]

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 fut 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. Et. qui hominem dari stipulatus est, uniem etiam ex his qui tunc stipulatori servierunt dando, promissor liberatur.*

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 solvete altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede 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, ita frustrà solvitur cujus dominium postea 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

[ARTICLE 1094.]

même chose qui a été payée au légataire ou 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 : Nod 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 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 71, 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 le 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.

285. Lorsque le débiteur d'une chose d'un certain genre a payé une certaine chose qu'il croyait par erreur être due dé-

[ARTICLE 1094.]

terminément, 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 infra, part. 3, chap. 1, art. 6, § 3.

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'ai 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 a quib. man. Si indistinctè homo sit legatus, non potest heres, quosdam manumittendo, evertere jus electionis* ; nam quodam modo 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 cou-

[ARTICLE 1095.]

siste l'obligation. C'est la différence qu'établit Dumoulin, *Tract. de div. et indiv. p. 2, n. 112, 113, 114*, entre le cas auquel le choix est donné au créancier, et le cas auquel il est donné au débiteur.

* C. N. 1190. } Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas
} été expressément accordé au créancier.

<p>1095. L'obligation est pure et simple quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être l'objet de l'obligation.</p>	<p>1095. An obligation is pure and simple although contracted in an alternative form, if one of the two things promised could not be the object of the obligation.</p>
---	--

* ff. *De solutionibus*, Lib. 46, } L. 72, § 4. Stichum aut Pam-
Tit. 3, L. 72, § 4. } philum stipulatus sum, cum
esset meus Pamphilus. Nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando : neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse, nec obligatio, nec solutio. Sed ei qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his qui tunc stipulatori servi erant, dando promissor liberatur. Vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat. Fingamus ita stipulatum : *Hominem ex his quos Sempronius reliquit, dare spondes?* cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse : nam mortuis duobus qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus ? Et magis est deficere stipulationem : nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris. (MARCELLUS).

Ibidem. } L. 72, § 4. J'ai stipulé Stichus ou
Trad. de M. Berthelot. } Pamphile, lorsque Pamphile m'appartenait. Quand même il cesserait d'être à moi, le prometteur

[ARTICLE 1096.]

n'est pas libéré en donnant Pamphile : car Pamphile ne paraît jamais avoir été l'objet ni d'une obligation ni d'un paiement. Mais quelqu'un ayant stipulé qu'on lui donnerait un homme, si on lui en donne un qui lui appartenait lorsqu'il s'est fait promettre, le prometteur est libéré. Il est vrai que, par la force de la propriété des termes, le stipulateur semble avoir demandé un esclave qui ne fût point alors à lui. Supposons que la stipulation ait été ainsi conçue, vous promettez de donner un homme de ceux que Sempronius a laissés ? Lorsque Sempronius en a laissé trois dont un appartenait au stipulateur ; si les deux autres qui n'appartenaient pas au stipulateur viennent à décéder, l'obligation subsistera-t-elle encore ? C'est ce qu'il faut examiner. Et il est plus vrai de dire que la stipulation est éteinte, à moins que l'esclave qui appartenait au stipulateur n'ait cessé de lui appartenir avant la mort des deux autres. (MARCELLUS).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1093.

* *C. N.* 1192. } L'obligation est pure et simple, quoique con-
 } tractée d'une manière alternative, si l'une des
 deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation.

1096. L'obligation alternative devient pure et simple si l'une des choses promises périt, ou ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place.		1096. An alternative obligation becomes pure and simple if one of the things promised perish, or can no longer be delivered, even through the fault of the debtor. The value of such thing cannot be offered in its place.
--	--	--

[ARTICLE 1096.]

<p>Si les deux choses sont péries ou ne peuvent plus être livrées, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer la valeur de celle qui est restée la dernière.</p>	<p>If both things have perished, or can no longer be delivered, and the debtor be in fault with respect to one of them, he must pay the value of that which remained last.</p>
--	--

* ff. *De contrah. emptione*, } L. 34, § 6. Si emptio ita facta
Lib. 18, Tit. 1, L. 34, § 6. } fuerit, *Est mihi emptus Stichus, aut Pamphilus*, in potestate est venditoris quem velit dare, sicut in stipulationibus : sed uno mortuo, qui superest, dandus est : et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur : unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est, etiam si emptoris fuit arbitrium quem vellet habere : si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset, emptum haberet, non et illud, an emptum haberet. (PAULUS).

Ibidem. } L. 34 § 6. Si la vente est conçue de cette
Trad. de M. Hulot. } manière : Je vous achète Stichus ou Pamphile pour telle somme, le vendeur est le maître de livrer l'esclave qu'il jugera à propos. Cette faculté appartient de même à celui qui est débiteur en vertu d'une stipulation. Mais si l'un des deux esclaves vient à mourir, le vendeur est obligé de donner celui qui reste. En conséquence, le vendeur souffre de la perte de l'esclave qui meurt le premier, l'acheteur souffre de la perte de celui qui meurt le second. S'ils sont morts tous deux, l'acheteur n'en devra pas moins le prix ; car il y en a toujours un qui a survécu aux risques de l'acheteur. Il faut dire la même chose dans le cas même où l'acheteur aurait la faculté de choisir celui qu'il voudrait ; pourvu qu'il n'ait pas été le maître d'acheter ou non, mais

[ARTICLE 1096.]

seulement d'avoir en conséquence de son achat l'esclave qu'il voudrait choisir. (PAUL).

* ff. De verb. oblig., Lib. 45, } 115. Ita stipulatus sum, *Te sisti*
 Tit. 1, L. 115. } *in certo loco ; si non steteris, quin-*
quaginta aureos dari spondes ? Si dies in stipulatione per
 errorem omissus fuerit, cùm id ageretur, ut certo die sisteres,
 imperfecta erit stipulatio. Non secus ac si, quod pondere,
 numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis nume-
 ri, mensuræ stipulatus essem : vel insulam ædificari, non
 demonstrato loco : vel fundum dari, non adjecto nomine.
 Quod si ab initio id agebatur, ut quocumque die sisteres, et
 si non stetisses, pecuniam dares : quasi quælibet stipulatio
 sub conditione concepta, vires habebit : nec ante committe-
 tur, quàm fuerit declaratum reum promittendi sisti non
 posse.

§ 1. Sed et si ita stipulatus fuero, *Si in Capitolium non as-*
cenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes ? non
 statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascen-
 dere, vel Alexandriam pervenire potueris : sed cùm certum
 esse cœperit te Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire
 non posse.

§ 2. Item si quis ita stipuletur : *Si Pamphilum non dederis,*
centum dare spondes ? Pegasus respondit non ante committi
 stipulationem, quàm desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus
 autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam
 homo potuit dari, confestim agendum : et tandiù ex stipula-
 tione non posse agi, quandiù per promissorem non stetit quo-
 minus hominem daret. Idque defendebat exemplo penus
 legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum,
 nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneret scripsit.
 Idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem,
 et ipsius rei natura. Itaque potest Sabini sententia recipi, si
 stipulatio non à conditione cœpit : veluti. *Si Pamphilum non*
dederis, tantum dari spondes ? sed ita concepta sit stipulatio,

[ARTICLE 1096.]

Pamphilum dari spondes ? Si non dederis, tantum dari spondes ?
 Quod sine dubio-verum erit, cùm id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo, et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, *ut sola pecunia non soluto homine debeatur*, idem defendendum erit : quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, ut pecunia petatur. (PAPINIANUS).

Ibidem. } 115. J'ai ainsi stipulé, vous vous
Trad. de M. Berthelot. } présenterez en certain lieu, et si vous ne vous présentez pas, vous promettez cinquante pièces d'or ? si dans la stipulation le jour a été omis par erreur, lorsqu'il s'agissait de vous présenter à un jour déterminé, la stipulation sera imparfaite. De même que si ce qui s'estime par le poids, le nombre, la mesure je l'ai stipulé sans ajouter le poids, le nombre et la mesure ; de même s'il s'agit de bâtir une maison sans désigner le lieu, ou de livrer un fonds sans dire comment on le nomme. Que si dès le commencement il s'agissait de vous présenter un jour quelconque, et à défaut de le faire de payer une peine : cette stipulation vaudra comme toute stipulation conditionnelle, et la peine ne sera encourue que lorsqu'il sera avéré que le prometteur ne peut se présenter.

1. Si j'ai stipulé ainsi, si vous ne montez pas au Capitole, ou si vous n'allez pas à Alexandrie, vous promettez de donner cent ? la peine n'est pas encourue aussitôt, quoique vous ayez pu monter au Capitole, ou arriver à Alexandrie ; mais seulement lorsqu'il sera certain que vous ne pourrez pas monter au Capitole ni aller à Alexandrie.

2. De même si quelqu'un a ainsi promis, si vous ne donnez pas Pamphile, vous promettez de donner cent ? Pégasus a répondu que la peine n'est pas encourue avant qu'ait cessé la possibilité de donner Pamphile. Sabin au contraire pensait que, d'après la pensée des contractants, l'action était ouverte aussitôt que l'homme a pu être donné ; et que l'on ne peut agir en vertu de la stipulation, tant qu'il n'a pas tenu au prometteur de livrer l'esclave. Et il le soutenait par l'exemple d'un legs de provisions de bouche. Car Mucius a écrit que

[ARTICLE 1096.]

l'héritier, s'il avait pu donner les provisions de bouche et ne les avait pas données, était tenu à l'instant de payer l'argent légué. Et cela est reçu en droit pour l'utilité de la chose à cause de la volonté du défunt et la nature même de la chose. C'est pourquoi l'avis de Sabin peut être suivi si la stipulation n'a pas commencé par la condition, comme celle-ci, si vous ne donnez pas Pamphile, vous promettez de donner tant ? Mais si la stipulation est ainsi conçue, vous promettez de donner Pamphile, et si vous ne le donnez pas, vous promettez de donner tant ? Ce qui sera vrai sans aucun doute, lorsqu'il est prouvé que l'intention a été que si l'homme n'était pas donné, on donnerait et l'homme et l'argent. Mais même s'il a été stipulé que l'homme n'étant pas livré, on ne devrait que l'argent, il faut soutenir la même décision ; puisque l'on prouve que la volonté des contractants a été que l'homme soit livré ou l'argent demandé. (PAPINIEN.)

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1094.

* ff. *De solutionibus*, Lib. 46, } 95. *Stichum aut Pamphilum*,
 Tit. 3, L. 95. } *utrum ego velim, dare spondes ?*
 Altero mortuo, qui vivit solus petetur : nisi si mora facta sit
 in eo mortuo quem petitor elegit : tunc enim perinde solus
 ille qui decessit, præbetur, ac si solus in obligationem deduc-
 tus fuisset.

§ 1. Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest, æquè peti poterit. Enimvero si factio debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri æstimatio potest, si fortè longè suit velior : quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est.

Tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit : cum illo in tempore

[ARTICLE 1096.]

quo moriebatur, non commisserit stipulationem. Sanè quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. Aliter quàm in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit : quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodùm tenebatur, si debitor sine herede decessisset. (PAPINIANUS).

Ibidem. } 95. Vous promettez de donner Stipulationem. }
Trad. de M. Berthelot. } chus ou Pamphile, celui que je voudrai ? L'un des deux étant mort, celui qui vit sera seul demandé, à moins que l'on n'ait mis du retard à donner le mort qu'avait choisi le demandeur : car alors celui-là seul qui est décédé doit être fourni, comme s'il avait été seul l'objet de l'obligation.

§ 1. Que si le choix appartenait au prometteur, l'un des deux étant mort, celui qui reste pourra également être demandé. Mais si l'un des deux est mort par le fait du débiteur, lorsque le choix lui appartenait, quoiqu'en attendant on ne puisse demander que celui qui peut être payé, le débiteur de son côté ne pourra pas offrir l'estimation du défunt, si par hasard elle était beaucoup trop vile ; parce que cela est établi pour le demandeur, afin de punir le débiteur. Cependant, si encore l'autre esclave meurt dans la suite sans la faute du débiteur, on ne pourra aucunement le poursuivre en vertu de la stipulation ; parce que ce dernier, dans le temps qu'il mourait, n'a pas donné ouverture à la stipulation. Mais comme la fraude ne doit pas rester impunie, c'est avec raison que l'on pourra recourir à l'action du dol. Il en sera autrement du fidéjusseur qui a tué un homme promis, parce qu'on a contre le fidéjusseur l'action de stipulation ; de même qu'on l'aurait si le débiteur était décédé sans héritier. (PAPINIEN.)

Contrà. Consultez Loi 47, § 3 De legat.—Rousseau de La-combe, v^o Alternative, n^o 2.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1093.

[ARTICLE 1097.]

* *C. N.* 1193. } L'obligation alternative 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 périées, 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.

1097. Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix a été déferé par la convention au créancier :

Ou bien l'une des deux choses a péri ou ne peut plus être livrée : et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier aura celle qui reste ; mais si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou la valeur de celle qui est périée ;

Ou les deux choses ont péri ou ne peuvent plus être livrées : 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 la valeur de l'une ou de l'autre à son choix.

1097. When, in the cases provided for in the last preceding article, the option has been granted by the contract to the creditor :

Either one of the two things has perished or can no longer be delivered, and then, if it be without the fault of the debtor, the creditor shall have the one which remains, but if the debtor be in fault, the creditor may demand the thing which remains or the value of the other ;

Or both things have perished or can no longer be delivered, and if the debtor be in fault with regard to both or either of them, the creditor may demand the value of the one or of the other at his option.

[ARTICLES 1098, 1099.]

* *C. N.* 1194. } Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déferé par la convention au créancier ;

Ou l'une des choses seulement est périée ; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste ; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périée ;

Qu les deux choses sont périées ; 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.

1098. Si les deux choses ont péri, l'obligation est éteinte dans les cas et sous les conditions prévus en l'article 1200.		1098. If both things have perished, the obligation is extinguished in the cases and subject to the conditions provided in article 1200.
---	--	---

* *C. N.* 1195. } Si les deux choses sont périées sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302.

1099. Les règles contenues dans les articles de cette section s'appliquent aux cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative, ou lorsqu'elle a pour objet de faire ou de ne pas faire quelque chose.		1099. The rules contained in the articles of this section apply to cases where the alternative obligation comprises more than two things, or has for its object to do or not to do some thing.
--	--	--

[ARTICLE 1100.]

* *C. N.* 1196. } Les mêmes principes s'appliquent au cas où
 } il y a plus de deux choses comprises dans
 l'obligation alternative.

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

§ 1. *De la solidarité entre les créanciers.*

1100. La solidarité entre les créanciers donne à chacun d'eux le droit d'exiger l'exécution de l'obligation en entier et d'en donner quittance au débiteur.

SECTION IV.

OF JOINT AND SEVERAL OBLIGATIONS.

§ 1. *Of joint and several interest among creditors.*

1100. A joint and several interest among creditors gives to each of them singly the right of exacting the performance of the whole obligation and thereupon of discharging the debtor.

* *ff. De duobus reis constit.*, } *L. 1. Qui stipulatur, reus stipu-*
Lib. 45, Tit. 2, LL. 1 et 2. } *landi dicitur : qui promittit, reus*
promittendi habetur. (MODESTINUS).

L. 2. Cùm duo eadem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso jure et singuli insolidum debentur, et singuli debent. Ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio. (JAVOLENUS).

Ibidem. } *L. 1. Celui qui stipule est dit le con-*
Trad. de M. Berthelot. } *tractant stipulant, et celui qui promet,*
le contractant promettant. (MODESTINUS).

L. 2. Lorsque deux personnes ont promis ou ont stipulé le même argent, de plein droit et chacun d'eux est obligé, et chacun d'eux oblige solidairement. C'est pourquoi par la demande, par l'acceptilation d'un seul, toute l'obligation est dissoute. (JAVOLÉNUS).

[ARTICLE 1100.]

* *Cod. De duobus reis stipul.*, } 1. Si duos pluresve rei cujus-
Lib. 8, Tit. 40. } dam traditione conventionem
 in solidum interint : cuicumque eorum, quandiù res in ea-
 dem causa permanserit, si casus obtulerit, actio in solidum
 competit.

Proposit. 3 non. decembris, Maximo II et Aquilino Coss. 266.
 (IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS).

2. Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cùm sint
 duo rei promittendi ejusdem pecuniæ, à quo velit. Et ideo si
 probaveris te conventum in solidum exsolvisse : rector pro-
 vinciæ juvare te adversus eum, cum quo communiter mu-
 tuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.

Sancit. 5 calend. martii, Diocletiano III et Maximiano AA.
 Coss. (IDEM).

Hoc ita, si pactum fuerit speciale unumquemque teneri in
 solidum : et si alter inops sit in solidum, vel in partem, ut
 id saltem ab altero petatur : vel si absens sit. Cùm enim
 ambo adsunt, per judicem producuntur, negotiumque com-
 muniter examinatur, et sententia communiter infertur. Quod
 fiet per administrationem, si judex sit delegatus. Sin autem
 non convenerint specialiter, ex equo sustinebunt onus. Sed
 et si convenerint ut uterque eorum sit obligatus : si ambo
 præsentés sint, et idonei simul cogendi sunt ad solutionem.
 (IN AUTHENT. NOV. 99, CAP. 1).

3. Exprimere debueras tuis precibus, utrumne in partem,
 an in solidum singuli vos obligaveritis, ac duo rei promit-
 tendi extiteritis : cùm si quidem ab initio unusquisque pro
 parte sit obligatus, egredi contractus fidem non possit. Si vero
 in solidum, electio rescripto adimi non debeat.

Sancit. idib. april. Bizantii, AA Coss. (IMPP. DIOCLETIANUS ET
 MAXIMIANUS).

4. Propter mutuam uni datam pecuniam aliis reis promit-
 tendi factis, ob non numeratam sibi pecuniam obligationem
 remitti desiderio postulantium jura refragantur.

Sancit. 5 id. februarii, Sirmii, cc. Coss. (IDEM).

5. Cùm quidam rei stipulandi certos habebant reos promit-

[ARTICLE 1100.]

tendi, vel unus fortè creditor duos vel plures debitores habebat, vel econtrario multi creditores unum debitorem, et alii ex reis promittendi ad certos creditores debitum agnoverunt, vel per solutionem, vel per alios modos, quos in anterioribus sanctionibus interruptionis invenimus positos; et nos amplivimus, vel fortè ad unum creditorem quidam ex debitoribus devotionem suam ostenderunt: vel cùm plures essent creditores, debitor, qui solus existeret, ad unum ex his vel quosdam debitum agnovit: et quærebatur si eis vel ei daretur licentia adversus alios indevotionem suam exercere, et quasi tempore emenso exactionem recusare, vel quibusdam ex debitoribus debitum agnoscentibus, vel in judicio pulsatis, deberent et alii ab omni contradictione repelli: nobis pietate suggerente videtur esse humanum, semel in uno eodemque contractu qualicunque interruptione vel agnitione adhibita, omnes simul compelli ad persolvendum debitum, sive plures sint rei, sive unus: sive plures sint creditores, sive non amplius quàm unus. Sancimusque in omnibus casibus, quos noster sermo complexus est, aliorum devotionem, vel agnitionem, vel ex libello admonitionem aliis debitoribus præjudicare, et aliis prodesse creditoribus. Sit itaque generalis devotio, et nemini liceat alienam indevotionem sequi: cùm ex una stirpe unoque fonte unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit.

Datum calend. septemb. Constantinopoli, post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. 531. (IMP. JUSTINIANUS).

Ibidem. } 1. Lorsque deux ou plusieurs ont
Trad. de M. P. A. Tissot. } droit, à raison de la tradition d'une
 chose quelconque, de poursuivre quelqu'un, chacun pour le
 tout, l'action leur compète à chacun pour le tout, tant que la
 chose reste dans le même état.

Fait le 3 des nones de décembre, sous le deuxième consul.
 de Maxime et le premier d'Ellen. 286. (LES EMP. DIOCLÉTIEN
 ET MAXIMIEN).

2. Lorsque deux personnes sont obligées solidairement à un
 créancier, ce dernier peut exiger la dette de celui d'entre eux

[ARTICLE 1100.]

qu'il lui plaira de choisir. En conséquence si vous prouvez qu'ayant été poursuivi vous avez payé la totalité de la dette, le président de la province n'hésitera pas de vous aider contre celui qui a reçu en commun avec vous la somme prêtée.

Fait le 5 des calend. de mars, sous le troisième consul. de l'empereur Dioclétien et le premier de l'empereur Maximien (IDEM).

L'application de la loi précédente doit avoir lieu dans le cas où il a été convenu par un pacte spécial que chacun des débiteurs pourrait être actionné pour le tout, afin que le créancier puisse exiger toute la dette dans le cas de l'insolvabilité ou de l'absence de l'un d'entre les débiteurs. Lorsqu'ils sont tous les deux présents, ils doivent tous les deux être appelés devant le juge, intervenir tous les deux dans le jugement et condamnés ou acquittés tous les deux par la même sentence ; ce qui doit être fait par l'administrateur, si l'affaire est portée devant un juge délégué. S'il n'y a pas eu de pacte spécial, ils ne doivent être tenus chacun que pour la moitié. S'ils sont poursuivis comme étant obligés l'un et l'autre, ils doivent tous les deux être contraints au paiement s'ils sont présents et solvables. (AUTHENTIQUE EXTRAITE DE LA NOVELLE 99, CH. 1).

3. Vous auriez dû dire dans votre requête si vous êtes obligés chacun pour une partie ou chacun pour le tout : car si, par le contrat originaire, chacun de vous n'est obligé que pour une partie, on ne peut, au mépris de la convention, vous poursuivre solidairement ; mais si par ce même contrat vous êtes chacun obligé pour le tout, le créancier ne peut par un rescrit être privé de la faculté de poursuivre celui d'entre vous qu'il juge à propos.

Fait à Bysance, pendant les ides d'avril, sous le consulat des mêmes empereurs. (LES EMP. DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

4. Les lois s'opposent à ce que lorsqu'un seul ayant reçu l'argent, d'autres ont promis solidairement avec celui qui l'a reçu de le rendre, ces derniers soient exempts d'être poursuivi-

[ARTICLE 1100.]

vis, s'il arrive que la somme ne soit pas rendue comme il a été convenu.

Fait à Sirmium, le 5 des ides de février, sous le consul. des Césars. (IDEM).

5. Une dette est due solidairement à plusieurs créanciers par plusieurs débiteurs, ou un créancier à deux ou plusieurs débiteurs solidaires, ou au contraire plusieurs créanciers ont un débiteur commun pour la même dette ; quelques-uns des débiteurs reconnaissent la dette à l'égard de quelques-uns des créanciers, soit en payant, soit par toute autre manière, jugée capable par les lois déjà existantes que nous confirmons, d'interrompre les prescriptions ; ou dans le second cas quelques-uns d'entre les débiteurs ont reconnu la dette à l'égard du créancier commun ; ou dans le troisième cas, le seul débiteur qui existe l'a reconnue à l'égard seulement de l'un ou de quelques-uns des créanciers. On doutait, au sujet de ces espèces, s'il devait être permis à celui ou ceux d'entre les débiteurs qui ont payé la dette commune, de poursuivre les autres à raison de la portion de la dette qu'ils ont payée pour eux, sans que ceux-ci pussent leur opposer la prescription ; ou si quelques-uns seulement des débiteurs ayant reconnu la dette ou ayant été poursuivis en justice, la prescription était également interrompue à l'égard des autres qui n'ont ni reconnu la dette ni été poursuivis. Quant à nous, nous pensons que l'équité exige que lorsque la prescription a été interrompue à l'égard de l'un ou de quelques-uns de ceux qui sont obligés par le même contrat, elle soit censée interrompue à l'égard de tous, dans le cas où il existe un ou plusieurs débiteurs, comme dans celui où il existe un ou plusieurs créanciers. Nous ordonnons donc que dans tous les cas dont il a été parlé ci-dessus, la prescription soit interrompue à l'égard de tous les débiteurs, lorsqu'elle l'a été expressément à l'égard de l'un ou de quelques-uns d'entre eux, soit par le paiement ou une nouvelle reconnaissance, ou enfin par poursuites judiciaires ; qu'ils soient tous généralement tenus de payer, et que l'in-

[ARTICLE 1100.]

justice des uns ne soit point pour les autres un prétexte pour se repentir d'avoir rempli leurs engagements.

Fait à Constantinople, pendant les cal. de septembre, après le cons. de Lampadius et d'Oreste. 531. (EMP. JUSTINIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*), { 285. Régulièrement lorsque quel-
Oblig., n° 258 et s. { qu'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. On appelle ces créanciers
correi credenti, correi stipulandi.

259. On peut apporter pour exemple de cette obligation so-
 lidaire, 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 livres. L'héri-
 tier 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.* 2. Cette soli-
 dité entre plusieurs créanciers est un usage très-rare parmi
 nous : il ne faut pas la confondre avec l'indivisibilité d'obli-
 gation, dont nous parlerons *infra*.

260. Les effets de cette solidité entre créancier, sont, 1° que
 chacun des créanciers étant créancier du total, peut par con-
 séquent demander le total ; et si l'obligation est exécutoire,
 contraindre le débiteur pour le total. 2° La reconnaissance de
 la dette faite envers l'un des créanciers, interrompt la pres-
 cription pour le total de la dette, et par conséquent profite
 aux autres créanciers ; L. *fin. Cod. de duobus reis.* 3° Le

[ARTICLE 1100.]

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. *Ex duobus reis stipulanti, 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 : *Acceptatione unius tollitur obligatio ; L. 2, ff. de duob. reis.*

* 2 Domat (*Remy*), liv. 3, Tit. 3, } Il y a deux manières dont
 et sec. 3, du même titre. } il peut se faire que deux ou
 plusieurs personnes soient débiteurs d'une même chose.
 L'une dans le cas où tous ensemble doivent le tout, mais de
 sorte que chacun n'en doive qu'une portion. Et l'autre dans
 le cas où tous doivent tellement le tout, que chacun puisse
 être contraint de l'acquitter seul.

C'est cette seconde manière qu'on appelle solidité, qui donne au créancier le droit d'exiger la dette entière de celui seul des débiteurs qu'il voudrait choisir. Ce droit peut s'acquérir en deux manières : ou par l'effet d'une convention, comme si plusieurs empruntent une somme, et s'obligent solidairement envers le créancier qui ne prête qu'à tous, et à cette condition de la solidité, ou par la nature même de la

[ARTICLE 1100.]

dette, comme si plusieurs personnes ont commis quelque crime, quelque délit, ou causé du dommage par quelque faute qui leur soit commune. Car en ce cas, comme c'est le fait de chacun qui a causé le dommage, ils sont tous tellement obligés à le réparer, que chacun d'eux en est tenu seul. Et la complicité du crime ou du délit, ou la part qu'il a dans la faute, l'en rend coupable, le rend par conséquent responsable du tout.

On ne parlera dans ce titre que de la solidité dans les conventions ; et les règles qu'on en expliquera suffiront pour l'autre, selon qu'elles peuvent s'y rapporter, et particulièrement à la solidité qui peut naître de fautes sans crime ni délit et qui sont une des matières de ce dessein, dont on a traité dans le titre huitième du livre second.

Cette solidité ne s'entend qu'en ce qui regarde l'intérêt du créancier, et n'empêche pas qu'à l'égard des débiteurs entre eux la dette ne se divise, selon ce que chacun en doit porter pour sa portion.

Comme une dette peut être solidaire de la part des débiteurs envers le créancier, il peut y avoir aussi une autre sorte de solidité d'une dette due à plusieurs créanciers, soit par un seul, ou par plusieurs débiteurs, si la condition de la dette est telle que, comme chacun des débiteurs obligés solidaire peut être contraint seul de payer le tout chacun des créanciers entre qui se trouve la solidité, ait seul le droit d'exiger la dette entière, et d'en décharger le débiteur envers tous les autres.

1. La solidité entre plusieurs créanciers n'a pas cet effet, que chacun d'eux puisse se rendre propre la dette entière, et en priver les autres ; mais elle consiste seulement en ce que chacun a droit de demander et recevoir le tout, et le débiteur demeure quitte envers tous, payant à un seul. (C. civ. 1197.)

De ce que deux vendeurs ont vendu solidairement, il ne s'ensuit pas que leurs actions rescisoires contre la vente soient *indivisibles*. Si un des vendeurs est déchu du droit d'attaquer la vente, la conservation de ce droit dans son co-vendeur ne profite pas au premier.

[ARTICLE 1100.]

2. Cette solidité dépend du titre qui peut la donner, et de ce qui peut marquer que ce qui se trouve dû à plusieurs personnes soit dû à chacun d'eux solidairement. Ainsi, lorsque deux personnes prêtent une somme, ou vendent un fonds, ils peuvent traiter de telle manière que le paiement pourra être fait à l'un des deux seuls : et ils seront solidairement créanciers, ou de l'argent prêté, ou du prix de la vente. Mais s'il était dit simplement qu'un débiteur devrait une somme à deux créanciers, sans que rien marquât la solidité, chacun ne pourrait demander que sa portion. (C. civ. 1198.)

3. Si de deux ou plusieurs créanciers, dont chacun peut demander le tout et le recevoir, l'un fait la demande, le paiement ne pourra être fait aux autres sans lui. Car il a déterminé le débiteur à ne pas payer sans qu'il y consente : et il se pourrait faire que ceux qui ne demandent pas eussent perdu leur droit.

4. Lorsqu'un des créanciers d'une même dette peut seul et demander le tout et le recevoir, il peut aussi innover la dette, et en faire une délégation ; car il pouvait acquitter le débiteur, et donner même quittance sans rien recevoir. Mais ce créancier doit rendre compte aux autres de ces changements.

5. Si, de plusieurs personnes qui ont un même droit, l'un agit en justice, sa demande interrompt pour tous la prescription. (C. civ. 1199.)

Lorsque l'un de plusieurs cohéritiers est autorisé à gérer les affaires de la succession, les actes conservatoires qu'il fait, et notamment les inscriptions qu'il prend, profitent à tous les héritiers.

6. L'usage que peut faire un des créanciers du droit de demander seul et de recevoir le tout, ne peut nuire aux autres, et il doit leur rendre compte de la manière dont il aura usé de ce droit. (C. civ. 1197.)

C'est une suite de la nature de cette espèce de solidité entre créanciers ; car ils n'ont pas laissé leur dette au hasard à qui d'entre eux pourrait s'en faire payer.

[ARTICLE 1100.]

3 *Zachariæ (Massé et Vergé)* } Tout créancier solidaire doit
 p. 350 et s. } être considéré individuelle-
 ment, par rapport au débiteur, comme étant seul créan-
 cier (1).

De là les conséquences suivantes :

1^o L'exception de division de la dette ne peut être opposée au créancier solidaire (2), art. 1197 ;

2^o Le débiteur a la faculté de faire le paiement à l'un ou l'autre des créanciers solidaires, excepté dans le cas où l'un d'eux a déjà exercé contre lui des poursuites à fin de paiement (3), art. 1198 ;

(1) [Aux termes de l'art. 1197, l'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque 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 bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers. Cette rédaction semble supposer que l'indivisibilité de l'obligation est la règle, et la divisibilité l'exception, tandis que c'est le contraire qui a lieu. V. Marcadé, sur cet article. Il est à remarquer d'ailleurs que la libération qui résulte du paiement fait à l'un des créanciers solidaires ne résulte pas pareillement des autres modes d'extinction de l'obligation. V. *inf.*, dans ce paragraphe.— Il ne faut pas confondre avec le créancier solidaire celui qui, sans être créancier, figure néanmoins au contrat comme ayant qualité pour recevoir le montant intégral de la dette : ce qui a lieu, lorsqu'en contractant avec le créancier on stipule que la chose ou la somme due sera payée, soit entre ses mains, soit entre celles de telle autre personne désignée au contrat ; cette personne n'a qualité pour recevoir que comme mandataire du créancier et comme indiquée au débiteur pour la commodité de l'un et de l'autre. C'est ce que les anciens docteurs appelaient un *adjectus solutionis causâ*.]

(2) Toutefois cette conséquence ne peut être étendue aux héritiers d'un créancier solidaire, qui peuvent, au contraire, invoquer la règle *nomina hereditaria ipso jure inter heredes divisa sunt*, Pothier, n. 324 ; Delvincourt, sur l'article 1199.

(3) [Cette limite à la faculté du débiteur de se libérer entre les mains de tel créancier plutôt que dans les mains de tel autre a été empruntée au droit romain : *Ex duobus reis stipulandi si semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit*, L. 16, Dig., *De duobus reis*. Mais

[ARTICLE 1100.]

3° L'extinction de l'obligation vis-à-vis de l'un des créanciers solidaires devrait libérer le débiteur vis-à-vis de tous les autres (1). Cependant, en droit français, le créancier solidaire n'étant considéré que comme le mandataire des autres créanciers, et comme investi simplement à ce titre du pouvoir d'accepter le paiement (2), il s'ensuit que le débiteur n'est libéré de la dette que s'il s'acquitte en totalité vis-à-vis de l'un des créanciers solidaires (3), ou si la dette est totalement éteinte

cette règle, qui s'expliquait par l'effet particulier que l'on attribuait à Rome à la demande en justice ou à la *litis contestatio*, qui était d'éteindre l'action envers tous les créanciers et d'opérer une novation au moyen de laquelle le débiteur n'était plus tenu envers le poursuivant que des suites de l'*actio iudicati*, ne se comprend plus aujourd'hui que les actions n'ont pas le même effet qu'en droit romain, et ne sont qu'un moyen d'obtenir par voie d'autorité le paiement que le débiteur ne fait pas volontairement. Cette disposition, fort peu logique, doit donc être restreinte plutôt qu'étendue, et il semble que si, même après l'action intentée par l'un des créanciers solidaires, un autre créancier se présentait au débiteur porteur du titre constitutif de l'obligation et lui demandait le paiement, le paiement fait entre les mains de ce créancier serait libératoire à l'égard des autres, celui qui est porteur du titre ayant seul pouvoir de toucher, Massé, 5, n. 20.—A plus forte raison si deux ou plusieurs créanciers solidaires dirigeaient successivement des poursuites contre le débiteur, celui-ci pourrait-il payer à l'un de ces créanciers à son choix ; il ne serait pas nécessaire, pour que le paiement fût libératoire, qu'il fût fait entre les mains de celui qui le premier aurait intenté l'action. *Ibid.*—*Quid* si le débiteur a été poursuivi en paiement de sa dette, dès avant le jour de l'échéance ? [Il ne nous semble pas douteux que tant que la poursuite n'a pas été déclarée prématurée par jugement, elle fait obstacle à la libération du débiteur.] V. Favard, *loc. cit.*, § 1, n. 3.

(1) [Tel était le principe admis en droit romain.] L. 2, Dig., *De duobus reis*.

(2) [Delvincourt, sur l'art. 1198 ; [Marcadé, sur l'art. 1198 ; Rodière, n. 2 et s ; Massé, 5, n. 15.]

(3) [La question de savoir si et dans quelle mesure un paiement partiel fait à un créancier opère libération partielle au profit des autres créanciers dépend de celle de savoir si et quand le créancier qui a reçu doit compte à ses cocréanciers du paiement partiel qu'il a reçu. V. sur ce point *inf.*, note 14.]

[ARTICLE 1100.]

par une compensation qui s'est opérée vis-à-vis de l'un des créanciers solidaires (1), art. 1197 ; mais que la remise de la dette (2), la novation (3) consentie par un des créanciers, le serment déferé ou prêté (4), ou le jugement obtenu contre

(1) *Compensatio est instar solutionis*. Delvincourt, *loc. cit.*, est d'une opinion contraire, [et nous croyons que c'est la bonne. Pour compenser une créance il faut en être propriétaire. Or, un créancier solidaire, mandataire de ses cocréanciers, pour toucher la créance totale, n'en est propriétaire que pour sa part : cette créance ne peut donc se compenser que pour sa part avec les sommes dont il serait redevable envers le débiteur, Massé, 5, n. 28 ; Marcadé, sur l'art. 1198.—*Contrà*, Rodière, n. 16.—Il en est de même, et par les mêmes motifs de la confusion, Marcadé, sur l'art. 1198. V. cependant Rodière, n. 17.]

(2) [Le droit romain avait une règle contraire : *acceptilatioe unius tota solvitur obligatio*. Cette règle est fondée sur le droit absolu que chaque créancier avait sur la créance. Mais le droit français, plus équitable, ne donnant à chaque créancier qu'un mandat qui peut servir mais qui ne peut nuire aux mandants, il en résulte que le créancier solidaire ne peut, pas plus que tout autre mandataire, faire la remise de l'obligation qu'il a le pouvoir de faire exécuter. Néanmoins s'il s'agissait d'une remise de dette faite par un concordat après faillite du débiteur, cette remise serait opposable à tous les créanciers solidaires, bien qu'un seul d'entre eux eût pris part au concordat. L'homologation du concordat le rendant obligatoire pour tous les créanciers, absents ou présents, consentants ou refusants, les créanciers solidaires qui seraient liés par ce concordat, lors même qu'aucun d'eux n'y aurait consenti, ne peuvent se trouver dans une meilleure position, parce que l'un d'eux y a pris part, Massé, 5, n. 24 ; sauf leur droit d'y former opposition, Com., art. 512 ; Rodière, n. 20.]

(3) Maleville, sur l'art. 1199 ; Duranton, 2, n. 551 ; [Marcadé, sur l'art. 1198 ; Rodière, n. 21 ; Massé, 5, n. 26. La novation peut être, en effet, considérée comme une remise de la dette, puisqu'elle l'éteint par le changement qu'elle opère, soit dans l'essence même de l'obligation, soit dans la personne du débiteur ou du créancier.]

(4) [Il en était encore autrement en droit romain : *In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit*. L. 28, Dig., *De jurejur*. Mais en droit français les motifs qui interdisent à un créancier de rien faire qui nuise aux autres empêchent qu'on ne puisse opposer aux uns le serment prêté ou déferé par un autre, art. 1365 ; Rodière, n. 28 ; Massé, 5, n. 25.]

[ARTICLE 1100.]

l'un d'eux (1), ne libèrent le débiteur que jusqu'à concurrence de la part du créancier solidaire qui était partie dans l'acte ou dans l'instance, art. 1198, alin. 2, 1365 et argument de ces articles. Il est à remarquer d'ailleurs que le créancier solidaire dont le droit est éteint ne peut invoquer à son profit la persistance du droit des autres créanciers solidaires (2). Néanmoins l'interruption de la prescription par un des créanciers solidaires, ou sa suspension par rapport à l'un d'eux, profitent également aux autres créanciers solidaires (3), art. 1199.

(1) Duranton, 11, n. 175 et s. ; [Rodière, n. 27 ; Massé, 5, n. 26.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 1198. Suivant cet auteur, le jugement obtenu par le débiteur contre un des créanciers a son effet pour la créance entière, puisque ce jugement se trouve rendu contre tous les créanciers représentés par celui qui avait mandat d'agir pour eux. Mais nous croyons que cette dernière opinion ne doit pas être suivie : si un créancier peut, en agissant, faire meilleure la condition de ses cocréanciers, il ne peut la faire pire.— De là il suit que le jugement obtenu par un des créanciers solidaires profite aux autres, Rodière, *loc. cit.* Mais la transaction impliquant une renonciation à un droit ne peut être opposée à ceux des créanciers qui n'y ont pas été partie, Duranton, 11, n. 177 ; Massé, 5, n. 28.]

(2) [Jugé en ce sens que de ce que deux vendeurs ont vendu solidairement, il ne s'ensuit point que leurs actions rescisoires contre la vente soient indivisibles. Si donc l'un des vendeurs est déchu du droit d'attaquer la vente, la conservation du droit dans la personne de l'autre vendeur ne profite pas au premier,] Cass., 30 mai 1814.

(3) L. ult. C. *De duobus reis* ; Maleville et Delvincourt, sur l'art. 1199 ; Duranton, 11, n. 180 et s. [D'après ces auteurs, il en serait de la suspension de la prescription comme de son interruption ; la prescription suspendue vis-à-vis de l'un des créanciers le serait également vis-à-vis des autres. C'est une erreur. Aux termes de l'art. 1199, tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires profite aux autres ; et cela se conçoit, parce que l'interruption est le résultat d'un acte fait par le mandataire tant dans son intérêt que dans l'intérêt de mandants, et qui doit, par conséquent, profiter aux mandants. La suspension, au contraire, est le résultat d'un fait personnel à celui au profit de qui elle a lieu ; par exemple, d'un fait de minorité ou d'interdiction, et si elle s'opère au profit du mandataire, elle ne peut évidemment profiter aux mandants, Merlin, *Rép.*, v^o *Prescription*, sect. 1, § 7, art. 2, et *Quest.*, *cod. verb.*, § 14 ; Troplong, *Prescript.*, n. 739 ; Marcadé, sur art. 1179 ;

[ARTICLE 1100.]

Le créancier solidaire qui a touché la totalité de la dette, et ne s'est pas borné à recevoir seulement sa part, est également tenu d'admettre les autres créanciers solidaires au partage de ce qu'il a reçu (1).

Rodière, n. 25 ; Massé, 5, n. 30.]— L'interruption de la prescription au profit de l'un des héritiers d'un créancier solidaire ne l'interrompt pas au profit des autres héritiers, art. 2249 ; Favard, *loc. cit.*, § 1, n. 5 ; Duranton, *loc. cit.* [V. aussi le paragraphe suivant, note 6.]

(1) Le Code n'établit nulle part expressément cette règle ; et les arguments que l'on peut tirer de certains articles du Code, de l'art. 1122, par exemple, ne sont pas non plus décisifs. V. L. 62, Dig., *Ad legem Falcid...* Néanmoins cette règle est la conséquence du principe qui fait du créancier le mandataire de ses créanciers, *correum credenti esse mandatarium ceterorum ad solutionem recipiendam*, principe qui résulte d'une manière certaine de l'ensemble des dispositions de la matière, Toullier, 6, n. 227 ; [Massé, 5, n. 21.]—*Contra*, Duranton, *Des cont.*, 2, n. 542. [Mais cette dernière opinion ne doit pas être suivie. En effet, de ce que le paiement fait à l'un des créanciers solidaires libère le débiteur envers les autres, il en résulte que les droits que les autres créanciers avaient contre le débiteur libéré se retournent contre le créancier qui a reçu la créance commune, et que ce créancier doit leur rendre compte des valeurs qu'il a touchées, lesquelles sont divisibles entre tous les ayants droit par portions égales, s'il n'y a conventions contraires. Suivant Vinnius, sur le § 1 des *Institut, De duob reis*, le créancier solidaire qui avait reçu le total de la créance commune devait, même en droit romain, qui avait sur ce point des règles fort diverses, y faire participer les autres créanciers, *æquitalis causâ*. C'est cette équité qui est devenue notre règle.—Mais c'est une question plus grave que celle de savoir si le créancier qui n'a exigé et reçu que sa part doit admettre les autres créanciers à y participer, dans le cas où l'insolvabilité du débiteur viendrait à l'empêcher de payer aux autres. Il faut distinguer. Dans les cas ordinaires, et spécialement en matière de solidarité conventionnelle, le créancier solidaire qui a la faculté de demander et de recevoir toute la créance a aussi, bien évidemment, le droit de ne demander que sa part, parce que le mandat que les créanciers sont présumés s'être donné réciproquement n'a rien de forcé, et qu'il ne dispense ni les uns ni les autres de veiller à leurs intérêts particuliers. Dans ce cas, le créancier solidaire qui, en recevant sa part, n'a reçu que pour lui n'a aucun compte à rendre aux autres créanciers. Mais en matière de société, et lorsqu'il s'agit de la solidarité légale des associés qui, dans le silence de l'acte social, ont le pouvoir et

[ARTICLE 1101.]

* C. N. 1197. } L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers lorsque 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 bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

<p>1101. 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.</p> <p>[Néanmoins si l'un des créanciers fait remise de la dette, le débiteur n'en est libéré que pour la part de ce créancier. La même</p>	<p>1101. The debtor has the option of paying to either of the joint and several creditors, so long as he is not prevented by a suit instituted by one of them.</p> <p>[Nevertheless, if one of the creditors release the debt, the debtor is discharged for the part only</p>
---	---

le devoir d'administrer l'un pour l'autre, et conséquemment de toucher les créances sociales, il faut décider que toute somme touchée par un associé est nécessairement partageable entre tous les coassociés, bien que cette somme ne représente que la part de l'associé qui l'a touchée. La raison en est que la société étant une personne morale, ceux qui sont engagés envers elle ne sont pas précisément les débiteurs des individus qui la composent, mais de cette personne morale : d'où la conséquence que lorsque les débiteurs font un paiement à l'un des associés en sa qualité de représentant légal de la société, le paiement total ou partiel est réputé fait à la société, et que l'associé qui reçoit doit compte de ce paiement à la société, ou, ce qui revient au même, aux associés, Massé, 5, n. 22. V. cependant Rodière, n. 33.—Il suit de ce qui précède que lorsque le débiteur a payé sa part à un créancier qui ne doit pas compte aux autres créanciers de ce qu'il a reçu, le débiteur n'est libéré dans aucune proportion vis-à-vis de chacun des autres créanciers pris individuellement ; mais que lorsque le créancier qui a reçu sa part en doit compte aux autres créanciers, le débiteur est libéré envers ces derniers jusqu'à concurrence de leur part dans la somme payée. V. *sup.*, note 6]

[ARTICLE 1102.]

règle s'applique à tous les cas où la dette est éteinte autrement que par le paiement réel, sauf les règles applicables aux sociétés de commerce.]	of such creditor. The same rule applies to all cases in which the debt is extinguished otherwise than by actual payment ; subject to the rules applicable to commercial partnerships.]
--	--

Voy. autorités sur art. 1100.

* *ff. De duobus reis const.*, } 16. Ex duobus reis stipulandi si
Lib. 45, Tit. 2, L. 16. } semel unus egerit, alteri promissor offerendo pecuniam, nihil agit. (GAIUS).

Ibidem. } 16. De deux costipulants, si une fois
Trad. de M. Berthelot. } l'un a fait des poursuites, le prometteur offrant de l'argent à l'autre ne fait rien pour sa libération. (GAIUS).

* *C. N. 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.

1102. Les règles qui concernent l'interruption de la prescription à l'égard des créanciers solidaires sont énoncées au titre <i>De la Prescription.</i>	1102. The rules concerning the interruption of prescription in relation to joint and several creditors are declared in the title <i>Of Prescription.</i>
---	--

Voy. autorités sur art. 1100.

[ARTICLE 1103.]

* C. N. 1199. } Tout acte qui interrompt la prescription à
 } l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

§ 2. De la solidarité de la part des débiteurs.

1103. Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun d'eux puisse être séparément contraint à l'exécution de l'obligation entière, et que l'exécution par l'un libère les autres envers le créancier.

§ 2 Of debtors jointly and severally obliged.

1103. There is a joint and several obligation on the part of the codebtors when they are all obliged to the same thing, in such manner that each of them singly may be compelled to the performance of the whole obligation, and that the performance by one discharges the others toward the creditor.

* ff. De duobus reis const., Lib. 45, § 1. Ubi duo rei Tit. 2, L. 3, § 1 et L. 11, § 1 et 2. } facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti. Hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum insolidum sit obligatus, possitque ab alterutro peti : et partes autem à singulis peti posse, nequam dubium est : quemadmodum et à reo, et fidejussore petere possumus. Utique enim, cum una sit obligatio, una et summa est : ut sive unus solvat, omnes liberentur : sive solvatur ab altero, liberatio contingat. (ULPIANUS).

L. 11, § 1. Cum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatos, neque adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent, virilem partem singuli stipulari videbantur.

§ 2. Et è contrario cum ita cautum inveniretur, Tot aureos rectè dari stipulatus est Julius Carpus : spondimus ego Antoninus, Achilleus et Cornelius Dius, partes viriles deberi : quia

[ARTICLE 1103.]

non fuerat adjectum singulos insolidum spondidisse, ita ut duo rei promittendi fierent. (PAPINIUS).

Ibidem. } L. 3, § 1. Lorsqu'il y a deux copro-
Trad. de M. Berthelot. } mettants on peut demander la totalité
 même à un seul. Car c'est la nature de l'obligation des copromettants, que chacun d'eux soit obligé solidairement, et que l'on puisse demander à un seul ; et il n'est pas douteux que l'on peut demander une partie à chacun, de même que l'on peut demander une partie au principal obligé, et une partie au fidéjusseur. Car, comme il n'y a qu'une obligation, il n'y a de dû qu'une somme : de sorte que, si un d'eux paye, tous sont libérés, et si le paiement est fait par l'autre il y a de même libération. (ULPIEN).

L. 11, § 1. Comme il était écrit dans un acte, que celui-ci et celui-là avaient stipulé cent pièces d'or, et qu'il n'avait pas été ajouté que l'intention était qu'il y eût deux costipulants solidaires, il paraissait que chaque stipulant ne l'était que pour une portion virile.

§ 2. Et dans l'espèce contraire comme l'on trouvait convenu, Julius-Carpus est convenu de donner tant de pièces d'or ; nous avons promis, moi Antonin, Achille et Cornélius-Dius ; on devra des parts viriles : parce qu'il n'avait pas été ajouté que chacun avait promis la solidité de manière à être coobligés. (PAPINIEN).

Voy. autorités sur art. 1100.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 261. Une obligation est solidaire de
Oblig., n^o 261 et s. } 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.

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

[ARTICLE 1103.]

en ce que l'obligation d'une même chose contractée envers plusieurs personnes, 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'elles 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.

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 conditions, ou a pris un temps de paiement ; ou s'ils se sont obligés à payer en différents lieux ; 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

[ARTICLE 1103.]

siens 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 personà, propria singulorum consistit obligatio* ; d. L. 9, §, 2. L'obligation est une par rapport à son objet, 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. 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.

Pareillement, si la dette solidaire procède d'un délit com-

[ARTICLE 1103.]

mis par quatre particuliers, chacun est bien débiteur solidaire vis-à-vis de la personne contre qui le délit a été commis ; mais entre eux chacun est débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'est-à-dire, chacun pour son quart.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1112.

* 2 *Domat (Remy) Liv. 3,* } 1. La solidité entre les débiteurs
Tit. 3, sec. 1, nos 1-2. } est l'engagement qui oblige chacun
 d'eux envers les créanciers pour la dette entière. (C. civ. 1200.)

Quand deux débiteurs se sont obligés solidairement, la déclaration faite dans l'acte par l'un des débiteurs qu'il cautionne l'autre et que celui-ci a seul profité de la somme prêtée, cette déclaration ne concerne que les débiteurs entre eux, et ne déroge nullement à l'obligation solidaire.

2. L'obligation de deux ou plusieurs débiteurs qui promettent une même chose, n'est pas solidaire, si on ne l'exprime. Et chacun ne devra que sa portion. Et il en serait de même, si deux ou plusieurs témoins étaient condamnés en justice à une même chose, et qu'ils ne fussent pas condamnés solidairement. Car, dans le doute, les obligations s'interprètent en faveur de ceux qui sont obligés. (C. civ. 1201.)

3 *Zachariæ (Massé et Vergé)* } Chaque débiteur solidaire
p. 353 à 361. } doit être considéré individuel-
 lement vis-à-vis du créancier comme seul débiteur (1).

(1) [Il y a solidarité entre les débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière à ce que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier, non à raison seulement de la chose due, auquel cas l'obligation serait simplement indivisible, V. *inf.*, § 533, mais en vertu soit du titre constitutif de l'obligation, soit de la loi, art. 1200.—On admet deux sortes de solidarité entre les débiteurs : la solidarité parfaite et la solidarité im-

[ARTICLE 1103.]

Il peut donc y avoir solidarité, bien que les débiteurs solidaires soient obligés d'une autre manière l'un que l'autre (1), art. 1201.

Le créancier ayant plusieurs débiteurs solidaires peut poursuivre l'un ou plusieurs d'entre eux, à la fois ou en même

parfaite. La solidarité parfaite, qui est la solidarité vraie et proprement dite, est celle qui produit tous les effets attachés par la loi à cette espèce d'obligation. La solidarité imparfaite, au contraire, ou l'obligation *in solidum* tout en obligeant chacun des débiteurs pour le tout, ne produit pas cependant tous les effets de la solidarité légale. Cette division présente, selon nous, dans la pratique de très-sérieuses difficultés, surtout pour distinguer les obligations solidaires parfaites des obligations solidaires imparfaites ; et il nous semble que les auteurs qui ont cherché à préciser les caractères des unes et des autres en sont arrivés à confondre la solidarité imparfaite avec l'indivisibilité, V. Marcadé, 2, p. 465, et sur l'art. 1201 ; Rodière, n. 168 et s. —V. au surplus la note suivante, et *inf.*, note 6.]

(1) Ainsi, de deux débiteurs solidaires, l'un peut être obligé purement et simplement, et l'autre conditionnellement. De même, il peut y avoir pour l'un stipulation d'un délai de paiement qui n'est point accordé à l'autre ; et si, dans ce cas, l'un des débiteurs est obligé de payer avant l'autre, art. 1188, cela ne nuit pas à l'autre contre lequel celui qui a payé ne peut recourir qu'après l'échéance du terme qui le concerne. Duranton, 11, n. 189. V. aussi Delvincourt, sur l'art. 1201 ; [Marcadé, sur le même article Rodière, n. 40 ; Massé, 5, n. 33.—Rien n'empêche non plus que les codébiteurs solidaires puissent être obligés par des actes successifs, pourvu que la même obligation soit imposée aux uns et aux autres, Marcadé, sur l'art. 1201 ; Massé, 5, 34. On trouve un exemple de cette solidarité dans l'obligation du tireur et des endosseurs successifs d'une lettre de change. Mais il est à remarquer que dans le cas d'obligations successives, et spécialement en matière de lettre de change ou de billets à ordre, la solidarité des obligés successifs est une solidarité imparfaite, en ce sens que si les coobligés successifs sont les garants les uns des autres, de telle sorte que celui à qui s'adresse le porteur peut recourir contre tous ceux qui le précèdent, ils ne sont pas tous également tenus les uns pour les autres, et ne sont pas les mandataires les uns des autres, Massé, 5, n. 86. V. aussi Marcadé, *loc. cit.*, et Rodière, n. 39.—On verra *inf.*, note 6, une application remarquable de cette règle.]

[ARTICLE 1103.]

temps, sans que l'exception de division puisse lui être opposée (1), art. 1203 et 1204. V. cependant art. 2025 et s.

Tous les débiteurs solidaires pris dans leur ensemble doivent aussi être considérés comme ne faisant qu'un seul débiteur vis-à-vis du créancier, à moins que la capacité juridique de l'un des débiteurs ou la faute qui lui est imputée ne le placent dans une position exceptionnelle.

Il suit de ce qui précède que le paiement fait par un seul des débiteurs solidaires libère tous les autres, art. 1200. Il en résulte également que si la chose due périt par la faute de l'un des débiteurs solidaires ou pendant que l'un des débiteurs solidaires est en demeure, le créancier continue d'avoir un recours contre chacun des débiteurs solidaires pour la valeur de la chose, mais il n'est fondé à réclamer des dommages-intérêts que de celui qui est en faute ou en retard (2), art. 1205. V. art. 1302.

(1) [C'est-à-dire sans que le débiteur contre lequel la demande est formée puisse demander que la condamnation à laquelle il est exposé soit restreinte à sa part dans la dette commune, et sans que le créancier soit obligé de se pourvoir pour le surplus contre les autres débiteurs, Pothier, n. 270 ; Marcadé, sur l'art. 1203. Mais le débiteur poursuivi pour le tout peut appeler ses codébiteurs en garantie, de même que ceux-ci peuvent intervenir, Bordeaux, 19 août 1826.—Réciproquement, le créancier peut diviser sa demande entre les débiteurs ; ceux-ci ne peuvent le contraindre à agir contre eux par voie d'action solidaire ; cependant si l'un des débiteurs offrait au créancier de lui payer la dette tout entière, le créancier serait tenu d'accepter l'offre et de cesser sa poursuite divisée, quel que fût d'ailleurs l'intérêt qu'il pourrait avoir à diviser une dette hypothécaire. Bordeaux, 14 avril 1825 ; Cass., 15 mars 1827.]—Si un débiteur solidaire, laisse plusieurs héritiers, ceux-ci sont solidairement tenus, mais chacun seulement pour sa part et portion, Pothier, n. 288 ; Delvincourt, sur l'art. 1205 ; Toullier, 6, n. 747. V. art. 2249.

