TRAITÉ
DES
OBLIGATIONS,
SELON LES REGLES
TANT DU FOR DE LA CONSCIENCE,
QUE DU FOR EXTÉRIEUR.

NOUVELLE ÉDITION.

TOME PREMIER.



B.U. GRENOBLE
SICO 2

A PARIS,
Chez DEBURE pere, Quai des Auguſtins, à l'Image S. Paul.

A ORLEANS,
Chez la Veuve ROUZEAU-MONTAUT, Imp. du Roi, de la Ville, & de l'Univerſité.

M. DCC. LXVIII.
AVEC APPROBATION ET PRIVILEGE DU ROI.

APPROBATION.

J'AI lu par ordre de M le Chancelier un Manuscrit comprenant divers Traités de Droit, & notamment le *Traité des Obligations*, par M. POTHIER : je n'y ai rien trouvé qui en puisse empêcher l'impression, & je ne doute pas que ceux qui s'appliquent à l'étude des Loix & des principes du Droit, ne s'empressent de profiter des remarques & des recherches d'un Jurisconsulte si éclairé. A Paris ce 5 Mars 1767. *Signé*, GIBERT.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : A nos amés & féaux Conseillers, les gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conseil, Prévôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils & autres nos Justiciers qu'il appartiendra, Salut. Notre amé JEAN DEBURE, Nous a fait exposer qu'il désireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre *Divers Traités de Droit par M. POTHIER*, s'il nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilege pour ce nécessaires. A CES CAUSES, voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous leur avons permis & permettons par ces Présentes de faire imprimer ledit Ouvrage autant de fois que bon lui semblera, & de le faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le tems de dix années consécutives, à compter du jour de la date des Présentes. Faisons défenses à tous Imprimeurs, Libraires & autres personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance ; comme aussi d'imprimer ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit ouvrage, ni d'en faire aucun Extrait sous quelque prétexte que ce puisse être, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à Nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Exposant ou à celui qui aura droit de lui, à peine de tous dépens, dommages & intérêts, A la charge que ces Présentes seront enregistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, & ce dans trois mois de la date d'icelles ; que l'impression dudit Ouvrage sera

faite dans notre Royaume, & non ailleurs en bon papier & en beaux caracteres, conformément à la Feuille imprimée & attachée pour modele sous le contre-scel des Présentes; que l'impétrant se conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10. Avril 1725. qu'avant de l'exposer en vente, le manuscrit qui aura servi de copie à l'impression dudit Ouvrage, sera remis dans le même état où l'approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier de France le sieur Delamoignon; & qu'il en sera ensuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier, Chancelier de France, le tout à peine de nullité des Presentes. Du contenu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Exposant & ses ayans cause, pleinement & paisiblement, sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie desdites Présentes, qui sera imprimée tout au long, au commencement ou à la fin dudit Ouvrage, soit tenue pour duement signifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conseillers Secretaire, foi soit ajoutée comme à l'Original. Commandons au premier notre Huissier ou Sergent sur ce requis, de faire pour l'éxécution d'icelles tous actes requis & nécessaires, sans demander autre permission, & nonobstant Clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires: Car tel est notre plaisir. DONNE' à Marly le vingt-neuvieme jour du mois de Mai l'an de grace mil sept cent soixante-un, & de notre Regne le quarante-sixieme. Par le Roi en son Conseil.

LEBEGUE.

Je soussigné, reconnois avoir cedé & transporté à M. JEAN ROUZEAU-MONTAUT, Libraire d'Orleans, la moitié du présent Privilége pour en jouir comme à lui appartenant, suivant les conventions faites entre nous. A Paris, ce 10. Juin 1761.

JEAN DEBURE.

Registré ensemble le présent Privilege, & la cession ci-jointe, sur le Registre de la Chambre Royale & Syndicale des Libraires & Imprimeurs de Paris, n°. 279. fol. 184. conformément au Réglement de 1723. A Paris, ce 15. Juin 1761.

G. SAUGRAIN.

TABLE

DES CHAPITRES,

Articles, Sections & Paragraphes, contenus dans le premier Tome.

PREMIERE PARTIE.

De ce qui appartient à l'eſſence des Obligations, & de leurs effets, pag. 5

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui appartient à l'eſſence des Obligations, ibid.

SEC. I. *Des Contrats,* 6

ART. I. *Ce que c'eſt qu'un Contrat ; en quoi il differe de la pollicitation, & des choſes qu'on doit principalement diſtinguer dans chaque Contrat,* 7

§. I. *Ce que c'eſt qu'un Contrat,* ibid.

§. II. *En quoi le Contrat differe-t-il de la Pollicitation,* 9

§. III. *Des trois choſes qu'on doit diſtinguer dans chaque Contrat,* 11

ART. II. *Diviſion des Contrats,* 18

ART. III. *Des differens vices qui peuvent ſe rencontrer dans les Contrats,* 26

§. I. *De l'Erreur*, 27
§. II. *Du défaut de liberté*, 34
§. III. *Du dol*, 42
§. IV. *De la léſion entre Majeurs*, 45
§. V. *De la léſion entre Mineurs*, 51
§. VI. *Du défaut de cauſe dans un Contrat*, 52
§. VII. *Du défaut de lieu dans la perſonne qui promet*, 61
ART. IV. *Des perſonnes qui ſont capables ou non de contracter*, 63
ART. V. *De ce qui peut être l'objet des Contrats. Que ce ne peut être qu'une choſe qui concerne les parties contractantes, ſuivant la regle qu'on ne peut valablement ſtipuler ni promettre que pour ſoi*, 70
§. I. *Quelles ſont les raiſons du principe qu'on ne peut ſtipuler, ni promettre pour un autre*, 72
§. II. *Pluſieurs cas, dans leſquels nous ſtipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention faſſe mention d'un autre*, 76
§. III. *Que ce qui concerne une autre perſonne, que les parties contractantes peut être le mode, ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puiſſe en être l'objet*, 91
§. IV. *Qu'on peut ſtipuler & promettre par le miniſtere d'un tiers, & que ce*

n'eſt pas ſtipuler ni promettre pour un autre, 98
ART. VI. *De l'effet des Contrats*, 107
ART. VII. *Regles pour l'interprétation des conventions*, 112
ART. VIII. *Du ſerment que les parties contractantes ajoutent quelquefois à leurs conventions*, 123
SEC. II. *Des autres cauſes des Obligations*, 135
§. I. *Des quaſi-Contrats*, ibid.
§. II. *Des délits & quaſi-délits*, 137
§. III. *De la loi*, 142
SEC. III. *Des perſonnes entre leſquelles peut ſubſiſter une obligation*, 144
SEC. IV. *De ce qui peut faire l'objet & la matiere des Obligations*, 147
§. I. *Theſe générale ſur ce qui peut être l'objet des Obligations*, ibid.
§. II. *Quelles choſes peuvent être l'objet d'une Obligation*, 148
§. III. *Quels faits peuvent être l'objet des Obligations*, 155

CHAPITRE II.

DE l'effet des Obligations, 159
ART. I. *De l'effet des Obligations de la part du débiteur*, ibid.
§. I. *De l'Obligation de donner*, ibid.
§. II. *De l'obligation de faire ou de ne pas faire*, 164

ART. II. *De l'effet de l'Obligation par rapport au créancier*, 167
§. I. *Du cas auquel l'Obligation consiste à donner*, 168.
§. II. *Du cas auquel l'Obligation consiste à faire ou ne pas faire*, 175
ART. III. *Des dommages & intérêts résultants soit de l'inexécution des Obligations, soit du retard apporté à leur exécution*, 176

DEUXIEME PARTIE.

DES différentes especes d'obligations, 201

CHAPITRE PREMIER.

Exposition générale des différentes especes d'Obligations, ibid.
§. I. *Premiere division*, ibid.
§. II. *Deuxieme division*, 204
§. III. *III, IV & V divisions*, 205
§. IV. *Sixieme division*, 208
§. V. *Septieme division*, 209
§. VI. *Huitieme division*, 212
§. VII. *IX, X, XI & XII divisions*, ibid.

CHAPITRE II.

DE la premiere division des Obligations, en Obligations civiles & en Obligations naturelles, 215

CHAPITRE III.

DES différentes modalités ſous leſquelles les Obligations peuvent être contractées, 223
ART. I. *Des conditions ſuſpenſives, & des Obligations conditionnelles*, ibid.
§. I. *Qu'eſt-ce qu'une condition & ſes différentes eſpeces*, 224
§. II. *Ce qui peut faire une condition qui ſuſpende une Obligation*, 225
§. III. *Quand les conditions ſont-elles cenſées accomplies*, 230
§. IV. *De l'indiviſibilité de l'accompliſſement des conditions*, 245
§. V. *De l'effet des conditions*, 248
§. VI. *Lorſqu'une Obligation a été contractée ſous pluſieurs conditions, eſt-il néceſſaire que toutes s'accompliſſent*, 251
ART. II. *Des conditions réſolutoires, & des Obligations réſolubles ſous une certaine condition, & de celle dont la durée eſt limitée à un certain temps*, 252
ART. III. *Du terme de paiement*, 255
§. I. *Ce que c'eſt que ce terme de paiement & ſes différentes eſpeces*, ibid.
§. II. *De l'effet du terme & en quoi il differe de la condition*, 256
Des cas auxquels la dette peut être exigée avant le terme, 259

§. IV. *Du terme joint aux conditions*, 247
ART. IV. *Du lieu convenu pour le paiement*, 251
ART. V. *Des Obligations contractées avec la clause de pouvoir payer à une personne indiquée, ou avec celle de payer une certaine chose, à la place de la chose due*, 265
ART. VI. *Des Obligations alternatives*, 267
ART. VII. *Des Obligations solidaires entre plusieurs créanciers*, 280
ART. VIII. *De la solidité de la part des débiteurs*, 283
§. I. *Ce que c'est qu'Obligations solidaires de la part des débiteurs*, ibid.
§. II. *En quels cas l'Obligation de plusieurs débiteurs est-elle réputée solidaire*, 287
§. III. *Des effets de la solidité entre plusieurs débiteurs*, 292
§. IV. *De la remise de la solidité*, 302
§. V. *De la cession des actions du créancier, qu'a droit de demander un débiteur solidaire qui paie le total*, 315
§. VI. *Des actions que le débiteur solidaire qui a payé sans subrogation, peut avoir de son chef, contre ses codébiteurs*, 324

CHAPITRE IV.

De quelques especes particulieres d'Obligations considérées par rapport aux choses qui en sont l'objet, 330

SEC. I. *De l'Obligation d'une choſe indéterminée d'un certain genre*, 331
SEC. II. *Des Obligations dividuelles & des Obligations individuelles*, 340
ART. I. *Quelles Obligations ſont dividuelles, & quelles Obligations ſont individuelles*, ibid.
§. I. *Qu'eſt-ce qu'une Obligation dividuelle, & une Obligation individuelle ?* ibid.
§. II. *Des différentes eſpeces d'indiviſibilité*, 346
§. III. *Pluſieurs eſpeces particulieres d'Obligations à l'égard deſquelles on demande ſi elles ſont diviſibles ou indiviſibles*, 351
De l'Obligation de livrer une piece de terre, ibid.
De l'Obligation d'une corvée ou journée, 354
De l'Obligation de faire quelque Ouvrage, 356
De l'Obligation de donner une certaine ſomme leguée pour la conſtruction d'un Hôpital, ou pour quelque autre fin, ibid.
ART. II. *De la nature & des effets des Obligations diviſibles*, 357
§. I. *Principes Généraux*, ibid.
§. II. *Modifications du premier effet de la diviſion de l'Obligation du côté du débiteur*, 359

§. III. *Du second effet de la division de la dette, qui consiste en ce qu'elle peut être payée par parties,* 376

§. IV. *Du cas auquel la division de la dette se fait, tant de la part du créancier, que du débiteur,* 385

§. V. *Si la réunion des portions, soit des héritiers du créancier, soit des héritiers du débiteur, en une seule personne, fait cesser la faculté de payer la dette par parties,* 386

§. VI. *Différence entre la dette de plusieurs corps certains, & celle de plusieurs choses indéterminées, touchant la maniere dont elles se divisent,* 391

ART. III. *De la nature & des effets des Obligations individuelles,* 393

§. I. *Principes généraux sur la nature des Obligations individuelles,* ibid.

§. II. *De l'effet de l'indivisibilité de l'Obligation* in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du créancier,* 397

§. III. *De l'effet des Obligations* in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du débiteur,* 401

§. IV. *De l'effet des Obligations indivisibles* in non faciendo, 408

CHAPITRE V.

DES Obligations pénales, 412

ART. I. *De la nature des Obligations pénales*, 413
§. I. *Premier Principe*, ibid.
§. II. *Deuxieme Principe*, 416
§. III. *Troiſieme Principe*, ibid.
Quatrime Principe, 417
Cinquieme Principe, 422
ART. II. *Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'Obligation pénale*, 429
§. I. *Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'Obligation de ne pas faire quelque choſe*, ibid.
§. II. *Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'Obligation de donner ou de faire quelque choſe*, 431
ART. III. *Si le débiteur peut en s'acquittant par parties de ſon Obligation, éviter la peine pour partie*, 434
ART. IV. *Si la peine eſt encourue pour le total & par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux*, 440
§. I. *Déciſion de la queſtion à l'égard des Obligations indiviſibles*, 441
§. II. *Déciſion de la queſtion à l'égard des Obligations diviſibles*, 447
ART. V. *Si la peine eſt encourue pour le total, & envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux*, 460

CHAPITRE VI.

DES Obligations acceſſoires des fidéjuſſeurs; & autres qui accedent à celle d'un principal débiteur, 462

SEC. I. *De la nature du cautionnement: définition des cautions des fidéjuſſeurs, & les Corollaires qui en dérivent*, 463

SEC. II. *Diviſion des fidéjuſſeurs ou cautions*, 502

SEC. III. *Des qualités que doivent avoir les cautions*, 504

§. I. *Des qualités que doit avoir une perſonne pour contracter un cautionnement*, ibid.

§. II. *Des qualités requiſes pour qu'une perſonne ſoit reçue à être caution*, 510

§. III *Des cas auxquels un débiteur eſt tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue*, 513

SEC. IV. *Pour qui, envers qui, pour quelle Obligation, & comment le cautionnement peut-il être fait*, 515

§. I. *Pour qui & envers qui*, ibid.

§. II. *Pour quelle Obligation*, 517

§. III. *Comment ſe contractent les cautionnemens*, 523

SEC. V. *De l'étendue du cautionnement*, 525

SEC. VI. *De quelle maniere s'éteignent les*

cautionnements, & des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions, 529
ART. I. *De quelle maniere s'éteignent les cautionnements,* ibid.
ART. II. *De l'exception de discussion,* 532
§. I. *Origine de ce droit,* ibid.
§. II. *Quelles cautions peuvent opposer l'exception de discussion,* 533
§. III. *En quel cas le créancier est-il obligé à la discussion, & quand l'exception de discussion doit-elle être opposée,* 535
§. IV. *Quels biens le créancier est-il obligé de discuter,* 538
§. V. *Aux dépens de qui doit se faire la discussion,* 543
§. VI. *Le créancier qui a manqué à faire la discussion, est-il tenu de l'insolvabilité du débiteur,* ibid.
ART. III. *De l'exception de division,* 546
§. I. *Origine de ce droit,* ibid.
§. II. *Qui sont ceux qui peuvent ou non opposer l'exception de division,* 547
§. III. *Qui sont ceux entre qui la dette doit être divisée,* 548
§. IV. *Un cautionnement peut-il se diviser avec une caution qui n'a pas valablement contracté, & avec une caution mineure,* 552
§. V. *Quand l'exception de division peut-elle être opposée,* 555

§. VI. *De l'effet de l'exception de division*, 558
ART. IV. *De la ceſſion d'actions ou ſubrogation que le créancier eſt tenu d'accorder au fidéjuſſeur qui le paie*, 560
SEC. VII. *Du droit qu'a la caution contre le principal débiteur & contre ſes cofidéjuſſeurs*, 561
ART. I. *Du recours de la caution contre le débiteur principal après qu'elle a payé*, 562
§. I. *Quelles ſont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal, après qu'elle a payé*, ibid.
§. II. *Quel paiement donne lieu à ces actions*, 563
§. III. *Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu à l'action contre le débiteur principal*, 564
Premiere Condition, 565
Deuxieme Condition, 567
Troiſieme Condition, 569
§. IV. *Quand la caution qui a payé peut-elle exercer ſon conrs*, ibid.
§. V. *Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs principaux, la caution a-t-elle action contre chacun d'eux, & pour combien*, 570
ART. II. *Des cas auxquels la caution a ac-*

tion contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé, 573
ART. III. *Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat*, 577
ART. IV. *Des actions de la caution contre ses cofidéjuſſeurs*, 590
SEC. VIII. *De pluſieurs autres eſpeces d'Obligations acceſſoires*. 597
ART. I. *De l'Obligation de ceux qu'on appelle en Droit* Mandatores, ibid.
ART. II. *De l'Obligation des Commettants*, 607
§. I. *En quel ſens les Commettants accedent aux obligations des Contrats de leurs prépoſés, & en quoi ils different des autres débiteurs acceſſoires*, 608
§. II. *En quels cas y a-t-il lieu à l'obligation acceſſoire des Commettants*, 610
§. III. *De l'effet des obligations acceſſoires des Commettants*, 612
§. IV. *De l'Obligation acceſſoire des Commettants qui naît des délits de leurs prépoſés*, 616
§ V. *Des Peres de famille & des Maîtres*, 617
SEC. DERN. *Du Pact* conſtitutæ pecuniæ, 620
§. I. *De ce qui eſt néceſſaire pour la validité du pact* conſtitutæ pecuniæ, 626
§. II. *Si le pact* conſtitutæ pecuniæ *renferme néceſſairement un terme dans lequel on promet payer*, 636

§. III. *Si on peut par le pact* conſtitutæ pecuniæ *s'obliger à plus que ce qui eſt dû, ou à autre choſe que ce qui eſt dû, ou obliger d'une différente maniere.* 637

§. IV. *De l'effet du pact* conſtitutæ pecuniæ, *& de l'obligation qui en naît,* 645

§. V. *De l'eſpece de pact par lequel on promet au créancier de donner certaines ſûretés,* 662

Fin de la Table des Chapitres.

TRAITÉ DES OBLIGATIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. LE terme d'*Obligation* a deux significations.

Dans une signification étendue, *lato ſenſu*, il eſt ſynonyme au terme de *devoir*, & il comprend les Obligations *imparfaites*, auſſi-bien que les Obligations *parfaites*.

On appelle Obligations *imparfaites*, les Obligations dont nous ne ſommes comptables qu'à Dieu, & qui ne donnent aucun droit à perſonne pour en exiger l'accompliſſement : tels ſont les devoirs de charité, de reconnoiſſance ; tel eſt, par exemple, l'obligation de faire l'aumône de

ſon ſuperflu ; cette obligation eſt une véritable obligation, & un riche peche très-griévement, lorſqu'il manque à l'accomplir ; mais c'eſt une obligation imparfaite, parce qu'il n'en eſt comptable qu'à Dieu ſeul : lorſqu'il s'acquitte de cette obligation, le pauvre à qui il fait l'aumône, ne la reçoit pas comme une dette, mais comme un pur bienfait. Il en eſt de même des devoirs de la reconnoiſſance : celui qui a reçu quelque bienfait ſignalé, eſt obligé de rendre à ſon bienfaiteur tous les ſervices dont il eſt capable, lorſqu'il en trouve l'occaſion ; il peche & il ſe déshonore, quand il y manque ; mais ſon bienfaiteur n'a aucun droit d'exiger de lui ces ſervices ; & lorſqu'il les lui rend, ce bienfaiteur reçoit de lui, à ſon tour, un véritable bienfait. Si mon bienfaiteur avoit droit d'exiger de moi que je lui rendiſſe dans la même occaſion les mêmes ſervices qu'il m'a rendus, ce ne ſeroit plus un bienfait qu'il m'auroit fait, mais un vrai commerce ; & les ſervices que je lui rendrois ne ſeroient plus de ma part *reconnoiſſance*, la reconnoiſſance étant eſſentiellement volontaire.

Le terme d'*Obligation* dans un ſens plus propre & moins étendu ne comprend que les Obligations parfaites qu'on appelle auſſi *engagemens perſonnels*, qui donnent

à celui envers qui nous les avons contractés, le droit d'en exiger de nous l'accompliſſement ; & c'eſt de ces ſortes d'Obligations dont il s'agit dans ce Traité.

Les Juriſconſultes définiſſent ces Obligations ou Engagemens perſonnels : un lien de droit qui nous aſtreint envers un autre à lui donner quelque choſe, ou à faire ou ne pas faire quelque choſe, *Vinculum juris quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ.* Inſtit. tit. de oblig. *Obligationum ſubſtantia conſiſtit ut alium nobis obſtringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præſtandum.* L. 3, ff. de oblig.

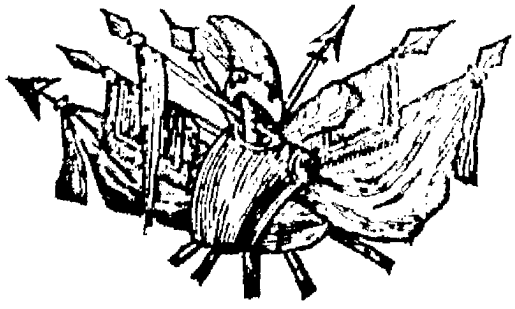
Ces termes *vinculum juris*, ne conviennent qu'à l'Obligation civile : l'Obligation purement naturelle, qui eſt *ſolius æquitatis vinculum*, eſt auſſi, quoique dans un ſens moins propre, une *Obligation parfaite* ; car elle donne, ſinon dans le for extérieur, au moins dans le for de la conſcience, à celui envers qui elle eſt contractée, le droit d'en exiger l'accompliſſement ; au-lieu que l'Obligation imparfaite ne donne pas ce droit. *V. infrà, n.* 197.

Nous diviſerons ce Traité des Obligations en quatre parties : nous verrons dans la premiere ce qui appartient à l'eſſence des Obligations, & leurs effets.

Dans la ſeconde, les différentes diviſions, & les différentes eſpeces d'Obligations.

Dans la troiſieme, les manieres dont s'éteignent les Obligations, & les fins de non-recevoir, ou preſcriptions contre le droit qui en réſulte.

Nous ajouterons une quatrieme partie ſur la preuve, tant des Obligations, que de leur paiement.



PREMIERE PARTIE.

DE CE QUI APPARTIENT A L'ESSENCE des Obligations, & de leurs effets.

CHAPITRE PREMIER.

DE CE QUI APPARTIENT A L'ESSENCE des Obligations.

2. IL eſt de l'eſſence des Obligations, 1°. Qu'il y ait une cauſe d'où naiſſe l'Obligation. 2°. Des perſonnes entre leſquelles elle ſe contracte. 3°. Quelque choſe qui en ſoit l'objet.

Les cauſes des Obligations ſont les contrats, les quaſi-contrats, les délits, les quaſi-délits; quelquefois la loi ou l'équité ſeule.

Nous traiterons, 1°. Des contrats qui ſont la cauſe la plus fréquente d'où naiſſent les Obligations.

2°. Des autres cauſes des Obligations.

3°. Des perſonnes entre qui elles ſe contractent.

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

SECTION PREMIERE.

Des Contrats.

Nous verrons, 1°. ce que c'eſt qu'un Contrat; en quoi il differe de la pollicitation, & quelles ſont les choſes qu'on doit principalement diſtinguer dans chaque Contrat. 2°. Nous rapporterons les différentes diviſions des Contrats. 3°. Nous traiterons des vices généraux qui peuvent ſe rencontrer dans les Contrats. 4°. Des perſonnes qui peuvent, ou ne peuvent pas contracter. 5°. De ce qui peut être l'objet des contrats : nous ferons voir que ce ne peut être qu'une choſe qui concerne les parties contractantes, ſuivant la regle qu'on ne peut valablement ſtipuler ni promettre que pour ſoi, regle que nous tâcherons d'expliquer & de développer. 6°. Nous traiterons des effets des Contrats. 7°. Nous donnerons des regles pour l'interprétation des Contrats. 8°. Nous parlerons du ſerment que les parties ajoutent quelquefois à leurs conventions.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'eſt qu'un Contrat ; en quoi il differe de la pollicitation, & des choſes qu'on doit principalement diſtinguer dans chaque Contrat.

§. I.

Ce que c'eſt qu'un Contrat.

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

Une convention ou un pacte (car ce ont term es ſynonymes) eſt le conſentement de deux ou de pluſieurs perſonnes, ou pour former entr'elles quelque engagement, ou pour en réſoudre un précédent, ou pour le modifier : *Duorum vel plurium in idem placitum conſenſus. L.* 1, §. 1, ff. *de pact.* Domat. p. 1, l. 1, t. 1.

L'eſpece de convention qui a pour objet de former quelque engagement eſt celle qu'on appelle *Contrat.* Les principes du Droit Romain ſur les différentes eſpeces de pactes, & ſur la diſtinction des contrats & des ſimples pactes, n'étant pas fondés ſur le droit naturel, & étant très-éloignés de ſa ſimplicité, ne

ſont pas admis dans notre Droit : ceux qui ſeront curieux de les connoître, pourront conſulter le titre *de pactis* dans notre ouvrage ſur les Pandectes, où ils ſont détaillés.

Delà, il ſuit que dans notre Droit on ne doit point définir le contrat, comme le définiſſent les interprètes du Droit Romain ; *Conventio nomen habens à jure civili, vel cauſam ;* mais qu'on le doit définir : une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou ſeulement l'une des deux, promettent & s'engagent envers l'autre à lui donner quelque choſe, ou à faire ou ne pas faire quelque choſe.

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

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

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

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

§. II.

En quoi le Contrat differe-t-il de la Pollicitation.

4. La définition que nous avons donnée du contrat, fait connoître cette différence. Le contrat renferme le concours des volontés de deux perſonnes, dont l'une promet quelque choſe à l'autre, & l'autre accepte la promeſſe qui lui eſt faite. La Pollicitation eſt la promeſſe qui n'eſt pas encore acceptée par celui à qui elle eſt faite: *Pollicitatio eſt ſolius offe-*

rentis promiſſum. L. 3, ff. de Pollicitat.

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

Quoique la pollicitation ne ſoit pas obligatoire dans les purs termes du Droit naturel, néanmoins le Droit civil qui ajoute au Droit naturel, avoit rendu chez les Romains obligatoires en deux cas les pollicitations qu'un citoyen faiſoit à ſa ville. 1°. Lorſqu'il avoit eu un juſte ſujet de les faire, *putà*, en conſidération de quelque magiſtrature municipale qui lui avoit été déférée *ob honorem*. 2°. Lorſqu'il avoit commencé de les met-

tre à exécution, *L.* 1, §. 1, *& 2 ff. d. t.*

On ne doit plus mettre en queſtion, s'il y a des pollicitations obligatoires dans notre Droit François; l'Ordonnance de 1731, *art.* 3. ayant déclaré qu'il n'y auroit plus que deux manières de diſpoſer de ſes biens à titre gratuit, la donation entre-vifs, & le teſtament: il s'enſuit qu'elle rejette la pollicitation.

§. III.

Des trois choſes qu'on doit diſtinguer dans chaque Contrat.

5. Cujas ne diſtinguoit dans les Contrats, que les choſes qui ſont de l'eſſence du contrat, & celles qui lui ſont accidentelles. La diſtinction qu'ont faite pluſieurs Juriſconſultes du dix-ſeptieme ſiecle, eſt beaucoup plus exacte: ils diſtinguent trois différentes choſes dans chaque contrat, celles qui ſont de l'eſſence du contrat; celles qui ſont ſeulement de la nature du contrat, & celles qui ſont purement accidentelles au contrat.

6. 1°. Les choſes qui ſont de l'eſſence du contrat, ſont celles ſans leſquelles ce contrat ne peut ſubſiſter; faute de l'une de ces choſes: ou il n'y a pas du tout de

contrat, ou c'eſt une autre eſpece de contrat.

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

Dans les exemples que nous venons de rapporter, le défaut de l'une des choſes qui ſont de l'eſſence du Contrat, empêche qu'il n'y ait en tout de contrat ; quelquefois ce défaut change ſeulement l'eſpece du contrat.

Par exemple, étant de l'eſſence du Contrat de vente, qu'il y ait un prix qui conſiſte en une ſomme de deniers que l'acheteur paye, ou s'oblige de payer au vendeur ; s'il eſt porté par un traité que

j'ai fait avec vous, que je vous vendois mon cheval pour un certain livre que vous vous obligiez de me donner pour le prix dudit cheval; ce traité ne renfermera pas un Contrat de vente, ne pouvant pas y avoir de Contrat de vente ſans un prix qui conſiſte en une ſomme d'argent; mais le traité n'eſt pas pour cela nul; il contient une autre eſpece de Contrat, ſçavoir un Contrat d'échange.

Pareillement, étant de l'eſſence du Contrat de vente, non pas, à la vérité, que le vendeur s'oblige précifément à transférer à l'acheteur la propriété de la choſe vendue, dans le cas auquel il n'en feroit pas le propriétaire: mais au moins qu'il ne la retienne pas, s'il en eſt le propriétaire: ſi nous ſommes convenus, que je vous vends un certain héritage pour une certaine ſomme & pour une certaine rente que vous vous obligez de me payer, duquel héritage je m'oblige de vous faire jouir, à la charge néanmoins que la propriété de l'héritage demeurera pardevers moi; cette convention ne renferme pas, à la vérité, un Contrat de vente, étant contre l'eſſence de ce Contrat que le vendeur retienne la propriété; mais il renferme un Contrat de bail: c'eſt ce que dit Labeo en la loi 80, §. 3, ff. *de cont. empt. Nemo poteſt vi-*

deri rem vendidiſſe de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem tranſeat ; ſed hoc aut locatio eſt, aut aliud genus contractûs.

Pareillement, étant de l'eſſence des Contrats de prêt, de mandat, & de dépôt qu'ils ſoient gratuits : ſi je vous ai prêté une choſe, à la charge que vous me payerez une certaine ſomme pour l'uſage de cette choſe ; ce ne ſera pas un Contrat de prêt ; mais ce ſera un autre eſpece de Contrat ; ſavoir, un Contrat de louage. Par la même raiſon, ſi en acceptant la procuration que vous m'avez donnée, ou le dépôt d'une choſe que vous m'avez confiée, j'ai exigé de vous une certaine ſomme pour la récompenſe du ſoin que je donnerois à la garde du dépôt, ou à la geſtion de l'affaire que vous m'avez confiée, le Contrat ne ſera pas un Contrat de dépôt, ni un Contrat de mandat ; mais ce ſera un Contrat de louage, par lequel je vous loue mes ſoins pour la geſtion de votre affaire, ou pour la garde de votre dépôt.

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

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

Elles different des choſes qui ſont de l'eſſence du Contrat, en ce que le Contrat peut ſubſiſter ſans elles, & qu'elles peuvent être excluſes du Contrat par la convention des parties; & elles different des choſes accidentelles au Contrat, en ce qu'elles ſont partie du Contrat, ſans avoir été expreſſément convenues: c'eſt ce qui s'éclaircira par des exemples. Dans le Contrat de vente, l'obligation de garantie que le vendeur contracte envers l'acheteur eſt de la nature du Contrat de vente; c'eſt pourquoi le vendeur contracte en vendant cette obligation envers l'acheteur, quoique les parties contractantes ne s'en ſoient pas expliquées, & qu'il n'en ſoit pas dit le moindre mot dans le Contrat; mais cette obligation étant de la nature, & non de l'eſſence du Contrat de vente, le Contrat de vente peut ſubſiſter ſans cette obligation; & ſi par le Contrat on eſt convenu que le vendeur ne ſera pas obligé à la garantie de la choſe vendue, la convention ſera valable, & ce Contrat ne laiſſera pas d'être un véritable Contrat de vente,

quoique le vendeur ne ſoit pas obligé à la garantie.

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

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

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

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

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

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

Dans le Contrat de vente d'une rente, l'obligation par laquelle le vendeur ſe rend reſponſable de la ſolvabilité des dé-

biteurs tant que la rente durera, eſt une choſe accidentelle au contrat ; car le vendeur ne contracte pas cette obligation par la nature du contrat, il ne la contracte qu'en vertu d'une clauſe particuliere ajoutée au contrat, qui eſt celle qu'on appelle la clauſe *de fournir & faire valoir ;* & cette clauſe, quoiqu'aſſez fréquente dans les Contrats de vente de rente, y doit être exprimée, & ne s'y ſupplée point.

On peut apporter une infinité d'autres exemples.

ARTICLE II.

Diviſion des Contrats.

9. Les diviſions que le Droit Romain fait des contrats, en Contrats nommés & Contrats innommés ; en Contrats *bonæ fidei*, & Contrats *ſtricti Juris*, n'ont pas lieu parmi nous.

Celles reçues dans notre Droit ſont, 1°. en Contrats ſynallagmatiques ou bilatéraux, & en Contrats uni-latéraux.

Les *Synallagmatiques* ou bilatéraux ſont ceux par leſquels chacun des contractans s'engage envers l'autre. Tels ſont les Contrats de vente, de louage, &c.

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

Entre les Contrats ſynallagmatiques ou bilatéraux, on diſtingue ceux qui le ſont parfaitement, & ceux qui le ſont moins parfaitement. Les contrats qui ſont parfaitement ſynallagmatiques ou bilatéraux ſont ceux dans leſquels l'obligation que contracte chacun des contractans, eſt également une obligation principale de ce contrat; tels ſont les Contrats de vente, de louage, de ſociété, *&c.* Par exemple, dans le Contrat de vente, l'obligation que le vendeur contracte de livrer la choſe, & celle que l'acheteur contracte de payer le prix, ſont également obligations principales du Contrat de vente. Les contrats qui ſont moins parfaitement ſynallagmatiques, ſont ceux dans leſquels il n'y a que l'obligation de l'une des parties qui ſoit l'obligation principale du contrat; tels ſont les Contrats de mandat, de dépôt, de prêt à uſage, de nantiſſement : dans ces contrats, l'obligation que contracte le mandataire de rendre compte de ſa commiſſion, celles que contractent le dépoſitaire, l'emprunteur, ou le créancier de rendre la choſe qui leur a été donnée à titre de dépôt, de prêt à uſage, ou de nantiſſement, ſont les ſeules obligations principales de ces contrats : celles que contracte le mandant, ou celui qui a donné la choſe en dépôt,

ou en nantiſſement, ou qui l'a prêtée; ne ſont que des obligations incidentes, auxquelles donne lieu depuis le contrat, la dépenſe qui a été faite par l'autre partie pour l'exécution du mandat, ou pour la conſervation de la choſe donnée à titre de prêt, de dépôt, ou de nantiſſement.

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

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

11. Quoique le ſeul conſentement des parties ſuffiſe pour la perfection des contrats conſenſuels; néanmoins ſi les parties, en contractant une vente, ou un louage, ou quelqu'autre eſpece de marché, ſont convenues d'en paſſer un acte pardevant Notaires, avec intention que

le marché ne ſeroit parfait & conclu que lorſque l'acte auroit reçu ſa forme entiere par la ſignature des parties & du Notaire, le contrat ne recevra effectivement ſa perfection que lorſque l'acte du Notaire aura reçu la ſienne ; & les parties, quoique d'accord ſur les conditions du marché, pourront licitement ſe dédire avant que l'acte ait été ſigné. C'eſt la déciſion de la fameuſe loi, *Contractus* 17, *cod. de fid. inſtr.* qui ſe trouve auſſi aux *inſtit. tit. de cont. empt.* Mais ſi en ce cas l'acte ou l'inſtrument eſt requis pour la perfection du contrat, ce n'eſt pas par la nature du contrat, qui de ſoi n'exige pour ſa perfection que le ſeul conſentement des parties ; c'eſt parce que les parties contractantes l'ont voulu, & qu'il eſt permis aux parties qui contractent, de faire dépendre leur obligation, de telle condition que bon leur ſemble.

Obſervez que la convention, qu'il ſera paſſé acte devant Notaires d'un marché, ne fait pas par elle-même dépendre de cet acte la perfection du marché ; il faut qu'il paroiſſe que l'intention des parties, en faiſant cette convention, a été de l'en faire dépendre ; c'eſt pourquoi il a été jugé par un Arrêt de 1595, rapporté par Mornac *ad d. L.* 17, qu'une partie ne pouvoit ſe dédire d'un traité de

vente fait ſous les ſignatures des parties, quoiqu'il y eût la clauſe, qu'il en ſeroit paſſé acte pardevant Notaires, & que cet acte n'eût pas encore été paſſé ; parce qu'on ne pouvoit pas conclure de cette clauſe ſeule, que les parties euſſent voulu faire dépendre de l'acte devant Notaires la perfection de leur marché; cette clauſe ayant pu être ajoutée ſeulement pour en aſſurer davantage l'exécution, par les hypotheques que donne un acte devant Notaire, & à cauſe du riſque qu'un acte ſous ſignatures privées court de s'égarer.

Mais lorſque le marché eſt verbal, il eſt plus facile à la partie à qui on en demande l'exécution, de s'en dédire en ſoutenant que le marché n'étoit que projeté juſqu'à la ſignature de l'acte devant Notaire qu'on étoit convenu d'en paſſer; parce que les marchés dont l'objet excede cent livres, ne pouvant ſe prouver par témoins, & n'y ayant par conſéquent en ce cas d'autre preuve du marché, que cette déclaration, elle doit être priſe en ſon entier ; comme nous le verrons en la quatrieme Partie, *n.* 799.

Lorſqu'il y a un acte ſous ſignatures privées d'un marché qui n'a pas reçu ſa perfection entiere par les ſignatures de toutes les perſonnes exprimées par l'acte, quelqu'une d'elles s'étant retirée ſans ſi-

gner, celles qui ont ſigné peuvent ſe dédire, & ſont crues à dire, qu'en faiſant dreſſer cet acte, elles ont eu intention de faire dépendre de la perfection de cet acte, leur convention. C'eſt ſur ce principe que par Arrêt du 15 Décembre 1654, rapporté par Soefve, *t.* 1, *cent*, 4, *chap.* 75, la vente d'un office faite par une veuve, tant en ſon nom que comme tutrice de ſon fils mineur, à un particulier, par un acte ſous ſignatures privées, fut déclarée imparfaite, & ce particulier, qui avoit ſigné l'acte, renvoyé de la demande de la veuve, aux fins d'exécution de cet acte; parce que l'acte n'avoit point reçu toute ſa perfection, n'ayant pas été ſigné par le curateur du mineur, qui avoit été nommé dans l'acte, comme y comparoiſſant pour le mineur, quoiqu'il y fût inutile.

12. La troiſieme diviſion des contrats, eſt en Contrats intéreſſés de part & d'autre, Contrats de bienfaiſance, & Contrats mixtes.

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

Les Contrats de bienfaiſance ſont ceux

qui ne ſe font que pour l'utilité de l'une des parties contractantes, tels ſont le prêt à uſage, le prêt de conſomption, le dépôt & le mandat.

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

13. Les Contrats intéreſſés de part & d'autre ſe ſubdiviſent en Contrats *commutatifs*, & Contrats *aléatoires.*

Les Contrats *commutatifs* ſont ceux par leſquels chacune des parties contractantes donne & reçoit ordinairement l'équivalent de ce qu'elle donne ; tel eſt le Contrat de vente ; le vendeur doit donner la choſe vendue & recevoir le prix, qui en eſt l'équivalent ; l'acheteur doit donner le prix, & recevoir la choſe vendue, qui en eſt l'équivalent.

On les diſtribue en quatre claſſes : *DO ut des*, *FACIO ut facias*, *FACIO ut des*, *DO ut facias.*

Les Contrats *aléatoires* ſont ceux par leſquels l'un des contractans, ſans rien donner de ſa part, reçoit quelque choſe de l'autre, non par libéralité, mais comme le prix du riſque qu'il a couru ; tous

tous les jeux ſont des Contrats de cette nature, auſſi-bien que les gageures, & les contrats d'aſſurance.

14. Une quatrieme diviſion des Contrats, eſt en Contrats *principaux* & contrats *acceſſoires*. Les Contrats *principaux* ſont ceux qui interviennent principalement, & pour eux-mêmes; les Contrats *acceſſoires*, ſont ceux qui interviennent pour aſſurer l'exécution d'un autre Contrat; tels ſont les Contrats de cautionnement & de nantiſſement.

15. Une cinquieme diviſion de Contrats, eſt en ceux qui ſont aſſujettis par le Droit Civil à certaines regles ou à certaines formes, & ceux qui ſe reglent par le pur Droit naturel.

Ceux qui ſont aſſujettis parmi nous à certaines regles ou à certaines formes, ſont le contrat de mariage, le contrat de donation, le contrat de lettre de change, le contrat de conſtitution de rente: les autres conventions ne ſont, ſelon nos mœurs, aſſujetties à aucunes formes, ni à aucunes regles arbitraires preſcrites par la Loi civile; & pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux loix & aux bonnes mœurs, & qu'elles interviennent entre perſonnes capables de contracter, elles ſont obligatoires, & produiſent une action. Si nos loix ordonnent que celles

dont l'objet excede la ſomme de cent livres, ſoient rédigées par écrit, elles n'ont en vue en cela que de régler la maniere dont elles doivent être prouvées, dans les cas où l'on diſconviendroit qu'elles fuſſent intervenues ; mais leur intention n'eſt pas que l'écrit ſoit de la ſubſtance de la convention ; elle eſt ſans cela valable, & les contractans qui ne nient pas qu'elle ſoit intervenue, peuvent être contraints de l'exécuter ; on peut même ordinairement déférer le ſerment déciſoire à celui qui en diſconviendroit ; l'écrit n'eſt néceſſaire que pour la preuve, & non pour la ſubſtance de la convention.

ARTICLE III.

Des différents vices qui peuvent ſe rencontrer dans les Contrats.

16. Les vices qui peuvent ſe rencontrer dans les Contrats, ſont l'erreur, la violence, le dol, la léſion, le défaut de cauſe dans l'engagement, le défaut de lien. Nous traiterons de ces différents défauts dans autant de paragraphes ſéparés.

A l'égard des vices qui réſultent de l'inhabileté de quelqus-unes des parties contractantes, ou de ce qui fait l'objet des Contrats, nous en traiterons dans les articles ſuivans.

§. I.

De l'Erreur.

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

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

in corpore dissensimus, emptio nulla est, L. 9, ff. *de contr. empt.*

18. L'erreur annulle la convention, non-seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractans ont eu principalement en vue, & qui fait la substance de cette chose; c'est pourquoi si, voulant acheter une paire de chandeliers d'argent, j'achete de vous une paire de chandeliers que vous me présentez à vendre, que je prends pour des chandeliers d'argent, quoiqu'ils ne soient que de cuivre argenté; quand même vous n'auriez eu aucun dessein de me tromper, étant dans la même erreur que moi, la convention sera nulle, parce que l'erreur dans laquelle j'ai été, détruit mon consentement; car la chose que j'ai voulu acheter, est une paire de chandeliers d'argent; ceux que vous m'avez présentés à vendre, étant des chandeliers de cuivre, on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter. C'est ce que Julien décide en une espece à-peu-près semblable, *en la loi* 41. §. 1. ff. *d. t.* & Ulpien *en la loi* 14, ff. *d. t.* lorsqu'il dit, *si æs pro auro veneat, non valet.*

Il en est autrement lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité accidentelle de la chose: par exemple, j'achete

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

19 L'erreur ſur la perſonne avec qui je contracte, détruit-elle pareillement le conſentement, & annulle-t-elle la convention ? Je penſe qu'on doit décider cette queſtion par une diſtinction. Toutes les fois que la conſidération de la perſonne avec qui je veux contracter, entre pour quelque choſe dans le contrat que je veux faire ; l'erreur ſur la perſonne détruit mon conſentement, & rend par conſéquent la convention nulle : par exemple, ſi voulant donner ou prêter une choſe à Pierre, je la donne ou je la prête à Paul

que je prends pour Pierre ; cette donation & ce prêt ſont nuls, par défaut de conſentement de ma part ; car je n'ai pas voulu donner, ni prêter cette choſe à Paul, je ne l'ai voulu donner ou prêter qu'à Pierre ; la conſidération de la perſonne de Pierre entroit dans la donation ou le prêt que je voulois faire.

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

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

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

Au contraire, lorſque la conſidération de la perſonne avec qui je croyois contracter, n'eſt entrée pour rien dans le contrat, & que le contrat eſt un contrat que j'aurois également voulu faire avec quelque perſonne que ce fût, comme avec celui avec qui j'ai cru contracter; le contrat doit être valable : par exemple, j'ai acheté chez un Libraire un livre en blanc, qu'il s'eſt obligé de me livrer relié : quoique ce Libraire en me le vendant, ait cru le vendre à Pierre à qui je reſſemble, qu'il m'ait nommé du nom de Pierre en me le vendant, ſans que je l'aie déſabuſé; cette erreur en laquelle il a été ſur la perſonne à qui il vendoit ſon livre, n'annulle pas la convention, & ne peut fonder le refus qu'il feroit de me livrer ce livre pour le prix convenu, dans le cas auquel le livre depuis le marché, ſeroit enchéri : car quoiqu'il ait cru vendre ſon livre à Pierre, néanmoins comme il lui étoit indifférent à qui il débitât ſa marchandiſe, ce n'eſt pas préciſément & perſonnellement à Pierre qu'il a voulu vendre ce livre; mais à la perſonne qui lui donneroit le prix qu'il

demandoit, quelle qu'elle fût, & par conſéquent il eſt vrai de dire que c'eſt à moi qui étois cette perſonne, à qui il a voulu vendre ſon livre, & envers qui il s'eſt obligé de le livrer: c'eſt l'avis de Barbeyrac ſur Puffendorf, *L.* 3, *ch.* 6, *n.* 7, *Not.* 2.

30. L'erreur dans le motif, annulle-t-elle la convention? Puffendorf, *L.* 3, *chap.* 6, *n.* 7. penſe qu'elle l'annulle, pourvu que j'aie fait part, à celui avec qui je contractois, de ce motif erronné qui me portoit à contracter; parce qu'en ce cas, les parties doivent, ſuivant ſon avis, être cenſées avoir voulu faire dépendre leur convention, de la vérité de ce motif, comme d'une eſpece de condition. Il rapporte, pour exemple, le cas auquel ſur un faux avis de la mort de mes chevaux, j'en aurois acheté, en faiſant part dans la converſation à mon vendeur, de la nouvelle que j'avois eue; il penſe que dans ce cas, lorſque j'aurai eu avis de la fauſſeté de la nouvelle, je pourrai me diſpenſer de tenir le marché, pourvu qu'il n'ait pas encore été exécuté ni de part ni d'autre, & à la charge par moi de dédommager le vendeur, s'il ſouffroit quelque choſe de l'inexécution du marché.