(2) [Les codébiteurs solidaires étant réputés mandataires les uns des autres, la faute de l'un est réputée la faute de l'autre, d'où la conséquence que même vis-à-vis de celui qui n'est pas personnellement en faute, la perte de la chose par la faute ou pendant la demeure d'un de ses codébiteurs ne peut être considérée comme extinctive de l'obligation,

[ARTICLE 1103.]

Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (1), art. 1206 et 2249.

art. 1302. Mais, d'un autre côté, les conséquences directes de la faute étant personnelles, celui-là seul qui l'a commise peut être tenu des dommages-intérêts, Pothier, n, 271.]

(1) [C'est là une conséquence de la nature et de l'unité de l'obligation solidaire, *sunt enim duo correi unâ obligatione constricti*, d'Argentré, sur Bretagne, art. 266, n. 3.—Du reste, il est à remarquer que la prescription est interrompue contre tous, non-seulement par des poursuites proprement dites, dirigées contre un des débiteurs, mais encore, aux termes de l'art. 2279, par tous les actes qui ont pour effet d'interrompre la prescription une fois acquise à tous les débiteurs est définitif ; et lorsqu'il survient un fait qui relève le créancier de la prescription vis-à-vis seulement de l'un des débiteurs, la prescription n'en reste pas moins opposable par les autres, Limoges, 19 dec. 1842, S. V., 43, 2, 495 ; Vazeille, *Prescr.*, 2, n. 241 ; Troplong, 2, n. 629 ; Massé, 5, n. 120. Et spécialement, lorsque la prescription de la dette est acquise, la reconnaissance de l'un des débiteurs solidaires ne préjudicie aucunement à ses coobligés. Paris, 8 pluv. an X ; Trolong. *loc. cit.*—Ce qui vient d'être dit de l'interruption de la prescription ne s'applique pas à la suspension de la prescription, qui, étant le résultat d'une circonstance personnelle au débiteur relativement auquel elle a lieu, ne peut profiter aux autres, V. *sup.*, § 527, note 13.—On s'est demandé, dans une matière fort analogue à la prescription, si, lorsqu'un jugement par défaut a été rendu contre plusieurs codébiteurs solidaires, l'exécution dans les six mois du jugement à l'égard de l'un d'eux empêche la péremption à l'égard des autres, art. 156 Pr. Les uns, assimilant la péremption à la prescription, se prononcent pour l'affirmative. V. Montpellier, 20 août 1810 ; Riom, 6 août 1821 ; Cass., 7 déc. 1825 ; Toulouse, 22 août 1826 ; Paris, 22 mars 1827 et 14 août 1828 ; Toulouse, 8 déc. 1830 ; Pau, 16 août 1837, S. V. 38, 2, 345 ; Cass., 2 fév. 1841, S. V., 41, 1, 417 ; Bourges, 7 juill. 1842, S. V., 44, 2, 9 ; Agen, 19 jan. 1849, S. V., 49, 2, 137 ; Cass., 4 fév. 1852, S. V., 52, 1, 320 ; Merlin, *Rép* v° *Péremption*, sect. 2, § 1, n. 12 ; Favard, v° *Jugement*, sect. 1, § 13, n. 5 ; Delvincourt, 2, p. 713 ; Carré et Chauveau, n. 643 ; Thomines, *Proc. civ.*, 1, n. 187 ; Reynaud, *Pérempt*, n. 158 ; Boncenne, *Théor. de la Proc.*, 3. p. 69 ; Devilleneuve, *Coll. nouv.*, 3, 2, 336 ; Rodière, n. 116. Les autres, ne voyant dans l'exécution qu'un moyen de conservation des droits du créancier vis-à-vis du débiteur contre lequel ils exécutent, se prononcent pour la négative. V. Limoges, 14 fé. 1822 ; Paris, 1^{er} mars

[ARTICLE 1103.]

De même en ce qui touche les intérêts moratoires. V. aussi l'art. 1152, la mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous (1), art. 1207.

1826 ; Nîmes, 28 nov. 1826 et 24 janv. 1829 ; Amiens, 7 juin 1836, S. V., 36, 2, 499 ; Paris, 8 mai 1837 et 3 mars 1838, S. V., 38, 2, 343 ; Toulouse, 6 avril 1840, S. V., 40, 2, 370 ; Vazeille, 1, n. 258 ; Troplong, 2, n. 630. Nous croyons que ces deux opinions extrêmes sont trop absolues, et que pour résoudre la question il faut distinguer entre le cas où la solidarité des parties condamnées par défaut résulte d'une convention ou d'un titre antérieur au jugement, et celui où le principe de la solidarité résulte du jugement même ; en d'autres termes, entre le cas où le jugement ne fait qu'appliquer une solidarité reconnue et non contestée, et celui où le jugement condamne solidairement des codébiteurs qui prétendaient n'être pas solidaires. Dans le premier cas, l'exécution du jugement par défaut contre l'une des parties n'empêche pas à l'égard des autres la péremption, qui n'est qu'une sorte de prescription, parce que la solidarité existant entre elles, indépendamment de la condamnation qui la prononce, et n'étant pas en question, doit produire tous les effets qui sont dans sa nature. Mais dans le second cas, quand le jugement reconnaît l'existence de la solidarité en prononçant une condamnation solidaire contre des débiteurs qui déclinent la solidarité, il est évident que le jugement par défaut n'étant un titre contre les parties défailtantes que sous la condition qu'il sera exécuté dans les six mois, le titre s'évanouit si cette condition n'est pas remplie, et que par conséquent le jugement ne devient un titre et ne peut être exécuté solidairement que contre les parties à l'égard desquelles la condition est remplie, Massé, 5, n. 123.—La même question s'est également présentée pour l'acquiescement donné par un des débiteurs à un jugement par défaut rendu contre eux, et on s'est encore demandé si cet acquiescement empêche la péremption à l'égard des autres codébiteurs. La même divergence existe entre les auteurs et les arrêts,

(1) Duranton, 11, n. 259, lors même que la mise en demeure ne viendrait que de l'un des créanciers solidaires. V. *ibid.*, n. 181. [Il est bien évident, du reste, que l'art. 1207 ne peut être appliqué qu'à ceux des débiteurs vis-à-vis desquels la dette était exigible au moment de la mise en demeure ou de la demande ; et que si l'un des débiteurs n'était tenu qu'à terme ou sous condition, ce n'est qu'à dater de l'échéance du terme ou de l'événement de la condition qu'il devrait les intérêts moratoires ; mais il est bien évident aussi qu'il les devrait de plein droit à partir de ce jour sans nouvelle mise en demeure, Marcadé, sur l'art. 1207 ; Rodière, n. 92.]

[ARTICLE 1103.]

Chaque débiteur solidaire peut opposer toutes les exceptions qui se fondent soit sur la nature de l'obligation, soit sur la nature du titre de la dette, ou qui sont communes à tous les débiteurs solidaires ; mais il ne peut opposer celles qui sont personnelles à d'autres débiteurs, c'est-à-dire celles

les uns décidant que l'acquiescement empêche la péremption, Pothier, 7 janv. 1830, Bordeaux, 9 août 1833, S. V., 34, 2, 137 ; Cass., 14 avril 1840, S. V., 40, 1, 491 ; les autres refusant cet effet à la péremption. Caen, 14 déc. 1827 ; Paris, 2 mars 1829 ; Amiens, 7 juin 1836, S. V., 36, 2, 499. Nous croyons qu'un des codébiteurs ne pouvant, par son fait, nuire aux autres, l'acquiescement qu'il donne au jugement par défaut n'empêche la péremption qu'à son égard.—Il en est de même de la chose jugée résultant soit de ce qu'un jugement n'a été rendu que contre un des débiteurs poursuivi pour la totalité de la dette, soit de ce que l'un des débiteurs a acquiescé au jugement rendu contre tous, ou a laissé expirer les délais d'appel. C'est en ce sens qu'il a été décidé que la chose jugée contre un codébiteur solidaire n'est pas la chose jugée contre les autres codébiteurs étrangers au jugement, et que ceux-ci peuvent opposer la prescription au créancier, malgré l'existence d'un jugement qui aurait écarté la même exception invoquée par leur débiteur, Cass., 15 janv. 1839, S. V., 39, 1, 97 ; Limoges, 19, déc. 1842, S. V., 43, 2, 495 ; Duranton, 13, n. 520 ; Rodière, n. 109.—*Contra*, Merlin, *Quest.*, v° *Chose jugée*, § 18, n. 2 et 3 ; Toullier, 10, n. 202, 203, Chauveau et Carré, n. 645.—Quant à l'appel interjeté par ou contre un débiteur solidaire, il profite à ses codébiteurs ou peut leur être opposé, s'ils étaient encore dans les délais pour appeler ou si les délais d'appel n'étaient pas encore expirés contre eux. V. pour l'appel interjeté par un débiteur solidaire, Colmar, 11 mars 1807 ; Turin, 9 mars 1811 ; Cass., 30 mars 1825 ; Bourges, 23 décembre 1825 ; Toulouse, 2 février 1828 ; Cass. 13 juillet 1830 ; Poitiers, 24 juin 1831, S. V., 31, 2, 295 ; Paris, 6 février 1841, D. P., 41, 2, 127. V. pour l'appel interjeté contre un débiteur solidaire, Bordeaux, 4 avril 1829 ; Cass., 20 juill. 1835 ; Caen, 26 juin 1837, S. V., 38, 2, 20 ; Limoges, 18 nov. 1847, S. V., 48, 2, 92 ; Cass, 5 juill. 1852, S. V. 52, 1, 741. V. au surplus, sur les différentes questions auxquelles peut donner lieu la solidarité en matière d'appel, Chauveau sur Carré, n. 1565 ; Talandier, *De l'appel*, n. 258 et s. ; Rodière, n. 113 et s., 122 et s.—Une remarque importante à faire, c'est que les règles qui précèdent sur l'effet des actes interruptifs ou conservatoires, pour ou contre les débiteurs solidaires, ne s'appliquent qu'à la solidarité parfaite, mais non à la solidarité imparfaite ou aux simples obligations *in solidum*. V. *sup.*, note 1, V. aussi

[ARTICLE 1103.]

qui se rapportent à la capacité juridique des autres débiteurs solidaires ou au mode particulier de leur obligation (1), art. 1201 et 1208. V. art. 1294.

Rodière, n. 170 et s. La question peut se présenter surtout en matière de lettres de change et de billets à ordre. Sans doute, alors s'il s'agit de la solidarité de ceux qui ont conjointement souscrit ou conjointement endossé une lettre de change, cette solidarité, qui est une solidarité parfaite, entraîne contre les coobligés toutes les conséquences qui sont dans la nature des obligations solidaires. Mais s'il s'agit de la solidarité qui existe entre le souscripteur, le tireur et les endosseurs successifs, il en est autrement. En effet, la solidarité de ces divers signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre n'est pas la solidarité ordinaire et parfaite, parce que la lettre de change ou le billet à ordre constitue relativement à chacun des signataires successifs, non une obligation commune qui puisse se diviser entre eux, mais une obligation distincte et personnelle. Il suit de là que le porteur qui agit contre l'un d'eux n'est pas réputé agir contre les autres, puisque le coobligé qui est poursuivi pour ce qu'il doit n'est pas poursuivi pour ce que doivent les autres ; qu'il ne saurait dès lors être réputé leur mandataire, et que conséquemment il ne les représente pas, Massé, 5, n. 125. C'est en ce sens qu'il a été jugé qu'un jugement de condamnation obtenu contre un tireur ou contre un endosseur ne conserve pas au porteur son action contre un endosseur qui est étranger au jugement, Toulouse, 23 fév. 1827 ; Vazeille, *Prescript.*, 2, p. 629 ; Massé, *ibid.*—*Contrà*, Horson *Quest.*, 2, p. 197 ; E. Persil, *Lettre de ch.*, p. 497.]

(1) Pigeau, 1, p. 193 ; Delvincourt, sur l'art. 1208 ; Toullier, 6, n. 737 et s. ; Duranton, 11, n. 220 ; Favard. *loc. cit.*, § 2, n. 6. [L'art. 1208 porte que le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs, mais qu'il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs. On a fait remarquer avec raison que cette division des exceptions en trois catégories, celles qui résultent de la nature de l'obligation, celles qui sont communes à tous les codébiteurs, et celles qui sont personnelles à quelques-uns des débiteurs, manquait d'exactitude, parce que les exceptions résultant de la nature de l'obligation se confondent nécessairement avec les exceptions communes ou personnelles : ce qui réduit les exceptions dont il est ici question à deux classes ; les exceptions communes et les exceptions personnelles, lesquelles se subdivisent en exceptions person-

[ARTICLE 1103.]

Chaque débiteur solidaire peut aussi attaquer seul et sans le concours des autres le titre de l'obligation (1), V. d'autres conséquences du même principe dans les articles 1280 et s., 1284, et s., et 1655.

Le créancier a, du reste, la faculté de diviser la dette solidaire, c'est-à-dire de la convertir en une dette répartie par

nelles proprement dites et en exceptions purement personnelles. Les exceptions communes peuvent être invoquées par tous ; les exceptions purement personnelles à l'un d'eux ne peuvent être invoquées par les autres. Les exceptions personnelles proprement dites sont celles qu'un seul peut opposer pour le tout, mais que ses coobligés peuvent opposer pour sa part seulement, V. Marcadé, sur l'art. 1208.—On entend par exceptions communes, celles dont l'effet est indivisible, qui ont pour résultat, en attaquant l'obligation dans son essence, de profiter à toutes les parties, ou qui se réfèrent à la généralité de l'obligation ou à l'engagement de tous les codébiteurs. Telles sont les exceptions prises soit du défaut de cause dans l'obligation, soit de ce que la cause est illicite, soit de ce que le contrat a pour objet une chose hors du commerce. Duranton, 11, n. 220 ; Marcadé, *loc. cit.*, Massé, 5, n. 131.—On entend par exceptions personnelles celles qui proviennent d'une cause personnelle à l'un des codébiteurs et qui n'affectent que son engagement. Celles qui tiennent à la validité de l'engagement ou à la qualité du débiteur sont purement personnelles ; telle est l'exception prise du dol, de la violence ou de l'erreur dont l'un des codébiteurs aurait été victime, qui ne peut être invoquée que par lui, qui n'a d'autre résultat que de faire qu'il y ait un débiteur de moins, et qui n'empêche pas les autres codébiteurs de continuer à être tenus pour le tout ; telle est encore l'exception qui serait fondée sur l'incapacité de l'un des coobligés, Toullier, 6, n. 737 ; Massé, *ibid.*, n. 132.—Les exceptions personnelles qui ne tiennent pas à la validité de l'engagement ou à la qualité du débiteur, mais à une cause d'extinction de l'obligation, sont personnelles proprement dites.—Telle est la compensation de ce qui est dû à l'un des codébiteurs solidaires qui ne peut être opposée par les autres codébiteurs que pour la part et portion dont le premier est tenu dans la dette commune, mais qui peut être opposée

(1) Lorsque, par exemple, deux personnes ont vendu un fonds *in solidum*, l'un des vendeurs peut attaquer le contrat, seul et sans le concours de l'autre. Cass., 30 mai 1814. Le contraire a été jugé par la Cour de Bordeaux, le 4 août 1836, S. V., 37, 2, 100. Mais cette dernière solution ne doit pas être suivie.

[ARTICLE 1103.]

tête entre tous les débiteurs. Mais cette division ne se présume pas (1) et lorsqu'elle a lieu ses effets doivent être, autant que possible, restreints par l'interpréta-

par lui pour le tout, art. 1294 ; Toullier, *ibid* ; Duranton, 12, n. 429 et s.; Marcadé, sur l'art. 1294 ; Rodière, n. 79 et s.; Massé, *ibid.*, n. 133 — Telle est encore la remise de la dette qui, constituant généralement une exception commune, ne peut être invoquée pour le tout que par le débiteur à qui elle a été faite, quand elle n'a été faite qu'à lui personnellement, et ne peut être invoquée par les autres que pour la part et portion du débiteur auquel la dette a été remise, Marcadé, sur l'art. 1208 ; Rodière, n. 72 ; Massé, *ibid.*, n. 136 et s.—La confusion produit des effets analogues, en ce sens que lorsque l'un des débiteurs devient héritier du créancier, ou lorsque le créancier devient héritier de l'un des débiteurs, la confusion qui s'opère entre les deux qualités n'éteint la créance que jusqu'à concurrence de la part et portion du débiteur ou du créancier, art. 1209 ; Marcadé, sur cet article ; Rodière, n. 83 et s.; Massé, *ibid.*, n. 135.—Quant à la novation, c'est toujours une exception commune ; par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés]

(1) [En effet, cette division entraîne une renonciation à la solidarité. La division peut néanmoins être consentie tacitement vis-à-vis d'un des codébiteurs auquel la solidarité est remise. C'est ce qui a lieu lorsque le créancier reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général ; ou bien lorsque le créancier reçoit d'un débiteur une somme égale à la portion de celui-ci et lui en donne une quittance portant que c'est pour sa part ; ou bien encore lorsque sur la demande formée contre lui pour sa part, le débiteur a acquiescé à la demande ou s'il est intervenu contre lui un jugement de condamnation, art. 1211.—La renonciation à la solidarité peut avoir lieu non-seulement pour le capital, mais encore pour les arrérages et les intérêts de la dette, et cette renonciation peut aussi résulter de la réception sans réserve de la part du débiteur dans ces intérêts ; mais, dans ce cas, 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 capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix années consécutives, art. 1210. Sous l'ancien droit la renonciation à la solidarité pour les intérêts ou arrérages ne s'opérait que par un paiement divisé continué pendant trente ans.]

[ARTICLE 1103.]

tion (1). Si, par exemple, le créancier a déchargé un des débiteurs de la solidarité en recevant un paiement partiel et divisé, les autres débiteurs n'en continuent pas moins d'être tenus solidairement envers lui (2), V. art. 1210, 1212 et 1301.

Dans les rapports respectifs des débiteurs solidaires, la dette doit, de plein droit, être considérée comme se divisant entre eux (3), c'est-à-dire comme une dette pour laquelle

(1) Pothier, n. 377 et s.; Delvincourt, sur les art. 1210 à 1212; [Marcadé, sur l'art. 1210; Rodière, n. 71.]

(2) [Pour le surplus seulement. Il est évident, en effet, que celui des débiteurs auquel la solidarité est remise ayant payé sa part, la dette totale de laquelle ses codébiteurs continuent à être tenus solidairement se trouve réduite d'autant. C'est ce qui résulte de l'art. 1210, aux termes duquel le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des débiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.] Mais il en est autrement si le créancier a simplement fait remise de la solidarité à l'un des débiteurs sans rien recevoir de lui, Duranton, 11, n. 231 : [Pothier, n. 277; Massé, 5, n. 239. Dans ce cas, selon ces auteurs, le créancier qui n'a rien reçu du débiteur auquel il a fait remise de la solidarité conserve sans restriction et pour le tout son action solidaire contre les autres codébiteurs, et une action partielle contre le débiteur déchargé. Il serait en effet souverainement injuste qu'il n'eût contre les autres codébiteurs qu'une action réduite, quand le codébiteur déchargé, restant débiteur de sa part, est toujours là pour répondre à l'action récursoire de ses codébiteurs. Toutefois, selon Marcadé, sur l'art. 1210, cet article par la généralité de ses termes consacrerait cette injustice et n'accorderait dans tous les cas au créancier qui a remis la solidarité à l'un des débiteurs, sans rien recevoir de lui qu'une action réduite contre les autres. Bien que cette opinion puisse se fonder sur les travaux préparatoires de l'art. 1210, elle attribue à cet article un sens tellement contraire à l'équité que nous avons de la peine à nous y ranger. V. encore sur l'art. 1210, Demante, *Progr.*, n. 659; et Rodière, n. 71 et s.]

(3) Ainsi cette règle ne gouverne que les rapports mutuels des débiteurs solidaires et non les droits d'un tiers qui a payé pour les débiteurs. [Jugé en ce sens que la disposition de l'art. 1214, qui veut que le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne puisse répéter contre les autres que la part et portion de chacun d'eux, ne s'applique pas au

[ARTICLE 1103.]

chaque débiteur solidaire individuellement n'est tenu qu'en raison de sa part, c'est à-dire en raison du profit qu'il a tiré de la dette (1), de telle sorte qu'il a, par rapport à ses codébiteurs (2), *pro rata singularum* (3), les mêmes droits qu'une caution (4), art. 2113 et 3114, alin. 4.

De là, les conséquences suivantes :

1° Si l'affaire de laquelle dérive l'obligation solidaire ne

tiers détenteur d'un immeuble soumis au paiement d'une dette solidaire. Si celui-ci paye la totalité de la dette, il conserve son recours pour la totalité de la dette contre chacun de ceux qui étaient tenus au paiement, Cass., 27 fév. 1816.]

(1) Favard, *loc cit.*, § 2, art. 4, n. 2. [Si donc les parts sont inégales, l'obligation se divise inégalement.]

(2) Mais non par rapport au créancier ; cela résulte tant de la rédaction de l'article 1216 que de la nature de l'obligation solidaire. L'art. 2037 n'est donc pas applicable aux débiteurs solidaires, Rouen, 7 mars 1818. V. cependant Delvincourt, sur l'art. 1214 ; Favard, *loc cit.*, § 2, art 1, n. 5. Dans aucun cas, d'ailleurs, un débiteur solidaire ne peut invoquer l'art. 2037 pour sa part dans la dette commune. Cass., 13 janv. 1816 [Entrons à cet égard dans quelques explications. Aux termes de l'art. 2037, la caution est déchargée lorsque le créancier s'est mis dans l'impossibilité de la subroger dans ses droits et actions. D'où l'on est parti pour prétendre que les débiteurs solidaires n'étant engagés à l'égard les uns des autres que comme des cautions et à raison des recours qu'ils ont les uns contre les autres, cessaient d'être obligés envers le créancier, quand, par le fait de ce créancier, ce recours n'était plus possible avec les garanties attachées à la créance. V. Pothier, n. 275 ; Merlin, *Quest.*, v° *Solidarité*, § 5 ; Toullier, 7, n. 172 ; Rodière, n. 154 ; et les auteurs ci-dessus cités. Mais cette assimilation complète des codébiteurs et des cautions n'a pas été admise, et avec raison selon nous, par la jurisprudence qui a refusé aux codébiteurs la faculté de se prévaloir de l'art. 2037. Nous citerons seulement parmi les arrêts les plus récents, Caen, 30 mars 1833, S. V., 35, 1, 338 ; Toulouse, 19 mars 1842, S. V., 43, 2, 185 ; Riom, 2 juin 1846, S. V., 46, 2, 370 ; Dijon, 30 avril 1847, S. V., 47, 2, 602 ; Paris, 8 mars 1851, S. V., 51, 2, 427 ; Bourges, 10 juin 1851, S. V., 51, 2, 181 Cass., 13 janv. 1852, S. V., 52, 1, 104. V. aussi dans le même sens, Troplong, *Cautionn.*, n. 513 et 557 ; et Massé, 6, n. 398. En effet, il est bien évident d'abord, et personne ne soutient le contraire, que

[ARTICLE 1103.]

concerne que l'intérêt d'un seul débiteur solidaire, par exemple, dans le cas des articles 395 et suiv., et 1442, les

le codébiteur ne peut opposer l'art. 2037 au créancier pour se dispenser de lui payer sa part virile ; quant à cette part, il ne peut être question de cautionnement. Peut-il en être question quant au surplus ? Pas d'avantage ; ce n'est pas comme caution que les codébiteurs sont tenus vis-à-vis du créancier de tout ce qui excède leur part dans la créance commune : c'est personnellement. Vis-à-vis du créancier, ils sont débiteurs personnels du tout ; vis-à-vis des codébiteurs, ils ne doivent que leur part. Il n'y a donc pas entre eux et le créancier les rapports ordinaires qui existent entre un créancier et la caution ; et le recours qu'ils ont les uns contre les autres, résultant non de ce qu'ils ont payé ce qu'ils ne devaient pas personnellement, mais au contraire de ce qu'ils ont payé une dette qui, vis-à-vis du créancier, leur était personnelle, ne peut leur faire attribuer par analogie les droits que l'art. 2037 réserve à la caution.]

(3) [C'est-à-dire pour la part de chacun d'eux dans ce qu'il a payé. Si donc la dette est payable en plusieurs termes, le débiteur qui a payé l'un de ces termes a un recours contre ses codébiteurs pour leur part dans ce qu'il a payé, alors même que le terme payé n'excéderait pas la part du débiteur dans la dette totale ; chaque terme forme sous ce rapport une dette distincte. Massé, 5, n. 143.—Si la dette étant exigible en totalité, un débiteur en a payé une partie excédant sa part dans la créance totale, il a un recours contre ses codébiteurs pour la part de chacun d'eux dans ce qu'il a payé. Soit, par exemple, une créance totale de 24,000 fr. ayant trois débiteurs dont la part virile est de 8,000 fr. L'un d'eux paye 18,000 fr. au créancier : il pourra recourir contre chacun des codébiteurs pour les contraindre à lui payer chacun un tiers de 18,000 fr., ou 6,000 fr., et non pas seulement pour ce qui, dans la somme de 18,000 fr., excède celle de 8,000 fr., formant sa part dans la créance totale, ou chacun pour 5,000 fr. La raison en est qu'en payant 18,000 fr. sur 24,000 fr. le débiteur a fait l'affaire de ses codébiteurs dans la même proportion qu'il a fait la sienne propre, puisqu'il les représentait tous, et que le paiement fait par lui seul équivalait au paiement que tous auraient fait en commun, Massé, *ibid*, n. 144.—Il suit de là que si l'un des débiteurs a payé une somme égale à sa part sans que ce paiement ait été accompagné de la remise de la solidarité, il pourrait encore recourir contre ses codébiteurs pour se faire rembourser leur part proportionnelle dans la somme payée. Massé, *ibid*]—*Quid*, si le débiteur solidaire qui a payé la dette en entier s'est fait subroger en même temps aux droits du créancier ? Il sera fondé à poursuivre chacun de ses codébiteurs pour le tout,

[ARTICLE 1103.]

autres ne sont par rapport à lui que de simples cautions (5), art. 2116 ;

2° Si un des débiteurs solidaires a payé la dette en entier, cette dette porte intérêt de plein droit à son profit par rapport aux parts des autres (6), arg. art. 2028 ;

3° Si, dans la même hypothèse, un des débiteurs solidaires ou le débiteur principal (7), V. art. 2116, est insolvable, la perte résultant de son insolvabilité doit être répartie au *pro-rata* entre tous les autres débiteurs (8), art. 1214, alin. 2, et 1215. V. art. 2033.

* C. L. 2086.—Semblable au C. N.

déduction faite de sa part, Toullier, 7, n. 163. Mais Duranton, 11, n. 244, 12, n. 168, est d'un autre avis qu'il fonde sur l'art. 875. [Tel est aussi l'avis de Pothier, n. 281 ; de Marcadé, sur l'art. 1214 ; et de Rodière, n. 133. Et cet avis doit être suivi. L'art. 1214 ne laisse en effet aucun doute sur ce point, puisqu'il dispose, malgré la subrogation légale qui s'opère de plein droit au profit du codébiteur qui paye pour les autres, que ce codébiteur ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux ; la subrogation conventionnelle ne peut avoir plus d'effet que la subrogation légale, Paris, 10 therm. an X. V. cependant Louet, lettre R. ch. 11 ; Brodeau sur Louet, *ib.* ; Poquet de Livonnière, *Droit civ*, liv. 4, ch. 6, règle 21 ; Championnière et Rigaud, *Droit d'enregist.*, 2, n. 1286.]

(4) [Sans solidarité. V. *sup.*, note 15.]

(5) Delvincourt, sur l'art. 2116 ; Duranton, 2, n. 575 et s. ; [Marcadé, sur l'art. 1216.]

(6) Duranton, 11, n. 246 : [Massé, 5, n. 145. Le débiteur qui a payé n'est qu'un mandataire. Or, le mandataire a droit aux intérêts de ses avances à compter du jour où elles ont été faites, article 2001.] Le principe s'applique aussi aux intérêts qui ont été payés en totalité par un débiteur solidaire, Bordeaux, 16 juill. 1830.

(7) Favard, *loc cit.*, n. 3 ; Duranton, 11, n. 241.

(8) A moins qu'il n'y ait une faute à imputer au débiteur qui n'a pu obtenir le paiement de son codébiteur, parce qu'il avait trop tardé à le poursuivre. [Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des créanciers, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs

[ARTICLE 1104.]

* C. N. 1200. } Il y a solidarité de la part des débiteurs,
 } lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de
 manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et
 que le paiement fait par un seul libère les autres envers le
 créancier.

1104. L'obligation peut être solidaire quoique l'un des codébiteurs soit obligé différemment des autres à l'accomplissement de la même chose : par exemple, si l'un est obligé conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple ; ou s'il est donné à l'un un terme qui n'est pas accordé à l'autre.	1104. An obligation may be joint and several although one of the codebtors be obliged differently from the others to the performance of the same thing ; for example, if one be obliged conditionally while the obligation of the other is pure and simple, or if one be allowed a term which is not granted to the other.
--	--

* ff. De duobus reis const., Lib. 45, } L. 7. Ex duobus reis pro-
 Tit. 2, L. 7, et L. 9, §§ 1 et 2. } mittendi alius in diem, vel
 sub conditione obligari potest : nec enim impedimento erit

deviennent insolubles, la portion des insolubles, est contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux qui ont été précédemment déchargés de la solidarité, c'est-à-dire que le créancier ne conserve son action solidaire contre les débiteurs non déchargés que sous la déduction des portions contributoires des débiteurs déchargés, portions dont les premiers cessent d'être tenus, parce que, par le fait du créancier ils ne peuvent plus avoir à cet égard de recours à exercer que contre les seconds, Pothier, n. 275 ; Toullier, 6, n. 739 ; Duranton, 11, n. 231 ; Massé, 5, n. 147 ; Rodière, n. 138.—*Contra*, Marcadé, sur l'article 1215, qui invoque à l'appui de son opinion un passage de l'exposé des motifs. Mais on peut répondre avec Rodière, *loc. cit.*, que l'exposé des motifs s'est trompé, la répartition des insolabilités entre les débiteurs ne pouvant être qu'une des conséquences de la solidarité]

[ARTICLE 1104.]

dies, aut conditio, quominus ab eo qui purè obligatus est, petatur. (FLORENTINUS).

L. 9, § 1. Sed si quis in deponendo penes duos, paciscatur ut ab altero culpa quoque præstaretur, verius est non esse duos reos à quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit : quia posterior conventio quæ in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis quæ duos initio reos fecit, mutare non potest. Quare si socii sint, et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

§ 2. Cum duos reos promittendi facerem, ex diversis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur. Nam etsi maximè parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona, propria singulorum consistit obligatio. (PAPINIANUS).

Ibidem. } L. 7. De deux copromettants un peut
Trad. de M. Berthelot. } être obligé à partir d'un jour marqué
ou sous condition ; car le jour ni la condition n'empêcheront
pas de demander à celui qui est obligé purement. (FLORENTIN).

L. 9, § 1. Mais si quelqu'un en déposant chez deux personnes, convient que l'une d'elles garantirait de la faute, il est plus vrai qu'il n'y a pas deux dépositaires solidaires, lorsque l'on a imposé à ces contractants des obligations différentes. Mais il ne faut pas dire la même chose lorsque tous les deux ont promis de garantir de la faute, si par une convention particulière on a remis à un des deux cette obligation : parce que la convention postérieure faite avec un des deux ne peut changer l'état et la nature de l'obligation, qui, dans le principe, a fait deux dépositaires solidaires. C'est pourquoi s'ils sont associés et qu'ils aient commis une faute commune, le pacte fait avec l'un profitera aussi à l'autre.

§ 2. Lorsque je stipule de deux copromettants que de lieux différents on me complera une somme d'argent à Capoue, on considérera le temps eu égard à chaque prometteur. Car, quoique j'aie à mon profit une obligation tout-à-fait pareille,

[ARTICLE 1104.]

pendant en l'appliquant à chacun des deux promettants elle a une modification particulière. (PAPINIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1103.

* 2 *Domat (Remy) liv. 3, } 5. Quoique la solidité rende égale*
tit. 3, sec. 1, n° 5. } la condition des co-obligés, en ce que
 chacun est obligé pour le tout, ils peuvent être distingués d'ailleurs par des différences qui rendent l'obligation plus ou moins dure à l'égard des uns que des autres. Ainsi, de deux co-obligés, l'un peut donner des sûretés particulières que l'autre ne donne point, comme un gage, une caution. Ainsi, l'obligation de l'un peut être pure et simple, celle de l'autre étant conditionnelle, ou le terme de paiement sera plus court pour l'un que pour l'autre. Mais ces différences n'empêchent pas que le créancier ne fasse payer celui qui doit sans condition, ou de qui le terme est échu, sans attendre la condition ou le terme de l'autre. (C. civ. 1201, 1213.)

La vente des biens de plusieurs obligés solidaires peut être poursuivie cumulativement ; mais chacun des débiteurs a le droit de demander la séparation des ventes et des charges.

* *C. L. 2087.*—Semblable au *C. N.*

* *C. N. 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'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre.

[ARTICLE 1105.]

1105. La solidarité ne se présume pas ; il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle cesse dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposition de la loi.

Elle ne s'applique pas non plus aux affaires de commerce, dans lesquelles l'obligation est présumée solidaire, excepté dans les cas régis différemment par des lois spéciales.

1105. An obligation is not presumed to be joint and several ; it must be expressly declared to be so.

This rule does not prevail in cases where a joint and several obligation arises of right by virtue of some provision of law ;

Nor is it applicable to commercial transactions, in which the obligation is presumed to be joint and several, except in cases otherwise regulated by several laws.

* ff. *De duobus reis const.*, § L. 6. Duos reos promittendi facturus, si utrumque interrogavero, sed alter duntaxat responderit, verius puto eum qui responderit, obligari : neque enim sub conditione interrogatio in utriusque persona fit, uti ta demùm obligetur, si alter quoque responderit.

§ 1. Duobus autem reis constitutis, quin liberum sit stipulatori, vel ab utroque, vel ab altero duntaxat fidejussorem accipere, non dubito.

§ 2. Sed si à duobus reis stipulandi interrogatus respondisset uni *se spondere*, ei soli tenetur.

§ 3. Duo rei sine dubio ita constitui possunt, ut et temporis ratio habeatur, intra quod uterque respondeat. Modicum tamen intervallum temporis, item modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit quominus duo rei sint. Fidejussor quoque interrogatus inter duorum reorum responsa, si responderit, potest videri non impedire obligatio-

[ARTICLE 1105.]

nem reorum : quia nec longum spatium interponitur, nec is actus qui contrarius sit obligationi. (JULIANUS).

L. 8. His verbis, *ea quæ præstari stipulanti tibi spondimus*, interesse quid inter contrahentes actum sit : nam si duo rei facti sint, eum qui absens fuit non teneri, præsentem autem insolidum esse obligatum : aut si minus, in partem fore obstructum. (ULPIANUS).

Ibidem. } L. 6. Voulant avoir deux copromet-
Trad. de M. Berthelot. } tants, si j'interroge l'un et l'autre, mais
 qu'un seul réponde, je crois plus vrai que celui qui répond
 est obligé ; car l'interrogation ne se fait pas aux deux sous la
 condition qu'il n'y aura d'obligation que si l'autre aussi a
 répondu.

§ 1. Lorsque l'on a deux copromettants, il est libre au stipulateur de prendre des cautions ou des deux ou d'un seul, et cela ne fait aucun doute.

§ 2. Mais si celui qui est interrogé par deux costipulants répond à un des deux qu'il promet, il n'est obligé qu'à l'égard de celui-là.

§ 3. Sans aucun doute deux copromettants peuvent être ou n'être pas obligés, en faisant entrer en considération le temps qui sépare les deux réponses. Cependant un modique intervalle de temps et de même un acte peu long, pourvu qu'il ne soit pas contraire à l'obligation, n'empêche pas que les deux copromettants ne soient obligés. Aussi un fidéjusseur interrogé, s'il répond entre les deux réponses des copromettants, paraît ne pas empêcher que ceux-ci soient obligés ; parce qu'on n'a pas interposé un long temps ni un acte contraire à l'obligation. (JULIEN).

L. 8. Sur ces termes, nous avons promis de faire ou donner ces choses à vous stipulant, il faut distinguer ce qui s'est passé entre les contractants ; car si tous deux ont été faits corrées solidaires, celui qui est absent n'est pas obligé, celui qui est présent est tenu pour le tout, mais s'ils sont de simples promettants, le présent sera obligé seulement pour sa part. (ULPIEN).

[ARTICLE 1105.]

* 2 *Pothier (Bugnet)*. } 265. La solidité peut être stipulée
Oblig., n° 265 et s. } 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. 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 Nouvelle 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. Sui-
 vant ce principe, dans l'espèce d'un héritage qui appartient
 à quatre propriétaires, trois l'ayant vendu solidairement, et
 ayant promis de faire ratifier la vente par le quatrième pro-
 priétaire ; 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 accèderait au con-
 trat de vente ; mais il n'était pas exprimé qu'il y accèderait
 solidairement.

266. Il y a néanmoins certains cas dans lesquels la solidité
 entre plusieurs débiteurs d'une même chose a lieu, quoi-
 qu'elle n'ait pas été expressément stipulée.

Le premier cas est lorsque des associés de commerce con-
 tractent quelque obligation pour le fait de leur commerce.

Cette décision est de notre Droit français ; *Ordonn. du Com-
 merce 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.

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 ; ou

[ARTICLE 1105.]

de celles que contractent plusieurs personnes qui se chargent de quelque administration d'hôpitaux. 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 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, 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.

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 HERES MEUS, AUT MÆVIUS HERES 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*

[ARTICLE 1105.]

*fuisse*nt. Néanmoins Dumoulin prétend, *tract. de div. et ind. p. 3, n. 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 codébitéur solidaire ; *infra, 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, 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 improprietas*. 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 improprietas* ; mais il me paraît être pris pour *quemadmodum*, 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 tantum verbis stipulationis, 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.

Voy. *Digeste* et *Domat*, sur art. 1103 et *Code*, sur art. 1100.

[ARTICLE 1105.]

* Boutaric, Institutes, } Me Bretonnier en ses Notes sur
 p. 443 et s. } Henrys, ne croit pas qu'il soit de la nature d'une obligation solidaire d'exclure le bénéfice de division et de discussion ; mais il donne en même temps dans une autre erreur en disant, que la renonciation à ce bénéfice est devenue aujourd'hui une clause de stîle dans toutes les obligations solidaires, et si fort, qu'on doit la suppléer lorsqu'elle se trouve omise : Si sur la foi de cet Auteur, un créancier omettait de faire exprimer la clause, il en serait la dupe, et ne retirerait d'autre avantage de la solidarité, que l'espérance du recours après la discussion.

Il n'y a qu'un cas excepté de la règle, c'est celui dont parle l'Ordonnance de 1673, tit. 4, art. 7, lorsque deux ou plusieurs associés se trouvent comme tels solidairement obligés, les arrêts ayant suppléé dans ces sortes d'obligations, la clause de renonciation au bénéfice de division et de discussion, par la même raison sans doute, que l'Ordonnance y supplée la clause de solidité ou de solidarité : cette raison prise de ce que les associés sont regardés, *tanquam invicem exercitores, vel institores, vel præpositi vel magistri* ; ou de ce que suivant l'observation de Bacquet, Traité des Droits de Justice, ch. 21, nom. 250, il est de l'intérêt de la société, pour faciliter les emprunts ou le crédit dont elle peut avoir besoin, que dans les obligations contractées par les associés, ou qu'un seul même des associés contracte pour la Compagnie, le créancier ne soit pas exposé à des discussions qui pourraient retarder ou rendre plus difficile son paiement.

On trouve dans le premier tome du Journal du Palais, p. 241, un arrêt du Parlement de Toulouse, par lequel l'obligation ou promesse consentie par deux marchands, pour marchandises prises en commun, fut déclarée solidaire, quoiqu'il n'y eût d'ailleurs aucune société entr'eux ; mais tout ce qu'on peut dire de cet arrêt, c'est qu'il est antérieur à l'Ordonnance de 1673, qui en déclarant solidaires les obligations consenties par les négociants ou marchands qui sont associés, déclare par voie de conséquence non-solidaires les obligations con-

[ARTICLE 1105.]

senties par des marchands non-associés, c'est tout ce que l'on en peut dire : Car de lui donner pour motif la cause de l'obligation pour marchandises prises en commun, qui aurait pu faire regarder comme associés les marchands qui l'avaient contractée, ce serait raisonner contre les principes du Droit, parce que comme il est dit en la Loi 31, *ff. pro socio, ut sit pro socio actio, non sufficit rem esse communem, nisi societas intercedat ; communiter enim res agi potest citrà societatem, ut avenit 'n re duobus legatâ, vel si à duobus simul empta res sit.* Voyez Henrys, tome 1, page 419.

Par la Loi *Si creditores, Cod. de pactis*, un créancier qui reçoit d'un des débiteurs solidaires, la portion qui le regarde, sans réserve ni protestation, est présumé avoir voulu faire la même grâce aux autres coobligés, renoncer à la solidarité et diviser l'obligation ; mais les arrêts ont jugé que pour être dans le cas de cette Loi, il fallait que les termes de la quittance pussent conduire à cette présomption, sans quoi l'obligation n'était pas divisée ; ainsi, par exemple, dans l'espèce de l'arrêt rapporté par M. Maynard, liv. 8, ch. 39, il fut jugé qu'un créancier n'avait point renoncé à la solidarité pour avoir reçu de l'un des trois coobligés, une somme qui répondait au tiers de la dette, parce qu'il était dit dans la quittance, que c'était *pour faire plaisir à ce coobligé, et pour le gratifier d'autant* ; Il en aurait été autrement, si le créancier eût déclaré dans la quittance, qu'il recevait de son débiteur la somme de tant, pour sa part et portion de la somme contenue en l'obligation ; *Vide* M. Maynard en l'endroit cité, Bacquet, Traité des Droits de Justice, ch. 21, nom. 244, et M. Louet et Brodeau, lett. R, som. 6.

* *Ord. de 1673,* } Tous associés seront obligés solidairement
Tit. 4, art. 7. } aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé ; au cas qu'il ait signé pour la Compagnie, et non autrement.

[ARTICLE 1105.]

* 2 *Bornier, sur Ord. de* } *Seront obligés solidairement.*] Quoi-
 1673, *Tit. 4, art. 7.* } que régulièrement nulle obligation
 ne soit solidaire, si les contractants n'ont expressément renoncé au bénéfice de division, ordre de droit et discussion, il est pourtant vrai qu'en fait d'associés il n'y a point de bénéfice de division ; et quand l'un d'eux emprunte ou achète quoique ce soit pour la société, les associés sont obligés solidairement, présents ou absents, le sachant ou l'ignorant. La raison est, pour favoriser par ce moyen le trafic, et afin que les associés ne soient pas contraints de demeurer toujours en même lieu pour s'obliger tous. C'est pour cela qu'ils sont réputés entr'eux instituteurs, exerceurs, préposés et maîtres, *l. 1, C. de duob. reis, ne in plures adversarios creditor distinguitur, et eum nullis litigare cogatur.* Cela a été ainsi jugé par divers arrêts du Parlement de Paris et de Toulouse, recueillis par M. Maynard, et donnés à son rapport, liv. 4, chap. 14, par Bacquet, des droits de Justice, chap. 21, nomb. 248, et des Rentes, chap. 26, et par Charond. en ses Resp. liv. 5, ch. 103, et liv. 8, ch. 58, et en ses Pandectes, liv. 4, ch. 13. Mais à l'égard des héritiers des associés, et de ceux qui sont obligés purement et simplement, ils ne demeurent pas solidairement obligés par la mort des associés auxquels ils succèdent, d'autant que la clause de solidarité qui se trouvait entre ceux auxquels ils succèdent, et qui n'était que l'effet de la société par eux contractée, ne subsiste plus, et ne se trouve pas entre leurs héritiers, sauf au créancier à se pourvoir sur les biens de la société. Ainsi jugé par arrêt du 2 juillet 1591, rapporté par Bacquet, des Droits de Justice, ch. 21, nomb. 251. Il a été aussi jugé par arrêt du Parlement de Toulouse, du 17 juin 1662, confirmatif d'une sentence de la Bourse, rapporté dans le second tome du Journal du Palais, page 45, que deux marchands ayant fait un billet pour marchandises prises en commun, sans qu'il y eût aucune société entr'eux, peuvent être poursuivis solidairement pour le paiement d'icelui, d'autant que la loi 11, § *ult. D. de duobus reis constituendis*, qui porte que la clause solidaire n'est point suppléée, n'a pas lieu en

[ARTICLE 1105.]

fait de commerce ; et que lorsque plusieurs marchands achètent conjointement de la marchandise d'un autre marchand, et qu'ils s'obligent de payer par une même cédula, ils sont censés solidairement obligés, et que *exceptiones, divisiones et discusiones sunt de apicibus juris, qui non observantur in curia mercatorum, ubi negotia deciduntur ex æquo et bono.*

Au cas qu'il ait signé pour la Compagnie.] Ceux qui composent la Compagnie ne seraient pas obligés, si l'un des associés ne signait point pour elle, ou si celui qui signe, était exclus de signer par l'Acte de Société bien et dument enregistré. Au premier cas la dette contractée par cet associé est présumée être pour ses affaires particulières, et non pour celles de la société ; et au deuxième il n'a pas le pouvoir d'obliger la Compagnie.

Il faut pourtant observer qu'il n'est pas absolument nécessaire que le directeur ou administrateur d'une société, donne la qualité d'associés à tous ceux dont il signe les noms, il suffit qu'il s'énonce en pluriel ; parce qu'alors il est à supposer que c'est d'eux comme associés qu'il parle, ainsi a été jugé par la décision 7 des Auditeurs de la Rote de Gènes. Non seulement un associé ou intéressé dans la société qui en a l'administration, qui signe et agit pour sa Compagnie, oblige solidairement les associés, mais même un tiers qui n'a aucun intérêt dans le fond, quand il est constitué directeur ou administrateur de la société par les associés ; comme il a été jugé par la 59 décision de cette Rote ; et cela a lieu, quand même l'argent emprunté ne serait pas entré dans le fond de la société et que l'administrateur n'aurait point chargé les livres de l'argent ou de la marchandise qu'il aurait empruntée, ainsi que remarque Toubeau, après Savary, liv. 2, des Institut. du Droit Consulaire, titre III, chap. 2.

Par arrêt rapporté au Journal des Audiences, et intervenu en la Grand'Chambre le 21 mars 1705, sur les conclusions de M. l'Avocat Général Guillaume-François Joly de Fleury, il a été jugé qu'une délibération des associés uulle, par exemple faite hors le bureau indiqué par l'Acte de Société, ne laisse

[ARTICLE 1105.]

pas de s'exécuter, quand le nombre marqué par l'Acte de Société pour faire valoir les délibérations, se rencontre pour soutenir la délibération.

Mais un associé ne peut engager les autres associés par des pactions et autres actes faits peu de temps avant sa banqueroute ouverte. Ainsi jugé par arrêt rendu en la Grand'-Chambre au rapport de M. de Creil, le 18 juillet 1713.

3 *Zachariæ (Massé et Vergé)* } Une obligation dont l'accom-
p. 348-9. } plissement peut être poursuivi
par plusieurs ou contre plusieurs ne doit être considérée
comme une obligation solidaire qu'autant qu'une loi, un con-
trat (1), ou une disposition de dernière volonté (2) lui donne
expressément ce caractère. Dans le doute, par conséquent, la
solidarité ne se présume pas (3), art. 1197 et 1202.

(1) La solidarité est alors conventionnelle ; néanmoins l'art. 1202 ne donne pas à cette espèce de solidarité le nom de solidarité conventionnelle : il dit que la solidarité doit être expressément stipulée, expression dont la généralité s'applique non-seulement à la solidarité qui résulte d'une convention proprement dite, mais encore à la solidarité qui est imposée comme condition d'une disposition entre vifs ou testamentaire, V. la note suivante.]

(2) Pothier, n. 269 ; Duranton, 11, n. 187 et s. : Delvincourt, sur l'art. 1201. [C'est ce qui arrive lorsque dans un testament le testateur charge ses héritiers ou autres successeurs d'acquitter solidairement certains legs. Cela peut également arriver par l'effet d'une donation entre vifs dans laquelle le donateur impose à plusieurs donataires l'obligation solidaire d'acquitter certaines charges.—Dans l'un comme dans l'autre cas, la solidarité peut être considérée comme conventionnelle, puisque les successeurs ou donataires n'en sont tenus que par l'effet du contrat qui s'est formé entre eux et le disposant au moyen de leur acceptation de la succession ou de la donation.]

(3) Cass., 15 mai 1811 ; Colmar, 23 juill. 1811 ; Rennes, 20 août 1811. Cependant les mots *solidaire*, *solidarité*, n'ont rien de sacramental et peuvent être remplacés par des expressions équivalentes, Toullier, 6, n. 721 ; Delvincourt, sur l'article 1201 ; Duranton, 11, n. 190 ; [Marcadé,

[ARTICLE 1105.]

* *C. L.* 2088. } La solidarité ne se présume pas, il faut
 } qu'elle soit expressément stipulée.

* *C. N.* 1202. } La solidarité ne se présume point ; il faut
 } qu'elle soit expressément stipulée.

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

sur l'art. 1202 ; Massé, 5, n. 4 ; Rodière, n. 45, et s. Il suffit que les expressions dont se sont servis les contractants expriment sans équivoque leur volonté de stipuler la solidarité ou leur consentement à s'y soumettre. Il y aurait donc stipulation suffisante de solidarité dans la clause par laquelle deux débiteurs s'engageant par le même acte déclareraient renoncer au bénéfice de division et de discussion, bien que d'ailleurs ils se bornassent à dire qu'ils s'engagent conjointement, Grenoble, 20 janv. 1830 ; Massé, *loc. cit.*—La solidarité est également stipulée d'une manière suffisante quand les débiteurs déclarent qu'ils sont tenus l'un pour l'autre ou bien chacun pour le tout, Toullier, *loc. cit.* ; Rodière, n. 45 et s.—La solidarité peut même résulter particulièrement en matière commerciale de l'interprétation des actes et de la correspondance des parties ; et il a été jugé que l'arrêt qui, par suite d'une telle interprétation, décide qu'il y a solidarité, ne viole aucune loi et échappe sous ce rapport à la censure de la Cour de cassation, Cass., 9 janv. 1838, S. V., 38, 1, 746 ; Massé, *loc. cit.*—On s'est demandé si la solidarité pouvait être stipulée dans un acte récongnitif d'une obligation antérieure dont le titre primordial était muet à cet égard. Le doute vient de ce que l'art. 1337 déclare sans effet les additions ou modifications stipulées dans un acte récongnitif ; mais il a été décidé avec raison que cette disposition s'applique seulement aux additions qui touchent à l'essence de l'obligation primitive et non aux conditions extrinsèques ou accessoires telles que la solidarité, Toulouse, 5, avril 1838, S. V., 39, 2, 380 ; Massé, *loc. cit.*]

[ARTICLES 1106, 1107.]

1106. L'obligation résultant d'un délit ou quasi-délit commis par deux personnes ou plus est solidaire.	1106. The obligation arising from the common offence or quasi-offence of two or more persons is joint and several.
---	--

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1103.

1107. Le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser, pour en obtenir le paiement, à celui des codébiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division.	1107. The creditor of a joint and several obligation may apply for payment to any one of the codebtors at his option, without such debtor having a right to plead the benefit of division.
---	--

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1103.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 270. Ces effets sont, 1^o 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.

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

[ARTICLE 1107.]

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 ; *Quamquam fortassè sit justius, etc.*

Il est vrai que la Nouvelle l'accorde aux codébiteurs solidaires qui se sont rendus caution l'une de l'autre, *alternâ fussione 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, *infra*, 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 ; L. 28, *cod. de fidej.*

272. 2^o L'interpellation qui est faite à l'un des débiteurs solidaires, interrompt le cours de la prescription contre tous les autres ; 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, 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.

273. 3^o 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,

[ARTICLE 1107.]

qui sont tous solidairement tenus de payer au créancier le prix de cette chose : 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 Stichî 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, quoiqu'arrivé 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 doit 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

[ARTICLE 1107.]

a que celui qui a été mis en demeure, qui doit être tenu des intérêts et autres dommages dus par le retard et la demeure. 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 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 ; *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.

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 de mandée, 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 1,000 livres ; depuis je suis devenu débiteur envers Pierre d'une pareille somme de 1,000 livres : si j'ai poursuivi Pierre pour le paiement de 1,000 livres à moi dues par Pierre et Paul, et qu'il m'ait opposé la compensation de 1,000 livres que je lui devais, suivant ce que nous venons de dire, cette compensation équipollant au paiement, la dette de 1,000 liv. 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 1,000 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, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.*

[ARTICLE 1107.]

Néanmoins Domat, en ses lois civiles, *p. 1, l. 3, t. 3, s. 1^{er} 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. 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.

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.

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

[ARTICLE 1107.]

ne laissera pas de subsister pour le surplus dans les personnes de ses codébiteurs.

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 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*. Voyez ce qui est dit de la cession d'actions, *infra*, 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 insolubles ? 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

[ARTICLE 1107.]

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 insolvable, comme nous le verrons *infra*, 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.

Contrà, Domat (Remy), liv. 3, tit. 3, sec. 1, n° 3.

4 *Marcadé, sur } 606. Certains jurisconsultes pensaient
art. 1203 C. N. } autrefois que le débiteur solidaire pouvait
invoker le bénéfice de division, c'est-à-dire renvoyer le créancier, en lui offrant sa part de la dette, à demander le reste aux autres débiteurs, pour ne lui payer le tout qu'autant que ceux-ci seraient insolvable. Nos rédacteurs, partant de l'idée que l'obligé doit le tout et le doit *totaliter*, qu'il est chargé de répondre aux poursuites au nom de tous ses codébiteurs, et consacrant ici l'opinion de Pothier (n° 270), refusent expressément au débiteur ce bénéfice de division. Mais il est bien évident que ceci n'empêche pas le débiteur poursuivi pour le tout d'appeler en garantie tous ses codébiteurs, de même que*

[ARTICLE 1107.]

ceux-ci pourraient intervenir sans être appelés par lui (Bordeaux, 19 août 1826).

* 2 *Bretonnier, sur Henrys, Liv. 4, } L'auteur examine ici*
Question 152, p. 847. } les conditions nécessaires
 pour rendre une obligation solidaire. Il traite bien la question dans le droit, mais il s'égare dans les arrêts ; il s'embarasse au sujet des arrêts rapportés par M. Bouguier, qui ont jugé qu'une obligation faite par plusieurs débiteurs conjointement, était solidaire. Il y a peu de fond à faire sur les arrêts rapportés par cet auteur ; d'ailleurs il faut toujours se tenir aux principes.

Il est certain que pour rendre une obligation solidaire, il faut que les coobligés se soient obligés *in solidum* ; le mot *conjointement* n'est pas suffisant : il n'est pas nécessaire aussi, que ces mots *un seul pour le tout, sans division ni discussion, renonçant aux bénéfices de division et de discussion*, y soient insérés. Les notaires ne manquent pourtant jamais de le faire. C'est à présent une clause de stîle, et par conséquent si elle se trouvait omise, il faudrait la suppléer.

Monsieur Pasquier, dans ses Recherches, livre 9, chap. 41, se met en colère contre ceux qui soutiennent, qu'il est nécessaire d'insérer cette clause dans les contrats ; il dit que cette opinion n'a aucun fondement, qu'une ignorance lourde et supine.

Monsieur Catelan, tom. 2, liv. 6, chap. 20, fait mention d'un arrêt du Parlement de Toulouse rendu le 16 mai 1652, par lequel il a été jugé, que la caution solidaire sans division ni discussion, peut être convenue solidairement, quoiqu'elle n'ait pas renoncé expressément au bénéfice de division et discussion.

Il y a une exception à la règle ci-dessus établie, à l'égard des promesses et obligations passées par plusieurs marchands

[ARTICLE 1108.]

conjointement ; elles sont solidaires, quoique cela ne soit point exprimé, comme je l'ai observé dans le liv. 4 quest. 26.

* *C. L.* 2089.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1203. } Le créancier d'une obligation contractée
} solidairement peut s'adresser à celui des débi-
teurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer
le bénéfice de division.

<p>1108. Les poursuites faites contre l'un des codé- biteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.</p>	<p>1108. Legal proceedings taken against one of the codebtors do not prevent the creditor from taking similar proceedings against the other.</p>
--	--

* *Cod. Lib. 8, Tit, 41, De fidej. } L. 23. Reos principales, vel
it mand., LL. 23, 28. } mandatores simpliciter accep-
tos eligere, vel pro parte convenire, vel satis non faciente
contra quem egeras primo, post illum ad alium reverti (cùm
nullus de his electione liberetur) licet.*

Sancit. non. decemb. Nicomediæ, cc. Coss. (DIOCLETIANUS ET
MAXIMIANUS.)

*L. 28. Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatori-
bus statutum est, ut contestatione contra unum ex his facta,
alter non liberetur : ita et in fidejussoribus observari. Inve-
nimus etenim et in fidejussorum cautionibus plerumque ex
pacto hujusmodi causæ esse prospectum. Et ideo generali
lege sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus,
vel ipsius rei alterum liberari ; vel ipsum reum fidejussori-
bus, vel uno ex iis electo, liberationem mereri, nisi satisfiat*

[ARTICLE 1108.]

creditori : sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniæ persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione præjudicium creditori adversus alium fieri non concedentes : sed remanere et ipsi creditori actiones integras, et personales, et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari aspiciamus : quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus ex quacunque causa possit jus creditoris mutilare.

Datum 15 calend. novembris, Constantinopoli, post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. 531. (JUSTINIANUS).

Ibidem.

Trad. de M. P. A. Tissot. } L. 23. Il vous est permis de choisir parmi vos débiteurs et leurs mandataires, ceux que vous voulez poursuivre, de les attaquer pour le tout ou pour partie, et de passer à un autre si celui contre qui vous avez d'abord dirigé vos poursuites ne peut tout payer ; car le choix que vous faites de l'un ne libère pas les autres.

Fait à Nicomédie, pendant les nones de décembre, sous le cons. des Césars. (DIOCLÉTIEN ET MAXIMEN).

L. 28. Nous ordonnons que la disposition que nous avons décrétée au sujet des mandataires, en vertu de laquelle les poursuites dirigées contre l'un, ne libère pas l'autre, soit également applicable aux fidéjusseurs : car nous avons appris que même, dans les fidéjussions, il a été fait des pactes à ce sujet. C'est pourquoi nous ordonnons par cette loi générale, qu'en aucune manière le choix que le créancier fait de l'un des fidéjusseurs ou du débiteur lui-même, ne libère ni les autres fidéjusseurs, ni le débiteur, à moins que celui que le créancier a choisi n'ait payé. Nous voulons au contraire que le créancier ait, malgré le choix, son droit dans toute son intégrité contre les autres jusqu'à ce qu'il ait été complètement payé ou satisfait d'une autre manière ; en sorte que, lorsqu'il existe deux fidéjusseurs, le créancier, quoiqu'il en choisisse un spécialement, conserve tous ses droits contre

[ARTICLE 1108.]

L'autre, ses actions, tant personnelles qu'hypothécaires, jusqu'à ce qu'il ait été complètement satisfait. Si cela a lieu journellement par l'effet de conventions, pourquoi, par une loi, ne l'établirions-nous pas *ipso jure*, afin que des créanciers inavisés ne se trouvent pas dans le cas d'être déchus de ce privilège, pour ne se l'être pas réservé spécialement.

Fait à Constantinople, le 15 des calend. de novembre, après le cons. de Lampadius et d'Oreste. 531. (JUSTINIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1107.

* 2 *Domat (Remy) Liv. 3, Tit. 3, sec. 1, n° 7.* } 7. Si, entre plusieurs obligés solidairement, le créancier s'adresse à l'un qu'il choisit, sans poursuivre les autres, il ne laisse pas de conserver la liberté d'agir dans la suite contre les autres obligés, soit que le premier à qui il s'était adressé fût solvable ou non. (C. civ. 1203.)

4 *Marcadé, sur art. 1204 C. N.* } 607. Les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs n'éteignent pas l'obligation, tant qu'elles ne sont pas suivies de paiement ; l'obligation subsistant, chacun des débiteurs reste donc tenu de la totalité ; et, dès lors, le créancier est libre de laisser celui qu'il a poursuivi d'abord pour aller poursuivre les autres (*Pothier*, n° 271).

* *C. L. 2090.*—Semblable au *C. N.*

* *C. N. 1204.* } Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

[ARTICLE 1109.]

1109. Si la chose due est périe ou ne peut plus être livrée par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont pas déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ils ne sont point tenus des dommages-intérêts.

Le créancier peut seulement répéter les dommages-intérêts contre les codébiteurs par la faute desquels la chose est périe ou ne peut plus être livrée, et contre ceux qui étaient en demeure.

1109. If the thing due have perished or can no longer be delivered, through the fault of one or more of the joint and several debtors, or after he or they have been put in default, the other codebtors are not discharged from the obligation to pay the price of the thing, but the latter are not liable for damages.

The creditor can recover damages only from the codebtors, through whose fault the thing has perished or can no longer be delivered, and those in default.

* *ff. De duobus reis const.*, } 18. Ex duobus reis ejusdem *Sti-*
Lib. 45, Tit. 2, L. 18. } *chi promittendi factis, alterius fac-*
tum alteri quoque nocet. (POMPONIUS).

Ibidem. ~ } 18. Lorsque deux copromettants se
Trad. de M. Berthelot. } sont obligés à donner le même *Stichus*,
le fait de l'un nuit à l'autre. (POMPONIUS).

* *ff. De usuris et fruct.*, *L. 22,* } *Sed si duo rei promittendi*
Tit. 1, L. 32, § 4. } *suit, alterius mora alteri non*
nocet. (ULPIANUS).

Ibidem. } Mais s'il s'agit de deux coobligés soli-
Trad. de M. Hulot. } dairement, l'un ne souffre pas de préjudice
de ce que l'autre a été constitué en demeure. (ULPIEN).

[ARTICLE 1109.]

* ff. *De div. reg. juris*, Lib. 50, } Unicuique sua mora nocet :
 Tit. 17, L. 173, § 2. } quod et in duobus reis promittendi observatur. (PAULUS).

Ibidem. } Un débiteur qui est en demeure de
Trad. de M. Berthelot. } satisfaire son créancier, est garant et responsable des dommages occasionnés par son retard ; et cette maxime s'étend à ceux qui se sont solidairement obligés pour la même dette. (PAUL).

* 3 *Molinæi opera, Tract. de Divid.* } 126. Sint duo rei pro-
et Individ., n^o 126-7, p. 224. } mittendi equi vel domus,
 et alter (non casu fortuito, quo tam ipse quàm alter liberetur)
 sed culpa sua occidit equum, vel combussit domum, nocet
 consorti, ut teneatur qui non fuit in culpa, nec mora in soli-
 dum, sed ad communem æstimationem tantum, et sic conser-
 vando, non autem augendo obligationem. Ita ut insons non
 consequatur lucrum ex culpa, vel mora consortis, contra
l. sicut æquum, supra de action. empti. sed etiam ne consequatur
 damnum, juxta *dict. § penult.* Ideo non tenebitur quanti-
 plurimi, nec ad interesse extrinsecum, ad quod occisor, vel
 culposus ille tenetur : sed si non essent correi, tunc insons
 casu illo sibi fortuito liberaretur. Sint duo venditores simpli-
 citer et non in solidum, alter occidit, vel destruxit, insons si
 non fuit in culpa malæ custodiæ, nec in alia culpa, tanquam
 casu fortuito liberatur, et nihilominus partem suam pretii
 petet. *l. ult. de peric. et commod. rei vendic.* Sed si vendidissent
 quisque in solidum, factum unius noceret alteri usque ad
 metas, et æstimationem obligationis principalis etiam in soli-
 dum, *d. l. penult.* quæ ita debet intelligi : non autem quoad
 accessiones sive usurarias, sive quanti plurimi, vel interesse
 extrinseci : in hoc, inquam, augmento culpa tenet suum au-
 thorem, nec nocet correo insonti, *d. § penult. in l. mora sub-
 tit. de usur.* qui ita debet intelligi.

127. Limite in pœna, usura, vel interesse conventis, et sic à
 § *sed si duo.* restringo ad accessionem legalem, quia si fuit

[ARTICLE 1110.]

expressim conventa, et sic ab utroque in solidum promissa, intelligitur sive ex communi, sive ex alterutrius facto, et hoc casu insons magis ad pœnam tenetur ex conditione stipulationis, quæ extat, tanquam ex causa propinqua, et immediata, quàm ex facto consortis. Juxta text. in *l. inter cohæredes*, § *quod ex facto, supra famil. eriscun*. Et sic est verus, æquabilis, et practicabilis intellectus studio nostro iuventus, quem hic deprompsi, utpote ad hæc jura intelligenda necessarius: alioquin ad centurias nostrorum novorum intellectuum remississem.

* *C. L.* 2091.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1205. { Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de 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 créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure.

1110. Les règles qui concernent l'interruption de la prescription à l'égard des débiteurs solidaires sont énoncées au titre <i>De la Prescription</i> .		1110. The rules concerning the interruption of prescription in relation to joint and several debtors are declared in the title <i>Of Prescription</i> .
---	--	---

Voy. *Code*, cité sur art. 1100; *Pothier*, sur art. 1107.

[ARTICLE 1111.]

Voy. *C. C. B. C.*, art. 2230 et autorités sur cet article.

* *C. L.* 2092.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1206. } Les poursuites faites contre l'un des débi-
 } teurs solidaires interrompent la prescription
 à l'égard de tous.

1111. La demande d'in- térêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir l'intérêt à l'égard de tous.	1111. A demand of in- terest made against one of the joint and several debtors causes interest to run against them all.
--	---

Voy. autorités sur art. 1107.

* 6 *Toullier*, } 728. Les effets de la solidarité entre les débi-
 n° 728 et s. } teurs doivent être considérés sous deux points
 de vue, dans l'intérêt des créanciers, et dans celui des débi-
 teurs solidaires.

Les effets de la solidarité dans l'intérêt des créanciers sont :

1° Que le créancier d'une obligation contractée solidaire-
 ment peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir,
 sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division
 (1203) ; c'est-à-dire que, si le créancier demande à l'un des
 débiteurs la totalité de la dette, celui-ci, en offrant sa part,
 ne peut le renvoyer vers les autres débiteurs, chacun pour sa
 part, quoiqu'ils soient tous solvables.

Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent
 même pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les
 autres (1204). Après avoir commencé des poursuites contre
 l'un d'entre eux, il peut les abandonner pour en poursuivre

[ARTICLE 1111.]

un autre ou les poursuivre tous en même temps. *Leg. 8, Cod. de fidejuss.*, 8, 41 ; Pothier, n° 271.

2° Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (1206). Il en est de même de la reconnaissance de la dette faite par l'un d'entre eux (*lex. ult. cod. de duob. reis*, 40), quand il y a solidarité parfaite.

729. La raison de ces dispositions, introduites par Justinien dans la loi citée, est, selon Pothier, n° 272, et selon l'opinion des docteurs, que la chose due par le débiteur qui a reconnu la dette, ou contre qui le créancier a dirigé une action, est la même que la chose due par les autres débiteurs : c'est une seule et même dette.

Mais cette raison paraît faible et insuffisante, comme l'a fort bien remarqué Doneau, sur la loi citée, chap. 10, page 406, *ratio infirma per se*.

Il faut donc chercher une raison plus concluante. On la trouve dans la nature même de l'obligation solidaire, et cette raison nous paraît clairement indiquée dans la loi même, qui porte qu'il est équitable, *humanum*, que la reconnaissance ou l'interruption d'une dette créée par un seul et même contrat, *uno eodemque contractu*, oblige également tous les débiteurs à payer la dette, parce qu'elle procède de la même source. *Cum ex una stirpe unoque fonte, unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eadem actione apparuit*.

En effet, lorsque plusieurs débiteurs s'obligent solidairement par un seul et même contrat à une seule et même dette, ils se mettent par cela même en société pour ce qui concerne cette dette, ils se chargent mutuellement par un mandat tacite, mais réel, de payer les uns pour les autres, ou, comme porte la disposition finale de l'art. 1216, ils sont *cautions* les uns des autres. Celui des débiteurs qui paie seul pour tous les autres agit donc tant pour lui que pour chacun de ceux dont il paie la part. S'il reconnaît seul la dette, il la reconnaît également tant en son propre nom que dans celui de ses codébiteurs, en vertu de leur mandat tacite ; enfin, en

[ARTICLE 1111.]

agissant contre un seul, le créancier agit contre le mandataire de tous, contre la caution de tous (2250) : l'interruption doit donc produire son effet contre tous. La disposition de la loi, lorsqu'elle prononce la solidarité, opère le même effet que le contrat.

Il suit de là que la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous (1207).

730. 3^o Par une suite de nos principes, si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point libérés de l'obligation de payer le prix de la chose (1205).

Vainement diraient-ils que le débiteur d'un corps certain est libéré, et que son obligation est éteinte si la chose a péri sans sa faute, et avant qu'il fût en demeure (1302) ; la réponse est que si la chose n'a pas péri par leur faute, elle a péri par la faute de l'un des associés ou mandataires, dont le fait doit leur être imputé : *alterius factum alteri quoque nocet*. *Leg. 18, ff. de duob. reis, 45.*

731. Mais comme la solidarité ne se présume point, et ne peut par conséquent s'étendre d'un cas à l'autre, les débiteurs solidaires qui n'étaient ni en faute, ni en demeure, ne sont point tenus des dommages et intérêts résultant de la perte de la chose, parce que si la faute de leur associé ou de leur mandataire n'a pu les dégager de leur obligation, elle n'a pu aussi l'étendre ni l'augmenter, en les soumettant à des dommages et intérêts auxquels ils ne s'étaient point obligés. Le créancier peut donc seulement répéter les dommages et intérêts, tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri que contre ceux qui étaient en demeure (1205) Pothier, n. 273.

Les dommages et intérêts ne peuvent être dus par les débiteurs solidaires qui ne sont point en faute que dans le cas d'une stipulation expresse qui les y soumet. Pothier, n. 273.

732. 4^o Le paiement fait par un seul des débiteurs libère

[ARTICLE 1111.]

les autres envers le créancier (1200). C'est une conséquence de ce que la dette solidaire n'est qu'une seule dette, que la dette d'une seule chose, qui ne peut conséquemment être payée deux fois.

Toute espèce de paiement de la part de l'un des débiteurs solidaire libère les autres codébiteurs. Par exemple, si l'un des débiteurs solidaires, poursuivi pour la totalité de la dette, a opposé la compensation d'une pareille somme qui lui était due par le créancier, ses codébiteurs sont libérés par cette compensation, comme par le paiement réel qu'il en aurait fait, parce que la dette est éteinte (1234).

Si le créancier avait auparavant obtenu un jugement de condamnation contre l'un des autres codébiteurs solidaires, ce jugement ne pourrait plus être mis à exécution depuis la compensation prononcée en faveur d'un autre codébiteur, comme l'a fort bien jugé un arrêt rendu par la Cour de Rouen, le 30 juin 1810 (Sirey, 1811, 2^e partie, page 111), parce que la totalité de la dette est *éteinte* par cette compensation (1234).

733. Mais si le créancier s'adressait d'abord à l'un des débiteurs solidaires auxquels il ne doit rien, celui-ci ne pourrait opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur (1244).

Si ce n'est pour la part et portion de ce codébiteur ; car, comme la compensation se fait de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs (1290), cette portion de la dette se trouve irrévocablement éteinte de plein droit du moment où le créancier est devenu débiteur de l'un des codébiteurs solidaires. Cette portion éteinte ne peut donc être demandée une seconde fois. Pothier, n. 274 ; Domat, 1^{re} part., liv. 3, tit. 3, sect. 1, n. 8.

734. L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion (1213) ; et si rien n'indiquait quelle est la part et portion de chacun d'eux, les parts seraient censées égales.

Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidaire-

[ARTICLE 1111.]

ment ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette envers les autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions (1216); et, s'il devenait insolvable, chacun des autres débiteurs, tenu solidairement envers le créancier, n'en serait tenu envers les autres que pour sa part virile. Pothier, n. 282 et 445.

735. Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que la portion de chacun d'eux (1214). Pothier, n. 281 et 282. Il est pour cette répétition subrogé de plein droit dans tous les droits, actions, hypothèques et privilèges du créancier (1251, n. 3).

736. Si l'un des codébiteurs 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 (1214).

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 insolubles, la portion des insolubles doit être contributoirement répartie entre tous les débiteurs, en comptant ceux qui ont été précédemment déchargés de la solidarité par le créancier (1215). *Vid. infra*, n. 739.

737. Le codébiteur solidaire, poursuivi par le créancier, peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs (1208).

Ainsi, par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement, et les autres purement et simplement, s'il a pris un terme qui n'est point accordé aux autres (1201), ceux-ci ne pourront opposer au créancier que le terme ou que la condition n'est point arrivée.

Ainsi encore, les exceptions qui résultent de la minorité, de l'interdiction, du défaut d'autorisation du mari, sont per-

[ARTICLE 1111.]

sonnelles et bornées à la personne des mineurs, des interdits, de la femme mariée, etc.

Au contraire, la nullité de l'obligation pour quelque vice radical, par exemple, si elle était contraire aux lois et aux bonnes mœurs, l'extinction de la dette en tout ou en partie, sont des exceptions communes à tous les codébiteurs.

La compensation de ce qui est dû à l'un d'eux est une exception commune à tous les autres, jusqu'à la concurrence de la part et portion dont le premier est tenu envers le créancier commun ; car la compensation éteint la dette de plein droit. Quant à la compensation du surplus, c'est une exception personnelle au codébiteur devenu créancier (1294). *Vid. supra*, n. 732.

738. Le codébiteur poursuivi par l'action solidaire, peut y opposer toutes les exceptions qui proviendraient du fait du créancier. Par exemple, si celui-ci avait déchargé l'un des débiteurs de la solidarité, il ne pourrait plus exercer l'action solidaire contre l'autre. S'il y avait plusieurs débiteurs solidaires, le créancier qui n'aurait déchargé que l'un d'eux de la solidarité conserverait son action solidaire contre les autres, sous la déduction de la part de celui qu'il en aurait déchargé (1210).

Ce dernier point était autrefois controversé : plusieurs auteurs pensaient que la remise même tacite de solidarité faite à l'un des débiteurs opérerait l'extinction de la solidarité au profit des autres : *pactum tacitum divisionis uni ex debitoribus in solidum obligatis factum, cæteris etiam absentibus et ignorantibus prodést*. Bartole, sur la loi 18, *eod. de pactis*, 2, 3.

Ils fondaient leur opinion sur cette loi, qui paraît en effet formelle. *Voy.* Basnage, sur la *Coutume de Normandie*, art. 21, page 80 ; du Rousseaud de la Combe, *vo* Solidarité, n. 2, *in fine*, et les auteurs qu'il cite.

Cette opinion qui est peut-être la plus régulière, avait été d'abord adoptée par la commission et par le conseil d'Etat (*Voy.* Maleville, sur l'art. 1210) ; mais sur les observations du Tribunat, on en revint à l'opinion de Pothier, de Duparc-

[ARTICLE 1111.]

Poullain, *Principes du droit*, tome 5, page 350 ; de Legrand sur Troyes, art. 73, glos. 3, n. 11, etc.

739. Mais si l'un ou plusieurs des débiteurs qui n'ont pas été déchargés de la solidarité deviennent insolvable, leur portion doit être contributoirement répartie entre tous les débiteurs, "même entre ceux précédemment déchargés de la "solidarité par le créancier", dit l'art. 1215, qui s'éclaircit par un exemple :

Supposons que la dette solidaire soit de 4,800 fr., et le nombre des débiteurs de quatre. La dette se divise de plein droit entre eux ; la part de chacun est de 1,200 fr. Le créancier décharge l'un d'entre eux de la solidarité ; il pourra exercer l'action solidaire contre les trois autres, pour les 3,600 fr., qui restent, après avoir déduit les 1,200 fr. dus par le premier.

Mais si l'un des trois autres se trouve insolvable, sa portion devra être répartie par contribution entre les deux autres et celui qui a été déchargé de la solidarité, ce qui donne 400 fr. pour chacun. Le créancier ne pourra donc agir solidairement contre les deux solvables que pour la somme de 3,200 fr. : quant à la somme de 400 fr., qui devait être la contribution de celui qui a été déchargé de la solidarité, elle est à la perte du créancier, qui ne peut la réclamer ni vers ce dernier duquel il ne pourrait l'exiger qu'en vertu de la solidarité dont il l'a déchargé, ni contre les autres codébiteurs solvables, à qui ne peut préjudicier la remise de la solidarité faite à l'un d'eux. Tel est le sens de l'art. 1215, dont la disposition finale, assez mal rédigée, doit être rectifiée par la doctrine de Pothier n. 275, *in fine*, dont le Code a consacré l'opinion. Voy. aussi Duparc-Poullain, *ubi supra*.

740. La remise de la solidarité peut être, soit en faveur de tous les débiteurs, lorsque le créancier consent que la dette soit divisée entre eux, soit en faveur seulement de l'un des débiteurs, qu'il décharge de la solidarité.

Cette décharge peut être expresse ou tacite ; mais quoique les actes équivoques s'interprètent ordinairement contre le créancier, on ne présume pas facilement qu'il renonce à un

[ARTICLE 1111.]

aussi grand avantage que celui de la solidarité. Son intention doit être bien marquée. Il n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une portion égale à la portion dont celui-ci est tenu dans la division entre les codébiteurs.

741. Mais si la quittance porte que c'est *pour sa part* (1211), il y a remise tacite de la solidarité ; car alors le créancier le reconnaît débiteur *d'une part*. Or, celui qui est débiteur *d'une part* n'est pas débiteur *solidaire*, puisque la solidarité consiste essentiellement en ce que chacun des codébiteurs est débiteur de la solidarité.

742. Mais si, en donnant au débiteur quittance *pour sa part*, le créancier réservait la solidarité ou ses droits en général, elle continuerait de subsister, parce qu'une réserve formelle l'emporte sur la conséquence assez subtile tirée des termes *pour sa part*. Cette expression doit alors être entendue, non de la part pour laquelle le débiteur est tenu envers le créancier, mais de celle pour laquelle il est tenu dans la division qui se fait entre les débiteurs.

La réserve générale *des droits* du créancier, *tous droits réservés*, équivaut à la réserve expresse de la solidarité. Pothier, n. 277.

743. Si le créancier avait, par un commandement ou par une citation en justice, limité sa demande à *la part* de l'un des codébiteurs, il pourrait la rectifier et demander la totalité, jusqu'au jugement qui condamnerait le débiteur à payer sa part, ou du moins jusqu'à ce que le débiteur eût payé, en conséquence de la demande, ou offert de payer sa part ; car cette offre contient l'acceptation de la demande, et forme une convention tacite entre le débiteur et le créancier. Pothier, n. 277.

744. Nous avons déjà vu qu'en déchargeant expressément ou tacitement un des codébiteurs de la solidarité, le créancier n'est pas censé en décharger les autres. De plus, en recevant divisément et sans réserve *la part* de l'un d'eux dans les arrérages d'une rente, ou dans les intérêts de la dette, le créancier

[ARTICLE 1111.]

est bien censé avoir renoncé à la solidarité pour le passé, c'est-à-dire pour tout ce qui est échu, mais non pas pour l'avenir. Il peut exercer l'action solidaire pour les intérêts ou arrérages à échoir, ainsi que pour le capital (1212).

745. Cependant, si le paiement divisé de la rente ou des intérêts de la dette, avait continué pendant dix ans *consécutifs*, le débiteur serait irrévocablement déchargé de la solidarité (1212). Pothier, n. 279, et les auteurs qu'il cite, pensaient que la décharge de la solidarité pour l'avenir n'était acquise que dans le cas où le paiement divisé avait duré trente ans. Notre article n'exige que dix ans. Il faut même remarquer que, dans ce cas, la décharge de la solidarité ne s'étend pas seulement aux arrérages ou aux intérêts futurs, mais au capital même. Cette disposition paraît plus conséquente que l'opinion de Pothier, et d'autres auteurs, qui pensaient que le paiement divisé pendant trente ans ne déchargeait que de la solidarité des arrérages, et non de celle du principal. Il est difficile de concevoir que la solidarité du capital continue d'exister, quand la solidarité des arrérages ou des intérêts n'existe plus. Il faut encore remarquer que, pour opérer l'extinction de la solidarité, l'art. 1212 exige que le paiement soit divisé pendant dix années *consécutives*, c'est-à-dire qui se suivent immédiatement les unes et les autres. Il faut donc régulièrement prouver la division du paiement par dix quittances de dix années consécutives. Si plusieurs années avaient été cumulées, de manière, par exemple, que les dix années eussent été payées à deux ou à trois époques différentes, et que le débiteur représentât deux ou trois quittances seulement pour les dix années, la disposition du Code ne serait pas remplie.

C'est la multiplicité des paiements divisés, et la diversité des temps où ils ont été faits, qui donnent de la force à la présomption. Le créancier qui, dans dix actes différents, répétés pendant dix années différentes et consécutives, a reçu divisément le paiement de sa rente, ou les intérêts de son capital, ne peut raisonnablement alléguer qu'il n'a pas renoncé à la solidarité.

[ARTICLE 1111.]

746. 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 confuse du débiteur (1209, 1301). Pothier, n. 276.

747. Mais les effets de la solidarité se modifient beaucoup par la mort de l'un des codébiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers. Nous avons vu au titre des successions que les dettes du défunt se divisent de plein droit entre ses héritiers, de manière que chacun de ses héritiers n'en est tenu que pour sa part virile. Les dettes que le défunt avait contractées solidairement ne sont point exceptées de cette disposition. Le créancier peut à la vérité demander la dette entière aux héritiers du débiteur décédé, parce que celui-ci la devait en totalité. Par exemple, Primus et Secundus s'étaient obligés de payer solidairement 6,000 fr. à Titius. Primus meurt laissant trois enfants pour héritiers : Titius pourra leur demander à tous ensemble les 6,000 fr., mais il ne pourra demander que 2,000 fr., à chacun ; et il sera par conséquent forcé de diviser sa demande.

L'interpellation faite à Secundus ou la reconnaissance de ce dernier interrompt la prescription contre tous les enfants de Primus.

Mais l'interpellation faite à l'un de ses enfants, ou sa reconnaissance, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres enfants ses cohéritiers, quand même la créance serait hypothécaire.

Et la prescription n'est interrompue à l'égard de Secundus que pour la part dont cet héritier était tenu, c'est-à-dire pour 2,000 fr.

La prescription n'est interrompue pour le tout à l'égard de Secundus, codébiteur solidaire de Primus, que dans le cas où l'interpellation est faite à tous les héritiers de Primus, débiteur décédé, ou la reconnaissance donnée par tous ses héritiers (2249).

748. Toutes les rentes foncières, de quelque nature qu'elles

[ARTICLE 1111.]

soient, furent déclarées rachetables en 1789 et 1790. L'art. 530 du Code civil assujettit également à la faculté perpétuelle de rachat les rentes qui pourront être créées à l'avenir. Le titre 2 de la loi du 20 août 1792, époque à laquelle les principes de justice n'étaient plus respectés, ordonna, pour faciliter ce rachat, que toute solidarité pour le paiement des rentes, de quelque nature qu'elles soient, était abolie sans indemnité même pour les arrérages échus ; qu'en conséquence chaque redevable serait libre de payer sa portion de rente, sans être contraint de payer celle de ses codébiteurs, et qu'il pourrait également racheter divisément sa portion contributive. Seulement les débiteurs étaient obligés de faire régler cette portion contributive contrairement avec le créancier de la rente.

Il est évident que les dispositions de cette loi ne sont pas applicables aux rentes foncières ou autres qui auraient été créées depuis le 20 août 1792, avec stipulation de solidarité entre les codébiteurs. *Cela se sent assez de soi-même*, dit fort bien M. Merlin, *Nouveau Répertoire*, v^o Rente foncière, § 2, art. 2.

Cependant Denevers, dans une note ajoutée à un arrêt du 6 octobre 1812, 1^{re} partie du *Recueil de 1813*, page 101, prétend que la loi du 20 août 1792 n'est point abrogée, et que l'on pourrait soutenir que la stipulation de solidarité dans la prestation d'une rente serait sans effet, même sous l'empire du Code civil, *parce qu'il n'est aucune loi qui permette en termes exprès de stipuler que les débiteurs d'une rente seront tenus d'en payer solidairement les arrérages*.

Il est inutile de s'arrêter à réfuter cette doctrine, qui porte l'empreinte de la fausseté. Le Code civil, en permettant de stipuler la solidarité dans tous les contrats, n'en a point excepté les conventions relatives aux rentes foncières ; il faudrait donc une loi expresse pour annuler les stipulations de solidarité dans la prestation des rentes foncières. Ces stipulations demeurent assujetties au droit commun. On peut donc stipuler la solidarité dans la prestation des rentes foncières,

[ARTICLE 1111.]

non-seulement par l'acte de création de la rente, mais par des conventions postérieures.

748 *bis*. La remise expresse ou tacite faite à l'un des débiteurs solidaires, libère les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre les derniers. 1284, 1285. *Voy.* tome 7, section de la remise de la dette.

* 4 *Marcadé, sur* } 611. Cette règle n'est point une consé-
art. 1207 C. N. } quence de ce que la mise en demeure de
 l'un des débiteurs solidaires serait la mise en demeure des
 autres et ferait naître ainsi contre tous la dette de dommages-
 intérêts. En effet, ce principe consisterait à dire que chacun
 des codébiteurs est mandataire des autres, même *ad augendam*
obligationem, et nous avons vu par l'art. 1205 que le Code,
 après Pothier, rejette cette idée. Nous avons déjà dit que,
 selon nous, la raison de notre article est que les intérêts de
 l'argent, dans les obligations de sommes, étant les dommages-
 intérêts fixés à l'avance par la loi, on peut dire qu'il y a, quant
 à eux, une clause pénale tacitement stipulée, en sorte que
 leur dette, quand elle vient à se réaliser, n'excède pas les
 limites de la convention primitive et peut être étendue à tous
 les débiteurs pour la mise en demeure d'un seul, sans violation
 du principe que le débiteur mis en demeure n'avait mandat
 que *ad perpetuandam et conservandam obligationem*.

La demande d'intérêts formée contre un seul des débiteurs
 étant légalement faite contre tous, il s'ensuit, selon nous, que
 si l'un des autres n'est obligé que sous condition ou à terme,
 les intérêts n'en seront pas moins dus par lui une fois que le
 terme sera échu ou si la condition vient à s'accomplir. La
 demande, en effet, s'est trouvée formée et a produit son résul-
 tat aussi bien contre lui que contre les autres, sauf, bien en-
 tendu, le bénéfice de la condition ou du terme, c'est-à-dire que
 les intérêts ne commenceront à courir qu'après l'échéance du
 terme ou l'avènement de la condition.

* *C. L.* 2092.—Semblable au *C. N.*

[ARTICLE 1112.]

* C. N. 1207. } La demande d'intérêts formée contre l'un
 } des débiteurs solidaires fait courir les intérêts
 à l'égard de tous.

1112. Le débiteur solidaire, poursuivi par le créancier, peut opposer toutes les exceptions qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

1112. A joint and several debtor sued by the creditor may plead all the exceptions which are personal to himself as well as such as are common to all the codebtors.

Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à l'un ou à plusieurs des autres codébiteurs.

He cannot plead such exceptions as are purely personal to one or more of the other codebtors.

* ff. De duobus reis, Lib. 45, } L. 10. Si duo rei promittendi
 Tit. 2, LL. 10 et 19. } socii non sint, non proderit alteri
 quod stipulator alteri rei pecuniam debet. (PAPINIANUS).

L. 19. Cùm duo eamdem pecuniam debent, si unus capitis diminutione exemptus est obligatione, alter non liberatur. Multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur. Cùm persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus. Et ideo si aqua et igni interdictum est, alijus fidejussor postea ab eo datus tenetur. (POMPONIUS).

Ibidem. } L. 10. Si deux copromettants ne sont
 Trad. de M. Berthelot. } pas associés, il ne profitera pas à l'un
 des deux que le stipulateur doive de l'argent à l'autre. (PAPINIEN).

L. 19. Lorsque deux copromettants doivent la même somme, si l'un par un changement d'état a été soustrait à l'obligation, l'autre n'est pas libéré. Car il y a grande différence entre le paiement de la chose et la libération de la personne. Lorsque,

[ARTICLE 1112.]

la personne est libérée, et que l'obligation subsiste, l'autre reste obligée. C'est pourquoi si l'on a interdit à l'un d'eux le feu et l'eau, le fidéjusseur que l'autre donne dans la suite est obligé. (POMPONIUS).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1107 et *Toullier*, sur art. 1111.

* 2 *Domat (Remy) liv. 3, tit. 3, sec. 1, n° 8.* } 8. Toutes les exceptions que les } obligés solidairement peuvent avoir
 contre le créancier, et qui ne sont pas bornées à leurs personnes, mais qui regardent l'obligation commune, sont à la décharge de tous les obligés. Ainsi, par exemple, si l'obligation a été consentie par force, si elle est contre les bonnes mœurs, si elle est nulle, si elle est acquittée, ces sortes d'exceptions qui regardent l'obligation, sont communes à tous les obligés. Mais les exceptions personnelles à quelques-uns des obligés, comme une minorité, une interdiction d'un prodigue, ou quelque changement d'état qui rendit le recouvrement de la dette, ou impossible, ou difficile au créancier, comme une mort naturelle ou une mort civile, et les autres obstacles qui pourraient se rencontrer de la part de quelques-uns des débiteurs, n'empêcheraient pas l'effet de la solidité à l'égard des autres. Car ces exceptions et ces changements n'éteignent pas la dette, et chaque débiteur la doit tout entière. Mais si un des débiteurs avait une exception personnelle qui éteignit la dette pour sa portion, cette exception servirait aux autres pour cette portion. Ainsi, par exemple, si un des débiteurs se trouvait de son chef créancier du créancier commun, ses co-obligés pourraient demander la compensation jusqu'à la concurrence de cette portion. Et pour le surplus de ce qui serait dû par leur créancier à ce co-obligé, ils ne pourraient en demander la compensation, à moins qu'ils n'eussent d'ailleurs le droit de ce coobligé. (C. civ. 1209, 1301.)

C'est au sens de cet article qu'il faut entendre ce dernier texte. Car il ne serait pas juste de contraindre un des obligés à payer la portion de

[ARTICLE 1113.]

celui qui aurait à faire une compensation avec le créancier ; puisque si cette compensation ne se faisait point, et que ce débiteur qui pouvait la faire de son chef se trouvât insolvable, ceux qui auraient payé pour lui seraient sans ressource, pour avoir payé ce qu'ils ne devaient point, ou qu'ils auraient pu justement compenser.

* *C. L.* 2094.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1208. } Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs.

Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs.

<p>1113. Lorsque l'un des codébiteurs devient héritier ou représentant légal du créancier, ou lorsque le créancier devient l'héritier ou représentant légal de l'un des codébiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion de tel codébiteur.</p>	<p>1113. When one of the codebtors becomes heir or legal representative of the creditor, or when the creditor becomes heir or legal representative of one of the codebtors, the confusion extinguishes the joint and several debt only for the part and portion of such codebtor.</p>
--	---

* *ff. De solut. et liberat. Lib.* 46, } § 2. Aditio hereditatis non-
Tit. 3, *L.* 95, § 2. } nunquam jure confundit obligationem : veluti si creditor debitoris, vel contra debitor-
 creditoris adierit hereditatem. Aliquando pro solutione cedit,

[ARTICLE 1113.]

si fortè creditor qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit : non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed insolidum creditum suum ex hereditate retinet. Aliquando evenit, ut inanis obligatio aditione hereditatis confirmetur : nam si heres qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres extiterit, vel mulier quæ pro Titio intercesserat, eidem heres extiterit, incipit obligatio civilis propter hereditatem ejus qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere : etenim inconditum est subvenire sexui mulieris quæ suo nomine periclitetur. (PAPINIANUS).

Ibidem. } § 2. L'adition d'hérédité quelquefois
Trad. de M. Berthelot. } confond le droit d'obligation ; par exemple, si le créancier devient héritier du débiteur, ou le débiteur le devient du créancier. Quelquefois elle tient lieu de paiement, si par hasard un créancier, qui avait prêté à un pupille de l'argent sans l'autorisation de son tuteur, devient son héritier : car il ne retirera pas simplement ce dont le pupille s'est enrichi, mais il retiendra de l'hérédité le total de sa dette. Il arrive quelquefois qu'une obligation inutile est confirmée par l'adition d'hérédité : car si l'héritier qui a restitué l'hérédité en vertu du Trébélien devient héritier du fidéicommissaire, ou si une femme qui avait cautionné Titius devient son héritière, l'obligation civile, à cause de l'hérédité de celui qui était lié par le droit, commence à perdre le secours de l'exception : car il est inconvenant de subvenir à la faiblesse de la femme, quand elle court des périls comme débitrice principale. (PAPINIEN).

Voy. *Pothier*, sur art. 1107, *Toullier*, sur art. 1111 et *Domat*, sur art. 1112.

* C. L. 2095.—Semblable au C. N.

[ARTICLE 1114.]

* *C. N.* 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.

1114. Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son recours solidaire contre les autres pour le tout.	1114. The creditor who consents to the division of the debt with regard to one of the codebtors, pre- serves his joint and several right against the others for the whole debt.
---	---

*1 *Bacquet, Droit de justice, ch. 21,* } 245. Il convient dire que
 } *n° 245 et s. p. 284 à 286.* } *in simplici debito*, quand
 sont solidairement obligés au paiement de la somme de
 cent écus, de dix muids de grains, auparavant que la divi-
 sion soit présumée, il est nécessaire que *creditor admiserit*
unum ex debitoribus pro sua persona solventem : c'est-à-dire,
 que la quittance, qui a été baillée par le créancier à l'un des
 detteurs, porte, *Qu'il a reçu de tel la somme de vingt-cinq écus*
pour son chef, ou bien pour sa quotité, ou bien pour sa part et
portion de cent écus ; Lors la quittance étant volontairement
 baillée par le créancier, si en icelle n'y a aucune protesta-
 tion, ou ne soit dit, sans faire aucune division du surplus,
salvo jure solidi, le créancier ne peut plus poursuivre celui qui
 a payé sa part de la dette, et ne peut demander aux autres
 detteurs que leur part et portion contingente de ce qui reste
 à payer.

Comme cette quittance contenant tacite décharge de toute
 la dette, pour le regard de celui qui a payé, et tacite division
 de la dette pour le regard des autres obligés. Mais si la
 quittance portait ces mots (*pour sa part et portion*) encore que

[ARTICLE 1114.]

le créancier confessât purement et simplement avoir reçu la somme de vingt-cinq écus, et qu'à la vérité ce fût la part et portion de celui qui payait : toutefois on ne présumerait aucune division, n'y pour le regard de celui qui aurait payé, n'y pour le regard des obligés, suivant la loi *si ex toto paragr. 1 ff. de legat. 1*. S'il est question de *debito, non simplici, sed annuo*, qui sont constitution de rente : Comme quand quatre personnes ont solidairement constitué cent livres de rente, rachetable moyennant douze cents livres : Si le créancier admet l'un des quatre à racheter sa part et portion de la rente, et que le rachat porte ces mots, (*pour sa part et portion :*) on tient communément que celui, qui a racheté, est totalement déchargé de la rente : et que les trois autres peuvent [séparément racheter leurs portions de la rente, comme tacitement divisée, et qu'ils ne peuvent depuis le premier rachat, être contraints payer les arrérages de la rente, sinon chacun pour un quart.

Secus dicendum, si purement et simplement le rachat avait été fait, par l'un des detteurs de la rente, de portion d'icelle rente encore que ce fût la portion de celui qui a racheté. Si le rachat fait de la portion de l'un des detteurs porte par mots exprès, (*qu'il demeure quitte du surplus de la rente, et que ses héritages en sont déchargés*) comme ordinairement on fait, il y aurait moins de doute que la rente serait et demeurerait divisée entre tous les detteurs : Si le même acte ne portait, que le créancier n'entend diviser le surplus de sa rente pour le regard des detteurs d'icelle.

La raison de ce que dessus semble être d'autant que *natura obligationis plurium reorum debendi originaliter est hujusmodi, ut inter eos sit mutuum periculum : l. 1, et l. propter. C. de duob. reis § pen. Instit. eo. et § si plures. Inst. de fidejuss. Quod quidem periculum creditor tollit, admittendo unum ex debitoribus pro persona sua solvendum. Ideoque sit divisio debiti inter omnes reos debendi in solidum obligatos.*

Ou bien la raison peut être que le créancier en déchargeant l'un des detteurs solidairement obligés, a ôté à chacun

[ARTICLE 1114.]

des autres detteurs et coobligés le recours solidaire, sa portion déduite, qu'il eût pu avoir contre le coobligé et codetteur déchargé, en prenant cession d'actions du créancier, lesquelles le dit créancier ne peut plus céder contre celui qu'il a déchargé.

Partant est raisonnable, que la dette soit divisée entre tous les detteurs d'icelle ; à ce qu'ils soient de même condition, suivant l'obligation par tous ensemblement passée. Joint que la loi présume, que le créancier lequel a déchargé l'un des detteurs de la solidité d'obligation par la réception de sa part et portion, a eu vouloir, et que son intention a été, faire le semblable pour le regard des autres coobligés ; auxquels vrai-semblablement il a porté pareille affection, que à celui, duquel volontairement il a reçu sa part et portion. Partant est-il raisonnable, que la dette soit entièrement divisée, et que le créancier ne puisse demander à chacun de ses detteurs solidairement obligés, que leur quotité, part et portion contingente.

Néanmoins les Docteurs modernes, comme de Lestoile, Alciat, et qui ont interprété la loi *si creditores. C. de pact.* ont été d'opinion contraire, et sont d'avis : Que la réception de la portion de l'un des detteurs solidairement obligés, soit de simple dette, ou de fort principal de rente ; ou bien de la décharge baillée à l'un des detteurs solidairement obligés, ne profite aucunement aux autres obligés ; et ne peut empêcher que le créancier ne les puisse solidairement poursuivre pour le surplus de son dû, et que telle décharge ne profite sinon à celui qui a payé sa part de la dette, ou racheté sa part de la rente constituée ou foncière.

Et ce pour plusieurs raisons par eux alléguées : même que *pacta tacita regulariter absentibus non prosunt : l. absenti. Dig. de donat. l. nec ignoras. C. eo.* Aussi que *pacta personas paciscentium non egrediuntur, nec ad alias extenduntur, l. si unus, § ante omnia. Dig. de pact.* Joint que *alteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista § alteri Dig. de verb. obl.* Aussi *ratum quis habere non potest, quod suo nomine gestum non est ;*

[ARTICLE 1114.]

l. si pupilli. § seul si ego. Dig. de neg. gest. l. ratum. de reg. ju. in 6. Et que les conventions des contractants ne doivent avoir effet, outre leur vouloir et intention : *l. non omnis. Dig. si cert. pet.*

Et cette opinion semble être fort équitable ; Tellement que suivant icelle est besoin déligemment examiner, comme les quittances et décharges sont faites, et conçues : comment et pourquoi l'un des detteurs solidairement obligés a été déchargé ; et si vraisemblablement l'intention du créancier a été de diviser sa dette, ou sa rente, et à cette fin disent, qu'il faut considérer le verbe *admississe* porté par la *l. si creditores*. Et que *lex non inducit tacitum pactum divisionis et debiti nisi ex præsumpta mente creditoris*.

Aussi disent que la *l. si creditores*, ne parle sinon de deux solidairement obligés, l'un desquels étant déchargé, on ne peut agir que contre l'autre : Mais la première opinion, qui est de Bartole, est suivie, tant au Palais qu'au Chastelet, *tam in simplici debito quam annuo*.

Et quant aux arrérages de la rente, il est certain, encore que le créancier d'une rente solidairement constituée par plusieurs, ait reçu de l'un des detteurs, par quelque temps, sa part et portion des arrérages de la rente, et que les quittances portent ces mots, *pour sa part et portion* : Toutefois sous ombre de cette réception d'arrérages, le rachat de la rente ne serait pas divisé, et les arrérages qui seraient dus à l'avenir, ne seraient pareillement divisés : *quia principale non debet regi ab accessorio : l. cum tale § si post divisionem, ff. de pact. l. qui semisses, ff. de usur. l. fin. C. ne uxor. pro marit.* Eu tout événement la division ne pourrait être, que pour les arrérages, s'ils avaient été nommément reçus, pour la part et portion de l'un des detteurs, par long espace de temps, excédant dix ans, non pas pour le rachat de la rente. Et les arrérages se doivent toujours payer auparavant le fort principal de la rente. Ce qu'il faut noter pour les rachats tant volontaires que nécessaires, qui se font des rentes foncières, ou constituées : *l. cum et sortis. Dig. de pign. act.*

[ARTICLE 1114.]

247. Aussi il est certain, combien qu'on ait poursuivi en justice l'un des deux, trois ou quatre detteurs solidairement obligés, pour payer la moitié, le tiers, ou le quart de la somme des deniers, en laquelle il était solidairement obligé : Toutefois par le moyen de cette demande, et poursuite faite sur icelle, la dette n'est pas divisée. Et après icelle on peut demander le reste de la dette, ou à celui qu'on a poursuivi, en augmentant sa demande auparavant contestation en cause ; ou à tel des detteurs que bon semble : *l. reos. l. fin. C. de fidejuss. l. si ex toto § 1 Dig. de leg. 1*, qui est formelle. Mais s'il y avait eu sentence, par le moyen d'icelle y aurait eu novation : tellement que le créancier ne serait recevable à demander au condamné plus grande portion, que celle portée par la sentence par lui obtenue.

Imo vero, si le créancier avait poursuivi en justice tous les detteurs solidairement obligés, et à chacun d'eux seulement demandé leurs parts et portions contingentes des cent écus, au payement desquels ils étaient solidairement obligés, et sur ce contesté en cause : lors la dette serait divisée, suivant la loi *liberum, in fine. C. de fidejus.*

Or combien que comme il a été dit ci devant, quand trois ou quatre sont purement et simplement obligés au payement de même somme, ou de même chose, ils ne puissent être poursuivis chacun, que pour leur part et portion de la dette, qui est un tiers, ou un quart, *l. reos § cum tabulis. ff. de duob. reis.* Aussi que quand plusieurs sont purement et simplement condamnés, ils ne puissent être exécutés, que chacun pour leur part et portion de la somme, en laquelle ils sont condamnés, supposé que solidairement ils fussent obligés, comme par la sentence la dette étant innovée, *leg. 1 et 2. C. si plures una sent. leg. aliam, Dig. de novat. l. Paulus. Dig. de re jud.*

Pareillement qu'une obligation ne soit jamais solidaire, ni les dénommés en icelle solidairement obligés, et tenus l'un pour l'autre, si ce mot *in solidum*, ou bien l'équipollent n'est porté par l'obligation : *d. l. reos. § fin. Authen. hoc ita. de duob. reis.*

[ARTICLE 1114.]

Et même encore que plusieurs soient obligés au paiement d'une somme de deniers *solidairement*, *l'un pour l'autre et chacun d'eux seul et pour le tout* : toutefois ils ayent le bénéfice de division et de discussion, s'ils n'ont expressément renoncé auxdits bénéfices, *d. Auth. hoc ita. juncta Glo. in verbo, ad solutionem.*

248. Néanmoins quatre marchands ayant acheté de la marchandise, de Claude Hinselin, marchand de cette ville de Paris, et ensemblement fait une cédule, souscrite de leurs mains, par laquelle ils promettaient payer audit Hinselin, l'un pour l'autre, la somme de deux cens septante écus, dedans trois mois : Ledit Hinselin ayant poursuivi l'un des obligés, à lui payer entièrement ce qui restait de la somme portée par la cédule : Le débiteur étant condamné par sentence du Prévoist du Paris, il en aurait appelé : Alléguant pour son grief, que lesdits marchands n'étaient point obligés chacun d'eux seul et pour le tout, et qu'ils n'avaient point renoncé au bénéfice de division, ordre de droit, et discussion, ce qui était requis et nécessaire. Aussi que l'appellant à plusieurs fois avait payé sa part et portion de la dette qui était un quart : Et que l'intimé avait reçu plusieurs particuliers payements des coobligés, qui étaient écrits au dos de la cédule.

L'intimé ayant remontré que la cédule portait ces mots, *l'un pour l'autre*, lesquels ne doivent être inutiles, et sans effet, et entre marchands emportaient et contenaient effet de solidaire obligation, sans observer les subtilités et formalités de droit.

Aussi que la recette par lui faite de plusieurs parties de sa dette, ne portait point pour son chef et quotité : tellement que telle réception ne pouvait induire division de la dette, suivant la loi *si creditores. C. de pact.* ci-dessus déclarée.

Par arrêt donné en plaidoirie le jeudi 19 juillet 1590, fut ordonné ; que la sentence donnée par le Prévoist de Paris sortirait son effet : Sauf à l'appellant son recours, et condamné es dépens de la cause d'appel. *Vide Tiraquellum* au titre de Retrait lignager, article 31, col. onze et douze. Si ces mots,

[ARTICLE 1114.]

l'un pour l'autre, n'eussent été portés par la cédula, et que purement et simplement ils eussent été obligés, la dette eut été divisée entr'eux : Comme serait bétail, grain, ou vin : si quatre marchands achetaient quelque marchandise, et purement et simplement promettaient par cédula sous signée d'eux, ou par brevet passé pardevant deux notaires, payer pour vente et délivrance de cette marchandise, la somme de cent écus : chacun d'eux ne serait tenu sinon payer sa part de la somme, ni obligé pour le tout ; comme la dette étant divisée entr'eux : et l'un n'étant aucunement tenu de 25 écus pour l'autre, suivant la disposition de droit ci-dessus récitée.

250. Ce qui se doit entendre, quand les marchands obligés ne sont point associés. Car on tient pour certain, que les marchands associés sont solidairement obligés par les cédules et obligations les uns des autres : tellement que l'un d'entre eux achetant de la marchandise, ou bien empruntant deniers, *omnes in solidum tenentur* : et peuvent être solidairement convenus pour payer le tout. et pour reconnaître la cédula et promesse de leur associé. La cédula de l'un est autant que si elle était faite par l'autre ; le fait de l'un est le fait de l'autre ; sont tenus solidairement du fait l'un de l'autre, et s'obligent l'un l'autre, *sive præsentes, sive absentes ; sive scientes, sive ignorantes : consentur enim invicem exercitores, vel institores, vel præpositi, vel magistri : leg. 1. Cod. de duob. reis. Cujac. ad African. in l. vir uxori. paragr. ult. Dig. ad SC. Vell.*

* 2 Pothier (Bugnet), } 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 favorum introducto renuntiare*, un créancier majeur qui a la libre disposition de ses biens, peut renoncer au droit de la solidité. Il y peut 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,

[ARTICLE 1114.]

en conservant son droit de solidité contre les autres, 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. 275.

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 vestrum pro sua persona solventem probaveritis, aditus rector provinciæ, pro sua 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.

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 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 d. 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

[ARTICLE 1114.]

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 personá suá*, et que c'est

[ARTICLE 1114.]

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 : *nemo faciliè donare præsumitur*. 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 Hypothèq.*, 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 entrevifs : 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

[ARTICLE 1114.]

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 fid.* 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 exclus 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 encouru 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

[ARTICLE 1114.]

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 lequel la volonté du débiteur 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.

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 créancier 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 Létoile, dit *Stella*, célèbre professeur de l'Université d'Orléans, a été le premier,

[ARTICLE 1114.]

au rapport d'Alciat, *ad d. 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 la 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 h. 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*.

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 porté de l'insolvabilité : car s'ils ne devaient pas profiter de cette décharge, elle ne doit pas leur préjudicier. Il faut néanmoins avouer que Bacquet, *ibid.* n. 245, après avoir dit que l'opinion de Létouile 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.

[ARTICLE 1114.]

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, *cum res judicata aliis non profit* ; 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. Cette décision est fondée sur le principe ci-dessus établi, que *Nemo facîle 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 d. L. Bacquet, ibid. n. 246*.

Néanmoins si, pendant le temps requis pour la prescription, c'est-à-dire, pendant un espace de trente ans, 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

[ARTICLE 1114.]

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 la rente.

* 3 *Pothier (Bugnet)* } 193. Le rachat d'une rente constituée
Rente, n° 193-4-5. } qui est fait pour une partie, soit que le
 créancier ait bien voulu le permettre par grâce, soit que telle
 fût la loi portée par le contrat de constitution, éteint la rente
 pour cette partie seulement ; la rente subsiste pour le surplus,
 telle qu'elle était.

Suivant ce principe, lorsque la rente était due par quatre débiteurs solidaires, et que le créancier a bien voulu permettre que l'un d'eux lui en fit le rachat pour un quart, la rente est éteinte pour le quart, et continue de subsister pour le surplus. C'est pourquoi le débiteur qui a fait le rachat du quart, étant supposé débiteur solidaire, ne laisse pas d'être tenu de ce surplus solidairement avec ses codébiteurs ; sauf son recours contre eux pour l'en acquitter, à moins que le créancier, en recevant le rachat, ne l'en eût déchargé.

194. De là naît la question de savoir quand le créancier est censé l'en avoir déchargé.— Cette question se décide suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n. 277. Si la quittance porte expressément “ que le créancier a reçu d'un tel la somme de tant pour le rachat de *la part*, ou pour le rachat *du quart dont ledit tel est tenu de telle rente* ” ; en ce cas, le créancier est censé l'avoir déchargé du surplus, suivant la décision de la loi *Si creditores*, 18, *Cod. de Pact.*, à moins qu'il ne se fût expressément, par ladite quittance, réservé la solidarité. Mais si la quittance porte seulement “ que le créancier a reçu d'un tel la somme de tant *pour le rachat du quart de la rente* ”, le créancier n'est pas censé, en ce cas, l'avoir déchargé de la solidarité ; *Voyez* la raison de la différence en notre *Traité des Obligations, loco citato*.

195. De là naît une autre question, si le créancier qui a

[ARTICLE 1115.]

permis à l'un des débiteurs de racheter la rente pour sa part, est censé l'avoir permis pareillement aux autres ?— Il faut tenir la négative, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, n. 278.

* C. L. 2096.—Semblable au C. N.

* C. N. 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 solidarité.