Barbeyrac fait très-bien remarquer

l'inconſéquence de cette raiſon ; car s'il étoit vrai que nous euſſions fait dépendre notre convention, de la vérité de la nouvelle que j'avois eue, la nouvelle ſe trouvant fauſſe, la convention ſeroit abſolument nulle, *defectu conditionis* ; & le vendeur ne pourroit par conſéquent prétendre aucuns dommages & intérêts pour ſon inexécution. Barbeyrac décide enſuite fort bien, que cette erreur dans le motif ne donne aucune atteinte à la convention : en effet, de même que dans les legs, la fauſſeté du motif dont le teſtateur s'eſt expliqué, n'influe pas ſur le legs & ne l'empêche pas d'être valable, (*inſtit. tit. de legat.* §. 32. *l.* 72. §. 6. ff. *de cond. & dem.*) parce qu'il n'en eſt pas moins vrai que le teſtateur a voulu faire le legs, & qu'on ne peut pas conclure de ce qu'il a dit ſur le motif qui le portoit à léguer, qu'il a voulu faire dépendre ſon legs de la vérité de ce motif comme d'une condition, ſi cela n'eſt juſtifié d'ailleurs ; de même & à bien plus forte raiſon doit-on décider, à l'égard des conventions, que l'erreur dans le motif qui a porté l'une des parties à contracter, n'influe pas ſur la convention, & ne l'empêche pas d'être valable ; parce qu'il y a beaucoup moins lieu de préſumer que les parties aient voulu faire dépendre leur convention de

la vérité de ce motif, comme d'une condition; les conditions devant s'interpréter *prout ſonant*, & les conditions qui n'y peuvent être appoſées que par la volonté des deux parties, devant s'y ſuppléer bien plus difficilement que dans les legs.

§. II.

Du défaut de liberté.

21. Le conſentement qui forme les conventions doit être libre; ſi le conſentement de quelqu'un des contractans a été extorqué par violence, le contrat eſt vicieux; au reſte, comme le conſentement quoiqu'extorqué par violence eſt un conſentement tel quel, *voluntas coacta eſt voluntas* (*gloſſ. ad L* 21, §. 5. *ff. quod met. cauſ.*) on ne peut pas dire comme dans le cas de l'erreur, qu'il n'y ait point eu abſolument de contrat; il y en a un, mais il eſt vicieux; & celui dont le conſentement a été extorqué par violence, ou bien ſes héritiers ou ceſſionnaires peuvent le faire annuller & reſcinder, en obtenant pour cet effet des lettres de reſciſion.

Que ſi depuis que la violence a ceſſé, il a approuvé le contrat, ſoit expreſſément, ſoit tacitement en laiſſant paſſer

le temps de la reſtitution qui eſt de dix ans, depuis que la violence a ceſſé ; le vice du contrat eſt purgé.

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

23. Lorſque la violence qu'on a exercée contre moi pour me contraindre à contracter, a été exercée par un tiers, ſans que celui avec qui j'ai contracté en ait été participant ; le Droit civil ne laiſſe pas de venir à mon ſecours, & il reſcinde toutes les obligations contrac-

tées par violence, de quelque part que ſoit venue la violence; c'eſt ce qui réſulte de ces termes de la loi 9, §. 1, ff. *Quod met. Prætor generaliter* *, & *in REM loquitur*: mais Grotius prétend que ce n'eſt en ce cas que du Droit civil que je tiens la reſciſion de mon obligation qui ſeroit valable dans les termes du pur Droit naturel; il n'y a, ſelon lui, que le droit civil qui répute pour imparfait mon conſentement, à cauſe du trouble d'eſprit que m'a cauſé la violence, à peu près de la même maniere qu'il répute pour imparfait le conſentement des mineurs, lorſqu'il leur accorde la reſtitution contre leurs contrats *propter infirmitatem judicii*; mais ſelon cet auteur, aux termes du pur Droit naturel, mon conſentement quoique donné dans le trouble que cauſe la violence, ne laiſſe pas d'être un vrai conſentement ſuffiſant pour former une obligation, de même que celui d'un mineur, quoiqu'il n'ait pas encore toute la maturité d'entendement, que donne un âge plus avancé.

Puffendorf & Barbeyrac penſent au

*Id eſt: impersonaliter loquitur, de ſolâ re, de ſolâ vi illatâ, non attendens per quem illata ſit, an per ipſum cum quo invitus contraxi, an per alium: c'eſt pourquoi les Baſiliques ont retranché les termes *ſciente emptore* qui ſe trouvent dans la Loi 5. *cod. de his quæ vi, &c.* étant indifférent, que celui à qui j'ai été contraint par violence de vendre, ait eu connoiſſance ou non de cette violence.

contraire, que dans les termes même du pur Droit naturel, lorſque j'ai été contraint par violence à contracter, le contrat ne m'oblige point, quoique celui avec qui j'ai contracté n'ait eu aucune part à la violence.

Voici la raiſon qu'en apporte Barbeyrac. Il eſt vrai, dit-il, qu'un conſentement quoiqu'extorqué par violence, eſt un conſentement, *coacta voluntas, voluntas eſt*; & il ſuffit pour nous rendre coupables, lorſque nous conſentons, quoique contraints, à faire ce que la loi naturelle défend, ou à nous abſtenir de ce qu'elle commande; ainſi un Chrétien étoit coupable, lorſqu'il ſacrifioit aux Idoles, quoiqu'il y fût contraint par la crainte de la mort & des ſupplices: mais quoique le conſentement extorqué par violence ſoit un vrai conſentement, il ne ſuffit pas pour nous obliger valablement, à donner ou à faire ce que nous avons promis à quelqu'un; parce que la loi naturelle ayant ſoumis à notre choix libre & ſpontanée, tout ce qu'elle permet, ce ne peut être que par un conſentement libre & ſpontanée, que nous pouvons nous obliger envers quelqu'un, à lui donner ou à faire ce que la loi naturelle nous permettoit de lui donner ou de ne lui pas donner, de faire ou de ne pas faire.

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

24. Puffendorf excepte un cas auquel l'obligation, quoique contractée par l'impreſſion de la crainte que me cauſe la violence qu'on exerce ſur moi, ne laiſſe pas d'être valable; c'eſt le cas auquel j'aurois promis quelque choſe à quelqu'un pour qu'il vînt à mon ſecours, & qu'il me délivrât de la violence qu'un autre exerçoit ſur moi : par exemple, ſi étant attaqué par des voleurs, j'apperçois quelqu'un à qui je promets une ſomme pour qu'il me vienne délivrer d'entre leurs mains; cette obligation, quoique con-

tractée ſous l'impreſſion de la crainte de la mort, ſera valable. C'eſt auſſi la déciſion de la loi 9, §. 1, *ff. Quod met. cauſ. Eleganter Pomponius ait : ſi quò magis te de vi hoſtium vel latronum tuerer, aliquid à te accepero, vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri. . . . ego enim operæ potiùs meæ mercedem accepiſſe videor.*

Néanmoins ſi j'avois promis une ſomme exceſſive, je pourrois faire réduire mon obligation à la ſomme à laquelle on apprécieroit la juſte récompenſe du ſervice qui m'a été rendu.

25. La violence qui fait pécher le contrat par défaut de liberté, doit, ſelon les principes du Droit Romain, être une violence capable de faire impreſſion ſur une perſonne courageuſe, *metus non vani hominis, ſed qui in homine conſtantiſſimo cadat*, *L.* 6, *ff. dicto titulo.*

Il faut que la partie qui prétend avoir été forcée à contracter, ait été intimidée par la crainte d'un grand mal, *metu majoris malitatis*, *L.* 5, *ff. d. tit.* ſoit en ſa propre perſonne, ſoit en celle de ſes enfans, ou de quelqu'autre de ſes proches, *nam nihil intereſt in ſe quis veritus ſit, an in liberis ſuis*, *L.* 8, §. 3. *d. tit.* Il faut que ce ſoit un mal qu'elle ait été menacée d'endurer ſur le champ, ſi elle ne faiſoit ce qu'on lui propoſoit, *metum præ-*

ſentem, non ſuſpicionem inferendi ejus, L. 9. ff. dicto titulo.

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

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

Que ſi c'eſt par le fait d'un tiers que je me ſuis laiſſé vainement intimider; & que celui avec qui j'ai contracté, n'y ait au-

cune part, le contrat ſera valable, & j'aurai ſeulement l'action *de dolo* contre celui qui m'a intimidé.

Tous ces principes du Droit Romain ſont très-juſtes & pris dans le Droit naturel, ſauf que celui qui ne connoît d'autre crainte ſuffiſante pour faire pécher un contrat par défaut de liberté, que celle qui eſt capable de faire impreſſion ſur l'homme le plus courageux, eſt trop rigide, & ne doit pas être parmi nous ſuivie à la lettre; mais on doit en cette matiere avoir égard à l'âge, au ſexe & à la condition des perſonnes; & telle crainte qui ne ſeroit pas jugée ſuffiſante pour avoir inſuffiſamment intimidé l'eſprit d'un homme d'un âge mûr, & d'un militaire, & pour faire en conſéquence reſcinder le contrat qu'il aura fait, peut être jugée ſuffiſante à l'égard d'une femme ou d'un vieillard. Voyez Brunneman *ad L.* 6, *ff. quod met. c.* & les Docteurs par lui cités.

26. La violence qui peut donner lieu à la reſciſion du contrat, doit être une violence injuſte, *adverſus bonos mores*, *L.* 3, §. 1, *ff. d. tit.* Les voies de droit ne peuvent jamais paſſer pour une violence de cette eſpece; c'eſt pourquoi un débiteur ne peut jamais ſe pourvoir contre un contrat qu'il a fait avec ſon créan-

cier, ſur le ſeul prétexte qu'il a été intimidé par les menaces que ce créancier lui a faites d'exercer contre lui les contraintes par corps qu'il avoit droit d'exercer, ni même ſur le prétexte qu'il a fait ce contrat en priſon, lorſque le créancier a eu droit de l'empriſonner; la Loi 22, *ff. quod met. cauſ.* qui dit : *qui in carcerem quem detruſit ut aliquid ei extorqueret, quicquid ob hanc cauſam factum eſt, nullius momenti eſt,* doit s'entendre d'un empriſonnement injuſte. V. Wiſſenbach, *P.* 1, *diſp.* 13, *n.* 22.

27. La crainte de déplaire à un pere, à une mere, ou autres perſonnes à qui on doit des égards, n'eſt pas non plus une crainte qui rende vicieux le contrat fait par l'impreſſion de cette eſpece de crainte. *L.* 22, *ff. de Rit. nupt. L.* 26, §. 1, *ff. de pign. & hyp.* Duaren *ad h. T. &* Wiſſenbach, *diſp.* 13, *th.* 13, *&c.* Mais ſi celui qui a une perſonne ſous ſa puiſſance avoit employé les mauvais traitemens ou les menaces pour la forcer à contracter, le contrat pourroit, ſelon les circonſtances, être ſujet à reſciſion.

§. III.
Du Dol.

28. On appelle Dol toute eſpece d'artifice dont quelqu'un ſe ſert pour tromper

un autre. *Labeo definit dolum, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, adhibitam. L.* 1, §. 2, *ff. de dol.*

29. Lorſqu'une partie a été engagée à contracter par le Dol de l'autre, le contrat n'eſt pas abſolument & eſſentiellement nul, parce qu'un conſentement, quoique ſurpris, ne laiſſe pas d'être conſentement; mais ce contrat eſt vicieux, & la partie qui a été ſurpriſe, peut dans les dix ans, en prenant des lettres de reſciſion, le faire reſcinder, parce qu'il peche contre la bonne foi qui doit régner dans les contrats. Ajoutez que ſi ma promeſſe m'engage envers vous, le dol que vous avez commis envers moi, en ſurprenant de moi cette promeſſe, vous engage à m'indemniſer, & par conſéquent à me décharger de cette promeſſe.

30. Dans le for intérieur on doit regarder comme contraire à cette bonne foi, tout ce qui s'écarte tant ſoit peu de la ſincérité la plus exacte & la plus ſcrupuleuſe; la ſeule diſſimulation ſur ce qui concerne la choſe qui fait l'objet du marché, que la partie avec qui je contracte auroit intérêt de ſavoir, eſt contraire à cette bonne foi; car nous étant commandé d'aimer notre prochain autant que nous-mêmes, il ne peut nous être

permis de lui rien cacher de ce que nous n'aurions pas voulu qu'on nous cachât, ſi nous euſſions été à ſa place. Cette matiere a été traitée au long en notre Traité du Contrat de Vente, *Part* 2, *ch.* 2, *Part.* 3, *Sect.* 2.

Dans le for extérieur une partie ne ſeroit pas écoutée à ſe plaindre de ces légeres atteintes que celui avec qui il a contracté auroit donné à la bonne foi; autrement il y auroit un trop grand nombre de conventions qui ſeroient dans le cas de la reſciſion; ce qui donneroit lieu à trop de procès, & cauſeroit un dérangement dans le commerce; il n'y a que ce qui bleſſe ouvertement la bonne foi, qui ſoit dans ce for, regardé comme un vrai dol ſuffiſant pour donner lieu à la reſciſion du contrat; telles que toutes les mauvaiſes manœuvres, & tous les mauvais artifices qu'une partie auroit employés pour engager l'autre à contracter; & ces mauvaiſes manœuvres doivent être pleinement juſtifiées. *Dolum nonniſi per ſpicuis indiciis probari convenit. L.* 6, *cod. de dol. mal.*

31. Il n'y a que le Dol qui a donné lieu au contrat, qui puiſſe donner lieu à la reſciſion; c'eſt-à-dire, le Dol par lequel l'une des parties a engagé l'autre à contracter, qui n'auroit pas contracté

ſans cela ; tout autre dol qui intervient dans les contrats, donne ſeulement lieu à des dommages & intérêts, pour la réparation du tort qu'il a causé à la partie qui a été trompée.

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

§. IV.

De la léſion entre Majeurs.

33. L'équité doit regner dans les conventions ; d'où il ſuit que dans les contrats intéreſſés dans leſquels l'un des contractans donne ou fait quelque choſe, pour recevoir quelqu'autre choſe, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la léſion que ſouffre l'un des contractans, quand même l'autre n'auroit recours à aucun artifice pour le tromper,

eſt ſeule ſuffiſante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. Car l'équité en fait de commerce, conſiſtant dans l'égalité, dès que cette égalité eſt bleſſée, & que l'un des contractans donne plus qu'il ne reçoit; le contrat eſt vicieux, parce qu'il peche contre l'équité qui y doit régner.

D'ailleurs, il y a de l'imperfection dans le conſentement de la partie léſée; car elle n'a voulu donner ce qu'elle a donné par le contrat, que dans la fauſſe ſuppoſition, que ce qu'elle recevoit à la place, valoit autant que ce qu'elle donnoit; & elle étoit dans la diſpoſition de ne vouloir le donner, ſi elle eût ſçu que ce qu'elle recevoit, valoit moins.

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

34. 2°. Quoique toute léſion quelle qu'elle ſoit, rende les contrats iniques,

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

On eſtime communément *énorme* la léſion qui excede la moitié du juſte prix ; celui qui a ſouffert cette léſion, peut dans les dix ans du contrat, en obtenant des lettres de reſciſion, en demander la nullité. V. ſur cette action reſciſoire notre Traité du Contrat de Vente, *P.* 5, *c.* 2, *S.* 2.

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

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

C'eſt ce que les Praticiens appellent lé-

ſion *du tiers au quart*, c'eſt-à-dire, une léſion qui roule entre le tiers & le quart; qui peut ne pas aller tout-à-fait juſqu'au tiers, mais qui doit au moins excéder le quart : par exemple, ſi j'ai été léſé dans un partage dans lequel il auroit dû me revenir douze mille livres pour mon lot, il n'eſt pas néceſſaire pour que je puiſſe me pourvoir contre, que la léſion que j'ai ſoufferte aille juſqu'à la ſomme de quatre mille livres qui eſt le tiers de ce que j'aurois dû avoir, il ſuffit qu'elle excede celle de trois mille livres qui en eſt le quart. *Imbert. enchirid. au titre diviſ. & partage mal fait.*

36. Au contraire il y a certaines conventions contre leſquelles les majeurs ne peuvent être reſtitués, pour cauſe de léſion quelque énorme qu'elle ſoit.

Telles ſont les tranſactions, ſuivant l'Edit de François II. du mois d'Avril 1560. On appelle tranſactions les conventions qui ſe font ſur des prétentions pour leſquelles il y avoit entre les parties procès mû, ou prêt à mouvoir.

La raiſon de l'Edit ſe tire de la nature particuliere de ces conventions. Dans les autres contrats *intéreſſés*, chacun des contractans a intention de recevoir autant qu'il donne, & de ne rien relâcher de ce qui lui appartient : ſon conſentement n'eſt

n'eſt donc pas entiérement parfait, lorſqu'il eſt léſé, puiſqu'en ce cas il part d'une erreur dans laquelle il eſt, qu'il reçoit autant qu'il donne; & c'eſt ſur le fondement de ce défaut dans ſon conſentement, qu'il eſt admis à ſe faire reſtituer contre le contrat. Au contraire, dans les *Tranſactions*, par la nature même de ces conventions, les contractans ont intention d'éviter un procès, même aux dépens de ce qui leur appartient.

De ces principes, il ſuit que la diſpoſition de l'Edit ne doit pas être étendue à des conventions, qui ne décideroient aucune conteſtation, & qui, par exemple, ne contiendroient autre choſe qu'un partage, encore bien qu'elles euſſent été qualifiées par le Notaire de *Tranſaction*; car ce n'eſt pas le nom que le Notaire donne à l'acte, mais la nature de l'acte, qui en doit régler l'effet.

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

Tel eſt le Contrat de vente des droits ſucceſſifs, car l'incertitude des dettes

qui peuvent ſurvenir, rend très-incertain le prix des droits ſucceſſifs.

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

38. Un acheteur qui achete un héritage plus de moitié au-delà du juſte prix, n'eſt pas auſſi admis à la reſtitution, lorſque ce qui excede le prix intrinſéque, c'eſt le prix de l'affection: c'eſt ce que nous avons expliqué dans notre Traité du Contrat de Vente, *Part.* 2, *chap.* 2, *art.* 4, §. 2.

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

La raiſon de ce droit peut être, que nos peres faiſoient conſiſter la richeſſe dans les biens-fonds, & faiſoient peu de cas des meubles: delà vient que dans la plupart des matieres de notre Droit François, les meubles ſont peu conſidérés.

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

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

§. V.

De la léſion entre Mineurs

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

L'Ordonnance de 1539. *art.* 134. a limité le temps dans lequel ils doivent de-

mander cette reſtitution ; elle ne permet pas de les y recevoir, après qu'ils ont accompli l'âge de trente-cinq ans.

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

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

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

§. VI.

Du défaut de cauſe dans le Contrat.

42. Tout engagement doit avoir une cauſe honnête. Dans les contrats *intéreſſés*, la cauſe de l'engagement que contracte l'une des parties, eſt ce que l'autre partie lui donne, ou s'engage de lui

donner, ou le riſque dont elle ſe charge. Dans les contrats de *Bienfaiſance*, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, eſt une cauſe ſuffiſante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Mais lorſqu'un engagement n'a aucune cauſe, ou, ce qui eſt la même choſe, lorſque la cauſe pour laquelle il a été contracté, eſt une cauſe fauſſe, l'engagement eſt nul, & le contrat qui le renferme eſt nul : par exemple, ſi croyant fauſſement vous devoir une ſomme de dix mille livres qui vous avoit été léguée par le teſtament de mon pere, qui a été révoqué par un codicile dont je n'avois pas connoiſſance, je me ſuis engagé de vous donner un certain héritage en paiement de cette ſomme ; ce contrat eſt nul, parce que la cauſe de mon engagement qui étoit l'acquittement de cette dette, eſt une cauſe qui s'eſt trouvée fauſſe ; c'eſt pourquoi la fauſſeté de la cauſe étant reconnue, non-ſeulement vous ne pouvez avoir d'action pour vous faire livrer l'héritage ; mais ſi je vous l'avois déja livré, j'aurois action pour vous le faire rendre, & cette action s'appelle *condictio ſine causâ. Vid. tit. ff. de cond. ſine causâ.*

43. Lorſque la cauſe pour laquelle l'engagement a été contracté, eſt une cauſe

qui bleſſe la juſtice, la bonne foi, ou les bonnes mœurs, cet engagement eſt nul, ainſi que le contrat qui le renferme. Ce principe ſert à décider une queſtion qui ſe préſente ſouvent : une terre ſeigneuriale a été ſaiſie réellement ſur un débiteur, & adjugée par décret ; la partie ſaiſie a une convention avec l'ajudicataire qu'il lui donneroit une certaine ſomme pour qu'elle lui remît les titres. On demande ſi cette convention eſt valable ? La déciſion dépend de ſavoir ſi la cauſe de cette convention bleſſe la juſtice. Il eſt certain qu'elle la bleſſe, car les titres d'une Seigneurie ſont un acceſſoire de cette Seigneurie, comme les clefs le ſont d'une maiſon ; or, il eſt de la nature des choſes acceſſoires qu'elles appartiennent à celui à qui la choſe principale appartient ; *acceſſoria ſequuntur jus ac dominium rei principalis* : les titres appartiennent donc à l'adjudicataire ; l'adjudication en lui transférant la propriété de la Seigneurie, lui a transféré celles des titres : la partie ſaiſie lorſqu'elle a hypothéqué cette Seigneurie, a conſenti qu'à défaut de paiement, le créancier pût la vendre par décret, & elle s'eſt dès-lors obligée à la délaiſſer, avec les titres, à l'adjudicataire, comme ſi elle l'eût vendue elle-même : elle ne peut donc ſans injuſtice

les retenir ; la convention par laquelle elle exige de l'adjudicataire de l'argent pour les lui remettre, a donc une cauſe qui bleſſe la juſtice, ce qui la rend nulle ; c'eſt pourquoi, non-ſeulement elle ne donne aucune action à la partie ſaiſie, pour exiger la ſomme qui lui a été promiſe ; mais ſi l'adjudicataire l'avoit payée, il auroit l'action contr'elle pour la répéter.

43. Obſervez à l'égard de cette action, qu'on doit bien diſtinguer, ſi la cauſe pour laquelle on a promis quelque choſe, bleſſoit la juſtice ou les bonnes mœurs ; du côté ſeulement de la partie qui ſtipuloit, ou de la part des deux parties : un exemple du premier cas, eſt celui que nous venons de rapporter ci-deſſus lorſque le ſaiſi a ſtipulé une certaine ſomme de l'adjudicataire pour qu'il remette les titres ; ce n'eſt que de la part du ſaiſi que la juſtice eſt bleſſée, l'adjudicataire n'a, de ſon côté, bleſſé ni la juſtice ni les bonnes mœurs, en promettant cette ſomme pour avoir des titres dont il avoit beſoin, & qu'on ne vouloit pas lui remettre ſans cela ; c'eſt dans ce cas & dans les cas ſemblables, qu'il y a lieu à la répétition de ce qui a été donné en exécution de la convention.

Un exemple du ſecond cas, eſt lorſqu'un officier a promis une certaine ſom-

me à un ſoldat, s'il ſe battoit en duel contre un ſoldat d'un autre Régiment; la cauſe de cet engagement bleſſe les bonnes mœurs de la part des deux parties; car l'Officier n'a pas moins bleſſé les loix & les bonnes mœurs, en faiſant cette promeſſe à ſon ſoldat, que le ſoldat à qui il l'a faite. Ce ſecond cas convient avec le premier, en ce que de même que dans le premier cas, l'engagement eſt nul, ayant une cauſe qui bleſſe les bonnes mœurs; & en conſéquence il n'en peut naître aucune action, & le ſoldat qui s'eſt battu en duel, ne peut exiger de ſon Officier la ſomme qu'il lui a promiſe pour cela; mais ce ſecond cas differe du premier, en ce que, ſi en exécution de ce contrat, quoique nul, l'Officier a payé la ſomme convenue, il n'en aura pas la répétition comme dans le cas précédent; car l'Officier qui a promis la récompenſe n'ayant pas moins péché contre les loix & les bonnes mœurs, que le ſoldat à qui il l'a promiſe, il eſt indigne du ſecours des loix pour la répétition de la ſomme.

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

44. Il n'eſt pas douteux, ſuivant ce que nous venons d'établir, que ſi j'ai promis quelque choſe à quelqu'un pour commettre un crime; *puta* pour donner des coups de bâton à quelqu'un qui eſt mon ennemi, je ne ſuis pas obligé dans le for extérieur de tenir cette promeſſe : il y a plus de difficulté à l'égard du for de la conſcience. Grotius II. XI. prétend que ces promeſſes ne ſont pas à la vérité obligatoires tant que le crime n'a pas été commis, & que juſqu'à ce temps celui qui a fait la promeſſe peut s'en dédire en donnant un contr'ordre à celui à qui il l'a faite; mais qu'auſſi-tôt que le crime a été commis, la promeſſe devient obligatoire par le droit naturel, & dans le for de la conſcience : ſa raiſon eſt que cette promeſſe eſt vicieuſe en ce qu'elle eſt un appas au crime; or, ce vice ceſſe lorſque le crime eſt commis & conſommé : le vice de cette promeſſe n'exiſtant plus, rien n'empêche qu'elle ne produiſe ſon effet, qui eſt d'obliger à l'accompliſſement, celui qui l'a faite. Il rapporte l'exemple du Patriarche Juda, qui s'acquitta de la promeſſe qu'il avoit faite à Thamar pour jouir d'elle.

Puffendorf penſe au contraire, qu'une promeſſe faite à quelqu'un pour lui faire commettre un crime, n'eſt pas plus obli-

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

45. Je ſouſcris pareillement à la déciſion qu'il donne enſuite, que ſi j'ai volontairement payé après le crime commis, ce que j'avois promis à quelqu'un pour le commettre, je n'ai pas plus de droit de le répéter, ſelon les regles du for de la conſcience, que ſelon celles du for extérieur, quoique j'ai payé en ce

cas une choſe que je ne devois pas ; il eſt bien vrai que la loi naturelle & le droit civil accordent la répétition de ce qu'on a payé ſans le devoir, lorſque le paiement a été fait par erreur : on ſuppoſe en ce cas que le paiement a été fait ſous une eſpece de condition qu'il y auroit lieu à la répétition, au cas qu'on découvrît que la choſe n'étoit pas dûe : quoique cette condition n'ait pas été formelle, elle étoit virtuelle ; elle eſt conforme à la diſpoſition de volonté, en laquelle étoit celui qui a payé : l'équité qui ne permet pas de profiter de l'erreur d'un autre pour s'enrichir à ſes dépens, fait ſuppoſer cette condition ; mais on ne peut faire une pareille ſuppoſition dans l'eſpece dont il s'agit. Celui qui paie, paie avec une parfaite connoiſſance de la cauſe pour laquelle il paie ; il ne peut par conſéquent retenir aucun droit pour répéter la choſe dont il s'eſt exproprié volontairement, & avec une parfaite connoiſſance de cauſe ; il eſt vrai qu'il eſt contre le droit naturel, que quelqu'un ſoit récompenſé de ſon crime ; & que le repentir que doit avoir celui qui l'a commis, doit le porter à abdiquer la récompenſe qu'il en a reçue ; mais cela ne forme qu'une obligation imparfaite, telle que celle dont nous avons parlé au commencement de

ce Traité, *n.* 1. qui ne donne aucun droit à une autre perſonne.

46. Une promeſſe a-t-elle une cauſe licite, lorſqu'elle eſt faite à quelqu'un pour qu'il donne ou faſſe une choſe qu'il étoit déja obligé de donner ou de faire ? Puffendorf diſtingue très-bien ſur cette queſtion, l'obligation *parfaite* & l'obligation *imparfaite*. Lorſque l'obligation n'étoit qu'une obligation imparfaite, la promeſſe a une cauſe licite, & elle eſt obligatoire; par exemple, ſi j'ai promis quelque choſe à quelqu'un pour qu'il me rendît un ſervice, quoique la reconnoiſſance des bienfaits qu'il avoit reçus de moi, l'obligeât à me rendre ce ſervice gratuitement, néanmoins la promeſſe que je lui ai faite, a une cauſe licite, & elle eſt obligatoire; car n'ayant aucun droit d'exiger de lui ce ſervice, il a pu licitement, quoique indécemment, exiger de moi que je lui promiſſe quelque choſe, pour me faire acquérir le droit que je n'avois pas d'exiger ce ſervice.

Au contraire, lorſque l'obligation eſt une obligation *parfaite*, la promeſſe que je fais à mon débiteur de lui donner quelque choſe, pour qu'il faſſe ce qu'il étoit obligé de faire, eſt une promeſſe nulle, & qui a une cauſe illicite, lorſque c'eſt lui qui a exigé de moi que je lui fiſſe cette

promeſſe ; telle eſt celle dont il a été parlé ci-deſſus, qu'un adjudicataire fait à la partie ſaiſie, pour qu'il lui remette les titres du bien qui lui a été adjugé ; car étant obligé de les remettre, c'eſt de ſa part une exaction, que de faire promettre quelque choſe pour cela.

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

§. VII.

Du défaut de lien dans la perſonne qui promet.

47. Il eſt de l'eſſence des conventions qui conſiſtent à promettre quelque choſe, qu'elles produiſent dans la perſonne qui a fait la promeſſe, une obligation qui l'oblige à s'en acquitter ; d'où il ſuit que n'y ayant rien de plus contradictoire avec cette obligation, que l'entiere liberté qui lui ſeroit laiſſée de faire ou de ne pas faire ce qu'elle a promis, la convention

qui lui laiſſeroit cette entiere liberté, ſeroit abſolument nulle par *défaut de lien.* Si donc, par exemple, je convenois avec vous de vous donner une choſe, au cas que cela me plût, la convention ſeroit abſolument nulle.

Les Juriſconſultes Romains penſoient qu'il en étoit autrement de la convention par laquelle quelqu'un promettoit de faire quelque choſe, *lorſqu'il le voudroit*; ils penſoient que ces termes ne laiſſoient pas au choix de celui qui avoit fait la promeſſe, de faire ou de ne pas faire ce qu'il avoit promis, qu'ils ne laiſſoient à ſon choix que le temps auquel il le feroit; & qu'ainſi la convention étoit valable, & obligeoit ſes héritiers, s'il étoit mort avant que de l'avoir accomplie, *L.* 46, §. 2, *&* 3, *ff. de verb. Oblig.* Mais il y a lieu de croire que cette diſtinction ſubtile ne ſeroit point admiſe parmi nous, & que cette convention ne ſeroit 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°.

Enfin quoique j'aie promis une choſe

ſous une condition proteſtative, de maniere 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 entiérement 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 & un véritable engagement, *L.* 3, *ff. de legat.* 2°.

ARTICLE IV.

Des perſonnes qui ſont capables ou non de contracter.

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

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

Il eſt évident que l'ivreſſe, lorſqu'elle

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

Les Corps & Communautés, les Fabriques, les Hôpitaux, &c. qui ne ſont que perſonnes civiles, ne peuvent contracter par eux-mêmes; mais ils peuvent contracter par le miniſtere de leurs Syndics ou Adminiſtrateurs.

5o. Il y a des perſonnes qui étant par la nature capables de contracter, en ſont rendues incapables par la loi civile; telles ſont, dans le pays coutumier, les femmes mariées, lorſqu'elles ne ſont pas autoriſées de leurs maris, ou par juſtice; car c'eſt un effet de la puiſſance maritale, que la femme ne puiſſe rien faire que dépendamment de lui, & autoriſée par lui; d'où il ſuit que ſans cette autoriſation, elle eſt incapable de faire aucune convention, & qu'elle ne peut ni s'obliger envers les autres, ni obliger les autres envers elle. Nous avons traité cette matiere en notre Introduction au T. 10 de la Coutume d'Orléans, ch. 8.

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

vrai conſentement, ce qui ſuffit pour former un contrat.

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

Néanmoins ſi j'avois contracté avec un prodigue, quoiqu'avant ſon interdiction, en achetant de lui quelque choſe, ou en lui prêtant de l'argent, ayant connoiſſance qu'il ne vendoit ou n'empruntoit, que pour employer incontinent à ſes débauches le prix de la choſe, ou la ſomme prêtée; le contrat ſeroit nul dans le for de la conſcience, & je ne pourrois en conſcience, retenir la choſe qu'il m'a vendue, ni exiger de lui la ſomme que je lui ai prêtée; car en lui fourniſſant ſciemment de l'argent pour perdre en débauches, je lui ai cauſé un tort qui m'oblige envers

lui à le réparer, en n'exigeant pas de lui la ſomme qu'il a reçue de moi pour la perdre en débauches, & en lui rendant la choſe qu'il m'a vendue; cela eſt conforme à ce qui eſt dit en la fin de la loi 8, *ff. pro empt.* qu'on ne doit pas regarder comme acheteur de bonne foi, celui qui a acheté quelque choſe d'un libertin, ayant connoiſſance qu'il ne vendoit que pour emporter le prix à des femmes de mauvaiſe vie; *niſi fortè is qui à luxurioſo, & protinùs ſcorto daturo pecuniam, ſervos emit, non uſu capiet.*

Ces déciſions ſont bonnes pour le for de la conſcience; mais dans le for extérieur une perſonne majeure & non interdite, ne ſeroit pas recevable à ſe pourvoir contre une vente ou un emprunt qu'elle auroit fait, en diſant que celui avec qui elle a contracté, ſçavoit qu'elle ne vendoit ou empruntoit, que pour perdre l'argent en débauches.

52. Ce n'eſt auſſi que le droit civil qui infirme les obligations que des mineurs, ſous puiſſance de tuteur, contractent ſans l'autorité de leur tuteur, lorſqu'au temps du contrat, ils ſont dans un âge aſſez avancé, & ont un uſage ſuffiſant de leur raiſon, pour comprendre toute l'étendue de l'engagement qu'ils contractent; c'eſt pourquoi les mineurs peuvent bien, mê-

me dans le for de la conſcience, uſer du bénéfice des lettres de reſciſion que les loix leur accordent, contre les contrats dans leſquelles ils ont été léſés, l'équité naturelle ne permettant pas que celui qui a contracté avec eux, profite de leur défaut d'expérience; mais ils ne peuvent dans le for de la conſcience avoir recours au bénéfice de ces lettres, qui leur eſt offert dans le for extérieur, pour ſe diſpenſer de rendre un argent qu'ils ont reçu, & qu'ils ont diſſipé, lorſqu'au temps qu'ils ont contracté, ils avoient un uſage ſuffiſant de leur raiſon, & pourvu que celui qui leur a prêté l'argent, ait fait le prêt de bonne foi, ſans prévoir qu'ils employeroient en folles dépenſes l'argent qu'il leur prêtoit. C'eſt le ſentiment de la Placette, cité par Barbeyrac en ſes notes ſur Puffendorf.

Il nous reſte à obſerver une différence entre l'incapacité des interdits & des mineurs, & celle des femmes qui ſont ſous puiſſance de mari : celles-ci ſont abſolument incapables de contracter ſans être autoriſées; elles ne peuvent pas plus, ſans cela, obliger les autres envers elles en contractant, que s'obliger elles-mêmes; elles ne peuvent pas même accepter une donation qui leur ſeroit faite, *Ordon. de* 1731, *art.* 9 : au contraire, les interdits

pour prodigalité, & les mineurs qui commencent à avoir quelque uſage de raiſon, ſont plutôt incapables de s'obliger en contractant, qu'ils ne ſont incapables abſolument de contracter ; ils peuvent en contractant ſans l'autorité de leur tuteur, ou curateur, obliger les autres envers eux, quoiqu'ils ne puiſſent s'obliger envers les autres : *Placuit meliorem conditionem licere eis facere etiam ſine tutoris auctoritate*, Inſtit. tit. de autor. tut. *Is cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit*, *L.* 6, *ff. de verb. oblig.* La raiſon de cette différence eſt que la puiſſance des tuteurs & des curateurs n'eſt établie qu'en faveur des mineurs & des interdits ; l'aſſiſtance des tuteurs & curateurs n'eſt requiſe, lorſque ces perſonnes contractent, que pour l'intérêt de ces perſonnes, & dans la crainte qu'elles ne ſoient trompées ; c'eſt pourquoi elle devient ſuperflue, toutes les fois qu'elles font leur condition meilleure ; au contraire, la puiſſance du mari, ſous laquelle eſt la femme, n'étant pas établie en faveur de la femme, mais en faveur de ſon mari ; le beſoin qu'elle a de requérir l'autoriſation de ſon mari pour contracter, n'étant pas requis pour l'intérêt de la femme, mais comme une déférence qu'elle doit à ſon mari, elle ne peut contracter en aucune manie-

re, ſoit à ſon avantage, ſoit à ſon déſavantage, ſans l'autorité de ſon mari.

L'Ordonnance de 1731. n'a donné aucune atteinte au principe que nous venons d'établir, qu'un mineur peut, ſans l'autorité de ſon tuteur, faire ſa condition meilleure ; c'eſt mal-à-propos que Furgol ſoutient que, ſuivant l'art. 7. de cette Ordonnance, les mineurs ne peuvent plus, ſans l'autorité de leurs tuteurs, accepter les donations qui leur ſont faites. Cet article n'a décidé autre choſe, ſinon que les pere, mere & autres aſcendants, ſans être tuteurs de leurs enfants, & ſans avoir par conſéquent aucune qualité pour gérer leurs affaires, pouvoient néanmoins accepter les donations faites à leurs enfans mineurs, auſſi valablement que le peut un tuteur, l'affection naturelle ſuppléant en cela à la qualité qui leur manque ; mais de ce que l'Ordonnance permet par cet article à ces perſonnes d'accepter les donations faites à leurs enfans, il ne s'enſuit pas qu'elle défende aux mineurs de les accepter par eux-mêmes, lorſqu'ils ont l'uſage de la raiſon. *Voy. notre introd. au titre des donations de la Coutume d'Orléans, n.* 31.

ARTICLE V.

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

53. Les contrats ont pour objet ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, & que l'autre partie promet de lui donner, ou quelque fait que l'une des parties contractantes stipule que l'on fera, ou qu'on ne fera pas, & 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, & que l'autre partie peut s'engager de donner? Quels sont les faits que l'une des parties peut stipuler qu'on fasse ou qu'on ne fasse pas, & que l'autre partie peut s'engager de faire ou de ne pas faire? C'est ce que nous verrons, *infrà chapitre* 2, *article* 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, & 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 opportere. L.* 83. *ff. de v. oblig.*

Pour développer ce principe, nous verrons dans un premier §. quelles en ſont les raiſons : dans un ſecond nous rapporterons pluſieurs cas dans leſquels nous ſtipulons & promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention faſſe mention d'une autre ; dans un troiſième nous remarquerons que ce qui concerne un autre que les parties contractantes, peut être le mode ou la condition d'une convention, quoiqu'il n'en puiſſe pas être l'objet ; dans un quatrième nous obſerverons qu'on peut contracter par le miniſtere d'un tiers, & que ce n'eſt pas ſtipuler ni promettre pour un autre.

§. I.

Quelles ſont les raiſons du principe, qu'on ne peut ſtipuler, ni promettre pour un autre.

54. Lorſque j'ai ſtipulé quelque choſe de vous pour un tiers, la convention eſt nulle; car vous ne contractez par cette convention aucune obligation ni envers ce tiers, ni envers moi. Il eſt évident que vous n'en contractez aucune envers ce tiers; car c'eſt un principe, que les conventions ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes, & qu'elles ne peuvent par conſéquent acquérir aucun droit à un tiers qui n'y étoit 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 & 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

lorſqu'il dit ; *alteri ſtipulari nemo poteſt, inventæ ſunt enim obligationes ad hoc ut unuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt ; cæterum ut alii detur nihil intereſt mea. L.* 38. §. 17. *ff. de verb. obl.*

55. Cette premiere 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, & 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* ; & 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, & pour vous rendre coupable, ſi vous refuſez de l'accomplir, lorſque vous avez le pouvoir de le faire, & 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 & 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, & 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, & non pas envers ce tiers, lorsque c'est en mon nom, & non au nom du tiers que je suis convenu de cela avec vous; c'est pourquoi je peux vous en décharger sans le consentement de ce tiers. *Grotius ibid. Puffendorf.*

Mais si c'étoit au nom du tiers comme ayant charge & me faisant fort de lui, que nous serions convenus que vous lui donneriez, ou feriez pour lui quelque chose, ce seroit ce tiers qui seroit censé avoir contracté avec vous par mon ministere, & non pas moi. *Voyez infrà le* §. 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 donneroit quelque

choſe ou feroit 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 & non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger.

Au reſte, on préſume facilement que celui qui a promis qu'un tiers donneroit, ou feroit 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 faiſoit fort de ce tiers, quoique cela ne ſoit pas exprimé.

En ce cas la convention eſt valable, & elle oblige celui qui a promis, aux dommages & intérêts réſultans 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 & 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, *& de alio tantùm promittere*, mais que vous avez entendu vous faire fort de lui, *& de te pro-*

mittere; 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.*

§. II.

Pluſieurs cas, dans leſquels nous ſtipulons ou promettons effectivement pour nous-mêmes, quoique la convention faſſe mention d'un autre.

PREMIER CAS.

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 payerez à Pierre*, je ne ſtipule point pour un autre; c'eſt pour moi & 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 & en mon nom; c'eſt ce que les Romains appelloient, *adjectus ſolutionis gratiâ*, dont nous traiterons *infrà P. 3, ch. 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 & en mon nom qu'il la reçoit ; & en la reçevant, il ſe forme entre lui & moi, ou un contrat de *mandat*, ſi mon intention étoit qu'il m'en rendît compte, ou une *donation*, ſi mon intention étoit de la lui donner.

SECOND CAS.

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 & appréciable à prix d'argent que cela ſe faſſe ; *putà*, ſi je ſuis moi-même obligé envers ce tiers à le faire : par exemple, ſi m'étant obligé envers Jacques à lui reconſtruire dans l'eſpace d'un certain temps ſa maiſon qui menace ruine, & ayant d'autres ouvrages à faire, je fais marché avec un Maçon, pour qu'il reconſtruiſe dans ledit temps la maiſon de Jacques, je ſuis cenſé ſtipuler plutôt pour moi que pour Jacques, & la convention eſt valable ; car étant obligé envers Jacques à cette reconſtruction & tenu de ſes dommages & 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 Jac-

ques, ce n'eſt que *verbo tenus* en ce cas que je ſtipule pour Jacques, *re ipſâ* & dans la vérité, je ſtipule pour moi & à mon profit ; *ſi ſtipuler alii cùm mea intereſſet... ait Marcellus, ſtipulationem valere. L.* 38. *c*, 20, 21, 22, *ff. de verb. obligat.*

59. Quand même avant le marché que j'ai fait avec le Maçon pour la reconſtruction de la maiſon de Jacques, je n'aurois pas été obligé envers Jacques à lui reconſtruire ſa maiſon, & que je n'aurois eu par conſéquent aucun intérêt perſonnel à cette reconſtruction, néanmoins comme par ce marché que j'ai fait, je gere les affaires de Jacques, & 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 pour moi plutôt que pour Jacques, & que la convention eſt valable ; puiſque j'ai un intérêt perſonnel, que le Maçon faſſe bien ce que j'ai ſtipulé qu'il fît.

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'aye eu, & ſans que j'aye encore au temps

de la convention aucun intérêt perſonnel que cela ſe faſſe ; c'eſt en ce cas vraiment ſtipuler pour un autre, & 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 étoit pas partie, ni à moi qui n'ayant aucun intérêt perſonnel & appréciable à prix d'argent à l'exécution de cette convention, ne peux prétendre aucuns dommages & intérêts réſultans de ſon inexécution.

TROISIEME CAS.

61. C'eſt ſtipuler ou promettre pour nous-mêmes & 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 deviendroit notre héritier, la ſtipulation ne ſeroit 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 étoit convenu avec ſon créancier, qu'il n'exigeroit pas la ſomme qui lui étoit due, ni de lui, ni d'une telle ſa fille, la ſtipulation n'étoit pas valable par rapport à ſa fille, quoiqu'elle ſoit devenue héritiere 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 ſeroit débitrice ; or, elle ne le deviendra qu'en devenant mon héritiere : je ſtipule donc cela pour le cas auquel ma fille ſera devenue mon héritiere, & par conſéquent je ſuis cenſé ſtipuler pour ma fille en ſa future qualité de mon héritiere, quoique cela ne ſoit pas exprimé.

On peut d'autant plus s'écarter de cette déciſion de Julien, qu'il paroît que les Juriſconſultes Romains n'ont pas été d'un ſentiment unanime ſur cette queſtion,

Celſe paroît avoir penſé différemment en la loi 33. *ff. de pact.*

63. Non-ſeulement nous pouvons valablement ſtipuler pour nos héritiers, mais nous ſommes cenſés ordinairement l'avoir fait, quoique cela ne ſoit pas exprimé : *qui paciſcitur, ſibi, heredique ſuo paciſci intelligitur.*

Cette regle ſouffre exception. 1°. Lorſque ce qui fait l'objet de la convention, eſt un fait qui eſt perſonnel à celui envers qui l'obligation eſt contractée ; comme lorſque je fais marché avec un Barbier qu'il viendra me raſer deux fois la ſemaine à ma campagne pendant la vacance. 2°. Elle reçoit exception à l'égard de la clauſe des contrats de mariage, par laquelle la femme ſtipule la repriſe de ſon apport, en cas de rénonciation à la communauté. Nous avons traité amplement de cette clauſe en notre introduction au titre de la Communauté de la Cout. d'Orl. *c.* 2, *a.* 2, §. 5. 3°. Enfin, lorſqu'on s'eſt expliqué clairement par la convention, que celui qui s'obligeoit ne s'obligeoit qu'envers la perſonne avec laquelle il contractoit, & 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 quelqu'engagement eſt nommée par la convention, il ne s'en-

ſuit 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 : *plerumque perſona pacto inſeritur, 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'étois convenu avec mon créancier qu'il ne pourroit exiger ſa dette ni de moi ni de ma fille une telle, & que je laiſſaſſe pour héritiers cette fille & un fils, la convention n'auroit d'effet que par rapport à ma fille, comme y étant ſeule compriſe, & le créancier pourroit exiger ſa dette de mon fils pour la part * pour laquelle il eſt mon héritier. *D. L.* 33.

Il ne faut pas néanmoins, de ce qu'une perſonne a ſtipulé nommément pour un tel ſon héritier, en inférer toujours que l'intention des parties contractantes a été de reſtreindre la ſtipulation à cette per-

* C'eſt mal à propos que la Gloſſe dit que le créancier pourra lui demander le total; Cujas a relevé cette erreur.

ſonne ; il y a bien lieu de l'inférer, ſi lors de la convention, celui qui a ſtipulé de cette maniere, ſavoit devoir avoir d'autres héritiers ; car en ce cas il ne paroît pas d'autre raiſon pour laquelle il auroit 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, avoit, lors de la convention, lieu de croire, que ce tel devoit 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, & non dans la vue de reſtreindre à ſa perſonne l'effet de la ſtipulation : c'eſt ce que Papinien enſeigne dans l'eſpece ſuivante.

Ayant marié ma fille, à qui j'avois promis une dot dont je faiſois rente ; dans la penſée où j'étois que je n'aurois pas d'autres enfans que cette fille qui ſe trouvoit pourvue, & dans le deſſein où j'étois d'inſtituer un jour mon frere pour mon unique héritier, j'ai ſtipulé par la conſtitution de dot, qu'au cas où ma fille mourroit ſans enfans pendant le mariage, (auquel cas la dot, ſelon le droit du digeſte, étoit acquiſe en entier au mari,) mon frere mon héritier, pourroit retenir la dot pour moitié ; depuis m'étant ſurvenu d'autres enfans que j'ai laiſſés

pour mes héritiers, & le cas de la mort de ma fille ſans enfans durant ſon mariage étant arrivé, il y a eu queſtion ſi mes enfans mes héritiers, pouvoient en vertu de la convention retenir la moitié de la dot. La raiſon de douter ſe tiroit de ce que la ſtipulation étoit faite nommément pour mon frere, d'où il pouvoit paroître qu'elle étoit reſtreinte à ſa perſonne, & au cas où il auroit été mon héritier; mais Papinien décide que mes enfans ſont fondés à retenir la moitié de la dot, en vertu de la convention; parce qu'en ſtipulant cette rétention au profit de mon frere mon héritier, j'étois cenſé par ce terme, *mon héritier*, l'avoir ſtipulée au profit de mes héritiers quels qu'ils fuſſent, & n'avoir nommé mon frere qu'*enuntiativè*, & pour marquer qu'il étoit celui que je croyois devoir être mon héritier. *Ea conventio liberis poſteà ſuſceptis & heredibus teſtamento relictis proderit, cùm inter contrahentes id actum ſit, ut heredibus conſulatur, & 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 auroit lieu, quels qu'euſſent été les héritiers que j'aurois laiſſés, quand même ce n'euſſent pas été mes enfans.

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 avoit 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 quelqu'autre choſe diviſible, je ne peux 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 V. oblig.

65. C'eſt une conſéquence de notre principe, que nous ne pouvons ſtipuler valablement pour quelqu'un, qu'entant qu'il ſera un jour notre héritier, & 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

* Ce qui eſt dit *ſed neceſſe eſt omnibus adquiri*, doit s'entendre du cas auquel la reſtriction à l'un des héritiers, n'a été faite que dans la vue de faire paſſer à cet héritier, à l'excluſion des autres, le total de la créance, & non dans la vue de décharger le débiteur: mais je peux valablement convenir, que ſi je n'ai pas exigé la dette de mon vivant, mon débiteur n'en ſera tenu après ma mort que pour la part à laquelle ſuccédera l'un de mes héritiers, & qu'il en ſera déchargé pour les parts de mes autres héritiers.

de cette convention ; mais pour 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 ſuccede pour le total à la créance qui en réſulte, par la nature de cette créance qui n'eſt pas ſuſceptible de parties ; je peux, en ſtipulant nommément pour un tel, l'un de mes héritiers, le faire ſuccéder ſeul pour le total à la créance qui en réſulte ; *at cùm quid fieri ſtipulamur, unius perſonam rectè comprehendi*, D. L. 137, §. 8. Par exemple, ſi dans la vente d'un héritage que j'ai faite à un Peintre, il y avoit une clauſe portant que par forme de pot-de-vin, il s'obligeoit envers moi & envers un tel, l'un de mes enfans & héritiers futurs, de nous faire un tableau de la circonciſion de N. S. d'une telle hauteur, & que je fuſſe mort avant qu'il ſe fût acquitté envers moi de cette obligation, celui de mes enfans, qui eſt nommé dans la convention, ſuccéderoit ſeul pour le total à cette créance contre le Peintre ; ſauf néanmoins que dans nos Coutumes, qui ne permettent pas à un pere d'avantager l'un de ſes enfans, ve-

nant à la ſucceſſion plus que les autres, il ſeroit 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, & 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 y ait une clauſe à ce contraire.

Pareillement, dans les obligations diviſibles, de même que nous ne pouvons ſtipuler pour quelqu'un qu'autant & pour la part qu'il ſera notre héritier; de même nous ne pouvons obliger quelqu'un de nos héritiers que pour la part pour laquelle il ſera notre héritier: c'eſt pourquoi inutilement un débiteur comprendroit-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 & Titium heredem tuum decem daturum ſpondes? Titii perſona ſupervacuè comprehenſa 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.

QUATRIEME CAS.

67. Ce que nous ſtipulons par rapport à une choſe qui nous appartient, nous le pouvons valablement ſtipuler, non-ſeulement pour nous & nos héritiers, mais pour tous nos ſucceſſeurs à titre ſingulier à cette choſe; leſquels ſont compris ſous le terme d'*ayant-cauſe*, uſité dans les contrats; ce n'eſt point en ce cas ſtipuler pour un autre... Par exemple, je peux valablement convenir, que vous ne ferez jamais valoir contre moi, ni contre mes héritiers *ou ayant-cauſe*, les droits de la ſubſtitution qui pourroit être un jour ouverte à votre profit, par rapport à un tel héritage; & cette convention a effet, même par rapport à ceux qui acquerroient par la ſuite de moi cet héritage à titre ſingulier.

Cela eſt indubitable à l'égard de ceux qui l'acquerroient 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 acquerroient 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 & les autres ſemblables, que nous faiſons par rapport aux choſes qui nous appartiennent, non-ſeulement nous pouvons ſtipuler valablement pour nos ayant-cauſe ; mais nous ſommes cenſés l'avoir fait, quoique cela ne ſoit point exprimé, ſoit que la convention ſoit conçue *in rem*, comme lorſqu'il eſt dit par une tranſaction paſſée entre nous, que vous vous engagez *à ne jamais faire valoir les prétentions que vous pourriez avoir par rapport à un tel héritage*, ſans dire contre qui ; ſoit que la convention ſoit conçue *in perſonam*, comme lorſqu'il eſt dit que vous vous engagez *à ne jamais faire valoir contre* MOI *vos prétentions, par rapport á un tel héritage* : en l'un & l'autre cas, je ſuis cenſé avoir ſtipulé pour tous mes ſucceſſeurs même à titre ſingulier, même à titre de donation. *Pactum conventum cum venditore, ſic in rem conſtituatur, ſecundùm Proculi ſententiam, & emptori prodeſt .... Secundùm autem Sabini ſententiam, etiamſi in perſonam con-*

ceptum eſt, & in emptorem valet, qui hoc eſſe exiſtimat, etſi per donationem ſucceſſio facta ſit, L. 17, §. 5, ff. de pact. La raiſon eſt qu'en ſtipulant *pour moi*, je uis cenſé ſtipuler pour tous ceux qui me repréſentent; or, non-ſeulement mes héritiers, mais tous ceux qui me ſuccéderont médiatement, ou immédiatement, & 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'avois ſtipulé nommément pour *mes héritiers*, je ne ſerois pas cenſé avoir étendu ma ſtipulation à mes ayant-cauſe, c'eſt-à-dire, à ceux qui me ſuccéderoient 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 releve en fief, je ſuis convenu avec lui que toutes les fois que mon fief tomberoit en rachat, il ne pourroit exiger de *mes héritiers*, plus d'une piſtole pour ſon droit de rachat; cette convention ne profitera pas à des tiers, qui auroient acquis de moi, ou de mes héritiers, à titre ſingulier: il en ſeroit autrement, ſi dans la clauſe il n'étoit pas parlé d'héritiers, & qu'il fût dit indéfiniment, que toutes les fois que le fief tomberoit en rachat, le

Seigneur ne pourroit exiger plus d'une piſtole ; ou qu'après le terme d'*héritiers*, on eut ajouté un *&c.* En l'un & l'autre cas, la clauſe s'étendroit à tous les ayant-cauſe.

§. III.

Que ce qui concerne une autre perſonne, que les parties contractantes peut être le mode, ou la condition d'une convention, quoiqu'il ne puiſſe pas en être l'objet.

70. Donner à un tiers ; faire quelque choſe pour un tiers, & 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 peux pas à la vérité ſtipuler utilement en mon nom, que vous ferez préſent à Jacques du *Theſaurus* de Meerman ; parce que c'eſt ſtipuler pour autrui ; c'eſt ſtipuler une choſe à laquelle je n'ai aucun intérêt ; mais je peux utilement ſtipuler, que ſi dans un tel temps vous ne faites pas préſent à Jacques du *Theſaurus* de Meerman, vous me payerez 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 ſti-

pulation eſt que vous me donnerez la ſomme de vingt piſtoles; & cette ſomme que je ſtipule, eſt une choſe que je ſtipule pour moi & que j'ai intérêt d'avoir. Cela eſt conforme à ce qu'enſeigne Juſtinien, *Tit. de inut. ſtipul.* §. 20. *Alteri ſtipulari nemo poteſt... planè ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit ut eſt comprehenſum, committatur pœna 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 peux 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 peux vous donner utilement une ſomme ou tout 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 bornoit à ce que faute par vous d'accomplir la charge, ſous laquelle vous avez reçu de moi une ſomme ou autre choſe, j'étois en droit de répéter de vous ce que je vous avois donné; car ne vous l'ayant

donné, & 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 loix appellent *condictio*, (*ſeu repetitio*) *ob cauſam dati*, *cauſâ non ſecutâ.*

Au reſte, ſuivant les principes de cet ancien Droit, le tiers qui n'avoit pas été partie au contrat de donation, par lequel je vous donnois quelque choſe, à la charge que vous feriez quelque choſe qui l'intéreſſoit, ou à la charge que vous lui donneriez quelque choſe, n'avoit aucune action contre vous pour le demander; & cela étoit 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 fai-

te, & 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, & *propriâ virtute*, produire un engagement envers un tiers, & donner un droit à un tiers qui n'y étoit pas partie, c'eſt l'équité naturelle qui forme cet engagement; parce que le donataire ne peut ſans bleſſer l'équité, & 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, & à laquelle il s'eſt ſoumis en acceptant la donation. C'eſt pourquoi l'action qui eſt accordée à ce tiers, eſt appellée en la loi 3 ci-deſſus citée, *actio utilis*, qui eſt le nom que les Juriſconſultes Romains donnoient aux actions qui n'avoient pour fondement que l'équité; *quæ contra ſubtilitatem juris, utilitate ita exigente, ex ſolâ æquitate concedebantur.*

73. Delà naît une autre queſtion, qui eſt de ſçavoir, ſi vous ayant donné une choſe à la charge de la reſtituer à un tiers dans un certain temps, ou de lui donner quelqu'autre choſe, je peux vous remettre cette charge, ſans l'intervention de ce tiers qui n'étoit pas partie à l'acte, & qui n'a pas accepté la libéralité que j'exerçois envers lui, en vous impoſant cette

charge : les Auteurs ont été partagés ſur cette queſtion. *Grotius de jure belli & pacis* 11, IX, 19, décide pour l'affirmative : c'eſt auſſi l'avis de Bartole, de Duaren & de pluſieurs autres Docteurs ; & en particulier celui de Riccard, *trait. des Subſtit. p.* 1, *ch.* 4. La raiſon ſur laquelle ils ſe fondent, eſt que le tiers n'étant pas intervenu dans la donation, l'engagement que le donataire contracte de donner à ce tiers, en acceptant la donation ſous cette charge, eſt contracté par le concours des volontés du donateur & du donataire ſeulement ; & par conſéquent peut ſe réſoudre par un conſentement contraire des mêmes parties, ſuivant ce principe de droit, *nihil tam naturale eſt, quæque eodem modo diſſolvi quo colligata ſunt* ; le droit qui eſt acquis à ce tiers, eſt donc, ſelon ces auteurs, un droit qui n'eſt pas irrévocable ; parce qu'étant formé par le ſeul conſentement du donateur & du donataire, ſans l'intervention du tiers, ce droit eſt ſujet à être détruit par la deſtruction de ce conſentement, 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, & 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 fidéi-commiſſaire, que le donateur fait à ce tiers. Cette ſeconde donation, ſans l'intervention de ce tiers à qui elle eſt faite, reçoit ſon entiere 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 qu'il 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, & il ne doit pas être au pouvoir du donateur d'en décharger le premier donataire au préjudice du droit acquis à ce tiers; car la clauſe qui renferme cette ſeconde donation, ou donation fidéi-commiſſaire, faite à ce tiers par le donateur, étant une clauſe qui fait partie d'un acte de donation entre-vifs, la donation fidéi-commiſſaire renfermée dans cette clauſe, eſt de même nature

& eſt par conſéquent une donation entre-vifs & 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, & de l'engagement qu'il a contracté envers ce ſecond donataire. A l'égard des regles de droit qu'on oppoſe, *quæque eodem modo diſſolvuntur quo colligata ſunt : quæ conſenſu contrahuntur conſenſu diſſolvuntur* : ces regles ont lieu entre les parties contractantes ſeulement, & non au préjudice d'un droit qui auroit été acquis à un tiers ; c'eſt ce qui réſulte de la loi derniere, *ff. de pact.* qui décide que la caution qui a acquis un droit de fin de non-recevoir, par le pact intervenu entre le créancier & le débiteur principal, ne peut être malgré elle dépouillée de ce droit, par un pact contraire des mêmes parties.

Ce dernier ſentiment a été confirmé par la nouvelle Ordonnance des ſubſtitutions, *part* 1, *art.* 11 *&* 12. Mais les queſtions décidées par cette Ordonnance n'étant que pour l'avenir, la queſtion demeure entiere pour ce qui ſe ſeroit paſſé avant l'Ordonnance.

Nous traiterons plus amplement des donations fidéicommiſſaires que ces clauſes renferment, dans un Traité particu-

lier des donations que nous devons donner.

§. V.

Qu'on peut ſtipuler, & promettre par le miniſtere d'un tiers, & que ce n'eſt pas ſtipuler ni promettre pour un autre.

74. Ce que nous avons dit juſqu'à préſent, que nous ne pouvions rien ſtipuler ni promettre, que pour nous-mêmes, & 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 miniſtere à une autre perſonne, pour contracter pour elle, ſtipuler & promettre pour elle; & en ce cas ce n'eſt pas proprement nous qui contractons; mais c'eſt cette perſonne qui contracte par notre miniſtere.

Ainſi un tuteur, lorſqu'il contracte en cette qualité, peut ſtipuler & promettre pour ſon mineur; car c'eſt le mineur qui eſt cenſé contracter, ſtipuler & promettre lui-même par le miniſtere de ſon tuteur; la loi donnant un caractere au tuteur qui fait réputer le fait du tuteur, pour le fait du mineur dans tous les contrats qui concernent l'adminiſtration de la tutelle.

Il en eſt de même d'un curateur & 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 miniſtere de ce procureur.

75. Si je contracte au nom d'une perſonne qui ne m'avo t point donné de procuration, ſa ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par mon miniſtere ; 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 ; & faute par moi de la rapporter, en ſes dommages & 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 miniſtere de ſon tuteur, curateur, adminiſtrateur, &c. il faut que le contrat n'excede pas le poûvoir de ces perſonnes. Par exemple, ſi un tuteur en

GRENOBLE SICOZ

ſa qualité de tuteur avoit ſans le décret du Juge, vendu quelque bien immeuble de ſon mineur, le mineur ne ſeroit pas cenſé avoir fait ce contrat par ſon miniſtere; & il n'en réſulteroit aucune obligation contre lui, la vente des immeubles étant une choſe qui excede le pouvoir des tuteurs.

Pareillement, pour que quelqu'un ſoit cenſé avoir contracté par le miniſtere 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 miniſtere, à moins qu'il n'ait ratifié.

77. Il n'eſt pas douteux qu'un procureur excede les bornes de ſa procuration, lorſqu'il fait autre choſe que ce qui y eſt contenu, quand même cela ſeroit plus avantageux. Par exemple, ſi j'ai donné procuration à quelqu'un pour m'acheter une certaine terre pour un certain prix, & qu'il en achete une autre en mon nom, & comme ſe diſant avoir procuration de moi; quoique ce marché ſoit plus avantageux, il ne m'obligera point, & je ne ſerai point cenſé avoir fait ce marché par ſon miniſtere, à moins que je ne veuille bien le ratifier. *L.* 5. §. 2, *ff. mandat.*

78. Un procureur a excédé auſſi les

bornes de ſa procuration, lorſqu'il a fait en mon nom le contrat que je lui avois donné pouvoir de faire, mais à des conditions plus déſavantageuſes que celles que je lui avois preſcrites par ma procuration. Par exemple, ſi je lui avois donné procuration pour acheter une certaine terre pour le prix de 28000 liv. & qu'il l'ait achetée en mon nom pour 28200 liv. je ne ſerai point cenſé avoir contracté par ſon miniſtere, & 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'avois preſcrit.

Néanmoins s'il offroit de me mettre au même état auquel je ſerois, s'il s'étoit renfermé dans les bornes de la procuration; par exemple; ſi dans l'eſpece ci-deſſus, il offroit de m'indemniſer de 200 liv. Je ſerois obligé de ratifier. *L.* 3. §. 2. *& L.* 4. *ff. mand.*

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 étoient preſcrites. *L.* 5. §. 5. *ff. dict. tit.*

79. Pour que je ſois cenſé avoir contracté par le miniſtere de mon procureur, & que le contrat qu'il a fait en mon nom

m'oblige, il ſuffit que le contrat n'excede pas ce qui eſt contenu dans le pouvoir qu'il a fait apparoir à celui avec lequel il a contracté ; & il ne ſerviroit de rien de rapporter un autre pouvoir contenant des inſtructions ſecretes qu'il n'auroit pas ſuivies : ce pouvoir ſecret me donne bien une action en dommages & intérêts contre mon procureur, pour n'avoir pas ſuivi les inſtructions ſecretes que je lui avois 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 auroit aucune ſûreté à contracter avec des abſens.

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 miniſtere, & ce contrat m'obligera.

81. Pareillement, quoique le mandat finiſſe par la mort de celui qui le donne, & qu'il paroiſſe répugner que je puiſſe être cenſé avoir contracté par le miniſtere 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'avois effectivement contracté par le miniſtere de ce procureur.

On peut pour cette déciſion & 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 & la révocation n'étoient pas connues, *L.* 12. §. 2. *&* *L.* 32. *ff. de ſolut.*

82. Nous contractons par le miniſtere d'un autre, non-ſeulement lorſque quelqu'un nous prête purement ſon miniſtere, en contractant en notre nom, & non au ſien; comme lorſque nous contractons par le miniſtere de nos tuteurs, curateurs, procureurs, &c. qui contractent en leur qualité de tuteur, curateur, procureur, &c. & non en leur propre nom. Nous ſommes auſſi cenſés contracter par le miniſtere 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 & approuvé d'avance tous les contrats qu'il feroit pour les affaires auxquelles nous l'avons prépoſé, comme ſi nous

avions contracté nous-mêmes ; & 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, & l'action *utilis inſtitoria*, qui a lieu pour les contrats faits avec un prépoſé à quelqu'autre eſpece d'affaire que ce ſoit.

Nous traiterons de ces actions, *infrà*, *part.* 2, *chap.* 6, *ſect.* 8.

Obſervez une différence entre tous ces prépoſés, & les tuteurs, curateurs, procureurs, ſyndics, adminiſtrateurs, fabriciers, &c. Lorſque ces prépoſés contractent, ce ſont eux-mêmes qui contractent & qui s'obligent ; leurs commettans ſont ſeulement cenſés accéder à leurs contrats, & aux obligations qui en réſultent ; au-lieu que les autres ne ſont pas cenſés contracter eux-mêmes, mais ſeulement

prêter leur miniſtere pour contracter, à ceux qui ſont ſous leur tutele ou curatelle, ou dont ils ont la procuration, ou aux corps dont ils ſont les ſyndics, ou aux hôpitaux & fabriques, dont ils ont l'adminiſtration; c'eſt pourquoi ce ne ſont pas eux qui s'obligent, mais ceux qui contractent par leur miniſtere.

83. Nous ſommes auſſi cenſés contracter par le miniſtere de nos aſſociés, lorſqu'ils contractent, ou ſont cenſés contracter pour les affaires de la ſociété; car en contractant ſociété avec eux, & leur permettant la geſtion des affaires de la ſociété; nous ſommes cenſés avoir adopté & approuvé d'avance tous les contrats qu'ils feroient pour les affaires de la ſociété, comme ſi nous euſſions contracté nous-mêmes conjointement avec eux; & nous avons accédé d'avance à toutes les obligations qui en réſultent.

Obſervez qu'un aſſocié eſt cenſé contracter pour les affaires de la ſociété, toutes les fois qu'il ajoute à ſa ſignature ces mots *& 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 *& Compagnie* à la fin de ſa ſignature; quoiqu'il ait employé cet argent à ſes

affaires particulieres, ou qu'il l'ait perdu au jeu ; il ne laisse pas d'être censé avoir contracté pour les affaires de la société, & d'obliger en conséquence ses associés, comme étant censés avoir fait l'emprunt conjointement avec lui, & contracté par son ministere : car ces associés doivent s'imputer d'avoir contracté une société avec un associé infidele ; mais ceux qui contractent avec lui ne doivent pas être trompés, & souffrir de son infidélité.

La signature *& Compagnie* n'obligeroit pas néanmoins mes associés, s'il paroissoit par la nature même du contrat, qu'il ne concerne pas les affaires de la société ; comme si j'avois mis cette signature à la fin d'un bail, d'un héritage qui m'appartient, & que je n'ai pas mis en société.

Lorsque l'associé n'a pas signé *& Compagnie*, il est censé avoir contracté pour ses affaires particulieres, & il n'oblige pas ses associés, à moins que le créancier ne justifie d'ailleurs qu'il a contracté au nom de la société, & que le contrat concernoit effectivement les affaires de la société.

84. Une femme commune en biens avec son mari, est aussi censée contracter avec lui & par son ministere dans tous les contrats que son mari fait durant la communauté, & 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 amandera de ladite communauté.

ARTICLE VI.

De l'effet des Contrats.

85. Les contrats produiſent des obligations; nous renvoyons ſur ce qui concerne l'effet de ces obligations, à ce que nous en dirons *infrà chap.* 2, en traitant en général de l'effet des obligations; nous obſerverons ſeulement un principe qui eſt particulier à l'effet des contrats & de toutes les conventions.

Ce principe eſt qu'une convention n'a d'effet qu'à l'égard des choſes qui ont fait l'objet de la convention, & ſeulement entre les parties contractantes. *Animadvertendum eſt ne conventio in aliâ re facta aut cum aliâ perſonâ, in aliâ re, aliâve perſonâ noceat. L.* 27, §. 4, ff. *de pactis.*

86. La raiſon de la premiere partie de ce principe eſt évidente. La convention étant formée par la volonté des parties contractantes, elle ne peut avoir d'effet que ſur ce que les parties contractantes ont voulu, & ont eu en vue.

On peut apporter pour exemple de cette premiere partie de ce principe, les ſtipulations de propres. Lorſqu'en apportant par mon contrat de mariage une certaine ſomme à la communauté, j'ai ſtipulé que le ſurplus de mes biens me demeureroit propre ; cette convention n'aura pas l'effet d'exclure de la communauté, le mobilier des ſucceſſions qui m'écherront pendant le mariage ; parce qu'elle n'a eu pour objet que d'exclure de la communauté le ſurplus des biens que j'avois lors de mon mariage. *Voyez* d'autres exemples, *in l.* 27, §. 7, *l.* 47, §. 1, *l.* 56. ff. *de pactis & paſſim.*

87. La raiſon de la deuxieme partie du principe n'eſt pas moins évidente ; l'obligation qui naît des conventions, & le droit qui en réſulte étant formés par le conſentement & le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers, ni donner de droit à un tiers, dont la volonté n'a pas concouru à former la convention.

La loi 25, *cod. de pactis*, nous fournit un exemple de cette ſeconde partie de notre principe. Je ſuis convenu avec mon cohéritier qu'il ſe chargeroit ſeul d'une certaine dette de la ſucceſſion ; cette convention n'empêchera pas le créancier de cette dette de l'exiger de moi, à raiſon

de la part pour laquelle je ſuis héritier; car cette convention ne peut avoir aucun effet vis-à-vis de ce créancier qui n'y étoit pas partie. *Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec minui poteſt. D. l.* On peut apporter une infinité d'autres exemples : ce n'eſt pas une choſe contraire à ce principe, qu'un aſſocié en contractant, oblige ſes aſſociés ; un prépoſé, ſon commettant ; un mari, ſa femme ; car comme nous l'avons vu à l'article précédent, ces perſonnes ſont cenſées avoir été elles-mêmes parties contractantes par le miniſtere de leur aſſocié, de leur prépoſé, de leur mari.

88. Il ſembleroit qu'on pourroit oppoſer avec plus de fondement contre notre principe, ce qui s'obſerve à l'égard des contrats d'attermoiement, lorſqu'un débiteur qui ſe dit hors d'état de faire honneur à ſes dettes, a fait une convention avec les trois quarts de ſes créanciers (ce qui s'eſtime *non pro numero perſonarum, ſed pro cumulo debiti*). Cette convention qui contient des termes & des remiſes accordés au débiteur, peut être oppoſée aux autres créanciers, quoiqu'ils n'aient pas été parties au contrat ; & le débiteur peut, en les aſſignant, faire déclarer commune avec eux la convention, ſauf qu'elle ne pourra préjudicier à leurs hypothe-

ques & privileges, s'ils en ont. *Voyez l'Ordonnance de* 1673, *tit. XI. art.* 5, 6, 7, 8, *& L.* 7, §. 19, *L.* 8, *L.* 9, *L.* 10, *ff. de pact.*

Ceci n'eſt pourtant pas proprement une exception à notre principe ; car ce n'eſt pas la convention faite avec les trois quarts des créanciers, qui oblige *per ſe*, par elle-même & par ſa propre vertu, les autres créanciers, qui n'ont point été parties, à faire les remiſes qui y ſont portées ; cette convention ne ſert qu'à faire connoître au Juge, que c'eſt l'intérêt commun des créanciers que cette convention ſoit exécutée par tous les créanciers ; la préſomption étant que ce grand nombre de créanciers ne s'eſt réuni à accorder ces remiſes, que parce qu'il étoit de l'intérêt commun des créanciers de les accorder, pour avoir le paiement du reſtant ; & comme il n'eſt pas juſte que la rigueur de quelques créanciers nuiſe à l'intérêt commun des créanciers, le Juge les condamne à accéder à la convention, & à accorder au débiteur les remiſes & les termes qui y ſont portés ; mais ce n'eſt pas la convention à laquelle ils n'ont pas été parties, qui les oblige à accorder ces remiſes & ces termes ; c'eſt l'équité ſeule qui forme en eux cette obligation, & qui les oblige à accéder à cette convention,

étant contre l'équité, que par une rigueur contraire à leurs propres intérêts, ils empêchent l'avantage commun des créanciers.

89. Notre principe, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, ſouffre une eſpece d'exception à l'égard des cautions; car les conventions qui interviennent entre les créanciers & le débiteur principal, profitent aux cautions, quoiqu'elles n'y aient pas été parties, & elles leur font acquérir contre le créancier, les mêmes droits, qu'elles font acquérir au débiteur principal. Nous en verrons la raiſon *infrà p. 2. ch. 6.*

90. Notre principe ſouffre encore une autre eſpece d'exception, à l'égard des ſubſtitutions portées par un acte de donation entre-vifs : car lors de l'événement qui y donne ouverture, les perſonnes appellées à ces ſubſtitutions, quoiqu'elles n'aient pas été parties dans l'acte qui les renferme, acquierent le droit de demander au donataire qui en eſt grévé, ou à ſa ſucceſſion, les choſes qui y ſont compriſes: voyez ce que nous avons dit, *ſuprà* en l'article précédent §. 3.

ARTICLE VII.

Regles pour l'interprétation des Conventions.

PREMIERE REGLE.

91. On doit dans les Conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le ſens grammatical des termes.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quàm verba ſpectari placuit, *L.* 219, *ff. de verbor. ſignif.*

Voyez un exemple de cette regle dans la loi citée.

En voici un autre : vous teniez à loyer de moi un petit appartement dans une maiſon dont j'occupois le reſte ; je vous ai fait un nouveau bail en ces termes : *j'ai donné à loyer à un tel* MA MAISON *pour tant d'années, pour le prix porté au précédent bail* : ſerez-vous fondé à prétendre que je vous ai loué toute ma maiſon ? Non ; car quoique ces termes *ma maiſon*, dans leur ſens grammatical, ſignifient la maiſon entiere & non un ſimple appartement ; néanmoins il eſt viſible que notre intention n'a été que de renouveller le bail de l'appartement que vous teniez de moi, & cette intention dont on ne peut douter, doit prévaloir aux termes du bail.

SECONDE REGLE.

92. Lorſqu'une clauſe eſt ſuſceptible de deux ſens, on doit plutôt l'entendre dans celui dans lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui dans lequel elle n'en pourroit avoir aucun.

Quoties in ſtipulationibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſt id accipi quo res de quâ agitur in tutò ſit, L. 80, de verb. oblig.

Par exemple; s'il eſt dit à la fin d'un acte de partage : *il a été convenu entre Pierre & Paul, que Paul pourroit paſſer ſur ſes héritages*; quoique ces termes *ſes héritages*, dans le ſens grammatical, puiſſent s'entendre auſſi-bien de ceux de Paul, que de ceux de Pierre; néanmoins il n'eſt pas douteux qu'ils doivent s'entendre de ceux de Pierre; autrement la clauſe n'auroit aucun effet; Paul n'ayant pas eu beſoin de ſtipuler qu'il pourroit paſſer ſur ſes propres héritages.

TROISIEME REGLE.

93. Lorſque dans un contrat, des termes ſont ſuſceptibles de deux ſens, on doit les entendre dans le ſens qui convient le plus à la nature du contrat.

Par exemple, s'il étoit dit par un acte, que je vous ai loué pour neuf ans un certain héritage pour la ſomme de 300 liv. ces termes, *la ſomme de* 300 *liv.* ne s'entendent pas d'une ſomme de 300 liv. une fois payée, mais d'une ſomme annuelle de 300 liv. pour chacune des neuf années que durera le bail, étant de la nature du Contrat de louage, que le prix conſiſte dans une ferme annuelle.

Il en ſeroit autrement s'il étoit évident que la ſomme de 300 liv. eſt la valeur de neuf années de ferme, *puta*, parce que par les baux précédents, l'héritage n'avoit été affermé, que pour le prix de 30 ou 40 livres de ferme annuelle.

Voici un autre exemple de la regle: par un bail à ferme, il eſt dit, que je vous ai loué un certain héritage, à la charge de 300 liv. de ferme annuelle, & des réparations; ces termes *& des réparations* doivent s'entendre des locatives; les fermiers & locataires n'étant tenus que de celles-là, ſuivant la nature du contrat.

Quatrieme Regle.

94. Ce qui peut paroître ambigu dans un contrat, s'interprete, par ce qui eſt d'uſage dans le pays; *ſemper in ſtipulationibus & in cæteris contractibus id ſequimur*

quod actum est, aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in quâ actum est frequentatur, L. 34, ff. de regulis Juris.

Suivant cette regle, si j'ai fait marché avec un Vigneron à une certaine somme par an, pour cultiver ma vigne, sans m'expliquer sur le nombre de labours qu'il donneroit, nous sommes censés être convenus qu'il donneroit le nombre de labours, qu'on a coutume de donner dans le pays.

Cinquieme Regle

95. L'usage est d'une si grande autorité pour l'interprétation des conventions, qu'on sous-entend dans un contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles ne soient pas exprimées, *In contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris & consuetudinis.*

Par exemple, dans le Contrat de louage d'une maison, quoiqu'on n'ait pas exprimé que le loyer seroit payable par demi-termes, à la St. Jean & à Noël, & que le locataire seroit obligé à faire les réparations locatives, ces clauses y sont sous-entendues.

Pareillement dans un contrat de vente, quoique la clause que le vendeur sera te-

nu de défendre & de garantir l'acheteur, des évictions, n'y ſoit pas exprimée, elle y eſt ſous-entendue.

SIXIEME REGLE.

96. On doit interpréter une clauſe, par les autres clauſes contenues dans l'acte, ſoit qu'elles précedent, ou qu'elles ſuivent.

La loi, 126, ff. *de verb. ſign.* fournit un exemple de cette regle. Dans l'eſpece de cette loi, il étoit dit dans un contrat de vente, par une premiere clauſe, que l'héritage étoit vendu *uti optimus maximus*, c'eſt-à dire, franc de toutes charges réelles : par une ſeconde clauſe, il étoit dit, que le vendeur n'entendoit être garant que de ſes faits : cette ſeconde clauſe ſert à l'interprétation de la premiere, & en reſtreint la généralité des termes à ce ſens; que le vendeur, par cette premiere clauſe, n'a entendu promettre & aſſurer autre choſe, ſinon qu'il n'avoit impoſé aucunes charges ſur cet héritage, & qu'il étoit franc de toutes celles qu'il eut pû y impoſer, mais non pas aſſurer qu'il fût franc de celles qui avoient été impoſées par ſes auteurs, dont il n'avoit pas de connoiſſance.

SEPTIEME REGLE.

97. Dans le doute, une clauſe doit s'interpréter contre celui qui a ſtipulé quelque choſe, & à la décharge de celui qui a contracté l'obligation.

In ſtipulationibus cum quæritur quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda ſunt. L. 38. §. 18, *ff. de verb. oblig.*

Ferè ſecundùm promiſſorem interpretamur. L. 99, *ff. d. tit.* Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué.

Par exemple, ſi par un bail à ferme il étoit dit que le fermier livreroit au bailleur en certain temps, une certaine quantité de bled de ferme annuelle, ſans qu'il fût dit où la tradition devroit s'en faire, la clauſe doit s'entendre en ce ſens qu'elle devra ſe faire en la maiſon du fermier, à ceux qui y viendront chercher le bled de la part du bailleur; ce ſens étant celui qui eſt le plus à la décharge du fermier qui a contracté l'obligation. Lorſque le bailleur veut que le bled lui ſoit rendu dans ſon grenier, il doit s'en expliquer par le bail.

HUITIEME REGLE.

98. Quelque généraux que ſoient les

termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paroît que les parties contractantes se sont proposé de contracter, & non pas celles auxquelles elles n'ont pas pensé. *iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non est*, L. 9, §. *fin. ff. de transf.*

Suivant cette regle, si nous avons transigé ensemble sur toutes nos prétentions respectives, & que nous en avons composé à une somme que vous vous êtes obligé de me payer, au moyen de quoi nous nous sommes tenus quittes de part & d'autre de toutes choses : cette transaction ne préjudicie pas aux droits que j'avois contre vous, dont je n'avois pas pu avoir connoissance lors de la transaction. *His tantùm transactio obest de quibus actum probatur : non porrigitur ad ea quorum actiones competere posteà compertum est*, *d. l.* 9, §. *fin.*

Par exemple, si un légataire a composé avec l'héritier à une somme pour ses droits résultans du testament du défunt, il ne sera pas exclus de la demande d'un autre legs à lui fait par un codicile qui n'a paru que depuis la transaction, *L.* 3, §. 1, *L.* 12, *ff. de transact.*

NEUVIEME REGLE.

99. Lorſque l'objet de la convention, eſt une univerſalité de choſes, elle comprend toutes les choſes particulieres qui compoſent cette univerſalité, même celles dont les parties n'avoient pas de connoiſſance.

On peut apporter pour exemple de cette regle, la convention par laquelle je compoſe avec vous, à une certaine ſomme, pour vous abandonner ma part dans une hérédité; cette convention comprend toutes les choſes qui en font partie, ſoit qu'elles aient été ou non à notre connoiſſance, notre intention ayant été de traiter de tout ce qui la compoſoit; c'eſt pourquoi il eſt décidé que je ne puis pas être admis à revenir contre la convention, ſur le prétexte qu'il s'eſt trouvé depuis la convention, beaucoup de choſes dépendantes de la ſucceſſion, qui n'étoient pas à ma connoiſſance. *Sub prætextu ſpecierum poſt repertarum, generali tranſactione finita reſcindi prohibent jura, L. 29, cod. de tranſact.*

Pourvu néanmoins que ces choſes ne m'aient pas été cachées par mon cohéritier, avec qui j'ai traité de ma part en la ſucceſſion, & qui avoit ces choſes

pardevers lui ; car en ce cas, c'eſt un dol de ſa part qui donne lieu à revenir contre la convention ; c'eſt pourquoi il eſt dit en la même loi : *error circà proprietatem rei apud alium* EXTRA PERSONAS TRANSIGENTIUM, *tempore tranſactionis, conſtitutæ, nihil poteſt nocere.*

Notre regle étant fondée ſur la préſomption que les parties qui traitent d'une univerſalité de choſes, ont intention de traiter de toutes les choſes qui la compoſent, ſoit qu'elles en aient connoiſſance ou non ; elle ſouffre exception, lorſqu'il paroît au contraire, que les parties n'ont entendu traiter que des choſes contenues ſous cette univerſalité, qui étoient à leur connoiſſance ; comme lorſqu'elles ont traité relativement à un inventaire ; *putà*, ſi par un acte entre mon cohéritier & moi, il eſt dit que je lui cede pour une certaine ſomme, ma part dans tout le mobilier de la ſucceſſion *compris dans l'inventaire* ou *ſuivant l'inventaire* ; il eſt clair en ce cas que notre intention n'a été de traiter que de ce qui eſt compris dans l'inventaire, & non de ce qui a été omis, & n'étoit pas encore à notre connoiſſance.

Dixieme Regle.

100. Lorſque dans un contrat on a exprimé un cas, pour le doute qu'il auroit pu y avoir, ſi l'engagement qui réſulte du contrat s'étendoit à ce cas; on n'eſt pas cenſé par-là avoir voulu reſtreindre l'étendue, que cet engagement a de droit, à tous ceux qui ne ſont pas exprimés.

Quæ dubitationis tollendæ cauſâ, contractibus inſeruntur, jus commune non lædunt, L. 81, ff. de regulis juris, L. 56, Mand.

Voyez un exemple de cette regle en la ſuſdite loi 56, d'où elle eſt tirée: en voici un autre. Si par un contrat de mariage il eſt dit: Les futurs époux ſeront en communauté de biens, dans laquelle communauté entrera le mobilier des ſucceſſions qui leur écherront; cette clauſe n'empêche pas que toutes les autres choſes qui de droit commun entrent dans la communauté conjugale, n'y entrent, n'étant ajoutée que pour lever le doute que les parties peu inſtruites ont cru qu'il pourroit y avoir, ſi le mobilier des ſucceſſions y devoit entrer.

ONZIEME REGLE.

101. Dans les contrats, de même que dans les teſtamens, une clauſe conçue au pluriel, ſe diſtribue ſouvent en pluſieurs clauſes ſingulieres.

Par exemple, ſi par le contrat de donation que j'ai fait à Pierre & à Paul mes domeſtiques, d'un certain héritage, il eſt dit, *à la charge qu'après leur mort ſans enfans, ils le reſtitueront au donateur ou à ſa famille*; cette clauſe conçue au pluriel, ſe diſtribue en ces deux clauſes ſingulieres, *à la charge que Pierre après ſa mort ſans enfans, reſtituera l'héritage pour la part qu'il a eue, au donateur, &c.* & pareillement, *à la charge que Paul après ſa mort ſans enfans, reſtituera*, &c. Arg. L. 78, §. 7, ff. ad ſc. Trebel.

DOUZIEME REGLE.

102. Ce qui eſt à la fin d'une phraſe ſe rapporte ordinairement à toute la phraſe, & non pas ſeulement à ce qui précede immédiatement, pourvu néanmoins que cette fin de phraſe, convienne en genre & en nombre à toute la phraſe.

Par exemple, ſi dans le contrat de

vente d'une métairie, il eſt dit qu'elle eſt vendue avec tout ce qui s'y trouve de bleds, menus grains, fruits, & vins, qui y ont été récoltés cette année, ces termes, *qui y ont été récoltés cette année*, ſe rapportent à toute la phraſe, & non pas ſeulement aux vins; & en conſéquence les bleds vieux ne ſont pas moins exceptés de la vente que les vins vieux. Il en ſeroit autrement, s'il étoit dit, *& le vin qui y a été recueilli cette année*; ces termes, *qui a été recueilli cette année*, qui ſont au ſingulier, ne ſe rapportent qu'au vin, & non pas au reſte de la phraſe, n'étant pas concordans en nombre. V. *in Pand. Juſtin. tit. de leg. n.* 189, *&* 190.

ARTICLE VIII.

Du Serment que les parties contractantes ajoutent quelquefois à leurs conventions.

103. Les parties contractantes employent quelquefois le ſerment pour aſſurer davantage l'accompliſſement futur des engagemens qu'elles contractent.

Le ſerment, dont il eſt ici queſtion, eſt un acte religieux par lequel une perſonne déclare qu'elle ſe ſoumet à la vengeance de Dieu, ou qu'elle renonce à ſa miſéricorde, ſi elle n'accomplit pas ce qu'elle

a promis ; c'eſt ce qui réſulte de ces formules, *ainſi Dieu me ſoit en garde* ou *en aide : je veux que Dieu me puniſſe, ſi je manque à ma parole*, &c.

104. Les prétentions des gens d'Egliſe avoient autrefois rendu bien commun l'uſage du ſerment dans tous les contrats ; ils prétendoient que la connoiſſance de toutes les conteſtations ſur l'exécution des contrats qui étoient confirmés par ſerment, appartenoit au Juge d'Egliſe ; parce que le ſerment étant un acte de religion, & le refus d'exécuter une obligation confirmée par ſerment, étant un violement de la religion du ſerment, la religion paroiſſoit intéreſſée dans les conteſtations ſur l'exécution de ces engagemens, ce qui devoit les rendre de la compétence du juge d'Egliſe.

C'eſt pourquoi les Notaires qui étoient gens d'Egliſe, ne manquoient pas d'inſérer dans les contrats qu'ils paſſoient, que les parties avoient fait ſerment de ne contrevenir à aucune clauſe du contrat, & de les exécuter fidelement, afin d'aſſurer aux Juges d'Egliſe la connoiſſance de l'exécution du contrat : ce ſtyle ſe voit encore dans pluſieurs anciens actes.

Il y a très-long temps que les gens d'Egliſe ont été forcés d'abandonner ces prétentions auxquelles l'ignorance avoit donné

lieu ; & l'uſage des ſermens a ceſſé dans les contrats des particuliers ; néanmoins comme il arrive encore quelquefois que des perſonnes emploient le ſerment pour aſſurer l'accompliſſement futur de leurs promeſſes ; il ne ſera pas hors de propos d'examiner ſommairement quel peut être l'effet de ce ſerment.

105. Ce ſerment n'a que peu ou point d'effet dans le for extérieur ; car, ou l'obligation eſt valable par elle-même dans le for extérieur, ou elle ne l'eſt pas ; lorſqu'elle eſt valable par elle-même, le ſerment eſt ſuperflu ; puiſque ſans qu'il intervienne, le créancier envers qui elle a été contractée, a action contre ſon débiteur pour en exiger l'accompliſſement ; le ſerment n'ajoute rien à cette action, & ne donne pas plus de droit au créancier, qu'il en auroit eu, s'il n'eût pas été interpoſé.

Lorſque l'obligation par elle-même n'eſt pas valable dans le for extérieur, & eſt de celles pour leſquelles la Loi civile a jugé à propos de dénier l'action, le ſerment eſt pareillement de nul effet dans le for extérieur ; car la Loi civile n'en dénie pas moins l'action au créancier.

Par exemple, un cabaretier ne laiſſe pas d'être non-recevable à demander en juſtice à des domiciliés le paiement des

dépenſes faites en ſon cabaret ; un joueur ne laiſſe pas d'être non-recevable à demander le paiement d'une dette du jeu ; quoique dans l'un & dans l'autre cas le débiteur ſe ſoit obligé par ſerment de payer. La raiſon eſt que le ſerment étant un acceſſoire de l'engagement, la loi qui répute nul l'engagement, doit par une conſéquence néceſſaire réputer nul le ſerment, ſuivant cette regle de droit : *quum principalis cauſa non conſiſtit ; ne ea quidem quæ ſequuntur locum habent*, L. 129, §. 1. ff. de R. J.

Ajoutez qu'il ne doit pas dépendre des particuliers, en interpoſant le ſerment, de rendre valables des engagemens, que la loi civile à jugé à propos de réprouver ; & d'éluder par ce moyen la loi.

106. Suivant les Loix romaines, le ſerment que l'une des parties fait d'entretenir la convention, n'a, à la vérité, aucun effet, lorſqu'elle eſt nulle, par rapport à ce qui en eſt l'objet, qui eſt en ſoi quelque choſe d'illicite, *L.* 7, §. 16, ff. *de pact.* ou par rapport à la violence qu'on y a employée, *auth. Sacramenta*, *cod. ſi adv. vend.* Mais lorſqu'elle n'eſt attaquable que pour cauſe de minorité de l'une des parties contractantes, le ſerment que le mineur, qui a exécuté la convention, fait de ne pas ſe pourvoir contre, a l'effet de l'y

rendre non-recevable. C'eſt ce que décide Alexandre Sévere, dans l'eſpece de la vente d'un héritage faite par un mineur, qui s'étoit engagé envers l'acheteur, de ne pas revenir contre : *nec perfidiæ*, lui répond l'Empereur, *nec perjurii me autorem tibi futurum ſperare debuiſti*, L. 1, cod. ſi adv. vend.

Automne, ſur cette loi, nous apprend que cette déciſion n'eſt pas ſuivie dans notre pratique Françoiſe ; la raiſon eſt qu'autrement les loix qui ſubviennent aux mineurs, ſeroient toujours éludées, étant facile à ceux qui contractent avec eux de leur faire interpoſer ce ſerment. La Coutume de Bretagne, *art.* 471, décide formellement que les contrats des mineurs ne ſont pas valables par leur ſerment.

C'eſt principalement dans le for de la conſcience, que le ſerment par lequel quelqu'un s'eſt engagé à l'accompliſſement de ce qu'il a promis, peut avoir quelque effet. Il a cet effet de rendre plus étroite l'obligation, & de rendre plus coupable celui qui y contrevient ; car celui qui s'étant engagé par ſerment, manque volontairement à ſon engagement, ajoute à l'infidélité qui réſulte de toute contravention volontaire à un engagement, le crime de parjure.

107. Le ſerment a cet effet, lorſque

l'engagement eſt en ſoi valable, au moins dans le for de la conſcience; mais ſi l'engagement étoit nul, même dans le for de la conſcience, le ſerment qu'on auroit fait de l'accomplir ſera-t-il nul? C'eſt ce que nous allons examiner, en parcourant les différens vices qui peuvent rendre nuls les engagemens.

Lorſque l'engagement eſt nul par rapport à ce qui en fait l'objet; *putà*; lorſque quelqu'un s'eſt obligé à donner une choſe qui eſt hors du commerce; ou lorſqu'il s'eſt obligé à faire quelque choſe qui eſt impoſſible; il eſt évident que le ſerment qu'on a fait de l'accomplir, ne peut pas être obligatoire, ni avoir aucun effet.

Tous conviennent auſſi que le ſerment d'accomplir un engagement illicite, n'eſt pas obligatoire, qu'on peche en faiſant ce ſerment, & qu'on pécheroit doublement en l'accompliſſant : en ce cas *ſcelus eſt fides.*

Cette déciſion a lieu, non-ſeulement lorſque la choſe eſt illicite par le Droit naturel; mais même lorſqu'elle eſt illicite par le Droit civil; car nous ſommes obligés en conſcience d'obéir à la loi civile, & le ſerment ne peut nous diſpenſer de cette obligation.