1115. Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des codébiteurs, en la spécifiant ainsi dans la quittance, sans réserve de ses droits, ne renonce au recours solidaire qu'à l'égard de ce codébiteur.

Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au codébiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la part dont ce dernier est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est pour sa part.

Il en est de même de la demande formée contre l'un des codébiteurs pour

1115. A creditor who receives separately the share of one of his codebtors, so specified in the receipt and without reserve of his rights, renounces the joint and several obligation with regard only to such codebtor.

The creditor is not deemed to discharge the debtor from his joint and several obligation when he receives from him a sum equal to the share for which he is bound, unless the receipt specifies that it is for his share.

The rule is the same with regard to a demand made against one of the

[ARTICLE 1115.]

sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.	codebtors for his share, if the latter have not acquiesced in the demand, or if a judgment of condemnation have not intervened.
---	---

* *Cod. De Pactis, Lib. 2, Tit. 3, L. 18.* } Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua parte solventem probaveritis, aditus rector provinciae pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit. (DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS).

Ibidem. } Si vous prouvez que vos créanciers }
Trad. de P. A. Tissot. } ont admis un de vos codébiteurs à payer une partie de la dette pour sa part, le gouverneur de la province veillera à ce que l'un ne soit pas actionné pour la dette à la place de l'autre. (DIOCLÉTIEN ET MAXIMIEN).

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1114.

* *C. L. 2097.*—Semblable au *C. N.*

* *C. N. 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 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

[ARTICLE 1116.]

demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation.

<p>1116. 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 son recours solidaire que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant [dix] ans consécutifs.</p>	<p>1116. The creditor who receives separately and without reserve the share of one of the codebtors in the arrears or interest of the debt, loses his joint and several right only for the arrears and interests accrued and not for those which may in future accrue, nor for the capital, unless the separate payment has been continued during [ten] consecutive years.</p>
--	--

Voy. *Pothier* et *Bacquet*, cités sur art. 1114.

* *C. L.* 2098.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 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 capital, à moins que le paiement divisé
 n'ait été continué pendant dix ans consécutifs.

[ARTICLE 1117.]

1117. L'obligation contractée solidairement envers le créancier, se divise de plein droit entre les co-débiteurs, qui n'en sont tenus entr'eux que chacun pour sa part.

1117. The obligation contracted jointly and severally toward the creditor is divided of right among the codebtors, who among themselves are obliged each for his own share and portion only.

Voy. *Code*, cité sur art. 1100 et *Pothier*, sur art. 1103.

* 2 *Domat (Remy) Liv. 3, Tit. 3, sec. 1, n° 6.* } 6. Si un des obligés solidairement paie pour les autres, il aura contre eux son recours, pour recouvrer leurs portions, et ce que chacun d'eux devra porter des portions de ceux qui seraient insolubles, mais non davantage. Car comme la dette se divise à l'égard du créancier, le recours de celui qui paie pour les autres se divise aussi, et se borne à l'égard de chacun à sa portion, parce que c'est seulement cette portion qui est payée pour lui.

C'est ainsi que ce recours doit avoir son effet, si celui des débiteurs qui paie pour les autres n'a pas d'autre droit que l'indemnité qu'ils se doivent l'un à l'autre réciproquement pour leurs portions. Car c'est l'effet du bénéfice de division ; et si les recours étaient solidaires, chaque obligé, étant poursuivi en recours pour le tout, pourrait poursuivre de même les autres, ce qui ferait une multiplicité de recours pleine d'inconvénients. Mais s'ils ont renoncé au bénéfice de division envers le créancier, et que celui qui paie pour les autres prenne du créancier une subrogation à ses droits, ce débiteur, succédant alors en la place du créancier, il a une action solidaire contre chacun des coobligés, pour recouvrer le tout, à la réserve de la portion qu'il devait lui-même.

Voy. *L. C. B. C.*, art. 1118 et *Pothier*, cité sur cet article.

* *C. L. 2099.*—Semblable au *C. N.*

[ARTICLE 1118.]

* *C. N.* 1213. } L'obligation contractée solidairement envers
 } les créanciers se divise de plein droit entre les
 débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa
 part et portion.

1118. Le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux, encore qu'il soit spécialement subrogé aux droits du créancier.

1118. The codebtor of a joint and several debt who has paid it in full, can only recover from the others the share and portion of each of them, even though he be specially subrogated in the rights of the creditor.

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.

If one of the codebtors be found insolvent, the loss occasioned by his insolvency is divided by contribution among all the others, including him who has made the payment.

* *ff. De fidej. et mand., Lib. 46, Tit. 3, LL. 36, 39.* } *L. 36. Cùm is qui et reum*
 } *et fidejussores habens, ab uno*
ex fidejussoribus accepta pecunia præstat actiones, poterit
quidem dici nullas jam esse : cùm suum perceperit, et per-
ceptione omnes liberati sunt : sed non ita est. Non enim in
solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit :
et ideo habet actiones, quia tenetur ad it ipsum, ut præset
actiones. (PAULUS).

L. 39. Ut fidejussor adversus confidejussorem suum agat, danda actio non est : ideoque si ex duobus fidejussoribus ejusdem quantitatis, cùm alter electus à creditore totum ex-

[ARTICLE 1118.]

solvat, nec ei cessæ sint actiones : alter nec à creditore, nec à confidejussore convenietur. (MODESTINUS).

Ibidem. } L. 36. Lorsque celui qui ayant et un
Trad. de M. Berthelot. } principal obligé et des fidéjusseurs,
 ayant reçu son argent de l'un des fidéjusseurs, lui passe ses actions, on pourra à la vérité dire que déjà elles n'existent plus, puisqu'il a reçu le sien, et par ce paiement tous sont libérés ; mais cela n'est pas ainsi. Car il ne reçoit pas pour cause de paiement, mais il a en quelque sorte vendu l'obligation du débiteur ; et il a action précisément pour cela, parce qu'il est tenu de la passer à ceux qui la payent. (PAUL).

L. 39. Il n'y a pas d'action pour qu'un fidéjussor poursuive son cofidéjussor. C'est pourquoi si, de deux fidéjusseurs d'une même quantité, l'un choisi par le créancier a payé le tout, et que les actions ne lui aient pas été cédées, l'autre fidéjussor ne pourra être poursuivi ni par le créancier ni par son cofidéjussor. (MODESTIN).

* 2 *Pothier (Bugnet), Oblig.,* } 280. Le débiteur solidaire qui
n° 280 et s. } paie le total, peut n'éteindre absolument la dette que pour la part qu'il est tenu de payer pour soi, et sans recours. *Voyez* *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* ; L. 36, ff. de fidejuss.

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, 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

[ARTICLE 1118.]

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.

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 ; *Si post solutum, sine ullo pacto, omne quod ex causâ tutelæ debetur, actiones post aliquod intervallum cessæ sint, nihil eâ cessione actum, cum nulla actio supersuit* ; 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. 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 pré-

[ARTICLE 1118.]

tend 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 qu'en ce cas le créancier 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 le faire subroger aux actions du créancier contre ceux pour qui ou avec qui il était débiteur de ce qu'il a payé, 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 adversus contutorem 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 contutoris, 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

[ARTICLE 1118.]

qui établisse en ce cas la subrogation : la Loi 1, § 13, ff. *de tut. et rat.*..... *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. d. tit.* souffrent encore moins de réplique. Ces Loix 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, 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

[ARTICLE 1118.]

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 requi-sition 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 5^e 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.

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels la subrogation a lieu de plein droit. Voyez notre *Introduction au titre 20 de la Coutume d'Orléans*, chap. 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 privilèges, 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*.

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 solidairement 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 débi

[ARTICLE 1118.]

teur 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, 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.

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.

282. Quoiqu'un débiteur solidaire ait omis, en payant, de requérir la subrogation, il n'est pas néanmoins dépourvu de

[ARTICLE 1118.]

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 *pro rata* de la part qu'il a eue dans la société : car l'insolvabilité d'un 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. *Finje*. 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

[ARTICLE 1118.]

dette en entier, a recours contre ses codébiteurs solvables' 1^o 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 *pro-rata* 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.

[ARTICLE 1118.]

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. Voyez cette question *infra*, 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 certaine somme, qu'elles se sont obligées solidairement de lui payer, et que l'une d'elles a payé le total, il ne peut 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, *contr. 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 actio-*

[ARTICLE 1119.]

nem; 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*, 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 *infra*, ch. 6, sect. 7, art. 4.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1103 et *Domat*, sur art. 1117.

* *C. L.* 2100.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1214. } Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun 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.

<p>1119. Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire contre l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolubles, les portions des insolubles sont réparties contributoirement entre tous les autres codébiteurs, excepté celui qui a été libéré dont la part contributoire est supportée par le créancier.</p>	<p>1119. In case the creditor have renounced his joint and several action against one of the debtors, if one or more of the remaining codebtors become insolvent, the shares of those who are insolvent are made up by contribution by all the other codebtors, except the one so discharged whose part in the contribution is borne by the creditor.</p>
---	---

[ARTICLE 1119.]

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1114, *Zachariæ*, sur art. 1103 et *Toullier*, sur art. 1111.

4 *Marcadé*, sur } *Contrà*. 625. Pothier enseignait (n. 275, *in*
 art. 1215 *C. N.* } *fine*) que le créancier qui renonce à la solida-
 rité pour l'un des débiteurs, le débarrassait par là même de la
 nécessité de subir sa part du déficit causé par l'insolvabilité
 d'autres codébiteurs et s'obligeait implicitement à payer la con-
 tribution à sa place, le cas échéant. Le Code, et avec raison
 selon nous, ne donne pas à cette renonciation du créancier un
 effet aussi étendu. Sans doute, le créancier est libre de prendre
 cet engagement envers le débiteur ; et toutes les fois que son
 intention à cet égard résultera des termes de l'acte ou des
 circonstances, elle produira son effet ; mais quand la renon-
 ciation à la solidarité aura lieu purement et simplement, c'est
 le débiteur qui restera tenu de contribuer.

Les auteurs, à la vérité, ont nié cette règle, si explicite
 pourtant, de notre article ; *Delvincourt*, *Toullier* (VI, 739),
M. Duranton (XI, 224), *M. Zachariæ*, (II, p. 271, note 37), en-
 seignent que c'est au créancier qui a fait remise de la solida-
 rité à l'un des débiteurs de subir, pour la part afférente à
 celui-ci, la perte résultant des insolvabilités. Mais cette doc-
 trine ne saurait se soutenir quand, en outre du texte si formel
 du Code, on lit ce passage, beaucoup plus formel encore, de
 l'Exposé des motifs : “ Si le créancier divise la dette à l'égard
 des codébiteurs, on ne doit pas en conclure qu'il ait interverti
 les recours respectifs des codébiteurs entre eux. La division
 de la dette n'a pu être consentie ni acceptée que sauf le droit
 d'autrui ; ainsi le codébiteur, déchargé de la solidarité envers
 le créancier, a dû compter qu'il lui restait encore une obligation
 à remplir, à l'égard de ses codébiteurs en cas d'insolvabilité de
 quelques-uns d'entre eux.” (*Fenet*, t. XIII, p. 255.)

[ARTICLE 1119.]

* 2 *Delvincourt*, p. 510-511 } 6. *Contributoirement*, c'est-à-dire
 ou n° 6 de la p. 144. } en raison de l'intérêt que chacun
 a dans la dette. Ainsi, supposons quatre débiteurs solidaires
 ayant un intérêt égal, et le montant de la dette de 12,000
 francs. Le créancier reçoit la part de l'un, et le décharge de
 la solidarité : il ne pourra poursuivre chacun des trois autres,
 que pour 9,000 fr. Mais si l'un de ces trois est insolvable,
 alors la part qu'il devrait supporter dans la dette, ou 3,000
 francs, se répartit entre les deux autres, et celui qui a été
 déchargé de la solidarité. Mais dans quel sens faut-il entendre
 cette répartition ? est-ce dans le sens que le créancier pourra
 toujours demander 9,000 francs à chacun des deux autres,
 mais que celui qui aura payé, aura son recours pour 4,000
 francs, contre le débiteur non déchargé, et pour 1,000 francs
 contre le débiteur déchargé ; ou dans le sens que le créancier
 ne pourra demander que 8,000 francs à chacun des deux
 autres, et qu'il supportera la part des 1,000 qui auraient été à
 la charge du troisième, s'il n'eût pas été déchargé de la soli-
 darité ? L'article 1215 paraît favoriser la première de ces opi-
 nions ; cependant il me semble qu'elle est contraire aux
 principes. En effet, on ne doit pas présumer que le créancier,
 en faisant remise de la solidarité, ait entendu faire un acte
 inutile. Or, il en serait ainsi, en donnant ce sens à l'article
 1215 ; car, quel est en définitive le but de la remise de la soli-
 darité ? c'est de faire que le débiteur déchargé soit entière-
 ment quitte en payant sa part, et ne soit point tenu de
 l'insolvabilité des autres débiteurs. Ce n'est même, à peu
 près, que dans la prévoyance de ce cas, que la remise a lieu ;
 car, si tous sont solvables, en définitive il ne paierait toujours
 que sa part. Donc, pour que cette remise puisse avoir son
 effet, il faut décider qu'il n'est point tenu des parts des insol-
 vables, qui restent conséquemment à la charge du créancier,
 pour la portion qui aurait dû être payée par le débiteur dé-
 chargé.

[ARTICLE 1119.]

* 11 *Duranton*, } 224. Mais nous développerons actuellement
 n° 224 *et s.* } ce qui est relatif à la remise de la dette au
 profit de l'un des débiteurs solidaires ; il s'y rattache plu-
 sieurs observations importantes qui doivent trouver leur
 place ici.

Suivant l'art. 1285, la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits 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. (*Ibid.*)

Et si l'un des autres débiteurs se trouve insolvable au moment où le créancier demande le surplus de la dette à tel ou tel d'entre eux, la portion de l'insolvable doit se répartir contributoirement entre tous les débiteurs solvables, y compris même celui ou ceux qui ont été déchargés de la solidarité par la remise ; par conséquent le créancier supporte, dans cette insolvabilité, la part qu'auraient dû y supporter ceux qu'il a déchargés. (Art. 1215.)

S'il n'en était ainsi, il aggraverait par son fait la condition de ceux des débiteurs solvables étrangers à cette remise : car sans elle, ceux à qui elle a été faite auraient supporté aussi leur part dans l'insolvabilité de tel ou tel de leurs codébiteurs : or, quoique le créancier ait le droit de disposer de sa créance comme il l'entend, ce droit néanmoins ne va pas jusqu'au point de pouvoir nuire aux codébiteurs solidaires, qui n'ont traité, on doit le supposer, que sur la foi de la loi, qui donne à ceux qui ont payé la dette, un recours contre les autres, pour la part de chacun d'eux, et qui veut également, pour que ce recours soit aussi complet que possible, que la portion des insolubles soit répartie par contribution entre tous les autres débiteurs solvables et ceux qui ont fait le paiement (1214.)

225. Quand la remise faite à l'un des débiteurs solidaires a lieu dans le cas de faillite de ce débiteur, par un concordat

[ARTICLE 1119.]

régulier et obligatoire, par exemple, une remise de 50 pour cent, elle ne profite point aux autres, parce qu'elle n'est pas volontaire : elle est le résultat de la position du failli, et ne produit par conséquent qu'une exception personnelle à ce dernier. Il n'y a même pas à distinguer entre le cas où le créancier est intervenu ou non au concordat, ni entre celui où il l'a signé avec ou sans réserve ; même dans ce dernier cas, il est présumé ne l'avoir consenti qu'en considération de la position du débiteur, et pour tirer le meilleur parti de la créance.

226. Toutefois, dans les principes actuels, il en serait autrement si le débiteur insolvable n'était point commerçant, du moins nous le croyons. Le traité intervenu entre un non commerçant et ses créanciers, et par lequel ils lui feraient remise d'une partie de la dette, aurait le caractère d'une remise volontaire, et ne serait, en conséquence, obligatoire que pour ceux qui l'auraient consenti. Le droit de faire, avec la majorité des créanciers réunissant les trois quarts des créances vérifiées, un traité obligatoire aussi pour ceux qui n'y ont pas consenti, est un droit exorbitant, qui n'est consacré par aucune disposition du Code civil en faveur du non commerçant, et qui ne l'est, par le Code de commerce, qu'en faveur des commerçants, parce qu'ils sont exposés à plus de chances que les autres citoyens. D'où il faut conclure que si le créancier, en consentant le traité, n'a pas fait de réserve de ses droits contre les autres codébiteurs, la remise produit leur libération jusqu'à due concurrence de la partie remise. S'il a fait des réserves, elle les libère seulement jusqu'à concurrence de la part du codébiteur dans la dette, conformément à l'article 1285 précité. D'après cela, si la créance est, par exemple, de 10,000 francs, qu'il y ait quatre débiteurs solidaires, et que le créancier adhère sans faire de réserve de ses droits vis-à-vis des autres débiteurs, à un traité portant remise de 50 pour cent, il n'est plus dû que 5,000 francs ; et si le débiteur à qui la remise a été faite, ou un autre, paie ces 5,000 francs, la dette est éteinte. Si le créancier a réservé

[ARTICLE 1119.]

ses droits contre les autres débiteurs, la remise est bien de 5,000 francs par rapport à celui à qui elle a été faite, mais elle n'a effet que pour 2,500 francs seulement par rapport aux autres, lesquels pourront encore être contraints solidairement à payer 7,500 francs. Ils ne pourront toutefois être poursuivis que pour cette somme, et non pour celle de 8,750 francs, comme si la part du débiteur insolvable dont le créancier est tenu de faire la déduction, aux termes de l'article 1210, ne devait se calculer que sur la quotité remise, ou 5,000 francs, c'est-à-dire être de 1,250 fr. seulement : la remise, dans ce cas, comprend la part entière de ce débiteur dans la dette.

227. Mais le débiteur à qui remise de la dette a été faite a-t-il une action contre ses codébiteurs, comme s'il eût payé, en supposant que la remise les eût libérés envers le créancier ?

Si elle a eu lieu à titre onéreux, par suite d'arrangements intervenus entre ce débiteur et le créancier, par exemple, au moyen de la renonciation à certains droits qu'avait le premier sur le second, ou d'engagements personnels qu'il a pris sur lui, comme dans le cas d'une novation, il est clair que l'on doit considérer ces arrangements comme un paiement, et par conséquent que ce débiteur a son recours tel qu'il existe dans le cas de paiement.

Et si le créancier lui a fait don de tout ou partie de la créance, le recours a lieu aussi pour les parts des codébiteurs dans la dette entière, ou dans la proportion de ce qu'ils ont eu de moins à payer en raison de la partie donnée. Il ne serait point nécessaire pour cela que le don eût été fait en forme, par acte portant donation entre-vifs. Bien mieux, si le créancier, en recevant simplement la part de l'un des débiteurs, déclare dans l'acte ou la quittance s'en contenter, et le subroge à ses droits contre les autres, le recours de ce débiteur a également lieu contre ceux-ci, pour leur portion dans la dette, sauf à ce débiteur, s'il y en a d'insolvables, à supporter sa part dans les pertes.

Mais quand le créancier déclare simplement dans un acte

[ARTICLE 1119.]

fait avec l'un des débiteurs, faire remise de la dette, sans réserver ses droits contre les autres et sans les réserver non plus à celui avec lequel l'acte est passé, cette remise n'en a pas moins pour effet d'éteindre la dette d'une manière absolue et définitive ; car le codébiteur avec lequel l'acte a eu lieu est censé avoir stipulé la remise dans l'intérêt de tous ; et, de plus, n'ayant rien payé, aucune disposition du Code ne lui donne de recours à exercer dans ce cas : il faudrait, pour qu'il en eût un, ou qu'il eût payé la dette, ou que le créancier, en lui faisant la remise, eût voulu aussi lui réserver un recours contre les autres. Or, cela ne résulte pas d'une remise pure et simple, telle que celle que nous supposons.

228. Si tous les débiteurs solidaires tombent en faillite, le créancier a le droit de se présenter dans chacune des faillites pour y faire vérifier et admettre sa créance pour la totalité, jusqu'à parfait et entier paiement. C'est ce que porte l'art. 534 du Code de commerce, ainsi conçu : “ Le créancier porteur “ d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés “ qui sont en faillite, participe aux distributions dans toutes “ les masses jusqu'à son parfait et entier paiement.”

Ainsi, soit une dette solidaire de 10,000 francs due par Primus, Secundus et Tertius, qui tombent tous trois en faillite, soit dans le temps, soit successivement.

Le créancier qui a été admis dans la faillite de Primus et qui y a touché ou doit y toucher en raison d'un concordat 30/100 sur le montant de sa créance, peut encore se présenter dans celle de Secundus pour le total de cette créance, et non pas seulement pour 7,000 francs ; et s'il touche aussi 30/100 dans cette seconde faillite, il pourra se présenter dans la troisième également pour 10,000 francs, et non pas seulement pour les 4,000 francs qui lui restent dus ; de manière toutefois que quelle que soit la quotité que donne cette direction ou Tertius par son concordat, le créancier ne touche pas au delà des 10,000 francs et des intérêts et frais qui pourraient lui être dus.

De la sorte le paiement pourra être intégral, ainsi que le

[ARTICLE 1119.]

veut l'art. 534 ci-dessus cité, et il ne pourrait l'être par un autre mode, puisque si le créancier ne pouvait se présenter dans la seconde faillite que pour 7,000 francs, et dans la troisième que pour 4,000 francs seulement, comme toute contribution suppose insuffisance, il est clair que, lors même qu'il y aurait à toucher 80 pour 100 et plus encore dans la dernière de ces directions, il existerait toujours un déficit. Or, suivant l'art. 534 précité, le créancier doit être admis dans toutes les masses jusqu'à *son parfait paiement*.

Savary pensait toutefois que le créancier ne pouvait figurer que dans une des masses, à son choix, parce que, disait-il, dès qu'il a été admis dans l'une d'elles pour la totalité de sa créance, il est censé en avoir reçu le montant en totalité. Ce système avait beaucoup d'affinité avec le principe de l'ancien droit romain, abrogé par Justinien, suivant lequel, ainsi que nous l'avons dit plus haut, le choix que le créancier faisait de l'un des débiteurs solidaires, en lui demandant le paiement du total, libérait les autres. Mais le motif sur lequel ce principe était fondé (la novation résultant de la litis-contestation) est étranger à notre droit ; et il faut bien reconnaître que Savary s'est contenté d'une fiction à la place de la réalité quand il a dit que le créancier qui a figuré dans l'une des directions pour la totalité de sa créance a épuisé son droit à l'égard des autres, parce qu'il est censé avoir reçu par équivalence le paiement du total. Il s'est écarté du véritable but de la solidarité.

Jousse, Boutaric, Pothier, La Serra et autres, s'y étaient beaucoup plus attachés, et leur décision conciliait peut-être mieux les principes considérés du moins dans toute leur pureté, quoique, à vrai dire, elle ne remplissait pas non plus parfaitement le but de la solidarité. Ces auteurs pensaient que le créancier devait bien, à la vérité, figurer dans toutes les directions, mais sous la déduction de ce qu'il avait reçu dans chacune d'elles, parce que, disaient-ils, dès qu'il est payé d'une partie de sa créance, il n'est plus créancier que du surplus. Ainsi, dans notre espèce, ayant reçu 5,000 francs

[ARTICLE 1119.]

dans la faillite de Primus, il ne pouvait, selon eux, se présenter dans celle de Secundus que comme créancier de 7,000 francs seulement ; et si cette direction avait également donné 307100, ce qui eût été, dans l'espèce, 2,100 francs, il ne pouvait plus se présenter dans celle de Tertius que pour 4,900 francs. En sorte que si cette dernière direction eût pareillement donné 307100, il y eût reçu 1,470 fr., et eût en définitive perdu 3,450 fr.

Mais ce second système avait déjà été rejeté par un arrêt du Conseil, du 24 février 1778, rapporté par Émerigon dans son traité *des Contrats à la grosse*, chap. 10, tit. 5, et il se trouve également proscrit par l'art. 534 du Code de commerce, qui veut que le créancier participe aux distributions dans toutes les masses jusqu'à son parfait et entier paiement, ce qui, encore une fois, ne peut avoir lieu que de la manière dont nous avons expliqué la chose.

Et suivant ce que nous venons de dire, il en serait de même si l'un des débiteurs avait fait un concordat avec ses créanciers, par lequel ceux-ci auraient accepté 307100, par exemple ; le créancier porteur d'engagements solidaires ne pourrait pas moins se présenter dans les deux autres faillites comme créancier des 10,000 fr. primitivement dûs, et cela, encore qu'il eût touché les 307100 au moment où il se présenterait dans la seconde ou troisième direction. Car, que le créancier ait reçu ou doive recevoir ces 307100 du débiteur lui-même, en vertu du concordat fait avec celui-ci, ou qu'il les ait reçus dans une distribution de deniers faite sur ce débiteur, la raison est absolument la même. Dans l'un comme dans l'autre cas, il a bien reçu un à-compte, et, sous ce rapport, dans les deux cas, sa créance est réellement diminuée ; mais aussi dans tous deux il a reçu en quelque sorte *forcément* cet à-compte, sans vouloir pour cela renoncer aux effets de la solidarité, tels qu'ils résultent de l'art. 534 du Code de commerce, quoique cet article, il est vrai, paraisse plus particulièrement prévoir le cas où il y a des distributions dans les diverses faillites ;

[ARTICLE 1119.]

car il n'exclut pas non plus la supposition qu'il y aurait eu concordat avec l'un des faillis.

Mais si, avant les faillites, le créancier a reçu de l'un des débiteurs ou d'un tiers un paiement par à-compte, il est clair qu'il ne peut plus réclamer que le surplus avec les effets résultant de cet article 534. Dans ce cas, la décision de Jousse, Boutaric et autres, reçoit naturellement son application, en ce sens que le créancier ne peut plus se présenter dans la première faillite ou direction ouverte que pour ce qui lui reste dû ; mais pour le surplus, on procédera comme il vient d'être dit.

229. Dans le cas où les diverses faillites ont donné au créancier des quotités différentes, celui dont le concordat ou la direction a donné une plus forte quotité que les autres ne peut néanmoins exercer de recours qu'autant qu'il aurait payé au delà de sa part dans la dette. Les remises plus fortes faites aux autres, ou les répartitions moins considérables qui ont eu lieu dans la distribution de leurs biens, sont le résultat de leur position particulière. En sorte que si, par exemple l'un des trois faillis eût payé, soit en exécution d'un concordat, soit dans une distribution de deniers provenant de la vente de ses biens, 33 et $\frac{1}{3}$ pour cent, et les autres fort peu de chose, ou même rien du tout, il ne pourrait, quand bien même ceux-ci viendraient à acquérir des biens par la suite, exercer un recours contre eux ; car il n'aurait rien payé pour eux. S'il avait payé 50 sur 100 sur la dette, il aurait seulement 16 $\frac{2}{3}$ à réclamer. D'ailleurs, ceux-ci sont encore obligés envers le créancier, s'il n'y a pas eu de concordat fait avec eux, et s'il y en a eu un, ils ne peuvent obtenir leur réhabilitation qu'en soldant tout ce qui leur a été remis, avec les intérêts et les frais. (Art. 608 du Code de comm.)

230. Reprenons l'analyse des autres dispositions du Code civil sur cette matière.

L'article 1210 porte que " le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve

[ARTICLE 1119.]

“ son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.”

Et, comme nous l'avons dit plus haut, l'on doit déduire aussi la part que ce débiteur aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de quelques-uns des autres codébiteurs, conformément à l'art. 1215 ; car le créancier n'a pu remettre la solidarité à l'un d'eux au préjudice des autres. Mais il ne serait toutefois chargé que de l'insolvabilité existante au jour où l'action en recours serait ouverte, c'est-à-dire au jour du paiement effectué par celui ou ceux des débiteurs qu'il poursuit, et seulement pour la portion qu'auraient eu à en supporter ceux qu'il a déchargés de la solidarité.

231. La division de la dette dont parle l'article 1210 est une division opérée par paiement, compensation ou remise de la portion du débiteur déchargé de la solidarité, et contre lequel, par conséquent, les autres ne peuvent avoir de recours, puisque ce ne sont point eux qui le libéreront : il l'est déjà par l'un de ces événements. Mais s'il y avait simplement remise de la solidarité, sans paiement ou remise de la part de ce débiteur dans la dette, le créancier n'en conserverait pas moins son action entière contre les autres, moins toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, la portion que ce débiteur, déchargé seulement de la solidarité, et non de sa part dans la dette, aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des autres codébiteurs. Car, au moyen de cette déduction, ceux-ci sont parfaitement rendus indemnes des effets de cette remise, puisque le codébiteur à qui elle a été faite n'en doit pas moins encore sa part, et par conséquent devra la rembourser à celui qui acquittera la dette. Aussi, Pothier (n. 277 de son traité *des obligations*), dit-il que le créancier qui a déchargé de la solidarité l'un des débiteurs conserve son droit contre les autres, pourvu que cette décharge ne leur nuise en rien. Or, elle ne leur nuit en rien de la manière dont nous venons d'expliquer la chose. Le créancier pouvait d'ailleurs renoncer tacitement aux effets de la solidarité à l'égard de ce débiteur en ne le poursuivant pas ; et sa renonciation ex-

[ARTICLE 1120.]

presse a pour résultat de l'obliger à déduire de son action solidaire contre les autres, la portion qu'aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux celui à qui il a fait cette remise, parce qu'il l'a affranchi des effets de la solidarité, mais sans avoir pu le faire au détriment des autres. Il a pris par là sur lui les résultats que la solidarité aurait pu produire contre ce débiteur, et voilà tout.

* *C. L.* 2102.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 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 insolubles, la portion des insolubles sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.

<p>1120. Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concerne que l'un des codébiteurs, celui-ci est tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne sont considérés par rapport à lui que comme ses cautions.</p>	<p>1120. If the matter for which the debt has been contracted jointly and severally concern only one of the codebtors, he is liable for the whole toward his codebtors, who, with regard to him, are considered only as his sureties.</p>
--	---

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1114 et 1118.

[ARTICLE 1120.]

4 *Marcadé, sur* } 626. L'obligation solidaire peut ne con-
art. 1216 C. N. } cerner que l'un des coobligés, et alors les
autres ne sont par rapport à lui (mais non pas par rapport au
créancier) que des cautions. Celui de ces débiteurs-cautions
qui aurait payé la dette aurait donc son recours pour le tout
contre le débiteur principal ; mais il pourrait aussi, si ce der-
nier était insolvable recourir contre les autres obligés (art.
2033 et 2032, 2°).

Mais, encore une fois, c'est seulement par rapport au débi-
teur que l'affaire concerne que les autres obligés ne sont que
cautions. Lors donc que le créancier décharge de la solida-
rité l'un des coobligés, il n'y a pas à considérer, en principe,
quelle peut être la part réelle de cet obligé dans la dette : en
principe, tous, par rapport au créancier, sont tenus de parts
égales, et les mots *par rapport à lui* ont été ajoutés après
coup, "pour prévenir, a-t-on dit, toute espèce de doute, et
pour faire comprendre que, par rapport au créancier, tous,
sans aucune distinction, sont débiteurs principaux et obligés
comme tels." (Fenet, t. XIII, p. 156.)

Bien entendu, il en pourrait être autrement, par exception,
s'il résultait des termes du contrat, ou des circonstances, que
le créancier, connaissant la part plus forte ou moindre pour
laquelle le débiteur au profit duquel il renonçait était réelle-
ment intéressé, c'est pour cette part réelle qu'il a entendu lui
remettre la solidarité.

* *C. L.* 2103.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1216. } Si l'affaire pour laquelle la dette a été con-
} tractée 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.

[ARTICLE 1121.]

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET
INDIVISIBLES.

1121. Une obligation est divisible lorsqu'elle a pour objet une chose qui, dans sa livraison ou dans son exécution, est susceptible de division soit matérielle ou intellectuelle.

SECTION V.

OF DIVISIBLE AND INDIVISIBLE
OBLIGATIONS.

1121. An obligation is divisible when it has for its object a thing which in its delivery or performance is susceptible of division either materially or intellectually.

Voy. au vol. 7, p. 629 et s., *Rapport de MM. les Commissaires*, sur cette matière.

* ff. *De verb. oblig.*, Lib. 45, § L. 2. Stipulationum quædam in
Tit. 1, L. 2. } dando, quædam in faciendo consistunt.

§ 1. Et harum omnium quædam partium præstationem recipiunt : veluti cùm *decem* dari stipulamur. Quædam non recipiunt : ut in his quæ natura divisionem non admittunt, veluti cùm *viam, iter, actum* stipulamur. Quædam partis quidem dationem natura recipiunt : sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit : veluti cùm *hominem* generaliter stipulor, aut *lancem*, aut *quodlibet vas*. Nam si *Stichi* pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendentem est, donec alius detur. Ejusdem conditionis est hæc stipulatio, *Stichum aut Pamphilum dari* ?

§ 2. Ex his igitur stipulationibus ne heredes quidem pro parte solvendo liberari possunt, quandiù non eandem rem omnes dederint. Non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur. Et ideo si divisionem res promissa non recipit, veluti *via*, heredes promissoris singuli insolidum tenentur. Sed quo casu unus ex heredibus solidum præstite-

[ARTICLE 1121.]

rit, repetitionem habebit à coherede, familiæ erciscundæ judicio. Ex quo quidem accidere Pomponius ait, ut et stipulatoris viæ, vel itineris heredes singuli insolidum habeant actionem. Sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant : quia per singulos adquiri servitus non potest. Sed non facit inutilem stipulationem difficultas præstationis.

§ 3. Si tamen *hominem* stipulatus cum uno ex heredibus promissoris egero, pars duntaxat cæterorum obligationi supererit, ut et solvi potest. Idemque est si uni ex heredibus accepto latum sit.

§ 4. Idemque est in ipso promissore, et fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus.

§ 5. Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero, *per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat* ? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes ejus, sed familiæ erciscundæ judicio ab eo repetent quod præstiterint. Hoc et Julianus et Pomponius probant.

§ 6. Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, *sibi heredique suo agere licere*, et unus ex heredibus ejus prohibeatur, interesse dicemus, utrum insolidum committatur stipulatio, an pro parte ejus qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adjecta sit, insolidum committetur : sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur. Si vero pœna nulla apposita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est, committetur stipulatio. (PAULUS).

Ibidem. } L. 2. Les stipulations consistent ou à
Trad. de M. Berthelot. } donner ou à faire.

§ 1. De toutes ces espèces, quelques-unes admettent des prestations partielles, par exemple lorsque nous stipulons que l'on donnera dix. D'autres n'en admettent pas : telles sont celles qui par leur nature ne peuvent recevoir de division, comme lorsque nous stipulons une voie, un chemin, un sentier. Quelques-unes reçoivent par leur nature division de parties ; mais si on ne donne ces objets tout entiers, on ne satisfait pas à la stipulation : par exemple lorsque je stipule

[ARTICLE 1121.]

un homme en général ou un plat ou un vase quelconque. Car si une partie de Stichus est fournie, jusque-là il n'y a libération d'aucune des parties de la stipulation ; mais on peut sur le champ la reprendre, ou l'obligation est en suspens jusqu'à ce qu'il soit donné un autre esclave. De même condition est cette stipulation de donner Stichus ou Pamphile.

§ 2. Ainsi, dans ces stipulations, les héritiers mêmes ne peuvent se libérer en payant une partie, tant que tous ne donneront pas la même chose. Car la condition de l'obligation n'est pas changée par la personne des héritiers. C'est pourquoi si la chose promise n'admet pas de division, telle qu'une voie, les héritiers du prometteur sont tenus chacun pour le tout. Mais, dans le cas où un des héritiers aura payé le tout, il aura son recours contre son cohéritier par l'action de partage d'hérédité. D'où il arrive, dit Pomponius, que chacun des héritiers de celui qui a stipulé une route ou un chemin a une action pour le tout. Mais quelques-uns pensent que dans ce cas la stipulation est éteinte, parce que la servitude ne peut être acquise par chacun séparément. Mais la difficulté de la prestation ne rend pas la stipulation inutile.

§ 3. Si cependant, ayant stipulé un homme, j'intente mon action contre un des héritiers du promettant, il ne restera d'obligation que pour la part des autres, de sorte qu'il peut payer. La même chose est si on a fait à un des héritiers une acceptilation.

§ 4. Il en est de même à l'égard du prometteur et des fidéjusseurs qu'à l'égard des héritiers.

§ 5. De même, si la stipulation est sur un fait, par exemple si je stipule ainsi : par vous ni par votre héritier, il ne sera mis aucun empêchement à ce que je puisse user du droit de sentier et de chemin, et qu'un des héritiers en empêche, ses cohéritiers aussi sont tenus ; mais par l'action de partage d'hérédité ils répéteront de lui ce qu'ils auront donné. C'est l'avis de Julien et de Pomponius.

§ 6. Au contraire si le stipulateur est décédé lorsqu'il avait stipulé qu'il serait permis à lui et à son héritier d'user de la

[ARTICLE 1121.]

servitude de sentier et de chemin, et qu'un de ses héritiers en soit empêché, il faut distinguer le cas où la stipulation est violée pour la totalité ou seulement pour la part de celui qui est empêché. Car si l'on a joint à la stipulation une peine, la peine est encourue pour le tout, mais ceux qui n'ont pas été empêchés seront écartés par l'exception de dol. Mais si l'on n'a ajouté aucune peine, alors la stipulation n'est violée que pour la part de celui qui a été empêché. (PAUL).

* ff. *De solutionibus*, Lib. 46, } § 1. Qui *decem* debet, partem
Tit. 2, L. 9, § 1. } solvendo, in parte obligationis
liberatur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent.
Item qui *Stichum* debet, parte *Stichi* data, in reliquam partem
tenetur. Qui autem *hominem* debet, partem *Stichi* dando,
nihilominus *hominem* debere non desinit. Denique homo
adhuc ab eo peti potest. Sed si debitor reliquam partem *Stichi*
solverit, vel per actorem steterit quominus accipiat, liberatur. (ULPIANUS).

Ibidem. } § 1. Celui qui doit dix, en payant
Trad. de M. Berthelot. } une partie, est libéré pour une partie
de son obligation ; et les cinq autres seuls restent dans l'obligation. De même celui qui doit *Stichus*, en payant une partie de *Stichus*, est tenu pour le reste. Mais celui qui doit un homme, s'il donne une partie de *Stichus*, ne cesse aucunement pour cela de devoir un homme tout entier. Enfin, on peut encore lui demander un homme. Mais si le débiteur paye le reste de *Stichus*, ou qu'il ait tenu au créancier qu'il lui fût payé, il est libéré. (ULPIEN).

* 3 *Dumoulin*, *Tract. de divid. et individ.*, } 4. *Lex secunda*
prin., n^{os} 4-5 et *part.* 2, n^{os} 200, 201. } *duas xvpias* et *præ-*
cipuas stipulationum, seu potius *obligationum omnium* *divisiones* tradit. Nec enim totus hic tit. de *verborum obligationibus*, intelligendus de *nuda stipulatione in abstracto*, quasi

[ARTICLE 1121.]

idea quadam (ut ineptus ille criticus, qui grammaticali supercilio censebat hunc titulum de verb. obligatione singulariter inscribendum) sed de stipulatione habente causam et subjectum idoneum, sive contractum, sive distractum, et (ut ita loquar) in concreto, alias inefficax esset. *l. 2, § circa de dol. mal. exceptio.* inventæ enim sunt stipulationes non solum ad nudas informandas, sed etiam ad corroborandas quaslibet, vel nominatas conventiones, *l. stipulationum, § conventionales, infrà eodem Institut. de inutil. stipul. in princip.* Postquam igitur Jurisconsultus in *l. 1, satis* disseruit de quidditate, forma, et conceptione stipulationis.

5. Duas hic universales, et æquè principales divisiones subjicit. Prima, quod quædam in dando, quædam in faciendo. Secunda, quædam dividuæ, quædam individuæ. Et hanc utpote subtiliorem altiorisque discussionis, latius prosequitur, non insistendo in priori, utpote per se, vel ex sensu communi nota. Prior respicit non causam effectivam, vel formalem, de quibus in *d. leg. 1* et quæ proprie saltem in simplicibus non recipiunt divisionem, sed causam materialem stipulationis sive subjectum ipsum, et contentum. Posterior (quam Udalric. Zafi. hic. num. 1, malè facit subdivisionem prioris) respicit effectum, executionem vel implementum. text. in *leg. in executione, in principio, infrà eod. et in leg. stipulationes non dividuntur, infrà eod. ibi, horum enim divisio corrumpit stipulationem*, id est, non implet, sive impedit implementum, et effectum : ut rectè exponit Bar. ibi. col. 1.

200. Nunc sensim altiùs ingrediens statuo duas theses. Prima, Omnis obligatio est dividua, prout semper, et regulariter ipso jure inter hæredes tam creditoris, quàm debitoris pro portionibus hæreditariis dividitur, nisi quando, et quatenùs apparet quod sit individua : probatur ex regula *l. pro hæreditariis, C. de hæredit. action.* cum similibus, et text. à fortiori in *l. pen. § de illo, ibi, sed hoc humanius, suprà de condit. et demonstrat.* et sic non est facienda alia regula de dividuitate. Secunda, Omnis individuitas procedit vel ex natura, et qualitate intrinseca rei debitæ, non dividua, vel ex cir-

[ARTICLE 1121.]

cumstantia individua principaliter contemplata, et impressa rei in dispositionem deductæ ad finem, vel effectum individuum per debitorem, vel ejus curâ præstandum. Et hæc de individuitate obligationis. At solius solutionis individuitas non est nisi secundùm quid, ut mox latiùs dicemus.

201. Toties ergo obligatio sive ex stipulatione, sive ex alio contractu, vel quasi, vel testamento, vel alia causa descendens dividua est, quoties debitum pro parte præstari potest. Et generaliter nisi de contrario constet, quod vel ex necessitate, et in servitute prædiali, vel ex natura rei, ut certa opera, vel constructio certæ domus, vel ex sine principaliter et ex compacto destinato, ut mille legata, vel promissa ad constructionem certi operis cura debitoris, *l. fideicommissa*, § *penult. suprâ de legat.* 3. Hæc est prima clavis hujus materiæ, rationi naturali, praxi, communi sensui conformis, quem ubique intuemur, et observamus, quam si tenueris, promptè et facile totius hujus materiæ perspicuum intellectum, rectumque, et expeditum judicium assequeris : hæc enim est ìntima mens legum, noviter à nobis detecta per omnes species et casus individuitatis decurrens : et hoc velut gnomone universam hanc materiam metiri licet.

* 4 *Marcadé*, } 627. La matière des obligations divisibles et
n° 627 *et s.* } indivisibles a toujours passé, et avec raison,
pour l'une des plus difficiles.

Le célèbre Dumoulin l'avait traitée longuement dans son *Extrictio labyrinthi dividui et individui* ; et Pothier, qui reproduit les idées du grand jurisconsulte (en appelant indifféremment ces obligations *divisibles indivisibles* ou *dividuelles-individuelles*), a été, ici comme dans presque tout son *Traité des obligations*, copié et résumé par le Code. Dumoulin et Pothier, il faut le dire, étaient fort obscurs dans plusieurs passages ; et quoique leur obscurité ait tenu souvent à la nature même du sujet, elle provient aussi parfois de subtilités et même de contradictions (au moins apparentes), tenant

[ARTICLE 1121.]

moins à cette nature du sujet qu'à la multiplicité de détails inutiles ou d'exemples mal choisis qu'ils ont présentés. Cela étant, il semble que les interprètes du Code auraient dû faire abstraction, dans le travail de Dumoulin, de ces idées inintelligibles et inutiles tout ensemble, pour mieux saisir et préciser plus nettement celles de leurs explications qui donnent une parfaite intelligence des articles de notre section.

Malheureusement, nos interprètes ont fait tout le contraire... Découragés par les difficultés que présentent Dumoulin et Pothier, et prenant à la lettre dans le texte du Code une rédaction parfois peu exacte, ils en sont venus à trouver inintelligibles non-seulement les quelques détails dont nous avons parlé, mais même les règles fondamentales de la matière. Ainsi, Toullier (VI, 782) déclare franchement qu'il n'a pu parvenir à se faire une idée claire des obligations indivisibles et de leur nature, et il le prouve plus loin en avouant (n. 792) qu'il ne peut apercevoir aucune différence entre deux classes d'obligations que le Code présente cependant comme différentes. M. Duranton, sans l'avouer, est exactement dans le même cas, et, quoique parlant comme s'il comprenait très bien les articles de notre section, il présente également comme rentrant l'une dans l'autre les deux classes d'obligations dont nous venons de parler (XI, 256).

Notre matière s'est donc trouvée, depuis le Code civil, par l'effet de l'interprétation inexacte des auteurs, bien plus difficile encore qu'elle n'était auparavant. Nous avons l'espoir d'être parvenu, en retranchant les détails inutiles dont il a été question plus haut, à rendre faciles à comprendre les règles de notre section.

628. Dumoulin et Pothier distinguent trois espèces d'indivisibilité, ce qui ne donne cependant pas trois classes d'obligations indivisibles, mais deux seulement, attendu que la troisième espèce d'indivisibilité ne porte que sur la manière d'exécuter, et n'empêche pas l'obligation de rester divisible.

La première indivisibilité a lieu quand l'objet de l'obligation n'est susceptible d'aucune espèce de division, ni maté-

[ARTICLE 1121.]

rielle, ni intellectuelle, La seconde se présente quand cet objet, quoique divisible en lui-même au moins intellectuelle-ment, se trouve indivisible au point de vue sous lequel il a été considéré par les parties contractantes. Enfin, il y a encore l'indivisibilité *solutione tantum*, qui a lieu quand l'objet ne peut être payé partiellement par les débiteurs, quoiqu'il reste complètement divisible et se divise en effet entre les créanciers, s'il y en a plusieurs.

Dumoulin et Pothier appellent la première indivisibilité *individuum contractu* et quelquefois *natura*, et ils qualifient la seconde *individuum obligatione*. Le mot *contractu* nous paraît fort mal choisi pour le premier cas, puisque ce n'est pas alors la convention, mais la nature même de l'objet qui rend cet objet et par suite l'obligation indivisibles, et que d'ailleurs les mots "indivisible *contractu*" ne présentent pas une idée bien distincte des mots "indivisible *obligatione*." D'un autre côté, cette seconde expression paraît elle-même bizarre ; car comment comprendre *une obligation* indivisible par *l'obligation*?... Il serait, ce semble, plus satisfaisant, plus logique, plus vrai, de supprimer le mot *contractu* dans la première indivisibilité où il fait double emploi avec le mot *naturá*, et de le substituer dans la seconde au mot *obligatione* qui disparaîtrait entièrement. On aurait ainsi : 1° l'*individuum naturá*, indivisibilité (de l'obligation) résultant de la nature réelle de l'objet ; 2° l'*individuum contractu*, indivisibilité (de l'obligation toujours) résultant de la volonté des parties, de la nature conventionnelle qu'ils ont donnée à l'objet ; puis 3° l'*individuum solutione tantum*, indivisibilité ne portant que sur l'exécution, et qui laisse à l'objet et à l'obligation leur nature divisible.

629. C'est, avons-nous dit, en retranchant à dessein des questions de détail inutiles (et aussi des exemples quelquefois mal choisis) que nous avons essayé (en ajoutant, bien entendu, d'autres moyens à celui-ci) de rendre plus intelligibles les obligations divisibles et indivisibles et les dispositions de notre section.

[ARTICLE 1121.]

Ainsi, on trouve chez les auteurs de longues discussions sur le point de savoir si telle ou telle obligation particulière est indivisible *ipsâ naturâ*, ou si elle n'est indivisible que *obligatione* (c'est-à-dire *contractu*). Or, outre que cette question (qui contient celle de savoir si tel objet est ou n'est pas divisible intellectuellement, juridiquement) sera souvent un point de métaphysique la plus subtile, de nature à être résolue dans tel sens ou dans tel autre selon la tournure d'esprit de chacun, elle est d'ailleurs inutile à examiner, puisque les deux classes d'obligations indivisibles produisent les mêmes effets. Voici donc toute une série de questions à retrancher.

Et maintenant, quant au point de savoir si telle ou telle obligation est indivisible *contractu* ou ne présente, au contraire, qu'une simple indivisibilité de paiement, il est vrai qu'il offre de l'utilité, puisque les effets sont différents de l'un à l'autre cas. Mais faudra-t-il pour cela en poursuivre l'examen pour chacune des hypothèses multipliées qui peuvent se présenter, ou ne devons-nous pas, au contraire, en exposant nettement les principes de la matière et les règles de démarcation incomprises par nos devanciers, laisser au juge du fait, dans chaque affaire particulière, le soin d'appliquer ces principes, et de rechercher dans les circonstances si l'intention des parties a été simplement d'exclure un paiement partiel, ou si elles ont vraiment considéré l'objet comme indivisible ? Le premier système, en supposant qu'il fût d'une grande utilité, était en tout cas impraticable pour nous, car son application nécessiterait ou un traité spécial ou un ouvrage présentant pour l'ensemble du Code une quarantaine de volumes.

Nous devons croire, au surplus, que les explications par nous données ont atteint notre but, puisque, en parlant de notre livre, un savant magistrat signale " les pages dans lesquelles, à l'aide d'une classification nettement tracée, l'auteur est parvenu à dissiper l'obscurité traditionnelle qui couvre la fameuse distinction des obligations divisibles et indivisibles." (M. Lagrange (le *Droit* du 2 juillet 1846.)

[ARTICLE 1121.]

630. On comprend, d'après ce qui a été dit plus haut, que c'est toujours dans l'objet de l'obligation qu'il faut rechercher s'il existe ou non une des trois espèces d'indivisibilité ; que l'obligation est indivisible, soit quand son objet est tel par lui-même (*naturá*), soit quand il a été considéré comme tel par les parties (*obligatione*, ou mieux *contractu*) ; et qu'il y a enfin l'indivisibilité, non plus de l'objet, ni par là même de l'obligation, mais de l'exécution seulement. Ainsi il y a deux classes d'obligations indivisibles ; puis une classe d'obligations qui, bien que divisibles, ne peuvent cependant être exécutées par les débiteurs qu'indivisément.

Le Code nous présente l'obligation indivisible *naturá*, par la nature réelle de l'objet, dans l'art. 1217.

Il reproduit l'obligation indivisible *obligatione* (ou plutôt *contractu*), c'est-à-dire par la qualité que la pensée des contractants a donnée à l'objet, dans l'art. 1218.

Puis, à l'art. 1221, dans le paragraphe *Des effets des obligations divisibles*, il parle de celles de ces obligations qui, toutes divisibles qu'elles sont, ne peuvent cependant être exécutées par parties : c'est l'indivisibilité *solutione*.

631. Cet article (1217) a tort d'aller prendre, pour caractériser l'indivisibilité de l'obligation, la livraison de la chose ou l'exécution du fait qui constitue l'objet de cette obligation, et de ne se reporter ainsi qu'à *l'exécution de l'obligation*, car cette manière de parler peut conduire à confondre ce cas avec la simple indivisibilité *solutione*. Il fallait dire que l'obligation est indivisible quand son objet est absolument insusceptible de division ; c'est, du reste, ce que le Code a voulu dire (Pothier, n° 291).

Il faut, pour que l'obligation soit indivisible dans le sens de notre article, *naturá*, que son objet ne soit susceptible d'être divisé sans destruction ni matériellement, ni intellectuellement. Par exemple, un cheval ne peut, il est vrai, être divisé matériellement entre plusieurs personnes, mais il peut très-bien se diviser entre elles intellectuellement, juridiquement : je puis très-bien avoir la moitié ou le tiers de la pro-

[ARTICLE 1121.]

priété d'un cheval, et je puis vendre, donner, léguer, etc., cette moitié ou ce tiers ; si donc des parts matérielles sont ici impossibles, des parts juridiques ne le sont pas, et l'obligation [de livrer un cheval reste une obligation divisible. Ainsi, quand je dois un cheval à Pierre et à Paul, je puis très-bien exécuter mon obligation vis-à-vis de Pierre en lui donnant la moitié de la propriété du cheval.

Au contraire, si je me suis obligé à faire un voyage à Lyon, je ne pourrai pas procurer la moitié de ma dette ; car l'esprit ne conçoit pas la division de ce voyage : l'objet est ici indivisible juridiquement aussi bien que physiquement, et l'obligation est indivisible *naturá*.

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig.*, } 287. Une obligation dividuelle
 n^o 287 et s. } 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 ; Molin, *Tract. de div. et indiv.*, p. 3, n. 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 solidarité est qu'elle ne soit pas actuellement divisée entre les débiteurs solidaires : mais leur obligation n'en est pas moins une obligation dividuelle, parce qu'elle peut se diviser, et qu'elle se divisera en effet entre leurs héritiers.

288. Il faut voir à présent quelles sont les obligations qui peuvent se diviser, et quelles sont celles qui ne le peuvent pas.

[ARTICLE 1121.]

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 indivisées qui ne sont point réelles, et qui ne subsistent qu'*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

[ARTICLE 1121.]

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 ; *Molin. ibid. p. 1, n. 3, p. 2, n. 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, n. 203 et seq.* a démontré qu'elles n'étaient pas moins divisibles que les obligations *in dando*, à moins que le fait 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 : *Omnis obligatio etiam facti dividua est, nisi quatenus 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 aci ad aliquid dividuum* ; comme lorsque 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

[ARTICLE 1121.]

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* : *Cum hic effectus, dicitur, sit quid remotum et separatum à substantiâ obligationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua penès effectum, sed secundum se et secundum naturam rei immediatè in eam deductæ.*

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 : tels 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.

292. La seconde indivisibilité est celle que Dumoulin ap-

[ARTICLE 1121.]

pelle *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 *individuum 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.

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 passer 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 rap-

[ARTICLE 1121.]

porte cette raison : *Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit, non dederit.*

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 heredes 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, cum nullæ sint partes domûs quæ nondum 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 ERGO, id est operationem, sed APOTILEMA, 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.*

293. En bref, l'obligation indivisible *naturâ et contractu*, est l'obligation d'une chose qui en elle-même, par sa nature, et

[ARTICLE 1121.]

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 tantùm*.

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.

* 8 *Pothier (Bugnet) Success.*, § 5. } Ce que nous avons dit jus-
ch. 5, art. 3, § 5. } qu'à présent "que les héritiers
 et les successeurs universels sont tenus des dettes pour la
 portion dont ils sont héritiers," souffre une exception néces-
 saire à l'égard des dettes indivisibles ; car ces dettes ne pou-
 vant de leur nature se diviser, il est nécessaire que chaque
 héritier, chaque successeur universel soit tenu pour le total
 de ces sortes de dettes. *Ea quæ in partes dividi non possunt,*
solida à singulis hæredibus debentur. L. 192, ff. de reg. jur.

On appelle *dettes indivisibles* les dettes des choses qu'on ne peut avoir pour partie, ni payer pour partie même indivisée, les choses qui ne sont susceptibles de parties ni réelles, ni même intellectuelles, tel qu'est un droit de servitude ; car on ne peut avoir pour partie un droit de servitude : tel qu'est un droit de vue, un droit de passage sur l'héritage d'autrui, on ne peut constituer pour partie un pareil droit, *servitus pro parte constitui non potest*.

C'est pourquoi si le défunt s'était obligé de constituer au propriétaire de l'héritage voisin du sien un droit de passage

[ARTICLE 1121.]

sur son héritage, et qu'il laisse quatre héritiers qui succèdent chacun pour leur quart à cet héritage, chacun de ses héritiers sont tenus, non pas pour leur quart, mais solidairement de cette dette, parce qu'elle est indivisible ; on ne peut constituer un droit de passage pour un quart ; on ne peut laisser passer une personne pour un quart ; le créancier pourra donc agir solidairement contre chacun des héritiers, pour qu'ils lui constituent la servitude, pour qu'ils le souffrent passer.