Lorſque le vice d'erreur dont nous avons traité *ſuprà*, *art.* 3, §. 1, rend la

convention nulle, elle rend pareillement nul le ſerment dont elle ſeroit accompagnée : car la convention étant abſolument nulle, il n'en peut naître aucun engagement que le ſerment puiſſe confirmer.

108. Il y a plus de difficulté à l'égard d'un vice de violence. Grotius convient qu'une promeſſe qui a été extorquée par une violence injuſte, n'oblige point celui qui l'a faite à l'accomplir ; parce que, quand il ſeroit vrai qu'il naîtroit de cette promeſſe une obligation qui donneroit un droit contre moi à celui à qui je l'ai faite, il ſeroit, de ſon côté, pour réparation de la violence injuſte qu'il a exercée contre moi, tenu de m'acquitter. Mais lorſque cette promeſſe extorquée par une violence injuſte, a été confirmée par ſerment, quoique pareillement extorqué, Grotius prétend que je ſuis en conſcience obligé de la tenir ; parce que ſi je ne ſuis pas obligé de la tenir vis-à-vis de celui à qui je l'ai faite, par les raiſons ci-deſſus rapportées, je m'y trouve obligé envers Dieu, à qui je ſuis cenſé l'avoir promis par le ſerment que j'ai fait ; c'eſt pourquoi ſi je n'accomplis pas cette promeſſe, lorſqu'il eſt en mon pouvoir de le faire, je me rends coupable de parjure *Grot. Lib. 2, chap. 13, n. 14.*

Le même Auteur obſerve que l'héritier

de celui qui a fait ce ſerment n'eſt pas tenu de l'obligation qui en réſulte ; parce que mon héritier qui ſuccede à ma perſonne civile, & qui me repréſente entant que membre de la ſociété civile, ſuccede bien à mes obligations contractées envers les hommes dans le commerce de la ſociété civile ; mais il ne ſuccede pas à mes obligations envers Dieu. *Ibid. n.* 17.

109. St. Thomas, 11, 2, *Q.* 89, *art.* 7. a auſſi penſé qu'une promeſſe, quoiqu'accompagnée de ſerment, n'étoit pas, à la vérité, obligatoire vis-à-vis de celui qui l'avoit extorquée par une violence injuſte, mais qu'elle l'étoit devant Dieu & dans le for de la conſcience ; que cette obligation n'étoit pas, à la vérité, fondée ſur aucun vœu ou ſur aucune promeſſe, mais qu'elle étoit fondée ſur le reſpect dû au ſaint nom de Dieu qui étoit violé, lorſque nous n'accompliſſons pas ce que nous avions promis par ce ſaint nom.

Il apporte néanmoins ce tempérament, qu'après que j'ai ſatisfait à mon ſerment en payant la choſe que l'on m'a forcé de promettre par ſerment, je peux en pourſuivre en Juſtice la répétition, ſi je peux prouver la violence qu'on m'a faite.

Ce tempérament ſouffre difficulté ; car

eſt-ce véritablement payer une choſe & ſatisfaire à ſon ſerment, que de la payer *dicis causâ*, & dans l'intention de répéter ce qu'on a payé? C'eſt pourquoi Grotius réfute ce ſentiment. *Probare non poſſum*, dit-il, *quod à quibuſdam traditum eſt, eum qui prædoni quicquam promiſerit, momentaneâ ſolutione poſſe defungi; ita ut liceat quod ſolvit recuperare; verba enim juramenti quod Deum ſimpliciſſimè, & cum effectu ſunt accipienda. d. cap.* 13, *n.* 15.

110. Les Papes ont auſſi décidé qu'une promeſſe accompagnée de ſerment, quoiqu'extorquée par une violence injuſte, obligeoit devant Dieu; c'eſt la déciſion d'Alexandre III. au *ch.* 8, *extrà de jurejur.* Céleſtin III. *ch.* 15, *d. t.* dit que les Papes lorſqu'ils abſolvent du violement de ce ſerment, n'entendent pas porter ceux qui ont fait de pareils ſermens à les violer, mais ſeulement uſer d'indulgence pour ce violement, qui doit être traité avec l'indulgence que méritent les fautes véniel-les & non pas puni avec la rigueur que méritent les fautes mortelles. *Non eis dicatur ut juramenta non ſervent, ſed ſi non ea attenderint, non ob hoc tanquam pro mortali crimine puniendi.*

111 Puffendorf, IV, 2, 8, penſe au contraire qu'une promeſſe extorquée par violence, quoique confirmée par ſerment

n'eſt pas plus obligatoire devant Dieu que devant les hommes. Ses raiſons ſont, 1°. qu'un tel ſerment, lorſqu'il eſt adreſſé à la perſonne à qui je promets une choſe, n'eſt qu'une attention ſolemnelle & religieuſe de la promeſſe que je fais à cette perſonne ; mais ce n'eſt pas un vœu ; il ne contient pas une promeſſe particuliere que je faſſe à Dieu d'accomplir la promeſſe que j'ai faite à cette perſonne, ni par conſéquent aucune obligation envers Dieu. 2°. Quand même on concevroit dans ce ſerment, une eſpece de vœu que je ferois à Dieu d'accomplir la promeſſe que j'ai faite ; ce vœu ne ſeroit pas obligatoire envers Dieu ; car de même que les promeſſes qu'on fait aux hommes, ne ſont obligatoires qu'autant qu'elles ſont acceptées par ceux à qui on les fait ; de même les vœux que l'on fait à Dieu, n'obligent point envers Dieu, qu'autant qu'on peut croire que Dieu les agrée & les accepte : or peut-on croire que ce ſoit une choſe agréable à Dieu, & que Dieu agrée, qu'un innocent ſe dépouille de ſes biens au profit d'un ſcélérat, qui a extorqué ſa promeſſe, par une violence injuſte qu'il lui a faite ?

A l'égard du reſpect dû au ſaint nom de Dieu, ſur lequel ſaint Thomas fonde l'obligation de tenir ce qui a été promis

par ſerment ; on ne peut pas, à la vérité, diſconvenir que c'eſt manquer au reſpect dû au ſaint nom de Dieu, & pécher griévement, que de promettre avec ſerment, quoique par violence, ce qu'on n'a pas intention de tenir ; puiſque c'eſt faire ſervir le ſaint nom de Dieu à un menſonge ; & Puffendorf n'en ſçauroit diſconvenir. Mais après que ce ſerment a été fait, ſoit que la perſonne eût véritablement alors l'intention d'accomplir ſa promeſſe, auquel cas il n'y a pas eu de péché, ſoit que dès ce temps, elle n'eût pas cette intention, auquel cas elle a péché en faiſant ce ſerment ; le violement de ce ſerment ne paroît pas à Puffendorf être de même un péché, & une choſe contraire au culte de Dieu. Le repentir que doit avoir la perſonne d'avoir fait le ſerment, avec intention de ne pas tenir ſa promeſſe, peut paroître exiger qu'elle donne ce qu'elle a promis ; & dans le cas auquel elle avoit alors l'intention de le donner, la crainte qu'elle peut avoir de ſcandaliſer les foibles, peut auſſi la porter à donner ce qu'elle a promis de donner ; mais dans ce cas, Puffendorf penſe qu'elle fera mieux de l'appliquer à des œuvres pies, que de le donner à celui qui a extorqué d'elle la promeſſe qu'elle lui a faite ; à qui cela n'eſt pas dû, & qui s'en ſerviroit pour continuer ſes crimes.

112. Il nous reſte à dire un mot du dol. Il n'eſt pas douteux qu'une promeſſe, quoiqu'atteſtée par ſerment, qui m'a été ſurpriſe par le dol de celui à qui je l'ai faite, n'eſt pas plus obligatoire vis-à-vis de lui, que le ſeroit une promeſſe extorquée par violence ; car ſon dol ne l'oblige pas moins envers moi à m'en acquitter, que l'y obligeroit la violence. Mais ce ſerment oblige-t-il devant Dieu à tenir ſa promeſſe ? Dans le ſyſtême de Puffendorf qui penſe que celui extorqué par violence, n'oblige pas ; celui-ci ne doit pas obliger non plus. En adoptant le ſentiment de Grotius, & des autres qui penſent que le ſerment extorqué par violence oblige, il n'en faut pas toujours conclure que celui qui a été ſurpris par le dol de celui à qui la promeſſe a été faite, oblige pareillement ; car lorſqu'il eſt conſtant que ce ſerment a pour fondement la fauſſe ſuppoſition de quelque fait, ſans quoi la promeſſe n'auroit pas été faite ; Grotius *ibid. n.* 4. convient que le ſerment n'a aucun effet, même devant Dieu. La raiſon de cette différence eſt que celui qui promet, quoique contraint, promet abſolument, & ſans faire dépendre ſa promeſſe d'aucune condition ; au-lieu que celui-ci a intention de faire dépendre ſa promeſſe en quelque façon de

la vérité du fait qu'il ſuppoſe, & qui y ſert de fondement.

SECTION II.

Des autres cauſes des Obligations.

§. I.

Des quaſi-Contrats.

113. On appelle quaſi-Contrat, le fait d'une perſonne permis par la loi, qui l'oblige envers un autre, ou oblige une autre perſonne envers elle, ſans qu'il intervienne aucune convention entr'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 loix, 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, & les légataires.

Un autre exemple de quaſi-Contrat, c'eſt lorſque quelqu'un paye 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 entr'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, & oblige l'absent envers lui à l'indemniser de tout ce qu'il à déboursé.

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

114. Dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation ; dans les quasi-Contrats, il n'intervient aucun consentement, & 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 appellés *quasi-Contrats ;* parce que sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats.

115. Toutes personnes, même les enfans & 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, & l'obliger envers elles ; car ce n'est pas le consentement qui forme ces obligations, & 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 per-

ſonne 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, & 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 maniere être obligées envers les autres, & 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, & avec leur autorité, n'annulle que ce qu'elles feroient ſans ſon autorité, & non pas les obligations qui ſont formées ſans aucun fait de leur part.

§. II.

Des Délits & quaſi-Délits.

116. Les délits ſont la troiſieme cauſe qui produit les obligations, & les quaſi-délits la quatrieme.

On appelle *délit*, le fait par lequel une perſonne par dol ou malignité, cauſe du dommage ou quelque tort à un autre.

Le *quaſi-délit* eſt le fait par lequel une perſonne ſans malignité, mais par une imprudence qui n'eſt pas excuſable, cauſe quelque tort à un autre.

117. Les délits ou quaſi-délits different 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 & 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 le ſont pas, tels que ſont les enfans & 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 quelque 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, & ſont, par conſéquent, capables de malignité, les uns l'ayant plutôt que les autres ; cela doit s'eſtimer par les circonſtances : mais dès qu'une perſonne a l'uſage de la raiſon, & qu'on apperçoit dans le fait par lequel elle a cauſé quelque tort à un autre, de la réflexion & de la malignité, le fait eſt un délit, & 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 ; delà naît cette maxime : *Neminem in delictis ætas excuſat ;* l'imprudence s'excuſe bien plus facilement dans les jeunes gens.

119. Quoique l'ivreſſe faſſe perdre l'uſage de la raiſon, une perſonne ne laiſſe pas d'être obligée à la réparation du tort qu'elle fait à quelqu'un dans l'état d'ivreſſe ; car c'eſt ſa faute de s'être miſe volontairement dans cet état, & en cela un homme ivre differe des enfans & 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 différence eſt évidente : ceux avec qui il a

contracté doivent s'imputer d'avoir contracté avec lui, une interdiction étant publique & 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 Bartole *ad L. is qui bonis*, 6. *ff. de verb. obl.* & 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, & 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 puberes, ou voisins de la puberté, qui sont encore sous puissance de tuteur, sauf que les fautes d'imprudence, 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, tels que ſont les peres, meres, tuteurs, précepteurs ſont tenus de cette obligation, lorſque le délit ou quaſi-délit a été commis en leur préſence, & 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 regul Jur.* quand même le délit auroit été commis à leur vu & 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 & quaſi-délits de leurs ſerviteurs ou ouvriers qu'ils employent à quelque ſervice: ils le ſont même dans le cas auquel il n'auroit pas été en leur pouvoir d'empêcher le délit ou quaſi-délit, lorſque les délits ou quaſi-délits ſont commis par leſdits ſerviteurs ou ouvriers dans l'exercice des fonctions auxquelles ils ſont employés par leurs maîtres, 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.

122. Obſervez que ceux qui ſont tenus de l'obligation d'un délit commis par une autre perſonne, auquel ils n'ont point concouru, en ſont tenus différemment de l'auteur du délit; quoique celui-ci ſoit contraignable par corps au paiement de la ſomme à laquelle il aura été condamné pour la réparation du tort qu'il a cauſé, lorſque le délit eſt de nature à donner lieu à cette contrainte : les perſonnes qui en ſont reſponſables, ne le ſont que civilement, & ne peuvent être contraintes que par ſaiſie de leurs biens, & non par empriſonnement de leurs perſonnes.

§. III.

De la Loi.

123. La Loi naturelle eſt la cauſe au moins médiate de toutes les obligations; car ſi les contrats, délits & quaſi-délits produiſent des obligations, c'eſt primitivement, parce que la Loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, & 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, & qui ſont pour cet effet appellés *quaſi-Contrats*, comme nous l'avons déja remarqué.

Il y des obligations qui ont pour ſeule & unique cauſe immédiate la loi; par exemple, ce n'eſt en vertu d'aucun contrat ni quaſi-contrat, que les enfans, lorſqu'ils en ont le moyen, ſont obligés de fournir des alimens à leurs pere & mere, qui ſont dans l'indigence : c'eſt la loi 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 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 & unique cauſe la loi municipale qui en a une diſpoſition.

On peut rapporter beaucoup d'autres exemples d'obligations qui ont pour seule & unique cause la Loi.

Ces obligations produisent une action que l'on appelle, *condictio ex lege.*

SECTION III.

Des personnes entre lesquelles peut subsister une Obligation.

124. Il ne peut y avoir d'obligation sans deux personnes, l'une qui ait contracté l'obligation, & l'autre envers qui elle soit contractée.

Celui au profit duquel elle a été contractée s'appelle créancier, celui qui l'a contractée s'appelle débiteur.

125, Quoiqu'il soit de l'essence de l'obligation qu'il y ait deux personnes, dont l'une soit créancier & l'autre débiteur; néanmoins l'obligation ne se détruit pas par la mort de l'une ou de l'autre; car cette personne est censée survivre à elle-même dans la personne de ses héritiers qui succedent à tous ses droits & à toutes ses obligations.

126. Quand même le créancier ou le débiteur ne laisseroit aucun héritier, il ne laisseroit pas d'être censé survivre à lui-même, par sa succession vacante; car la

la ſucceſſion vacante d'un défunt le repréſente, tient lieu de ſa perſonne, & ſuccede en tous ſes droits comme en toutes ſes obligations : *hereditas perſonæ defuncti vicem ſuſtinet*, & cette perſonne fictive, ſoit du créancier, ſoit du débiteur, ſuffit pour faire ſubſiſter l'obligation après la mort, ſoit de l'un, ſoit de l'autre.

Non-ſeulement une obligation peut continuer de ſubſiſter dans la perſonne fictive d'une ſucceſſion vacante, ou envers une telle perſonne fictive ; il y a même certaines obligations qui peuvent être contractées par une telle perſonne fictive, ou envers une telle perſonne fictive.

Par exemple, lorſqu'un curateur créé à une ſucceſſion vacante, adminiſtre les biens de cette ſucceſſion, il contracte envers la perſonne fictive de la ſucceſſion vacante, l'obligation de rendre compte de ſa geſtion ; & *vice verſâ* cette perſonne fictive de la ſucceſſion vacante, contracte envers ce curateur, l'obligation de lui faire raiſon de ce qu'il lui en a coûté pour ſa geſtion.

On peut apporter pluſieurs autres exemples d'obligations contractées par une ſucceſſion vacante ; telle eſt celle qu'elle contracte envers le Curé qui a enterré le défunt, pour le paiement de ſes droits

de funérailles. *Vice versâ*, ſi quelqu'un vole quelque effet d'une ſucceſſion vacante, ou y cauſe quelque dommage, il en réſulte des obligations qu'il contracte envers la ſucceſſion vacante.

127. Les corps & communautés ſont des eſpeces de perſonnes civiles, qui peuvent contracter des obligations, & envers qui on en peut contracter.

128. Il eſt clair que les fous, les inſenſés, les enfans ne ſont pas capables de contracter les obligations qui naiſſent des délits ou des quaſi-délits, ni de contracter par eux-mêmes celles qui naiſſent des contrats, puiſqu'ils ne ſont pas capables de conſentement, ſans lequel il ne peut y avoir ni 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 la contracte. Par exemple, ſi quelqu'un a géré utilement les affaires d'un fou, d'un inſenſé, d'un enfant; cet enfant, cet inſenſé, ce fou contracte l'obligation de rembourſer cette perſonne de ce qu'il lui en a coûté pour cette geſtion, comme on l'a deja vu, *N.* 115. Ils contractent auſſi toutes les obligations que leurs tuteurs & curateurs contractent pour eux & en leur nom, *N.* 74.

Par le Droit Romain, il ne ſe pouvoit

contracter d'obligation entre le pere & l'enfant qui étoit ſous ſa puiſſance, ſi ce n'étoit *ex certis cauſis, putà ex cauſâ Caſtrenſis peculii.* La raiſon eſt que l'enfant qui étoit ſous cette puiſſance, ne pouvoit *extrà has cauſas* rien avoir en propre, & acquéroit à ſon pere tout ce qu'il acquéroit. La puiſſance paternelle n'ayant point dans notre Droit cet effet, rien n'empêche qu'un pere contracte des obligations envers ſes enfans, & que ſes enfans en contractent envers lui.

SECTION IV.

De ce qui peut faire l'objet & la matiere des obligations.

129. Il ne peut y avoir d'obligation, qu'il n'y ait quelque choſe qui ſoit dû, qui en faſſe l'objet & la matiere.

§. I.

Theſe générale ſur ce qui peut être l'objet des obligations.

130. L'objet d'une obligation peut être ou une choſe proprement dite, (*res*) que le débiteur s'oblige de donner; ou un fait (*factum*) que le débiteur s'oblige de faire

ou de ne pas faire : c'eſt ce qui réſulte de la définition que nous avons donnée de l'obligation.

Non-ſeulement les choſes mêmes (*res*) peuvent être l'objet d'une obligation ; le ſimple uſage d'une choſe, ou la ſimple poſſeſſion de la choſe, en peut être l'objet. Par exemple, lorſque quelqu'un loue ſa choſe, c'eſt l'uſage de ſa choſe plutôt que la choſe même, qui eſt l'objet de l'obligation qu'il contracte.

Lorſque quelqu'un s'oblige à me donner quelque choſe en nantiſſement, c'eſt plutôt la poſſeſſion de la choſe, que la choſe même qui eſt l'objet de ſon obligation. On peut apporter mille autres exemples.

§. II.

Quelles choſes peuvent être l'objet d'une obligation.

131. Toutes les choſes qui ſont dans le commerce peuvent être l'objet des obligations.

Non-ſeulement un corps certain & déterminé, comme un tel cheval, peut être l'objet d'une obligation : 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 & la matiere ; parce que, dans l'ordre moral, *preſque rien*, eſt regardé comme rien. Par exemple : de l'argent, du bled, du vin, ſans que la quantité ſoit déterminée, ni déterminable, ne peuvent être l'objet d'une obligation ; parce que cela ſe peut réduire à preſque rien comme à un denier, à un grain de bled, à une goutte de vin. C'eſt par cette raiſon que la loi 94. *ff. de verb. oblig.* décide que la ſtipulation, *triticum dare oportere*, ne produit aucune obligation, lorſqu'on ne peut ſçavoir la quantité que les contractans avoient 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 domma-

ges & 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 point 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 bled pour la nourriture de ma famille pendant un an, l'obligation est valable, quoiqu'il n'ait pas déterminé la quantité; parce qu'elle est déterminable par l'estimation qui se fera de ce qui est nécessaire pour cela.

132. Les choses qui n'existent pas encore, mais dont on attend l'existence, peuvent être l'objet d'une obligation, de maniere néanmoins 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'il n'existe pas encore. Mais si mes vignes gelent & 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'avoit jamais été contractée.

Cette regle, que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, reçoit une exception par les Loix Romaines

à l'égard des ſucceſſions futures. Ces loix proſcrivent comme indécentes & contraires à l'honnêteté publique, toutes les conventions par rapport aux ſucceſſions futures, ſoit celle par laquelle une perſonne traiteroit ou diſpoſeroit de ſa propre ſucceſſion future envers une autre perſonne à qui il promettroit de la lui laiſſer ; quand même cette convention ſe feroit par un contrat de mariage, *L.* 15, *cod. de pact.* ſoit celles par leſquelles des parties traiteroient de la ſucceſſion future d'un tiers, que leſdites parties ou l'une d'elles s'attendent de recueillir, *L. fin. cod. de pact.* à moins que ce tiers n'intervînt & ne donnât ſon conſentement à la convention. *d. l. L. fin.*

Dans notre Droit François, 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 enfans 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, & dont nous avons traité en l'Appendice qui eſt à la fin de notre *introd. au tit. des ſucceſſ.*

de la Cout. 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 & ligne*, ſont des conventions de cette eſpece; nous en avons traité en notre *introd. gén. ſur la Cout. d'Orléans, ch.* 3, *art.* 4, §. 3. Hors les contrats de mariage, les conventions ſur les ſucceſſions futures ſont rejettées par notre Droit François, de même qu'elles l'étoient 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 appellés à la ſubſtitution, & dont ils peuvent traiter de mon vivant, ſoit avec moi, ſoit entr'eux, *L.* 1 *&* 16, *cod. de pact. L.* 11, *cod. de tranſ.*

La regle que les choſes futures peuvent être l'objet d'une obligation, reçoit une autre exception par les loix de police telles que ſont celles, qui défendent aux

Marchands d'acheter les bleds ou les foins avant la récolte, les laines avant la tonte, & déclarent tels marchés nuls. *Voyez le Tr. 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; & il est obligé de les racheter de ceux à qui elles appartiennent, pour les donner à celui à qui il les a promises.

Si ceux à qui elles appartiennent ne vouloient pas les vendre, le débiteur ne pourroit pas se prétendre quitte de son obligation, sur le prétexte qu'il ne tient pas à lui de l'accomplir, & 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 & intérêts résultans 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 promettoit; c'est le débiteur qui est en faute de n'avoir pas bien examiné avant que de s'engager, s'il étoit

en pouvoir d'accomplir ce qu'il promettoit.

134. On peut bien s'obliger à donner une choſe qui appartient à un tiers ; mais on ne peut contracter l'obligation de donner à quelqu'un une choſe qui lui appartient déja, *L.* 1, §. 10, *ff. obl. & act.* à moins qu'elle ne lui appartienne qu'imparfaitement ; car en ce cas l'obligation ſeroit valable, à l'effet que le débiteur fût tenu de la lui faire appartenir parfaitement. *Voyez* notre Traité du Contrat de Vente, *N.* 8 *& ſuiv.*

135. Il eſt évident que les choſes qui ne ſont pas dans le commerce ne peuvent être l'objet d'une obligation. Par exemple, on ne peut pas s'obliger de donner une Egliſe, une place publique, un canonicat, *&c.*

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 & 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'ac-

quérir 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 ; & c'eſt cette finance plutôt que le titre qui eſt dans le commerce, & qui eſt l'objet de l'obligation.

§. III.

Quels faits peuvent être l'objet des obligations.

136. Pour qu'un fait puiſſe être l'objet d'une obligation, il faut qu'il ſoit poſſible ; car *impoſſibilium nulla obligatio eſt*, *L.* 85, *ff. de R. J.*

Au reſte, il ſuffit que le fait auquel quelqu'un s'oblige envers moi, ſoit poſſible en ſoi, quoiqu'il ne lui ſoit pas poſſible ; car ſi je n'avois pas connoiſſance qu'il ne lui étoit pas poſſible, j'ai eu droit de compter ſur ſa promeſſe ; & il s'eſt obligé valablement en ce cas envers moi : *in id quanti mea intereſt non eſſe deceptum.* Il doit s'imputer de n'avoir pas examiné ſes forces, & de s'être témérairement engagé à quelque choſe qui les ſurpaſſoit.

137. Un fait qui eſt contraire aux loix, ou aux bonnes mœurs, eſt ſemblable à celui qui ſeroit abſolument impoſſible, & 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 promettoit à un autre de lui bâtir une maiſon ſans dire où, il ne contracteroit 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; & 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 & intérêts de l'inexécution de ſa promeſſe, les dommages & intérêts n'étant autre choſe

que l'eſtimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation.

139. Un fait auquel la partie qui le ſtipule n'a aucun intérêt, ne peut à la vérité être l'objet d'une obligation; mais il peut en être la condition ou la charge. Par exemple, ſi j'étois convenu avec vous que vous viendriez à Orléans étudier en Droit pendant un an, cette convention ſeroit nulle, & il n'en réſulteroit 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 donnerois dix piſtoles, ſi vous veniez étudier en Droit à Orléans, ou à la charge que vous y viendriez, la convention ſeroit 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 avoit promis à ſon oncle de ne plus jouer, à peine de trois cens livres qu'il s'obligeoit de lui donner, s'il manquoit à ſa promeſſe. L'Arrêt eſt rapporté par Maynard & par Papon.

140. Un fait pour être la matiere 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 matiere 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 & qui manque à ſa parole ayant le pouvoir de l'accomplir, péche, & ſe rend coupable dans le for de la conſcience, quoiqu'il ne puiſſe être pourſuivi dans le for extérieur. *Voyez ſuprà S.* 1, *art.* 5, §. 1.

CHAPITRE II.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

ARTICLE PREMIER.

De l'effet des obligations de la part du débiteur.

§. I.

De l'obligation de donner.

141. CElui qui s'eſt obligé de donner une choſe, eſt tenu de la donner en temps & lieu convenable, au créancier ou à quelqu'un, qui ait pouvoir ou qualité pour la recevoir en ſa place. Voyez la troiſieme Partie de ce Traité, *ch. premier*, où nous traitons des paiemens 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 dûe, 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 & intérêts du créancier qui en réſultent. Nous traiterons de ces dommages & intérêts, *infrà art.* 3.

Le ſoin qu'il doit apporter à cette conſervation, eſt différent, ſelon la différente nature des contrats ou quaſi-contrats d'où l'obligation deſcend.

La loi 5, §. 2, *ff. commodat.* donne cette regle, que lorſque le contrat ne concerne que la ſeule utilité de celui à qui la choſe doit être donnée ou reſtituée, le débiteur qui s'eſt obligé à la donner ou reſtituer, n'eſt obligé qu'à apporter de la bonne foi à la conſervation de la choſe, & n'eſt tenu par conſéquent à cet égard que de la faute lourde, qui à cauſe de ſon énormité, tient du Dol : *tenetur duntaxat de latâ culpâ & 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, & qu'il s'eſt obligé de reſtituer ; parce que le contrat de dépôt ſe fait pour la ſeule utilité de celui qui a confié la choſe, & à qui le dépoſitaire s'eſt obligé de la reſtituer. Si le contrat concerne l'utilité commune des deux contractans, 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 ; & il eſt tenu en conſéquence de la faute

légere. 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 contractans. 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 à apporter à la conſervation de la choſe non-ſeulement un ſoin ordinaire, mais tout le ſoin poſſible ; & il eſt par conſéquent tenu de la faute la plus légere.

Cette regle reçoit néanmoins beaucoup d'exceptions, comme nous le verrons dans les Traités particuliers ſur les différens contrats, & quaſi-contrats.

A l'égard des cas fortuits, & 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 particuliere, il ne s'en fût chargé, ou qu'une faute précédente du débiteur eût donné lieu au cas fortuit. Par exemple, ſi je vous ai prêté mon cheval pour aller dans un certain lieu, & que vous ayez été attaqué par des voleurs, qui aient volé ou tué mon cheval ; quoique cette violence que

vous avez ſoufferte ſoit un cas fortuit, dont un débiteur n'eſt pas ordinairement tenu ; néanmoins ſi au lieu de ſuivre la route ordinaire & la plus ſûre, vous avez pris un chemin de traverſe, connu pour être infecté 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 & intérêts du créancier réſultans de cette demeure, & qu'il doive en conſéquence l'indemniſer de tout ce qu'il auroit eu, ſi la choſe lui eût été donnée auſſi-tôt qu'il l'a demandée.

C'eſt en conſéquence de ce principe, que ſi la choſe dûe a été détériorée, ou même eſt totalement périe, depuis la demeure du débiteur, par quelque cas fortuit ou force majeure ; le débiteur eſt tenu de cette perte, dans les cas auxquels la choſe n'auroit 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 auroient pû être perçus par le créancier depuis la demeure du débiteur.

Sur les autres eſpeces de dommages & intérêts. *Voyez infrà l'art.* 3.

144. Obſervez que ſuivant nos uſages, un débiteur n'eſt cenſé mis en demeure de donner la choſe par lui dûe, que par une interpellation judiciaire valablement faite, & ſeulement du jour de cette interpellation.

Cette déciſion a lieu, quoique la choſe ſoit dûe à des mineurs, ou à l'Egliſe ; les principes du Droit Romain ſur la demeure qui ſe contractoit *re ipſâ* envers ces perſonnes, n'étant pas d'uſage parmi nous.

Il faut excepter de notre déciſion les voleurs qui ſont cenſés en demeure de ſatisfaire à l'obligation qu'ils ont contractée de reſtituer la choſe volée, dès l'inſtant même qu'ils l'ont contractée par le vol qu'ils ont commis, ſans qu'il ſoit beſoin à leur égard d'aucune interpellation judiciaire. *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 ; & aux intérêts, lorſque c'eſt une ſomme d'argent qui eſt dûe.

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; & les intérêts ne courent pareillement que depuis ce temps. Quelquefois néanmoins les fruits & les intérêts sont dûs avant la demeure, comme dans les contrats de vente d'une chose frugifere. Cela dépend de la différente nature des contrats & autres causes d'où naissent les obligations. C'est ce que nous verrons en traitant des différens contrats & quasi-contrats.

§. II.

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

146. L'effet de l'obligation qu'une personne a contractée de faire quelque chose, est qu'elle doit faire ce qu'elle s'est engagée de faire, & que si elle ne le fait pas, après avoir été mise en demeure de le faire, elle doit être condamnée aux dommages & intérêts de celui envers qui elle s'est obligée; c'est-à-dire, *in id quanti creditoris interfit factum fuisse id quod promissum 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 tenu de faire ce qu'il a promis, ſinon qu'il ſoit condamné en des dommages & intérêts.

Le Juge ſur cette demande preſcrit un certain temps dans lequel le débiteur ſera tenu de faire ce qu'il a promis ; & faute par lui de le faire dans ledit temps, il le condamne aux dépens, dommages & intérêts.

Si le débiteur ſatisfait dans ledit temps à ſon obligation, il évite les dommages & intérêts, & il doit ſeulement les dépens, à moins que le Juge n'eſtimât qu'il fût dû quelques dommages & intérêts pour le retard.

147. Quelquefois le débiteur eſt tenu des dommages & intérêts du créancier, faute d'avoir fait ce qu'il s'étoit 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 pouvoit ſe faire utilement que 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'étoit hypothéqué, & que ce Procureur ait laiſſé interpoſer le décret ſans faire l'oppoſition, il eſt tenu de mes dommages & intérêts, quoique je n'aie pas formé de demande

contre lui pour qu'il fût tenu de la faire ; le temps dans lequel il devoit ſçavoir que cette oppoſition devoit être faite, l'interpelloit 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 & intérêts réſultans du préjudice qu'elle a cauſé en faiſant cela, à celui envers qui elle s'étoit obligée de ne le pas faire.

149. Lorſque celui qui s'étoit obligé à faire quelque choſe, a éte empêché de le faire par quelque cas fortuit & force majeure ; & pareillement lorſque celui qui s'étoit 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 & 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 y pourvoir par vous-même ou par un autre. Sans cela je n'éviterai pas les dommages & intérêts, à moins que cette force majeure ne m'eût auſſi ôté le pouvoir de vous faire avertir. *L.* 27, §. 2, *ff. mand.*

ARTICLE II.

De l'effet de l'obligation par rapport au Créancier.

150. Les effets de l'obligation par rapport au créancier, ſont 1°. Le droit qu'elle lui donne de pourſuivre en Juſtice le débiteur, pour le paiement de ce qui eſt contenu dans l'obligation.

2°. Lorſque l'obligation eſt d'une ſomme liquide, elle donne le droit au créancier de l'oppoſer à ſon débiteur en compenſation juſqu'à dûe concurrence de celle qu'il devroit à ſon débiteur. Nous traiterons de cette compenſation *infrà part.* 3. *chap.* 4.

3°. L'obligation ſert au créancier de fondement aux autres obligations que des fidéjuſſeurs pourroient contracter envers lui pour la perſonne qui l'a contractée. Nous parlerons de ces fidéjuſſeurs, *part.* 2. *chap.* 6.

4°. Elle ſert de matiere à la novation, lorſqu'il en intervient. *Voyez* ce qui concerne les novations *infrà part.* 3. *chap.* 2.

Nous avons ici à traiter ſeulement du premier & du principal effet de l'obligation, qui eſt le droit qu'elle donne au créancier de pourſuivre par les voies ju-

diciaires le paiement de ce qui lui eſt dû : il faut à cet égard diſtinguer le cas auquel l'obligation conſiſte à donner quelque choſe, & celui auquel elle conſiſte à faire ou à ne pas faire quelque choſe.

§. I.

Du cas auquel l'Obligation conſiſte à donner.

151. Le droit que cette obligation donne au créancier de pourſuivre le paiement de la choſe que le débiteur s'eſt obligé de lui donner, n'eſt pas un 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. & act.*

La choſe que le débiteur s'eſt obligé de donner, continue donc de lui appartenir, & 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

que le droit de demander la choſe ; & il n'a ce droit que contre la perſonne du débiteur qui a contracté l'obligation envers lui, ou contre ſes héritiers & ſucceſſeurs univerſels ; parce que l'héritier ſuccede à tous les droits actifs & paſſifs du défunt, & par conſéquent à ſes obligations ; & parce que les ſucceſſeurs univerſels du débiteur ſuccédans à ſes biens, ſuccedent auſſi par conſéquent à ſes dettes, qui ſont une charge de ſes biens.

152. Delà 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 & intérêts réſultans de l'inexécution de ſon obligation.

La raiſon eſt, que ſuivant nos principes, l'obligation ne donnant au créancier aucun droit dans la choſe qui lui eſt due, je n'ai aucun droit dans la choſe qui m'étoit 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 & ſes ſucceſſeurs univerſels, je

ne peux 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'étoit obligé de me donner, & qu'il meure; il en aura par sa mort transféré la propriété au légataire, suivant la regle de Droit qui porte que *dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit à testatore in legatarium*; car en étant, suivant nos principes, demeuré propriétaire, il a pu lui en transférer la propriété. Ce sera donc au légataire qu'elle devra être délivrée; & je n'aurai en ce cas qu'une action en dommages & intérêts, contre les héritiers de mon débiteur. *L.* 32, ff. *locat.*

153 Observez néanmoins que, si le débiteur, lorsqu'il a fait passer à un tiers la chose qu'il s'étoit obligé de me donner, n'étoit pas solvable, je pourrois 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, *conscius fraudis*, s'il étoit acquéreur à titre onereux: s'il étoit acquéreur à titre gratuit, il ne seroit pas même nécessaire pour cela qu'il eût été

participant de la fraude. *Tit. ff. his quæ in fraud. cred.*

Obſervez auſſi que ſi la vente m'a été faite par un acte devant Notaire, & que la choſe vendue ſoit un héritage ou autre immeuble; j'ai un droit d'hypotheque ſur cet héritage pour l'exécution de l'obligation que mon vendeur a contractée envers moi; & je peux pourſuivre ce droit d'hypotheque contre ce ſecond acheteur que je trouve en poſſeſſion de cet héritage. Il peut, à la vérité, me renvoyer à la diſcuſſion des biens de mon vendeur, pour les dommages & intérêts qui me ſont dus; réſultans de l'inexécution de l'obligation qui a été contractée envers moi; mais ſi cette diſcuſſion eſt infructueuſe par l'inſolvabilité de mon vendeur, le ſecond acheteur ſera obligé de délaiſſer l'héritage ſur mon action hypothécaire, ſi mieux il n'aime me payer mes dommages & intérêts.

154. Quoiqu'une obligation perſonnelle, ne donne pas elle-même au créancier envers qui elle eſt contractée, aucun droit dans la choſe qui en fait l'objet, néanmoins il y a certaines obligations, à l'exécution deſquelles la choſe qui en fait l'objet, eſt affectée; & cette affectation donne un droit dans la choſe au créancier,

pour pourſuivre l'exécution de l'obligation, contre les tiers détenteurs de cette choſe. Telle eſt l'obligation qui réſulte de la clauſe de réméré, par laquelle l'acheteur d'un héritage s'oblige envers le vendeur, de le lui rendre lorſqu'il y voudra rentrer, en le rembourſant de tout ce qu'il lui en a coûté. L'héritage qui fait l'objet de cette obligation de l'acheteur, eſt affecté à l'exécution de cette obligation, & le vendeur peut en pourſuivre l'exécution contre un tiers détenteur de l'héritage. Mais ce n'eſt pas l'obligation qui produit ce droit d'affectation : l'obligation n'eſt par elle-même capable de donner de droit que contre la perſonne qui l'a contractée : ce droit d'affectation réſulte de ce que le vendeur en aliénant ſon héritage, eſt cenſé s'y être retenu ce droit d'affectation aux obligations que l'acheteur contractoit envers lui par rapport à cet héritage.

Ce droit d'affectation eſt bien plus fort que le droit d'hypotheque. Le créancier d'un corps certain affecté à l'accompliſſement de ſa créance, peut faire condamner le poſſeſſeur à lui délaiſſer préciſément la choſe, ſans que le poſſeſſeur puiſſe le renvoyer contre le débiteur principal, & ſans qu'il puiſſe lui offrir à la place de la choſe, les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation.

155. A l'égard des voies qu'a le créancier pour obliger le débiteur ou ſes héritiers & ſucceſſeurs univerſels à lui donner ce qui lui eſt dû, il y en a deux, la voie de commandement & d'exécution, & celle de ſimple demande.

La premiere conſiſte à faire au débiteur, à ſa perſonne ou à ſon domicile, par un ſergent, un commandement de payer, & à ſaiſir ſur ſon refus ſes meubles ou même ſes immeubles, & à les faire vendre pour être payé ſur le prix.

Pour que le créancier ait cette voie de commandement & exécution, il faut que trois choſes concourent. 1°. Il faut que la dette ſoit d'une ſomme d'argent certaine & liquide, ou d'une certaine quantité d'eſpeces *fungibiles*, comme de bled, de vin, &c. Obſervez que quoiqu'on puiſſe ſaiſir pour une dette de ces eſpeces, lorſque la quantité due eſt liquide, on doit néanmoins ſurſeoir à la vente juſqu'après l'appréciation. *Ordonn. de* 1667. *Tit* 33, *art.* 2.

Il faut 2°, ordinairement * que le créancier ait un titre exécutoire, c'eſt-à-dire, un acte devant Notaire, revêtu de ſes for-

* J'ai dit *ordinairement*, parceque dans notre Coutume d'Orléans un créancier de loyers de maiſon de fermes d'héritage, ou d'arrérages de rente fonciere, peut ſans titre exécutoire procéder par voie d'exécution pour trois termes, *Orléans*, *art.* 406.

mes, par lequel le débiteur ſe ſoit obligé de payer, ou un jugement de condamnation qui ne ſoit pas ſuſpendu par un appel ou une oppoſition. *Voyez* notre introd. au *tit.* 20 de la Cout. d'Orl. *ch.* 2. §. 1.

Il faut 3°, que ce ſoit contre la perſonne même qui s'eſt obligée par acte devant Notaire, ou qui a été condamnée, que le créancier procede par voie d'exécution : quoique les héritiers de cette perſonne ſuccedent à ſes obligations, le créancier ne peut procéder contr'eux que par la voie de demande, juſqu'à ce qu'ils aient paſſé titre nouvel devant Notaires, ou que le créancier ait obtenu contr'eux un jugement de condamnation.

Lorſque ces trois choſes concourent, le créancier a la voie d'exécution, & il ne lui eſt pas permis de prendre la voie de la demande.

La voie de ſimple demande eſt celle que doit prendre le créancier qui n'a pas la voie d'exécution ; elle conſiſte à aſſigner le débiteur devant le juge compétent, & à obtenir contre lui Sentence de condamnation.

165. Lorſque la choſe due eſt un corps certain, & que le débiteur condamné par Sentence à donner la choſe, a cette choſe en ſa poſſeſſion, le Juge ſur le requis du créancier doit lui permettre de la ſaiſir &

de s'en mettre en poſſeſſion ; & il ne ſuffit pas au débiteur d'offrir en ce cas les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de ſon obligation. *Voyez* à cet égard notre *traité du Contrat de Vente*, *N.* 67.

§. II.

Du cas auquel l'Obligation conſiſte à faire ou ne pas faire.

157. Lorſque quelqu'un s'eſt obligé à faire quelque choſe, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur préciſément à faire ce qu'il s'eſt obligé de faire, mais ſeulement celui de le faire condamner en ſes dommages & intérêts, faute d'avoir ſatisfait à ſon obligation.

C'eſt en cette obligation de dommages & 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 & intérêts réſultans de la contravention.

Si ce qu'il s'étoit obligé de ne pas faire,

& 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, & qu'au préjudice de cette obligation il l'ait fermée par une barriere, ou par un fossé, je peux faire ordonner qu'il sera tenu de retirer sa barriere ou de combler son fossé; & 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 barriere.

ARTICLE III.

Des dommages & intérêts résultans soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution.

159. On appelle dommages & intérêts, la perte que quelqu'un a faite, & le gain qu'il a manqué de faire: c'est la définition qu'en donne *la loi* 13, *ff. Rat. rem hab. quantùm mea interfuit; id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.*

Lors donc que l'on dit que le débiteur est tenu des dommages & intérêts du créancier résultans de l'inexécution de l'obligation, cela veut dire qu'il doit in-

demniſer le créancier, de la perte que lui a cauſée, & 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, & 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 différens cas, & différentes eſpeces de dommages & intérêts, & il faut même, ſelon les différens cas, apporter une certaine modération à la taxation & eſtimation de ceux dont il eſt tenu.

Lorſqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, & 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 pouvoit 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 & intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat, que le créancier pourroit 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

& intérêts, que le créancier par l'inexécution de l'obligation, pourroit ſouffrir par rapport à la choſe même qui en a été l'objet, & 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 & 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, & que je n'ai pu lui livrer; ſi dans ce temps les chevaux étoient augmentés de prix, ce que l'acheteur a été obligé de payer de plus qu'il n'avoit achété le mien, pour en avoir un autre de pareille qualité, eſt un dommage dont je ſuis obligé de l'indemniſer. Car c'eſt un dommage qu'il a ſouffert, *propter rem ipſam non habitam*, qui n'a rapport qu'à la choſe qui a fait l'objet du contrat, que j'ai pu prévoir qu'il pourroit ſouffrir; le prix des chevaux comme de toutes les autres marchandiſes étant ſujet à varier. Mais ſi cet acheteur étoit un Chanoine, qui faute d'avoir le cheval que je m'étois engagé à lui livrer, & 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, & 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 croyois de bonne foi m'appartenir, & qu'après dix ou douze ans mon locataire en ait été évincé par le propriétaire; je ſerai tenu des dommages & intérêts de mon locataire, réſultans des frais qu'il aura été obligé de faire pour ſon délogement, comme auſſi de ceux réſultans 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 reſtoit à expirer du bail. Car ces dommages & intérêts ont un rapport prochain à la jouiſſance de la maiſon qui a fait l'objet de mon obligation, & 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, & que ſon délogement

lui ait fait perdre des pratiques, & cauſé un tort dans ſon commerce ; je ne ſerai pas tenu de ce dommage qui eſt étranger, & qui n'a pas été prévu lors du contrat.

A plus forte raiſon, ſi dans le délogement, quelques meubles précieux de mon locataire ont été briſés, je ne ſerai pas tenu de ce dommage. Car c'eſt l'impéritie des gens dont il s'eſt ſervi qui en eſt la cauſe, & non l'éviction qu'il a ſoufferte ; elle en eſt ſeulement l'occaſion.

162. Quelquefois le débiteur eſt tenu des dommages & intérêts du créancier, quoique extrinſéques ; ſçavoir, lorſqu'il paroît que par le contrat ils ont été prévus, & 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, & il y avoit une clauſe expreſſe dans le marché par lequel je me ſuis obligé de le lui livrer aſſez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de ſon bénéfice, & à temps pour gagner ſes gros fruits. Si dans ce cas, j'ai manqué par ma faute, quoique ſans dol, à remplir mon obligation, & que ce Chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture ; je ſerai tenu même des dommages extrinſéques réſultans 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 & exprimé, & je ſuis cenſé m'en être chargé.

Pareillement, ſi j'ai loué ma maiſon à quelqu'un en ſa qualité de Marchand, ou ſi je l'ai louée pour y faire auberge, & que le locataire ſoit évincé dans ſa jouiſſance, les dommages & intérêts dont je ſuis tenu envers lui, ne ſe borneront pas aux frais du délogement, & à ceux qui peuvent réſulter de l'augmentation du prix des loyers, comme nous avons dit qu'ils devoient s'y borner dans l'eſpece 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 eſpece de dommage eſt un dommage dont le riſque a été prévu, & auquel je ſuis cenſé m'être tacitement ſoumis.

163. Voici un autre exemple de notre diſtinction. Une perſonne m'a vendu des pieces de bois, je m'en ſuis ſervi pour étayer mon bâtiment, qui s'eſt écroulé par le défaut des pieces de bois qui étoient pourries : ſi le vendeur n'étoit pas homme du métier, & qu'il m'ait vendu de bonne foi ces pieces de bois dont il igno-

roit le défaut ; les dommages & intérêts réſultans de ce que les bois qu'il m'a vendus, ſe ſont trouvés défectueux, ne conſiſteront qu'à me faire une déduction ſur le prix, de ce que je les ai achetés de trop, en achetant pour bon ce qui étoit défectueux ; mais ils ne s'étendront pas à la perte que j'ai faite par la ruine de mon bâtiment. Car le vendeur qui m'a vendu le bois de bonne foi, & qui n'étoit pas plus obligé de s'y connoître 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, un Charpentier qui m'a vendu ces étais pour étayer mon bâtiment ; il ſera tenu envers moi des dommages & intérêts réſultans de l'écroulement de mon bâtiment par le défaut de ces étais, & il ne ſera pas reçu à alléguer qu'il les croyoit bons & ſuffiſans ; car quand il diroit vrai, cette ignorance de ſa part ne ſeroit pas excuſable dans un homme qui fait profeſſion publique d'un état & d'un art : *imperitia culpæ annumeratur*, *L.* 132, *ff. de R. J.* En me vendant ces étais pour étayer mon bâtiment, & en me les vendant dans ſa qualité de Charpentier ; il eſt cenſé s'être rendu reſponſable que les étais ſeroient ſuffiſans, & s'être chargé du riſque de mon

bâtiment, s'ils ne l'étoient 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, & 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 suffisans pour le soutien du petit bâtiment pour lequel ils étoient destinés, parce qu'en ce cas ce Charpentier n'étoit en faute d'aucune façon; mais même dans le cas auquel il auroit été en faute, ses étais étant absolument défectueux & insuffisans même pour le soutien du petit bâtiment pour lequel ils étoient destinés, il ne sera tenu de mes dommages & intérêts résultans 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 & intérêts que je souffrirois, que jusqu'à la valeur du petit bâtiment; il ne doit pas par conséquent, suivant nos principes, être tenu au-de-là. Peut-être auroit-il été plus avisé, s'il eût cru courir un plus grand risque, & 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 par le défaut & l'insuffisance de ces étais, s'est écroulé, les dommages & intérêts dont il est tenu, se bornent à la ruine du bâtiment, & ne s'étendent pas à la perte que j'ai faite des meubles qui étoient dedans, 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 dont il s'est chargé, & non du risque de la perte de mes meubles qu'il n'a pas pu prévoir que j'y laisserois, étant ordinaire de démeubler les maisons qu'on étaye. 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, *N.* 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 & intérêts dont est tenu en-

vers moi cet entrepreneur ignorant, faute d'avoir rempli comme il devoit ſon obligation, s'étendent non-ſeulement à la perte que j'ai faite de la maiſon, mais même à celle des meubles qui étoient dans la maiſon, & qu'on n'a pu ſauver. Car cet entrepreneur en s'obligeant de me conſtruire une maiſon pour m'y loger ou un locataire, n'a pu ignorer qu'on y porteroit des meubles, & qu'on n'y pouvoit loger qu'avec ces meubles, & par conſéquent il s'eſt chargé du riſque des meubles, *Molin. ibid. N.* 64.

164. Il nous reſte à obſerver à l'égard des dommages & intérêts dont eſt tenu un débiteur, faute d'avoir rempli ſon obligation, dans le cas auquel on ne peut lui reprocher aucun dol, que lorſque les dommages & intérêts ſont conſidérables, ils ne doivent pas être taxés & liquidés en rigueur, mais avec une certaine modération.

C'eſt ſur ce principe que Juſtinien *en la loi uniq. cod. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt*, ordonne que les dommages & intérêts, *in caſibus certis*, c'eſt-à-dire, comme l'explique Dumoulin, *ibid. N.* 42. *& ſeq.* lorſqu'ils ne ſe rapportent qu'à la choſe qui a fait l'objet de l'obligation, ne puiſſent 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'eſpece ſuivante. J'ai acheté pour le prix de quatre mille livres, une maiſon de vignes dans une Province éloignée : lors de mon acquiſition le vin qui fait tout le revenu de cet héritage, étoit à très-vil prix dans cette Province ; parce qu'il n'y avoit alors aucun débouché pour l'exporter : depuis mon acquiſition, le Roi a fait faire un canal qui en procure l'exportation, & qui en fait monter le prix au quadruple & plus, ce qui a porté la valeur de mon héritage, qui n'étoit 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 & intérêts réſultans de cette éviction qui ne ſont autre choſe que, *id quanti mihi hodie intereſt hunc fundum habere licere*, montent dans la vérité à plus de ſeize mille livres : néanmoins ſuivant cette loi, pour tous les dommages & 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 & intérêts, qui, comme dans cette

eſpece, ſont dus ſeulement *propter ipſam rem non habitam & in caſu certo*, ne devant jamais, ſuivant cette loi, excéder le double du prix de la choſe qui a fait l'objet de l'obligation.

Le principe ſur lequel cette déciſion eſt fondée, eſt que les obligations qui naiſſent des contrats, ne peuvent ſe former que par le conſentement & la volonté des parties. Or le débiteur en s'obligeant aux dommages & intérêts qui réſulteroient 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 pourroient monter au plus haut leſdits dommages & intérêts, & non audelà; donc lorſque ces dommages & intérêts ſe trouvent monter à une ſomme exceſſive, à laquelle le débiteur n'a pu jamais penſer qu'ils pourroient monter, ils doivent être réduits & modérés à la ſomme à laquelle on pouvoit raiſonnablement penſer qu'ils pourroient 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 & 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 & intérêts résultans de l'inexécution de son obligation, au delà de la somme jusqu'à laquelle il a pu penser qu'ils pourroient monter au plus haut, étant un principe fondé dans la raison & l'équité naturelle, nous devons le suivre, & modérer conformément à ce principe, les dommages & intérêts lorsqu'ils se trouvent excessifs, en laissant cette modération à l'arbitrage du Juge.

165. Il est évident que la réduction des dommages & 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 dûs par rapport à la chose seulement; & qu'elle ne peut recevoir, à l'égard de ceux que le créancier a soufferts *extrinsecus* dans ses autres biens, lorsque le débiteur s'y est expressément ou tacitement soumis. Car ces dommages & intérêts n'étant pas dûs pour raison de la chose, qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne peuvent se régler sur la valeur de cette chose; & ils montent quelquefois au décuple & plus de cette chose. Par exemple, les dommages & intérêts dont est tenu envers moi, un Tonnelier qui m'a vendu de mauvais tonneaux, résul-

tans de la perte que j'ai faite du vin que j'y avois 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, & 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 eſpece 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 extrinſéques on doit uſer de modération, lorſqu'ils ſe trouvent exceſſifs, & l'on ne doit pas condamner le débiteur au delà de la ſomme à laquelle il a pu penſer qu'ils pourroient 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 de vin du meilleur 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 mettrois 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'étoit perdu des pierreries, ou des manuſcrits d'un prix immenſe, il ne devroit 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 & intérêts; en ce cas le débiteur eſt tenu indiſtinctement de tous les dommages & 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 & intérêts que j'ai ſoufferts par rapport à mes autres biens, ſans qu'il y ait lieu de diſtinguer & 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 ven-

du une vache qu'il ſçavoit être infectée d'une maladie contagieuſe, & 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, & 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.

167. A l'égard de autres dommages que j'ai ſoufferts, qui ſont une ſuite plus éloignée & 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, paroît 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, & 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 & décréter mes biens à vil prix, le marchand sera-t-il tenu aussi de ce dommage? La regle qui me paroît devoir être suivie en ce cas, est qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages & intérêts dont un débiteur est tenu, pour raison de son dol, ceux qui non-seulement n'en sont qu'une suite éloignée, mais qui n'en sont pas une suite nécessaire, & qui peuvent avoir d'autres causes. Par exemple, dans l'espece 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 & très-indirecte de son dol, & 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 & proximè secutum, non autem damnum posteà succedens ex novo casu, etiam occasione dictæ combustionis, sine quâ non contigisset, quia istud est damnum*

num remotum quod non eſt in conſideratione.

La perte que j'ai ſoufferte par le défaut de culture de mes terres paroît 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 pouvois, nonobſtant cette perte de mes beſtiaux, obvier à ce défaut de culture, en faiſant cultiver mes terres par d'autres beſtiaux que j'aurois achetés; ou ſi je n'avois pas le moyen, que j'aurois loués; ou en affermant mes terres, ſi je n'avois pas le moyen de les faire valoir par moi-même. Néanmoins comme en ayant recours à ces expédiens, je n'aurois pas retiré autant de profit de mes terres, que ſi je les avois fait valoir par moi-même, par mes bœufs que j'ai perdus par le dol de ce marchand; cela peut entrer pour quelque choſe dans les dommages & intérêts dont il eſt tenu.

168. Les dommages & intérêts qui réſultent du dol du débiteur, different encore des dommages & intérêts ordinaires, en ce que *la loi unique, cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt, &c.* & la modération qui, ſuivant l'eſprit de cette loi, eſt obſervée à l'égard des dommages & 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 & 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 & intérêts, à une plus grande ſomme que celle à laquelle il a pu penſer que pourroient monter au plus haut les dommages & intérêts auxquels il ſe ſoumettoit, en cas d'inexécution de ſon obligation. Or ce principe ne peut avoir d'application aux dommages & 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 quelqu'indulgence ſur la taxation des dommages & intérêts.

Ces déciſions ont lieu, ſoit que le dol ait été commis *delinquendo*, ſoit qu'il ait été commis *contrahendo*, *Molin. ibid. n.* 155.

160. Il nous reſte à dire un mot des dommages & intérêts qui réſultent du retard apporté par le débiteur à l'exécution de ſon obligation.

Un débiteur eſt tenu non-ſeulement des

dommages & 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 & 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 & cette privation de gain en aient été des ſuites néceſſaires.

On les eſtime dans toute la rigueur, & on les étend à quelque eſpece de dommages & intérêts que ce ſoit, lorſque c'eſt par dol & 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 & intérêts doivent s'eſtimer avec beaucoup plus de modération, & ne doivent être étendus qu'à ceux qui ont pu être prévus lors du contrat, & auxquels le débiteur s'eſt expreſſément ou tacitement ſoumis.

170. Telles ſont les regles générales. On en ſuit une particuliere, à l'égard du retard apporté par un débiteur, dans l'accompliſſement des obligations, qui conſiſtent à donner une certaine ſomme d'ar-

gent. Comme les différens dommages & intérêts qui peuvent réſulter du retard de l'accompliſſement de cette eſpece d'obligation, varient à l'infini, & qu'il eſt auſſi difficile de les prévoir que de les juſtifier; il a été néceſſaire de les régler comme par une eſpece 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, qui commencent à courir contre le débiteur, du jour qu'il a éte mis en demeure, juſqu'au paiement: ces intérêts étant le prix commun du profit légitime que le créancier auroit pu retirer de la ſomme qui lui étoit due, ſi elle lui avoit été payée.

En conſéquence de cette eſpece 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 & d'une contumace affectée, le créancier ne peut demander d'autre dédommagement, que ces intérêts.

Mais, d'un autre côté, il n'eſt pas aſſujetti pour pouvoir les exiger, à juſtifier du dommage que le retard du paiement lui a cauſé.

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 & intérêts du retard qu'il a ſouffert, exiger du tireur & des endoſſeurs le rechange, quand même il excéderoit 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 devoit recevoir ſur le lieu. *Voyez* notre Traité des lettres de change. *N.* 64.

172. Telles ſont les regles 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 étoit due, c'eſt-à-dire, ſi ce retard ne lui a cauſé aucune perte, & ne l'a privé d'aucun gain, il ne doit pas exiger ces intérêts ; car ces intérêts ſont accordés comme un dédommagement, & il n'en peut être dû à celui qui n'a ſouffert aucun dommage.

Vice verſâ, ſi le dommage que le retard a cauſé au créancier, eſt plus grand que ces intérêts ; ſelon les regles du for de la conſcience, lorſque le débiteur par dol & par une contumace affectée, a été

en demeure de payer ce qu'il pouvoit payer facilement, il doit indemniſer le créancier entiérement de tous les dommages qu'il ſçait que lui a cauſés ſa demeure injuſte, & 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 & intérêts auxquels il eſt cenſé avoir conſenti de ſe ſoumettre, leſquels dans ce cas-ci, ſont les intérêts de la ſomme depuis la demeure.

Une autre différence entre le for extérieur, & 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, & que les intérêts courent contre lui. Car ſi mon créancier m'avertit qu'il a beſoin de ſon argent, & que ce créancier, à ma priere, par égard pour moi, & pour ne pas faire tort à mon crédit, n'ait pas recours à l'interpellation judiciaire, comptant ſur ma bonne foi, & ſur la promeſſe que je lui fais de l'indemniſer, de même que s'il y avoit eu recours ; je ſuis dans ce cas, au for de la conſcience, ſuffiſamment mis en demeure par cet avertiſſement, & je ſuis tenu des

intérêts qui courront depuis. C'eſt mal-à-propos que l'Auteur des Conférences de Paris ſur l'uſure, *tom. 1. pag. 379. & ſuiv.* proſcrit ces intérêts comme uſuraires ; il n'y a d'intérêts uſuraires que ceux qui ſont exigés comme la récompenſe du prêt qui doit être gratuit ; mais ceux-ci ont une cauſe juſte, ſçavoir, 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 & les droits que nous avons. Or nos loix n'accordent aux créanciers le droit de percevoir des 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, & 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 debiteur 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, & il tient ce droit de la plus reſpectable de toutes les loix, ſçavoir, de la loi naturelle, qui oblige tous les débiteurs à remplir leurs obligations, & 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 pourroit ruiner le crédit de ſon débiteur, c'eſt un bon office qu'il rend à ſon débiteur; ce créancier ne doit pas ſouffrir d'avoir rendu ce bon office à ſon débiteur: *officium ſuum nemini debet eſſe damnoſum.* C'eſt une abſurdité, que de vouloir que le créancier qui ménage ſon débiteur, ſoit, pour l'avoir ménagé, de pire condition que s'il avoit exercé les voies de rigueur.

SECONDE PARTIE.

DES DIFFÉRENTES ESPECES d'Obligations.

CHAPITRE PREMIER.

EXPOSITION GENERALE des différentes eſpeces d'Obligations.

§ I.

PREMIERE DIVISION.

173. LA premiere diviſion des Obligations ſe tire de la nature du lien qu'elles produiſent : les obligations conſidérées ſous ce regard, ſe diviſent en obligations naturelles & civiles tout enſemble, en obligations ſeulement civiles, & en obligations ſeulement naturelles.

On appelle *Obligation civile* celle qui eſt un lien de droit, *vinculum juris*, & qui donne à celui envers qui elle eſt contractée, le droit d'exiger en juſtice ce qui y eſt contenu.

On appelle *Obligation naturelle* celle qui dans le for de l'honneur & de la conſcience, oblige celui qui l'a contractée, à l'accompliſſement de ce qui y eſt contenu.

174. Les obligations ſont ordinairement civiles & naturelles tout enſemble; il y en a néanmoins quelques-unes qui ſont obligations civiles ſeulement, ſans être en même temps obligations naturelles, & à l'accompliſſement deſquelles le débiteur peut être contraint en juſtice, quoiqu'il n'y ſoit pas obligé dans le for de la conſcience.

Telle eſt l'obligation qui réſulte d'un jugement de condamnation rendu par erreur de droit ou de fait, & dont il n'y a pas d'appel : celui qui eſt condamné par ce jugement, eſt obligé envers celui au profit de qui le jugement eſt rendu, à lui payer ce qui eſt porté par la condamnation; & il peut y être contraint par les voies judiciaires, quoiqu'il ne le doive pas dans la vérité & ſelon le for de la conſcience; c'eſt l'autorité de la choſe jugée, qui forme cette obligation. Le ſerment déciſoire produit une pareille obligation : lorſque la partie à qui on demandoit une choſe s'eſt rapportée au ſerment déciſoire du demandeur, qui a juré que la choſe lui étoit due, ce ſer-

ment oblige le défendeur à payer à ce demandeur la choſe qu'il a juré lui être due, quoique dans la vérité & ſelon le for de la conſcience, elle ne lui ſoit pas due.

175. Il y a auſſi des obligations qui ſont ſeulement des obligations naturelles, ſans être obligations civiles. Ces obligations, dans le for de l'honneur & de la conſcience, obligent celui qui les a contractées à les accomplir; mais la loi civile refuſe l'action à celui envers qui elles ſont contractées, pour en pourſuivre en juſtice l'exécution.

Ces obligations ne ſont qu'improprement obligations; car elles ne ſont pas un lien de droit, *vinculum juris*; elles n'impoſent pas à celui qui les a contractées, une véritable néceſſité de les accomplir, puiſqu'il ne peut y être contraint par celui envers qui il les a contractées; & c'eſt néanmoins dans cette *néceſſité* que conſiſte le caractere de l'obligation, *vinculum juris quo neceſſitate adſtringimur*: elles ſont ſeulement *pudoris & æquitatis vinculum.*

Nous traiterons en particulier de cette eſpece d'obligation dans le chapitre ſuivant.

§. II.

Deuxieme Division.

176. La ſeconde diviſion des obligations ſe tire des différentes manieres dont elles peuvent être contractées. On les diviſe en pures & ſimples, & en conditionnelles.

Les pures & ſimples ſont celles qui ne ſont ſuſpendues par aucune condition, ſoit qu'elles aient été contractées ſans aucune condition, ſoit que la condition ſous laquelle elles ont été contractées, ait été accomplie.

Les obligations conditionnelles ſont celles qui ſont ſuſpendues par une condition qui n'eſt pas encore accomplie, & ſous laquelle elles ont été contractées.

177. On appelle obligations pures & ſimples dans un ſens plus étroit, celles qui ſont contractées ſans aucune des modalités ou modifications qui vont être rapportées. Ces modalités ſont; la condition réſolutoire, le temps limité pour la durée de l'obligation, le terme & le lieu du paiement, la faculté de payer à un autre qu'au créancier, celle de payer une autre choſe à la place de celle qui fait l'objet de l'obligation. L'alternative

entre plusieurs choses qui font l'objet de l'obligation, la solidité entre plusieurs créanciers ou entre plusieurs débiteurs d'une même obligation, font encore des modalités des obligations.

Toutes ces différentes modalités font autant de différentes especes d'obligations dont nous traiterons au chap. troisieme.

III. IV. & V. Division.

178. Ces divisions se tirent de la qualité des différentes choses qui en font l'objet.

Il y a des obligations de donner, & des obligaions de faire, *stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo, l.* 3, ff. *de V. oi.*

Les obligations de faire, comprennent aussi celles par lesquelles quelqu'un s'est obligé de ne pas faire quelque chose.

Il y a cette différence entre les obligations de donner, & les obligations de faire, que celui qui s'est obligé de donner une chose, peut, lorsqu'il l'a en sa possession, être précisément contraint à la donner; le créancier peut, malgré lui, en être mis en possession par autorité de justice; au-lieu que celui qui s'est obligé à faire quelque chose, ne peut être contraint précisément à le faire; mais faute

par lui de remplir cette obligation, elle ſe convertit en une obligation de payer les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution : & ces dommages & intérêts conſiſtent dans la ſomme d'argent, à laquelle ils ſont liquidés & eſtimés par des experts nommés par les parties ou par le Juge.

179. On diſtingue encore les obligations ou dettes, en dettes liquides & non liquides. Les dettes liquides ſont les dettes d'une certaine choſe, *Obligatio rei certæ.* Gaius en donne cette définition, *certum eſt quod ex ipſâ pronunciatione apparet, quid, quale, quantùmque ſit, l.* 74 §. 1. ff. *de V. ob.* Telles ſont les dettes d'un corps certain, ou d'une certaine ſomme d'argent, d'une certaine quantité de bled, de vin, &c.

Une dette n'eſt pas liquide, lorſque la choſe ou la ſomme qui eſt due, n'eſt pas encore conſtatée ; *Ubi non apparet, quid, quale, quantùmque eſt in ſtipulatione, l.* 71. ff. *dict. tit.*

Telles ſont les dettes de dommages & intérêts, juſqu'à ce qu'ils aient été liquidés, & par conſéquent toutes les obligations qui conſiſtent à faire ou à ne pas faire quelque choſe, *d. l.* 75. §. 7, puiſqu'elles ſe réſolvent en obligations de dommages & intérêts. Les dettes d'une

choſe indéterminée, les dettes alternatives, juſqu'à ce que le débiteur ait fait ſon choix, ou qu'ayant été mis en demeure de le faire, il ait été référé au créancier, ſont auſſi des dettes non liquides, *d. l.* 75. §. 1. §. 8. *v. in Pand. Juſtin. tit. de v. o.* n°. 78, 79, 80. 81.

Il y a pluſieurs différences entre les dettes liquides, & celles qui ne le ſont pas : le créancier d'une dette liquide, lorſqu'il a un titre exécutoire, peut procéder par commandement & par ſaiſie des biens de ſon débiteur ; le créancier d'une dette qui n'eſt pas liquide, ne le peut : la créance d'une ſomme liquide peut être oppoſée en compenſation d'une autre dette liquide ; une créance qui n'eſt pas encore liquide ne peut être oppoſée en compenſation.

Obſervez à l'égard des dettes de grains & autres choſes *quæ in quantitate conſiſtunt*, qu'on diſtingue la liquidation, de l'appréciation. La dette eſt *liquide*, lorſque la quantité de ces choſes, qui eſt due eſt conſtante, *cùm conſtat, quantùm debeatur* ; & elle donne au créancier qui a un titre exécutoire, le droit de ſaiſir les effets de ſon débiteur ; mais il ne peut les vendre, juſqu'à l'appréciation ; c'eſt-à-dire, juſqu'à ce qu'on ait évalué à quelle ſomme d'argent monte la quantité de ces

eſpeces, qui eſt due, *Ordonnance de* 1667. *T.* 33. *art.* 2.

180. On diviſe encore les obligations en obligations d'un corps certain, & en obligations d'un choſe indéterminée d'un certain genre de choſes ; c'eſt ce qu'on appelle *obligatio generis.*

Nous traiterons *ex profeſſo* de ces obligations en la ſeſſion premiere du chap. 4.

181. Enfin on diviſe les obligations en dividuelles & en individuelles, ſuivant que la choſe qui eſt due, eſt ſuſceptible de parties, au moins intellectuelles, ou ne l'eſt pas. Nous en traiterons *ex profeſſo* audit chap. 4, ſect. 2.

§. IV.

Sixieme Division.

182. On diviſe les obligations, en obligations principales, & en obligations acceſſoires. Cette diviſion ſe tire de l'ordre qu'ont entr'elles les choſes qui en font l'objet.

L'obligation principale eſt l'obligation de ce qui fait le principal objet de l'engagement qui a été contracté entre les parties.

On appelle obligations *acceſſoires*, celles qui ſont comme des ſuites & des dépendances de l'obligation principale.

Par exemple, dans le contrat de vente d'un héritage, l'obligation principale que le vendeur contracte, eſt l'obligation de livrer cet héritage à l'acheteur, & de le garantir de tous troubles & de toutes évictions, *obligatio præſtandi emptori rem habere licere.*

L'obligation de lui remettre les titres & enſeignemens qui concernent cet héritage, celle d'apporter la bonne foi dans le contrat, & le ſoin convenable à la conſervation de la choſe, ſont des obligations acceſſoires.

Obſervez que ces termes d'obligation principale & d'obligation acceſſoire, ſe prennent auſſi dans un autre ſens que nous verrons *infrà* §. 6.

§. V.

Septieme Division.

183. On diſtingue les obligations, en obligations primitives & en obligations ſecondaires; & cette diviſion ſe tire de l'ordre dans lequel elles ſont cenſées contractées.

L'obligation primitive qu'on peut auſſi appeller *obligation principale*, eſt celle qui a été contractée principalement, en premier lieu, & pour elle-même.

L'obligation ſecondaire eſt celle qui eſt contractée en cas d'inexécution d'une premiere obligation.

Par exemple, dans le contrat de vente, l'obligation que contracte le vendeur de livrer & garantir la choſe vendue, eſt l'obligation primitive : celle de payer à l'acheteur les dommages & intérêts, faute de pouvoir lui livrer ou garantir la choſe, eſt une obligation ſecondaire.

184. Il y a deux eſpeces d'obligations ſecondaires.

La premiere, eſt celle des obligations ſecondaires qui ne ſont qu'une ſuite naturelle de l'obligation primitive, qui ſans qu'il ſoit intervenu aucune convention particuliere, 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 & intérêts, en laquelle ſe convertit naturellement & 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 ſe-

conde eſpece, 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 quelqu'autre choſe, au cas qu'elle ne ſatisfaſſe pas à ſon engagement.

On appelle ces clauſes, *clauſes pénales*, & les obligations qui en naiſſent, *obligations pénales*, leſquelles ſont acceſſoires à l'obligation primitive & principale, & ſont contractées pour en aſſurer l'exécution. Nous en traiterons *ex profeſſo* au chap. 5.

185. Les obligations ſecondaires peuvent encore ſe ſubdiviſer en deux eſpeces.

Il y a une eſpece d'obligations ſecondaires, dans leſquelles ſe convertiſſent entiérement les obligations primitives, lorſqu'elles ne ſont point exécutées : telle eſt l'obligation de dommages & intérêts, dont il a été parlé ci-devant. Lorſqu'un vendeur ne ſatisfait pas à ſon obligation primitive de livrer ou de garantir la choſe vendue, cette obligation primitive ſe convertit entiérement dans l'obligation ſecondaire de payer les dommages & intérêts de l'acheteur : cette obligation ſecondaire eſt ſubrogée à la primitive qui ne ſubſiſte plus.

Il y a une autre eſpece d'obligations ſecondaires, qui ne ſont qu'accéder à l'obligation primitive, ſans la détruire, lorſ-

que le débiteur apporte du retard à ſon exécution : telle eſt l'obligation des intérêts, qui naît de la demeure de payer la ſomme principale.

§ VI.

Huitieme Division.

186. Les obligations conſidérées par rapport aux perſonnes qui les contractent, ſe diviſent en obligations principales, & en obligations acceſſoires.

L'obligation *principale* en ce ſens eſt celle de celui qui s'oblige comme principal obligé, & non pour aucun autre.

Les obligations acceſſoires ſont celles des perſonnes qui s'obligent pour un autre, telles que ſont celles des cautions & de tous ceux qui accedent à l'obligation d'un autre. Nous en traiterons au chap. 6.

§. VII.

IX. X. XI. & XII. Divisions.

187. Les obligations conſidérées par rapport aux ſûretés & aux voies qu'a le créancier de s'en procurer le paiement, ſe diviſent en obligations privilégiées & non privilégiées, en obligations hypo-

thécaires, & obligations chirographaires, en obligations exécutoires & non-exécutoires, enfin en obligations par corps & en obligations civiles & ordinaires.

Les obligations privilégiées ſont celles pour leſquelles le créancier a un privilege ſur tous les biens, ou ſur certains biens du débiteur, pour être payé par préférence aux autres créanciers. *Voyez ce que nous avons dit de ces privileges en notre introduction, au tit. 20. de la Cout. d'Orléans, chap. 2. §. 9. & en l'introd. au tit. 21. §. 16.*

Les obligations non privilégiées ſont celles pour leſquelles il n'y a pas de privilege.

188. Les obligations hypothécaires ſont celles qui ſont contractées ſous l'hypotheque des biens du débiteur, qui en ſont ſuſceptibles.

Les obligations chirographaires ſont celles qui ne ſont accompagnées d'aucune hypotheque.

Voyez ſur le droit d'hypotheque l'Introd. au tit. 20. de la Coutume d'Orléans, chap. premier.

189. Les obligations exécutoires ſont celles pour le paiement deſquelles le créancier a un titre exécutoire contre le débiteur. *Voyez ſup. N.* 155.

190. Enfin les obligations par corps,

ſont celles au paiement deſquelles le débiteur peut être contraint par l'empriſonnement de ſa perſonne, juſqu'à ce qu'il ait payé. Les autres obligations qui ne ſont pas ſujettes à cette contrainte, par oppoſition à celles-ci, ſont appellées obligations civiles & ordinaires.

Sur les obligations qui ſont ſujettes ou non à la contrainte par corps. *Voyez l'Ordonnance de* 1667. *tit.* 34. *& le Commentaire de M. Jouſſe.*

CHAPITRE II.

DE LA PREMIERE DIVISION des Obligations, en Obligations civiles, & en Obligations naturelles.

191. NOUS avons ſuffiſamment vu juſqu'à préſent quelle eſt la nature des obligations civiles ; il nous reſte à traiter en ce chapitre, des obligations naturelles.

Les principes de notre Droit, ſont, à cet égard, différens de ceux du Droit Romain.

On appelloit dans le Droit Romain, *Obligation naturelle*, celle qui étoit deſtituée d'action, c'eſt-à-dire, qui ne donnoit pas à celui envers qui elle étoit contractée, le droit d'en demander en juſtice le paiement.

Telles étoient toutes celles qui naiſſoient des ſimples conventions, qui n'étoient revêtues ni de la qualité de contrat, ni de la forme de la ſtipulation.

Ces obligations étoient très-favorables. *Quid enim tam congruum fidei humanæ, quàm ea quæ inter eos placuerunt ſervare. L. 1. ff. de pact.* Si elles étoient deſtituées

d'action, ce n'étoit que par une raiſon tirée de la politique des Patriciens, qui pour leur intérêt particulier avoient jugé à propos de faire dépendre le droit d'action des formules dont ils avoient ſeuls la connoiſſance dans les premiers temps; afin d'obliger les Plébeïens à avoir recours à eux dans leurs affaires, & de les tenir par là dans leur dépendance. C'eſt pourquoi, à cela près qu'elles étoient deſtituées d'action, elles avoient tous les autres effets que peut avoir une obligation civile. Non-ſeulement le paiement de ce qui étoit dû par une obligation purement naturelle étoit un paiement valable, & non-ſujet à répétition; mais ſuivant les principes du Droit Romain, je pouvois contre l'action de mon créancier, oppoſer la compenſation de ce qu'il me devoit de ſa part par une obligation purement naturelle, *l.* 6, ff. *de comp.* Suivant les mêmes principes, des fidéjuſſeurs pouvoient contracter une obligation civile, qui accedât à une obligation purement naturelle, *l.* 16, §. 3. ff. *de fidej.* & une obligation purement naturelle pouvoit ſervir de matière à une novation, en une autre obligation civile, *l.* 1. §. 1. ff. *de novat.*

192. Selon les principes de notre Droit François, qui n'a pas admis la diſtinction du

du Droit romain entre les ſimples pacts, & les contrats ; ces obligations naturelles du Droit romain, ſont dans notre Droit de véritables obligations civiles.

Celles qu'on peut appeller dans notre Droit obligations purement naturelles, ſont, 1°. celles pour leſquelles la loi dénie l'action par rapport à la défaveur de la cauſe d'où elles procedent ; telle eſt la dette dûe à un cabaretier pour dépenſes faites par un domicilié du lieu, dans ſon cabaret. *Coutume de Paris, art.* 128.

2°. Celles qui naiſſent des contrats des perſonnes qui, ayant un jugement & un diſcernement ſuffiſant 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.

193. Ces obligations qui naiſſent d'une cauſe improuvée par les loix, ou qui ont été contractées par des perſonnes à qui la loi ne permet pas de contracter, n'auroient pas eu par le Droit romain même le nom d'obligation naturelle. C'eſt pourquoi je ne penſe pas qu'elles doivent avoir parmi nous les effets que le Droit romain donnoit aux obligations purement naturelles.

Par exemple, un cabaretier ne doit pas être admis à oppoſer contre l'action de

ſon créancier, ce que ce créancier lui doit pour dépenſes faites en ſon cabaret: le débiteur d'une femme ne peut contre l'action de cette femme, oppoſer la compenſation de ce que cette femme lui doit par un contrat qu'elle a fait avec lui, étant ſous puiſſance de mari, & ſans être autoriſée, ſi ce n'eſt que le contrat eût tourné au profit de cette femme.

194. Pareillement, des fidéjuſſeurs ne s'obligent pas valablement envers un cabaretier pour une dette de cabaret; car la défaveur de la cauſe de la dette qui fait dénier l'action au cabaretier, milite également à l'égard des fidéjuſſeurs, comme à l'égard du principal obligé.

Lorſque c'eſt la ſeule qualité de la perſonne qui a porté la loi à annuller l'obligation; comme lorſqu'une femme ſous puiſſance de mari s'eſt obligée ſans être autoriſée, il y auroit plus de raiſon de douter ſi l'action devroit être déniée contre les fidéjuſſeurs; car c'eſt par une raiſon qui lui eſt perſonnelle que la loi dénie l'action contre elle. Néanmoins il faut décider que l'obligation des fidéjuſſeurs n'eſt pas plus valable que celle de la femme; car la loi rendant nulle celle de la femme, elle ne ſubſiſte aucunement, ſi ce n'eſt dans le for de la conſcience; la loi civile la méconnoît & la déclare nulle, & par conſéquent elle ne peut pas être un ſujet

ſuffiſant auquel puiſſent accéder d'autres obligations. Si, ſuivant les principes du Droit Romain, des fidéjuſſeurs peuvent accéder à une obligation naturelle, c'eſt que les obligations naturelles n'étoient pas des obligations que la loi improuvât, & qu'elle déclarât nulles : elles étoient ſeulement deſtituées d'action. Mais les loix Romaines décident que des fidéjuſſeurs ne peuvent accéder à des obligations que la loi reprouve & annulle. C'eſt ſur ce principe qu'elles décident que des fidéjuſſeurs ne peuvent s'obliger valablement pour une femme qui ſe ſeroit obligée contre la prohibition du Sénatuſconſulte Velleïen; *quia totam obligationem ſenatus improbat*, L. 16, §. 1, *ff.* ad ſc. Vell. L. 14, cod. dict. tit. Par la même raiſon, on doit décider que des fidéjuſſeurs ne peuvent accéder à l'obligation qu'une femme mariée a contractée ſans être autoriſée, ni à toutes les autres obligations qui ne ſont appellées obligations purement naturelles, que parce qu'elles ſont improuvées par la loi civile. C'eſt auſſi l'avis de Lebrun, *Traité de la Communauté, Liv.* 2, *ch.* 1, *S.* 5, *n.* 17.

195. Le ſeul effet de nos obligations purement naturelles eſt, que lorſque le débiteur a payé volontairement, le paiement eſt valable; & n'eſt pas ſujet à répé-

tition ; parce qu'il a eu un juſte ſujet de payer ; ſçavoir 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*, *& condictio indebiti.*

Obſervez néanmoins que pour que le paiement fait par une femme d'une dette qu'elle a contractée ſans l'autorité de ſon mari, ſoit valable ; il faut, ou qu'elle l'ait fait en viduité, ou qu'elle l'ait fait avec l'autorité de ſon mari, ſi elle étoit 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.

196. Nous avons parlé juſqu'à préſent des obligations que la défaveur de leur cauſe, ou l'inhabilité civile de la perſonne qui les a contractées, rend obligations purement naturelles. Une obligation civile, lorſque le débiteur a acquis, contre l'action qui en réſulte, quelque fin de non-recevoir ; *putà*, par l'autorité de la choſe jugée, ou du ſerment déciſoire, ou par le laps du temps requis par la preſcription, peut auſſi être regardée comme obligation purement naturelle, tant que la fin de non-recevoir ſubſiſte, & qu'elle n'eſt pas couverte. *Voyez ſur ces fins de non-recevoir, infrà, p.* 3, *ch.* 8.

197. On ne doit pas confondre les obligations naturelles, dont nous avons parlé dans ce chapitre, avec les obligations imparfaites, dont il a été parlé au commencement de ce Traité. Celles-ci ne donnent aucun droit à perſonne contre nous, même dans le for de la conſcience. Par exemple, ſi j'ai manqué de rendre à mon bienfaiteur un ſervice que la reconnoiſſance m'obligeoit à lui rendre ; ce qu'il ſouffre de ce que j'ai manqué à ce devoir, ne le rend pas pour cela mon créancier, même dans le for de la conſcience. C'eſt pourquoi s'il me devoit une certaine ſomme, pour laquelle je n'aurois plus d'action contre lui, parce que ma créance ſeroit preſcrite ; il ne laiſſeroit pas d'être obligé dans le for de la conſcience de me payer ; ſans qu'il pût rien compenſer de ce qu'il a ſouffert de mon ingratitude. Au contraire, les obligations naturelles, dont nous avons traité dans ce chapitre, donnent à la perſonne, envers qui nous les avons contractées, un droit contre nous, non pas, à la vérité, dans le for extérieur, mais dans le for de la conſcience. C'eſt pourquoi ſi j'ai fait une dépenſe de cent livres dans un cabaret du lieu de mon domicile, ce cabaretier eſt vraiment mon créancier de cette

ſomme, non dans le for extérieur, mais dans le for de la conſcience; & ſi j'avois de mon côté une créance de pareille ſomme contre lui qui fût preſcrite; il pourroit dans le for de la conſcience ſe diſpenſer de me la payer, en la compenſant avec celle qu'il a contre moi.

CHAPITRE III.

Des différentes Modalités ſous leſquelles les obligations peuvent être contractées.

ARTICLE PREMIER.

Des Conditions ſuſpenſives, & des Obligations conditionnelles.

198. UNE obligation conditionnelle eſt celle qui eſt ſuſpendue par la condition ſous laquelle elle a été contractée, qui n'eſt pas encore accomplie.

Pour faire connoître ce que c'eſt qu'une obligation conditionnelle, nous verrons, 1°. Ce que c'eſt qu'une condition ſuſpenſive; & quelles ſont les différentes eſpeces de condition. 2°. Ce qui peut faire une condition ſuſpenſive. 3°. Quand une condition eſt cenſée accomplie, ou réputée pour accomplie. 4°. Nous traiterons de l'indiviſibilité de l'accompliſſement des conditions. 5°. De l'effet des conditions. 6°. Nous verrons ſi, lorſque l'obligation a été contractée ſous pluſieurs conditions, il faut que toutes ſoient accomplies, pour que l'obligation ait ſon effet.

§. I.

Qu'eſt-ce qu'une condition & ſes différentes eſpeces.

199. Une condition eſt le cas d'un événement futur & 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, & 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 & 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 dé-

pend du haſard, & n'eſt nullement au pouvoir du créancier ; telles que ſont celles-ci, *ſi j'ai des enfans ; ſi je n'ai point d'enfans : ſi un tel navire arrive à bon port des Indes*, &c.

La condition mixte eſt celle qui dépend du concours de la volonté du créancier, & de celle d'un tiers, comme celle-ci, *ſi vous épouſez ma couſine.*

§. II.

Ce qui peut faire une condition qui ſuſpende une obligation.

202. Pour qu'une condition ait l'effet de ſuſpendre une obligation, il faut, 1°. que ce ſoit la condition d'une choſe future ; une obligation contractée ſous la condition d'une choſe paſſée ou préſente, quoiqu'ignorée des contractans, n'eſt pas proprement une obligation conditionnelle. Par exemple, ſi après que la loterie de ſaint Sulpice a été tirée, & avant que la liſte ſoit arrivée, j'ai promis à quelqu'un de lui donner une certaine ſomme, ſi le gros lot m'étoit 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 où 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 omninò non differt; adde LL.* 37, 38, 39, ff. de R. cred.

Néanmoins, quoique la choſe ſoit effectivement dûe, le créancier ne peut pas l'exiger juſqu'à ce qu'il ſe ſoit rendu certain du fait, & qu'il l'ait notifié au débiteur.

203. Il faut, 2°. que la condition ſoit d'une choſe qui peut arriver ou ne pas arriver. La condition d'une choſe qui arrivera certainement, n'eſt pas proprement une condition, & ne ſuſpend pas l'obligation; mais elle en differe ſeulement l'exigibilité, & 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, & entre celles qui naiſſent des diſpoſitions faites au profit d'une certaine perſonne, & non de ſes

héritiers, tels que ſont les legs & les ſubſtitutions portées par des teſtamens, 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, & ſi ce ſera du vivant du légataire, ou ſubſtitué, il peut faire une véritable condition; la raiſon eſt qu'une telle diſpoſition n'étant faite qu'à la perſonne même du légataire ou ſubſtitué, le droit qui en réſulte ne pouvant être acquis que par la perſonne même du légataire ou 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 s'il ſera dû; c'eſt ſur ces principes que la loi 1, §. 2, ff. *de cond. & dem.* décide, que ſi j'ai grévé mon héritier d'un legs, *lorſqu'il mourroit*, 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, comme de ſon vivant, comme nous le verrons *infrà*, *n.* 208, la dette contractée ſous la condition d'une choſe qui doit certainement arriver, ne peut être incertaine, ni par conſéquent conditionnelle.

204 Il faut, 3°. pour qu'une condition ſoit valable, & qu'elle ſuſpende l'obligation, que ce ſoit la condition d'une choſe poſſible, licite, & qui ne ſoit pas contraire aux bonnes mœurs.

La condition d'une choſe impoſſible, illicite, ou contraire aux bonnes mœurs, ſous laquelle quelqu'un promettoit quelque choſe, rend l'acte abſolument nul, lorſqu'elle eſt *in faciendo*, & il n'en naît aucune obligation, *L.* 1, §. 11, ff. *de ob. & act. L.* 31, *d. tit. L.* 7, ff. *de verb. oblig.* comme ſi je vous avois promis une ſomme ſous cette condition, *ſi vous faites un triangle ſans angles*, ou ſous celle d'aller tout nud dans les rues.

Il en eſt autrement dans les teſtamens ; les legs qui ſeroient faits ſous de pareilles conditions n'en ſont pas moins valables, & la condition eſt regardée comme non

écrite, ce que la faveur des dernieres volontés a fait établir, *l.* 3, ff. *de cond. & dem. l.* 104, §. 1, ff. *de legat.* 1°.

Lorſque la condition impoſſible eſt *in non faciendo* comme ſi je vous avois promis une ſomme *ſi vous n'arrêtiez pas le cours du ſoleil*, elle ne rend pas nulle l'obligation ſous laquelle elle eſt contractée : cette condition n'a aucun effet, & l'obligation eſt pure & ſimple, *l.* 7, ff. *de verb. oblig.* mais la condition de ne pas faire une certaine choſe qui eſt contraire aux mœurs ou aux loix, peut rendre l'acte nul ; parce qu'il eſt contraire à la juſtice & 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, & ſuſpende l'obligation ſous laquelle elle eſt contractée ; il faut, 4°. qu'elle ne détruiſe pas la nature de l'obligation ; telle eſt la condition qui feroit dépendre l'obligation de la pure & ſeule volonté de la perſonne qui s'engage ; comme ſi je promettois de donner quelque choſe à quelqu'un, ſi cela me plaiſoit. *SI VOLUERO* ; car l'obligation étant *juris vinculum quo neceſſitate adſtringimur*, & 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 ſuppoſeroit la contracter ; & par conſéquent une telle condition ne ſuſpend pas, mais détruit l'obligation qui peche en ce cas par le défaut de lien dont nous avons déja parlé *ſuprà*, *n.* 47 & 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 & ſeule volonté de celui qu'on ſuppoſeroit l'avoir contractée ; mais elle peut dépendre de la pure & ſeule volonté d'un tiers. C'eſt pourquoi je peux valablement contracter l'obligation de donner ou de faire quelque choſe, ſi une certaine perſonne tierce y conſent, *l.* 43, *& l.* 44, *de verb. oblig.*

§. III.

Quand les conditions ſont-elles cenſées accomplies.

206. Les conditions poſitives s'accompliſſent, lorſque la choſe qui fait la matiere de la condition arrive.

Lorſqu'une condition conſiſte à donner ou à faire quelque choſe, il faut pour l'accompliſſement de la condition, que

celui à qui elle a été imposée, ait donné ou fait la chose, de la maniere dont il est vraisemblable que les parties l'ont entendu. C'est pourquoi, si j'ai contracté quelqu'engagement envers vous, au cas & si vous donniez une certaine somme à un tel, & que ce soit un mineur, vous n'avez pas accompli la condition, si au lieu de donner cette somme au tuteur de ce mineur, vous l'avez donnée à ce mineur qui l'a dissipée, *l.* 68, ff. *de solut.* Car il est évident que mon intention, en vous imposant cette condition, a été, que vous donneriez cette somme au mineur, de maniere qu'il en pût profiter, en la mettant ès mains de son tuteur; & que vous ne l'abandonneriez pas à la discrétion de ce mineur.

Notre principe que les conditions doivent s'accomplir de la maniere dont les parties ont vraisemblablement voulu & entendu qu'elles le fussent, sert à décider la question que font les Docteurs, si les conditions doivent s'accomplir littéralement *in formâ specificâ*? Il faut dire, qu'ordinairement elles doivent s'accomplir *in formâ specificâ*, qu'elles peuvent néanmoins s'accomplir *per æquipollens*, lorsque *pro subjectâ materiâ*, il paroît que telle a été vraisemblablement l'intention des parties; & cette intention se présu-

me, lorsque celui en faveur de qui est la condition n'a pas d'intérêt qu'elle soit accomplie d'une maniere plutôt que d'une autre.

Par exemple, si j'ai contracté quelqu'obligation envers vous sous cette condition, si dans un tel temps vous me donnez cent louis d'or; vous êtez censé accomplir cette condition, en m'offrant en argent blanc la somme de deux mille quatre cens livres, à laquelle montent les cent louis d'or, m'étant indifférent de recevoir cette somme en argent ou en or; avec d'autant plus de raison, qu'on ne considere dans la monnoie que la valeur que le Prince lui a donnée, & non les corps qui n'en sont que le signe. *Arg. l.* 1, *in fin.* ff. *de cont. empt.*

207. Les conditions devant s'accomplir de la maniere dont les parties contractantes l'ont entendu, on demande si, lorsque la condition consiste dans quelque fait, soit du créancier, soit du débiteur, soit d'une personne tierce, la condition ne peut être accomplie que par la personne elle-même, ou si elle peut l'être par les héritiers de la personne, & par quelqu'autre que ce soit, qui fasse pour elle & en son nom ce qui est porté par la condition. La décision de la question dépend de la nature du fait, & de l'examen de l'intention qu'ont eue les par-

ties contractantes. Si le fait mis en condition, eſt un fait perſonnel, ſi c'eſt le fait d'une *telle perſonne*, plutôt que le fait ſeul & en lui-même, que les parties ont eu en vue; en ce cas la condition ne peut être accomplie, que par la perſonne elle-même. Par exemple, ſi je me ſuis engagé envers mon domeſtique, de lui donner une certaine récompenſe, s'il reſtoit dix ans à mon ſervice; il eſt évident que le ſervice de ce domeſtique, qui fait l'objet de la condition, eſt un fait perſonnel, & qu'une telle condition ne peut être accomplie que par lui-même. Il en eſt de même de l'obligation que j'ai contractée envers l'éleve d'un célebre Peintre, de lui donner une certaine ſomme, ſi ſon maître me faiſoit un certain tableau: c'eſt encore un fait perſonnel qui fait l'objet de cette condition; & elle ne peut être accomplie que par le Peintre lui-même.

Mais ſi le fait, ſoit du créancier, ſoit du débiteur, ſoit d'un tiers, qui a été mis pour condition, n'eſt pas un fait perſonnel; ſi c'eſt un fait que les parties contractantes ont conſidéré ſeul & en lui-même, & non comme le fait d'une telle perſonne; en ce cas, la condition peut s'accomplir, non-ſeulement par la perſonne elle-même, mais encore par ſes héritiers, ou autres ſucceſſeurs. Par exemple, ſi je

me ſuis obligé à vous payer une certaine ſomme, *ſi dans l'année vous faiſiez abattre ſur votre héritage, un bois* qui faiſoit geler mes vignes; cette condition peut s'accomplir par vos héritiers; car ce fait n'eſt pas un fait qui vous fût perſonnel. Il eſt évident qu'en oppoſant cette condition à mon obligation, j'ai conſidéré le fait ſeul & en lui-même, n'ayant eu d'autre intention, ſinon que le bois fût abattu, m'étant indifférent par qui. Pareillement, ſi je vous ai acheté un héritage, ſous la condition qu'un tel ſe déſiſteroit d'un droit de ſervitude qu'il prétendoit, la condition s'accomplira, ſi le ſucceſſeur de ce voiſin donne ce déſiſtement.