Que si la chose due n'est pas susceptible, à la vérité, d'une division réelle, mais qu'elle soit susceptible de parties au moins intellectuelles ; si on peut la posséder, en être propriétaire par portions indivisées, la dette d'une telle chose n'est pas indivisible, et les héritiers n'en sont pas tenus solidairement, mais chacun pour leur portion. Par exemple, si le défunt m'a vendu son cheval qu'il ne m'a pas encore livré, et qu'il laisse quatre héritiers, chaque héritier n'est tenu de cette dette que pour son quart, en me livrant le cheval pour le quart indivis qui lui en appartient, il est quitte de son obligation ; car quoique ce cheval ne soit pas susceptible d'une division réelle, il est susceptible de parties au moins intellectuelles, il peut être possédé par plusieurs pour chacun leur portion indivise ; il peut appartenir à plusieurs pour chacun leur portion indivise, et par conséquent il peut être dû et payé par portion ; l'obligation n'en est donc pas indivisible.

Il y a des obligations qui sont indivisibles dans leur principe, mais qui, par l'inexécution de l'engagement, se convertissent en une obligation de dommages et intérêts, laquelle est divisible, ayant pour objet la somme de deniers à laquelle seront estimés ces dommages et intérêts. Telles sont toutes les obligations de faire quelque chose, comme de bâtir une maison ; telle est l'obligation que contracte un vendeur de garantir l'acheteur de tous troubles dans la possession de la chose vendue, ces obligations étant indivisibles dans leur objet ; car, par exemple, on ne peut pas satisfaire pour partie

[ARTICLE 1122.]

à l'obligation de bâtir une maison, de garantir un acheteur du trouble qu'on fait à sa possession, chaque héritier de celui qui l'a contractée en est dans le principe tenu solidairement; on peut conclure contre chacun des héritiers à ce qu'il soit tenu bâtir la maison, à ce qu'il soit tenu défendre le demandeur du trouble qu'on fait à sa possession de la chose que le défunt lui a vendue; mais comme ces obligations par leur inexécution se convertissent en une obligation de dommages et intérêts qui est divisible, chacun de ces héritiers assigné solidairement pour remplir l'obligation du défunt, ne sera néanmoins, faute de la remplir, condamné aux dommages et intérêts que pour la portion dont il est héritier. L. 85, § 5, L. 139, ff. *de verb. oblig.*

* C. N. 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.

1122. L'obligation divisible doit être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'effet qu'à l'égard de leurs héritiers ou représentants légaux, qui, d'un côté, ne peuvent exiger l'exécution de l'obligation, et de l'autre, n'y peuvent être tenus, au-delà de leurs parts respectives comme représentant le créancier ou le débiteur.

1122. A divisible obligation must be performed between the creditor and the debtor, as if it were indivisible. The divisibility takes effect only with their heirs or legal representatives, who, on the one hand, cannot enforce the obligation, and, on the other, are not held for the performance of it, beyond their respective shares as representing the creditor or the debtor.

[ARTICLE 1122.]

* *Cod. De heredit. actionibus*, } 2. Pro hereditariis partibus
Lib. 4, Tit. 16, L. 2. } heredes onera hereditaria agnos-
 scere, etiam in fisci rationibus placuit ; nisi intercedat pignus
 vel hypotheca : tunc enim possessor obligatæ rei convenien-
 dus est.

PP. 14 calend. novembris, Æmiliano et Aquilino Coss 250.
 (DECIVS).

Ibidem. } 2. On a décidé que les héritiers doi-
Trad. de P. A. Tissot. } vent supporter les charges héréditaires
 proportionnellement à la portion qu'ils ont eue de l'hérédité,
 même pour les charges fiscales, à moins qu'il n'y ait un gage
 ou une hypothèque : car, dans ce cas, c'est le possesseur de la
 chose obligée qui doit être poursuivi.

Fait le 14 des cal. de novemb., Emilien et Aquilinus consuls. 250. (DÉCIUS).

* *ff. De legatis et fid. 2,* } 33. Legatorum petitio adversus he-
Lib. 31-1, L. 33. } redes pro partibus hereditariis com-
 petit : nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes
 oportet. (MODESTINUS).

Ibidem. } 33. Le légataire a action pour demander
Trad. de M. Hulot. } son legs contre chacun des héritiers pour
 sa portion héréditaire, et les cohéritiers ne doivent point être
 chargés du legs pour ceux qui sont insolubles. (MODESTINUS).

4 *Marcadé, sur* } 637. Les obligations ne se distinguent en-
art. 1220 C. N. } divisibles et indivisibles que pour des créan-
 ciers ou des débiteurs multiples ; car tant qu'il n'y a qu'un
 seul créancier et un seul débiteur, l'obligation, si divisible
 qu'elle puisse être, doit toujours recevoir une exécution simple
 et intégrale, sans être jamais susceptible de paiements partiels ;
 en sorte qu'elle a le même effet que si elle était indivisible.
 C'est donc seulement à la mort d'un débiteur ou d'un créancier
 laissant plusieurs représentants que l'obligation.

[ARTICLE 1122.]

existant originairement entre un seul créancier et un seul débiteur peut se diviser, si elle en est susceptible.

Mais il en serait autrement, bien entendu, et il ne serait pas nécessaire d'attendre la mort d'une des parties pour appliquer les principes de la divisibilité, si l'obligation se formait immédiatement pour plusieurs créanciers ou contre plusieurs débiteurs, ou encore, si le créancier unique vendait sa créance à plusieurs personnes. Si le Code, après Pothier, n'a parlé que du cas d'héritiers multiples succédant au débiteur ou au créancier, c'est parce que ce cas est le plus fréquent ; mais la règle s'applique évidemment toutes les fois qu'il y a, peu importe par quelle cause, pluralité de créanciers ou de débiteurs.

638. Remarquons que, par la mort d'une partie, le droit se divise entre ses héritiers, non en parts viriles, c'est-à-dire en autant de parts égales qu'il y a d'héritiers, mais bien en proportion de la part pour laquelle chacun de ces héritiers représente le défunt. Si donc ce défunt laisse deux héritiers dont l'un le représente pour deux tiers et l'autre pour un tiers seulement, le premier se trouvera créancier ou débiteur pour les deux tiers, et le second pour le dernier tiers.

On voit que le principe de la division des dettes et créances entre les héritiers peut transformer immédiatement une dette considérable en une foule de dettes minimes : Pierre doit 5,000 francs à Paul ; si celui-ci meurt laissant cinq héritiers, il y aura cinq créances de 1,000 francs chacune ; et si Pierre meurt à son tour laissant un même nombre de représentants, chacun de ces derniers ne devra plus que le cinquième à chacun des autres, en sorte que la dette originaire de 5,000 francs sera changée en vingt-cinq dettes de 200 francs chacune.

Quand nous disons qu'il y a alors un grand nombre de dettes et de créances, c'est une expression que nous employons pour faire mieux sentir l'effet de la division, mais qu'il ne faudrait pas prendre à la lettre ; car, à parler proprement et rigoureusement, il n'y a pas là plusieurs dettes, mais *une dette* divisée en plusieurs parties, et qui n'est payable par portions.

[ARTICLE 1122.]

que parce qu'elle l'est par plusieurs personnes ou à plusieurs personnes. Si donc, après la mort d'un créancier qui a laissé cinq héritiers, quatre de ces héritiers venaient à mourir et avaient leur cohéritier pour successeur, celui-ci redevenant ainsi créancier unique de la dette unique, le débiteur n'aurait pas le droit de le payer en cinq fractions, puisque cette dette unique a cessé d'être payable à plusieurs, et que *cessante causâ, cessat effectus*. Il en serait de même, réciproquement, si l'un des cohéritiers du débiteur devenait l'héritier de ses divers cohéritiers. Bien entendu, nous supposons une acceptation pure et simple des successions ; puisque, s'il y avait acceptation bénéficiaire, les parties de dette ou de créance resteraient divisées, l'une faisant partie du patrimoine du cohéritier acceptant, les autres continuant d'appartenir aux patrimoines des cohéritiers défunts.—Telle était aussi la doctrine de Dumoulin et de Pothier (n° 318).

639. Nous avons établi au titre *Des Successions* (art. 883, n° IV) que la division légale de notre article n'est que provisoire quant aux créances, et disparaît pour elles devant le résultat du partage de la succession. C'est seulement pour les dettes que cette division légale produit un effet définitif.

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig.*, } 299. Une obligation est appelée
 nos 299, 316, 317 et 534 et s. } *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 *infra*, 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,

(ARTICLE 1122.]

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.

316. Dans tous les cas ci-dessus rapportés, dans lesquels une obligation, quoiqu'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 pour 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

[ARTICLE 1122.]

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. Nous avons traité cette matière dans notre Traité du contrat de constitution de rente, *chap. 7, art. 3. Voyez Dumoulin, Tract. de div. et ind., part. 2, n. 207, 209 ; et part. 3, n. 23 et seq.*

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.

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.

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 imperceptible-

[ARTICLE 1122.]

ment 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, quoiqu'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. 54, 55, 56.*

Dumoulin, *n. 57*, va plus loin : quand même l'obligation

[ARTICLE 1122.]

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 tout ce qu'il doit. 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. 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 lorsqu'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.

Lorsqu'on ne s'est pas expliqué sur la somme dont serait chaque paiement, les paiements doivent s'entendre de paiements inégaux 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

[ARTICLE 1122.]

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 à mon domicile, et à Paris au domicile de mon banquier ; cette clause renferme celle que le paiement se fera par moitié en chacun des dits lieux. *Secus*, 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 des dits 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.

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 somme qui lui est due, celle qu'il doit à son débiteur, quoiqu'elle soit moindre que celle qui lui est due.

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

[ARTICLE 1122.]

-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.

* 3 Pothier (*Bugnet*) *Const. de rente*, } 189. Il est de l'essence
ch. 7, art. 3, n° 189 et s. } des rentes constituées
 que le rachat puisse toujours s'en faire ; mais il doit se faire
 pour le total : le créancier n'est pas obligé à souffrir le rachat
 pour partie, s'il n'y a consenti, soit par une clause du contrat
 de constitution, soit par une convention intervenue depuis.
V. ce que nous avons dit sur ces conventions, ch. 4, § 3.

190. Quoique la rente, par la mort du débiteur qui l'a constituée, ait été divisée entre ses héritiers, et que chacun d'eux ne soit personnellement tenu de la payer et continuer que pour sa part héréditaire ; néanmoins chacun de ces héritiers ne peut obliger le créancier à en souffrir le rachat, si ce n'est pour le total. L'obligation de payer les arrérages de la rente échus, et tous ceux qui écherront jusqu'au rachat, se divise à la vérité entre les héritiers du débiteur, qui ne succédant aux droits et obligations du défunt que pour la part qu'ils ont en sa succession, ne peuvent être tenus que pour cette part de cette obligation : mais il n'en est pas de même du principal de la rente ; car le principal n'est pas proprement dû : il n'est pas *in obligatione*, il n'est que *in facultate tuitionis et redemptionis* ; il ne se divise donc pas entre les héritiers du débiteur, comme se divisent les obligations.

C'est pourquoi Dumoulin, *Pact. de divid. et individ.*, part. 3, n° 23, comprend parmi les différentes espèces d'indivisibilité, la faculté de rachat.

La raison est, que, par la division qui se fait entre les héritiers du débiteur de la rente, il ne se fait pas plusieurs rentes ;

[ARTICLE 1122.]

il n'y a toujours qu'une rente, dont chacun des héritiers du débiteur est tenu pour sa part ; et nonobstant la division de l'obligation de la rente, cette rente conserve sa nature et ses qualités résultant de sa constitution : ayant été créée sous la faculté de rachat par le remboursement du total de la somme pour laquelle elle a été constituée, la qualité de cette rente est d'être rachetable à la vérité, mais seulement par le remboursement de toute la somme pour laquelle elle a été constituée ; et elle conserve cette qualité, nonobstant la division qui s'est faite : car ce n'est que l'obligation de payer la rente qui s'est divisée, mais la rente ne peut souffrir de division dans sa nature et dans ses qualités. Ajoutez que le rachat d'une rente constituée est la résolution du contrat de constitution.

Or, Dumoulin, *Tract. de divid. et individ.*, part. 2, n° 209, rapporte entre les différentes espèces d'indivisibilité la résolution des actes, en ce sens, qu'on n'est pas obligé de la souffrir pour partie.

Follerus, en son *Traité du Contr. cens.*, qui est dans la grande collection de Venise, t. 6, part. 11, feuille 151, *verso*, est d'avis contraire, et il pense qu'un héritier pour partie peut obliger le créancier à souffrir le rachat pour sa part, à moins qu'il n'y ait clause expresse qu'il ne pourra le faire que pour le total : il convient d'ailleurs que l'opinion commune est contraire à la sienne : et il n'en donne d'autre raison sinon que le créancier n'en souffre pas de préjudice. Mais il est évident que cette raison est fausse, et qu'un créancier, suivant la situation de ses affaires, peut souvent avoir intérêt de ne recevoir le remboursement de sa rente qu'en une seule fois, plutôt que de le recevoir en différents temps par parties.

Il en serait autrement si la rente avait été divisée de la part du créancier qui aurait laissé plusieurs héritiers. L'un de ces héritiers à qui l'on offre le rachat de la rente pour la part qui lui appartient, n'ayant aucun intérêt qu'elle soit aussi rachetée pour les parts de ses cohéritiers, ne peut pas refuser le rachat de sa part, tant qu'il n'est propriétaire de la rente que

[ARTICLE 1122.]

pour cette part. Mais si, en faisant l'acquisition des parts de ses cohéritiers, il devenait propriétaire de la rente pour le total, il ne serait plus obligé d'en souffrir le rachat que pour le total. *Voy. le Traité des Obligations*, part. 2, ch. 4, art. 2, § 5.

191. Lorsque, par un même contrat, je compte à plusieurs une somme d'argent qu'ils partagent entre eux, et pour laquelle ils me constituent une rente chacun pour leur part ; quoique cela se fasse par un même contrat, j'acquies autant de rentes qu'il y a de débiteurs, et chacun peut racheter la sienne sans racheter les autres. *Voy. le Traité des Oblig.*, *ibid.*

192. Le créancier d'une rente ne peut, à la vérité, être obligé de recevoir pour partie le remboursement du principal qui lui serait offert par l'un des héritiers du débiteur, quoique cet héritier soit débiteur pour partie de cette rente : mais lorsque le principal devient exigible par le fait de l'un de ces débiteurs, *putâ*, par sa faillite, il ne le devient que pour la part dont ce débiteur est tenu ; et le créancier de la rente ne peut en exiger le principal et les arrérages que pour cette part : car ce n'est que la faculté qu'a le débiteur d'obliger le créancier au rachat, qui est quelque chose d'indivisible : l'obligation de la rente tant en arrérages qu'en principal, dans le cas auquel le principal devient exigible, est une obligation divisible, de même que toutes les autres obligations qui ont pour objet une somme d'argent, ou quelque autre chose de divisible ; et par conséquent le principal ne peut être exigé d'un débiteur pour partie de la rente, que pour la part dont il est tenu de cette rente.

* *C. N.* 1220. } L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur 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.

[ARTICLE 1123.]

1123. La règle établie dans l'article précédent reçoit exception à l'égard des héritiers et représentants légaux du débiteur, et l'obligation doit être exécutée comme si elle était indivisible, dans les trois cas suivants :

1. Lorsque l'objet de l'obligation est un corps certain dont l'un d'eux est en possession ;

2. Lorsque l'un d'eux est seul chargé par le titre de l'exécution de l'obligation ;

3. Lorsqu'il résulte soit de la nature du contrat, soit de la chose qui en est l'objet, soit de la fin qu'on s'y est proposée, que l'intention des parties a été que l'obligation ne pût s'exécuter par parties.

[Dans le premier cas, celui qui est en possession de la chose due, dans le second cas, celui qui est seul chargé, et dans le troisième cas, chacun des cohéritiers ou représentants légaux, peut être poursuivi pour la totalité de la chose due, sauf, dans

1123. The rule established in the last preceding article is subject to exception with respect to the heirs and legal representatives of the debtor, and the obligation must be performed as if it were indivisible, in the three following cases :

1. When the object of the obligation is a certain specific thing of which one of them is in possession ;

2. When one of them alone is charged by the title with the performance of the obligation ;

3. When it results either from the nature of the contract or of the thing which is the object of it, or from the end proposed by it, that the intention of the contracting parties was that the obligation should not be performed in parts.

[In the first case, he who possesses the thing due,—in the second case, he who is alone charged,—and in the third case, each of the coheirs or legal representatives, may be sued for the whole thing due ; sav-

[ARTICLE 1123.]

<p>tous les cas, le recours de celui qui est poursuivi contre les autres.]</p>	<p>ing in all cases the re- course of the one sued against the others.]</p>
--	---

Voy. autorités sur articles précédents.

4 *Marcadé, sur* } I.—640. Le principe que les obligations
art. 1221, C. N. } divisibles se fractionnent, de plein droit,
entre les divers héritiers du créancier ou du débiteur, reçoit
exception, mais seulement quant aux héritiers *du débiteur*,
dans certains cas énumérés par notre article.

Les cas de cette exception vont nous présenter l'indivisibilité *solutione*, dont nous avons parlé plus haut, c'est-à-dire les cas dans lesquels l'obligation, quoique divisible et se divisant entre les créanciers, s'ils sont plusieurs (ce qui la distingue toujours de l'obligation indivisible, même *obligatione* seulement), ne peut cependant pas être acquittée partiellement par les débiteurs.

Nous allons voir, au surplus, que, des cinq cas indiqués par l'article comme faisant exception au principe de la division, trois seulement présentent cette exception.

II.—641. 1^o La loi nous indique d'abord le cas d'une dette hypothécaire, et nous dit (dernier alinéa) que celui des héritiers du débiteur qui se trouve avoir l'immeuble hypothéqué pourra être poursuivi pour le tout sur cet immeuble. Cette idée, que les rédacteurs ont prise dans Pothier comme tout le reste (n^o 300), et qui se concevait peut-être comme observation dans un livre de doctrine, est ici complètement déplacée, attendu que ce cas ne constitue nullement une exception au principe de l'article précédent. Ce principe, en effet, est que, par la mort du débiteur, ses héritiers ne se trouvent débiteurs et contraignables à sa place que chacun pour sa part. Or, la circonstance que l'un des héritiers se trouve détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette ne change

[ARTICLE 1123.]

rien à ce principe ; car cet héritier n'est toujours tenu et ne peut être poursuivi, comme héritier et débiteur personnel, que pour sa part héréditaire, ce qui est l'application parfaite du principe : que s'il peut être poursuivi pour le tout hypothécairement, c'est par l'effet d'une règle qui n'a aucun rapport avec celle-ci. On sait, en effet, que dans le cas d'hypothèque il y a deux débiteurs : d'un côté la personne obligée, l'immeuble de l'autre ; en sorte que le créancier peut poursuivre l'immeuble chez tous ses détenteurs, ou, en d'autres termes, poursuivre tous les détenteurs de cet immeuble, alors même que ces détenteurs ne seraient pas héritiers du débiteur et seraient complètement étrangers à la dette. Si donc l'héritier détenteur est poursuivi pour le tout ; ça n'est nullement par exception au principe de la division de la dette entre lui et ses cohéritiers : car 1° un étranger qui serait le détenteur, serait poursuivi comme lui ; 2° cet héritier peut, comme le pourrait l'étranger, échapper à la poursuite pour le tout, en cessant de posséder l'immeuble du débiteur ; 3° en tant que représentant le défunt, il ne peut être poursuivi que pour sa part, et le principe de la division s'applique aussi pleinement à lui qu'aux autres.— Encore une fois, ce n'est pas contre l'héritier que la dette est alors poursuivie pour le tout, c'est contre l'immeuble ; et le principe auquel on prétend indiquer une exception reste parfaitement intact.

2° Notre article indique comme seconde exception, et celle-ci est vraie, le cas, où la dette a pour objet un corps certain, une chose déterminée *in ipso individuo* ; et il nous dit (dernier alinéa) que si l'un des héritiers se trouve seul possesseur de cette chose (parce que le partage de la succession l'a mise à son lot), on peut la lui demander entière, sans qu'il puisse offrir une part correspondant à celle pour laquelle il est héritier. Il y a donc vraiment exception alors au principe que chaque héritier n'est tenu de payer la dette que pour sa part héréditaire. Et cette exception est bien naturelle, car il est tout simple d'aller demander la chose due à celui des codé-

[ARTICLE 1123.]

biteurs qui la possède.—Il importe peu, au surplus, que le corps certain doive être livré par l'effet d'une vente, d'une donation, d'un échange, ou qu'il s'agisse d'une chose déposée ou prêtée à usage par le créancier, et dont on aurait à faire une simple restitution. Toute chose à rendre par suite de dépôt ou de prêt à usage est nécessairement un corps certain (art. 1293, n° III) ; et l'on ne comprend pas, dès lors, pourquoi Pothier présentait comme faisant deux exceptions au principe (n°s 302 et 303) des cas qui ne sont que l'application d'une seule et même règle.

3° Le Code présente en troisième lieu, comme faisant exception au principe que chaque héritier, dans les dettes divisibles, n'est tenu au paiement que pour sa part, le cas d'une dette alternative de choses dont l'une est indivisible, et dont le choix appartient au créancier. C'est là un contre-sens que les rédacteurs n'ont formulé que parce qu'ils n'ont pas compris le passage de Pothier qu'ils ont cru reproduire. Que le créancier d'une dette alternative, dans laquelle le choix lui appartient, conserve ce choix après que son débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, c'est tout simple ; et il est tout simple, par conséquent, que si l'un des objets de l'alternative est indivisible, il puisse demander cet objet indivisible. Mais il est bien évident que si le paiement pour partie devient alors impossible, c'est parce que l'objet choisi est indivisible, et la dette, dès lors, indivisible également ; or, puisque la dette est *indivisible*, ce n'est donc pas là une exception au principe du paiement par partie dans les dettes *divisibles*.—Aussi n'est-ce pas là ce que disait Pothier. Il parlait tout simplement (n° 312) d'une dette alternative ordinaire, sans autre observation, ce qui suppose, contrairement à la pensée de nos rédacteurs, que les différents objets de cette dette sont divisibles, et que le choix en appartient au débiteur (art. 1190). Et en effet, il donnait pour exemple le cas où le défunt était débiteur *de telle maison ou d'une somme de 1000 livres*. Ceci posé, Pothier disait que, le défunt laissant deux héritiers, chacun d'eux ne pourrait pas prétendre que, devant

[ARTICLE 1123.]

la moitié de ce que devait son auteur, il peut payer à son choix ou la moitié de l'une, ou la moitié de l'autre, ce qui pourrait amener le créancier à être forcé de recevoir la moitié d'un objet et la moitié d'un autre, et que c'est aux héritiers de s'entendre entre eux pour donner au créancier l'un des objets en entier.

4° La quatrième exception que présente notre article, et qui ne sera en réalité que la seconde, a lieu quand il a été dit, dans le titre constitutif de l'obligation, que tel des héritiers l'exécuterait seul en entier. Alors, cet héritier peut être poursuivi par le créancier pour le tout ; sauf, bien entendu, comme dans le cas ci-dessus, son recours contre ses cohéritiers (alin. dern.).—Il pourrait se faire cependant qu'il en fût autrement, et que l'un des héritiers fût reconnu, soit par une clause expresse, soit d'après les circonstances, être seul chargé pour le tout, non-seulement de payer la dette, mais aussi de la supporter définitivement ; mais ceci ne pourrait être fait que par un testament. Cette idée, et celles qui s'y rattachent, ont été expliquées sous l'art. 1123, page 388.

5° La dernière exception que notre article présente à la règle des paiements partiels par les héritiers du débiteur est plus large et plus compréhensive que les précédentes. Elle a lieu toutes les fois qu'il est reconnu que l'intention des contractants a été, non pas de rendre l'obligation indivisible (ce qui serait l'application de l'art. 1218, et produirait effet aussi bien entre les héritiers du créanciers qu'entre les héritiers du débiteur), mais seulement d'enlever aux héritiers du débiteur la faculté de se libérer par parties. Cette intention peut résulter, soit d'une clause expresse de l'acte (clause qui différerait de celle prévue au cas précédent, en ce que dans celle-ci un seul des héritiers était spécialement désigné pour faire le paiement, et pouvait seul être poursuivi pour le tout, tandis qu'ici le droit du créancier de poursuivre pour le tout aurait été stipulé en général, sans désigner tel ou tel des héritiers, et pourrait s'exercer contre tous), soit de la nature

[ARTICLE 1123.]

même du contrat (par exemple, pour le bail que vous me consentez de votre maison ou de votre ferme), soit de la nature de l'objet (ainsi, " cela se présume facilement, dit Pothier, lorsque la chose est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, mais ne peut être divisée en parties réelles "), soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat (par exemple, si j'ai emprunté mille écus en déclarant que c'est pour tirer telle personne de prison) (voy. Pothier, n° 315).

III.—642. Dans les trois cas d'exception (*trois* et non pas *cinq*, puisqu'on a vu que le 1^o et le 3^o doivent être retranchés) prévus par notre article, le Code déclare que tantôt l'un des héritiers (dans les deux premiers cas 2^o et 4^o), et tantôt chacun de tous ces héritiers (dans le troisième, 5^o), est tenu de payer le tout, et peut dès lors *être poursuivi pour le tout* par le créancier. C'est un changement apporté aux anciens principes.

Dumoulin et Pothier, suivant trop scrupuleusement la subtilité de la loi romaine, disaient que ces cas ne présentent d'indivisibilité que *solutione tantùm*, quant au paiement seulement, et parce que l'héritier, *quand il vient pour payer*, se trouve ne pouvoir le faire pour partie ; que l'obligation restant divisible et l'héritier poursuivi n'étant au fond débiteur que de sa part, il s'ensuivait qu'il ne pouvait *être poursuivi pour le total*, et que la *demande* que le créancier lui ferait de payer ce total ne serait pas valable (Pothier, n° 316). Le Code a rejeté cette idée ; et l'héritier se trouvant alors tenu de *payer* le tout, il lui a paru tout simple d'autoriser le créancier à le poursuivre pour le tout.

Mais si l'un des héritiers du débiteur peut alors être poursuivi pour le total, il ne faudrait pas croire pour cela que l'un des héritiers du créancier pût aussi poursuivre pour ce total. Il n'en est ainsi que quand l'obligation est indivisible (art. 1224) ; et notre article, comme nous l'avons déjà fait remarquer, n'apporte d'exception aux effets ordinaires de l'obligation divisible qu'à l'égard des héritiers du DÉBITEUR (alin. 1). Il est donc bien entendu que les héritiers du créan-

[ARTICLE 1124.]

cier ne peuvent demander ici l'objet dû, et se le faire payer, que chacun pour sa part, et qu'ils ne pourraient poursuivre pour le tout qu'en se réunissant pour intenter leur action en commun. Nous insistons sur cette idée, parce qu'elle montre la différence entre la simple indivisibilité *solutione* de notre art. 1221 et l'indivisibilité *obligatione* de l'art. 1218, que Toullier (VI. 792) et M. Duranton (XI, 256) ont cru n'être qu'une seule et même chose.

* C. N. 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 hypothécaire ;
- 2° Lorsqu'elle est d'un corps certain ;
- 3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible ;
- 4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par 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 est l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.

Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette, peut être poursuivi pour le tout sur la chose due ou sur le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses cohéritiers. Dans le premier cas, l'héritier seul chargé de la dette, et dans le cinquième cas, chaque héritier, peut aussi être poursuivi pour le tout ; sauf son recours contre ses cohéritiers.

1124. L'obligation est indivisible :	1124. An obligation is indivisible :
1. Lorsqu'elle a pour objet quelque chose qui par	1. When it has for its object something which

[ARTICLE 1124.]

sa nature n'est pas susceptible de division soit matérielle ou intellectuelle ;	by its nature is not susceptible of division, either materially or intellectually ;
2. Lorsque l'objet, quoique divisible de sa nature, ne peut cependant être susceptible de division ou d'exécution par parties, à raison du caractère qui lui est donné par le contrat.	2. When although the object of the obligation is divisible by its nature, yet from the character given to it by the contract, this object becomes insusceptible not only of performance in parts but also of division.

Voy. autorités sur art. 1121 et 1122.

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig.*, } 241. Il reste à observer que si
 nos 241, 242. } 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 des dits 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. *d. t.* Voyez, sur le lieu où le paiement doit se faire, ce qui sera dit, p. 3, chap. 1, art. 5.

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 personne indiquée par la convention. *Voyez tout ce que nous en dirons, part. 3, chap. 1, art. 2, §. 4.*

[ARTICLE 1124.]

* 2 *Pothier (Bugnet)*. } 295. L'obligation de livrer une pièce
Oblig., n° 295. } 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 : *Heredes ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres 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'obligations *tradi rem fundum tradi*, 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 délai, 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 72, ff. *de verb. 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

[ARTICLE 1124.]

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. Dumoulin rapporte d'autres exemples, 312, 313, 314, 315.

* 4 *Marcadé sur* } I.—632. Il s'agit ici de l'obligation que
art. 1218, C. N. } Dumoulin et Pothier appelaient indivi-
 sible *obligatione*; et ici encore, le Code a tort de la caracté-
 riser par cette circonstance que le rapport sous lequel
 son objet est considéré la rend insusceptible *d'exécution parti-*
tielle. C'est conduire tout droit à la confusion de l'indivisi-
 bilité *obligatione* avec la simple indivisibilité *solutione tantum*,
 de l'obligation *indivisible* de la seconde espèce avec l'obliga-
 tion *divisible* dont l'exécution seulement ne peut pas se faire
 partiellement. C'est mettre en contradiction notre art. 1218,

[ARTICLE 1124.]

qui déclare que l'obligation dont il parle est INDIVISIBLE, avec les art. 1220 et 1221, qui déclarent que dans certains cas, et notamment s'il résulte de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement, un seul débiteur pourra être poursuivi pour le tout *par exception au principe* des obligations DIVISIBLES (art. 1120, *in fine*, et 1221, alin. 1 et 5).

Il fallait dire : " Quand le rapport sous lequel l'objet est considéré rend cet objet, et par suite l'obligation insusceptible, non pas seulement d'*exécution partielle*, mais bien de *division*..." On voit, en lisant le n° 792 de Toullier et le n° 256 de M. Duranton, que c'est surtout pour n'avoir pas remarqué ce vice de rédaction et pour s'être arrêtés aux mots "*exécution partielle*" que ces auteurs sont tombés dans la confusion déjà relevée plus haut.

Un double exemple suffira pour faire éviter cette confusion.

II.—633. Vous m'avez promis un cheval de cabriolet. Votre obligation est certainement divisible ; car un cheval, comme on l'a dit plus haut, est parfaitement susceptible de parties juridiques, de division intellectuelle, et rien ne permet de dire que nous l'ayons considéré dans notre contrat comme n'étant pas susceptible de cette division qu'il comporte. Mais il résulte et de la chose même qui a fait l'objet de notre contrat, et de la fin que je me suis proposée en contractant avec vous, que notre dette ne pourrait pas s'acquitter partiellement. Il n'y a donc ni indivisibilité *naturá* (art. 1217), ni indivisibilité *obligatione* (art. 1218) ; mais il y a indivisibilité *solutione* (art 1221, 5°) : la dette n'est pas *indivisible*, insusceptible de *division dans son objet*, mais elle est insusceptible d'*exécution partielle* ; et si vous mourez laissant deux héritiers, l'un ne pourra pas s'acquitter en me donnant la moitié de la propriété d'un cheval pour que l'autre vienne ensuite me donner une autre moitié de propriété d'un cheval : celui des deux auquel je m'adresse est tenu de me livrer un cheval en entier. Mais, encore une fois, ce n'est pas là,

[ARTICLE 1124.]

dans la théorie du Code, une obligation indivisible. Elle est si peu indivisible qu'elle se divise, au contraire, de plein droit, entre les héritiers du créancier. Que je meure laissant deux héritiers, chacun d'eux ne sera créancier que pour la moitié d'un cheval, et ne pourra demander, soit à vous, si vous vivez encore, soit à l'un de vos héritiers, que cette moitié. Ainsi, la dette, quoique divisible, ne peut pas, à la vérité, s'acquitter partiellement, et l'un des débiteurs n'en peut pas payer sa part ; mais elle reste toujours divisible, et chacun des créanciers n'en peut exiger que sa part. C'est ce qu'expliquait clairement Pothier (*passim*, et notamment n° 314), et ce que consacre aussi le Code ; puisque, après avoir dit, dans l'art. 1220, que “ *les héritiers du créancier ne peuvent demander la dette divisible, et que les héritiers du débiteur ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le créancier ou le débiteur* ”, il ajoute dans l'art. 1221 que “ *ce principe reçoit exception, dans le cas qui nous occupe et dans quelques autres, mais seulement à l'égard des héritiers du débiteur.* ”

634. Il est autrement quand l'objet de l'obligation au lieu de présenter seulement ce caractère de ne pouvoir être payé partiellement par les débiteurs, se trouve vraiment indivisible, sinon par lui-même, au moins dans l'intention des parties. Ainsi, je veux établir une usine pour la construction de laquelle j'ai besoin de l'arpent de terrain que vous possédez à côté de ma propriété, et vous vous obligez à me livrer cet arpent de terrain avec les trois quarts duquel je ne pourrais rien faire, parce qu'il est indispensable tout entier à ma construction. Votre obligation est alors indivisible, parce que son objet est indivisible, non pas en lui-même (car une pièce de terre peut se fractionner, même en parties matérielles), mais dans notre pensée commune, parce que ce terrain est nécessaire dans son ensemble au but que je me suis proposé, et me deviendrait complètement inutile si je n'en avais pas la totalité. Il suit de là que, non seulement je pourrai, si vous mourez laissant plusieurs héritiers, refuser la

[ARTICLE 1124.]

part que chacun de ceux-ci voudrait me donner dans la pièce de terre, mais que chacun de mes héritiers pourra aussi, si je meurs moi-même, refuser de recevoir, soit de vos héritiers, soit de vous-même, une partie du terrain : le tout pourra être demandé et contre chacun des débiteurs et par chacun des créanciers.

Il ne faut donc pas confondre l'obligation qui est vraiment indivisible (soit par la nature réelle de son objet, soit par la qualité et pour ainsi dire par *la nature conventionnelle* que les parties ont attribuée à cet objet) avec l'obligation dont l'objet n'est affecté d'indivisibilité que quant à l'exécution à faire par les débiteurs, et qui reste d'ailleurs divisible.

III.—635. Pothier (n° 289) rapporte que plusieurs docteurs regardaient comme étant nécessairement et toujours indivisibles les obligations consistant *in faciendo* ou *in non faciendo*. Il combat cette doctrine, comme l'avait fait Dumoulin, et fait voir que les obligations de faire ou de ne pas faire peuvent, comme les autres, être tantôt indivisibles et tantôt divisibles. Notre article et le précédent prouvent suffisamment cette vérité, puisqu'ils appliquent la distinction aux obligations qui ont pour objet un fait, aussi bien qu'à celles dont l'objet est une chose à donner ou à livrer.

Et, en effet, si je me suis obligé à voiturer votre récolte de vos champs à votre grange, et que je cesse d'exécuter mon engagement après avoir déjà engrangé la moitié de votre moisson, il est évident que j'aurai rempli une partie de mon obligation, et que, par conséquent, cette obligation, quoiqu'elle consistât *in faciendo*, était parfaitement divisible. De même, si vous vous êtes obligé envers moi à ne pas défricher vos 50 hectares de bois afin que j'y puisse y chasser, et que vous en mettiez 10 hectares en labour, votre obligation est respectée pour partie et violée pour partie ; elle était donc divisible, quoique consistant *in non faciendo*.

635 bis. M. Molitor, dans son *Cours de droit romain approfondi* (t. I, p. 351, combat cette solution. Après avoir critiqué l'explication de Pothier, (dont l'exemple nous paraît, en effet,

[ARTICLE 1124.]

mal choisi), il ajoute : “ Marcadé: un des auteurs qui ont le mieux expliqué cette partie du Code, partage l'erreur de Pothier. Mais, comme s'il eût senti ce qu'il y a de faux dans l'exemple cité par ce jurisconsulte, il se prévaut d'une autre hypothèse, pour en conclure à son tour qu'il y a des obligations *in non faciendo* qui sont divisibles...Nous nions la conséquence...Le promettant qui, dans l'hypothèse de Marcadé, aurait enfreint l'obligation en défrichant, ne fût-ce qu'une faible partie, serait censé ne l'avoir pas exécuté du tout.

Cette idée de l'honorable et si regrettable professeur ne nous paraît pas exacte. Sans doute l'hypothèse de Pothier était mal choisie ; sans doute on ne peut pas dire que celui qui a pris l'obligation *de ne point inquiéter le possesseur d'un héritage* n'y contrevient que pour partie, parce qu'il ne revendique qu'une partie du bien ; car du moment que vous m'inquiétez, que vous me troublez dans ma possession, vous violez complètement votre obligation de ne pas me troubler : du moment qu'il y a trouble, qu'il soit plus ou moins grand, il y a contravention totale à la promesse de ne pas troubler. Mais si une telle obligation est nécessairement indivisible, il n'en est pas de même de toute obligation consistant *in non faciendo*. Si l'on ne conçoit pas l'inexécution partielle de votre obligation de ne pas m'inquiéter, c'est qu'il n'y a pas de milieu possible entre m'inquiéter et ne pas m'inquiéter ; mais il y en a, au contraire, un fort large entre ne pas défricher *vos 50 hectares de bois* et ne défricher *rien* de ces 50 hectares. Dans le premier cas, par cela seul que vous m'attaquez, sur quelque point que ce soit, mon but est complètement manqué, puisque mon contrat n'avait précisément pour objet que de m'éviter un procès et que ce procès existe ; dans le second cas, au contraire, le défrichement partiel ne fera nullement disparaître le droit de chasse que j'ai entendu me procurer, mais l'amointrira quelque peu seulement (et il se pourrait même, à raison du peu d'étendue et de la position peu importante de la partie défrichée, que l'amointrissement fût presque insignifiant). Il est donc vrai que l'on conçoit alors

[ARTICLE 1125.]

une inexécution partielle (qui peut être très-minime, comme elle peut être considérable), que l'esprit comprend alors du plus ou du moins dans l'inexécution, et que dès lors l'obligation de ne pas faire peut quelquefois être divisible, comme l'ont dit Dumoulin et Pothier, comme l'admettent nos art. 1217 et 1218, auxquels M. Molitor fait à tort ici le procès (n^{os} 262 et 263).

* *C. N.* 1217. } 1217. Cité sur art. 1121.
 " 1218. } 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 est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

1125. La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.		1125. The stipulation of joint and several liability does not give to an obligation the character of indivisibility.
---	--	--

* 3 *Dumoulin, Tract. de divid.* } 222. Priusquàm ad alia tran-
et individ., partie 2, n^o 222. } seamus, ad vitandum paralogo-
 gismos, et æquivocationes ad pauca advertentium, diligenter
 notandum est. Aliud esse obligationem individuum, aliud
 plures debitores, vel unum ex eis teneri, et exigi posse in
 solidum : quæ valde differunt, quia (ut jam diximus) obliga-
 tionem esse individuum, non est plures teneri in solidum,
 sicut nec pluribus deberi in solidum : hoc enim non sufficit,
 ut patet in correis credendi, vel debendi, ubi qualitas distri-
 butiva seu multiplicativa solidi, personalis est, quia non tran-
 sit in hæredes, nec ad hæredes, inter quos activè et passivè
 dividitur. Sed qualitas solidi in individuís realis est : quia
 non personis (ut illa correorum) sed obligationi ipsi, et rei.

[ARTICLE 1125.]

debitæ adhæret, et transit ad hæredes, imo etiam in singulorum hæredum singulos hæredes in solidum.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1121.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 322. L'obligation individuelle étant
Oblig., n° 322 et s. } 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.

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 heredibus debentur* ; 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.

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 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

[ARTICLE 1125.]

venant du fait des personnes qui 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 herede nec ad heredes, inter quos activè vel passivè dividitur ; sed qualitas solidi in individuis realis est, quia non personis ut illa correorum, sed obligationi ipsi et rei debitor adhæret, et transit ad heredes, et in singulorum heredum heredes 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, 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 débiteur du total, ne pouvant pas être débiteurs de parties d'une chose qui n'est pas susceptible des parties ; *singuli solidum debent* : mai^s

[ARTICLE 1125.]

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 individuum*. 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 individuum*. Tout ceci va s'éclaircir *in decursu*, dans les paragraphes suivants.

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

[ARTICLE 1125.]

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, quoiqu'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 ; *Arg. l. 76, ff. de leg. 2.*

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.

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 indi-

[ARTICLE 1125.]

visible 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 ne peut pas faire remise en entier de la dette, comme le pourrait un créancier solidaire ; 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, quoiqu'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. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *Tr. de div. et ind. p. 3, n. 189* ; *Stipulator servitutis reliquit duos heredes, quorum unus accepto fecit promissori... debet alteri heredem totam servitutem, sed non totaliter, utpotè deducendâ æstimatione*

[ARTICLE 1125.]

dimidiâ partis... sed cujus est elictio ? Breviter dico creditoris, videlicet alterius heredis, quia coheres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere non potuit, nisi in refusione pretii, si hic heres 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.

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, 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 faciendâ relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri D. Marcus et Verus Proculâ rescripserunt : tempus tamen coheredi Proculâ, quem Procula vocari desideravit, ut secum curaret opus fieri, præstiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum, postquam solam Proculam voluerunt facere, imputaturam sumptum coheredi ; Dumoulin, p. 3, n. 90 et 104 ; et p. 2, n. 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 interpellés, et ne

[ARTICLE 1125.]

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, n. 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 semblables, le créancier assignait un puîné qui n'est héritier que pour une petite partie, l'ainé 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 ; *Molin. ibid. n. 105.*

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, n. 100* ; sauf à lui son recours ou indemnité contre ses cohéritiers, s'il n'a pas été chargé par le partage de l'acquittement de cette dette.

333. On peut apporter pour premier exemple du second

[ARTICLE 1125.]

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 *naturá*, 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 tenu *totaliter*, et qu'il en est tenu conjointement avec ses cohéritiers, il peut demander 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 sa 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 tantum quasi heres*.

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

[ARTICLE 1125.]

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

[ARTICLE 1125.]

ils succèdent, est une obligation indivisible, qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous les dits 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 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 obligé.

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.

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

[ARTICLE 1125.]

celui qui a fait la contravention y doit être condamné pour le total, *quâ non tenetur tantum tanquam heres, 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 ; *quâ tenentur tantum ut heredes*. 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 heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat, et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur et coheredes ejus, sed familie exciscundæ repetent ab eo quod præstituerint* ; 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, *quantum 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 : c'est pourquoi il suffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y

[ARTICLE 1126.]

ait lieu à l'action contre tous. 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.

* C. L. 2106.—Semblable au C. N.

* C. N. 1219. } La solidarité stipulée ne donne point à
 } l'obligation le caractère d'indivisibilité.

1126. 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.	1126. Each one of those who have contracted an indivisible obligation is held for the whole although the obligation have not been contracted jointly and severally.
--	--

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1121, et *Pothier*, sur art. 1125.

* C. L. 2109.—Semblable au C. N.

[ARTICLES 1127, 1128.]

* *C. N.* 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.

1127. The rule established in the last preceding article prevails also with regard to the heirs and legal representatives of him who has contracted an indivisible obligation.	1127. La règle établie dans l'article qui précède s'applique aussi aux héritiers et représentants légaux de celui qui a contracté une obligation indivisible.
--	---

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1121, et *Pothier*, sur art. 1121-5.

* *C. L.* 2110.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1223. } Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.

1128. L'obligation de payer des dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une obligation indivisible est divisible.	1128. The obligation to pay damages resulting from the non-performance of an indivisible obligation is divisible.
--	---

Mais si l'inexécution provient de la faute de l'un des codébiteurs ou de l'un des cohéritiers ou représentants légaux, la totalité des dommages-intérêts peut être exigée de tel codébitéur, héritier ou représentant légal.	But if the non-performance have been caused by the fault of one of the codebtors, or of one of the coheirs or legal representatives, the whole amount of damages may be demanded of such codebtor, heir or legal representative.
--	--

[ARTICLE 1128.]

* ff. *Lib. 45, Tit. 1, De verb. obligat. L. 139.* } Cùm ex causa duplæ stipulationis aliquid intèndimus, venditoris heredes insolidum omnesque debent subsistere : et quolibet eorum defugiente, cæteris subsistere nihil prodest ; quia insolidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est. Sed cùm uno defugiente omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria præstatio incumbit. (VENULEIUS.)

Ibidem. } Lorsque nous demandons quelque chose en vertu de la stipulation au double, les héritiers du vendeur doivent être assignés tous solidairement, et tous doivent défendre ; et un seul d'eux faisant défaut, il est inutile aux autres de défendre ; parce qu'il faut garantir en totalité la vente dont la nature est indivisible. Mais comme un d'eux ne garantissant pas, tous paraissent avoir manqué à la garantie, c'est pour cela que tous sont obligés, et que chacun doit payer pour sa part héréditaire. (VÉNULÉIUS.)

Voy. *Digeste*, sur art. 1060 et autorités sur art. 1121-5.

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 304. Une cinquième modification, est
Oblig., nos 304-5. } que celui des héritiers par le fait ou la faute duquel la chose est périée, 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 diligentem*, 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 périée, 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,

[ARTICLE 1128.]

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.

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 heredem debitoris teneri secundariâ obligatione ut heredem tantùm ; id est ex facto vel non facto defuncti ; an vero 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, adversus unum ex pluribus heredibus pro parte hereditariâ agere debeo ; si vero ex suo delicto, pro parte non ago ; merito, quia æstimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse admisit, nec adversus coheredes qui dolo carent, actio competit.* Paul décide la même

[ARTICLE 1128.]

chose pour le prêt à usage ; L. 17, § 2, *commod.* Molin. p. 3, n. 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 quel qu'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 périée, sont tenus en ce cas de la peine : *Non immediatè ex facto et culpá dolosi, sed ejus occasione et tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti quæ in eos sub eá conditione descendit* ; Molin. d. n. 440.

C'est de ce cas qu'entend parler Paul en la loi 44, § ff. *fam. erc.* lorsqu'il dit : *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tanquam conditio stipulationis hereditariæ extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.*

Observez que, pour que la contravention de l'un des héritiers rejaille 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 pour lui ou ses héritiers. Mais il ne suffit pas per cela qu'il soit dit à la fin de l'acte, que toutes les parties se sont obligées à

[ARTICLE 1129.]

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 pas 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 propria natura*, 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 dommages 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.

1129. Chaque cohéritier ou représentant légal du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'o- bligation indivisible.		1129. Each coheir or legal representative of the creditor may exact in full the execution of an indi- visible obligation.
---	--	---

[ARTICLE 1129.]

<p>Il ne peut faire seul la remise de la totalité de la dette, ou recevoir la valeur au lieu de la chose. Si l'un des cohéritiers ou représentants légaux a seul remis la dette ou reçu la valeur de la chose, les autres ne peuvent demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion de celui qui a fait la remise ou qui a reçu la valeur.</p>	<p>He cannot alone release the whole of the debt, or receive the value instead of the thing itself; if one of the coheirs or legal representatives have alone released the debt or received the value of the thing, the others cannot demand the indivisible thing without making allowance for the portion of him who has made the release or who has received the value.</p>
---	--

* ff. *Lib. 10, Tit. 2, Familix } An ea stipulatio qua singuli*
ercisc. L. 25, § 9. } heredes insolidum habent acti-
tionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur: veluti si is qui
viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit: quia talis sti-
pulatio per legem duodecim tabularum non dividitur; quia
nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed
omnibus insolidum competere actionem: et si non præstetur
via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet.
 PAULUS.)

Ibidem. } S'il se trouve dans la succession une
Trad. de M. Hulot. } stipulation faite au profit du défunt, et
 de telle nature que chaque héritier ait une action solidaire pour s'en assurer l'effet, cette stipulation doit-elle être partagée entre les héritiers? Supposé, par exemple, que le défunt se soit fait céder une servitude de chemin, de sentier, de passage pour les bestiaux. La loi des douze tables n'a pas voulu qu'une telle stipulation fût divisée, parce qu'en effet elle est indivisible de sa nature. Il faut décider qu'une pareille stipulation ne peut être l'objet d'une demande en

[ARTICLE 1129.]

partage, et que dans le cas où celui qui doit le chemin refusera de l'accorder, tous les héritiers auront solidairement action contre lui pour le demander, et qu'il sera condamné envers eux relativement aux portions que chacun a dans la succession. (PAUL.)

* ff. *Lib. 46, Tit. 4, De acceptilat.* } Ex pluribus rei stipulandi,
 L. 13, § 12. } si unus acceptum fecerit, liberatio contingit insolidum. (ULPIANUS.)

Ibidem. } De plusieurs costipulateurs, si un
Trad. de M. Berthelot. } consent une acceptilation, la libération est opérée pour le tout. (ULPIEN.)

Voy. *Digeste.* cité sur art. 1121, et *Pothier* cité sur art. 1125.

* 4 *Marcadé,* } 644. Si, dans l'obligation indivisible,
sur art. 1224, C. N. } chacun des débiteurs (soit débiteur primitif, soit représentants d'un débiteur unique) doit la chose entière, et si chacun des créanciers peut exiger cette chose entière, ce n'est pas, comme dans l'obligation solidaire, par une qualité inhérente à la personne, qui serait vraiment créancière ou débitrice *in totum et totaliter*, mais seulement par la qualité (réelle ou conventionnelle) de la chose, laquelle (par suite de la nature qu'elle a réellement ou que le contrat lui a donnée) n'est pas susceptible de parties.

De ce principe que chacun est ici, par la nature des choses, créancier ou débiteur *in totum*, mais n'est pas personnellement créancier ou débiteur *totaliter*, il découle plusieurs conséquences importantes.

Ainsi, d'abord, alors même qu'on reconnaissait à un des cocréanciers solidaires le droit de libérer pleinement le débiteur en lui faisant remise de la dette (*Pothier*, n° 263), on n'admettait pas ce droit pour l'un des créanciers de la chose

[ARTICLE 1129.]

indivisible (Pothier, n° 327), parce qu'il n'est pas personnellement maître de la créance, et que s'il peut se faire payer le tout, c'est uniquement à cause de la nature de la chose due. Par la même raison, l'un des créanciers n'est pas le maître d'éteindre la créance en la transformant en une autre, et de libérer le débiteur en recevant le prix de l'objet dû à la place de cet objet lui-même.—Mais réciproquement, comme le débiteur, vis-à-vis de plusieurs créanciers, ne doit tout à chacun d'eux que par suite de l'impossibilité de diviser la chose en plusieurs parties, et non pas personnellement et *totaliter*, il s'ensuit que la remise faite par un des créanciers ou la réception par lui consentie du prix de la chose ne sera pas sans effet, et la dette en subira un retranchement. Il est bien vrai que le débiteur sera toujours tenu de livrer l'objet entier, puisque cet objet ne peut pas être livré autrement qu'entier ; mais il ne le livrera qu'en se faisant tenir compte de la valeur de la portion de celui qui a fait la remise ou qui a reçu le prix.

* C. L. 2111.—Semblable au C. N.

* C. N. 1224. } Chaque héritier du créancier peut exiger en
 } totalité l'exécution de l'obligation indivisible.

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 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.

[ARTICLE 1130.]

<p>1130. L'héritier ou représentant légal du débiteur assigné pour la totalité de l'obligation indivisible, peut demander un délai pour mettre en cause les cohéritiers ou autres représentants légaux, 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 les autres.</p>	<p>1130. The heir or legal representative of the debtor or sued for the whole of an indivisible obligation may demand delay to make the coheirs or other legal representatives parties to the suit, unless the debt is of such a nature that it can be discharged only by the one so sued, who may in such case be condemned alone, saving his recourse for indemnity against the others.</p>
--	---

* *ff. Lib. 32, De legatis 3^o, L. 11, § 23.* } § 23. Si *in opere civitatis faciendo* aliquid relictum sit, unumquemque heredem insolidum teneri, divi Marcus et Lucius Verus Proculæ rescripserunt. Tempus tamen coheredi præstituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum : post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumptum pro parte ejus. (ULPIANUS.)

Ibidem. } § 23. Si un testateur lègue quelque chose
Trad. de M. Hulot. } pour faire quelqu'ouvrage dans une ville, chaque héritier est tenu de ce legs solidairement, suivant un rescrit des empereurs Marc-Aurèle et Lucius-Vérus, adressé à Procula. Cependant ces mêmes empereurs ont donné un certain temps au cohéritier de Procula pour envoyer des ouvriers travailler à cet ouvrage, après lequel temps ils ont décidé que Procula serait tenue seule, et qu'elle imputerait à son cohéritier pour sa part la dépense qu'elle aurait faite. (ULPIEN)

[ARTICLE 1130.]

4 *Marcadé, sur* } I.—645. Chacun des héritiers du débi-
art. 1225, C. N. } teur, ou chacun des débiteurs originaires,
 étant débiteur de l'objet indivisible pour le tout, il peut donc
 être assigné seul pour ce tout, et il ne pourrait pas con-
 traire le créancier à appeler en cause ses codébiteurs ;
 mais comme il ne doit cependant pas la dette *totaliter* à lui
 seul, il a le droit d'exiger un délai pour mettre ses cohéri-
 tiers en cause (Pothier, 330 et 331).

Il n'en est ainsi, au surplus, que quand la dette n'est pas
 de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier as-
 signé. Ainsi, quand elle peut être acquittée par chacun
 séparément (par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage que
 le débiteur défunt se serait engagé de faire avoir à quelqu'un
 sur l'héritage d'un tiers), notre règle s'applique, et l'héritier
 assigné peut appeler ses cohéritiers en cause avant de ré-
 pondre au créancier. Il en est de même, et à plus forte raison,
 si la dette ne peut être acquittée que par tous les cohéritiers
 ensemble (par exemple, si le droit de passage qui a été pro-
 mis sur un immeuble du défunt doit traverser cet immeuble
 dans chacune des parties appartenant aujourd'hui à chacun
 des héritiers séparément).

Mais si la dette était de nature à ne pouvoir être acquittée
 que par l'héritier assigné (si le passage ne doit se faire que
 sur un immeuble compris en entier dans son lot), cet héri-
 tier peut alors être condamné sans aucun délai, sauf à lui à
 se faire indemniser par ses cohéritiers chacun pour sa part
 (à moins, bien entendu, qu'il n'ait été chargé par le partage
 même d'acquitter seul cette dette).

II.—646. Quand le codébiteur assigné a mis en cause ses
 codébiteurs, et que, par le refus d'exécuter, la dette se con-
 vertit en dette de dommages-intérêts, comme ces dommages-
 intérêts sont divisibles, et que c'était seulement par l'impossi-
 bilité de diviser l'objet dû que chaque débiteur devait le tout,
 cette dette de dommages-intérêts se divisera entre tous les
 débiteurs, et chacun n'en sera tenu que pour sa part. C'est
 là une des différences entre l'obligation indivisible et l'obli-

[ARTICLE 1130.]

gation solidaire ; car, dans cette dernière, les dommages-intérêts, dans lesquels l'objet primitivement dû se transforme par l'inexécution de l'engagement, sont dus en entier par chacun des codébiteurs. Sans doute, ces codébiteurs ne recevraient pas les dommages-intérêts qui viendraient *s'ajouter* à l'obligation première, parce qu'ils n'ont pas donné mandat *ad augendam obligationem* ; mais ils doivent, et chacun pour le tout, ceux qui ne sont que la représentation de l'objet dû, parce qu'il y a entre eux mandat réciproque *ad perpetuandam obligationem*. Dans l'obligation indivisible, au contraire, chaque débiteur est bien tenu *in totum*, mais il n'y est pas tenu aussi énergiquement et avec les mêmes conséquences ; il n'y est pas tenu *totaliter* : il n'y est tenu qu'en tant que l'objet primitivement dû et qui était indivisible se trouve remplacé par un objet différent et divisible, chaque débiteur ne doit plus que sa part. C'est pour cela que Dumoulin disait : *Longe aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam* (p. 3, n° 112). La chambre des requêtes est donc tombée dans une grave erreur quand, pour rejeter un pourvoi fondé sur une violation évidente de l'art. 1202, elle a jugé " qu'une obligation indivisible de sa nature est toujours solidaire, quoique la solidarité n'ait pas été stipulée." Le *Journal du Palais* a raison de dire qu'on doit s'étonner *d'une semblable hérésie*.