208. Les conditions des actes entre-vifs, par leſquels nous contractons tant pour nous que pour nos héritiers, peuvent s'accomplir utilement après la mort de celui envers qui l'obligation eſt contractée, auſſi-bien que de ſon vivant, *inſtit. tit. de verb. oblig.* §. 5. En cela ces actes diffèrent des legs & autres ſemblables diſpoſitions, leſquelles demeurent caduques, ſi celui au profit de qui elles ſont faites, meurt avant que la condition, ſous laquelle elles ſont faites, ait été accomplie, *l.* 59, ff. *de cond. & dem.*

La raiſon de différence eſt que celui qui fait un legs à quelqu'un, ne legue qu'à

la peſonne du légataire ; d'où il ſuit que l'accompliſſement de la condition, qui n'arrive qu'après la mort, ne peut donner ouverture au legs ; car il ne peut y avoir ouverture à ce legs au profit du légataire qui n'eſt plus, ni au profit des héritiers du légataire, qui ne ſont pas ceux à qui le teſtateur a voulu léguer. Au contraire, dans les actes entre-vifs, celui qui ſtipule quelque choſe, eſt cenſé le ſtipuler tant pour lui que pour ſes héritiers, *qui paciſcitur ſibi heredique ſuo paciſcitur.* L'obligation qui réſulte de l'acte eſt contractée envers lui & envers ſes héritiers ; d'où il ſuit que la condition ſous laquelle l'obligation a été contractée, quoiqu'elle ne s'accompliſſe qu'après ſa mort, doit donner ouverture à l'obligation.

Cynus, Bartole, & la plupart des anciens Docteurs, ont ſoutenu que notre principe ſur l'accompliſſement des conditions des actes entre-vifs ſouffroit exception à l'égard des conditions poteſtatives, c'eſt-à-dire, de celles qui conſiſtent dans quelque fait qui eſt au pouvoir de celui envers qui l'obligation eſt contractée. Ces Auteurs ont prétendu qu'elles ne pouvoient s'accomplir après ſa mort. Si cette déciſion étoit reſtreinte aux conditions poteſtatives, qui conſiſtent dans quelque fait du créancier qui ſoit perſonnel, elle

ne pourroit ſouffrir aucune difficulté. Il eſt évident, par ce qui vient d'être dit ci-deſſus, qu'elles ne peuvent s'accomplir après ſa mort ; mais il eſt faux que toutes les conditions poteſtatives indiſtinctement, ne puiſſent s'accomplir après la mort du créancier ; & il n'y a aucune raiſon ſolide ſur laquelle l'opinion de ces Docteurs puiſſe être établie. Ils ne la fondent que ſur quelques textes de Droit, qui ne ſont rien moins que déciſifs, & qu'il ſeroit trop long de rapporter & de réfuter : il ſuffira de répondre à la loi 48, ff. *de verb. oblig.* qui eſt le principal fondement de cette opinion. Il y eſt dit que dans une ſtipulation, ces termes, *cùm petiero, dabis*, ſont différens de ceux-ci, *ſi petiero*, & qu'ils ne renferment pas une condition, *admonitionem magis quàm conditionem habet hæc ſtipulatio ; & ideò*, ajoute Ulpien, *ſi deceſſero priùs quàm petiero, non videtur defeciſſe conditio.* De ces derniers mots, nos Docteurs argumentent ainſi ; Ulpien dit que lorſque les parties ont employé ces termes *cùm petiero*, la mort du créancier arrivée avant qu'il ait donné la demande, n'empêche pas l'effet de la convention, parce que ces termes *cùm petiero*, ne renferment pas une condition ; donc, concluent-ils, ſi les parties s'étoient ſervies de termes qui renfermaſſent une condition,

tels que ceux-ci, *ſi petiero*, il en auroit été autrement, & la mort du créancier arrivée avant qu'il eût donné la demande, auroit fait défaillir la condition, & fait tomber la convention: donc la condition, *ſi petiero*, ne peut s'accomplir utilement que du vivant du créancier: donc les conditions poteſtatives ne peuvent s'accomplir utilement que du vivant du créancier. Je réponds que cette derniere conſéquence eſt mal tirée; ces Docteurs contre les regles de la Logique concluent du particulier au général: je conviens que la *condition*, *SI PETIERO*, *ne peut s'accomplir après la mort du créancier*; parce qu'il paroît que dans cette condition, c'eſt le fait perſonnel du créancier, c'eſt la demande que la perſonne même du créancier fera, que les parties ont entendu mettre pour condition; autrement cette condition n'auroit pas de ſens: mais de ce que la condition, *ſi petiero*, ne peut s'accomplir après la mort du créancier; il ne s'enſuit pas que les autres conditions poteſtatives, qui renferment un fait qui n'eſt pas perſonnel, ne puiſſent s'accomplir utilement après la mort du créancier. Cette queſtion a été traitée avec grande étendue par Covarruvias, *quæſt. pract.* 39.

209. Lorſque la condition renferme

un temps préfix, dans lequel elle doit être accomplie, comme ſi je me ſuis obligé de vous donner une certaine ſomme, *ſi un tel navire étoit cette année de retour dans les ports de France*; il faut que la choſe arrive dans le temps préfix, & lorſque le temps eſt expiré ſans que la choſe ſoit arrivée, la condition eſt cenſée défaillie, & l'obligation contractée ſous cette condition, eſt entiérement évanouie.

Mais ſi la condition ne renferme aucun temps préfix dans lequel elle doit être accomplie, elle peut l'être en quelque temps que ce ſoit; & 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 regle, lorſque la condition conſiſte dans quelque choſe que doit faire celui envers qui je me ſuis obligé ſous cette condition, & que j'ai intérêt qui ſoit faite: comme ſi j'ai promis à mon voiſin de lui donner une ſomme, *s'il abattoit 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, & qu'à faute par lui de le faire, je ſerai déchargé purement & ſimplement de mon obligation.

210. Les conditions négatives ou ont un temps préfix, ou n'en ont point. Lorſ-

qu'elles ont un temps préfix, elles exiſtent, lorſque ce temps eſt expiré ſans que la choſe ſoit arrivée. Par exemple, ſi je vous ai promis quelque choſe *ſi un tel navire n'étoit pas de retour cette année dans nos ports*: la condition aura exiſté, lorſque l'année ſera expirée ſans que le navire ſoit arrivé. Elles peuvent s'accomplir avant l'expiration de ce temps, lorſqu'il devient certain que la choſe n'arrivera pas.

Si la condition négative n'a point de temps préfix, elle n'eſt cenſée accomplie, que lorſqu'il ſera devenu certain que la choſe n'arrivera pas. Par exemple, ſi je ſuis obligé de vous donner quelque choſe *ſi un tel navire n'arrive pas des Indes à bon port*; la condition de mon obligation n'exiſtera que lorſqu'il ſera devenu certain que le navire ne reviendra pas, *puta*, par les nouvelles certaines qu'on aura eues de ſon naufrage.

211. Si néanmoins la condition conſiſte dans quelque choſe qui ſoit au pouvoir du débiteur, & qui intéreſſe celui au profit de qui l'obligation a été contractée; comme ſi quelqu'un s'eſt obligé envers moi de me donner une certaine ſomme, s'il ne faiſoit pas abattre un arbre ſur ſon héritage qui nuit au mien; je penſe que celui qui s'eſt obligé ſous cette condition,

peut être assigné pour voir dire, que faute par lui de faire une telle chose, dans le temps qui lui sera imparti par le Juge, il sera condamné à payer ce qu'il s'est obligé de donner, au cas qu'il ne le fît pas. Et s'il ne le fait pas dans le temps qui lui aura été imparti, cette condition négative sera censée avoir existé ; & il pourra en conséquence être condamné à payer la somme qu'il s'est obligé de payer sous cette condition.

Cette décision néanmoins n'a pas paru sans difficulté aux Jurisconsultes Romains : les deux écoles étoient partagées de sentiment sur la question, *l.* 115, §. 2, ff. *de verb. oblig.* Celui des Sabiniens que j'ai suivi, me paroît plus conforme à l'esprit & à la simplicité de notre Droit François.

212. C'est une regle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies, lorsque le débiteur, qui s'est obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement, *Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominùs obligatur, l.* 85, §. 7, ff. *de verb. oblig. Pro impletâ habetur conditio cùm per eum fiat, qui, si impleta esset, debiturus esset, l.* 81, §. 1, ff. *de cond. & dem.* Ceci est une conséquence de cette regle de droit, *in omnibus causis pro facto accipitur*

pitur id, in quo per alium mora fit, quominùs fiat, L. 39, ff. de reg. juris.

On ne peut néanmoins dire que c'eſt par le fait du débiteur qu'une condition n'a pas été accomplie, & qu'elle doit en conſéquence être réputée pour accomplie, lorſque ce n'eſt qu'indirectement, & ſans deſſein d'en empêcher l'accompliſſement, qu'il y a mis obſtacle. C'eſt pour cela que Paul dit à l'égard des conditions appoſées aux legs ; *non omne ab heredis perſonâ interveniens impedimentum pro expletâ conditione cedit, l. 38, ff. de ſtatulib.*

Par exemple, ſi un teſtateur à qui j'ai ſuccédé, vous avoit légué une maiſon ; *ſi dans l'année de ſon decès vous donniez au créancier de Pierre une certaine ſomme pour laquelle il le retenoit en priſon*, & 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, & d'accomplir la condition appoſée à votre legs ; je ne ſerai pas néanmoins cenſé en avoir proprement par mon fait empêché l'accompliſſement, & elle ne ſera pas réputée pour accomplie ; car ce n'eſt qu'indirectement que je l'ai empêché ; la ſaiſie que j'ai faite n'a pas été faite dans le deſſein de vous empêcher d'accomplir

la condition ; je n'ai voulu autre choſe qu'exiger par une voie légitime les ſommes que vous me deviez.

Obſervez auſſi à cet égard une différence entre les conditions dont l'accompliſſement eſt momentané, & celles qui ne s'accompliſſent que par une ſucceſſion de temps. Les premieres ſont réputées pour accomplies, auſſi-tôt 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'étois obligé à quelque choſe envers un Vigneron, ſous la condition qu'il me feroit dix journées, & que s'étant préſenté pour travailler, je l'euſſe renvoyé ; la condition ne ſeroit réputée pour accomplie, qu'en partie & pour une journée ſeulement : elle ne ſeroit réputée, pour entiérement accomplie, que lorſqu'il s'y ſeroit préſenté à dix jours différens, *l.* 20, §. 5, ff. *dict. tit.*

213. A l'égard de la regle touchant les conditions poteſtatives, qu'elles doivent paſſer pour accomplies, lorſqu'il n'a pas tenu à celui à qui un défunt à laiſſé quelque choſe ſous cette condition ; c'eſt une regle qui a lieu pour les dernieres volontés, & qui ne doit pas s'appliquer aux conditions des engagemens 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 negre Jacques, la condition eſt cenſée accomplie, & le legs vous eſt dû, ſi la mort de Jacques eſt arrivée peu après celle du teſtateur, qui vous a empêché d'exécuter & d'accomplir la condition *l.* 54, §. 2, ff. *de leg.* 1°. Mais ſi quelqu'un par une convention entre lui & vous, s'eſt obligé ſous une pareille condition, à vous donner une certaine ſomme; je ne penſe pas que la ſomme vous fût dûe, ſi la mort ſurvenue de ce negre, vous avoit empêché d'accomplir la condition.

La raiſon de cette différence eſt que les dernieres volontés ſont ſuſceptibles d'une interprétation plus étendue. Au contraire, les contrats ne doivent être étendus que *quantùm ſonant*; & l'interprétation, dans le doute, ſe fait toujours contre celui envers qui l'obligation eſt contractée, *ambiguitas contrà 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 étoit préſent, de s'expliquer mieux, *l.* 39. *ff. de pact. l.* 99, *de verb. oblig.* C'eſt pourquoi, ſuivant ce principe, lorſque par un acte entre-vifs, quelqu'un s'eſt obligé en-

vers moi ſous cette condition que j'affranchirois mon negre ; dans le doute ſi l'obligation a été contractée même pour le cas auquel il ne tiendroit pas à moi de l'affranchir, l'interprétation doit ſe faire contre moi, & je ne pourrai exiger ce qui m'a été promis ſous cette condition, quoique la mort du negre arrivée avant que j'aie pu l'accomplir, m'ait empêché de l'accomplir. Cette déciſion auroit lieu, quand même j'aurois déja fait quelques préparatifs ; comme ſi j'avois rappellé le negre d'une campagne éloignée où il étoit, pour l'affranchir devant le Juge de mon domicile, & qu'il fût mort en chemin ; je ne pourrois pas exiger ce qui m'a été promis ſous la condition de ſon affranchiſſement ; je pourrois ſeulement demander à être indemniſé de la dépenſe que j'aurois faite pour le faire revenir.

214. Il en eſt de même de la regle qui concerne les conditions mixtes. Si quelqu'un m'a promis une certaine ſomme, ſi j'épouſois une telle ſa couſine ; je ne penſe pas que la ſomme me fût dûe, ſi j'étois prêt de l'épouſer, & 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. & dem.*

§. IV.

De l'indiviſibilité de l'accompliſſement des Conditions.

215. L'acompliſſement des conditions eſt indiviſible, même quand ce qui fait l'objet de la condition, eſt quelque choſe de diviſible. Par exemple, ſi quelqu'un m'a légué un certain héritage, ſi je donnois une certaine ſomme à ſon héritier; ou ſi par une tranſaction quelqu'un s'eſt obligé de me laiſſer un héritage litigieux entre lui & moi, ſi je lui donnois dans un certain temps une certaine ſomme: quoique cette condition ait pour objet quelque choſe de diviſible, n'y ayant rien de plus diviſible, qu'une ſomme d'argent, néanmoins l'accompliſſement de cette condition eſt indiviſible, en ce ſens que le legs qui m'a été fait ſous cette condition & obligation qui a été contractée envers moi ſous cette condition, ſera en ſuſpens juſqu'à l'accompliſſement total de la condition, ſans que l'accompliſſement partiel puiſſe donner pour partie ouverture au legs, ni faire naître pour partie l'obligation, *l.* 23, *l.* 56, *ff. de cond. & dem.*

C'eſt pourquoi, ſi l'on a légué à Pierre

un héritage, au cas qu'il donnât à l'héritier dix mille livres, & que Pierre meure après en avoir donné seulement cinq, le legs devient caduc pour le total, *d. l.* 56. & l'héritier de Pierre peut seulement répéter les cinq mille livres, *conditione sine causâ*, si mieux n'aime néanmoins l'héritier du testateur acquitter le legs pour partie. Car c'est en faveur de cet héritier du testateur, débiteur du legs, que la condition est regardée comme indivisible : *Molin. tract. de div. & ind. p.* 3, *n.* 457.

Il en seroit de même, si le legs avoit été fait à Pierre, ou à son défaut à ses enfans; & que Pierre étant prédécédé, l'un des enfans substitué au legs eût payé à l'héritier du testateur, sa part de dix mille livres : la condition ne seroit pas censée aucunement accomplie; & il ne pourroit rien demander, jusqu'à ce que le surplus eût été payé, *d. l.* 56.

Il en seroit autrement, si le legs avoit d'abord été fait à deux légataires sous cette condition. Le testateur ayant d'abord imposé la condition à deux légataires, est censé en la leur imposant, l'avoir divisée & partagée entr'eux, *d. l.* 56.

216. Dumoulin décide pour l'indivisibilité de la condition dans l'espece suivante.

Quatre héritiers d'un débiteur ont été

condamnés à payer une certaine ſomme, avec ſurſéance de deux ans pour le paiement, *s'ils donnent caution dans le mois.* Dumoulin ſoutient que les trois héritiers qui ont donné caution chacun pour leur part dans le mois, ne jouiront pas du terme, ſi leur cohéritier n'a pas pareillement donné caution pour ſa part. Sa raiſon eſt, que le créancier eſt dans cette eſpece, la partie la plus favorable; puiſque c'eſt lui qui ſouffre d'un terme non convenu qui eſt accordé à ſes débiteurs: d'où il ſuit que la condition ſous laquelle le terme a été accordé par le Juge, doit être interprétée en ſa faveur, & à la rigueur contre les débiteurs. *Molin. Tr. de div. & ind. p.* 3, 534, *& ſeq.*

Si le quatrieme héritier, au lieu de donner caution pour ſa part, l'avoit payée; il n'eſt pas douteux, que les trois qui ont donné caution chacun pour leur part, doivent jouir de la ſurſéance accordée par la ſentence: le créancier, en ce cas, a caution pour tout ce qui eſt dû. *Molin. ibid. n.* 542.

217. La condition appoſée à un legs ſe diviſe, lorſque le legs n'a effet que pour partie. Par exemple, ſi l'on m'a légué une choſe ſous la condition de donner à quelqu'un une certaine ſomme, & que ce legs ſoit réduit au tiers, parce

que le ſurplus n'appartenoit pas au teſtateur qui ſe croyoit néanmoins propriétaire du total; non-ſeulement je ne ſerai tenu que de donner le tiers de cette ſomme pour accomplir la condition; mais ſi j'avois déja donné le total, j'aurois la répétition du ſurplus *V. L.* 43, *L.* 44. §. 9, *ff. de cond. & dem.*

§. V.

De l'effet des conditions.

218. L'effet de la condition eſt de ſuſpendre l'obligation juſqu'à ce que la condition ſoit accomplie ou réputée pour accomplie : juſques là il n'eſt encore rien dû, mais il y a ſeulement eſpérance qu'il ſera dû : *pendente conditione nondum debetur, ſed ſpes eſt 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 faiſoit l'objet de l'obligation conditionnelle, périt entiérement 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 l'obligation, ſans une choſe qui en ſoit le ſujet. Que ſi la choſe exiſte au temps de l'acompliſſement de la condition, l'accompliſſement de la condition a cet effet que la choſe eſt dûe en l'état où elle ſe trouve : le créancier profite de l'augmentation ſurvenue en la choſe ſi elle eſt augmentée ; & il ſouffre de la détérioration & diminution qui y eſt ſurvenue, pourvu que cela ſoit arrivé ſans la faute du débiteur. *L.* 8, *ff. de per. & comm. rei vend.*

220. Cet accompliſſement de la condition a un effet rétroactif au temps que l'engagement a été contracté ; & 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 que ſi le créancier meurt avant l'exiſtence de la condition ; quoiqu'il n'eût point encore un droit de créance formé, mais une ſimple eſpérance ; néanmoins ſi la condition exiſte depuis ſa mort, il ſera cenſé avoir tranſmis à ſon héritier le droit de créance réſultant de l'engagement contracté envers lui ; parce qu'au moyen de l'effet rétroactif de la condition, le droit ſera cenſé lui avoir été acquis dès le temps du contrat, & 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 & 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.

221. C'eſt encore une ſuite de l'effet rétroactif des conditions, que ſi l'engagement conditionnel a été contracté par un acte qui donne hypotheque; l'hypotheque ſera cenſée acquiſe du jour du contrat, quoique la condition n'ait exiſté que long-temps après.

222. Quoique le créancier conditionnel 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 eſpere avoir un jour. Par exemple, il peut former oppoſition au décret des héritages qui ſeroient hypothéqués à ſa créance, ſi la condition ſous laquelle elle a été contractée s'accompliſſoit: 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 créan-

cier pur & ſimple ſur qui le fonds manqueroit, ſi la collocation de ce créancier conditionnel étoit confirmée par l'accompliſſement de la condition, touchera en attendant à ſa place, en lui donnant caution de rapporter à ſon profit, en cas d'accompliſſement de la condition.

§. VI.

Lorſqu'une obligation a été contractée ſous pluſieurs conditions, eſt-il néceſſaire que toutes s'accompliſſent?

223. Cette queſtion ſe décide par une diſtinction. Lorſque pluſieurs conditions ont été appoſées par une particule diſjonctive, comme lorſque je me ſuis engagé à quelque choſe envers vous, *ſi un tel vaiſſeau arrive à bon port; ou ſi je ſuis nommé à un tel emploi*; il ſuffit que l'une des conditions ſoit accomplie pour que l'obligation ſoit parfaite. Mais lorſque les conditions ont été appoſées avec une particule conjonctive, comme lorſqu'il eſt dit, *ſi un tel vaiſſeau arrive, & ſi je ſuis nommé à un tel emploi*, il faut que toutes les conditions s'accompliſſent, & ſi une ſeule manque d'être accomplie, l'obligation s'évanouit. *L.* 129, *ff. de verb. oblig.*

Obſervez néanmoins que dans les teſ-

tamens, & 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 contractans, comme lorsqu'un pere ou autre parent, a grévé de substitution son fils ou autre parent en ces termes, *s'il meurt sans enfans, ou sans avoir disposé, &c.* 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, & que la substitution ne doit être ouverte que par l'accompliſſement des deux conditions. *Facit L. 6. cod. inst. & subst.*

ARTICLE II.

Des conditions résolutoires, & des obligations résolubles sous une certaine condition, & de celles dont la durée est limitée à un certain temps.

224. Les conditions résolutoires sont celles qui sont apposées, non pour suspendre l'obligation jusqu'à l'accompliſſement, mais pour la faire cesser, lorsqu'elles s'accompliſſent. Une obligation contractée sous une condition résolutoire,

eſt donc parfaite dès l'inſtant du contrat: le créancier en peut pourſuivre le paiement. Mais ſi avant qu'elle ait été acquittée, ou que le débiteur ait été mis en demeure de l'acquitter, la condition ſous laquelle on eſt convenu qu'elle devroit ſe réſoudre, s'accomplit, l'obligation ceſſera.

Cette différence entre les conditions réſolutoires, & 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, & 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, & qu'en conſéquence vous ne puiſſiez exiger de moi le paiement de cette ſomme. Tout l'effet de

cette condition eſt que ſi le vaiſſeau arrive avant que j'aie acquitté, ou que j'aie été mis en demeure d'acquitter mon obligation, l'accompliſſement de la condition fera ceſſer mon obligation.

225. De même que la durée d'une obligation peut être limitée juſqu'à l'événement d'une certaine condition, elle peut auſſi être limitée juſqu'à un certain temps. Par exemple, ſi je me ſuis rendu caution envers vous pour Pierre pendant trois ans, je ſerai déchargé de mon obligation lorſque ce temps ſera expiré.

226. Obſervez néanmoins que lorſque le débiteur avant l'expiration du temps, ou avant l'accompliſſement de la condition qui devoit réſoudre ſon obligation, a été mis par une interpellation judiciaire en demeure de l'accomplir, ſon obligation ne peut plus ſe réſoudre de cette maniere, *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 ſubſiſtoit, & ce débiteur ne doit pas profiter de ſa demeure.

Voyez infrà *part.* 3, *ch.* 7, *art.* 2, ce que nous diſons de la maniere dont s'éteignent les obligations par une condition réſolutoire, ou par l'expiration d'un terme réſolutoire.

ARTICLE III.

Du terme de Payement.

227. Une obligation peut être contractée ou avec un terme ou ſans terme. Lorſqu'elle eſt contractée ſans terme, le créancier en peut auſſi-tôt exiger le paiement : lorſqu'elle renferme un terme, il ne peut l'exiger qu'après l'expiration du terme.

§. I.

Ce que c'eſt que terme de Paiement & ſes différentes eſpeces.

228. Le terme eſt une eſpace de temps accordé au débiteur pour s'acquitter de ſon obligation.

Il y a des termes exprimés qui réſultent d'une convention expreſſe, comme lorſque je me ſuis obligé de vous payer une certaine ſomme dans un certain tems : il y en a qui réſultent tacitement de la nature des choſes qui ſont l'objet de l'engagement, ou du lieu auquel on eſt convenu que la choſe ſera payée. Par exemple, ſi un entrepreneur s'eſt engagé à me bâtir une maiſon, je dois attendre la ſaiſon convenable pour exiger de lui qu'il

rempliſſe ſon engagement : ſi quelqu'un s'eſt obligé à Orléans de faire tenir une choſe à Rome à mon correſpondant, l'engagement renferme tacitement le terme du temps, qui eſt néceſſaire pour envoyer cette choſe à Rome.

229. Le terme eſt de droit, ou de grace : il eſt de droit, lorſqu'il fait partie de la convention qui a formé l'engagement, y étant renfermé ou expreſſément ou du moins tacitement : il eſt de grace, lorſqu'il n'en fait pas partie, *putà* lorſqu'il a été accordé depuis par le Prince, ou par le Juge à la réquiſition du débiteur.

§. II.

De l'effet du terme ; & en quoi il differe de la condition.

230. Le terme differe de la condition, en ce que la condition ſuſpend l'engagement que doit former la convention ; le terme au contraire ne ſuſpend pas l'engagement, mais en differe 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 payoit avant la condition, il pourroit 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 ; & s'il payoit avant le terme, il ne pourroit répéter, parce qu'il auroit payé ce qu'il devoit 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 ; & en ce ſens on dit *qui a terme, ne doit rien.*

231. Le terme differe l'exigibilité de la dette, juſqu'à ce qu'il ſoit entiérement 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 & au terme de grace.

Le terme de droit a un autre effet qui lui eſt particulier, ſçavoir, qu'il empêche la compenſation de la dette, juſqu'à ce qu'il ſoit expiré.

Par exemple, je vous ai prêté au premier Janvier 1755, mille écus que vous

vous êtes obligé de me payer au premier Janvier 1756. 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 1755, je ne pourrai vous expoſer en compenſation la dette de mille écus que vous me devez, payable au premier Janvier 1756 ; car la compenſation étant un paiement, ce ſeroit de ma part vouloir vous obliger à me payer avant le terme, ce qui eſt contre la teneur de la convention.

Il n'en eſt pas de même du terme de grace ; il arrête bien les pourſuites du créancier ; mais il n'exclut pas la compenſation. C'eſt pourquoi ſi je vous ai prêté au premier Janvier 1755 mille écus payables à volonté, & que vous ayiez obtenu du Prince ou du Juge, terme juſqu'au premier Janvier 1756 ; ſi devenu héritier de mon créancier d'une pareille ſomme, vous me la demandez au mois de Juillet 1755, le terme de grace 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 grace n'a d'effet que pour arrêter les pourſuites de rigueur, & 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 paroiſſe 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.

§. III.

Des cas auquels la dette peut être exigée avant le terme

234. Le terme accordé par le créancier au débiteur, eſt cenſé avoir pour fondement la confiance en ſa ſolvabilité ; lors donc que ce fondement vient à manquer, l'effet du terme ceſſe.

235. De-là il ſuit, 1°. Que lorſque le

débiteur a fait faillite, & 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 & la condition ; car le créancier conditionnel en ce cas n'a pas droit de toucher, mais ſeulement d'obliger les autres créanciers qui toucheront, à s'obliger à 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, & 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, & non le ſien, elle ne peut lui préjudicier, ſuivant la regle *nemo ex alterius facto prægravari debet*.

De-là il ſuit, 2°. Que le créancier hypothécaire qui a formé oppoſition au décret de l'héritage, ou au ſceau de l'office qui lui étoit hypothéqué, & 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 paiement ne ſoit pas encore échu; parce que ſon droit d'hypotheque, ſur laquelle étoit appuyée ſa confiance qui l'avoit porté à accorder terme à ſon débiteur venant à s'éteindre, l'effet du terme doit ceſſer.

§. IV.

Du terme joint aux conditions.

237. Les conventions comprennent quelquefois une condition & 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 payerez* 100 *liv.* & que je me marie ſix mois après, je pourrai auſſi-tôt exiger les 100 liv. ſans attendre l'expiration du terme de trois ans: pareillement ſi nous ſommes

convenus que vous me donneriez une certaine ſomme, au cas que je n'allaſſe pas en Italie avant le mois de Mai; la ſomme pourra vous être demandée auſſitôt qu'il ſera devenu conſtant par ma mort que je n'irai pas en Italie, *L.* 10, *ff. de verb. oblig.* ſans qu'il ſoit beſoin d'attendre juſqu'au mois de Mai; parce que ce terme n'a été oppoſé qu'à la condition, & non pas à la diſpoſition. Mais ſi au contraire il étoit dit, *ſi je me marie d'ici au premier Janvier* 1758. *pour lors vous me donnerez* 100 *livres*; ces mots *pour lors* font 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. & dem. V. Pand Juſt. T. de verb. oblig. n.* 111. *& tit. de cond. & dem. n.* 10 *&* 11.

ARTICLE IV.

Du lieu convenu pour le paiement

238. Lorſque la convention porte un certain lieu où le paiement doit ſe faire, ce lieu eſt cenſé convenu pour l'utilité du créancier, comme pour celle du dé-

biteur ; c'eſt pourquoi le débiteur ne peut obliger le créancier, de recevoir ailleurs. *Is qui certo loco dare promiſit, nullo alio loco quàm in quo promiſit, ſolvere invito ſtipulatore poteſt. L. 9, ff. de eo quod certo loco.*

Mais ſuivant les principes du Droit Romain, le créancier pouvoit demander le paiement à ſon débiteur dans un autre lieu que celui convenu pour le paiement, *putà* au lieu du domicile de ce débiteur, ou au lieu du contrat lorſqu'il l'y trouvoit ; en ſe faiſant raiſon l'un à l'autre du dommage que l'un ou l'autre ſouffroit de ce que le paiement ne ſe faiſoit pas au lieu convenu ; c'étoit la matiere de l'action, *de eo quod certo loco : vid. tit. ff. de eo quod certo loco.*

239. Cette action n'eſt pas d'uſage parmi nous, & le créancier ne peut pas plus obliger le débiteur de payer ailleurs qu'au lieu convenu, que le débiteur peut obliger le créancier de recevoir ailleurs. Automne *d. tit.* dit, *hic Titulus non ſervatur in Galliâ.*

De-là il ſuit que lorſque le créancier n'eſt pas demeurant au lieu où doit ſe faire le paiement, il y doit avoir un domicile élu où le paiement puiſſe lui être fait ; autrement il ne peut mettre ſon débiteur en demeure. Ce domicile élu doit être

notifié au débiteur, ou par la convention, ou par une ſignification juridique. Faute par le créancier, d'avoir ce domicile, le débiteur qui veut payer, peut l'aſſigner pour qu'il en éliſe un, ſinon ſera permis au débiteur de conſigner ſur le lieu.

240. Le débiteur ne peut pas à la vérité être obligé de payer ailleurs qu'au lieu déſigné ; mais faute par lui de payer audit lieu, on peut, ſi la créance eſt exécutoire, exécuter les biens en quelque lieu qu'ils ſoient, & même, ſi elle eſt conſulaire, on peut l'empriſonner par-tout où on le trouve, ainſi qu'il a été jugé par Arrêt rapporté par Mornac, *ad L. 1. ff. de eo quod certo loco.*

241. Il reſte à obſerver, que ſi la convention porte deux différens lieux de paiement, & que ce ſoit par une particule conjonctive, le paiement doit ſe faire par moitié dans l'un deſdits lieux, & 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.*

ARTICLE

ARTICLE V.

Des obligations contractées avec la clauſe de pouvoir payer à une perſonne indiquée, ou avec celle de pouvoir payer certaine choſe, à la place de la choſe dûe.

242. Réguliérement 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, *partie troiſieme, ch.* 1, *art.* 2, §. 4.

243. On ne peut pas auſſi réguliérement payer au créancier ſans ſon conſentement, une autre choſe que celle qui eſt dûe & 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 dûe; 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 dûe 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'aimoit son héritier me payer 3000 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 trois mille livres à la place.

244. On ne doit point confondre ces obligations avec les obligations alternatives dont nous traiterons en l'article suivant. Dans celles-ci, toutes les choses promises sous l'alternative sont toutes dûes; 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 dûe. Celle que le débiteur a la faculté de payer, n'est pas dûe; elle n'est pas *in obligatione*, elle n'est qu'*in facultate solutionis* : comme dans l'exemple du legs de la maison du testateur, fait avec la faculté de payer 3000 liv. à la place, il n'y a que la maison qui soit dûe.

Delà il suit, 1°. que le créancier n'a droit de demander que cette maison & non pas les 3000 liv. quoique le débiteur puisse avant & depuis la demande de la maison, payer les 3000 liv.

Delà il suit, 2°, que si la maison périt & est engloutie par un tremblement de

terre, le débiteur eſt entiérement libéré.

Delà il ſuit, 3°. que la créance qui réſulte de ce legs eſt une créance immobiliaire, quand même le débiteur prendroit le parti de me payer une ſomme de 3000 liv. pour ſe libérer. Car la nature d'une créance ſe regle par la nature de la choſe dûe, & non de celle qui peut être payée à la place de la choſe dûe. C'eſt pourquoi ſi ce legs m'avoit été fait par mon aïeul pendant une communauté de biens avec ma femme, j'aurois le remploi de 3000 liv. payées durant cette communauté par l'héritier; cette ſomme étant le rachat de la créance d'une maiſon, & par conſéquent d'une créance immobiliaire, laquelle provenante d'un legs à moi fait par mon aïeul, m'étoit propre.

ARTICLE IV.

Des Obligations alternatives.

245. Une obligation alternative eſt celle par laquelle quelqu'un s'oblige à donner ou à faire pluſieurs choſes, à la charge que le paiement d'une choſe l'acquittera de toutes; comme ſi je me ſuis obligé de vous donner un tel cheval ou vingt écus; ou bien ſi je me ſuis obligé de vous bâtir une maiſon, ou de vous payer cent piſtoles, &c.

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 disjonctive. Lorſque pluſieurs choſes ont été promiſes ſous une conjonctive, il y a autant d'obligations que de choſes, *L.* 29, *ff. de verb. oblig.* & 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 dûes, néanmoins il n'y a qu'une ſeule obligation, *L.* 27, *ff. de leg.* 2°. qui peut être acquittée par le paiement de l'une de ces choſes, *alterius ſolutio totam obligationem interimit. Adde gloſſ. ad Leg.* 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 regle 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, & partie de l'autre. Par exemple, s'il s'eſt obligé de me donner 60 liv. ou vingt mines de bled, ou bien vingt écus ou un certain arpent de terre, il ne pourra pas me donner la moitié de la ſomme & la moitié de l'arpent de terre, ou de la quantité de bled; mais il faut qu'il me donne ou toute la ſomme ou toute la quantité de bled, ou tout l'arpent de terre : pareillement lorſque le créancier a le choix, il ne peut exiger partie de l'une des choſes & partie de l'autre. *L.* 8, §. 1, *ff. de leg.* 1°.

Dans les rentes & penſions annuelles alternatives, comme s'il étoit dû une rente de trente livres, ou d'un muid de bled par chacun an, le débiteur peut choiſir chaque année l'une des deux choſes : quoiqu'il ait payé la premiere année la ſomme d'argent, il peut opter pour la ſeconde année le muid de bled, *& vice verſâ L.* 21, §. 6, *ff. de act. empt.*

248. Du principe par nous établi, que les choſes compriſes dans une obligation alternative ſont toutes dûes, ſans néanmoins qu'aucune ſoit dûe déterminément, il ſuit 1°. que pour que la demande du créancier ſoit réguliere, il doit demander les deux choſes, non pas à la vérité conjointement, mais ſous l'alternative

ſous laquelle elles lui ſont dûes : s'il demandoit ſeulement une de ces choſes, ſa demande ne ſeroit pas réguliere, parce qu'aucune des deux ne lui eſt dûe déterminément ; mais les deux lui ſont dûes ſous une alternative. Si néanmoins par une clauſe particuliere le choix étoit accordé au créancier, il pourroit demander ſeulement l'une des deux choſes.

249. Il ſuit 2°. qu'une obligation n'eſt pas alternative, lorſque l'une des deux choſes qui ont été promiſes n'étoit pas ſuſceptible de l'obligation qui a été contractée ; mais en ce cas l'obligation eſt une obligation déterminée de celle qui en étoit 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'appartenoit déja, il n'a pas la faculté de me la payer au lieu de l'autre, quoiqu'elle ait ceſſé depuis de m'appartenir : parce que cette choſe n'étant pas, lors du contrat, ſuſceptible de l'obligation qui a été contractée envers moi, *cùm res ſua nemini deberi poſſit*, il n'y a que l'autre qui me ſoit dûe.

250. Il ſuit 3°. de notre principe que lorſque pluſieurs choſes ſont dûes ſous une alternative, l'extinction de l'une deſdites choſes n'éteint point l'obligation ;

car toutes étant dûes, l'obligation ſubſiſte dans celles qui reſtent; & elles ne peuvent ceſſer d'être dûes, que par le paiement d'une.

Par la même raiſon, ſi le créancier deſdites choſes, qui l'eſt *ex cauſâ lucrativâ*, devenoit 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 de deux choſes dûes 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 dûe; celle qui reſte eſt la ſeule qui reſte dûe, & 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°. ſemble contraire à cette déciſion: il eſt dit que deux eſclaves ayant été légués ſous une alternative, & l'un d'eux étant mort, l'héritier étoit tenu de donner celui qui reſtoit; & il y eſt ajouté, *ou peut-être le prix de celui qui étoit mort, fortaſſis vel mortui pretium.* Mais cette déciſion comme l'obſerve fort-bien Dumou-

lin, *trac. de divid. & individ. part.* 2, *n.* 150, doit être reſtreinte au cas auquel il paroîtroit 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 & avant aucune demeure de ſa part, ou qu'elle ſoit périe par ſa faute ou depuis ſa demeure. En l'un & l'autre cas, celle qui reſte eſt la ſeule choſe qui demeure dûe; & 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 dûe, par le prix que le débiteur doit en ce cas, à la place de la choſe, *L.* 82, §. 1, *ff. de verb. oblig. & paſſim.* La réponſe eſt que ce qui n'a été établi qu'en faveur du créancier dans le cas de l'obligation d'une choſe déterminément dûe, 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 préjudicieroient & changeroient ſa condition, ſi le débiteur qui peut encore accomplir ſon obligation dans l'une des deux choſes qui reſtent, étoit recevable à offrir en

argent le prix de celle qui eſt périe, prix que le créancier ne ſeroit pas tenu de recevoir, ſi les deux choſes ſubſiſtoient.

252. Lorſque les deux choſes ſont péries ſucceſſivement par la faute du débiteur ou depuis ſa demeure; le débiteur quoiqu'il eût le choix de donner celle des deux qu'il voudroit, n'a pas de même le choix de payer le prix de celle des deux qu'il voudra. Car par l'extinction de la premiere, il eſt demeuré débiteur déterminément de celle qui reſtoit; c'eſt pourquoi il doit déterminément le prix de celle qui eſt périe la derniere.

Lorſque la premiere périe, a péri par ſa faute, & que celle qui reſtoit a péri auſſi ſans ſa faute, & 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 périe par la faute du débiteur: autrement cette faute lui ſeroit nuiſible, ſi celle qui eſt périe étoit plus précieuſe, *v. Mol. tr. de div. & ind. p.* 2, *n.* 152, 154.

254. Il ſuit 4°. de notre principe que tant que les choſes dûes ſous une alter-

native ſubſiſtent, l'obligation demeure indéterminée & incertaine, & 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 & une choſe mobiliaire ſont dûes 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 immobiliaire: s'il donne le meuble, elle ſera réputée avoir été mobiliaire. En cela l'obligation alternative differe de l'obligation déterminée d'une certaine choſe avec faculté d'en donner une autre à la place. *V. ſuprà, n.* 244, *in fine.*

255. Un teſtateur ayant légué à quelqu'un par ſon teſtament un certain tableau déterminément, il a depuis par un codicile changé cette diſpoſition, en léguant au même légataire ce tableau *ou une ſomme de cinq cents livres*; ce codicile ne s'étant pas d'abord trouvé lors de la mort du teſtateur, l'héritier a délivré au légataire le tableau qu'il croyoit lui devoir déterminément: depuis, le codicile s'étant trouvé, & l'héritier ayant reconnu qu'il ne devoit le tableau, que ſous l'alternative d'une ſomme de 500 liv. il aſſigne le légataire en répétition du tableau aux offres de lui payer la ſomme d'argent.

y eſt-il fondé? Les deux écoles chez les Romains ont été partagées ſur cette queſtion. Celſe qui étoit de l'école des Proculeïens, décide en la loi 19, ff. *de leg.* 2°. pour la négative. La raiſon de cette déciſion eſt que les choſes compriſes ſous une obligation alternative, étant toutes dûes, le paiement qui a été fait au légataire du tableau légué, eſt le paiement d'une choſe dûe, & par conſéquent eſt un paiement valable qui ne peut être ſujet à répétition.

Au contraire, Julien qui étoit de l'école des Sabiniens décide en la loi 32, §. *fin. ff. de cond. indeb.* qu'il y a lieu à la répétition, lorſqu'un débiteur a payé une choſe qu'il croyoit 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 avoit 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 in-*

debiti, non-seulement lorsqu'on a payé ce qui n'étoit pas dû en aucune maniere, mais aussi lorsqu'on a payé plus qu'il n'étoit dû, *L.* 1, §. 1, *cod. de cond. ind. & passim.* Or, ce plus s'estime *non solùm quantitate debiti, sed & causâ. Instit. tit. de act.* §. 34, *vers. huic autem.* C'est pourquoi dans l'espece proposée, celui qui a payé une chose comme dûe déterminément, quoiqu'il ne la dût que sous l'alternative d'une autre chose, a payé plus qu'il ne devoit, & ce paiement doit être sujet à répétition, en offrant l'autre chose qu'il avoit droit de payer à la place de celle qu'il a payée. Cette derniere opinion est bien plus équitable que la premiere; elle restitue à chacun ce qui lui appartient. C'est pourquoi Dumoulin décide très-bien, *tr. de div. & ind. p.* 2, *n.* 135, *& seq.* qu'elle doit être suivie.

256. Dumoulin, *n.* 139, *& 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 étoit, & 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, & qu'il sera remis au même état qu'il étoit avant le paiement. La raison est que cette action n'est fondée que sur une raison d'équité, *hæc*

condictio ex bono & æquo introducta. L. 66, *ff. de condictione indeb.* Elle n'eſt fondée que ſur cette regle 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 que celui qui a reçu en a profité, *L.* 65, §. 7, & 8, *ff. d. tit.* Suivant ces principes il faut décider dans l'eſpece 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 avoit droit de lui payer à la place.

Suivant les mêmes principes, ſi le débiteur a payé au créancier une ſomme d'argent qu'il croyoit 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, & qu'il n'y a pas une grande diſproportion de valeur, entre la ſomme qu'il a reçue & l'autre choſe.

257. Il y a une autre queſtion ſur laquelle les deux écoles ont été partagées. Celui qui devoit deux choſes ſous une alternative, trompé par une expédition du Notaire qui avoit écrit & au lieu d'*ou* qui

ſe trouve dans l'original, a payé les deux choſes à la fois & en même temps; depuis il a découvert qu'il ne devoit 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.* penſoit que c'étoit en ce cas le créancier qui avoit le choix de retenir celle qu'il voudroit. Julien au contraire au rapport de Juſtinien en la loi *penul. cod. hoc Titulo*, penſoit que le débiteur avoit droit de répéter celle des deux qu'il voudroit. L'opinion de Celſe étoit apparemment fondée ſur ce raiſonnement. Les choſes qui ſont compriſes dans une obligation alternative étant toutes dûes, le débiteur qui les a payées l'une & l'autre, ne peut dire d'aucune des deux déterminément qu'elle ne fût pas dûe; il ne peut donc répéter aucune des deux déterminément comme non dûe; il a ſeulement la répétition de l'une des deux indéterminément, comme ayant payé plus qu'il ne devoit 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 dûe de l'une des deux; c'eſt à lui en qualité de débiteur, à qui 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 eſpece 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 étoient auparavant. D'où il ſuit que le débiteur qui a payé les deux choſes, ignorant qu'il n'étoit tenu de payer que celle des deux qu'il voudroit, doit être remis par cette action dans le droit qu'il avoit avant le paiement, de ne payer que celle qu'il voudroit, & par conſéquent de répéter celle des deux qu'il voudra. Cette derniere opinion comme plus équitable a été embraſſée par Papinien, & enfin confirmée par la conſtitution de Juſtinien, *L. penul. cod. d. tit.*

Obſervez que le débiteur n'a en ce cas le droit de répéter l'une des deux choſes qu'il a payée, que tant que les deux choſes ſubſiſtent : ſi l'une des deux avoit ceſſé de ſubſiſter depuis le paiement, il n'y auroit plus lieu à la reſtitution, comme l'a décidé le même Julien en la loi 32, *ff. d.* La raiſon en eſt évidente, l'action *condictio indebiti* remet les parties au même

état que si le paiement n'avoit pas été fait, & qu'il fût encore à faire. Or, s'il étoit encore à faire, le débiteur ne pourroit se dispenser de payer celle qui se trouveroit rester la seule chose dûe; elle doit donc en ce cas rester *in soluto* pardevers le créancier, & le débiteur ne la peut répéter.

Sur l'indivisibilité du paiement des obligations alternatives, *voyez* ce qui est dit *infrà p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 3.

ARTICLE VII.

Des obligations solidaires entre plusieurs Créanciers.

258. Régulièrement lorsque quelqu'un contracte l'obligation d'une seule & 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 maniere que chacun de ceux envers qui l'obligation est contractée, soit créancier pour le total, & que néanmoins le paiement fait à l'un d'eux libere le débiteur envers tous; c'est ce qu'on appelle solidité d'obligation. On appelle ces créanciers *correi credendi*, *correi stipulandi*.

259. On peut apporter pour exemple de cette obligation ſolidaire, celle qui naît d'une diſpoſition teſtamentaire, qui auroit été faite en ces termes : mon héritier donnera aux Carmes ou aux Jacobins une ſomme de cent livres ; l'héritier ne doit dans cette eſpece qu'une ſeule ſomme ; mais il doit cette ſomme entiere à chacun des deux Couvens qui en ſont co-créanciers ſolidaires, de maniere néanmoins que le paiement qu'il fera de cette ſomme à l'un des deux Couvens, le libérera envers les deux. *L.* 16, *ff. de legat.* 2°. Cette ſolidité entre pluſieurs créanciers eſt d'un uſage très-rare parmi nous ; il ne faut pas la confondre avec l'indiviſibilité d'obligation, dont nous parlerons *infrà*.

260. Les effets de cette ſolidité entre créanciers ſont 1°. que chacun des créanciers, étant créancier du total, peut par conſéquent demander le total, & ſi l'obligation eſt exécutoire, contraindre le débiteur pour le total. 2°. La reconnoiſſance de la dette faite envers l'un des créanciers, interrompt la preſcription pour le total de la dette, & par conſéquent profite aux autres créanciers, *L. fin. de cod. de duobus reis.* 3°. Le paiement fait à l'un des créanciers éteint toute la dette ; car ce créancier l'étant pour le total, le

paiement du total lui eſt valablement fait ; & ce paiement libere le débiteur envers tous ; car quoiqu'il y ait pluſieurs créanciers, il n'y a néanmoins qu'une dette, que le paiement total qui eſt fait à l'un des créanciers, doit éteindre.

Il eſt au choix du débiteur de payer auquel il voudra des créanciers ſolidaires tant que la choſe eſt entiere ; mais ſi l'un d'eux avoit prévenu par des pourſuites, le débiteur ne pourroit plus payer qu'à lui. *Ex duobus reis ſtipulandi ; ſi ſemel unus egerit, alteri promiſſor offerendo pecuniam, nihil agit. L.* 16, *ff. de duobus reis.*

4°. Chacun des créanciers l'étant pour le total, peut avant qu'il ait été prévenu par les pourſuites de quelqu'un de ſes créanciers, faire remiſe de la dette au débiteur, & le libérer envers tous. Car de même que le paiement du total fait à l'un des créanciers ſolidaires, libere 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, *acceptilatione unius tollitur obligatio. L.* 2, *ff. de duob. reis.*

ARTICLE VIII.