647. Quand le débiteur assigné, pouvant appeler ses codébiteurs, ne l'a pas fait, il peut être condamné seul et pour le tout aux dommages-intérêts (car il s'y est alors soumis volontairement et s'en trouve tenu *proprio facto*) ; sauf son recours, bien entendu.

Quand l'assigné pouvait seul exécuter et qu'il n'exécute pas, il peut bien encore, pour les dommages-intérêts auxquels il est condamné, recourir contre ses codébiteurs (si la dette n'a pas été mise en entier à sa charge par le partage) ; mais son recours, au lieu de se faire alors pour la part de chacun dans le montant de la condamnation, ne pourra s'exercer que pour la part de chacun dans le préjudice que le débiteur as-

[ARTICLE 1130.]

signé aurait subi en exécutant : les débiteurs ne doivent pas souffrir du mauvais vouloir de leur coobligé.

Enfin, quand la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les obligés ensemble, et que l'un ou plusieurs refusent, ceux-ci doivent seuls payer les dommages-intérêts, ceux qui consentent à l'exécution ne pouvant pas être soumis à ces dommages-intérêts par le caprice de leur coobligé (Pothier, n° 334).

III. 648. A l'impossible nul n'est tenu, et quand l'obligation indivisible ne peut plus être exécutée, soit par la destruction de l'objet, soit pour toute autre cause, cette obligation est éteinte (art. 1302) ; sauf le droit du créancier à des dommages-intérêts, si c'est par la faute ou le fait de l'un ou de plusieurs des débiteurs que l'obligation ne peut plus s'exécuter. Les dommages-intérêts, dans ce cas, ne sont dus que par l'auteur de la faute ou du fait, et nullement par ses coobligés, puisque les différents codébiteurs ne sont pas ici les représentants l'un de l'autre, comme dans l'obligation solidaire.

L'objet de l'obligation indivisible n'étant pas susceptible de parties, et personne n'en pouvant être, dès lors, créancier ou débiteur pour partie, il s'ensuit que, quand la prescription d'une telle dette est interrompue par l'un des créanciers ou contre l'un des débiteurs, elle l'est nécessairement pour le tout et pour tous les créanciers ou contre tous les débiteurs (art. 2249, alin. 2) ; il en est de même, évidemment, du cas de suspension (art. 709 et 710).

* Dumoulin, *Tract. de divid. et individ.*, } 175. Quod etiam
part. 2, n° 175 et part. 3, nos 90-100-107. } omnes post Bart. hic
 Alex. in *l. stipulationes non dividuntur*, col. 5 et alii ibi *infra*
ead. Lancelot. Galiat, hic, col. penult. conclus. 3 et in § *Cato.*
col. 9, tenent ut quod unus solus hæredum potest conveniri
 ad solidam servitutem constituendam, licet non habeat facul-
 tatem eam constituendi, quodque ex defectu constitutionis.

[ARTICLE 1130.]

poterit condemnari ad solidam æstimationem, quam totam tenebitur solvere : nec possit excipere se non teneri ad æstimationem, nisi pro parte hæreditaria, licet aliud sit quando ab initio agitur non ad servitutem, vel aliud individuum : sed ad id quod interest : per hunc text. et per *l. hæredes*, § *an. ea. verb. igitur famil. ercisc. et l. in executione*, § *secunda species. infra eod. l. fideicommissa*. § *penult. de legat. 3*, non ita ruditer et indistinctè procedit, sed cum civili moderamine intelligendum est, ut jam dixi, et latiùs *infra*. § *si is qui duplam*. quod unus plurium hæredum quantumcumque in solidum obligatus, non tenetur solus suscipere actionem, nisi simul alii vocentur : quo facto si pariter iudicium suscipiant, et non ad ipsum individuum, sed ad æstimationem condemnentur, vel quatenùs, et quando condemnatio in æstimationem resolvitur, non tenentur, nisi pro portionibus hæreditariis : ut probant text. in *l. stipulationes non dividuntur. in fin. princip. l. in executione § in solidum. l. cum ex causa. in fin. infra eod. l. si duo hæredes. in fin. suprà deposi. l. si rem*. § *1. de evictio*. Si vero cohæredes vocati non veniunt, nec se liti adjungunt, vel tantùm aliqui ex eis, tunc nihilominùs ille, vel illi iudicium in solidum suscipere compelluntur : sive in servitute danda, sive in opere faciendo, vel alio individuo, ad quod in solidum condemnantur. Et si quando condemnatio ad æstimationem resolvitur, ille in solidum, vel illi viriliter ad æstimationem solidam condemnantur, salvo recursu contra cohæredes, sive sint illi solvendo, sive non : ut pleniùs in resolutione totius materiæ dicemus.

90. Quando plures sunt obligati ad individuum, sive tanquam plures cohæredes, sive tanquam plures principales, sed simpliciter, et non ut correi ; quamvis teneantur singuli in totum, non tamen totaliter, etiam respectu creditoris, quo invito unus conventus etiamsi totum præstare posset, tamen etiam creditore invito, dilationem habebit ad vocandum co-fortes, ut secum pro partibus suis contribuant, text. in *l. fidei. commissa*, § *penult. de legat. 3*, dixi suprà in 2 parte num. 465 et 495. Septima, quia pauperior vel minimus hæredum con-

[ARTICLE 1130.]

ventus, justè petere potest, ut ditior, vel hæres pro majori parte, priùs, vel simul conveniatur per creditorem : per ea quæ novè dixi in locis præstatis : quibus adde bonum textum in *l. ult. in fin. suprâ de action. empti. ibi, etiamsi officio judicis, sustinenda esset ejus præstatio, donec præstari possit.*

100. Et hîc obiter notandum quod si quis promisit constituere viam, vel aquæductum per certum fundum, et relictis quatuor hæredibus, per divisionem, ille fundus uni obvenit, is conveniri potest solus, et in mora constitui, et condemnari, imo etiam præcisè compelli, habita tamen dilatione si velit ad cohæredes vocandos. Ratio, quia ut in *l. fideicommiss. § penult. de legat. 3*, ita hîc cum obligatione in solidum concurrit facultas præstandi, et sic cum effectu compellitur. Idem multo fortius si solus habet illum fundum jure prælegati : quia in dubio habet cum illo onere, et similibus oneribus realibus, sed quamdiu fundus serviturus communis est, non potest unus offerens quod in se est, in mora constitui, nec etiam potest servitutem constituere solus, etiam aliis vocatis, et contumacibus, ut dixi supra parte 2, num. 164, cum seq. reprobata opinione Bartol. Angel. Paul. Roma. Cuma. Socin. Galiau. Alciat. et Duare. sed judex condemnatis illis sententiam exequi potest.

107. Capió tertium casum, in quo obligatio incœpit à pluribus tanquam à correis, et adhuc idem in utroque themate, quia quemadmodum si duo mihi, ut correi promiserunt emere à vicino, et dare servitutem per fundum ejus, singuli tenentur non solum ad totum, sed etiam totaliter, salvo recessu, cujus occasione nullam tenetur actor dilationem dare, sed tantùm actiones quales habet, solventi cedere : ut dixi in tractat. commercio. et usurar. quæst. 46 et in novo intellect. *l. Modestinus, de solut. in 1 lectio. Dola.* Ita si duo tanquam correi promiserint ædificare, vel fulcire in meo, vel testator duos hæredes ut correos ad hoc gravaverit, ut potest *l. si ex toto § 1 supra de leg. in l. eandem in princ. infra de duob. reis*, et generaliter prædicta pariter procedunt in omnibus similibus exemplis, in quibus plures tenentur simpliciter ad indi-

[ARTICLE 1131.]

viduum, quod potest per unum eorum in totum præstari, sive illud sit necessitate, (ut in primo themate) sive naturâ tantum individuum, ut in secundo themate : et sic hæc themata quantumvis disparata, non differunt.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1125.

* *C. L.* 2112.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 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.

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE
PÉNALE.

1131. La clause pénale est une obligation secondaire par laquelle une personne, pour assurer l'exécution de l'obligation principale, se soumet à une peine en cas d'inexécution.

SECTION VI.

OF OBLIGATIONS WITH A PENAL
CLAUSE.

1131. A penal clause is a secondary obligation by which a person, to assure the performance of the primary obligation, binds himself to a penalty in case of its inexecution.

* *ff. Lib. 45, Tit. 1, de verb. oblig.,* } *L. 71. Cùm quid ut fiat,*
L. 71 et L. 137, § 7. } *stipulemur pœnam, sic rectè*
concipiemus : Si ita factum non erit. Cùm quid ne fiat, sic
si adversus id factum sit. (ULPIANUS).

[ARTICLE 1131.]

L. 137, § 7. Si, *ut aliquid fiat*, stipulemur, et usitatius, et elegantius esse Labeo ait, sic subjici pœnam : *Si ita factum non erit*. At cùm quid ne fiat, stipulemur, tunc hoc modo : *Si adversus ea factum erit*. Et cùm alia fieri, alia non fieri, conjunctè stipulemur, sic comprehendendum : *Si non feceris, si quid adversus ea feceris*. (VENULEIUS).

Ibidem. } L. 71. Lorsque nous stipulons une
Trad. de M. Berthelot. } peine pour que quelque chose se fasse,
 nous nous exprimerons bien par cette formule : Si cela n'est point fait ainsi ; mais si c'est pour que quelque chose ne se fasse pas, il faut dire : S'il est fait quelque chose contre cela. (ULPIEN).

L. 137, § 7. Si nous stipulons que quelque chose se fasse, Labéon dit qu'il est plus d'usage et plus adapté à la chose de terminer par une clause pénale ainsi conçue : Si cela n'est pas fait ainsi. Mais lorsque nous stipulons que quelque chose ne se fasse pas, alors il faut dire : Si l'on fait contre ces choses, Et lorsque nous stipulons conjointement que certaines choses se feront et d'autres ne se feront pas, il faut ainsi exprimer la clause : si vous ne faites point ainsi, ou que vous fassiez quelque chose de contraire. (VENULÉIUS).

* ff. *Lib. 44, Tit. 7, De oblig.* } § 5. Si ita stipulatus sim : *Se*
et action. L. 44, § 5. } *fundum non dederis, centum dari*
spondes ? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione
fundus. (PAULUS).

Ibidem. } § 5. Si je stipule en cette manière : Si
Trad. de M. Hulot. } vous ne me donnez pas tel fonds, vous promettez de me donner la somme de cent, il n'y a que la somme de cent qui soit l'objet de la stipulation, mais la tradition du fonds est un moyen d'acquitter l'obligation. (PAUL).

* ff. *Lib. 34, Tit. 5, De rebus* } § 2. Cùm ita stipulationem
dubiis, L. 14, § 2. } concipimus : *Si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes ? Utrùmque est facien-*

[ARTICLE 1131.]

dum, ne stipulatio committatur : id est, sive alterum, sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio. Idemque est evidenter, cùm propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur : *Si quid eorum factum non erit*, veluti, *Stichum et Damam et Erotem sisti ? Si quis eorum non steterit, decem dari* : necesse est enim omnes esse sistendos, ut stipulationi satisfiat. Vel (ut propiùs accedamus) fingamus ita stipulationem factam : *Si Stichum, et Damam, et Erotem non stiteris, decem daris ?* neque enim dubitabimus, quin æquè omnes sisti oporteat. (JULIANUS).

Ibidem. } § 2. Lorsqu'une stipulation est conçue
Trad. de M. Hulot. } en ces termes : Si vous ne fournissez pas tel esclave et tel fonds, vous promettez donner telle somme, il faut faire tous les deux, si on ne veut pas être soumis à la peine portée par la stipulation. Cette peine aura lieu également dans le cas où le promettant n'aura fait ni l'une ni l'autre, ou seulement l'une des deux choses. Il en est évidemment de même dans le cas où nous proposons plusieurs choses que nous voulons être faites, et qu'ensuite nous disons : Telle peine aura lieu si quelqu'une de ces choses n'est pas faite : par exemple, vous vous engagez à me représenter en justice les esclaves Stichus, Damas et Eros ; si un d'eux n'est pas représenté, vous me promettez la somme de dix : car, pour satisfaire à cette stipulation, il faut que tous les esclaves soient représentés. Ou, pour rendre la chose plus sensible, supposons que la stipulation soit ainsi conçue : Si vous ne me représentez pas les esclaves Stichus, Damas et Eros, vous promettez me donner la somme de dix. Il n'y a pas de doute que dans cette espèce, pour éviter la peine portée par la stipulation, il faut représenter également tous les esclaves. (JULIEN).

* ff. *Lib. 17, Tit. 2, Pro* } *L. 41.* Si quis à socio pœnam stipu-
socio, L.L. 41 et 42. } *latus sit, pro socio non aget, si tan-*
tundem in pœnam sit, quantum ejus interfuit. (ULPIANUS).

[ARTICLE 1131.]

L. 42. Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo, hoc minus accipiet, pœna ei in sortem imputata. (ULPIANUS).

Ibidem. } *L. 41.* Si un associé a stipulé une peine
Trad. de M. Hulot. } de son associé dans le cas où il n'administrerait pas convenablement une affaire commune, il ne peut point intenter contre lui l'action de la société, si la somme qu'il s'est fait promettre par sa stipulation pénale le remplit en totalité de l'intérêt qu'il avait que l'affaire eût été mieux administrée. (ULPIEN).

L. 42. Mais s'il a touché la somme portée dans la stipulation pénale, lorsqu'il intentera l'action de la société, il recevra d'autant moins à cet égard, parce que la somme qui lui a été payée en conséquence de cette stipulation sera imputée sur ce qui peut lui être dû. (ULPIEN).

* *ff. Lib. 19, Tit. 1, De actione empti et vendit. L. 28.* } *L. 28.* Prædia mihi vendisti; et convenit, ut aliquid facerem, quod si non fecissem, pœnam promisi. Respondit: Venditor antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum pœnæ nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit. Si ex stipulatu pœnam consecutus fuerit, ipso jure ex vendito agere non poterit, nisi in id quod pluris ejus interfuerit, id fieri. (JULIANUS).

Ibidem. } *L. 28.* Vous m'avez vendu des fonds; il
Trad. de M. Hulot. } a été convenu entre nous que je ferais quelque chose, à défaut de quoi je me suis soumis à une peine. Julien a répondu que le vendeur pourra intenter l'action de la vente pour assurer l'exécution de la convention, s'il n'a pas déjà demandé la peine convenue par l'action que lui donne sa stipulation; auquel cas si le jugement qui intervient sur l'action de la vente lui procure une somme égale à celle qu'il avait stipulée comme une peine du défaut d'exécution, et qu'il veuille encore intenter l'action qui vient de la

[ARTICLE 1131.]

stipulation, l'acheteur lui opposera l'exception de la mauvaise foi. Mais si le vendeur avait commencé par exiger la peine portée dans la stipulation, il sera alors privé de plein droit de l'action de la vente, à moins que la peine stipulée ne le remplisse pas exactement de tout l'intérêt qu'il a que la convention soit exécutée. (JULIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*, *Oblig.*, } 184. Il y a deux espèces d'o-
n^{os} 184-337-342. } bligations 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.

337. L'obligation pénale est, comme nous l'avons déjà 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'inex-

[ARTICLE 1131.]

exécution de cet engagement. 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 cinquantes pistoles au cas que je ne vous le rende pas, est une obligation pénale.

342. 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.

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.

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 résultants 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 : c'est la décision des lois 28, ff. *de act. empt.*; 41 et 42, ff. *pro socio*.

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 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

[ARTICLE 1131.]

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 liv., s'il a la preuve à la main qu'il a été obligé d'en louer une pour 50 liv., et que le prix commun des voitures pour aller à cette foire, était de la somme de 50 liv. dans le temps auquel je devais lui rendre la sienne.

Voy. C. C. B. C., art. 1135.

* 1 *Domat (Remy), Liv. 1,* } Les clauses résolutoires sont
Tit. 1, sec. 4, n° 18. } celles par lesquelles on convient
 que la convention sera résolue en un certain cas : comme s'il est dit qu'une transaction sera annulée, si telle chose n'est faite ou donnée dans un tel temps.

Les clauses pénales sont celles qui ajoutent une peine pour le défaut d'exécution de ce qui est convenu : comme est en général la peine des dommages et intérêts, et en particulier la peine d'une certaine somme.

18. Les clauses résolutoires et les clauses pénales ne s'exécutent pas toujours à la rigueur ; et les conventions ne sont pas résolues ni les peines encourues, au moment que le porte la convention, quand il serait même convenu que la résolution sera encourue par le seul fait et sans ministère de justice ; mais ces sortes de clauses ont leur effet à l'arbitrage du juge, selon la qualité des conventions et les circonstances, suivant les règles précédentes. (C. civ. 1231.).

On doit modérer la peine proportionnellement à l'exécution que l'obligation a reçue.

* C. N. 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.

[ARTICLE 1132.]

<p>1132. La nullité de l'obligation principale, pour toute autre cause que celle du défaut d'intérêt, entraîne la nullité de la clause pénale. La nullité de cette dernière n'entraîne pas celle de l'obligation principale.</p>	<p>1132. The nullity of the primary obligation for any other cause than want of interest, carries with it that of the penal clause. The nullity of the latter does not carry with it that of the primary obligation.</p>
--	--

* ff. *Lib. 45, Tit. 1, De verb. oblig.*, } L. 97. Si ita stipulatus fuerim, }
L. 97 in pr., et L. 126, § 3. } ro, *Te sisti ? nisi steteris, hippocentaurum dari ?* proinde erit atque te sisti solummodo stipulatus essem. (CELSUS.)

L. 126 § 3. Si ita stipulatus fuero, *te sisti ; et nisi steteris, aliquid dari*, quod promittenti impossibile est, detracta secunda stipulatione, prior manet utilis : et perinde erit ac si te sisti stipulatus essem. (PAULUS.)

Ibidem } L. 97. Si je stipule ainsi, que vous }
Trad. de M. Berthelot. } vous présenterez en jugement, et si }
vous ne vous présentez pas, que vous donniez un centaure, }
c'est la même chose que si j'avais stipulé simplement que }
vous vous présenterez. (CELSE.)

L. 126, § 3. Si j'ai ainsi stipulé, que vous vous présenterez en jugement, et que si vous ne vous y présentez pas, vous donniez quelque chose qu'il est impossible au prometteur de donner, on écarte la seconde stipulation et la première reste utile ; et ce sera la même chose que si j'avais stipulé que vous vous présenterez en justice. (PAUL.)

* 2 *Pothier (Bugnet), Oblig.*, } 338. L'obligation pénale étant, }
n^o 338 à 342. } par sa nature, accessoire à une }
obligation primitive et principale, la nullité de celle-ci en-

[ARTICLE 1132.]

traîne la nullité de l'obligation pénale (1). La raison est qu'il est de la nature des choses 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,*

(1) 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 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 æquæ atque illa principalis est, ut nihil prohibeat quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior cui subjicitur, sit inutilis : cum numquam una stipulatio quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vilietur, quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnas stipulatio, et ipsa inutilis est, non ex eo sit quod pœnalis stipulatio est accessio ejus cui subjicitur, sed quia hæc eodem vilitio, quo prior laborat. Quippè subjecta impossibili, et ipsa impossibilis habetur ; turpi subjecta et ipsa turpis, ut pole DELICTI INVITANDI CAUSA SUBJECTA ; neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod naturâ aut jure præstare non potest.”* V. Vin. de Inut. stip. § 18. (BUGNET).

[ARTICLE 1132.]

quemadmodum 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)

(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 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

[ARTICLE 1132.]

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 ce cas de contravention, une somme de 300 liv. Le cas étant arrivé, la convention fut jugée valable, et la peine encourue.

340. La nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive. 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, perinde erit atque si te sisti solummodo stipulatus essem ;* et comme dit Paul en la loi 126, § 3, *dict. tit. Detractâ primâ stipulatione, prior manet utilis.*

341 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'obliga-

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 soit 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."(BUGNET).

[ARTICLE 1132.]

tion 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 ; 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, 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 : 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, (1) Voyez ce qui en est dit *infra*, *part. 3, chap. 2, art. 4, § 2.*

Voy. *Toullier*, cité sur art. 1076.

* C. N. 1227. } La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

(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 vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat, quod magis verum est.* Ce n'est pas là de la raison écrite. (BUGNET).

[ARTICLE 1133.]

La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.

<p>1133. Le créancier peut, s'il le veut, poursuivre l'exécution de l'obligation principale, au lieu de demander la peine stipulée.</p> <p>Mais il ne peut demander en même temps les deux, à moins que la peine n'ait été stipulée pour le simple retard dans l'exécution de l'obligation principale.</p>	<p>1133. The creditor may enforce the performance of the primary obligation, if he elect so to do, instead of demanding the stipulated penalty ;</p> <p>But he cannot demand both, unless the penalty has been stipulated for a simple delay in the performance of the primary obligation.</p>
--	--

* ff. *Lib. 2, Tit. 14, De pactis,* } § 1. Si pacto subjecta sit pœnæ
L. 10, § 1. } stipulatio, quæritur utrùm pacti
 exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio ? Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse, prout elegerit qui stipulatus est. Si tamen ex causa pacti exceptione utatur, æquum erit accepto eum stipulationem ferre. (ULPIANUS).

Ibidem. } § 1. Si à la fin de la convention simple,
Trad. de M. Hulot. } on a stipulé une peine en cas de contra-
 vention, on demande s'il y a lieu à l'exception ou à l'action civile qui naît de la stipulation ? Sabin pense (et ce sentiment est le plus sûr), que celui qui a stipulé la peine peut choisir entre ces deux moyens celui qui lui plaira davantage. Cependant, s'il se sert de l'exception tirée de la convention, il doit faire remise de la peine contenue dans la stipulation. (ULPIEN)

* ff. *Lib. 45, Tit. 1 de verb. oblig., L. 122, § 2.* } L. 122, § 2. Flavius Hermes ho-
 } minem Stichum manumissionis-
 causa donavit, et ita de eo stipulatus est : *Si homo Stichus de quo agitur, quem hac die tibi donationis causa manumissionis-*

[ARTICLE 1133.]

que dedi, à te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit : quod dolo malo meo non fiat, pœnæ nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spondit Claudius. Quæro, an Flavius Hermes Claudium de libetate Stichi convenire potest ? Respondit, nihil proponi, cur non potest. Item quæro, an si Flavii Hermetis heres à Claudii herede pœnam suprascriptam petere voluerit, Claudii heres libertatem Sticho præstare possit, ut pœna liberetur ? Respondit posse. Item quæro, si Flavii Hermetis heres cum Claudii herede ex causa suprascripta nolit agere, an nihilominus Sticho libertas ex conventionem quæ fuit inter Hermetem et Claudium, ut stipulatione suprascripta ostenditur, ab herede Claudii præstari debeat ? Respondit debere. (SCŒVOLA.)

Ibidem. } L. 122, § 2. Flavius-Hermès a donné
Trad. de M. Berthelot. } l'esclave Stichus pour qu'il fût affran-
 chi, et a stipulé ainsi sur lui : Si l'homme Stichus dont il
 s'agit, qu'aujourd'hui je vous ai donné pour qu'il fût à vous
 et que vous l'affranchissiez, n'est pas affranchi et délivré
 dans la forme de la vindicte, par vous et par votre héritier,
 pourvu que mon dol n'y mette pas d'obstacle, Flavius-Hermès
 a stipulé cinquante à son profit à titre de peine : Claudius a
 promis. Je demande si Flavius-Hermès peut actionner Clau-
 dius pour la liberté de Stichus ? On a répondu, dans cet
 exposé il n'y a rien qui l'en empêche. De même, dans le cas
 où l'héritier de Claudius la peine ci-dessus spécifiée, je de-
 mande si l'héritier de Claudius peut donner la liberté à Sti-
 chus pour être libéré de la peine ? Je réponds qu'il le peut.
 De même, dans le cas où l'héritier de Flavius-Hermès ne
 voudrait pas agir contre l'héritier de Claudius pour cette
 même cause, je demande si la liberté qui doit être donnée à
 Stichus, en vertu de la convention passée entre Hermès et
 Claudius, comme on le voit dans la stipulation ci-dessus, en
 doit moins être donnée par l'héritier de Claudius ? On a
 répondu qu'elle devait être donnée. (SCŒVOLA.)

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1131.

[ARTICLE 1133.]

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig.*, } 343. De même que la clause
 nos 343-344. } 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'ai stipulé de lui par forme de peine une certaine somme, au cas qu'il contrevint à la convention ; s'il vient par la suite à m'assigner en entérinement de lettre 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 *infra* 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 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

[ARTICLE 1133.]

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)

(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'indemniser 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 demander l'exécution de cette même clause ; car, puisque nous supposons que la stipulation pénale avait pour principal motif d'empêcher l'annulation 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 exiger 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 reconnaitra-t-on quel a été le but des parties, quand elles ont consenti la clause pénale ? L'on se décidera principalement par la nature de l'acte pour le maintien duquel la clause générale a été ajoutée. Si, par exemple, 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 sacrifices mutuels pour y parvenir, on présumera facilement que la clause pénale a eu pour motif d'empê-

[ARTICLE 1134.]

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 mêmes 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 ; car en ce cas le créancier qui a souffert du retard, peut recevoir le principal et la peine.

* C. N. 1228, } 1228. Le créancier, au lieu de demander la
 " 1229. } peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

1134. La peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure d'exécuter l'obligation principale, ou lorsqu'il fait ce qu'il s'était obligé de ne pas faire.	1134. The penalty is not incurred until the debtor is in default of performing the primary obligation, or has done the thing which he had obliged himself not to do.
---	--

* C. N. 1230. } Soit que l'obligation primitive contienne,
 } soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que

“ cher même toute contestation. C'est l'espèce 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, 2^e vol. (BUGNET).

[ARTICLE 1135.]

lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure.

1135. [Le montant de la peine ne peut être réduit par le tribunal.

Mais si l'obligation principale a été exécutée en partie à l'avantage du créancier, et que le temps fixé pour l'exécution complète soit de peu d'importance, la peine peut être réduite, à moins qu'il n'y ait une convention spéciale contraire.]

1135. [The amount of penalty cannot be reduced by the court.

But if the obligation have been performed in part to the benefit of the creditor, and the time fixed for its complete performance be not material, the penalty may be reduced ; unless there is a special agreement to the contrary.]

Voy. *Toullier*, cité sur art. 1076.

* 4 *Marcadé*, sur art. 1152 } 526. Le Code s'écarte ici des prin-
 et 1231 C. N. } cipes de Pothier, qui enseignait
 (n° 345), d'après Dumoulin (n° 166), que les dommages-intérêts
 fixés à l'avance par une convention expresse pouvaient être
 réduits par le juge lorsqu'il les trouvait excessifs. Le Code,
 adoptant ici le sentiment contraire d'Azon, veut que le juge
 fasse exécuter purement et simplement le contrat, sans jamais
 se permettre d'augmenter ou de diminuer la somme conve-
 nue. Et, en effet, cette convention ayant précisément pour
 but d'éviter les difficultés auxquelles donnera souvent lieu
 l'appréciation des dommages-intérêts et d'écarter tout examen
 des faits, il était contradictoire de permettre aux tribunaux
 de rentrer dans cet examen pour voir si la somme convenue
 était ou non excessive.

[ARTICLE 1135.]

A plus forte raison doit-on rejeter aujourd'hui cette autre règle admise par Pothier et Dumoulin (*ibid.*) d'après la constitution de Justinien (Cod., l. 7, t. 47), que le juge ne peut jamais accorder des dommages-intérêts dépassant le double de la valeur de la chose qui faisait l'objet du contrat primitif. Si le dommage que vous m'avez causé et dont vous me devez réparation, d'après les règles ci-dessus, s'élève à trois fois la valeur de l'objet de notre contrat, est-ce donc une raison pour que je ne sois pas indemnisé ?

527. La convention accessoire dont parle notre article et par laquelle les parties fixent à l'avance les dommages-intérêts qui seront dus au créancier soit pour le cas d'inexécution complète, soit pour le simple retard (art. 1147), reçoit le nom de clause pénale, et elle est dans le Code l'objet d'une section entière que nous étudierons bientôt (articles 1226-1233).

654. Quand l'obligation principale se trouve accomplie pour partie, le juge doit considérer en fait, à défaut d'explication précise sur ce point, si la peine, dans l'intention des parties, est due en entier pour cela seul que la convention n'est pas exécutée complètement, ou si elle ne doit être payée que pour partie et en proportion de ce qui manque au complément de l'exécution. Ainsi, quand vous m'avez promis une somme pour le cas où la maison que vous entreprenez pour moi ne serait pas construite à telle époque, vous me devez la somme entière alors même que la construction, à l'époque indiquée, serait construite à moitié ou aux deux tiers ; car je ne puis tirer aucun profit d'une maison qui n'est pas terminée. Que si, au contraire, il s'agit d'une pièce de terre que vous deviez labourer pour moi, il est tout naturel qu'on ne vous condamne qu'à me payer la moitié de la somme promise, si la moitié de la pièce de terre est labourée pour l'époque convenue.

* 2 Pothier (*Bugnet*), } Azon a été d'une opinion contraire à
 Oblig., n° 345. } celle de Dumoulin, et il décide qu'une
 peine conventionnelle stipulée par forme de dommages et

[ARTICLE 1135.]

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 *intra 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.

* C. L. 2123. } La peine peut être modifiée par le juge-
 } lorsque l'obligation principale a été exécutée-
 en partie, à moins de convention contraire.

* C. N. 1152, } 1152. Lorsque la convention porte que celui-
 " 1231. } qui manquera de l'exécuter paiera une certaine-
 somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à
 l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

1231. La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

(1) L'art. 1152, C. civ., paraît avoir confirmé l'opinion d'Azon. On a voulu éviter l'arbitraire. (BUGNET).

[ARTICLE 1136.]

<p>1136. Lorsque l'obligation principale contractée avec une clause pénale est indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers ou autres représentants légaux du débiteur et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a contrevenu, soit contre chacun d'eux pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout ; sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.</p>	<p>1136. When the primary obligation contracted with a penal clause is indivisible, the penalty is incurred upon the contravention of it by any one of the heirs or other legal representatives of the debtor ; and it may be demanded in full against him who has contravened it, or against each one of them for his share and portion, and hypothecarily for the whole ; saving their recourse against him who has caused the penalty to be so incurred.</p>
---	---

* ff. *Lib. 45, Tit. 1, De verb. oblig.*, } L. 4, § 1. Cato libro quin-
 L. 4, § 1 et L. 85, § 3. } todecimo scribit : *Pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quàm cautum sit, fecerit : aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno proportione sua. Ab omnibus si id factum de quo cautum est, individuum sit, veluti iter fieri : quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi, tum eum heredem qui adversus ea fecit, pro portione sua solùm pœnam committere. Differentiæ hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur ; quod nisi insolidum peccari non poterit, illam stipulationem, per te non fieri quominus mihi ire agere liceat ? Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem quod in illa stipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum ? Nam hac stipulatione et solus tenebitur*

[ARTICLE 1136.]

qui non habuerit ratum, et solus aget à quo fuerit petatum, Idque et Marcello videtur, quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest. (PAULUS).

L. 85, § 3. Quod si stipulatus fuero, per te heredemve tuum non fieri quominus eam, agam, si adversus ea factum sit, tantum dari? et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat : verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri : quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor ; sed cæteri familiæ eriscundæ iudicio sarcient damnum. (PAULUS).

Ibidem. } *L. 4, § 1. Caton, au livre quinzisième, Trad. de M. Berthelot.* } s'exprime ainsi : Lorsque l'on a promis une peine d'une somme déterminée, dans le cas où l'on ferait autrement, et que le prometteur est mort ; si, parmi plusieurs héritiers, un d'entr'eux fait quelque chose contre ce qui a été convenu ; ou la peine est encourue par tous les héritiers chacun pour sa portion héréditaire, ou par un seul pour sa part. Par tous, si ce qui a été stipulé est indivisible, tel que de fournir un sentier ; parce que ce qui ne peut se partager paraît fait par tous. Mais si l'on a stipulé un objet qui puisse recevoir division, tel que de ne plus poursuivre une action, alors l'héritier qui est contrevenu a seul encouru la peine. La différence vient de ce que, dans le premier cas, tous paraissent être contrevenus ; qu'on ne peut violer qu'en totalité cette convention, vous ne ferez rien pour m'empêcher de jouir d'un sentier ou d'un chemin. Mais prenons garde qu'ici ce ne soit pas la même chose, mais bien plutôt une chose semblable à ce qui arrive dans cette stipulation, Titius et son héritier ratifieront. Car, dans cette stipulation, celui-là seul aura encouru la peine qui n'aura pas ratifié ; et celui-là seul aura une action ouverte à qui on aura demandé ; et Marcellus est de cet avis ; quoique le maître lui-même ne puisse ratifier en partie. (PAUL).

L. 85, § 3. Que si j'ai stipulé que ni vous ni votre héritier ne ferez rien qui m'empêche d'user du droit de sentier, de chemin, et que si vous y contrevenez vous donnerez tant, et

[ARTICLE 1136.]

que l'un de plusieurs héritiers du prometteur m'empêche, ceux-là ont plus raison qui pensent que par le fait d'un seul tous sont obligés, parce que, quoique je sois empêché par un seul, cependant je ne suis pas empêché en partie, mais les autres le dédommageront par le moyen de l'action en partage d'héritage. (PAUL).

* *Dumoulin, Tract. de divid. et* } 173. Quæ est, aliud unum
individ., part. 3^e, n^o 173-174. } hæredem teneri ut ipsum,
 aliud ex eo solo quod est hæres. Hoc autem omnia jura sive
 in individuis, ut *d. § item si in facto, d. § Cato, 1 resp. l. Julian.*
in princ. cod. tit. l. hæredes, § an ea. vers. contra l. cohæredes,
§ quod ex facto, supra famil. hercisc. sive in dividuis, ut in d.
l. hæred. § idem juris, et l. 5 § si fortem, de verb. oblig. quæ
 dicunt unius hæredis facto, vel culpa omnes teneri tanquam
 conditio obligationis hæreditariæ extiterit, *d. § quod ex facto,*
 vel ne injuria creditor afficiatur, *d. § si fortem, illa inquam*
omnia jura non negant ipsum contra facientem ex sua per-
sona in solidum teneri, sed hoc in aliis juribus relinquunt,
 per quæ clarè probatur suprâ parte 1, num. 20, cum seq. et in
 parte 2, n. 195 et suprâ ead. parte nu. 5, quod in individuis
 unus plurium hæredum (nedum unus principalium, de quo
 non dubitatur) contraveniens, obligatur non solùm pro parte,
 ut merus hæres : sed etiam ex facto suo ad solidum interesse,
 vel ad totam pœnam conventam, et quod rectâ potest ad hoc
 conveniri.

174. Ipsa quidem individuitas juncta existentia conditionis
 facit, non solùm ut cæteri quoque hæredes peccasse videan-
 tur : sed etiam ut extet conditio obligationis hæreditariæ, et
 sic omnes teneantur. Sed quia non tenentur ad pœnam, vel
 interesse ex facto proprio, sed tantùm ex facto defuncti, et
 quia adierunt hæreditatem, quam non adierunt singuli in so-
 lidum, non possunt teneri ad pœnam, vel interesse, nisi in
 quantum hæredes, et sic pro portionibus hæreditariis tantum,
 sive ex contractibus bonæfidei, sive stricti juris. Et generali-

[ARTICLE 1136.]

ter in omnibus obligationibus, quatenus à solo defuncto descendunt : ut clarè probavi sup. eod. nu. 131, cum seq. n. 145. Sed quando etiam ex facto proprio (ut quia contravenerunt) tenentur in individuis singulis in solidum quotquot contravenerunt.

* *Sedgwick, On Damages,* } 421. On a review of the cases,
 n° 421 et s. } the following principles seem deducible from them, as those which are to govern, whenever a question of the kind considered in this chapter is presented :— (1)

(1) The following tests for distinguishing between liquidated damages and a penalty, were stated in the New York Superior Court, in *Bagley v. Peddie*, 5 *Sandf.* 192.

1. Where it is doubtful on the face of the instrument whether the sum mentioned was intended to be stipulated damages or a penalty to cover actual damages, the courts hold it to be the latter.

2. On the contrary, where the language used is clear and explicit to that effect the amount is to be deemed liquidated damages, however extravagant it may appear, unless the instrument be qualified by some of the circumstances hereinafter mentioned.

3. If the instrument provide that a larger sum shall be paid on the failure of the party to pay a less sum in the manner prescribed, the larger sum is a penalty, whatever may be the language used in describing it.

4. When the covenant is for the performance of a single act; or several acts, or for the abstaining from doing some particular act, or acts, which are not measurable by any exact pecuniary standard, and it is agreed that the party covenanting shall pay a stipulated sum as damages for a violation of any of such covenants, that sum is to be deemed liquidated damages, and not a penalty.

5. Where the agreement secures the performance or omission of various acts of the kind mentioned in the last proposition, together with one or more acts in respect of which the damages on a breach of the covenant are certain or readily ascertainable by a jury, and there is a sum stipulated as damages to be paid by each party to the other for a breach of any one of the covenants, such sum is held to be a penalty merely. See the general distinction discussed also in *Durst v. Swift*, 11 *Tex.*, 273 ; *Williams v. Green*, 14 *Barb. (Ark)*, 315 ; *Reynolds v. Bridge*, 37 *Eng. L. & E.*, 122 ; *Bridges v. Hyatt*, 2 *Abbotts' (N. Y.) Pr. R.*, 449.

[ARTICLE 1136.]

First. That the language of the agreement is not conclusive, and that the effort of the tribunal will be to get at the true intent of the parties, and to do justice between them. (1) In England there seems to be a readier disposition to uphold the liquidation of the damages than in this country; and I cannot but express my opinion that the courts of the United States have shown an unwise reluctance to admit the agreement as conclusive on this point. If the purpose is clear, there seems no reason to hesitate in giving it full effect.

Second. That when the agreement is in the alternative to do some particular thing or pay a given sum of money, the court will hold the party failing to have had his election, and compel him to pay the money. (2)

Third. That in case of an agreement to do some act, and upon failure to pay a sum of money, the court will look into the intent of the parties; that no particular phraseology will be held to govern absolutely; but that although the term "liquidated damages" will not be conclusive, the phrase "penalty" is generally so, unless controlled by some other very strong consideration. (3)

(1) *Harmer v. True*, 19 *Barb. (N. Y.)*, 106; *Low v. Nolte*, 16 *Ill.*, 475; *Durst, v. Swift*, 11 *Tex.*, 273. But where there is a reasonable doubt as to the intent, it is to be construed as a penalty. *Smith v. Wainwright*, 24 *Vt.*, 97; *Low v. Nolte*, 16 *Ill.*, 475.

(2) But see *Burrage v. Crump*, 3 *Jones (N. C.) L.*, 530.

(3) *Richards v. Edick*, 17 *Barb. (N. Y.)*, 260; *Smith v. Wainwright*, 24 *Vt.*, 97. In case the agreement assumes the form of a bond, or the sum reserved is denominated a penalty, the *prima-facie* presumption is that the larger sum is intended merely as security and not as liquidated damages. On the contrary, if the sum specified be declared affirmatively to be *liquidated* damages, and negatively also, that it should not be considered as a penalty or in the nature of a penalty, although the inference is that the parties meant what they expressed, yet there are certain rules of law which may control the meaning, and convert the sum so mentioned into a penalty. *Esmond . Benschoten*, 12 *Barb. (N. Y.)* 366.

Where the provision for the payment of a fixed sum on the breach of

[ARTICLE 1136.]

Fourth. That if the sum be evidently fixed to evade the usury laws or any other statutory provision, or to cloak oppression, the courts will relieve by treating it as a penalty. Consequently, whenever the sum stipulated is to be paid on the non-payment of a less sum made payable by the same instrument, it will always be held a penalty. (1)

422. *Fifth.* That where independently of the stipulation the damages would be wholly uncertain, and incapable or very difficult of being ascertained except by mere conjecture, there the damages will be usually considered liquidated, if they are so denominated in the instrument. (2)

The consequences resulting from the construction of agreements in this point of view, are complex and curious. On one hand, it may be in many cases desirable to get rid of the stipulated damages, and to require an examination into the real loss sustained. But, on the other, a specific performance may be desirable; and this cannot be had if the damages are to be considered as liquidated, the parties having in that case provided their own redress. Equity will only interfere where the sum is clearly meant as a penalty. So where articles were executed for the purchase of an estate, with a provision that

an agreement is found in the *condition* of a *penal bond*, the presumption is that the sum named in the condition was *not* designed as a penalty. *Cotheal v. Talmage*, 5 *Seld.* (*N. Y.*), 551.

(1) *Beale v. Hayes*, 5 *Sandf.* (*N. Y.*), 640; *Tiernan v. Hinman*, 16 *Ill.*, 400; *Halderman v. Jennings*, 14 *Barb.* (*Ark.*), 329.

(2) *Holmes v. Holmes*, 12 *Barb.* (*N. Y.*), 137; *Esmond v. Van Benschoten*, *ib.*, 366; *Mundy v. Culver*, 18 *ib.*, 366; *Williams v. Green*, 14 *Barb.* (*Ark.*), 315; *Lange v. West*, 2 *Ohio Sl.*, 519; and see *Hussey v. Rogue-more*, 27 *Ala.*, 281; *Reynolds v. Bridge*, 6 *Ellis & B.*, 528. In such a case the sum stipulated will be considered as damages, although by the terms of the agreement it is to be paid on the breach of any one of several stipulations of different degrees of importance, when the damages arising from the breach of each of them would be in their nature indefinite. *Cotheal v. Talmage*, 5 *Seld.* (*N. Y.*), 551; and see same case below, 1 *E. D. Smith's C. P. R.*, 573; also *Thoroughgood v. Walker*, 2 *Jones (N. C.) L.*, 15.

[ARTICLE 1136.]

if either should break the agreement, he should pay £100, Lord Hardwicke treated this as a mere penalty, and decreed a specific performance.

Another consequence flowing from the distinction between stipulated damages and a penalty, under the original English law of arrest was, that for the former, the defendant might be held to bail, but not for the latter ; and therefore an affidavit to hold to bail which did not show what the agreement was, nor in what respects it was broken, but merely alleged an obligation to pay £50 in case of non-performance, and charged such non-performance, was held insufficient, and the defendant was released from custody.

The French Code, like our law, enables the parties to liquidate the damages for the non-performance of the contract ; and the tribunal cannot depart from the sum thus fixed. (1)

* 2 *Pothier (Bugnet)*, } 355. Lorsque l'obligation primitive
Oblig., n^o 355 *et s.* } qui a été contractée sous une clause
 pénale est l'obligation d'une chose indivisible, la contraven-
 tion faite à cette obligation par un seul des héritiers du débi-
 teur, 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

(1) " Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme, à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre."—*Code civil*, § 1152.

The commissioners charged with preparing the codes, proposed to retain the former jurisprudence in this respect, which permitted the judge to moderate the penalty in behalf of the debtor, if it evidently exceeded the damage sustained, but gave him no power to augment it in favor of the creditor, although it might be far short of the injury suffered. These views were, however, overruled. Toullier, vol. vi., 287, des Contrats ; and *ib.*, 832, des Obligations, ou Clauses Pénales ; Domat, Book 2, 271, tit. v., sec. 2, § 15.

[ARTICLE 1136.]

recours contre celui qui, par sa contravention, a donné ouverture à la peine, pour en être par lui acquittés.

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 cohéritiers, la peine entière des 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 heredibus unus contrâ quàm cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditariâ, 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.*

Le Jurisconsulte Paul décide la même chose en la Loi 85, § 3, ff. d. tit. *Quoniam licèt ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor ;* et il ajoute, *sed cæteri familiæ exciscundæ judicio sarcient damnum.*

Les héritiers, n'étant tenus de la peine chacun que pour la part dont il est héritier, sont en cela différens des débiteurs solidaires, qui sont débiteurs de la peine pour le total, lors-

[ARTICLE 1136.]

qu'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.

Dumoulin, *p. 3, n. 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 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 obli-

[ARTICLE 1136.]

gation 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 *Cato* 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. 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 heres* : 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 heredem ut heredem, aliud teneri ut ipsum. Tr. de div. et indiv., p. 3, n. 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, quod peccati consortem habuit ; multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat ; Molin. ibid. part. 3, n. 143.*

[ARTICLE 1136.]

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 solidarité, 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.

366. 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* ; L. 178, ff. de R. J.

4 *Marcadé, sur* } 655. Cet article suppose tout naturellement, ce qui a lieu en effet le plus souvent, que la clause pénale a pour objet une somme d'argent. Cette idée une fois admise, on conçoit facilement que quand cette clause pénale est due par tous les coobligés à une même dette, elle se divise également entre eux. Mais comment, même dans une dette indivisible est-elle due par tous, pour la contravention d'un seul ; par exemple, parce que l'un d'eux aura détruit par sa faute ou son fait l'objet de l'obligation ? N'est-ce pas là une contradiction à ce qui a été dit sous l'article 1225, n° II, pour les dommages-intérêts ?... Cette règle, copiée comme toutes les autres dans Pothier (n° 355), qui l'avait lui-même prise dans Dumoulin, provenait, dans leur esprit, d'un principe analogue à celui de l'art. 1207, à savoir que les dommages-intérêts, quand ils sont ainsi stipulés à l'avance, cons-

[ARTICLE 1137.]

tituent vraiment une obligation spéciale contractée sous la condition de l'inexécution de l'obligation principale ; en sorte que c'est là, contre les divers codébiteurs, la demande en exécution d'une obligation qui se trouve avoir été contractée par tous *ab origine*. Quant à celui des débiteurs qui a commis la contravention, comme il doit en définitive supporter seul le montant de la peine et qu'il devrait indemniser ses codébiteurs des parts que ceux-ci auraient pu payer, il était tout simple d'accorder au créancier le droit de le poursuivre pour la totalité.

656. Il va sans dire, au surplus, que la règle de notre article s'applique aussi bien dans le cas de plusieurs codébiteurs originaires de la dette indivisible que dans le cas de plusieurs héritiers d'un débiteur unique.

* C. L. 2124.—Semblable au C. N.

* C. N. 1232. } Lorsque l'obligation primitive contractée
 } avec une clause pénale, est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.

1137. Lorsque l'obligation principale contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers ou autres représentants légaux du débiteur qui con-	1137. When the primary obligation contracted under a penalty is divisible, the penalty is incurred only by that one of the heirs or other legal representatives of the debtor
--	---

[ARTICLE 1137.]

trévient à l'obligation, et pour la part seulement dont il est tenu dans l'obligation principale, 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 partiellement, un des cohéritiers ou autres représentants légaux a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité ; en ce cas la peine entière peut être exigée de lui, et des autres pour leur portion seulement, sauf leur recours contre lui.

who contravenes the obligation, and for the part only for which he is held in the primary obligation, without there being any action against those who have executed it.

This rule suffers exception when, the penal clause having been added with the intention that the payment could not be made in parts, one of the coheirs or other legal representatives has prevented the execution of the obligation for the whole ; in this case he is liable for the entire penalty and the others are liable for their respective shares only, saving their recourse against him.

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1121.

* ff. *Lib. 45, Tit. 1, De verb. oblig.*, L. 72. } L. 72. Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt : veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit : utputà *fundum tradi*, vel *fossam fodiri*, vel *insulam fabricari*, vel *operas*, vel quid his simile : horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo octavo digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, *pecuniam dari*

[ARTICLE 1137.]

oportere : ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem : secundum quem Celsus ait posse dici, juxta æstimationem facti dandam esse petitionem.

§ 1. Si quis ita stipulatus sit : *Si ante kalendas martias primas opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari* ? diem promissionis cedere, non ex quo locatum est opus, sed post kalendas martias : quia nec conveniri ante kalendas martias reus promittendi poterat.

§ 2. Planè si *insulam fulciri* quis stipulatus sit, non est expectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit : nec *insulam fieri*, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit, sed ubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationi cedit. (ULPIANUS).

Ibidem. } L. 72. Les stipulations ne se divisent
Trad. de M. Berthelot. } point lorsqu'elles s'appliquent à des
 choses qui n'admettent point de division : telle qu'une voie,
 un chemin, un sentier, une conduite d'eau et les autres servitudes. Je pense la même chose si quelqu'un a stipulé que l'on ferait quelque chose, par exemple que l'on livrerait un fonds de terre, que l'on creuserait un fossé, que l'on construirait une maison, que l'on ferait des travaux ou quelque chose de semblable ; car leur division rompt la stipulation. Cependant Celse, au livre trente-huit du digeste, rapporte que Tuberon a été d'avis que quand on stipule que quelque chose sera fait et que cela n'est pas fait, il faut donner de l'argent ; et qu'ainsi, même en ce genre, la stipulation se divise ; et d'après lui, Celse dit que sur l'estimation du fait on peut donner action.

§ 1. Si quelqu'un a ainsi stipulé, si avant les calendes prochaines de mars l'ouvrage n'est pas achevé, vous donnerez en argent la valeur de l'ouvrage, le jour de la promesse échéait non du jour que l'ouvrage a été donné à entreprise, mais après les calendes de mars ; parce que le prometteur ne pouvait être actionné avant les calendes de mars.

§ 2. Assurément si quelqu'un a stipulé que l'on étairait une maison, il ne faut pas attendre pour tenter l'action que

[ARTICLE 1137.]

la maison tombe ; et de même dans la stipulation que l'on bâtirait une maison, qu'il soit écoulé le temps tout entier nécessaire pour bâtir une maison ; mais aussitôt que l'on sera en demeure de bâtir, alors on fera des poursuites, et le jour de l'obligation est échu. (ULPIEN).

4 *Marcadé, sur* } 657. Le premier alinéa est tout simple.
art. 1233 C. N. } Lorsque l'objet dû, parfaitement divisible, peut être presté par partie, et que, des divers débiteurs dont chacun n'en a que sa part à payer, l'un exécute et l'autre refuse, il est tout simple que les dommages ne soient dus qu'en proportion de la partie non exécutée de l'obligation ; que, dès lors, ils soient dus par le contrevenant seulement et pour sa part seulement.

Mais si, l'obligation restant divisible parce que son objet est divisible, il y a cependant indivisibilité *quoad solutionem*, c'est-à-dire convention expresse ou tacite que l'objet ne pourra pas être payé partiellement (soit que cette indivisibilité *solutionis* résulte précisément de l'adjonction de la clause pénale, comme le suppose notre article, soit qu'elle résulte de l'une des causes indiquées par l'art. 1221) ; dans ce cas, le paiement ne pouvant pas se faire par partie et toute inexécution étant nécessairement une inexécution totale, il était conséquent d'appliquer à cette indivisibilité du paiement la peine portée par l'article précédent pour l'indivisibilité de l'obligation elle-même. C'est ce que fait notre deuxième alinéa.

Que si, dans le cas d'une obligation complètement divisible, même *quoad solutionem*, l'un des débiteurs y a contrevenu pour le tout à lui seul (cas non prévu par notre premier alinéa, qui suppose une contravention partielle seulement), quelle règle appliquera-t-on ?

658. Pothier (n° 361), qui pose et traite cette question en reproduisant Dumoulin, décide qu'on devra suivre alors la règle posée pour le cas d'indivisibilité. Mais il est à remarquer que Pothier ne décide ainsi la question que sur un

[ARTICLE 1137.]

exemple, et que cet exemple, donné comme hypothèse d'une obligation divisible même *solutione*, est précisément celui d'une obligation *indivisible* sous ce rapport (car cet exemple est celui d'un bail à ferme, que Pothier, au n° 315, a présenté avec raison comme un cas d'indivisibilité *solutione*). Si donc la dette était vraiment divisible, même *quoad solutionem*, on devrait décider autrement.

Ainsi, Pierre a promis à Paul les dix pièces de vin qu'il avait dans sa cave et s'est obligé à lui payer 6,000 francs en cas d'inexécution ; il meurt, laissant deux héritiers dont l'un répand tout le vin, ou le vend et le livre à un tiers... Il nous paraît que Paul ne pourra rien demander au second héritier, qui se trouve libéré par la perte du vin ou sa mise hors du commerce quant à lui (art. 1301), et qu'il ne pourra agir que contre le premier en lui demandant d'abord 3,000 francs pour sa moitié dans la clause pénale, puis les autres 3,000 francs à titre de dommages-intérêts ordinaires, en vertu de l'art. 1388.

659. Pothier donne un peu plus loin (n° 364), à une autre question, une solution beaucoup plus satisfaisante et qu'on ne saurait manquer d'adopter sous le Code.

Il enseigne que, même dans l'obligation indivisible, s'il y a contravention envers l'un des *créanciers* (ou l'un des héritiers du créancier unique), la peine, nonobstant l'indivisibilité du principal, ne serait due que pour celui envers qui l'on contrevient et pour sa part.

Il dit en substance que " quand vous vous êtes obligé à me laisser passer dans votre parc sous une peine de douze livres, et qu'après ma mort vous laissez passer trois de mes héritiers en refusant le passage au quatrième, la peine ne sera due qu'à ce dernier et pour son quart, puisque lui seul souffre de votre contravention. C'est ce que disait déjà le jurisconsulte Paul (loi 2, *in fine*, *De verb. oblig.*) ; et si Ulpien décidait autrement (loi 3, § 1), c'était d'après une subtilité qui ne saurait être suivie dans notre droit français."

Voy. Toullier, cité sur art. 1076.

[ARTICLE 1137.]

* *Dumoulin, Tract. de divid. et* } 412. Ex his omnia quoad ex-
ind., part. 3, n° 412. } plicationem, et conciliationem
 omnium textuum sunt expedita : sed adhuc in hac amplissi-
 ma materia superest unus scrupus : videlicet in dividuis vel
 etiam individuis natura, sed dividuis effectum, si unus plurium
 hæredum in totum offendat, an faciat etiam cohæredes cadere
 in pœnam, vel interesse pro partibus hæreditariis ? Nullus
 enim de hoc text. est in jure : omnia enim jura vel loquuntur
 in individuis, in quibus non nisi in totum etiam ab uno hæ-
 redum peccatur, *d. § Cato in princ. d. l. in executione, § quod*
si stipulatus, vel loquuntur in dividuis, et quando unus pro
 parte sua tantum peccat : ut in 2 respon. Catonis, et in utro-
 que responso *d. § si sortem, et d. § item si ita*. Atqui contingere
 potest etiam in dividuis, ut unus hæredum non pro parte
 hæreditaria tantum, sed in totum de facto contraveniat, et
 tunc necessario pro plena explicatione materiæ videndum est
 quid juris, videlicet an cohæredes quoque pro partibus eorum
 obliget ? Ut arguendo tetigi in quæstione præcedenti supra
 eod. num. 289 dices hoc esse expeditum in *d. § si sortem*, in
 utroque responso : et in *d. § item si ita*, per locum à fortiori :
 si enim unus hæredum peccans pro parte hæreditaria tantum
 in dividuis facit omnes salvo recursu contra se, cadere in
 pœnam vel interesse, quando aliàs fieret injuria stipulatori,
 ut ibi : quantomagis quando de facto ultra partem suam
 hæreditaria offendit in totum, et stipulator injuria afficitur
 in totum.

* 2 *Pothier (Bugnet), Oblig.,* } 306. Lorsque la chose est périe,
n° 306-7 et n° 359 à 364. } 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,
quod peccati habet consortem.

Si néanmoins ces héritiers avaient, chacun par un fait par-
 ticulier, 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*

[ARTICLE 1137.]

parte duntaxat dolum amisit. C'est ce que décide Marcellus en la Loi 22, ff. deposit. Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo intervenerint, quodam casu in partes duntaxat tenebuntur; nam si dividerunt decem millia, quæ apud defunctum fuerant, et quina millia singuli abstulerint, et uterque solvendo est, in partes adstricti erunt: quod si quæ species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt; 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.

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 cautam sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi,*

[ARTICLE 1137.]

'eum heredem qui adversus 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 liv., 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 bled. 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 bled, 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, comme on l'a vu ci-dessus, n. 342 *et suiv.*

Le paragraphe 4, *Si sortem*, de la Loi 5, *d. 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 heredibus tuis portionem suam, ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec portio coheredis solvatur..... Sed à coherede ei satisfieri debet ; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuriâ stipulatoris constitui potest.*

Les interprètes, tant anciens que modernes, se sont efforcés

[ARTICLE 1137.]

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, n. 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 amplius non agi*, est de ces saits indivisibles *tam 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 ; et c'est à ce cas qu'on doit restreindre le paragraphe *Si sortem*, lequel se concilie avec le paragraphe *Cato*.

Dumoulin, *part. 1*, n. 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

[ARTICLE 1137.]

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 débiteurs ferait de lui remettre sa part de la dite 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 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 ; c'est pourquoi le créancier doit recevoir le principal et la peine.

La Loi 85, § 6, *d. 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 solus detur, pœna committitur centum ; nec prodest partes fundi dare cessante uno, quemadmodum 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

[ARTICLE 1137.]

l'héritage qu'il aurait reçues ; car il ne peut avoir l'un et l'autre.

360. Dans le cas du paragraphe *Si fortem*, 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 familiarum exerciscundæ*, de les en acquitter ; *d. §. Si fortem* ; 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.

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'espece 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.

[ARTICLE 1137.]

Par exemple, une personne a affirmé son héritage à quel-
 qu'un, et laisse quatre héritiers, dont l'un a expulsé le fermier
 pour le total. 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
 pas 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
 plus être encourue contre ses cohéritiers. Néanmoins Du-
 moulin, qui agite ces questions, *p. 3, n. 442 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 raison-
 nement que nous venons de rapporter, il distingue dans cette
 obligation d'entretenir le bail, et dans toutes les autres obli-
 gations divisibles, deux espèces d'obligations ; la principale,
 telle qu'est, dans cette espèce, celle d'entretenir le bail, la-
 quelle est divisible ; et l'obligation accessoire, qui est l'o-
 bligation de la prestation de la bonne foi, laquelle est indivi-
 sible, et dont en conséquence chaque héritier est tenu pour le

[ARTICLE 1137.]

total. L'héritier en partie du bailleur, qu'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 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 il s'ensuivrait que le fermier n'aurait point, pour raison de cette contravention pour lesdites parts, l'hypothèque résultante 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'aviserait 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 convenu en cas de contravention.

A l'égard de la seconde question, Dumoulin, par la même

[ARTICLE 1137.]

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'étendit 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, au 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. 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, 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 ; *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 traitant

[ARTICLE 1137.]

sa qualité d'usufruitier, et se portant pour propriétaire. Il y a une peine de 200 liv. 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.*

364. Paul, en la loi 2, § *fin. de verb. oblig.* décide cette question dans l'espèce d'une stipulation pénale apposée à une obligation primitive indivisible. *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 liv. 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 à 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 stipulatur decesserit, qui stipulatus erit sibi hereditique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur ; si poena sit adjuncta, in solidum committetur ; sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione summovebuntur ; d. §.* 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

[ARTICLE 1137.]

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 hebere 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 coheredem ipsorum esse prohibitum; Molin. p. 1, n. 32 et 35. La loi 3, § 1, d. 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.

C. L. 2105, semblable à l'art. 1218 C. N., et 2125, semblable à l'art. 1233 C. N.

* C. N. 1218, } 1218. L'obligation est indivisible, quoique la
 “ 1233. } chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible
 par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans
 l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

1233. Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, 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 partiellement, un cohéritier a 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 recours.

[ARTICLE 1138.]

CHAPITRE HUITIÈME.	CHAPTER EIGHTH.
DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.	OF THE EXTINCTION OF OBLIGATIONS.
SECTION I.	SECTION I.
DISPOSITIONS GÉNÉRALES.	GENERAL PROVISIONS.
1138. L'obligation s'éteint :	1138. An obligation becomes extinct :
Par le paiement ;	By payment ;
Par la novation ;	By novation ;
Par la remise ;	By release ;
Par la compensation ;	By compensation ;
Par la confusion ;	By confusion ;
Par l'impossibilité de l'exécuter ;	By the performance of it becoming impossible ;
Par le jugement d'annulation ou de rescision ;	By judgment of nullity or rescission ;
Par l'effet de la condition résolutoire qui a été expliquée au chapitre qui précède ;	By the effect of the resolutive condition, which has been explained in the preceding chapter ;
Par la prescription ;	By prescription ;
Par l'expiration du terme fixé par la loi ou par les parties pour sa durée ;	By the expiration of the time limited by law or by the parties for its duration ;
Par la mort du créancier ou du débiteur en certains cas ;	By the death of the creditor or debtor in certain cases ;
Par des causes spéciales applicables à certains contrats, et qui sont expliquées en leurs lieux respectifs.	By special causes applicable to particular contracts which are explained under their respective heads.

[ARTICLE 1138.]

4 *Marcadé, sur* } 662. Aux neuf modes d'extinction indi-
art. 1234, C. N. } qués par notre article, il faut ajouter 10^e
 l'expiration du délai pour lequel l'obligation a été imposée.

En outre de ces dix modes généraux, il est une foule d'autres causes d'extinctions particulières à telle ou telle espèce d'obligation. Ainsi, l'obligation pour un tuteur d'administrer la personne et les biens de son pupille cesse non-seulement par la mort de l'un ou de l'autre, mais aussi par la majorité ou l'émancipation de celui-ci, par la destitution ou l'excuse de celui-là ; mon obligation d'exercer le mandat dont je me suis chargé finira non-seulement par mon décès ou par le vôtre, mais encore par ma renonciation ou par la révocation que vous prononcerez de la mission que vous m'avez confiée, etc. Mais, encore une fois, ce sont là des causes d'extinction tout à fait *spéciales*, et dont la loi, par conséquent, n'avait pas à s'occuper dans un titre consacré aux principes *généraux* des obligations ; elle devait en réserver l'indication, comme elle l'a fait, pour les titres particuliers à chaque matière.

* *C. N. 1234.* } Les obligations s'éteignent :
 } Par le payement,
 Par la novation,
 Par la remise volontaire,
 Par la compensation,
 Par la confusion,
 Par la perte de la chose,
 Par la nullité ou la rescision,
 Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée
 au chapitre précédent,
 - Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier.

[ARTICLE 1139.]

SECTION II.

DU PAIEMENT.

§ 1. *Dispositions générales.*

1139. Par paiement on entend non-seulement la livraison d'une somme d'argent pour acquitter une obligation, mais l'exécution de toute chose à laquelle les parties sont respectivement obligées.

SECTION II.

OF PAYMENT.

§ 1. *General provisions.*

1139. By payment is meant not only the delivery of a sum of money in satisfaction of an obligation, but the performance of any thing to which the parties are respectively obliged.

* 2 *Domat (Remy), Liv. 4, Des paiements, Tit. 1, sec. 1.* } Quoiqu'on n'entende communément par ce mot de paiement que cette manière dont s'acquittent ceux qui doivent des sommes d'argent, en donnant de l'argent, on peut appeler paiement en général toute manière de s'acquitter; car tout ce qui fait la libération du débiteur, tient lieu de paiement. Et en ce sens on peut comprendre sous le mot de paiement les compensations, les novations, et les délégations. Mais, comme ces trois manières de paiement ont des caractères propres qui leur donnent une nature différente du simple paiement, on a dû les distinguer sous leurs titres propres, et on ne traitera dans celui-ci que de ce qui regarde les paiements en général; quelle est leur nature, leurs effets, les diverses manières dont on peut s'acquitter, qui peut faire un paiement ou le recevoir, et comment se font les imputations des paiements; ce qui fera les diverses matières des sections de ce titre.

On peut voir, sur la matière des paiements, le titre *de ceux qui reçoivent ce qui ne leur est pas dû*, dont plusieurs règles se rapportent à cette matière.

[ARTICLE 1139.]

1. Les paiements sont les manières dont un débiteur s'acquitte de ce qu'il devait ou d'une partie.

2. Tout ce qui anéantit la dette ou la diminue tient lieu de paiement, soit que le débiteur donne au créancier de l'argent, ou d'autres choses qu'il peut lui devoir, ou qu'il s'acquitte, le satisfaisant par quelque autre voie, suivant les règles qui seront expliquées dans la seconde section. (C. civ. 1234, s.)

La preuve rapportée après le jugement d'une dette, opère l'extinction de la condamnation, sans blesser l'autorité de la chose jugée.

3. Comme on donne le nom de dette à tout ce que peuvent devoir, non-seulement les débiteurs de sommes d'argent, ou de choses d'une autre nature, mais aussi ceux qui sont obligés, ou à faire quelque chose, comme un entrepreneur d'un ouvrage ; ou à rendre une chose qui ne soit pas à eux, comme le dépositaire, et celui qui a emprunté une chose pour en user ; on regarde aussi, comme des paiements ou acquittements, toutes les manières dont on s'acquitte ou dont on se délivre des engagements de toute nature.

4. Le paiement supposant la dette, celui qui se trouve avoir payé par erreur ce qui n'était point dû, peut le recouvrer. (C. civ. 1235, § 1, 1131, 1376.) Mais s'il n'a payé que ce qui était dû légitimement, quand même la dette eût été telle qu'il n'aurait pu y être condamné en justice, il ne peut demander qu'on lui rende ce qu'il a payé. (C. civ. 1235, § 2, 1906.) Ainsi, par exemple, si un mineur devenu majeur paie une somme qu'il avait empruntée pendant sa minorité, par une obligation dont il aurait pu être relevé, il ne pourra révoquer le paiement qu'il en aura fait ; car, en payant, il a reconnu et ratifié son obligation.

On a mis dans cet article que celui qui paie ce qui n'était point dû peut le recouvrer, et non que celui qui paie ce qu'il ne devait pas peut le recouvrer. Car, si quelqu'un paie pour un autre, encore qu'il n'y fût point obligé, il ne pourra demander ce qu'il aura payé. V. l'art. 2 de la sect. 3.

5. Si le débiteur qui avait un terme veut payer par avance, le créancier ne peut l'obliger d'attendre le terme. Car tout le temps du délai est accordé au débiteur pour s'acquitter quand

[ARTICLE 1139.]

il le pourra. Et s'il ne le peut plus tôt, il le doit au terme. Mais s'il paie par avance, il ne pourra retirer ce qu'il aura payé ; car il le devait.

* 2 Pothier (Bugnet), } Le pacte *constitutæ pecuniæ*, est une
 Oblig., n° 457 et s. } 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'Edit de *constitutâ pecuniâ*.

Le mot *pecunia*, dans cet Edit, comme dans la Loi des douze Tables et dans les autres Edits 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. de V. S. *Pecuniæ appellatione rem signifiçari Proculus ait* ; L. 4, ff. d. 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

(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. (BUGNET).

[ARTICLE 1139.]

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.*

461. 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.

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. (1)

Second principe.—Quoique le pacte *constitutæ pecuniæ* n'éteigne pas la première obligation, il y apporte quelquefois quelques changements ou modifications ; ce qui néanmoins,

(1) 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. (BUGNET).

[ARTICLE 1139.]

selon la subtilité des principes du Droit Romain, ne se faisait pas *ipso jure*, mais *per exceptionem*. (1)

Troisième principe.—Quoique l'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ* accède à la première, elle n'est pas néanmoins 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 de vin de sa récolte, en paiement de la somme 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 de vin qu'il aurait recueilli, il peut, *per exceptionem 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 pure 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

(1) Cette distinction est inutile chez nous, car les simples conventions, sérieusement faites, produisent des effets reconnus et approuvés par le droit civil. (BUGNET).

[ARTICLE 1139.]

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 qu'au lieu que j'étais obligé précisément de payer entre vos mains et au lieu de votre domicile, j'acquies 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, (1) priori 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

(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. (BUGNET).

[ARTICLE 1139.]

lequel il a promis de me payer; ce qui doit me rendre non-recevable à le demander plutôt, 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 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 personne, 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

[ARTICLE 1139.]

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) postea quàm soli mihi te soluturum constituisti, solve ris Titio, nihilominùs mihi teneberis ; L. 8, ff. de const. pecun. :* 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

[ARTICLE 1139.]

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. d. 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 obligation 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 première 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, nihilominus tenet constitutum ; quia retrorsum se actio refert : proindè temporali actione obligatum, constituendo Celsus et Julianus teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare etsi post tempus obligationis se soluturum constituit, adhuc idem Julianus petat, quoniam eo tempore constituit quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur ; L. 18, § 1, ff. de pec. const.*

La Glose apporte pour exemple de cette décision le cas :

[ARTICLE 1139.]

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 *æstimatoriâ* ; 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 Glose, 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 ; *licet 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

[ARTICLE 1139.]

déchargé. Avant l'expiration des deux ans, et par conséquent pendant que mon obligation 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

[ARTICLE 1139.]

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 débiteur d'un certain cheval, si mieux elle n'aimait donner trente pistoles à la place. En ce cas, la mort du cheval le 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 pour quoi 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 déjà 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 rendant le créancier non-recevable à en de mander 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 ;*

[ARTICLE 1137.]

L. 57, ff. *de R. J.* 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

(1) Il serait plus exact de dire qu'elles en sont tenues pour le tout. *Aliud est teneri in solidum* (solidairement), *aliud teneri totaliter*. (БУЗНЕТ).

[ARTICLE 1139.]

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. constit.*

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 Nouvelle 4, *ch. 1*, sous le terme ANTIŒNÈRES, qu'il traduit par *constitutæ pecuniæ reus*. (1)

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 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.

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 ; *d. 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 noluit fidejuberè, puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est* ; *d. §*. 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 caution-

(1) Sans s'inquiéter des textes grecs ou romains, cette opinion est tout à fait incontestable ; elle doit donc être suivie. (BUGNET).

[ARTICLE 1140.]

nement : c'est ma faute d'avoir promis ce que je ne pouvais pas tenir. Cela est conforme aux principes établis au n. 136.

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.

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.

* *C. L.* 2127. } On entend par paiement, non seulement la délivrance d'une somme d'argent, si telle est l'obligation du contrat, mais l'exécution de ce à quoi les parties se sont respectivement obligées, soit que l'obligation consiste à donner soit qu'elle consiste à faire.

1140. Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans qu'il existe

1140. Every payment presupposes a debt ; what has been paid where there

[ARTICLE 1140.]

une dette est sujet à répétition. | is no debt may be recovered.

La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. | There can be no recovery of what has been paid in voluntary discharge of a natural obligation.

* ff. *Lib. 12, Tit. 6, De cond. indeb.*, } L. 10. In diem debitor,
L.L. 10, 13, 14, 16, 17, 18. } adeo debitor est, ut antè
 diem solutum repetere non possit. (PAULUS).

L. 13. Naturaliter etiam servus obligatur : et ideo si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus (ut Pomponius scribit) ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non poterit : et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur : et pignus pro eo datum tenebitur. Et si servus qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat, dederit, utilis pigneratitia reddenda est.

§ 1. Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit : (PAULUS).

L. 14. Nam hoc natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiozem. (POMPONIUS).

L. 16. Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem conditione repetitur : conditione autem existente repeti non potest.

§ 1. Quod autem sub incerto die debetur, die existente non repetitur. (POMPONIUS).

L. 17. Nam si, *cùm moriar*, dare promisero, et antè solvam, repetere me non posse, Celsus ait. Quæ sententia vera est. (ULPIANUS).

L. 18. Quod si ea conditione debetur, quæ omnimodo exstatura est, solutum repeti non potest : licet sub alia conditione quæ an impleatur, incertum est, si antè solvatur, repeti possit. (ULPIANUS).

[ARTICLE 1140.]

Ibidem. } *L. 10.* Celui qui doit dans un certain
Trad. de M. Hulot. } terme est tellement débiteur, que s'il paye
 avant le terme il n'a point d'action pour redemander ce qu'il
 a payé. (PAUL).

L. 13. Un esclave est lui-même obligé naturellement ; en sorte que si quelqu'un paye pour lui, ou si lui-même étant affranchi paye sa dette sur le pécule dont il a la libre administration, on ne pourra point redemander ce qui aura été donné à cette occasion au créancier ; celui qui aura répondu pour l'esclave sera obligé, et le gage donné pour sûreté de cette dette sera valable. Mais si ce gage a été donné par un esclave qui avait la libre administration de son pécule, l'action qui naît de la convention du gage a lieu utilement.

§ 1. De même lorsqu'un pupille a fait un emprunt sans l'autorité de son tuteur, si le prêt qui lui a été fait a tourné à son profit, et qu'ayant atteint l'âge de puberté il le paye, l'action en répétition n'a plus lieu : (PAUL).

L. 14. Car l'équité naturelle demande que personne ne s'enrichisse aux dépens d'un autre. (POMPONIUS).

L. 16. Lorsqu'on doit une somme sous une condition, et qu'on la paye par erreur, il y a lieu à la répétition tant que la condition est pendante ; mais elle cesse quand la condition est arrivée.

§ 1. Si on doit une somme sous un jour incertain, et qu'on l'ait payée, on ne pourra plus la redemander lorsque le jour sera arrivé. (POMPONIUS).

L. 17. Car si je vous avais promis une somme payable à ma mort, et que je vous l'eusse payée avant, Celse pense que je ne pourrais pas vous la redemander. Et ce sentiment est juste. (ULPIEN).

L. 18. Si la dette était due sous une condition qui devait infailliblement arriver, et qu'on l'eût payée, on ne pourrait pas redemander ce qu'on a donné. Il n'en serait pas de même si la somme était due sous une condition dont l'événement était incertain. (ULPIEN).

[ARTICLE 1140.]

* ff. Lib. 50, Tit. 16, De } 176. *Solutionis* verbo satisfactionem
 verb. signif., L. 176. } quoque omnem accipiendam placet.
 Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit. (ULPIANUS).

Ibidem. } 176. Par le terme *solution*, on doit
 Trad. de M. Berthelot. } entendre toutes espèces de libérations
 quelconques, qui font ce qu'on appelle *satisfaction*, et dont un
 créancier se contente. Nous disons aussi que celui-là s'est
 libéré qui a fait ce qu'il avait promis de faire. (ULPIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 192. Selon les principes de notre
Oblig., n^{os} 192, 195. } Droit français, qui n'a pas admis la dis-
 tinction du Droit romain entre les simples pactes et les con-
 trats, ces obligations naturelles du Droit romain sont, dans
 notre Droit, de véritables obligations civiles.

Celles qu'on peut appeler dans notre Droit *obligations purement naturelles*, sont : 1^o 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. *Coutume de Paris*, art. 128.

2^o 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.

195. Le seul effet de nos obligations purement naturelles, est que lorsque le débiteur a payé volontairement, le paiement est valable, et n'est pas sujet à répétition, parce qu'il a 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

[ARTICLE 1140.]

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.

Voy. *Pothier*, cité sur art. 1087 et *Domat*, cité sur arts. 1047, 1048, 1139.

* 1 *Domat*, Liv. 2, Tit. 7, } 4. Si un débiteur paie avant le
 sec. 1, n^o 4 et s. } terme, quand même la chose ne-
 serait due qu'après sa mort, le créancier qui reçoit ce paie-
 ment, quoiqu'il n'eût point droit de le demander, peut le re-
 tenir. Car le débiteur a pu l'avancer, et n'a payé que ce qu'il
 devait. Mais si c'était une dette conditionnelle qui dépendit
 de l'événement d'un cas qui ne pût pas arriver et qui ne fût
 pas encore arrivé, celui qui en aurait reçu le paiement fait
 par quelque erreur ne pourrait le retenir ; car il n'était pas
 encore créancier. Que si le cas était tel qu'il dût arriver né-
 cessairement, il n'y aurait pas de répétition d'un tel paiement.

5. Celui qui paie par erreur ce qu'il croyait devoir ne le de-
 vant point, peut le recouvrer, soit que la chose ne fût en effet
 aucunement due, ou qu'ayant été due, il fût arrivé un fait qui
 anéantissait la dette et qui était ignoré par ce débiteur. Comme,
 par exemple, si un débiteur ayant payé à l'héritier de son
 créancier, il paraissait un testament par lequel ce créancier
 eût remis cette dette. Mais celui qui, sachant qu'il a des
 moyens pour se défendre contre son créancier, ne laisse pas
 de payer volontairement, ne peut demander ce qu'il a payé,
 car il a pu renoncer aux raisons qu'il pouvait avoir de ne
 point payer.

6. Celui qui, dans le doute s'il doit ou non, paie à toutes fins
 pour se libérer, en cas qu'il se trouve débiteur, pourra recou-
 vrer ce qu'il aura payé, s'il se trouve qu'en effet il ne devait
 rien ; si ce n'est qu'il paraisse que dans ce doute les parties
 ont voulu terminer leur différent par ce paiement, et qu'il ait
 tenu lieu de transaction ; car en ce cas le paiement subsiste.

[ARTICLE 1140.]

7. Si celui qui devait de deux choses l'une, a donné les deux, ou par une méprise, ou par ignorance, il ne sera pas libre à celui qui les a reçues de choisir celle des deux qu'il voudra garder ; mais ce débiteur conservera le droit de choisir et de laisser celle qu'il voudra donner, et retirer l'autre.

8. Celui qui se trouve en possession d'une chose appartenant à un autre, soit meuble ou immeuble, à quelque titre qu'il la possède, vente, donation, ou autre, est obligé de la rendre au maître, quand il paraît et qu'il établit son droit. Ainsi, un acquéreur d'un fonds en étant évincé par celui qui en était le maître, il doit le lui remettre, et cet engagement est du nombre de ceux qui se forment sans convention.

9. L'héritier qui, pendant l'absence de son cohéritier, ou se croyant seul héritier, se met en possession de tous les biens, s'oblige sans convention à rendre à l'autre sa portion de l'hérédité, quand il paraîtra.

10. Celui qui se trouve avoir une chose d'un autre sans quelque juste cause, ou à qui une chose était donnée pour une cause qui cesse, ou sous une condition qui n'arrive point, n'ayant plus de cause pour la retenir, doit la restituer. Ainsi, celui qui avait reçu une dot pour un mariage qui ne s'accomplit point ou qui est annulé, doit rendre ce qui n'était donné qu'à ce titre. Ainsi, à plus forte raison, ceux qui ont reçu de l'argent ou autre chose pour une cause injuste, sont tenus de le rendre.

On peut recevoir quelque chose pour une cause injuste sans convention, comme par une concussion ou autre violence ; et on peut aussi recevoir quelque chose par une convention injuste.

11. Les débiteurs qui acquittent volontairement des dettes qu'ils auraient pu faire annuler en justice, mais que l'équité naturelle rendait légitimes, ne peuvent revenir contre cette approbation. Ainsi, par exemple, si une femme obligée sans l'autorité de son mari, ou même avec cette autorité dans des coutumes où la femme en puissance de mari ne peut s'obliger, étant veuve, acquitte son obligation, qui aurait été déclarée nulle en justice, elle ne pourra revenir contre le paiement

[ARTICLE 1141.]

qu'elle en aura fait. Ainsi, un mineur devenu majeur, payant une dette dont il aurait pu être relevé, ne pourra retirer ce qu'il aura payé. Car, dans ces cas, il y avait une obligation naturelle que le débiteur a pu acquitter.

* *C. L.* 2129.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 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.

<p>1141. Le paiement peut être fait par toute personne quelconque, lors même qu'elle serait étrangère à l'obligation ; et le créancier peut être mis en demeure par l'offre d'un étranger d'exécuter l'obligation pour le débiteur, et sans la connaissance de ce dernier ; mais il faut que ce soit pour l'avantage du débiteur et non dans le seul but de changer le créancier que cette offre soit faite.</p>	<p>1141. Payment may be made by any person, although he be a stranger to the obligation, and the creditor may be put in default by the offer of a stranger to perform the obligation on the part of the debtor without the knowledge of the latter, but it must be for the advantages of the debtor and not merely to change the creditor that the performance of the obligation is so offered.</p>
--	---

* *ff. Liv. 46, Tit. 3, De solut. et liber. L.L. 23, 31, 40, 53.* } *L. 23. Solutione, vel iudicium pro nobis accipiendo, et invito et ignorantibus liberari possumus.* (POMPONIUS).

[ARTICLE 1141.]

L. 31. Inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturæ, et doctrinæ, et institutionis. Ideo si *navem à se fabricandam, fossamve faciendam*, et hoc specialiter actum est, *ut suis operis id perficiat* ; fidejussor ipse redificans, vel fossam fodiens, non consentiente stipulatore, non liberabit reum. Quare etiam si illis stipulationibus fidejussor accesserit, *Per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, prohibens ire fidejussor, stipulationem non committit : et si patientiam præstet non efficiet quominus committatur stipulatio. (ULPIANUS.)

L. 40. Si pro me quis solverit creditori meo, licèt ignorante me, acquiritur mihi actio pignoratitia. Item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione ; alioquin nascitur heredi interdictum, ut dejicere possit. (MARCIANUS.)

L. 53. Solvere pro ignorante et invito cuique licet : cùm sit jure civili constitum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere. (GAIUS.)

Ibidem. } L. 23. Si l'on paye pour nous, ou
Trad. de M. Berthelot. } que pour nous on paroisse en jugement, nous pouvons être libérés et malgré nous et à notre insu. (POMPONIUS)

L. 31. Entre les articles il y a une grande différence d'esprit, de nature, de science et d'éducation. C'est pourquoi si quelqu'un a promis qu'il fabriquera lui-même un vaisseau, ou qu'il bâtera une maison, ou qu'il fera un fossé, et qu'il soit spécialement convenu qu'il le ferait par son soin et ses propres ouvriers, le fidéjussor lui-même construisant ou faisant le fossé sans le consentement du stipulateur, ne libère pas le débiteur. C'est pourquoi, même dans ces stipulations, vous ne ferez rien pour m'empêcher d'user du droit de sentier et de chemin, s'il y a un fidéjussor, et que celui-ci empêche d'aller, il ne donne pas ouverture à la stipulation ; et s'il laisse jouir il n'empêche pas l'ouverture de l'action. (ULPIEN).

L. 40. Si quelqu'un a payé pour moi à mon créancier, quoiqu'à mon insu, j'acquies l'action pour redemander mon gage. De même, si quelqu'un a payé des legs, les légataires

[ARTICLE 1141.]

doivent délaisser la possession des biens de l'hérédité ; autrement l'héritier a un interdit pour la leur faire quitter.— (MARCIEU.)

L. 53. Il est permis à chacun de payer pour un débiteur qui l'ignore et malgré lui, puisqu'il est établi par le droit civil qu'il est permis de faire meilleure la condition de celui qui l'ignore, ou même qui s'y oppose. (GAIUS.)

* 2 Domat (Remy), Liv. 4. Des paiements, } Sec. 1, n° 7. Si un
Tit. 1, sec. 1, no 7, sec. 2, n° 10, sec. 3, n° 2. } paiement est fait
pour un débiteur par autre que lui, il ne laissera pas de demeurer quitte envers le créancier qui aura reçu son paiement ; et la dette à l'égard de ce créancier sera anéantie, quoique le débiteur ait ignoré le paiement, et quand même ce serait contre son gré qu'il eût été fait ; parce que le créancier a pu recevoir ce qui lui était dû, et quand il l'a reçu, la dette est acquittée (C. civ. 1236.)

Sec. 2, n° 10. Comme les entrepreneurs et les artisans sont débiteurs des ouvrages qu'ils entreprennent, et qu'il y a de tels ouvrages, qu'il est important de les avoir de la main même de l'entrepreneur ou artisan qui s'en est chargé, ceux qui sont obligés à faire de leur main des ouvrages de cette nature ne peuvent s'en acquitter en donnant l'ouvrage d'un autre.

Sec. 3, n° 2. Un paiement peut être fait, non-seulement par une personne intéressée avec le débiteur, mais aussi par d'autres personnes que la dette ne regarde point : et celui pour qui un autre a payé demeure acquitté, soit qu'il sache ou qu'il ignore le paiement, et quand même il ne l'agrèerait point. Car le créancier peut recevoir ce qui lui est dû ; et celui qui paie pour un autre peut faire ce plaisir, ou au créancier, ou au débiteur, ou en avoir d'autres causes. (C. civ. 1243, 1258.)

Quoiqu'il soit permis de payer pour un autre, il ne faut entendre cette règle que des dettes légitimes, et de personnes qui les acquittent de

[ARTICLE 1141.]

'bonne foi. Car il n'est pas permis, sous prétexte de payer pour un autre, de faire un paiement d'une dette que le débiteur prétendrait ne pas devoir. Et il est encore moins permis de payer pour acheter des droits litigieux, et pour vexer ceux qu'on prétend en être les débiteurs. L'empereur Anastase avait défendu ce commerce par une loi *qui est la 22e C. de mand.* Et comme les transports de droits litigieux ne se font que pour de moindres sommes que celles qui sont prétendues, il avait ordonné que le cessionnaire ne pourrait exiger que la même somme qu'il avait payée effectivement. Mais, parce que plusieurs éludaient ces défenses faisant des transports mêlés de vente d'une partie pour un certain prix, et de donation du surplus, Justinien, par une autre loi, *qui est la vingt-troisième au même titre*, défendit ce mélange de vente et de donation, permettant ces transports, quand ils seraient faits purement à titre de donation, et pour les autres qui se trouveraient faits pour un certain prix, il laissa au débiteur la faculté de s'acquitter, en ne payant que le prix effectif que le cessionnaire aurait déboursé. Mais toutes ces précautions n'empêchant pas qu'on ne feigne une donation au lieu d'une vente, ni fasse paraître dans le transport un plus grand prix que le véritable, il n'a pas été difficile d'éluder ces lois. Et d'ailleurs il y a bien des occasions où les transports des dettes contestées peuvent être légitimes. Car, outre les exceptions que fait cette loi d'Anastase des transports entre cohéritiers pour des droits de la succession, et de quelques autres cas où ceux qui acceptent ces transports s'y trouvent obligés pour quelque intérêt légitime, il peut arriver, et il arrive souvent qu'une dette est rendue litigieuse par une mauvaise contestation du débiteur. Il se peut faire aussi qu'un créancier d'une dette légitime, quoique douteuse et contestée, n'aura pas d'autre fonds dont il puisse tirer quelque secours dans ses affaires, ou qu'il puisse donner en paiement à un créancier ; et dans ces cas et autres semblables les transports de droits contestés peuvent n'être pas injustes : ce qui fait que l'usage de ces lois d'Anastase et de Justinien doit beaucoup dépendre de la prudence des juges, selon la qualité des faits et les circonstances qui peuvent faire juger si les transports sont justes ou illicites, et s'ils doivent avoir leur effet entier, ou si le débiteur peut être reçu à rembourser au cessionnaire ce qu'il a effectivement payé au créancier, ou même si celui qui a accepté le transport ne doit pas être puni, s'il y a quelque malversation de sa part qui puisse le mériter. C'est à cause de ces différents effets des transports de droits litigieux que quelques-uns ont cru que ces lois ne s'observent pas dans ce royaume, parce qu'ils ont vu qu'en plusieurs cas on ne les a pas suivies par des raisons particulières qui en faisaient des exceptions ; au lieu que d'autres estiment qu'elles y sont en usage, parce

[ARTICLE 1141.]

qu'en effet il y a plusieurs cas où elles sont observées, et qu'il est juste de réprimer le commerce des transports de droits litigieux dans toutes les occasions où l'équité peut y obliger. (V. sur les transports de droits litigieux les remarques à la fin du préambule de la sect. 8 du Contrat de vente.)

* 2 Pothier (*Bugnet*), *Oblig.*, } 499. Pour que le paiement soit
 nos 499-500-598. } 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 Gaius en la loi 53, ff. *de Solut. Solvere pro invito et ignorantibus cuique licet, cum sit jure civili constitutum licere etiam ignorantibus invitique meliorem conditionem facere.*

La loi 23 contient la même division. La loi 40, ff. *eod. tit.*, et la loi 39, ff. *de Neg. gest.*, décident la même chose.

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.

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 :

[ARTICLE 1141.]

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 jure*, 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'acquiescement 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 rece-

[ARTICLE 1141.]

voir le paiement de sa dette, constitue 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 ?

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 (1). *Voy. Molin., Tr. de Usur., quest. 45.*

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.

(1) Voici comment s'exprime cet auteur : *Secundo casu, quando offerem vult sibi cedi, non debet audiri... Non esset liberalio, sed creditoris mutatio, 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. (BUGNET).

[ARTICLE 1141.]

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 ; 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.

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'acquiescement 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, comme nous l'avons vu au chapitre précédent : *Ignorantis enim et invito conditio melior fieri potest* ; L. 53, *de Solut.*

4 *Marcadé, sur* } I.—672. Le premier alinéa de cet article
art. 1236, C. N. } ne présente aucune difficulté : il déclare que le paiement d'une dette peut être fait non-seulement par le principal débiteur, mais aussi par toute personne qui s'y trouve obligée accessoirement ou secondairement. Mais il s'en faut de beaucoup que le deuxième alinéa, relatif au paiement fait par une personne qui ne serait nullement liée vis-à-vis du créancier, soit aussi clair.

Il nous dit que l'obligation peut être acquittée par un tiers-pourvu que ce tiers agisse au nom du débiteur, comme représentant de ce débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Pour comprendre cette dernière idée, il faut d'abord se rappeler ce que c'est que la subrogation, et savoir quel sens les auteurs du Code civil ont donné à ce mot en écrivant notre article. Di-

[ARTICLE 1141.]

sons de suite, au surplus, que ce sens est inexact, que le mot *subrogation* a été pris à tort ici comme synonyme de *cession*, et qu'on a entendu parler, non pas de celui qui se serait seulement fait subroger aux droits du créancier, mais de celui qui aurait *acheté* ces droits.

Subrogation signifie tout simplement *substitution, succession* d'une personne à une autre personne, ou d'une chose à une autre chose : dans notre matière du paiement, la subrogation est la mise d'un créancier nouveau à la place du premier créancier, de telle sorte que le créancier nouveau ait, vis-à-vis du débiteur, absolument les mêmes droits que l'ancien. Ainsi, quand Pierre me doit 500 francs avec garantie hypothécaire, et que Paul, vient me payer 500 francs, mais sans se faire mettre en mon lieu et place quant à l'hypothèque et en se contentant d'une créance chirographaire, il n'y a pas subrogation ; que si, au contraire, l'hypothèque qui me garantissait continue de le garantir, si sa créance présente les mêmes accessoires qu'avait la mienne, il y a subrogation. Ceci une fois compris *en fait*, comment l'expliquer en droit ? Il se présente deux explications, deux théories. Dans l'une, qui nous paraît moins logique, on dit que la créance payée avec subrogation est censée n'être pas payée, n'être pas éteinte ; qu'elle est réputée exister encore, comme si elle avait été achetée au lieu d'être acquittée ; et que dès lors, cette créance continuant, par la fiction de la loi, d'être identiquement la même, elle continue nécessairement et tout naturellement de présenter les mêmes garanties, les mêmes hypothèques ou privilèges, les mêmes accessoires enfin. Dans un second système, qui nous paraît plus rationnel et que nous avons déjà présenté sous l'art. 874, n° I, on dit que le paiement avec subrogation anéantit la créance (puisque le paiement est nécessairement un mode, et le mode principal et le plus naturel, d'extinction des obligations), et que, dès lors, la créance qui existe ensuite contre le débiteur au profit de celui qui a payé (et qui naît ainsi d'une gestion d'affaires) est bien une créance nouvelle ; mais que la loi, par sa volonté

[ARTICLE 1141.]

toute puissante, transporte sur cette créance toutes les garanties de l'ancienne.

Quoique la première de ces deux idées soit moins exacte que l'autre, elle a cependant été celle de nos législateurs quand ils ont fait notre article, et c'est elle qui va nous donner l'explication de cet article. En effet, puisque la subrogation est regardée dans ce système comme empêchant l'extinction de l'obligation et faisant continuer la même obligation au profit du nouveau créancier, tout comme si la créance lui avait été vendue, il est clair que, quand le tiers qui est venu payer se sera fait subroger, on ne pourra pas dire que la dette est acquittée.

Notre deuxième alinéa signifie donc que l'obligation pourra être acquittée par un tiers étranger à la dette, quand ce tiers agira dans l'intérêt unique du débiteur ou même dans son intérêt propre, sans se faire subroger, mais qu'elle ne pourra pas l'être quand ce tiers, agissant ainsi dans son intérêt propre, se sera fait subroger, par la raison que la subrogation, dans le système des rédacteurs de l'article, fait que la même dette continue et empêche dès lors de parler d'extinction.

673. La preuve de l'exactitude de cette interprétation se trouve évidente et palpable dans les travaux préparatoires du Code. En effet, la rédaction que nous présente aujourd'hui l'alinéa n'existait pas dans le projet ; c'est le Tribunat qui la proposa, et voici ce qu'il dit en la proposant : “ La section pense qu'une dette peut être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, quoiqu'il ait agi en son nom propre ; il suffit qu'il n'ait point stipulé de subrogation... En un mot, s'il y a subrogation, *la dette est conservée* ; s'il n'y en a point, la dette ne subsiste plus. “ (Fenet, XIII, p. 157.)— Et cette idée, que le paiement avec subrogation n'opère pas l'extinction de la créance et en produit plutôt une cession, un transport, fut si bien adoptée par le conseil d'Etat (dans notre article seulement, car nous verrons que tout le reste du Code contredit cette idée qu'il faut, en définitive, se gar-

[ARTICLE 1141.]

der d'accepter), qu'après avoir inséré dans l'article le changement demandé par le tribunal, il disait au corps législatif, par la bouche de l'orateur du gouvernement : " L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt, lorsqu'il agit au nom du débiteur (ou même en son nom propre, mais sans se faire subroger). Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger au droit du créancier, *ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation*" (*Ibid.*, p. 265.)—Enfin, un autre rédacteur, M. Maleville, dans son *Analyse raisonnée*, nous dit : " L'obligation *n'est pas acquittée* par un étranger qui se fait subroger, *c'est-à-dire qu'elle n'est pas éteinte et qu'elle passe* du créancier originaire à celui qui se fait subroger."

Il y a donc inexactitude dans la doctrine d'après laquelle notre article signifierait que le tiers ne peut pas forcer le créancier à le subroger dans ses droits contre le débiteur. L'article ne s'occupe nullement du point de savoir si le tiers peut ou non contraindre le créancier à sa subrogation ; il a simplement voulu dire que la subrogation empêchera l'acquittement de la dette, en faisant continuer cette dette au profit du nouveau créancier.

II.—674. Au reste, si cette idée, que le créancier ne peut pas être contraint de subroger le tiers, n'est pas exprimée par notre article, elle n'en est pas moins exacte ; elle résulte des art. 1249 et suivants. La subrogation, en effet, d'après ces articles, ne peut résulter que de la disposition même de la loi ou d'une convention ; or, une convention ne pouvant se former que par la libre volonté des parties, il est clair que le créancier ne peut pas être contraint à consentir celle dont il s'agit : consentir et être contraint sont deux idées contradictoires.

Mais si le tiers ne peut pas contraindre le créancier à le subroger, il peut très-bien, quoi qu'en ait dit Delvincourt et Toullier, (VII, 11,) le contraindre, en toutes circonstances, à recevoir le paiement, puisque notre article lui donne, absolument et sans distinction, capacité pour payer. Et, puis-

[ARTICLE 1141.]

qu'il peut le contraindre a recevoir le paiement, il peut donc à son refus, éteindre la dette au moyen des offres dont nous parlerons au § 4.

III.—675. Et non seulement le tiers peut payer malgré le créancier, mais il peut aussi payer malgré le débiteur ; et le paiement qu'il aurait fait, même contre la défense formelle de celui-ci, lui donnerait action contre celui dont il a ainsi fait l'affaire, mais seulement, bien entendu, dans les limites de l'utilité que ce débiteur aurait vraiment tirée du paiement. Toullier (VII, n° 12) et M. Zachariæ (III, p. 182) enseignent le contraire, en se fondant sur la décision de Justinien (l. ult. C. *De neg. gest.*, 2, 19,) et posent en règle générale que celui qui s'est ingéré dans les affaires d'une personne contre sa défense n'a aucune action pour réclamer ses déboursés et doit être considéré comme ayant fait un cadeau à cette personne. C'est là, selon nous, une erreur évidente et fondée sur l'une de ces traditions de la litigiosité desquelles on ne s'est pas suffisamment enquis. Nous avons déjà vu (art. 555, n° VI) que le Code n'a point admis ces présomptions si peu fondées de gratification. L'art. 1375 déclare que " celui dont l'affaire a été bien administrée doit rembourser au gérant toutes les dépenses utiles qu'il a faites ; " et nous ne voyons pas comment on pourrait échapper à cet règle, si raisonnable et si positive tout ensemble. Sans doute, si le débiteur fait voir que son créancier lui aurait donné des délais ou lui aurait consenti une réduction de la dette, on lui accordera vis-à-vis du gérant les mêmes délais ou la même réduction, puisque c'est seulement sous cette restriction que la dépense lui a été utile, et l'on devra, dans ces appréciations de fait, se montrer facile pour le débiteur, attendu que le tiers est blâmable d'avoir payé malgré lui : mais c'est violer ouvertement l'art. 1375 que de poser en principe, comme Toullier et M. Zachariæ, que le tiers sera sans action toutes les fois qu'il aura payé malgré le débiteur.

676. M. Duranton, que M. Zachariæ invoque à tort, comme partageant la doctrine que nous combattons ici, la repousse,

[ARTICLE 1141.]

au contraire, puisqu'il dit que l'action devra être accordée ou refusée d'après les circonstances particulières du fait. Si M. Duranton s'en était tenu là, sa proposition, quoique bien vague, ou plutôt parce qu'elle aurait été plus vague, n'aurait eu rien d'inexact ; mais le savant professeur nous paraît tomber à son tour dans l'erreur lorsque, pour préciser son idée, il ajoute que les tribunaux devront se décider *d'après les motifs qui ont pu déterminer le tiers à faire le payement*.

C'est là une règle arbitraire et qui n'a aucune base dans la loi ; ce n'est pas le motif qui a fait agir le tiers qu'il faut considérer, c'est l'utilité que le débiteur a pu tirer du payement fait. S'il résulte des circonstances que le payement n'a profité en rien au débiteur, le tiers n'aura pas d'action ; s'il lui a profité pour le tout, l'action existera pour le tout ; car, encore une fois, l'art. 1375 veut que le débiteur rembourse toutes les dépenses *utiles* qui ont été faites pour lui.

IV.—677. D'après les explications que nous avons données, on voit que la disposition, si obscure et si difficile, de la fin de notre article, est loin d'avoir autant de portée qu'on pourrait le croire au premier abord. Cette disposition ne fait rien autre chose qu'apporter au principe posé par le commencement de l'article une exception qui n'avait pas besoin d'être exprimée et qui n'est même pas exacte.

En effet, l'ensemble de l'article revient à dire ceci : “ Une dette s'éteint toujours par le payement ; et ce payement peu être fait par toute personne, même par un tiers étranger à l'obligation. Mais il faut toutefois que le tiers ne soit pas subrogé aux droits du créancier ; car la subrogation ferait continuer la même dette au profit du subrogé.” Or, cette prétendue exception, en la supposant exacte, n'avait nul besoin d'être exprimée ici ; il suffisait de dire que le payement peut être fait par tout le monde, sauf à s'occuper plus tard des effets particuliers du payement fait avec subrogation. Mais cette prétendue exception n'existe même pas, et l'on ne pourrait la reconnaître qu'en mettant le Code en contradiction avec lui-même ; car le payement, d'une part, n'est rien autre chose

[ARTICLE 1141.]

que l'exécution même de l'obligation, l'accomplissement de ce à quoi le débiteur était tenu ; donc, tout paiement opère nécessairement l'extinction de l'obligation. Or, si, d'une autre part, on admettait que la subrogation fait continuer l'obligation en transportant la créance, toujours identique à elle-même, d'un créancier à un autre, il s'ensuivrait que les mots *payements avec subrogation*, qui se trouvent si fréquemment dans la loi, signifieraient *extinction avec continuation, anéantissement avec maintien*, et ne formuleraient dès lors qu'une absurdité.

Il nous paraît donc impossible d'admettre que la subrogation obtenue par celui qui paye une dette opère la continuation de cette dette ; et il est, selon nous, bien plus logique de dire que le paiement avec subrogation éteint la dette et en fait naître une seconde sur laquelle la loi transporte toutes les garanties de la première.

V.—678. Quand on étudie, sur la subrogation, nos auteurs anciens et modernes, l'ensemble de leurs doctrines semble se résumer en ceci : que le paiement avec subrogation doit être regardé, en principe, comme opérant le transport, la cession de la créance ; mais que cet effet n'est cependant pas absolu, et que le résultat de l'opération dépend en définitive de l'intention des parties dont l'une a fait et l'autre reçu le paiement ; que si l'intention du tiers payant a vraiment été d'obtenir pour lui l'intégralité de la créance, le paiement opère un véritable transport, lequel permettra de réclamer la dette entière, alors même qu'une partie seulement du prix aurait été payée ; qu'au contraire, si l'idée principale du tiers a été de libérer le débiteur envers son créancier, le paiement avec subrogation peut être considéré comme ayant éteint la dette antérieure et fait naître une dette nouvelle ; que dès lors tout dépend, en cette matière, des circonstances de fait soumises à l'appréciation des tribunaux.

Mais il y a au fond de toutes ces doctrines (et il y a eu par suite dans la pensée des rédacteurs de notre article) une confusion qu'il est temps de faire cesser, et qui est de nature à

[ARTICLE 1141.]

engendrer une dispute d'autant plus longue et plus obscure qu'elle ne serait, au fond, qu'une dispute de mots. En effet, la plupart des auteurs, partant de ce que le mot *subrogation* signifie " la mise d'une personne ou d'une chose à la place d'une autre personne ou d'une autre chose, " emploient ce mot *subrogation* pour exprimer même une cession proprement dite de créance. Ainsi, quand nous déclarons positivement vous me vendre, moi vous acheter la créance que vous avez contre Pierre, c'est, dit-on, une subrogation, parce que je vous suis subrogé, je vous suis substitué, je vous succède dans vos droits contre Pierre : si, au lieu de me vendre la créance, vous me la donnez, ce sera toujours la même chose...Eh bien ! c'est de ce sens trop large donné au mot *subrogation* que vient toute l'obscurité. Où irait-on, en vérité, si, au lieu d'attribuer à chaque chose un nom précis et qui la distingue de toutes autres, on confondait ainsi, sous une même expression, les choses les plus diverses ? On nous dit que les *cessions* sont des subrogations ! C'est vrai, puisqu'elles mettent le cessionnaire à la place du cédant ; mais les *ventes*, quel qu'en soit l'objet, et aussi bien pour des immeubles ou des meubles corporels que pour des créances, seront aussi des subrogations, puisqu'elles mettent l'acheteur à la place du vendeur ; toutes les *donations* seront aussi des subrogations, puisqu'elles mettent le donataire à la place du donateur : les *successions* seront également des subrogations, puisqu'elles mettent l'héritier à la place du défunt ; et en effet, Renusson prend la peine d'expliquer que l'acceptation d'une succession est une subrogation. Mais, encore une fois, où arrivera-t-on et comment sera-t-il possible de s'entendre jamais avec un tel système ? Tout sera subrogation, tout sera succession, tout sera substitution ; tout sera dans tout, et on ne comprendra plus rien !...Gardons-nous donc bien de dire avec Toullier (VII, n° 123, notes), que c'est mal à propos qu'on a cherché à établir une distinction entre la cession et la subrogation.

Encore une fois, donnons à chaque chose particulière son.

[ARTICLE 1141.]

nom particulier. Lorsqu'une créance est vendue, donnée, ou autrement transférée d'un individu à un autre, disons qu'il y a *vente, donation, échange, etc.*, ou en général *transport, cession*, mais ne parlons pas de *subrogation*, et réservons cette expression particulière pour le cas particulier où le nouveau créancier succède à l'ancien, non pas pour la créance elle-même, mais seulement pour les droits accessoires qui garantissaient cette créance et qui viennent garantir la sienne. Au moyen de ce choix plus circonspect des mots, il sera facile de s'entendre sur les choses, et nous allons finir par nous trouver d'accord, au fond, avec les idées mal exprimées des auteurs.

679. En effet, on nous dit que dans le *payement* fait par un tiers avec subrogation, c'est aux tribunaux à décider, d'après les circonstances, si le tiers a entendu éteindre la créance qui existait contre ce débiteur, sauf l'effet de la créance nouvelle qu'il acquérait lui-même, ou s'il a voulu s'approprier la créance même déjà existante. Or, cette proposition contradictoire dans ses termes mêmes, devient très exacte par un simple changement d'expression et en conservant le fond des idées.

La proposition est inexacte ; car s'il y a *payement*, le tiers a nécessairement éteint la dette ; et si, au contraire, ce tiers a entendu laisser subsister la dette pour se l'approprier, il ne l'a donc pas *payée*, puisque la payer c'est l'éteindre, Tout ceci est donc inexact, et voici maintenant ce qu'il faut dire : — C'est bien par les circonstances du fait et d'après l'intention des parties qu'il faut se décider ici. Mais ce qu'il faut décider d'après cette intention, ce n'est pas si le *payement* avec subrogation produira tel effet ou tel autre (car il n'en peut produire qu'un, l'extinction de la dette avec conservation de ses garanties pour la dette nouvelle qui naît) ; ce qu'il faut décider, c'est s'il y a ou non *payement* avec subrogation, s'il y a *payement* ou bien *cession*. Si l'intention du tiers a été d'éteindre la dette en obtenant ses garanties pour celle qui naît à son profit, il y a *payement* avec subrogation ;

[ARTICLE 1141.]

si, au contraire, le tiers a entendu acquérir la dette elle-même, il y a cession.

La disposition de notre article doit donc, en définitive, se formuler ainsi : " Une dette peut être acquittée et dès lors éteinte par toute personne, même par un tiers complètement étranger à cette dette ; mais il ne faut pas, bien entendu, que ce tiers *achète* la dette, car il est clair que ce ne serait plus là une extinction de l'obligation. "

680. Du reste, si nos rédacteurs, obéissant à une habitude fâcheuse, ont eu le tort dans notre article de parler de subrogation pour exprimer un cas de cession, cette inexactitude ne se reproduit nulle part ailleurs dans le Code. Ainsi, ils ont eu soin de ne parler de subrogation que dans notre matière *du payement* pour reporter la matière des cessions ou transports au titre *De la Vente* ; et il est à remarquer que, dans le paragraphe *Du payement avec subrogation*, nous ne trouverons pas une seule fois les mots *céder, cédant, cession, cessionnaire*, de même que dans le chapitre *Du transport des créances* (art. 1689-1701) on ne trouve pas une seule fois non plus les mots *subroger, subrogation, etc.* Les rédacteurs ont donc senti la différence qui existe entre les deux cas ; l'inexactitude d'expression de notre article est un fait isolé dû à l'inattention, et l'on n'en saurait induire un système arrêté que dément, au contraire, tout l'ensemble du Code. C'est une raison de plus pour que l'on évite avec soin la confusion que nous signalons, et que Toullier surtout semble reproduire avec affectation, notamment au n° 124, *in fine*, où il insiste pour présenter les mots *cessions* (ou *transports*) et *cessionnaires* comme synonymes parfaits de *subrogations* et *subrogés*.

* C. L. 2130, 2131, } 2130. Semblable au C. N. 1236.
 2132. } 2131. Un tiers peut, pour l'avantage du débiteur, mettre le créancier en demeure, en lui offrant de remplir l'obligation pour le débiteur, même sans la connaissance de celui-ci ; mais cette offre doit être faite pour l'avantage

[ARTICLE 1142.]

tage du débiteur, et non pas pour opérer seulement un changement de créancier.

2132. Semblable au *C. N.* 1237.

* *C. N.* 1236, } 1236. Une obligation peut être acquittée par
 “ 1237. } toute personne qui y est intéressée, telle qu’un
 coobligé ou une caution.

L’obligation peut même être acquittée par un tiers qui n’y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l’acquit du débiteur, ou que, s’il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier.

1237. L’obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu’elle soit remplie par le débiteur lui-même.

1142. L’obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers, contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu’elle soit remplie par le débiteur lui-même.	1142. If the obligation be to do something which the creditor has an interest in having done by the debtor himself, the obligation cannot be performed by a stranger to it without the consent of the creditor.
--	---

Voy. *Digeste* et *Pothier*, cités sur art. 1141.

* *Ord. de 1673*, } En cas de protest de la lettre de change,
 Tit. 5, art. 3. } elle pourra estre acquittée par tout autre que celui sur qui elle aura esté tirée ; et au moyen du paiement il demeurera subrogé en tous les droits du porteur de la lettre, quoiqu’il n’en ait point de transport, subrogation, ni ordre.

[ARTICLE 1143.]

* 6 *Toullier*, } 11. On doit distinguer, dans l'engagement
 n° 11. } qui naît du contrat, deux choses très différentes :

1° L'obligation de celui qui fait la promesse, qui remplit un *devoir* en l'exécutant ;

2° Le droit de celui qui accepte la promesse. Ce droit consiste dans la faculté d'en exiger l'accomplissement en justice réglée. Le devoir et le droit sont deux corrélatifs qui ne peuvent exister l'un sans l'autre. On n'est point obligé, si personne ne peut nous contraindre à remplir une obligation ; la nécessité ou la contrainte morale qui forme la substance de l'obligation n'existe pas.

4 *Marcadé, sur* } 681. Le principe posé par l'article précé-
 art. 1237, *C. N.* } dent, que l'obligation peut être acquittée
 par quelque personne que ce soit et par un tiers aussi bien
 que par le débiteur lui-même, n'est vrai qu'autant que le
 créancier n'a pas intérêt à ce que le débiteur exécute en per-
 sonne. Que s'il importe au créancier que l'obligation soit
 accomplie par le débiteur lui-même, ainsi que cela peut ar-
 river dans les obligations qui ont pour objet de faire quelque
 chose, il est clair que ce créancier est en droit de l'exiger.
 Ainsi, quand j'ai fait un marché avec tel peintre pour qu'il
 me fasse un tableau, il est évident qu'on ne peut pas me con-
 traindre à me contenter d'un tableau fait par un autre.

* *C. L.* 2132.—Semblable au *C. N.*

* *C. N.* 1237.—Cité sur art. 1141.

1143. Pour payer vala- blement il faut avoir dans la chose payée un droit	1143. Payment to be valid must be made by one having a legal right in the
---	---

[ARTICLE 1143.]

<p>qui autorise à la donner en paiement.</p> <p>Néanmoins le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consume par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui a consommé la chose de bonne foi, quoique ce paiement ait été fait par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.</p>	<p>thing paid which entitles him to give it in payment.</p> <p>Nevertheless if a sum of money or other thing of a nature to be consumed by use be given in payment, it cannot be reclaimed from the creditor who has consumed it in good faith, although the payment have been made by one who was not the owner nor capable of alienating it.</p>
--	--

* ff. *Lib. 50, Tit. 17, De div. reg. jur., L. 54.* } 54. Nemo plus juris ad alium trans-
Ibidem. } ferre potest, quàm ipse haberet. (ULP.)
Trad. de M. Berthelot. } 54. On ne peut transmettre à un autre le droit que l'on n'a pas. (ULPIEN).

* ff. *Lib. 46, Tit. 3, De solut. et liber., L. 14, § 8, et L. 94.* } L. 14, § 8. Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palàm est. Sed si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt. Planè si fuerint consumpti, liberabitur. (ULPIANUS).

L. 94. Si is cui nummos debitor solvit alienos, nummis integris pergat petere quod sibi debeatur, nec offerat quod accepit, exceptione doli summovebitur.

§ 1. Sin autem communes nummos credam, aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio, et liberatio, sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem.

§ 2. Sed et si fidejussor alienos nummos in causam fidejussionis dedit, consumptis his mandati agere potest. Et ideo si

[ARTICLE 1143.]

eam pecuniam solvat, quam subripuerat, mandati aget, postquam furti vel ex causa conditionis præstiterit.

§ 3. Favius Januarius Papiniano salutem : Cùm Titius Gaio Seio deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem, et tantundem eidem ex alia causa quæ peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non præstat : Titius servus actor absente domino solvit eam summam quæ efficeret ad quantitatem unius debiti : cautumque est ei solutum ex universo credito. Quæro, id quod solutum est, in quam causam acceptum videtur ? Respondi : Si quidem Titio Seius ita cavisset, ut sibi solutum ex universo credito significaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, non eam quæ petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti pecunia non potest. Cùm vero servus Titii actor absente domino pecuniam solverit, ne dominium quidem nummorum in eam speciem obligationis quæ habuit auxilium exceptionis, translatum foret, si ex ea causa solutio facta proponeretur : quia non est vero simile dominum ad eam speciem solvendis pecuniis servum præposuisse, quæ solvi non debuerunt : non magis quàm ut nummos peculiares ex causa fidejussionis, quàm servus non ex utilitate peculii suscepit, solveret. (PAPINIUS).

Ibidem. } L. 14, § 8. Il est évident qu'un pupille ne peut pas même payer sans l'autorisation de son tuteur. Mais s'il a donné de l'argent il ne passe pas en propriété à celui qui le reçoit, et on pourra le revendiquer. Mais si l'argent est consommé le pupille sera libéré. (ULPIEN).

L. 94. Si celui à qui le débiteur a payé des espèces qui appartiennent à un tiers, lorsque les espèces sont encore entières chez lui, continue de demander son dû, et n'offre pas de rendre ce qu'il a reçu, on pourra l'écartier par l'exception de dol.

§ 1. Mais si je prête des espèces communes ou que je les donne en paiement, à l'instant naîtra pour ma part action ou libération, soit que l'on considère la communauté indivise

[ARTICLE 1143.]

dans chacune des espèces, soit que dans cet argent on songe, non pas aux corps, mais à la quantité.

§ 2. Mais aussi, lorsqu'un fidéjusseur a donné des espèces d'autrui pour accomplir sa fidéjussion, ces espèces étant consommées, il peut intenter l'action de mandat. Et conséquemment s'il donne en paiement cet argent qu'il avait dérobé, il pourra intenter l'action de mandat, lorsqu'il aura lui-même exécuté la condamnation par suite de l'action de vol ou de la condiction.

§ 3. Favius-Januarius à Papinien, salut : Titius devait à Gaius-Séius, à cause d'un fidéicommis, une certaine quantité, et pour une autre cause encore autant, que l'on ne pouvait pas à la vérité lui demander, mais qu'une fois payée, on ne pouvait répéter ; un esclave agent de Titius, en l'absence de son maître, a payé une somme égale à une des deux dettes, et déclara qu'il payait sur toute la créance. Je demande sur quelle créance doit être imputé ce qui a été payé ? J'ai répondu, si Séius avait fait à Titius la déclaration que ce qui était payé était imputé sur toute la créance, la dénomination de créance semble ne désigner que la cause du fidéicommis, et non pas celle d'après laquelle on ne peut intenter action, ni répéter ce qui aurait été payé. Mais comme l'esclave agent de Titius, en l'absence du maître, a payé cet argent, la propriété des espèces ne passerait pas au créancier dans l'espèce d'obligation qui avait le secours de l'exception, même quand le paiement aurait été déclaré fait pour cette cause ; parce qu'il n'est pas vraisemblable que le maître ait préposé son esclave pour payer de préférence une créance de cette espèce, qu'il n'était pas dans le devoir de payer ; pas plus que pour acquitter avec l'argent du pécule une fidéjussion à laquelle l'esclave s'est obligé pour une cause étrangère au pécule. (PAPINIEN).

* 2 Pothier (*Bugnet*), } 495. Lorsque l'obligation est de don-
 Oblig., n° 495 et s. } ner quelque chose, le paiement consis-
 tant, comme nous l'avons dit, dans la dation ou translation

[ARTICLE 1143.]

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, n^o 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

(1) 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. (BUGNET).

[ARTICLE 1143.]

empêcher la restitution, leur consentement est superflu (1) ; 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 (2).

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 consume, la consommation qu'en fait de bonne foi le créancier, valide le paiement qui en est fait ; *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 pou-

(1) 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. (BUGNET).

(2) Cette capacité d'aliéner est également exigée par l'art. 1228, 1^{re} 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 ? (BUGNET)

[ARTICLE 1143.]

vant jamais avoir lieu que contre le possesseur, ou celui qui a cessé malicieusement de posséder (1).

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 ; L. 94, ff. *de Solut.*

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.

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

(1) 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. (BUGNET).

[ARTICLE 1143.]

en 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 ; *ead.* 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.

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.*

540. Le paiement d'une chose ne se fait qu'en transférant au créancier par la tradition, la propriété irrévocable de cette chose : *Non videntur data quæ eo tempore quo dantur, accipientis non fiunt* ; L. 167, ff. *de Reg. jur.*

De là il suit, comme il a déjà 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.*

[ARTICLE 1143.]

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.

* 7 Toullier, n° 6, } 6. Pothier, nos 458 et suivans, considère
 p. 7 et s. } comme le principal effet du paiement,
 dans l'obligation de donner, la translation de propriété de la chose due et livrée au créancier ; il en conclut que, pour la validité du paiement, il faut que la personne qui paie soit capable d'aliéner et de transférer la propriété de la chose payée ; que le paiement n'est pas valable, s'il n'est pas fait par le propriétaire de la chose donnée en paiement, ou de son consentement ; s'il est fait par un mineur, sans l'autorité de son tuteur ; par une femme sans l'autorisation de son mari.

Suivant cette doctrine, empruntée du droit romain, le paiement était une aliénation que ne pouvaient faire ceux qui étaient sous la puissance d'autrui.

Pothier excepte le cas où la dette consiste dans la restitution d'une chose dont le débiteur n'avait que la nue détention, comme une chose prêtée, louée, déposée. Il est en effet bien évident que le paiement, ou la restitution de cette chose, n'est point une aliénation.

Mais appliquée au cas même où le débiteur s'était obligé de donner une chose dont il avait la propriété, la doctrine que le paiement est une aliénation était une pure subtilité, une conséquence ou une application trop subtile du principe que la propriété n'est point transférée par les conventions, mais par la seule tradition de la chose promise.

Les pupilles, n'étant point capables d'aliéner, ne pouvaient payer, disait-on, parce qu'ils ne transféraient pas la propriété de ce qu'ils payaient, *quid id quod solvunt non fit accipientis*. § 3, *Inst. quibus alien. licet vel non*, 2, 8. La chose qu'ils avaient livrée en paiement continuait de leur appartenir, et Doneau, sur la loi 19, § 1, *ff. de red. cred.*, 12, 1, en tire l'absurde mais

[ARTICLE 1143.]

naturelle conséquence que, si cette chose périssait par cas fortuit entre les mains du créancier, elle périssait pour le compte du pupille qui n'était pas libéré, *res perit domino*. Il n'était libéré que dans le cas où le créancier avait consommé la chose payée.

L'absurdité d'une conséquence démontre l'absurdité du principe.

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

Le sage Domat n'avait point rappelé dans ses Lois civiles cette doctrine du droit romain, sans doute parce qu'il ne jugeait pas qu'elle convînt à nos usages ni aux maximes plus simples du droit français.

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

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

[ARTICLE 1143.]

dès ce moment, le débiteur a été dépouillé de la propriété. C'est donc avec une extrême surprise qu'après avoir lu, dans l'art. 1138, que le créancier *est propriétaire avant la tradition*, et dès le moment où l'obligation est parfaite par le seul consentement des deux parties, on trouve, dans l'art. 1238, qu'il faut être *propriétaire* pour payer valablement.

Nous pensons que c'est à la précipitation avec laquelle le projet de Code fut rédigé, qu'il faut attribuer cette disposition, qui nous paraît dans une contradiction frappante avec l'esprit du Code et avec ses autres dispositions.

Dans l'impossibilité d'accorder la doctrine subtile du droit romain avec l'esprit des dispositions du Code, de concilier l'art. 1238 avec les art. 711, 1138, 938, 1583, suivant lesquels la propriété de la chose promise est transférée par le seul effet du consentement et avant la tradition, nous pensons qu'il faut dire, et tenir pour maxime dans les principes du Code, que le paiement n'est point une aliénation ; qu'il n'est pas nécessaire à la validité du paiement que le débiteur soit propriétaire de la chose, sauf au créancier, en cas qu'il soit évincé par un précédent propriétaire, le recours qu'il peut exercer contre le débiteur, dont la libération s'est évanouie, ou même, s'il vient à découvrir que la chose qu'il a reçue en paiement n'appartenait pas au débiteur qui s'était obligé de la donner, à offrir de la rendre en demandant un autre paiement. *Leg. 94, ff. de solut.*, 46, 3 (Pothier, n° 462).

7. Nous pensons encore que, nonobstant l'art. 1238, il résulte des autres dispositions citées et de l'esprit du Code, qu'il n'est pas nécessaire d'être capable d'aliéner pour payer valablement une dette légitime et exigible.

Par exemple, si une femme non autorisée payait une somme légitimement due par son mari, ou livrait une chose par lui vendue, le paiement et la tradition seraient valides, pourvu qu'ils ne fussent pas faits avant le terme convenu.

Le mari ne serait pas admis à répéter la somme ou la chose contre le créancier, quand même celui-ci ne l'aurait pas encore consommée ; car si le mari demandait la répétition de

[ARTICLE 1143.]

la chose comme indûment payée, le créancier se défendrait par exception ou par reconvention, en demandant à la retenir comme légitimement due.

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

S'il s'agissait d'une dette légitime de la succession de son père, nécessairement acceptée sous bénéfice d'inventaire (461), il faudrait distinguer :

S'il n'y avait point de créanciers opposans, le paiement sera valide (*Voyez* tome 4, n^o 383) ;

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

8. Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été payé sans être dû, est donc sujet à répétition (1235). C'est ce qu'on appelle, en droit romain, *condictio indebiti*. Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer (1376).

Cette obligation forme ce qu'on appelle un quasi-contrat, dont nous parlerons au titre des engagements qui se forment sans convention, chapitre des quasi-contrats ; c'est le siège de la matière.

4 *Marcadé, sur* } I.—682. Cet article, extrait des n^{os} 459-461
art. 1238, C. N. } de Pothier, y a été copié sans discernement,
sans réflexion, et de manière à présenter une disposition très-inexacte.

L'article commence par dire que, pour payer valablement une chose, il faut être propriétaire de cette chose et capable de l'aliéner. Or, la règle, ainsi formulée, est évidemment fausse. Quand, par exemple, vous m'avez prêté ou déposé votre argenterie, il est bien clair qu'on ne peut pas exiger pour l'exécution de mon obligation, exécution qui consiste dans la restitution de l'objet prêté ou déposé, que je sois propriétaire de cet objet et capable de l'aliéner, puisque cet

[ARTICLE 1143.]

objet vous appartient ! Aussi Pothier avait-il soin d'expliquer que cette règle n'existait que pour les obligations qui consistent *in dando*, dans une translation de propriété... Mais, à part cette première idée, la règle est loin d'avoir, dans le Code civil, la portée qu'elle avait dans Pothier, puisque la propriété, d'après l'art. 1138, se transmet aujourd'hui par l'effet immédiat de la convention et avant toute tradition de la chose, pourvu qu'il s'agisse d'un objet déterminé *in individuo*. Ainsi, quand je vous ai vendu, donné, échangé, une maison, ou tel cheval, ou tel autre objet individuellement désigné, il est clair que je ne pourrais pas être propriétaire au moment du paiement de mon obligation, c'est-à-dire quand il s'agira de vous livrer l'objet, puisque c'est vous qui en êtes devenu le propriétaire par la convention même. Par la même raison, je n'ai pas besoin d'être capable d'aliéner, puisque le paiement que je fais n'est pas une aliénation, c'est au moment que j'ai consenti la vente, la donation, etc., que l'aliénation s'est accomplie, et c'est alors seulement qu'il m'a fallu être capable d'aliéner. Ainsi notre article ne peut s'appliquer qu'aux paiements qui emportent aliénation, c'est-à-dire dans le cas où le débiteur reste propriétaire jusqu'à l'exécution et ne doit transférer la propriété que par cette exécution même. Or, il n'en est ainsi, depuis le Code civil, que quand l'objet à payer est déterminé *in genere* seulement, ou encore quand les parties sont positivement convenues que la propriété de l'objet resterait au débiteur jusqu'à la tradition : par exemple quand j'ai déclaré vous vendre non pas *tel cheval*, mais seulement *un cheval* ; ou bien quand je vous ai promis tel cheval ou telle maison, mais en stipulant que, par exception à la règle de l'art. 1138, j'en conserverai la propriété jusqu'à la livraison même (1).

I.—683. Ainsi, lorsque c'est le paiement même qui doit transférer la propriété de la chose, il faut, pour la validité de ce paiement, 1^o que celui qui paye en soit propriétaire, et 2^o qu'il soit capable de l'aliéner.

(1) Voy. *Dict. not.* (v^o paiement, n^o 24) ; Demolombe (IV, n^o 86).

[ARTICLE 1143.]

1° Si celui qui paye n'était pas propriétaire, quelle en serait la conséquence ? Si l'objet ainsi livré *a non domino* est un immeuble, il pourra être enlevé au créancier par le véritable propriétaire, tant que la prescription n'en sera pas accomplie. Mais si le propriétaire n'exerçait pas la répétition de sa chose, le débiteur qui a livré cette chose ne pourrait pas l'exercer ; car celui-là ne peut pas agir en éviction qui est responsable de l'éviction pratiquée par un autre : *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (1). Que s'il s'agit d'un meuble, et que ce meuble ne soit ni perdu ni volé, le créancier qui l'a reçu de bonne foi ne peut pas être inquiété, puisque, en fait de meubles, la possession de bonne foi, même instantanée, rend immédiatement propriétaire (art. 2279, alin. 1.) S'il s'agit, enfin, d'un meuble perdu ou volé, le créancier qui l'a reçu n'en deviendrait propriétaire, par prescription, qu'après trois années à compter du jour de la perte ou du vol (*ibid.*, alin. 2), et jusqu'à ce moment la chose pourrait être répétée contre lui, non pas par celui qui a payé (d'après ce qui vient d'être dit), mais par le vrai propriétaire (2). Que si pourtant le meuble perdu ou volé avait été consommé de bonne foi par le créancier, celui-ci serait à l'abri de tout recours, d'après la disposition formelle du deuxième alinéa de notre article (3).

Du reste, si le créancier *peut* maintenir le payement et conserver la chose payée, quand le temps de la prescription est accompli (c'est-à-dire immédiatement pour les meubles non perdus ni volés ; après trois ans, depuis la perte ou le vol, pour les autres ; et de même après les délais voulus, pour les immeubles), il n'y est pas forcé, et il peut très-bien dire au débiteur : “ Il répugne à ma conscience d'user de la

(1) Aubry et Rau (III, p. 103) ; Larombière (art. 1238, n° 5). *Contrà* Demolombe (IV, n° 93 et suiv.)

(2) Aubry et Rau (III, p. 103) ; Larombière (art. 1238, n° 4). Voy. Demolombe (IV, n° 116.)

(3) (Voy. Larombière (art. 1238, n° 8) ; Demolombe (IV, n° 103-104).)

[ARTICLE 1143.]

prescription, je ne veux pas garder un objet que je découvre me venir d'un autre que son véritable maître ; reprenez cet objet, et donnez-m'en un qui vous appartienne." Il nous paraît évident que cette juste prétention du créancier ne pourrait pas être repoussée : car, d'une part, toute convention doit s'exécuter de bonne foi et le débiteur devrait livrer une chose qui lui appartint (art. 1134) ; d'autre part, on ne peut jamais prescrire contre son gré, ni se trouver contraint de bénéficier de la prescription contre sa volonté.

2° Quand le débiteur, propriétaire de l'objet donné en paiement, n'avait pas capacité pour l'aliéner (par exemple, si c'est un pupille qui a payé lui-même, ou une femme mariée qui l'a fait sans autorisation de son mari), l'annulation du paiement ne peut être demandée que par l'incapable ou ses représentants, et non par le créancier, puisque, comme nous le savons, le bénéfice de l'incapacité n'est établi qu'au profit des incapables (art. 1125). Le seul débiteur pourra donc ici faire rescinder le paiement, s'il y a intérêt ; par exemple, si, étant obligé de donner un cheval *in genere*, il en a livré un d'un prix plus élevé que tel autre, par la livraison duquel il aurait pu se libérer également ; ou bien encore si, étant débiteur de deux objets sous une alternative, et de manière dès lors à se libérer par la remise de l'un ou de l'autre, il a donné celui des deux qui avait le plus de prix. Mais ici encore, et toujours d'après la disposition formelle de notre deuxième alinéa, le recours de l'incapable serait impossible si le créancier avait consommé la chose de bonne foi ; que si c'était de mauvaise foi que le créancier eût consommé la chose, l'incapable conserverait son recours, non pas, bien entendu, pour reprendre une chose qui n'existerait plus, mais pour obtenir une indemnité.

684. La destruction de la chose par cas fortuit, entre les mains du créancier, produit un effet différent, selon que cette chose avait été livrée à *non domino*, ou seulement par le propriétaire incapable de l'aliéner. Dans le premier cas, le créancier, comme nous l'avons vu, est toujours en droit de dire

[ARTICLE 1144.]

que la chose n'a pas été acquise par lui, qu'elle n'est pas devenue sienne, qu'elle a péri pour le compte de son propriétaire, et que le paiement, demeuré nul, n'ayant pas libéré le débiteur, celui-ci est tenu de lui en faire un nouveau. Quand, au contraire, la chose appartenait bien au débiteur qui seulement était incapable de l'aliéner, alors, comme l'effet de l'incapacité ne peut être invoqué que par l'incapable, et que celui-ci se gardera bien de l'invoquer contre lui-même en critiquant ici le paiement fait, ce paiement restera valable et la perte sera pour le créancier (1).

* *C. N.* 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 répétée contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

1144. Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou autorisé par la justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'a pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité.

1144. Payment must be made to the creditor or to some one having his authority, or authorized by a court of justice or by law to receive it for him.

Payment made to a person who has no authority to receive it is valid, if the creditor have ratified the payment or profited by it.

(1) Demolombe (IV, nos 96 et 124).

[ARTICLE 1144.]

* ff. liv. 50, Tit. 17, De } 180. Quod jussu alterius solvitur,
Div. reg. juris, L. 180. } pro eo est quasi ipsi solutum esset.
(PAULUS).

Ibidem. } 180. Celui qui, par l'ordre de son
Trad. de M. Berthelot. } créancier, paye à un tiers est libéré
comme s'il avait fait ce paiement à son créancier même. (PAUL).

* ff. Liv. 46, Tit. 3, De solut. et } L. 12. Vero procuratori rectè
liber., L. 12 in pr., L.L. 15, 49. } solvitur. Verum autem acci-
pere debemus eum, cui mandatum est, vel specialiter, vel cui
omnium negotiorum administratio mandata est. (ULPIANUS).

L. 15. Pupillo solvi sine tutoris auctoritate non potest. Sed nec delegare potest: quia nec alienare ullam rem potest. Si tamen solverit ei debitor, et nummi salvi sint, p̄tentem pupillum doli mali exceptione debitor summovebit. (PAULUS).

L. 49. Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si jussu ejus alii solvitur, vel creditori ejus, vel futuro debitori, vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet. Ratam quoque solutionem si creditor habuerit, idem erit. Tutori quoque si soluta sit pecunia, vel curator, vel procurator, vel cuilibet successor, vel servo actor, proficiet ei solutio. Quod si acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisfactionis sufficit. (MARCIANUS).

Ibidem } L. 12. On paye valablement à un vé-
Trad. de M. Berthelot. } ritable fondé de pouvoir. Nous devons
regarder comme véritable celui qui a un mandat spécial, ou
à qui on a confié la libre administration de tous les biens.
(ULPIEN).

L. 15. On ne peut payer à un pupille sans l'autorisation de son tuteur. Le pupille ne peut pas davantage déléguer, parce qu'il ne peut rien aliéner. Si cependant le débiteur lui a payé, et que les espèces soient existantes, le débiteur opposera à la demande du pupille l'exception du dol. (PAULUS).

[ARTICLE 1144.]

L. 49. On conçoit qu'un argent est payé naturellement s'il a été compté au créancier. Mais si par son ordre on paye à un autre ou à son créancier, ou à celui qui va devenir son débiteur, ou même à celui à qui il veut donner, il doit être quitte. Et aussi, quand le créancier ratifie le paiement, ce sera la même chose. De même si l'on a payé de l'argent à un tuteur, ou à un procureur fondé, ou à un successeur quelconque, ou à un esclave agent, le paiement est utile. Que si on a passé une acceptilation pour éteindre une hypothèque avec ou sans stipulation, on ne pourra pas appliquer le terme de paiement, mais celui de satisfaction. (MARCEN)

Sirey et Gilbert, sur } 1. L'élection de domicile faite par
art. 1239 C. N. } un commandement de payer, n'em-
 porte pas pour la personne chez laquelle le domicile est élu.
 une procuration pour recevoir la somme due au créancier et
 en donner quittance.— 6 frim. an 13, Rej. [S. 5.2.233 ; C. n.2.-
 D.A.6.390.] *Sic*, Merlin, *Rép.*, v^o *Domicile du*, § 1^{er}, n^o 4 ; Toullier, t. 7, p. 24.

4. Les paiements faits dans les mains du premier clerc d'un notaire, auquel mandat avait été donné de toucher une créance pour l'un de ses clients, sont valables, s'il est constant que ce premier clerc suppléait habituellement son patron dans la gestion d'affaires dont celui-ci était chargé.—4 août 1835, Rej. [S. V. 36.1.388.-D.P.36.1.69.] *Sic*, Rolland de Villargues, v^o *Notaire*, n^o 216.— V. aussi Rej. 2 déc. 1824. [S. 25. 1. 196 ; C. n.7.-D.P.25.1.20.]

5. Il en serait autrement si le paiement avait été fait sans l'aveu ou la participation du notaire.—Rolland de Villargues, *ubi sup.*, n^o 215 ; Massé, *Parfait notaire*, liv. 1^{er}, ch. 17.

6. L'huissier chargé par le créancier de faire commandement de payer, a pouvoir suffisant pour toucher la somme due. En conséquence, le débiteur ne peut prétendre que le commandement qui lui a été fait ne l'a pas mis en demeure de payer... encore bien qu'il s'agisse d'une rente quérable,

[ARTICLE 1144.]

que le débiteur prétendrait ne devoir être par lui payée qu'au créancier ou à son fondé de pouvoirs spécial.—3 décembre 1838, Rej. [S.V.39.1.339.—D.P.39.1.37.—P.39.1.307.]—*Sic*, Pothier, n° 477 ; Toullier, t. 7, n° 20 ; Favard, *Rép.*, v° *Paiement*, n° 3 ; Duranton, t. 12, n° 50.

7. Jugé de même que l'huissier porteur du titre, et qui a ainsi pouvoir de mettre ce titre à exécution, a, par cela même, pouvoir suffisant pour toucher la somme due et en donner quittance, sauf désaveu de la part du créancier s'il a excédé ce pouvoir.—3 août 1840, Rej. [S.V.40.1.924.—D.P.40. 1. 273.—P.40.2.458.]

8. Mais l'huissier ne peut recevoir en effets une somme qui est payable en numéraire : un tel paiement est nul sans qu'il soit besoin d'un désaveu du créancier.—Même arrêt.

9. Il est également sans qualité pour accepter le paiement offert par le débiteur, sous certaines conditions.—13 fév. 1835, Aix. [S.V.33.2.645.—D.P.33.2.176.]

10. Au reste, l'huissier chargé de poursuivre un débiteur n'a pouvoir de recevoir le paiement de la dette que dans le temps où il instrumente. Ainsi, le paiement est nul à l'égard du créancier, lorsqu'il a été fait à l'huissier, à une époque où les poursuites étaient suspendues par une opposition, et lorsque d'ailleurs le créancier avait constitué avoué, avec élection de domicile chez cet avoué.—25 janv. 1820, Calmar. [S.20.2.185 ; C.N.6.—D.A,9.13.]

13. Le tuteur autorisé à poursuivre la délivrance d'un legs fait à son mineur est, par cela même, autorisé à recevoir le montant du legs.—6 flor. an II, Paris. [S.3.2.283 ; C.N.1.]

14. L'acquéreur d'un bien de mineur, vendu par adjudication, peut payer entre les mains du tuteur, sans être tenu de suivre l'emploi du prix, encore qu'une clause de l'adjudication soumette le tuteur à faire emploi du prix en y *appelant l'adjudicataire*,—22 germ. an 10, Paris. [S.2.2.153 ; C.N.1.]—*V. sup.*, art. 450, n° 25 et s.

15. Le paiement d'une créance immobilière due à une succession indivise, est nul pour le tout, s'il n'a été fait à tous

[ARTICLE 1144.]

les héritiers.—21 prair. an 10, Poitiers. [S.2.2.197 ; C. n. 1.-D. A. 10.599.]

16. Le débiteur d'une somme exigible, ne peut pas opposer au mandataire du créancier qui se présente pour la toucher, que son mandat est nul pour cause de démente du mandat, si celui-ci n'est frappé d'aucune interdiction.—7 janv. 1815, Paris. [S. 15.2.85 ; C.N.5.-D.A.6.640.]

17. Le tiers saisi qui, en exécution d'une ordonnance du juge de référé, a fait la délivrance des objets arrêtés entre ses mains, s'est valablement libéré, encore que cette ordonnance soit ensuite annulée pour cause d'incompétence, par la Cour d'appel.—15 juill. 1809, Turin. [S. 10.2.279 ; C.N.3.]

18. Le débiteur qui prétend s'être libéré en payant dans les mains d'un tiers, lequel n'avait pas mandat pour recevoir, ne peut, lorsqu'il s'agit de plus de 150 f. et qu'il n'existe d'ailleurs aucun commencement de preuve par écrit, être admis à prouver par témoins, ou à l'aide de simples présomptions, le fait d'*acceptation* ou *ratification* de ce paiement par le créancier : la preuve de cette ratification est assujettie aux mêmes règles que celle de l'obligation elle-même ou de sa libération.—17 août 1831, Cass. [S. V. 31. 1. 386.-D. P. 31. 1. 281.] — V. aussi Cass. 30 mars 1836. [S.V.36.1.596.-D.P.36.1.158.]

19. La question de savoir si le mandat en vertu duquel un tiers a touché une créance due par le trésor public au mandant, autorisait réellement le paiement, et si, par suite, le trésor est valablement libéré, rentre dans les attributions de l'autorité judiciaire, à l'exclusion de l'autorité administrative.—5 juill. 1836, Paris. [S.V.36.2.353.-D.P.37.2.36.]

* 2 *Pothier*, (*Bugnet*), } 242. Régulièrement, le paiement d'une
Oblig. nos 242, 501. } 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 personne indiquée par la conven-

[ARTICLE 1144.]

tion. 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. 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.

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^o 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^o que, si la maison périt et est engloutie par un tremblement de terre, le débiteur est entièrement libéré.

De là il suit, 3^o que la créance qui résulte de ce legs, est une créance immobilière, quand même le débiteur prendrait

[ARTICLE 1144.]

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 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.

501. Le paiement, pour être valable, doit être fait au créancier, ou à quelqu'un qui ait pouvoir de lui, ou qualité pour recevoir.

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 équipollement, 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, 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

[ARTICLE 1144.]

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.

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.

3 Larombière, sur } 1. Le paiement, quel qu'il soit, est
 art. 1240 C. N. } l'acte le plus simple, le plus naturel de
 tous ceux qui s'accomplissent dans la vie civile, Sous ce rap-
 port, sa cause est entièrement favorable. La plus grande per-
 turbation serait jetée dans le commerce des contrats, si la loi
 exigeait, pour la libération du débiteur, plus qu'un paiement
 fait de bonne foi au titre même qui constitue la dette. Aussi,
 l'article 1240 dispose-t-il que le paiement fait de bonne foi à
 celui qui est en possession de la créance, est valable, encore
 que le possesseur en soit par la suite évincé.

Tels sont, par exemple, l'héritier apparent qui, plus tard,
 est exclu de l'hérédité par un héritier plus proche, ou par un
 héritier testamentaire ;

L'héritier qui se fait relever de son acceptation de la suc-
 cession, conformément à l'article 783 ;

Le tiers qui représente frauduleusement, comme sien, un
 mandat perdu par le véritable mandataire, ou qui a été sous-
 trait à ce dernier ;

[ARTICLE 1144.]

Le possesseur, de bonne ou de mauvaise foi, qui se comporte en propriétaire apparent, en ce qui concerne les fruits, rentes ou fermages, mais seulement ceux dont il est créancier putatif, et en vertu d'actes qui lui sont personnels ;

Le délégataire ou le cessionnaire dont l'acte de délégation ou de cession est, par la suite, rescindé, résolu ou annulé ;

Le dépositaire à qui les titres de créance ont été remis en garde, et qui est tenu de les restituer.

Tel est encore le cas où un cessionnaire a reçu de bonne foi, avant même toute notification du transport, des débiteurs cédés, tout ou partie des sommes par eux dues, alors que, plus tard, la nullité de la cession vient à être prononcée, par exemple, parce que la notification en a eu lieu seulement après la déclaration de la faillite du cédant. Les débiteurs cédés se trouvent alors valablement libérés, tant à l'égard du cédant qu'à l'égard des tiers, des sommes par eux payées ; et le cessionnaire qui les a reçues n'est pas même tenu de les restituer. C'est que les paiements effectués valent, quant aux sommes payées, acceptation du transport, quoiqu'il ne soit pas signifié, et que la faillite, de même qu'une saisie-arrêt, ne fait point rétracter les paiements antérieurs au jugement qui la déclare, lesquels demeurent acquis, en conséquence, au cessionnaire de bonne foi.

2. La loi n'exige la condition de bonne foi que de la part du débiteur qui paye. Il est donc indifférent que le possesseur de la créance soit lui-même de bonne ou de mauvaise foi. Il suffit que le débiteur paye dans l'ignorance des vices de sa possession. Le paiement est valable à son égard, sauf le recours du créancier contre celui qui a reçu.

Mais le tiers porteur d'un faux acte de cession ne saurait être considéré comme étant en possession de la créance, de manière que le paiement fait de bonne foi entre ses mains libérât le débiteur à l'égard du créancier. Il est vrai que, pour faciliter la circulation des effets de commerce, l'article 145, C. comm., porte que celui qui paye une lettre de change ou un billet à ordre (187 C. comm.), à son échéance et sans op-

[ARTICLE 1144.]

position, est valablement libéré. Mais cette disposition, spéciale aux créances commerciales, ne saurait être étendue aux créances civiles, qui ne sont pas transmissibles par voie de simple endossement. Le débiteur qui aurait payé de bonne foi entre les mains d'un tiers porteur d'un faux acte de cession, ne serait donc pas valablement libéré, et pourrait être poursuivi en paiement par le véritable créancier. Ce dernier, n'ayant commis aucune faute, aucune négligence, ne saurait être rendu victime de la fraude d'un faussaire.

Mais si le faux acte de cession était le résultat de l'abus d'un blanc-seing, comme alors le créancier a commis une faute en remettant sa signature, et qu'il doit en être responsable, le débiteur en payant le tiers possesseur de la créance est régulièrement libéré.

D'autre part, si le porteur d'un faux acte de cession était en même temps possesseur des titres qui établissent la créance, et que le créancier eût, à cet égard, à s'imputer quelque imprudence, quelque négligence, le paiement fait de bonne foi par le débiteur devrait être déclaré valable.

3. Posséder une créance, ce n'est pas seulement posséder l'acte matériel qui la constate. On la possède également, bien qu'elle ne soit constatée par aucun acte, quand on est investi d'un titre ou d'une qualité qui confèrent, par eux-mêmes, le droit d'en poursuivre ou d'en recevoir le paiement. Autrement, l'art. 1240 ne serait applicable qu'à celles des créances qui sont établies par acte, et sont, par là, susceptibles d'une sorte de possession matérielle.

4. Alors même que l'acte qui constate une créance ne se trouve pas dans les mains de celui qui se présente comme en ayant la possession, le débiteur est libéré en payant de bonne foi. Mais cette circonstance, que le possesseur de la créance ne représente pas le titre qui l'établit, peut, suivant les circonstances, mettre en suspicion la bonne foi du débiteur, et invalider, par suite, le paiement qu'il a effectué. Il peut alors être constitué en une faute voisine de la mauvaise foi, pour ne pas avoir approfondi la légitimité des droits prétendus, et

[ARTICLE 1144.]

pour avoir payé avec une légèreté inexcusable entre les mains du soi-disant créancier.

5. Si le paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance est valable à l'égard du débiteur, ce n'est pas, en effet, que ce dernier ne puisse exiger du prétendu créancier la justification de la légitimité de sa possession. Car il a intérêt à payer le plus sûrement possible, parce que sa bonne foi peut être attaquée et méconnue.

Tel est le cas où un héritier pour portion seulement, mais en possession du titre total, demande le paiement de la créance entière ; où une caution pour partie seulement, et mise, plus tard, en possession du titre, prétend exercer pour le tout son recours contre le débiteur, soit comme légalement subrogée pour une portion, soit comme *negotiorum gestor* pour le surplus. Le débiteur est en droit de demander qu'elle établisse, pour la portion qu'elle n'a pas cautionnée, le paiement qu'elle allègue, autrement que par la seule possession du titre, soit par une quittance du créancier, soit par une reconnaissance de ses consorts.

6. L'article 1240 n'est pas applicable au tiers qui, sans y être intéressé, acquitte volontairement la dette au nom et en l'acquit du débiteur, ou en son nom personnel et avec subrogation. S'il a un recours à exercer, c'est seulement contre celui qui a reçu, et non contre le débiteur qui n'a tiré aucun profit du paiement, puisqu'il est toujours obligé envers le créancier véritable.

Cependant, si le débiteur avait, de bonne foi, remboursé le tiers qui a payé pour lui, il serait, de ce moment-là, valablement libéré à l'égard du créancier, comme il le serait s'il avait payé directement le possesseur même de la créance.

7. Il ne suffit pas toujours, pour se libérer valablement, de payer entre les mains de celui qui est en possession de la créance. Ainsi, la caution qui aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette

[ARTICLE 1144.]

éteinte, sauf son action en répétition contre le créancier (2031). C'est que la caution, bien qu'elle paye entre les mains du créancier en possession de la créance, doit avertir le débiteur principal, pour qu'il paye ou justifie de l'extinction de la dette.

8. Par son texte comme par son esprit, l'article 1240 ne s'applique qu'au cas d'un paiement réel. Ainsi, il est inapplicable lorsque le débiteur, sans opérer aucun paiement proprement dit, pactise sur sa dette avec le propriétaire apparent de la créance, en faisant, par exemple, une novation, ou en obtenant une remise totale ou partielle. Ces actes ne peuvent être opposés au véritable créancier qui, plus tard, réclame paiement.

Mais, si le débiteur avait payé de bonne foi ce qui était dû d'après la novation opérée, ou effectué une compensation facultative, qui équivaut à un paiement réel, l'article 1240 devrait alors recevoir son entière application. Le débiteur serait libéré.

Le cessionnaire, même de bonne foi, ne saurait opposer au véritable créancier le transport qui lui en a été fait par le possesseur apparent de la créance. Il peut en être évincé par le vrai propriétaire. Mais, si le débiteur a payé de bonne foi entre ses mains, il est libéré valablement.

9. Il est enfin indifférent que le paiement ait eu lieu par anticipation ou seulement à l'échéance. Il est valable, à la seule condition qu'il ait été effectué de bonne foi.

Il importe même peu qu'il soit constaté par un acte ayant ou non date certaine, antérieure à l'éviction du propriétaire apparent de la créance. Le véritable créancier n'a, pour infirmer le paiement qu'on lui oppose, qu'à prouver la fraude et le dol, ou plutôt, que le débiteur ne justifie pas pleinement de sa bonne foi. C'est, en effet, à ce dernier qu'incombe la charge d'établir qu'il a payé de bonne foi, puisque sans cela le paiement fait à un tiers non créancier et sans qualité pour recevoir, ne saurait être valable. Il doit donc prouver, par les

[ARTICLE 1145.]

circonstances de la cause, qu'il a payé de bonne foi. C'est là une exception qu'il doit établir, y étant demandeur.

* *C. L.* 2136. } Le paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait de bonne foi à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité.

* *C. N.* 1239. } Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité.

<p>1145. Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que subséquemment il soit établi qu'il n'est pas le véritable créancier.</p>		<p>1145. Payment made in good faith to the ostensible creditor is valid, although it be afterwards established that he is not the rightful creditor.</p>
---	--	--

Voy. *C. C. B. C.*, arts. 870 et 1144 et autorités sur ces articles.

3 *Larombière, sur* } 1. L'article 1241 contient l'application, *art. 1241 C. N.* } au cas spécial d'un paiement reçu par un incapable, des principes généraux qui règlent le sort des engagements qu'il a contractés (1312, 1926, 1500).

En principe, le paiement fait au créancier n'est point vala-

ARTICLE 1145.]

ble, s'il était incapable de le recevoir. Il ne libère point le débiteur qui peut, en conséquence, être poursuivi en nouveau paiement. Car, qui paye mal, paye deux fois.

C'est donc à lui de s'assurer et de s'enquérir de la capacité de son créancier, de le faire habiliter s'il est incapable, sinon de consigner après offres régulières.

2. Cependant, comme nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, le paiement est valable, si le débiteur prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier (1241). Cette exception est encore l'application des principes généraux du droit.

Si le créancier n'en avait profité qu'en partie, le paiement vaudrait jusqu'à due concurrence.

Le paiement devient encore valable, si l'incapable l'a confirmé ou ratifié plus tard en état de capacité, d'une manière expresse ou tacite (1311, 1338).

Le paiement fait à un incapable devient enfin valable, lorsqu'il est ratifié par celui à qui il devait être fait, ou sans l'autorisation et avec l'assistance duquel il devait être effectué entre les mains de l'incapable. Ainsi, la ratification, l'approbation donnée plus tard par le mari, le tuteur, le curateur, valide le paiement fait à la femme, au mineur, à l'interdit, au mineur émancipé. Il est censé, dès lors, régulièrement effectué dès le principe.

Mais il faut remarquer que cette ratification ne peut utilement et légalement intervenir que durant la minorité ou le mariage. Car, plus tard, elle émanerait de personnes destituées de tout pouvoir à cet effet.

Nous renvoyons, au surplus, à l'article 1312, où nous entrons dans de plus longs développements.

* C. L. 2141. } Le paiement en général ne peut être légal-
 } lement fait qu'au créancier, ou à quelqu'un
 fondé de ses pouvoirs ; néanmoins le débiteur est déchargé
 par le paiement qu'il a fait de bonne foi à celui qui n'est pas

[ARTICLE 1146.]

réellement le créancier, ni le fondé de ses pouvoirs, dans les cas suivans :

1° Quand la dette est due sur une obligation écrite qui est payable au porteur ou à ordre, et qui est endossée, ou si elle n'est pas payable au porteur, lorsqu'elle a été transportée en blanc ou au porteur, et que le paiement a été fait à celui qui était en possession de l'original de cette obligation ;

2° Quand la personne à laquelle le paiement a été fait était, à l'époque où ce paiement a été effectué, en possession de l'acte original de la créance, d'après l'autorisation d'une cour compétente, soit comme syndic de créanciers, soit comme exécuteur, héritier, ou en vertu de quelque office ou autre titre qui lui donne un droit apparent de recevoir le paiement ;

3° Lorsque la dette est pour loyers ou pour tout autre objet tenant à l'administration d'un bien-fonds, ou en raison de la vente ou d'autres dépenses relatives à un bien-meuble dont la personne qui reçoit le paiement est en possession, en l'une des qualités dont il est fait mention dans la règle précédente, ou lorsque cette personne a été en possession non interrompue de ce bien-fonds pendant plus d'un an à tout autre titre.

* C. N. 1240. } Le paiement fait de bonne foi à celui qui
 } est en possession de la créance, est valable,
 encore que le possesseur en soit par la suite évincé.

<p>1146. 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 de ce créancier.</p>	<p>1146. Payment is not valid if made to a creditor who is incapable by law of receiving it, unless the debtor proves that the thing paid has turned to the benefit of such creditor.</p>
---	---

Voy. *Digeste*, cité sur art. 1144, *Pothier*, sur art. 1143.

[ARTICLE 1146.]

* ff. *Liv. 46, Tit. 3, De solut. et liber., L. 47.* } 47. In pupillo, cui sine tutoris auctoritate solutum est, si quæraturo quo tempore sit locupletior, tempus quo agitur, inspicitur : et ut exceptio doli mali posita ei noceat, tempus quo agitur, spectatur.

§ 1. Planè (ut Scævola aiebat) etiamsi perierit res ante litem contestatam, interdum quasi locupletior factus intelligitur : id est, si necessariam sibi rem emit, quam necessario de suo erat empturus. Nam hoc ipso quo non est pauperior factus, locupletior est. Sic et in filiofamilias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit, et eam perdiderit. (MARCIANUS).

Ibidem. } 47. Lorsqu'on a payé à un pupille
Trad. de M. Berthelot. } sans l'autorisation de son tuteur, si l'on cherche en quel temps le paiement doit lui avoir profité, on considère celui où l'on intente son action, et c'est ce temps que l'on considère pour décider si l'exception de dol peut lui être justement opposée.

§ 1. Assurément, comme disait Scévola, quoique la chose ait péri avant la contestation en cause, quelquefois on la regarde comme ayant profité, par exemple s'il a acheté une chose nécessaire qu'il fallait qu'il achetât de son argent. Car par cela qu'il n'est pas devenu plus pauvre, il est censé avoir profité. C'est par cette raison qu'il croyait que le sénatus-consulte Macédonien n'avait pas lieu si le fils de famille avait reçu un argent prêté pour une cause nécessaire, et qu'il l'eût perdu. (MARCIEU).

* 2 *Pothier (Bugnet), Oblig., n° 506 et s.* } 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.*

507. Il suit de cette règle : 1° qu'il n'importe quelle soit la

[ARTICLE 1146.]

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^o 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^o 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

[ARTICLE 1146.]

depuis la révocation, sera valable ; 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 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 pou-

[ARTICLE 1146.]

voir 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.

[ARTICLE 1147.]

* *C. L.* 2143. } Le paiement fait au créancier n'est pas valable, si ce créancier est un de ceux que la loi déclare incapables de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a été employée à quelque objet utile au créancier, et il ne sera pas suffisant qu'elle ait été employée uniquement en dépenses pour son seul agrément.

* *C. N.* 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.

1147. Le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou arrêt, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou arrê- tants, qui peuvent, selon leur droits, contraindre le débiteur à payer de nouveau ; sauf, en ce cas, son recours seulement contre le créancier qu'il a ainsi payé.	1147. Payment made by a debtor to his creditor to the prejudice of a seizure or attachment is not valid against the seizing or attaching creditors, who may, according to their rights, constrain the debtor to pay a second time ; saving, in such case, only his remedy against the creditor so paid.
---	---

Voy. *Pothier*, cité sur arts. 1143, 1146.

* 3 *Pothier*, (*Bugnet*), *Const. de rente*, n° 186 et s. } 186. Lorsque la propriété de la rente appartient à une personne, et l'usufruit à une autre, qui a fait connaître au débiteur de la rente son droit d'usufruit, le débiteur de la

[ARTICLE 1147.]

rente doit faire le remboursement de la rente au propriétaire, et y appeler l'usufruitier. Faute de l'y appeler, il ne serait pas libéré de la rente envers l'usufruitier, qui pourrait exiger du débiteur la continuation de la rente, pendant tout le temps que doit durer son usufruit ; sauf au débiteur son recours contre le propriétaire pour en être acquitté.

187. Pareillement lorsqu'un créancier du créancier de la rente en a arrêté le fonds entre les mains du débiteur, le débiteur n'en peut faire le remboursement au créancier propriétaire de la rente, qu'en appelant à l'acte de remboursement l'arrêtant ; faute de quoi la rente, quoique remboursée et éteinte, serait censée subsister à l'égard de cet arrêtant, et pourrait être par lui saisie réellement.

L'usufruitier et le créancier appelés au remboursement de la rente peuvent arrêter les deniers, pour rester entre les mains, soit du notaire, soit du débiteur, par forme de dépôt, jusqu'à ce qu'il s'en fasse un emploi en quelque héritage ou rente qui sera sujet aux mêmes droits, soit d'usufruit, soit d'hypothèque, auxquels était sujette la rente qui a été remboursée.

188. Il n'est pas besoin d'appeler au remboursement les créanciers hypothécaires du propriétaire de la rente, lorsqu'ils n'en ont pas arrêté le fonds, entre les mains du débiteur : le rachat qui en est fait, en éteignant la rente, éteint aussi leur hypothèque, qui s'éteint *rei obligatæ interitu*.

Nous n'en dirons pas davantage : ce que nous avons dit en notre *Traité des Obligations*, part. 3, ch. 1, art. 2, *de ceux à qui le paiement doit être fait*, reçoit application au remboursement des rentes : la matière y a été amplement traitée ; nous y renvoyons.

* C. L. 2145. } Le paiement fait par le débiteur à son créancier au préjudice d'une saisie-arrêt ou saisie-exécution n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissants ou opposans ; ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre

[ARTICLE 1148.]

à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier.

* C. N. 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 saisissans ou opposans : ceux-ci peuvent, selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier.

1148. Le créancier ne peut être contraint de recevoir une chose autre que celle qui lui est due, quoique la chose offerte soit d'une plus grande valeur.		1148. A creditor cannot be compelled to receive any other thing than the one due to him, although the thing offered be of greater value than the thing due.
--	--	---

* ff. Liv. 12, Tit. 1, De } 3. Cùm quid mutuum dederimus, rebus creditis, L. 3. } etsi non cavimus, ut æquè bonum nobis redderetur ; non licet debitori deteriorem rem quæ ex eodem genere sit, reddere : veluti vinum novum pro vetere. Nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est : id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit. (POMPONIUS).

Ibidem. } 3. Quoique celui qui prête ne soit point convenu expressément qu'on lui rendrait une chose de la même bonté, le débiteur ne peut cependant pas rendre une chose dans le genre de celle prêtée, mais qui soit d'une plus mauvaise qualité, comme du vin nouveau pour du vieux : car, dans les contrats, l'intention des parties doit être regardée comme une convention expresse. Or, dans le cas dont nous parlons, l'intention des contractans a été qu'on rendit une chose du même genre et de la même qualité. (POMPONIUS).

[ARTICLE 1148.]

- * ff. Liv. 46, Tit. 3, De solut. } 99. Debitorem non esse co-
 et liber. L. 99. } gendum in aliam formam num-
 mos accipere, si ea re damnum aliquid passurus sit. (PAULUS),
 Ibidem. } 99. Que le débiteur ne doit pas être
 Trad. de M. Berthelot. } forcé à recevoir son argent en d'autres
 espèces, s'il doit en souffrir quelque dommage. (PAUL).

- * 2 Domat (Remy), liv. 4, } 9. Les paiemens doivent être faits
 tit. 1, sec. 2, n° 9. } de ce qui est dû, et le débiteur ne
 peut, contre le gré de son créancier, lui payer autre chose
 que celle qu'il lui doit, quoique la valeur de ce qu'il voudrait
 donner fût égale, ou même plus grande. Ainsi, celui qui doit
 de l'argent ne peut donner en paiement des fonds ou dettes,
 si le créancier n'y veut consentir. (C. civ. 1243 ; Co. 143.)

Par la Nouvelle 4, ch. 3, Justinien avait ordonné que les débiteurs de sommes d'argent qui n'avaient que des fonds qu'ils ne pourraient vendre, fussent reçus à payer en fonds à une juste estimation, avec les garanties qu'ils pourraient donner, laissant à leurs créanciers leurs fonds les plus précieux. Cette disposition était fondée sur un motif d'humanité pour les débiteurs, et sur l'intérêt même des créanciers, qui ne pouvaient empêcher que les débiteurs, réduits à l'extrémité, ne fussent reçus à leur abandonner leurs fonds en paiement. Mais les difficultés et les inconvénients de l'exécution de cette loi en ont empêché l'usage ; et il serait à souhaiter qu'il y fût pourvu, aussi bien qu'aux maux infinis qu'on voit dans les décrets.

Voy. Pothier, cité sur art. 1144.

- * 2 Pothier (Bugnet), } 530. Régulièrement, c'est la chose
 Oblig., n° 530 et s. } due qui doit être payée ; et un débi-
 teur ne peut obliger son créancier à recevoir en paiement
 autre chose que ce qu'il lui doit ; L. 16, Cod. de Solut.

Nous n'observons point la Nouvelle 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 paie-

[ARTICLE 1148.]

ment, des héritages pour l'estimation qui en sera faite, s'il 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 promissem, 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 (*eád.*, 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",

[ARTICLE 1148.]

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.*

Sirey et Gilbert, sur } 1. Tout créancier a droit d'être payé
art. 1243 C. N. } en numéraire.—Les billets de la banque, établis pour la commodité du commerce, ne sont que de simple confiance.—12-30 frim. an 14, Avis du conseil d'Etat. [S.6.2.73 ; C.N.10.]

5. Les monnaies étrangères ne sont pas admises en paiement des sommes dues au trésor public.—11 sept. 1806, *Instruct. de la régie.* [S.6.2.242.]

7. Le legs d'une somme d'argent ne peut être acquitté, malgré le légataire, par la délivrance d'un contrat de rente produisant un revenu égal à l'intérêt annuel de cette somme, et cela encore que le légataire soit un hospice, ou une généralité de pauvres, ou un établissement d'utilité publique.—3 fruct. an 13, *Cass.* [S.7.2.1083 ; C.N.2.—D.A.6.114.]—*Sic*, *Toullier*, t. 7, n° 53 ; *Merlin, Rép.*, v° *Legs*, sect. 5, § 2.

* *C. L.* 2146.—Semblable au *C. N.*

[ARTICLE 1149.]

* *C. N.* 1243. } Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.

1149. Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible.

[Et le tribunal ne peut non plus, dans aucun cas, ordonner, par son jugement, qu'une dette actuellement exigible soit payée par versements, sans le consentement du créancier.]

1149. A debtor cannot compel his creditor to receive payment of his debt in parts, even if the debt be divisible.

[Nor can the court in any case by its judgment order a debt actually payable to be paid by instalments without the consent of the creditor.]

* *ff. Liv. 12, Tit. 1, De verb. cred., L. 21.* } 21. Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi : neque eum qui fundum suum diceret, partem duntaxat judicio persequi : sed in utraque causa humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat, lites diminuere. (JULIANUS).

Ibidem. } 21. Quelques-uns ont pensé qu'un créancier qui demandait une dette de dix mille francs ne pouvait point être forcé à en recevoir cinq et à conserver son action pour les cinq autres, et que celui qui réclamait une terre comme lui appartenante, ne pouvait point être forcé à n'en poursuivre en justice la restitution qu'en partie. Mais, dans ces deux cas, il paraît que le prêteur se conduira plus équitablement, en forçant le demandeur à recevoir ce qu'on lui offre, puisqu'il est du devoir du prêteur de diminuer les procès. (JULIEN).

[ARTICLE 1149.]

* ff. Liv. 22, Tit. 1, De } § 1. Lucius Titius, cùm centum, et
usuris, L. 41, § 1. } *usuras aliquanti temporis deberet, mi-*
 norem pecuniam, quàm debebat, obsignavit. Quæro, an Titius
 pecuniæ, quam obsignavit, usuras præstare non debeat ? Mo-
 destinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est,
uti liceret et particulatim, quod acceptum est, exsolvere : non
 retardari totius debiti usurarum præstationem, si cùm credi-
 tor paratus esset totum suscipere, debitor qui in exsolutione
 totius cessabat, solam partem deposuit. (MODESTINUS).

Ibidem. } § 1. Lucius-Titius devait une somme de
Trad. de M. Hulot. } cent et les intérêts depuis un certain temps,
 il a fait offre d'une somme moins considérable que celle qu'il
 devait, et l'a déposée. Je demande si Titius ne doit plus les
 intérêts de la somme dont il a fait des offres ? Modestin a ré-
 pondu : Si on n'est pas convenu lors du prêt, que le débiteur
 pourrait s'acquitter par portions, les intérêts dus pour toute
 la somme ne doivent point souffrir de diminution, si le cré-
 ancier offrant de recevoir tout ce qui lui est dû, le débiteur
 qui refuse de payer le tout n'en dépose qu'une partie. (MO-
 DESTIN).

Voy. au vol. 7, p. 632, les remarques de MM. les Commis-
 saires.

* C. N. 1244. } Le débiteur ne peut point forcer le créan-
 } cier à recevoir en partie le paiement d'une
 dette, même divisible.

Les juges peuvent néanmoins, en considération de la posi-
 tion 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.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE HUITIÈME VOLUME.

CONTINUATION DU LIVRE TROISIÈME

TITRE TROISIÈME.—DES OBLIGATIONS (*suite*).

	ARTS.
CH. I.—Sec. v.—De l'effet des contrats à l'égard des tiers	1028
“ vi.—De l'annulation des contrats et paiements faits en fraude des créanciers	1032
CH. II.—DES QUASI-CONTRATS.....	1041
Sec. I.—Du quasi-contrat <i>negotiorum gestio</i>	1043
“ II.—Du quasi-contrat résultant de la réception d'une chose non-due.....	1047
CH. III.—DES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS.....	1053
CH. IV.—DES OBLIGATIONS QUI RÉSULTENT DE L'OPÉRATION DE LA LOI SEULE.....	1057
CH. V.—DE L'OBJET DES OBLIGATIONS	1058
CH. VI.—DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.	
Sec. I.—Dispositions générales	1063
“ II.—De la demeure	1067
“ III.—Des dommages-intérêts résultant de l'inexécution des obligation	1070

CH. VII.—DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.	
Sec. I.—Des obligations conditionnelles...	1079
“ II.—Des obligations à terme.....	1089
“ III.—Des obligations alternatives	1093
“ IV.—Des obligations solidaires.	
§ I.—De la solidarité entre les créanciers.....	1100
§ II.—De la solidarité de la part des débiteurs	1103
“ V.—Des obligations divisibles et indivisibles.....	1121
“ VI.—Des obligations avec clause pénale	1131
CH. VIII.—DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.	
Sec. I.—Dispositions générales.....	1138
“ II.—Du paiement.	
§ I.—Dispositions générales.....	1139