De la solidité de la part des Débiteurs.

§. I.

Ce que c'eſt qu'Obligation ſolidaire de la part des Débiteurs.

261. Une obligation eſt ſolidaire de la part de ceux qui l'ont contractée, lorſqu'ils s'obligent chacun pour le total, de maniere néanmoins que le paiement fait par l'un d'eux, libere tous les autres.

Ceux qui s'obligent de cette maniere ſont ceux qu'on appelle *correi debendi*.

De même que la ſolidité de la part des créanciers conſiſte en ce que l'obligation d'une même choſe contractée envers pluſieurs perſonnes, eſt contractée envers chacun d'eux pour le total, auſſi totalement que ſi chacun d'eux en étoit le ſeul créancier, ſauf néanmoins que le paiement fait à l'un d'eux libere 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 étoit le ſeul débiteur, de maniere néanmoins que le paiement fait par l'un d'eux libere les autres.

262. Il ne suffit pas toujours pour qu'une obligation soit solidaire, que chacun des débiteurs soit débiteur de toute la chose, ce qui arrive à l'égard de l'obligation indivisible, & non susceptible de parties, quoiqu'elle n'ait pas été contractée solidairement ; il faut que chacun des débiteurs, *totum & totaliter debeat*, c'est-à-dire qu'il faut que chacun se soit obligé aussi totalement à la prestation de la chose, comme s'il eût seul contracté l'obligation.

263. Il faut sur-tout que les débiteurs se soient obligés à la prestation de la même chose. Ce ne seroit donc pas une obligation solidaire de deux personnes, mais deux obligations, si deux personnes s'obligeoient envers un 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 & simplement, & l'autre s'est obligé seulement sous condition, ou a pris un temps de paiement ; ou s'ils se sont obligés à payer en différens lieux, *L.* 7, *L.* 9, §. 2. *ff. de duobus reis.*

On dira peut-être qu'il répugne qu'une seule & même obligation ait des qualités opposées ; qu'elle soit pure & simple à

l'égard de l'un des débiteurs, & 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 & la matière ; mais elle eſt compoſée d'autant de liens qu'il y a de perſonnes différentes, qui l'ont contractée ; & ces perſonnes étant différentes entr'elles, les liens qui les obligent ſont autant de liens différens, qui peuvent par conſéquent avoir des qualités différentes. C'eſt ce que veut dire Papinien, lorſqu'il dit : *& ſi maximè parem cauſam ſuſcipiunt, nihilominùs in cujuſque perſonâ, propria ſingulorum conſiſtit obligatio. d. L.* 9, §. 2, L'obligation eſt une par rapport à ſon objet qui eſt la choſe dûe ; 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 entr'elles la dette ſe diviſe, & chacune d'elles en eſt débitrice *pour ſoi*, pour 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 entr'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'avoient 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, & que l'autre n'en eût eu que le tiers; celle qui auroit eu les deux tiers ſeroit débitrice *pour ſoi* des deux tiers, & l'autre ſeulement du tiers. Si l'une d'elles profite ſeule du contrat, & que l'autre ne ſe ſoit obligée ſolidairement avec elle que pour lui faire plaiſir; celle d'entr'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 procede d'un délit commis par quatre particuliers; chacun eſt bien débiteur ſolidaire vis-à-vis de la perſonne envers qui le dé-

lit a été commis ; mais entr'eux chacun eſt débiteur pour la part qu'il a eue au délit, c'eſt-à-dire, chacun pour ſon quart.

§. II.

En quels cas l'Obligation de pluſieurs Débiteurs eſt réputée ſolidaire.

265. La ſolidité peut être ſtipulée dans tous les contrats de quelque eſpece qu'ils ſoient. *L.* 9, *ff. de duob. reis.* Mais régulierement 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* ; & c'eſt ce qui a été confirmé par Juſtinien en la Novelle 99. La raiſon eſt que l'interprétation des obligations ſe fait dans le doute, en faveur des débiteurs, comme il a été déja vu ailleurs. Suivant ce principe, dans l'eſpece d'un héritage qui appartient à quatre propriétaires, trois l'ayant vendu ſolidairement, & ayant promis de faire ratifier la vente par le quatrieme propriétaire, il a été jugé que le quatrieme, en ratifiant, n'étoit pas cenſé avoir vendu ſolidairement ; parce que les trois autres avoient bien promis

pour lui qu'il accéderoit au contrat de vente, mais il n'étoit pas exprimé qu'il y acccéderoit ſolidairement.

266. Il y a néanmoins certains cas dans leſquels la ſolidité entre pluſieurs débiteurs d'une même choſe a lieu, quoiqu'elle n'ait pas été expreſſément ſtipulée.

Le premier cas eſt lorſque des aſſociés de commerce contractent quelque obligation pour le fait de leur commerce.

Cette déciſion eſt de notre Droit François: *Ordonn. du Commerce de* 1673, *t.* 4, *art.* 7.

Deux Marchands qui achetent enſemble une partie de marchandiſes, quoiqu'ils n'aient d'ailleurs aucune ſociété entr'eux, ſont cenſés aſſociés pour cet achat, & comme tels 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, & cela a paſſé en maxime. *V. ſuprà p.* 1, *ch.* 1, *art.* 5, *n.* 83.

267. Le ſecond cas auquel pluſieurs débiteurs d'une même choſe ſont obligés ſolidairement, quoique la ſolidité n'ait point été exprimée, eſt celui de l'obligation que contractent pluſieurs tuteurs qui ſe chargent d'une même tutelle; ou de celle que contractent pluſieurs perſonnes qui ſe chargent de quelque adminiſtration

tion publique ; tels que ſont des Echevins, des Fabriciers, des Adminiſtrateurs d'Hôpitaux. Ces charges ſont ſolidaires ſuivant la diſpoſition des loix, qui ſont à cet égard ſuivies parmi nous, s'il n'y a quelque uſage contraire.

Les Loix romaines accordoient aux tuteurs qui n'avoient pas géré, le bénéfice d'ordre & de diſcuſſion, qui conſiſtoit à pouvoir renvoyer le mineur ſorti de tutelle, à diſcuter à leurs riſques, celui des tuteurs qui avoit géré : elles accordoient auſſi aux tuteurs qui avoient géré conjointement, le bénéfice de diviſion, lorſqu'ils étoient tous ſolvables. Mais ces exceptions accordées aux tuteurs & autres adminiſtrateurs ne ſont pas en uſage parmi nous ; c'eſt pourquoi lorſque Dumoulin *tract. de divid. & indiv. p.* 3, 166, dit que les tuteurs ont ce bénéfice de diviſion pour le paiement du réliquat 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 loix Romaines, & dans les lieux où les loix Romaines ſont à cet égard pratiquées.

268. Le troiſieme 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 diviſion, en étant indignes.

269 Il peut réſulter auſſi des teſtamens une obligation ſolidaire, lorſque le teſtateur a expreſſément déclaré qu'il chargeoit 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, Seïus aget, ut ſi cum uno actum ſit & ſolutum, alter liberetur, quaſi ſi duo rei promittendi in ſolidum obligati fuiſſent* Néanmoins Dumoulin prétend, *tract. de div. & 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 grévés eſt tenu pour le total de la preſtation du legs, & qu'en cela il reſſemblent à des codébiteurs ſolidaires, mais qu'ils ne ſont pas de véritables codébiteurs ſolidaires;

& que leur obligation n'a pas les autres effets des obligations ſolidaires. Par exemple, ſi deux héritiers étoient grévés de cette maniere 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 ſeroit un codébiteur ſolidaire, *infrà n.* 273, En cela Dumoulin s'écarte de l'opinion commune enſeignée par Bartole ſur ladite loi, & par les autres Docteurs qui reconnoiſſent dans l'eſpece de cette loi une vraie obligation ſolidaire. Dumoulin ſe fonde ſur ces termes, *quaſi ſi duo rei, &c.* ce qui indique, dit-il, que les deux héritiers ne ſont pas dans l'eſpece de la loi véritablement *correi*, l'adverbe *quaſi* étant *adverbium improprietatis.* J'inclinerois plus pour l'opinion de Bartole : ces héritiers étant dans cette eſpece 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 paroît avoir tous les caracteres d'une vraie obligation ſolidaire; & je ne vois rien qui l'en différencie. Le terme *quaſi* ne me paroît pas devoir être pris, *pro adverbio improprietatis*; mais il me paroît être pris pour *quemadmodum* en ce ſens : ces deux héritiers ſont obligés ſolidairement de mê-

me que s'ils étoient obligés ſolidairement par une ſtipulation. Car ce n'eſt pas ſeulement par les ſtipulations qu'on peut contracter des obligations ſolidaires, *non tantùm verbis ſtipulationis, ſed & cæteris contractibus duo rei promittendi fieri poſſunt, L. 9, ff. de duobus reis*; & les teſtamens ainſi que les contrats peuvent former ces obligations.

§ III.

Des effets de la ſolidité entre pluſieurs Débiteurs.

270. Ces effets ſont 1°. que le créancier peut s'adreſſer à celui qu'il choiſira des débiteurs ſolidaires, & 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 entr'eux le bénéfice de diviſion, c'eſt-à-dire, que l'un d'eux à qui le créancier demande le total, ſoit recevable en offrant ſa part, à demander que le créancier ſoit renvoyé contre les autres débiteurs pour chacun leur part, lorſqu'ils ſont

ſolvables. Les actes de Notaires portent ordinairement la clauſe de rénonciation au bénéfice de diviſion ; & quand il n'y auroit point de clauſe de rénonciation 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 fortaſſe ſit juſtius, &c.*

Il eſt vrai que la Novelle l'accorde aux codébiteurs ſolidaires qui ſe ſont rendus caution l'un de l'autre, *alternâ fidejuſſione obligatis* ; mais je ne vois pas qu'on la ſuive parmi nous. On n'accorde au débiteur ſolidaire qui eſt pourſuivi pour le total, d'autre bénéfice que celui de pouvoir requérir la ſubrogation, ou ceſſion des actions du créancier contre ſes codébiteurs ſolidaires. *Voyez* ſur cette ſubrogation *infrà p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

271. Obſervez que le choix que fait le créancier, de l'un des débiteurs contre lequel il exerce ſes pourſuites, ne libere pas les autres tant qu'il n'eſt pas payé ; il peut laiſſer ſes pourſuites contre celui qu'il a pourſuivi le premier, & agir contre les autres, ou s'il veut, les pourſuivre tous en même temps. *L.* 28, *cod. de fidej.*

272. 2°. L'interpellation qui eſt faite à l'un des débiteurs ſolidaires, interrompt le cours de la preſcription contre tous les autres, *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 pourroient oppoſer une preſcription contre le créancier, que ſur ce qu'il n'auroit 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°. Par la même raiſon, lorſque la choſe dûe a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs ſolidaires, ou depuis qu'il a été mis en demeure, la dette eſt perpétuée non-ſeulement contre ce débiteur, mais contre tous ſes codébiteurs qui ſont tous ſolidairement tenus de payer au créancier le prix de cette choſe; car la dette de chacun d'eux étant une ſeule & même dette, elle ne peut pas ſubſiſter à l'egard de l'un, & être éteinte à l'égard des autres; c'eſt ce que décide la loi *penul. ff. de duob. reis : Ex duobus reis ejuſdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* Par exemple, ſi Pierre & Paul m'ont vendu ſolidairement un certain cheval, & qu'avant qu'il m'ait

été livré il ſoit mort par la faute de Pierre; Paul demeurera débiteur auſſi-bien que Pierre, & 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 avoient vendu ſans ſolidité, Pierre ſeul ſeroit tenu de ſa faute, & Paul par la mort du cheval, quoiqu'arrivée par la faute de Pierre, ſeroit entiérement quitte de ſon obligation, & ne demeureroit pas moins créancier de la moitié du prix pour lequel le cheval a été vendu, de même que ſi le cheval étoit mort par un cas purement fortuit. *Mol. tract. de div. & 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 & perpetuandam obligationem*, c'eſt-à-dire, à l'effet qu'ils ne ſoient pas déchargés de leur obligation par la perte de la choſe, & qu'ils ſoient tenus d'en payer le prix; c'eſt en ſe ſens que la loi *penul. ff. de duobus reis*, dit *alterius factum alteri quoque nocet*; mais la faute, le fait ou la demeure de l'un d'eux, ne préjudicie pas aux autres *ad augendam ipſorum obligationem*, c'eſt-à-dire, qu'il n'y a que celui qui a commis la faute, ou qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des dommages & intérêts qui peu-

vent réſulter de l'inexécution de l'obligation, outre la valeur de la choſe dûe. Quant à l'autre débiteur qui n'a commis aucune faute, & n'a pas été mis en demeure, il n'eſt tenu d'autre choſe, que de payer le prix de la choſe, qui a péri par la faute, ou depuis la demeure de ſon codébiteur; ſon obligation ayant bien pu être perpétuée, mais non pas augmentée, par la faute ou la demeure de ſon codébiteur. Par la même raiſon, il n'y a que celui qui a été mis en demeure, qui doive être tenu des intérêts & autres dommages dûs par le retard & la demeure; c'eſt en ce ſens que la loi 32, §. *penul. ff. de uſuris*, dit: *ſi duo rei promittendi ſint, alterius mora alteri non nocet.*

Dumoulin reſtreint la déciſion de cette loi aux dommages & intérêts, qui n'ont pas été expreſſément ſtipulés: s'ils l'avoient été, ils en ſeroient 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'étoient tous obligés auxdits dommages & intérêts. *Mol. ibid. n* 127.

274. 4°. Le paiement qui eſt fait par l'un des débiteurs, libere 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 eſpece 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 étoit demandée, une pareille ſomme que lui devoit le créancier, ſes codébiteurs ſeront libérés par cette compenſation, comme par le paiement réel qu'il en auroit fait.

Pierre & Paul ſont mes débiteurs ſolidaires d'une ſomme de mille livres; depuis je ſuis devenu débiteur envers Pierre d'une pareille ſomme de mille livres: ſi j'ai pourſuivi Pierre pour le paiement de mille livres à moi dûs par Pierre & Paul, & qu'il m'ait oppoſé la compenſation de mille livres que je lui devois, ſuivant ce que nous venons de dire, cette compenſation équipollant au paiement, la dette de mille livres qui m'étoit dûe ſolidairement par Pierre & par Paul, eſt par cette compenſation éteinte vis-à-vis l'un & l'autre. Mais ſi je n'ai pas pourſuivi Pierre, & que je pourſuive Paul pour le paiement de cette ſomme, Paul pourra-t-il oppoſer en compenſation la dette de mille livres que je dois à ſon codébiteur? Papinien en la loi 10, *ff. de duobus reis*, décide pour la négative: *ſi duo rei promit-*

tendi ſocii non ſint, non proderit alteri, quod ſtipulator alteri reo pecuniam debet.

Néanmoins Domat en ſes loix civiles, *p.* 1, *l.* 3, *T.* 3, *S.* 1, *art.* 8, décide contre ce texte, que Paul pourra oppoſer la compenſation de ce que je dois à Pierre, pour la part dont Pierre vis-à-vis de Paul eſt tenu de la dette, & non pour le ſurplus. Sa raiſon eſt que Pierre ne me devant plus cette part dont il étoit 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 paye le total de la dette, ce n'eſt que vis-à-vis ſes codébiteurs, qu'il eſt cenſé payer pour eux les parts dont ils ſont chacun tenus de la dette, les codébiteurs ſolidaires n'étant entr'eux tenus de la dette que pour leur part; mais un débiteur ſolidaire étant vis-à-vis du créancier débiteur du total, lorſqu'il paye le total, ce n'eſt point vis-à-vis du créancier qu'il paye les parts de ſes codébiteurs; il paye ce qu'il doit lui même, & par conſéquent il ne peut oppoſer en compenſation que ce qui eſt dû à lui même, & non ce qui eſt dû à ſes codébiteurs; & c'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondée la dé-

ciſion 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 récours contre Pierre pour la part dont il en étoit tenu ; & pour cette part il ſaiſira entre mes mains ce que je dois à Pierre, & me fera rendre juſqu'à concurrence de cette part, ce que j'aurai reçu. Cette derniere raiſon doit faire ſuivre dans la pratique la déciſion de Domat.

275. La remiſe que le créancier feroit de la dette à l'un des débiteurs ſolidaires, libéreroit auſſi les autres, s'il paroiſſoit que le créancier par cette remiſe, a eu intention d'éteindre la dette en total.

Que s'il paroiſſoit, que ſon intention a été ſeulement d'éteindre la dette, pour la part pour laquelle celui à qui il en a fait remiſe en étoit tenu vis-à-vis de ſes codébiteurs, & de décharger du ſurplus de la dette la perſonne de ce débiteur ; la dette ne laiſſera pas de ſubſiſter pour le ſurplus dans les perſonnes de ſes codébiteurs.

Quid, ſi le créancier par la décharge qu'il a donnée à ce débiteur, avoit déclaré expreſſément qu'il entendoit décharger ſeulement la perſonne de ce débiteur, & conſerver ſa créance entiere

contre les autres codébiteurs, pourroit-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 pourroit : la raiſon eſt que des débiteurs ſolidaires ne ſe ſeroient pas obligés ſolidairement, mais ſeulement pour leurs parts, s'ils n'euſſent compté qu'en payant le total, ils auroient recours contre leurs codébiteurs, & qu'ils auroient pour cette 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; & 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 eſpece le créancier s'étant mis par ſon fait hors d'état de pouvoir céder ſes actions contre un des débiteurs qu'il a déchargé, & 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 *infrà, p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs ſolidaires, & que le créancier en a déchargé un, perd-t-il entiérement la ſolidité, ou

peut-il agir contre chacun des autres ſolidairement & ſous la déduction ſeulement de la part de celui qu'il a déchargé, & de ce que celui qu'il a déchargé, auroit été tenu de porter pour ſa part, des portions de ceux d'entr'eux qui ſeroient inſolvables ? par exemple, ſi j'avois ſix débiteurs ſolidaires; que j'en aye déchargé un, qu'il en reſte cinq dont un eſt inſolvable, ne puis-je agir contre chacun des autres que pour leur ſixieme, ou puis-je agir contre chacun des ſolvables, pour le total, ſous la déduction ſeulement du ſixieme, dont étoit tenu celui que j'ai déchargé, & de la part dont il auroit 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 auroit donné que le droit de répéter de lui ſa portion, & de le faire contribuer à celle des inſolvables. comme nous le verrons *infrà N.* 281.

276. Lorſque l'un des débiteurs ſolidaires eſt devenu l'unique héritier du créancier, la dette n'eſt point éteinte contre les autres débiteurs; car la con-

fusion *magis personam debitoris eximit ab obligatione, quam 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; & 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

§. IV.

De la remise de la solidité.

277. Le droit de solidité qu'a un créancier contre plusieurs débiteurs d'une même dette étant un droit établi en sa faveur, il n'est pas douteux que, suivant la maxime *cuique licet juri in suum favorem introducto renunciare*, 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 entr'eux, soit en faveur de l'un des débiteurs qu'il déchargera de la solidité, en conservant son droit de solidité contre les autres, de maniere néanmoins

que la décharge qu'il a donnée à l'un d'entr'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 veſtrûm pro ſua perſonâ ſolventem probaveritis, aditus rector provinciæ, pro ſuâ gravitate, ne alter pro altero exigatur providebit.*

La raiſon eſt que lorſque le créancier donne quittance en ces termes, à l'un de ſes codébiteurs ſolidaires : *J'ai reçu d'un tel la ſomme de . . . . . pour ſa part*, il le reconnoît pour débiteur de la dette *pour une part*; & par conſéquent il conſent qu'il ne ſoit plus ſolidaire, étant deux choſes oppoſées, d'être débiteur *pour une part*, & 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*, pour 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 voudroit tirer des termes *pour ſa part*, employés dans ſa quit-

tance pour en induire la renonciation à la ſolidité ; & quand même on accorderoit que ces termes *pour ſa part* ſeroient auſſi formels en faveur de la renonciation à la ſolidité, que la réſerve expreſſe de la ſolidité formelle contre cette renonciation, il ne s'enſuivroit autre choſe ſinon que ces termes *pour ſa part*, & ceux-ci *ſans préjudice de la ſolidité*, ſe détruiroient réciproquement, & que la quittance devroit être regardée comme ſi elle ne contenoit 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 codébiteurs, & non contre celui à qui il donne quittance, afin de les concilier par ce moyen avec les termes *pour ſa part*, employés dans la quittance : cette importation 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 on traite, ou à qui on donne quittance, & 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 ſeroit 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, & qu'il ſe réſerve. C'eſt un des points jugés par un Arrêt du 6, Septembre 1712, *rapporté au ſixieme tom. du Journal des Audiences.*

Lorſque la quittance porte *ſans préjudice de mes droits*, c'eſt la même choſe que ſi elle portoit, *ſans préjudice de la ſolidité*; car le droit de ſolidité eſt compris dans la généralité des termes, *ſans préjudice de mes droits*; & c'eſt même le droit dont la réſerve a le plus de rapport à la quittance que je donne, & qui ſert de corrective 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 & ſimplement d'une certaine ſom-

me, qui fait préciſément celle dont il eſt tenu de la dette pour ſa part vis-à-vis 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, & que la déciſion de la Loi *ſi creditores* ci-deſſus citée, doit être reſtreinte dans ſon cas, qui eſt celui auquel l'un des codébiteurs a été reçu expreſſément à payer pour ſa part perſonnelle, *ex parte pro perſonâ ſuâ*, & que c'eſt de cette expreſſion portée par la quittance que le créancier reçoit *pour la part* de ce débiteur, que ſe tire la préſomption de la renonciation à la ſolidité. Mais ſi le créancier a bien voulu recevoir de l'un de ſes débiteurs une partie de ſa dette, que ce débiteur ſolidaire lui devoit 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, & on ne la doit pas tirer ſans néceſſité, perſonne n'étant préſumé remettre ſes droits, *nemo facilè donare præſumitur*. C'eſt ce qui eſt décidé en la loi 8, §. 1, *ff. de leg.* 1°. dans l'eſpece de deux héritiers que le teſtateur avoit grévés ſolidairement de la preſtation d'un legs: Pomponius décide que le légataire qui en a demandé à l'un d'eux, ou même

qui a reçu de l'un d'eux ſa part, n'eſt pas cenſé pour cela l'avoir déchargé de la ſolidité, & qu'il peut exiger de lui le ſurplus. *Quid ſi ab altero partem perierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere; idem erit & ſi alter partem ſolviſſet.* Baquet *traité des droits de Juſtice, ch.* 21, *n.* 245. Baſnage *tr. des hypot. part.* 2, 4, ſont de notre avis.

Bartole prétend qu'il y a à cet égard une différence entre les débiteurs ſolidaires par teſtament, & ceux qui le ſont par un acte entre vifs; mais cette diſtinction n'eſt fondée ſur aucune raiſon ſolide.

Obſervez que ces termes de la loi, *idem erit, & 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, & avoir déchargé ce débiteur de la ſolidité? Les Docteurs

ſont partagés ſur cette queſtion ; Balde eſt pour l'affirmative, & Bartole pour la négative. Pour l'affirmative on dira qu'il paroît y avoir même raiſon de le décider dans ce cas, que dans le cas de la Loi *ſi creditores* ci-deſſus rapportée. Dans le cas de la Loi le créancier qui a exprimé en termes formels dans la quittance qu'il a donnée à l'un des débiteurs ſolidaires, qu'il avoit reçu telle ſomme *pour ſa part*, a par ces termes reconnu & conſenti qu'il ne fût débiteur que pour ſa part, & par conſéquent qu'il ne fût plus débiteur ſolidaire, étant deux choſes oppoſées, d'être débiteur *pour une part*, & d'être débiteur ſolidaire. Or, lorſqu'un créancier a exprimé dans le commandement qu'il a fait à l'un des débiteurs ſolidaires, ou dans l'exploit de demande qu'il a 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 paroît 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.* & la Loi 8, §. 1, *ff. de leg.* 1°. ci-deſſus citée. La Loi *Reos* ne me paroît

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; & par conſéquent même à celui à qui il avoit d'abord demandé ſa part, *quid ſi ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum pètere* La raiſon eſt que les dettes étant contractées par le concours de volontés du créancier & du débiteur, la remiſe ne peut s'en faire, que par un conſentement contraire des mêmes parties, *p*, 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*, renfermeroit une volonté du créancier de lui remettre la ſolidité, tant que la volonté du débiteur n'a pas concouru avec celle du créancier, tant que le débiteur n'a pas acquieſcé à cette demande, & offert en conſéquence de payer ſa part; cette demande ne peut faire acquérir au débiteur aucun droit, ni le décharger de la ſolidité, ni par conſéquent empêcher le créancier d'augmenter ſes concluſions contre lui, & de lui demander le total de la dette. En cela ce cas-ci differe du cas

de la Loi *ſi creditores*, dans lequel la volonté du débiteur qui paye 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 paroît qu'en ce cas il y a une entiere 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, & 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*, & 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, & judicatum quamdam novationem inducat.* C'eſt l'avis de Bacquet, *ibidem*, *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 tenoient l'affirmative, & ſe fondoient ſur la Loi *ſi creditores*, ci-deſſus citée. Pierre de Letoile, dit *Stella*, célebre Profeſſeur de l'Univerſité d'Orléans, a été le premier, au rapport d'Alciat *ad d. Leg.* qui ait tenu la négative ; ſon ſentiment paroît être le meilleur, & 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 & celui des débiteurs à qui il a donné la quittance. Or, c'eſt un des principes de Droit les plus conſtans que les conventions ne peuvent faire acquérir de droit qu'entre les parties entre qui elles interviennent, *ſup. n.* 85 *& 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, & 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. 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'eſpece de cette Loi, il n'y avoit que deux débiteurs ſolidaires ; s'il y en avoit eu pluſieurs, l'Empereur auroit dit, *rector providebit ne unus pro cæteris exigatur* : ces termes, *ne alter pro altero exigatur*, déſignent deux débiteurs ſeulement, & s'entendent en ce ſens, *ne alter qui ſolvit, pro altero qui nondum ſolvit, exigatur.*

Cette déciſion doit être ſuivie, avec ce tempérament, que ſi parmi les débiteurs qui reſtent, il y en avoit quelqu'un d'inſolvable, ils devroient être déchargés de la part que celui qui a été déchargé de la ſolidité, auroit porté de l'inſolvabilité ; car s'ils ne devoient pas profiter

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 Létoile lui paroît 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 déja été.

Lorsque le créancier a fait condamner l'un des débiteurs solidaires à payer *sa part* de la dette, on doit, suivant les mêmes principes, décider que cette Sentence ne doit pas décharger de la solidité, les autres débiteurs, *cùm res judicata aliis non prosit*, & qu'ils peuvent seulement demander, dans le cas auquel il y auroit quelqu'un parmi eux d'insolvable, que le créancier leur fasse raison & déduction de la part que celui qu'il a déchargé auroit dû porter de cette insolvabilité.

279. Il nous reste une question qui est de sçavoir, 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 étoient lors échus, le décharge de la solidité pour l'avenir, ou seulement pour les arrérages échus pour lesquels la quittance a été donnée? Il faut décider qu'elle ne le décharge de la soli-

dité que pour les arrérages échus pour leſquels la quittance a été donnée, & non pour l'avenir. Cette déciſion eſt fondée ſur le principe ci-deſſus établi, que *nemo facilè præſumitur donare.* D'où il ſuit qu'on ne doit point tirer de la quittance donnée par le créancier, la conſéquence qu'il a voulu décharger le débiteur de la ſolidité de la rente pour l'avenir, s'il n'y a néceſſité de la tirer : or, il n'y a aucune néceſſité ; car de ce que le créancier a bien voulu permettre à ce débiteur de payer *pour ſa part* les arrérages qui étoient échus, & 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 avoit toujours été admis à payer les arrérages *pour ſa part* ; ce débiteur auroit 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'auroit pas acquis le droit de racheter la rente

ſeulement pour ſa part ; car de ce que le créancier a bien voulu le décharger de la ſolidité de la preſtation des arrérages, il ne s'enſuit nullement qu'il ait pareillement conſenti à la diviſion du rachat de ſa rente.

§. V.

De la ceſſion des actions du créancier, qu'a droit de demander un débiteur ſolidaire qui paie le total.

280. Le débiteur ſolidaire qui paie le total, peut n'éteindre abſolument la dette que pour la part qu'il eſt tenu de payer pour ſoi, & ſans recours V. *ſuprà, n.* 264. Il a le droit de ſe faire céder les actions du créancier pour le ſurplus contre ſes codébiteurs ; & 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 fidejuſ.*

Le créancier ne peut refuſer cette ſubrogation ou ceſſion de ſes actions au débiteur ſolidaire qui paie le total, lorſqu'il la lui demande ; même s'il étoit mis hors d'état de pouvoir les céder contre quelqu'un, il donneroit 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 auroit 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 auroit dû faire, & ſubroge elle-même le débiteur qui a requis la ſubrogation, en tous les droits & actions du créancier.

Quid, ſi le débiteur avoit payé ſans requérir la ſubrogation ? Il ne pourroit plus par la ſuite ſe faire ſubroger aux actions du créancier ; car le paiement pur & ſimple qu'il auroit fait, ayant éteint entiérement la créance & toutes les actions & 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, cùm nulla actio ſuperfuit*, l. 76, ff. de ſolut.

Les Docteurs, entre autres textes de Droit, ont coutume de citer cette loi, pour décider que la ſubrogation ne ſe fait pas de plein droit, ſi elle n'eſt requiſe par le paiement que fait le débiteur ſo-

lidaire, ou une caution, ou quelqu'autre perſonne que ce ſoit, qui paie ce qu'elle doit pour d'autres, ou avec d'autres; & ce texte paroît effectivement le décider en termes aſſez formels. Néanmoins Dumoulin en la premiere de ſes leçons ſolemnelles qu'il fit à Dôle, a prétendu, contre le ſentiment de tous les Docteurs, qu'un codébiteur ſolidaire, une caution, & généralement tous ceux qui payoient ce qu'ils devoient avec d'autres ou pour d'autres, étoient, en payant, ſubrogés de plein droit, quoiqu'ils n'euſſent pas requis la ſubrogation. Sa raiſon étoit qu'ils doivent toujours être préſumés n'avoir payé qu'à la charge de cette ſubrogation qu'ils avoient droit d'exiger; perſonne ne pouvant être préſumé négliger ſes droits, & y renoncer : il prétend que cette loi 76 n'eſt pas, comme tous l'ont penſé, dans l'eſpece d'un tuteur qui a payé le reliquat qu'il devoit ſolidairement avec ſes cotuteurs, ſans demander la ſubrogation contr'eux; mais qu'elle eſt dans l'eſpece d'un ami d'un tuteur, qui avoit payé pour lui, & qui n'étoit pas obligé à la dette. Dumoulin prétend que ce n'eſt que dans ce cas, qu'il n'y a pas de ſubrogation, lorſque la quittance n'en fait pas mention; parce qu'en ce cas le créancier n'étant pas obligé de céder ſes ac-

tions, 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 avoit intérêt de payer, & avoit droit par conſéquent de ſe faire ſubroger aux actions du créancier, contre ceux pour qui ou avec qui il étoit débiteur de ce qu'il a payé, il prétend qu'il doit toujours 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. & 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 & ab Imperatore noſtro & patre ejus, utilem actionem tutori adverſùs 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 avoit fait difficulté parce que ce tuteur en payant ce qu'il étoit condamné en ſon propre nom *non contutoris ſed magis proprium negotium geſſiſſe videbatur.* Dumoulin au contraire entend ce texte de l'action de tutele que le mineur avoit contre l'autre tuteur, qui eſt

appellée *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, & l'on a continué d'enſeigner dans les Ecoles, & de pratiquer au Barreau qu'un codébiteur ſolidaire, de même que les cautions, & tous ceux qui payoient ce qu'ils devoient avec d'autres ou pour d'autres, n'étoient ſubrogés aux actions du créancier, que lorſqu'ils avoient requis la ſubrogation. La raiſon eſt que, ſuivant un principe avoué par Dumoulin lui-même, il ne ſe fait pas de ſubrogation de plein droit, à moins que la loi ne s'en explique; *non tranſeunt actiones, niſi in caſibus jure expreſſis.* Or, Dumoulin ne peut trouver aucun texte de droit qui établiſſe en ce cas la ſubrogation: la loi 1, §. 13, ff. *de tut. & 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; ce texte pouvant 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, elle ſuppoſe qu'elle ne ſe

fait pas ; c'eſt ce que ſuppoſe la loi 76, ff. *de ſolut.* priſe dans ſon ſens naturel ; celui que Dumoulin donne à cette loi ne l'eſt point du tout.... La loi 39, ff. *de fidej.* & 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'étoit, il auroit été inutile de conſulter l'Empereur Alexandre, pour ſçavoir s'il avoit 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, il 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 paroiſſe avoir uſé de cette faculté, ce qui ne paroit pas, s'il ne l'a point déclaré. Le débiteur qui paie ayant un autre motif pour payer, que d'acquérir la ſubrogation ; ſçavoir, celui d'éviter les contraintes du créancier, & de libérer ſa

perſonne & ſes biens ; le paiement qu'il fait ſans requérir la ſubrogation n'établit pas qu'il ait voulu autre choſe que ſe libérer, & qu'il ait voulu acquérir la ſubrogation. D'ailleurs, quand on ſuppoſeroit une volonté de l'acquérir, cette volonté gardée au dedans de lui, ne ſeroit pas ſuffiſante ; ſon droit conſiſtant dans la faculté de la requérir, la ſubrogation ne peut avoir lieu qu'il ne l'ait requiſe. Il eſt vrai que la loi l'accorde au défaut du créancier ; mais pour qu'on puiſſe dire que c'eſt au défaut du créancier, il faut que le créancier ait été mis en demeure de l'accorder par la requiſition 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, *& ch.* 9, *n.* 7, tient cette opinion : elle a été ſuivie auſſi par la juriſprudence des arrêts ; il y en a un du 26 Août 1706, rapporté au 5e tome du Journal des Audiences, qui a jugé qu'une caution ayant payé ſans requérir la ſubrogation, n'étoit pas ſubrogée aux actions du créancier, & qu'en conſéquence elle n'avoit aucune action contre la femme du débiteur qui s'étoit 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 Introd. au tit.* 20 *de la Coutume d'Orléans, ch.* 1, *Sect.* 5.

281. Le débiteur solidaire qui en payant, a requis la subrogation, est pour le surplus de ce dont il étoit débiteur pour soi-même & 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 privileges, & à tous les droits d'hypotheques attachés aux actions du créancier, & il peut de même que l'auroit pu le créancier dont il est le *procurator in rem suam*, les exercer même contre les tiers.

C'est une question controversée entre les Docteurs, lorsqu'il y a plusieurs codébiteurs, comme par exemple, lorsqu'une obligation a été contractée solidairement par quatre particuliers, 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 étoit tenu pour soi-même, & 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 premiere opinion. Effecti-

vement il ſemble d'abord que le débiteur étant par la ſubrogation le *procurator in rem ſuam* du créancier, il peut exercer les actions du créancier ſolidairement contre chacun des débiteurs, de la même maniere que le créancier le pourroit lui-même; néanmoins les nouveaux arrêts ont jugé pour la deuxieme 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 feroit un circuit d'actions; car celui de mes codébiteurs, à qui j'aurois fait payer le total de la créance, ma part déduite, auroit droit en payant, d'être pareillement ſubrogé aux actions du créancier, ſous la déduction de la part dont il eſt lui-même tenu; & en vertu de cette ſubrogation, il auroit droit d'exiger de moi, ſous la déduction de ſa part, ce qu'il m'auroit payé, puiſque je ſuis tenu moi-même de la ſolidité: je ne pourrois 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 étois tenu pour moi-même, non pour le ſurplus: au moyen de la ſubrogation, j'ai plutôt acquis la créan-

ce du créancier pour le ſurplus, que je ne l'ai acquittée; mais étant rembourſé par mon codébiteur qui auroit auſſi requis la ſubrogation, cette créance pour le ſurplus, & ſous la déduction de la part dont il eſt lui-même tenu, paſſeroit en la perſonne de ce codébiteur; ce ne ſeroit plus moi, mais lui qui ſeroit le *procurator in rem ſuam* du créancier, & qui en cette qualité auroit droit d'exercer contre moi les actions du créancier pour ce ſurplus, & 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, & de qui je ne peux recouvrer la part, pour laquelle il eſt tenu de la dette; cette inſolvabilité doit ſe répartir entre ceux qui ſont ſolvables & moi; l'équité ne permet pas qu'ayant acquitté ſeul la dette commune, je porte ſeul cette inſolvabilité.

§. VI.

Des actions que le débiteur ſolidaire qui a payé ſans ſubrogation, peut avoir de ſon chef contre ſes codébiteurs.

282. Quoiqu'un débiteur ſolidaire ait omis en payant de requérir la ſubroga-

tion, il n'eſt pas néanmoins dépourvu de tout recours, & 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'ou procede 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 il 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, & à la reſtitution de laquelle elles ſe ſont obligées ſolidairement ; dans ces cas & 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'entr'eux devant être tenu de la dette pour cette part.

Si quelqu'un d'entr'eux étoit inſolvable, celui qui a payé le total, a, en outre, action contre chacun de ceux qui ſont ſolvables, pour être payé de ce que cha-

cun d'eux doit porter de cette insolvabilité ; & chacun d'eux en doit porter au *prorata* de la part qu'il a eue dans la société ; car l'insolvabilité d'un associé est une perte pour la société, qui doit tomber par conséquent sur chacun des associés, pour la part qu'il a dans la société.

Ceci s'éclaircira par un exemple ; *finge*, six personnes Pierre, Paul, Jacques, André, Jean & Thomas acquierent une partie de marchandises ensemble, pour la somme de 1 000 liv. au paiement duquel prix ils s'obligent solidairement envers le vendeur : par le partage qu'ils en font entr'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, vis-à-vis de ses codébiteurs ne devoit de son chef que 100 liv. pour son dixieme de la somme prise, & 12 liv. 10 s. pour son quart en la moitié de la portion d'André insolvable, répétera par l'action *pro socio* de Pierre, 1°. 500 liv. pour la moitié que Pierre doit de son chef. 2°. 50 liv. pour la moitié que ledit Pierre doit porter dans les 100 l. que devoit André qui est insolvable, & il répétera par la même action contre

chacun des trois autres, Paul, Jacques & Jean, 1°. 100 l. que chacun d'eux doit de ſon chef, 2°. 12 liv. 10 ſ. que chacun d'eux doit porter pour le quart dans l'autre moitié de la portion de l'inſolvable.

Lorſque l'affaire, pour laquelle la dette a été contractée par pluſieurs qui ſont obligés ſolidairement, ne concerne que l'un d'entr'eux; quoiqu'ils ſoient tous vis-à-vis du créancier débiteurs principaux, néanmoins entr'eux, celui que l'affaire concerne, eſt le ſeul débiteur principal, & les autres ſont comme ſes cautions. Par exemple, ſi Pierre, Jacques & Jean empruntent une ſomme d'argent, qu'ils s'obligent ſolidairement de rendre, & 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 ou Jean qui a acquitté la dette, il 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.

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 *infrà*, *ch.* 6, *ſect.* 7, *art.* 4.

Lorſque la dette ſolidaire a pour cauſe une donation, *putà* lorſque deux ou trois perſonnes ont par contrat de mariage donné une certaine ſomme à quelqu'un qu'elles ſe ſont obligées ſolidairement de lui payer, & que l'une d'elles a payé le total, il ne peut pas en ce cas y avoir lieu à l'action *pro ſocio* contre les codébiteurs; car on peut bien contracter ſociété, en achetant enſemble, en vendant enſemble, mais non pas en donnant enſemble, la ſociété étant par ſa nature un contrat qui ſe fait *lucri in commune quærendi causâ*: l'action qu'a en ce cas contre ſes codébiteurs celui qui a payé le total, eſt l'action *mandati*; car dans cette eſpece, chacun des donateurs n'eſt donateur & débiteur pour ſoi-même que de ſa part; & il l'eſt du ſurplus pour ſes codonateurs, comme leur caution & leur mandataire, & il a par conſéquent contre eux pour ce ſurplus l'action *mandati*, telle que l'a une caution.

Lorſque la dette ſolidaire procede 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. & 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 Françoiſe 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*, *liv.* 24, *T.* 12, *n.* 4, cette action ne naît pas du délit qu'ils ont commis enſemble, *nemo enim ex delicto conſequi poteſt actionem* : elle naît du paiement qu'il a fait d'une dette qui lui étoit commune avec ſes codébiteurs, & de l'équité qui ne permet pas que ſes codébiteurs profitent à ſes dépens de la libération d'une dette dont ils étoient tenus comme lui. C'eſt une eſpece 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 *infrà*, *ch.* 6, *ſect.* 7, *art.* 4.

CHAPITRE IV.

De quelques eſpeces particulieres d'obligations conſidérées par rapport aux choſes qui en ſont l'objet.

ENTRE les diviſions des obligations par rapport aux choſes qui en ſont l'objet, que nous avons rapportées *ſuprà*, *ch.* 1, §. 3, nous avons dit qu'il y avoit des obligations d'une choſe certaine comme d'un tel cheval, & des obligations d'une choſe incertaine & indéterminée d'un certain genre, *putá* celle d'un cheval indéterminément.

Nous avons dit auſſi, qu'il y avoit des obligations diviſibles, & d'autres indiviſibles. Nous traiterons ici dans une prémiere ſection de l'eſpece particuliere d'obligations, d'une choſe indéterminée d'un certain genre : Dans une ſeconde ſection, des obligations diviſibles & indiviſibles.

SECTION PREMIERE.

De l'obligation d'une choſe indéterminée d'un certain genre.

283. Ce qui eſt abſolument indéterminé ne peut être l'objet d'une obligation, *ſuprà*, *n.* 131. Par exemple, ſi je vous ai promis de vous donner *quelque choſe* ſans dire quoi, il ne réſulte de cette promeſſe aucune obligation ; mais on peut contracter l'obligation d'une choſe indéterminée d'un certain genre de choſes, comme lorſqu'on s'oblige envers quelqu'un de donner un cheval, un lit garni, une paire de piſtolets, ſans déterminer quel cheval, quel lit, quels piſtolets. L'individu qui fait l'objet de ces obligations eſt indéterminé ; mais le genre dans lequel cet individu eſt à prendre, eſt certain & 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 indéter-

minée, que s'il s'étoit ſimplement obligé à me donner un cheval.

Dans ces obligations, chacune des choſes compriſes ſous le genre dans lequel la choſe dûe eſt à prendre, eſt *in facultate ſolutionis*, pourvu qu'elle ſoit bonne, loyale & 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 dûe; 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 pouvoient être l'objet des obligations, les obligations étant elles-mêmes des êtres intellectuels.

Cette idée que nous donnons après

Dumoulin, *Tr. de div. & indiv. p.* 2. *quæſt.* 5. de l'objet de l'obligation d'une choſe d'un genre certain, paroît plus naturelle & plus véritable, que celle de ceux qui penſent que ces obligations ont pour objet, tous les individus renfermés ſous le genre, de maniere que chacun de tous ces individus eſt dû, *non quidem determinatè*, mais ſous une eſpece d'alternative, ſous cette eſpece de condition, *ſi alia res ejus generis non ſolvatur.*

Il ſuit de ces principes, 1°. que lorſqu'une choſe d'un certain genre eſt dûe indéterminément, le créancier n'eſt pas fondé à demander déterminément aucune des choſes compriſes ſous ce genre; mais il doit demander en général & indéterminément une de ces choſes.

Il ſuit, 2°. que la perte des choſes de ce genre qui ſurvient depuis l'obligation, ne tombe pas ſur le créancier; car les choſes qui périſſent ne ſont pas celles qui lui étoient dûes, & 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, avoit offert au créancier une des choſes de ce genre bonne, loyale & marchande, & avoit par une ſommation judiciaire mis le créancier en demeure de la recevoir; la perte qui arriveroit depuis ſur cette

choſe, devroit 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 étoit, 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 & 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, galleux, pouſſif, *&c.* ni un cheval d'une vieilleſſe extrême. Au reſte, pourvu que la choſe n'ait aucun défaut notable, & 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'auroit pas pu être valablement promiſe au créancier envers qui l'obligation a été contractée? Par exemple, ſi je me ſuis obligé à vous donner un cheval indéterminément, puis-je m'acquitter de mon obligation en vous donnant un cheval qui vous appartenoit lors du contrat, & qui ayant été depuis par vous vendu, me ſe-

roit parvenu. Dumoulin décide pour l'affirmative ; & en cela cette obligation differe de celle par laquelle je vous aurois 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 appartenoit, il n'y avoit que l'autre qui fut dûe; & elle eſt par conſéquent la ſeule que je puiſſe payer. Mais dans l'obligation d'un cheval indéterminément, aucun individu n'étant dû & 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, & qu'il m'appartienne, pour qu'il puiſſe vous être valablement payé. C'eſt ce que décide nettement Marcellus en la loi 72, §. 4, *ff. de ſolut. Ei qui hominem dari ſtipulatus eſt, unum etiam ex his qui tunc ſtipulatori ſervierunt dando, promiſſor liberatur.*

Il faut néanmoins convenir que la Loi 66, §. 3, *ff. de leg.* 2°. qui eſt de Papinien décide le contraire. *Quum duobus teſtamentis homo generatim legatur; qui ſolvente altero legatarii factus eſt, quamvis poſteà ſit alienatus, ab altero herede idem ſolvi non poterit, eademque ratio ſtipulationis eſt; hominis enim legatum, orationis com-*

pendio ſingulos homines continet; utque ab initio non conſiſtit in his qui legatarii fuerunt, ita fruſtrà ſolvitur cujus dominium poſteà legatarius adeptus eſt, tametſi dominus eſſe deſierit.

Dumoulin, *tract. de div. & indiv. p.* 2, *n.* 102, ſuivant l'uſage dans lequel il eſt d'aſſervir les loix à ſes déciſions, donne la torture à cette loi; il dit que la déciſion de cette loi doit être reſtreinte dans ſon eſpece particuliere 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 particuliere que dans cette eſpece la même choſe qui a été payée au légataire ou au donataire, en exécution du premier legs, ou de la premiere donation, ne peut plus être payée en exécution de l'autre legs ou donation, *ne ſcilicet videretur offendi juris regula, non poſſunt duæ cauſæ lucrativæ in eâdem re & 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, celles de ce genre qui, lorſqu'elle a été contractée, appartenoient à celui envers qui elle a été contractée;

tractée, ou qui lui ont appartenu depuis, doivent être censées exceptées de cette obligation, & ne pouvoir en conséquence lui être payées, quoiqu'elles ne lui appartiennent plus. Enfin il dit que dans cette loi ces termes, *hominis legatum orationis compendio singulos homines continet*, ne signifient pas que tous les esclaves du monde sont chacun *in obligatione legati*, sous cette condition *si alius non solvatur*; mais qu'ils signifient seulement que tous les esclaves du monde sont *in facultate solutionis*, & que le legs peut être acquitté & exécuté *in singulis hominibus*. Cette interprétation me paroît contraire au sens naturel du texte : j'aime mieux en reconnoissant une vraie antinomie entre cette loi & la loi 72, comme l'ont reconnu Ant. Faber. & Bachovius, abandonner la décision de Papinien, comme fondée sur le faux principe que l'obligation d'une chose d'un certain genre renferme *alternatè & orationis compendio*, celle de tous les individus qui en sont susceptibles & 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 loix a pris un parti diamétralement opposé à celui de Dumoulin; car pour le concilier, & 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 §. 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 croyoit par erreur être due déterminément, il en a la répétition, en offrant d'en donner une autre; car n'ayant pas donné cette choſe en paiement de ſon obligation d'une choſe d'un certain genre, mais comme ſe perſuadant fauſſement qu'il devoit cette choſe déterminément, il a payé ce qu'il ne devoit pas, & par conſéquent *locus eſt condictioni indebiti*, *L.* 32, §. 3, *ff. de cond. indeb.*

Sur l'indiviſibilité de paiement des obligations d'un certain genre, *V. infrà p.* 3, *ch.* 1. *art.* 6, §. 3.

286. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent a lieu, 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, pourvu que la convention ne contienne aucune clauſe qui ôte le choix au débiteur.

Mais lorſque par une clauſe particuliere 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 & 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 eſpece de condition au cas que je le choiſiſſe; puiſqu'en vertu de cette clauſe, il n'y en a aucun que je n'aie droit d'exiger. C'eſt pourquoi le débiteur eſt en ce cas obligé de me les conſerver tous juſqu'à ce que j'aie fait mon choix; il ne peut juſqu'à ce temps, ſans contrevenir à ſon obligation, diſpoſer d'aucuns *Arg. L. 3, ff. qui & à 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 consiste l'obligation. C'est la différence qu'établit Dumoulin, *Tr. de div. & indiv. p.* 2, *n.* 112, 113, 114, entre le cas auquel le choix est donné au créancier, & le cas auquel il est donné au débiteur.

SECTION II.

Des Obligations dividuelles & des Obligations individuelles.

ARTICLE PREMIER.

Quelles Obligations sont dividuelles, & quelles Obligations sont individuelles.

§ I.

Qu'est-ce qu'une Obligation dividuelle, & une Obligation individuelle.

287. Une obligation dividuelle est celle qui peut se diviser. Une obligation individuelle est celle qui ne peut se diviser. Une obligation n'en est pas moins dividuelle, quoiqu'elle soit actuellement indivisée; car il suffit, pour qu'elle soit dividuelle, qu'elle *puisse* se diviser. *Molin. tr. de div. & ind. p.* 3, *n.* 7, *& 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, & qu'elle ſe diviſera en effet entre mes héritiers, ſi j'en laiſſe pluſieurs, & que je meure avant que de l'avoir acquittée.

Pareillement, l'obligation ſolidaire que contractent pluſieurs perſonnes de payer à quelqu'un une ſomme de dix écus, n'en eſt pas moins une obligation dividuelle ; l'effet de la ſolidité eſt qu'elle ne ſoit pas actuellement diviſée entre les débiteurs ſolidaires ; mais leur obligation n'en eſt pas moins une obligation dividuelle, parce qu'elle peut ſe diviſer, & qu'elle ſe diviſera en effet entre leurs héritiers.

228. Il faut voir à préſent quelles ſont les obligations qui peuvent ſe diviſer, & qui ſont celles qui ne le peuvent pas.

Une obligation peut ſe diviſer, & eſt dividuelle, lorſque la choſe dûe qui en fait & la matiere & l'objet, eſt ſuſceptible de diviſion & de parties pour leſquelles elle puiſſe être payée ; & au contraire l'obligation eſt individuelle, & ne peut ſe diviſer, lorſque la choſe dûe n'eſt pas ſuſceptible de diviſion & de parties, & 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 une diviſion *civile* & propre au commerce des choſes.

Il y a deux eſpeces de diviſions civiles, l'une qui ſe fait en parties réelles & diviſées, l'autre qui ſe fait en parties intellectuelles & indiviſées. Lorſqu'on partage un arpent de terre en deux, en plantant une borne au milieu, c'eſt une diviſion de la premiere eſpece; les parties de cet arpent qui ſont ſéparées l'une de l'autre par la borne, ſont des parties réelles & diviſées.

Lorſqu'un homme qui étoit propriétaire de cet arpent de terre, ou de quelqu'autre choſe, meurt & laiſſe deux héritiers qui en demeurent propriétaires chacun pour une moitié indiviſée, c'eſt une diviſion de la ſeconde eſpece : les parties qui réſultent de cette diviſion, & qui appartiennent à chacun des héritiers, ſont des parties indiviſes qui ne ſont point réelles, & qui ne ſubſiſtent qu'*in jure & intellectu.*

Les choſes qui ne ſont pas ſuſceptibles de la premiere eſpece 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 premiere eſpece de diviſion; car ces choſes ne ſont pas ſuſceptibles, ſans la deſtruc-

tion de leur ſubſtance, de parties réelles & diviſées; mais elles ſont ſuſceptibles de la ſeconde eſpece 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 prémiere, pour que l'obligation de donner cette choſe, ſoit une obligation diviſible. C'eſt ce qui réſulte de la loi 9, §. 1, *ff. de ſolut.* où il eſt dit, *qui Stichum debet, parte Stichi datâ, in reliquam partem tenetur.* Suivant ce texte l'obligation de donner l'eſclave *Stichus* eſt une obligation diviſible, puiſqu'elle peut, au moins du conſentement du créancier, s'acquitter pour partie, quoique cet eſclave ne ſoit pas ſuſceptible de la premiere diviſion, *Molin. ibid. p.* 1, *n.* 5, *p.* 2, *n.* 200 *&* 201.

Les choſes indiviſibles ſont celles qui ne ſont pas 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 regle 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 avoient penſé que ces obligations étoient indiviſibles indiſtinctement; mais Dumoul. *ib. p.* 2, *n.* 203, *& ſeq.* a démontré qu'elles n'étoient 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, &c. 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 cinquieme des clefs de Dumoulin, *omnis obligatio etiam facti dividua eſt, niſi quatenùs de contrario apparet. Molin. ibid. & 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, & ne pas ſe faire pour l'autre partie; telle eſt l'obligation *ampliùs non agi 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 peux y contrevenir pour partie en revendiquant une partie seulement de cet héritage, & 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, & non pas l'utilité qui revient au créancier de l'obligation contractée à son profit, ni le détriment, *onus & diminutio patrimonii*, qui en résulte pour le débiteur ; autrement il n'y auroit 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, & 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.* 199. *cùm hic affectus*, dit-il, *sit quid remotum & separatum à substantiâ obligationis & rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel*

individua penès effectum, ſed ſecundùm ſe & ſecundùm naturam rei immediatè in eam deductæ.

§. II.

Des différentes eſpeces d'indiviſibilité.

291. Dumoulin, *ibid. p.* 3, *n.* 57, *& ſeqq. & n.* 75, diſtingue fort bien trois eſpeces d'indiviſibilité, celle qui eſt abſolue & qu'il appelle *individuum contractu*, celle qu'il appelle indiviſibilité d'obligation *individuum obligatione*, & 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 pourroit 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 ; & par conſéquent on ne pourroit pas ſtipuler ni promettre ces ſortes de choſes pour partie.

292. La ſeconde indiviſibilité eſt celle que Dumoulin appelle *individuum obligatione* : tout ce qui eſt *individuum contractu* l'eſt *obligatione* ; mais il y a certaines choſes, qui quoiqu'elles euſſent pu abſo-

ſument être ſtipulées ou promiſes pour partie, & par conſéquent quoiqu'elles ne ſoient pas *individuæ contractu*; néanmoins dans la maniere dont elles ont été conſidérées par les parties contractantes, ſont quelque choſe d'indiviſible, & 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 peux convenir avec un Maçon qu'il me conſtruira pour partie la maiſon que j'ai deſſein de faire conſtruire; *putà*, qu'il en élevera 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 maniere qu'elle eſt conſidérée par les parties contractantes, quelque choſe d'indiviſible, *& quod nullam recipit partium præſtationem.* Il eſt vrai que cette conſtruction ne peut ſe faire que par parties & ſucceſſivement. Mais ce n'eſt pas le fait paſſager de la conſtruction

qui fait l'objet de l'obligation, c'eſt l'ouvrage même conſommé, c'eſt *domus conſtruenda*; ne pouvant donc y avoir de maiſon qu'elle n'ait été entiérement conſtruite, la forme & qualité de maiſon ne pouvant réſulter que de la conſommation de l'ouvrage, & 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 entiere de la maiſon, & conſéquemment que cette obligation n'eſt pas ſuſceptible de parties, & 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 théatre, des bains, eſt individuelle; il rapporte cette raiſon, *neque enim nullum balineum, 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 & naturaliter; ſed ſi illud* OPUS FIERI *referas ad effectum & præſ-*

tationem ejus quod debetur, tunc verum non erit per partes fieri, quia partes fabricæ factâ, non est debitor liberatus in ea parte; simplex enim fabricatio, & operatio transiens non debetur, sed opus effectum cujus pars non est, fabricæ pars, cùm 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. & individ. p. 3, n. 76, on peut encore ici rapporter la loi 5, *ff. de verb. signif.* qui dit que, *opere locato conducto significari non* ἔργον, *id est operationem, sed* ἀποτέλεσμα, *id est ex opere facto corpus aliquod factum.*

Certaines circonstances avec lesquelles est contractée l'obligation d'une chose, peuvent aussi en rendre l'obligation indivisible, quoique la chose en soi, & détachée de ces circonstances, soit très-divisible; telle est l'obligation que je contracterois 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 visible, néanmoins étant dûe, 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, & 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 & contractu*, eſt l'obligation d'une choſe qui en elle-même, par ſa nature, & ſous quelque eſpece qu'on la conſidere, 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 troiſieme eſpece d'indiviſibilité qu'on appelle *individuum ſolutione tantum.*

C'eſt celle qui ne concerne que le paiement de l'obligation, & non l'obligation même, lorſque la choſe dûe eſt par elle-même diviſible & ſuſceptible de parties, & peut être dûe pour parties, ſoit aux différens héritiers du créancier, ſoit par les différens héritiers du débiteur, mais ne peut être payée par parties.

Nous rapporterons pluſieurs exemples de cette eſpece d'indiviſibilité en l'article ſuivant, où nous traiterons de la nature & des effets des obligations diviſibles, à la claſſe deſquelles appartiennent proprement les obligations, dans leſquelles ſe rencontre cette eſpece d'indiviſibilité, puiſqu'elle ne concerne pas l'obligation même, quoique néanmoins la Loi 2, §. 1, *ff. de verb. oblig.* en faſſe une troiſieme eſpece mitoyenne entre les obligations dividuelles, & les individuelles.

§. III.

Pluſieurs eſpeces particulieres d'obligations à l'égard deſquelles on demande ſi elles ſont diviſibles ou indiviſibles.

De l'Obligation de livrer une piece de terre.

295. L'obligation de livrer une piece de terre *fundum tradi*, eſt une obligation diviſible; car cette tradition peut ſe faire par parties; on peut livrer une partie de cette piece 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 réguliérement tenus pour la part seulement dont ils sont héritiers, ce qui est le caractere 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, & 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* ; & si je meurs avant que d'avoir fait le délais, 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 verborum oblig.* paroît

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 quam ſolutione*. Dumoulin, *p.* 2, *n.* 278, *ad n.* 359, après avoir rapporté 17 opinions différentes de Docteurs, pour la conciliation de cette loi, rapporte la ſienne à laquelle il faut ſe tenir ; il penſe avec raiſon que cet exemple d'obligation, *fundum tradi*, ne doit pas s'entendre indiſtinctement de toute obligation par laquelle on s'oblige à livrer une piece de terre, mais ſeulement de l'obligation par laquelle on s'oblige de livrer une piece de terre, avec des circonſtances qui en rendent l'obligation indiviſible, comme par exemple ſi voulant bâtir ma maiſon & n'ayant point de chantier pour y placer mes matériaux néceſſaires que je veux faire venir pour cela, je conviens avec mon voiſin qu'il me donnera l'uſage d'une piece 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*, & 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 particuliere, *cum id jus quod in obligationem deductum eſt, non niſi in ſolidum præſtari poteſt*, ce qui ſe rencontre dans l'eſpece propoſée, car cette piece 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 ſeroit pas aſſez grande pour placer mes matériaux, ne pourroit ſervir à la fin pour laquelle elle doit m'être fournie: Dumoulin rapporte d'autres exemples, 312, 313, 314, 315.

De l'obligation d'une corvée ou journée.

296. L'obligation d'une journée eſt indiviſible, de la même maniere que l'obligation de conſtruire une maiſon; car quoique le ſervice d'une journée, ne ſoit pas en ſoi quelque choſe d'indiviſible, néanmoins l'obligation s'en contracte comme d'une choſe indiviſible, & qui ne peut s'acquitter pour partie, c'eſt pourquoi Ulpien dit, *nec promitti nec ſolvi nec deberi, nec peti, pro parte poterit opera*, *L.* 15, *ff. de oper. libert.*

Pareillement Pomponius en la Loi 3, §. 1, *ff. de oper. libert.* décide que le ſer-

vice d'une journée ne peut s'acquitter par partie, par celui d'un certain nombre d'heures, & qu'en conséquence le débiteur d'une journée qui auroit travaillé jusqu'à midi, & se seroit retiré, n'auroit aucunement acquitté son obligation, & demeureroit débiteur de la journée, *non pars operæ per horas solvi potest, quia id est officii diurni, neque ei liberto, qui sex horis duntaxat meridianis præsto fuisset, liberatio ejus diei contigit*, mais après qu'il aura acquitté la journée dont il demeure débiteur, il pourra demander le prix de sa demi-journée qu'il ne devoit pas.

Au reste, Dumoulin, *p.* 2, *n.* 355, & *seq.* remarque fort bien que cette indivisibilité de l'obligation d'une journée n'est qu'une indivisibilité d'*obligation*, & non une indivisibilité absolue ou indivisibilité *contractu*; car rien n'empêche qu'on ne puisse contracter l'obligation d'une partie de journée comme d'une demi-journée; il est vrai que la Loi 15, § 1, *de oper. libert.* dit, *nec promitti pro parte opera potest.* Mais c'est une pure subtilité; le Jurisconsulte prend *opera* pour *officium diurnum* selon la définition de la Loi 1, ff. *d. tit.* qu'il regarde selon cette idée comme indivisible, parce que si vous divisez, ce n'est plus *officium diurnum*, mais *officium horarium*.

De l'obligation de faire quelque ouvrage.

297. Nous entendons ici par ouvrage, *effectio transiens in opus ſpecificum permanens*, ſuivant l'expreſſion de Dumoulin, *p.* 2, *n.* 361, & nous avons déja vu ci-deſſus, *n.* 292, que l'obligation de faire un ouvrage pris en ce ſens, telle que l'obligation de conſtruire une maiſon, faire une ſtatue, un tableau, étoit une obligation indiviſible, non de cette indiviſibilité abſolue que nous avons appellée avec Dumoulin indiviſibilité *contractu*, mais de la ſimple indiviſibilité *d'obligation*

De l'obligation de donner une certaine ſomme léguée pour la conſtruction d'un Hôpital, ou pour quelqu'autre fin.

298. L'obligation qui réſulte de ce legs eſt diviſible, puiſque c'eſt l'obligation de donner une ſomme d'argent; ce qui eſt ajouté dans le teſtament, *pour bâtir un Hôpital*, n'exprime que le motif du teſtateur, qui l'a porté à faire ce legs; c'eſt *ratio legandi*; mais ce motif n'étant point uni à la diſpoſition *ratio legandi non cohæret legato*, *l.* 72, §. 6, *ff. de cond. & demo.* ne peut par conſéquent influer ſur la na-

ture du legs, & ſur l'obligation qui en réſulte.

Que ſi le teſtateur avoit chargé ſes héritiers de bâtir un hôpital dans une certaine ville, & d'y employer une certaine ſomme d'argent; l'obligation qui auroit pour objet la conſtruction de l'hôpital ſeroit indiviſible; c'eſt à cette derniere eſpece que doit s'appliquer la loi 11, §. 23, *ff. de leg.* 3°. V. Dumoulin, *p.* 2, *n.* 368, *& ſeq.*

ARTICLE II.

De la nature & des effets des obligations diviſibles.

§. I.

Principes généraux.

299. Une obligation eſt appellée diviſible, comme nous l'avons déja remarqué; non parce qu'elle eſt actuellement diviſée, mais parce qu'elle ſe peut diviſer; c'eſt pourquoi quelque diviſible que ſoit la choſe dûe, l'obligation avant qu'elle ait été diviſée, eſt indiviſe & ne peut être acquittée par parties, comme nous le verrons *infrà p.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 2.

Il faut donc bien prendre garde à ne

point confondre l'indiviſion & l'indiviſibilité ; c'eſt la premiere des clefs de Dumoulin, *tr. de div. & indiv. p.* 3, *n.* 7, *& 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 & de l'autre côté enſemble ; l'obligation ſe diviſe du côté du créancier, lorſqu'il laiſſe pluſieurs héritiers : chacun des héritiers eſt créancier ſeulement de ſa part, d'où il ſuit qu'il ne peut exiger cette créance que pour cette part, qu'il ne peut donner de quittance que pour cette part, à moins qu'il n'ait une procuration de ſes cohéritiers pour recevoir la leur ; de-là il ſuit pareillement que le débiteur peut payer ſéparément à chacun de ces héritiers la portion qui lui eſt dûe.

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, & ordinairement chacun des héritiers peut obliger le créancier à recevoir la dette pour cette part.

§. II.

Modifications du premier effet de la diviſion de l'obligation du côté du débiteur.

300. Le principe que nous avons établi, que dans les obligations diviſibles chaque héritier du débiteur n'eſt tenu de la dette que pour la part dont il eſt héritier, reçoit pluſieurs exceptions & modifications.

La premiere eſt à l'égard des dettes hypothécaires; en ce cas, lorſque les héritiers du débiteur ſont poſſeſſeurs d'immeubles hypothéqués à la dette, quoique la dette ſe diviſe entr'eux, & qu'en conſéquence ils ne ſoient tenus de l'action perſonnelle qui réſulte de l'obligation du défunt, que pour la part dont ils ſont ſes héritiers; néanmoins ils peuvent être pourſuivis hypothécairement pour le total de cette dette, comme poſſeſſeurs des biens qui y ſont hypothéqués. Voyez ce que nous avons dit à ce ſujet en notre Introduction au titre 20 de la Coutume d'Orléans, *chap.* 1. *ſect.* 3.

301. La deuxieme eſt à l'égard des dettes d'un corps certain que le défunt a laiſſé dans ſa ſucceſſion; lorſque le défunt a laiſſé des héritiers de différentes

eſpeces, les uns aux meubles & acquêts, les autres aux propres, tous ne ſont pas tenus de la dette de ce corps certain; il n'y a que les héritiers du patrimoine duquel il fait partie, qui en ſoient ſeuls tenus; la raiſon eſt que le défunt n'en ſeroit tenu lui-même, s'il vivoit encore, qu'autant qu'il le poſſéderoit encore, ou qu'il auroit ceſſé par ſon fait ou ſa faute de le poſſéder; ſes héritiers du patrimoine dont le corps certain ne fait point partie, qui ne l'ont par conſéquent jamais poſſédé, ni ceſſé de le poſſéder, ne peuvent donc être tenus de la dette de ce corps certain, n'en pouvant être tenus que comme le défunt qu'ils repréſentent, le ſeroit: il n'y a donc que les héritiers du patrimoine, dans lequel ſe trouve ce corps certain, qui en puiſſent être tenus.

Mais ſi par le partage entre les héritiers de ce patrimoine, ce corps certain dû par le défunt à quelqu'un, a été compris dans le lot échu à l'un d'eux, les autres ne ſont pas pour cela déchargés de cette dette, quand même ils auroient chargé celui d'entr'eux au lot duquel ce corps certain eſt échu d'acquitter la dette, lorſqu'elle deviendroit exigible; car ayant été une fois tenus de cette dette, ils n'ont pu par leur fait, en comprenant ce corps certain dans la maſſe des biens qu'ils ont partagés

partagés entr'eux, ſe décharger de l'obligation de le délivrer au créancier.

302. La troiſieme modification concerne encore les dettes d'un corps certain: quoique la dette d'un corps certain diviſible, ſe diviſe entre les héritiers du débiteur, qui ſuccedent à l'eſpece des biens dont il fait partie, & que même après le partage, par lequel ce corps certain eſt échu dans le lot de l'un d'eux, chacun de ces héritiers continue d'en être débiteur pour ſa part, comme nous venons de le voir ci-deſſus; néanmoins celui dans le lot duquel il eſt tombé, peut être pourſuivi pour le paiement du total, & condamné envers le créancier au paiement du total, pourvu que le jugement ſoit rendu avec ſes cohéritiers ou par défaut contre eux, s'il n'a pas été chargé de cette dette par le partage.

La raiſon qu'en rend Dumoulin eſt, que quoique l'action qui naît de cette dette ſoit diviſée contre chacun des héritiers du débiteur, néanmoins comme l'exécution de cette action doit ſe faire pour le total, ſur celui d'entr'eux, qui par le partage en eſt devenu ſeul poſſeſſeur, il s'enſuit qu'il peut être condamné à la délivrance de cette choſe pour le total, *quia quamvis actio merè ſit perſonalis, tamen executio judicati in rem ſcripta eſt, & divi-*

ſio non debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem & in ejus poſſeſſorem, ſalvo contrà heredes recurſu, Molin. p. 2, n. 84.

Cette déciſion a lieu lorſque c'eſt en ſa qualité d'héritier, & par le partage de la ſucceſſion que cet héritier pour partie du débiteur, ſe trouve poſſéder en entier la choſe dûe; il en ſeroit autrement ſi c'étoit de ſon chef qu'il la poſſédât. Il n'en ſeroit pas en ce cas débiteur, & il ne pourroit être condamné à la payer, que pour la part pour laquelle il eſt héritier; on peut tirer argument de la loi 86, §. 3, ff. *de leg.* 1°. *Si fundus ab omnibus heredibus legatus ſit, qui unius heredis eſſet, is cujus fundus eſſet non amplius quàm partem ſuam præſtabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

Nous venons de voir que lorſque l'héritier pour partie du débiteur d'un corps certain, ſe trouvoit en cette qualité d'héritier être en poſſeſſion pour le total de cette choſe, il pouvoit être condamné à la preſtation du total, pourvu que la ſentence fût rendue avec ſes cohéritiers, ſuivant que l'enſeigne Dumoulin, *ibid. n.* 84. Cet Auteur va plus loin, *ibid. p.* 3, *n.* 242; car il décide que l'héritier peut y être condamné, même ſans que ſes cohéritiers aient été mis en cauſe, lorſqu'il eſt évident qu'ils ne pourroient avoir aucuns

moyens de défenſe; c'eſt ce qu'il décide dans l'eſpece d'un vendeur, qui, ayant vendu une choſe livrable dans le mois, & ayant reçu le prix, ſeroit mort dans ce terme, laiſſant pluſieurs héritiers; il décide que la vente & le paiement du prix étant conſtans, celui des héritiers, pardevers qui la choſe ſe trouve, doit après l'expiration du terme, être condamné à la livrer, ſans qu'il ſoit reçu à mettre en cauſe ſes cohéritiers.

303. La quatrieme modification eſt, lorſque la dette conſiſte dans la ſimple reſtitution d'une choſe dont le créancier eſt propriétaire, & dont le débiteur n'avoit que la ſimple dérention; quoique la choſe ſoit diviſible, & qu'en conſéquence la dette le ſoit auſſi, néanmoins celui des héritiers du débiteur, pardevers qui eſt la choſe, eſt tenu pour le total de cette reſtitution. Par exemple, ſi on vous a prêté ou donné en dépôt une Bibliotheque; quoique cette dette ſoit diviſible, celui de vos héritiers, pardevers qui elle ſe trouvera, ſera tenu pour le total de la reſtitution de cetre Bibliotheque: *Heres ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres eſt, convenitur, niſi fortè habuit totius rei facultatem reſtituendæ, nec faciat; tunc enim condemnatur in ſolidum, quia hoc boni judicis arbitrio conveniat, l. 3, §. 3, ff. commod.*

La raiſon eſt que cet héritier qui a par-devers lui la choſe entiere, ayant la faculté de la rendre, & n'ayant pas beſoin d'attendre pour cela le conſentement de ſes cohéritiers qui n'ont aucun droit dans cette choſe, & auxquels la reſtitution qu'il en fera ne peut être avantageuſe en les déchargeant de l'obligation en laquelle ils ſont de faire cette reſtitution; la bonne foi ne permet pas qu'il refuſe cette reſtitution: c'eſt ce qu'inſinue le Juriſconſulte par ces termes *quia hoc boni judicis arbitrio conveniat*: Si cet héritier n'eſt tenu que pour ſa part héréditaire, *ex primâ & primitivâ obligatione depoſiti aut commodati quæ dividua eſt*, il eſt tenu pour le total, de cette reſtitution qui eſt en ſon pouvoir, *ex obligatione acceſſoriâ præſtandi bonam fidem*, l'obligation de la bonne foi étant une obligation indiviſible, *neque enim bona fides poteſt præſtari pro parte*. C'eſt encore une des clefs de Dumoulin, *lex 12 tabularum*, dit-il, *non dividit obligationes etiam dividuas quatenùs reſpiciunt bonam fidem; undè obligatio etiam dividua ad officium bonæ fidei obligat in ſolidum, concurrente facultate præſtandi, & quatenùs concurrit, & quandòcumque hoc contigerit*. Molin. p. 3, n. 112.

304. Une cinquieme modification, eſt que l'un des héritiers par le fait ou la

faute duquel la choſe eſt périe, eſt tenu du total de la dette ; la raiſon ſe tire du principe de Dumoulin, qui eſt que l'obligation principale *rem dividuam dandi* eſt diviſible à la vérité : mais l'obligation acceſſoire *præſtandi bonam fidem & diligentiam* qui y eſt jointe, eſt indiviſible ; chacun des héritiers eſt à cet égard tenu *in ſolidum*, *nec enim pro parte dillgentia præſtari poteſt*, d'où il ſuit que celui des héritiers qui y a manqué, & par le fait & la faute duquel la choſe eſt périe, doit être tenu pour le total. Suivant ces principes, ſi quelqu'un s'eſt obligé envers moi à me laiſſer jouir d'un héritage, ſoit par un bail à ferme qu'il m'en a fait, ſoit par la vente qu'il m'a faite d'un droit d'uſufruit de cet héritage, & qu'il ait laiſſé quatre héritiers ; ſi l'un des héritiers, ſans aucun droit qu'il ait 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 & intérêts, & 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 & paſſe par conſéquent à chacun des héritiers pour le total, & l'héritier qui y contrevient doit être tenu des dommages & intérêts pour le total.

Delà cette maxime, qu'un héritier ne peut être, à la vérité, poursuivi pour une dette divisible, que pour la part pour laquelle il est héritier, lorsqu'il n'est poursuivi qu'en sa seule qualité d'héritier & pour le fait du défunt, mais qu'il peut être poursuivi pour le total, lorsqu'il est poursuivi pour son propre fait : *Multum refert unum heredum debitoris teneri secundariâ obligatione ut heredem tantùm ; id est ex facto vel non facto defuncti tantùm ; an verò ut ipsum, id est ex suo facto proprio vel non facto*, Molin. p. 3, n. 5.

305. A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait, ni faute de leur part à la perte de la chose dûe, ils sont libérés; car cet héritier est tenu de la dette comme le défunt en étoit tenu, le défunt auroit 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 & sans la sienne propre : l'héritier est bien tenu des faits du défunt, puisqu'il succede aux obligations du défunt, mais il n'est pas tenu du fait de ses cohéritiers : c'est ce qui est décidé par les loix 9 & 10, ff. *depos. in depositi actione, si de facto defuncti agatur, adversùs unum ex pluribus heredibus pro parte hereditaria agere debeo ; si verò ex suo delicto, pro parte non*

ago ; meritò quia æſtimatio refertur ad dolum quem in ſolidum ipſe admiſit, nec adversùs coheredes qui dolo carent actio competit. Paul décide la même choſe pour le prêt à uſage, *l.* 17, §. 2, *commod. Molin. p.* 3, *n.* 439 *&* 440.

Que ſi on avoit 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, & 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 qui eſt conditionnelle, & a pour condition l'inexécution de la premiere ; les héritiers du défunt ont chacun pour 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 premiere obligation ne ſeroit pas exécutée, ſoit par le fait ou la faute du défunt, ſoit par celle de quelqu'un de ſes héritiers, ſauf leur recours contre celui de leurs cohéritiers par le fait de qui la choſe a péri ; c'eſt ce qu'enſeigne Dumoulin qui dit que les cohéritiers de celui par le fait de qui la

chose est périe, sont tenus en ce cas de la peine, *non immediatè ex facto & culpâ dolosi, sed ejus occasione & tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti quæ in eos sub eâ conditione descendit.* Molin. d. n. 440.

C'est de cas qu'entend parler Paul en la loi 44, §. 5, ff. *fam. erc.* lorsqu'il dit : *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tanquàm 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 rejailliſſe sur ses cohéritiers, il faut qu'il y ait une seconde convention expresse, par laquelle le défunt se soit obligé au paiement d'une certaine peine, en cas d'inexécution de l'obligation principale, ou par laquelle il se soit obligé aux dommages & intérêts, en cas de contravention par lui *ou ses héritiers* ; mais il ne suffit pas pour cela qu'il soit dit à la fin de l'acte, que toutes les parties se sont obligées à tout le contenu de l'acte, à peine de tous dépens, dommages & intérêts ; car cette clause ne contient pas une seconde obligation : *Hæc clausula nihil novi addit, cùm sit ex stylo communi ad confirmandum tantum, secundùm materiam subjectam, & 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 ſouſentendre une ſeconde convention tacite acceſſoire de la premiere, par laquelle le débiteur s'engage aux dommages & 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 étoit 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 & intérêts réſultans de ſa contravention, ce n'eſt pas en vertu d'aucune ſeconde convention qu'on doive ſuppoſer, par laquelle il ſe ſeroit obligé à ces dommages & intérêts ; c'eſt uniquement parce que cette obligation des dommages & intérêts, eſt renfermée dans l'obligation principale, & que cette obligation principale *ex propriâ naturâ* ſe convertit contre le contrevenant en une obligation de dommages & 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 & intérêts ;

ces héritiers étant bien tenus des faits du défunt qu'ils repréſentent, & de leur propre fait, mais n'étant point tenus des faits de leur cohéritier, comme il a déja été ci-deſſus obſervé.

306. Lorſque la choſe eſt périe par le fait ou le dol de pluſieurs d'entre les héritiers, chacun d'eux en eſt tenu ſolidairement, *nec enim*, dit Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet conſortem.*

Si néanmoins ces héritiers avoient chacun par un fait particulier perdu ou diverti différentes parties de la choſe dûe, chacun ne ſeroit tenu que de la perte ou divertiſſement de cette partie; car en ce cas, *unuſquiſque non inſolidum, ſed in parte duntaxat dolum admiſit*; 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 diviſerunt decem millia, quæ apud defunctum fuerant, & quina millia ſinguli abſtulerint, & 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 premiere eſpece de la loi 22, qu'il eſt dit, *ſi uterque ſolvendo eſt*; car ſi l'un des deux héritiers

étoit insolvable, celui des deux qui auroit été solvable, auroit 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 étoit une obligation divisible, l'obligation accessoire de la garder & de la conserver avec bonne foi, étoit une obligation indivisible, dont chacun d'eux étoit tenu pour le total, & à laquelle il 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 sixieme 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 pour chacun leur part.

308. Il résulte de toutes ces modifications que *aliud est unum ex pluribus sive principalibus sive heredibus teneri in solidum, aliud obligationem esse individuam.* C'est la

troiſieme des clefs de Dumoulin, *part.* 3, *n.* 112.

309. Hors ces cas, chaque héritier du débiteur n'eſt tenu des dettes diviſibles que pour la part dont il eſt héritier; & il n'eſt pas même tenu ſubſidiairement du ſurplus, en cas d'inſolvabilité de ſes cohéritiers: la loi 2, *cod. de hered. act.* qui décide que chaque héritier n'eſt tenu des dettes du défunt que pour ſa part, ne diſtingue point ſi tous les héritiers ſont ſolvables ou non. Cela eſt pris même de l'idée d'héritier; un héritier eſt celui qui ſuccede aux droits actifs & paſſifs, c'eſt-à-dire, aux dettes & obligations du défunt; celui qui n'eſt héritier que pour partie, n'y ſuccede que pour cette partie; il n'en eſt donc tenu que pour cette partie; l'inſolvabilité de ſes cohéritiers qui ſurvient, ne le rend pas ſucceſſeur pour le total aux droits du défunt, il ne l'eſt toujours que pour ſa part, & par conſéquent il ne doit être tenu des dettes que pour ſa part.

On oppoſe que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittées pour le total, ſur les biens que retient cet héritier en partie. La réponſe eſt que l'univerſalité totale des biens eſt chargée du total des dettes; mais les portions de cette univerſalité ne ſont chargées que d'une pareille portion des det-

tes : on insiste & on dit, si le débiteur avoit dissipé la moitié de ses biens, l'autre moitié qui lui resteroit, seroit chargée du total des dettes; donc lorsque l'un des héritiers du débiteur a dissipé sa moitié, l'autre moitié qui appartient à l'autre héritier doit pareillement être chargée du total des dettes ; je nie la conséquence. Lorsque le débiteur a dissipé la moitié de ses biens, ce qui lui reste est le total des biens de la personne obligée au total de la dette; & par conséqnent le total des dettes est une charge de ce qui reste des biens; mais lorsque mon cohéritier a dissipé la moitié qui lui est échue, celle que j'ai n'est toujours que la portion d'un héritier pour moitié, qui n'est tenu personnellement des dettes que pour cette moitié; cette portion ne doit donc être chargée que de la moitié des dettes. On insiste encore, & on dit que le créancier ne doit pas souffrir de la multiplicité des héritiers, que son débiteur laisse; donc la dissipation de la moitié de ces biens que fait l'un des héritiers, ne doit pas lui faire perdre la moitié de sa dette; puisque si le débiteur ou l'unique héritier du débiteur eût perdu cette moitié de biens, le créancier ne perdroit rien de sa dette ; la réponse est, que ce n'est qu'*ex accidenti* que le créancier souffre en ce cas de la mul-

plicité des héritiers qu'a laiſſé le débiteur, il pouvoit n'en pas ſouffrir en arrêtant les biens de la ſucceſſion avant le partage, ou en veillant à ſe faire payer.

Cette déciſion, que l'héritier pour partie n'eſt pas tenu des dettes pour les portions de ſes cohéritiers devenus inſolvables, quand même ſa portion ſeroit plus que ſuffiſante pour payer le total, étant tirée des principes de la raiſon naturelle, & de la nature même de la qûalité d'héritier, elle doit avoir lieu dans le for de la conſcience, auſſi-bien que dans le for extérieur, *Molin. part.* 2, *n.* 82.

310. Ce principe, qu'un héritier n'eſt pas tenu de l'inſolvabilité de ſes cohéritiers, reçoit pluſieurs exceptions. La premiere, qui ne ſouffre pas de difficulté, eſt lorſque c'eſt par le dol & le fait d'un héritier que le créancier n'a pu ſe faire payer par les autres héritiers devenus inſolvables, *putà* parce que cet héritier s'eſt fait paſſer pour le ſeul héritier, *Molin. ibid. n.* 85, *in fine.*

Dumoulin apporte pour ſecond cas d'exception, celui auquel un pere laiſſeroit pour héritiers deux enfans, dont l'un auroit diſſipé d'avance ce qu'il auroit reçu en avancement de ſa ſucceſſion, & auquel au moyen de ce qu'il eſt tenu de la précompter ſur ſa part, il ſeroit revenu beaucoup

moins dans l'actif des biens délaissés par le pere, que n'est la part des dettes de cette succession dont il est tenu en se portant héritier ; l'autre enfant doit répondre en ce cas envers les créanciers de la succession, de la part des dettes dont est tenu son frere insolvable, quoique les créanciers n'aient pas eu la précaution d'arrêter les biens de la succession avant le partage ; la raison est que cet enfant ayant recueilli presque tout l'actif des biens délaissés par le défunt, au moyen de ce que son frere a été tenu de précompter ce qu'il avoit reçu du vivant du pere commun, il est juste qu'il ne profite pas aux dépens des créanciers de la succession, de ce que son frere s'est mal-à-propos porté héritier ; il y a lieu en ce cas de présumer une collusion entre les deux freres, & que c'est dans la vue de se décharger d'une portion des dettes, & d'en frauder les créanciers, qu'il a engagé son frere insolvable à se porter héritier : *Hoc est injustum*, dit Dumoulin, *nec suspicione collusionis vacat.* ibid. n. 93, in fine.

Cet Auteur, *n.* 92, apporte pour troisieme exception le cas auquel le créancier auroit fait un prêt au défunt qui auroit été la cause de la fortune du défunt ; en ce cas l'héritier solvable étant en quelque façon redevable au créancier de ce qu'il

recueille pour sa part une succession opulente, ne doit pas laisser perdre au créancier la part de cette créance dont est tenu son cohéritier insolvable ; cette décision de Dumoulin souffre difficulté : j'avoue que la gratitude exige cela ; mais la gratitude ne forme que des obligations imparfaites qui n'obligent pas dans le for extérieur.

§. III.

Du second effet de la division de la dette qui consiste en ce qu'elle peut être payée par parties.

311. Nous avons vu qu'un des effets de la division de la dette, soit que ce fût du côté du créancier, soit que ce fût du côté du débiteur qu'elle fût arrivée, étoit que le paiement de la dette pouvoit se faire par parties ; sçavoir pour les parties qui sont dûes à chacun des héritiers du créancier, & pour celles dûes par chacun des héritiers du débiteur ; ce principe a aussi ses exceptions & ses modifications, *non propter individuitatem obligationis, sed propter incongruitatem solutionis*, dit Dumoulin, c'est-à-dire, non parce que le paiement partiel d'une obligation divisible ne soit pas toujours absolument parlant possible ; car puisque la chose dûe a des par-

ties, c'eſt une conſéquence néceſſaire qu'elle puiſſe être payée par parties ; mais ſi le paiement de ces obligations ne doit pas quelquefois ſe faire par parties, c'eſt parce que le paiement partiel n'eſt pas toujours équitable ; *aliud quippe individuitas obligationis, aliud incongruitas ſolutionis*, c'eſt la quatrieme des clefs de Dumoulin, *p.* 3, *n.* 112.

312. Le premier cas auquel le paiement partiel d'une dette quoique diviſible, n'eſt pas valable, eſt le cas des dettes alternatives, ou de choſes indéterminées : par exemple, ſi celui qui eſt débiteur *d'une telle maiſon, ou d'une ſomme de dix mille livres* laiſſe deux héritiers, l'un des héritiers ne ſera pas admis à payer la moitié d'une de ces deux choſes, juſqu'à ce que l'autre héritier paie auſſi l'autre moitié de la même choſe ; car ſi l'un des héritiers ayant payé la moitié, par exemple, de la maiſon, l'autre vouloit payer la moitié de la ſomme, il en réſulteroit un préjudice au créancier qui doit recevoir en paiement l'une des deux choſes entieres, & non pas deux moitiés de deux différentes choſes. Par cette même raiſon, quand même le créancier auroit volontairement reçu la moitié de l'une des deux choſes, *putà* la moitié de la ſomme, ce paiement ne recevra ſa per-

tion ou depuis; on pourroit néanmoins douter si cette convention est valable; parce que la loi 56, §. 1, *de verb. oblig.* décide qu'une personne ne peut en contractant faire qu'un de ses héritiers soit obligé à sa dette pour une plus grande part que celle pour laquelle il sera héritier: *Te & Titium heredem tuum decem daturum spondes: Titii persona supervacuè comprehensa est; sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus*, c'est-à-dire, qu'il sera tenu nonobstant cette clause de la stipulation, pour la part seulement dont il sera héritier; & la raison est que n'étant héritier du contractant que pour cette part, & étant par conséquent étranger à l'égard des autres parts, il n'a pu être obligé pour les autres parts par la promesse du contractant, suivant le principe de Droit, que *nemo nisi de se promittere potest, non de extraneo.*

Nonobstant cela, Dumoulin décide avec raison qu'on peut valablement convenir qu'une dette ne pourra être acquittée par parties par les différens héritiers du débiteur, & il remarque fort bien que cette convention est bien différente de l'espece de la loi ci-dessus rapportée, laquelle tombe sur la substance même de l'obligation; au lieu que cette convention ne

concerne que la maniere dont le paiement s'en fera, *non concernit ſubſtantiam obligationis, ſed modum; undè quemadmodum poteſt in præjudicium heredum determinari locus & tempus ſolutionis, ita & modus*, Molin. ibid. part. 2, n. 30, & 31. Cette convention n'empêche pas que l'un des héritiers du débiteur ne ſoit tenu que pour ſa part de la dette; mais l'effet eſt qu'il ne peut faire le paiement que de la choſe entiere conjointement avec ſes cohéritiers, de maniere que les offres qu'il feroit de donner ſa part, ſeroient inſuffiſantes pour ſatisfaire même pour ſa part à l'obligation dont il eſt tenu, ſi ſes cohéritiers n'offrent également la leur. *Voyez infrà, n.* 316.

314. Cette convention que la dette ne pourra être payée par parties, empêche bien que les héritiers du débiteur ne la puiſſent payer par parties; mais elle n'empêche pas qu'elle ne puiſſe être payée par parties aux différens héritiers du créancier.

Le débiteur ne peut même valablement payer à chacun d'eux que ſa part; & s'il payoit le total à l'un d'eux, il ne ſeroit pas libéré envers les autres.

Néanmoins on peut auſſi convenir que l'un des héritiers du créancier pourra exiger le total, & qu'on pourra lui payer

le total ; auquel cas le paiement qui lui eſt fait, libere le débiteur envers tous les héritiers du créancier, dont celui à qui le paiement eſt fait, eſt comme le prépoſé pour leurs parts, ou comme *adjectus ſolutionis gratiâ*, Molin. ibid. n. 33.

315. Le troiſieme cas auquel la dette, quoique diviſée entre les héritiers du débiteur, ne doit point s'acquitter par parties, eſt lorſque, ſans qu'il y ait de convention, il réſulte de la nature de l'engagement, ou de la choſe qui en fait l'objet, ou de la fin que l'on s'eſt propoſée dans le contrat, que l'eſprit des contractans a effectivement été, que la dette ne pût s'acquitter par parties ; cela ſe préſume facilement, lorſque la choſe qui fait l'objet de la convention eſt ſuſceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, & eſt par conſéquent diviſible, mais ne peut être diviſée en parties réelles. *Molin. p.* 3, *n.* 223.

Cela ſe préſume même à l'égard des choſes qui peuvent ſe partager en parties réelles, lorſqu'elles ne peuvent l'être ſans qu'il en réſulte un préjudice au créancier.

Par exemple, ſi j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage, quoique cet héritage ſoit ſuſceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me

l'a vendu ou donné à ferme ne ſeroit pas reçu à m'offrir ſa part indiviſée ou diviſée de cet héritage, pour s'acquitter envers moi de ſon obligation, ſi ſes cohéritiers n'étoient prêts auſſi de leur part à me délivrer les leurs; parce que la diviſion de cet héritage me porteroit préjudice; je ne l'ai acheté ou pris à ferme, que pour l'avoir en total, ou pour en jouir en total, & je n'en aurois pas acheté, ni pris à ferme une partie.

La fin que les contractans ſe ſont propoſée peut auſſi empêcher le paiement partiel, même des dettes d'une ſomme d'argent. Par exemple, ſi par une tranſaction vous vous êtes obligé à me payer une ſomme de mille écus, avec déclaration que c'eſt pour me tirer de priſon où j'étois détenu pour ladite ſomme par un créancier, & que peu après vous ſoyez mort laiſſant quatre héritiers, un de ces héritiers ne ſera pas reçu à m'offrir ſéparément le quart de ladite ſomme, qui ne peut me procurer la main-levée de ma perſonne, qui a été l'objet du contrat, & que je ne pourrois pas conſerver ſûrement en priſon, en attendant le paiement du ſurplus, *Molin. p.* 2, *n.* 40.

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 feroit à l'un d'eux de lui payer le total, ne seroit pas valable, & ne le mettroit 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, & ne puisse être poursuivi pour le total ; néanmoins l'indivision de paiement empêche qu'il puisse valablement offrir la part dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en même temps par ses cohéritiers ; c'est pourquoi de telles offres partielles, non-seulement ne mettent pas le créancier en demeure de recevoir, & 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 avoit été auparavant mis en demeure par une demande donnée contre tous les héritiers, ces offres imparfaites ne purgeroient pas sa demeure, & n'empêcheroient 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, p. 2, n. 243.*

Observez qu'une rente constituée, qui n'est point accompagnée d'hypotheque, se divise

diviſe entre les héritiers du débiteur comme les autres dettes, chacun des héritiers n'eſt tenu de la continuer, & d'en payer les arrérages que pour 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, *ch. 7. art. 3. Voyez Dumoulin, tract. de div. & ind. p. 2, n. 207, 209, & p. 3, n. 23, & ſeq.*

§. IV.

Du cas auquel la diviſion de la dette ſe fait, tant de la part du créancier, que du débiteur.

317. Lorſque la dette a ſouffert diviſion tant de la part du créancier, que de la part du débiteur ; *putà* ſi le créancier a laiſſé quatre héritiers, & que le débiteur en ait pareillement laiſſé quatre ; chacun des héritiers du débiteur, qui par la diviſion qui eſt arrivée du côté du débiteur n'eſt tenu que du quart de la dette, peut payer diviſement, & 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 payera à chacun d'eux le quart du quart qui eſt un ſeizieme au total.

§. V.

Si la réunion des portions, soit des héritiers du créancier, soit des héritiers du débiteur, en une seule personne, fait cesser la faculté de payer la dette par parties.

318. La décision de cette question dépend d'un principe qui est que la division de la dette qui se fait par la mort du créancier ou du débiteur qui laisse plusieurs héritiers, ne fait pas d'une dette plusieurs dettes; mais elle assigne seulement à chacun des héritiers, soit du créancier, soit du débiteur, des portions dans cette dette, qui n'avoit pas de portions auparavant, mais qui en étoit susceptible; c'est en cela seul que consiste cette division; il n'y a toujours qu'une seule dette, *unum debitum*: la loi 9. *ff. de pactis*, le dit en termes formels: effectivement, les différens héritiers du créancier ne sont créanciers que de celle qui a été contractée envers le défunt; les différens héritiers du débiteur ne sont débiteurs que de celle qui a été contractée par le défunt. Il n'y a donc toujours qu'une dette; mais (& c'est en cela que consiste la division) cette dette qui étoit indivisée, & ne contenoit aucunes portions, tant qu'il n'y avoit

qu'une perſonne qui fût débiteur, & une ſeule qui fût créancier, ſe trouve avoir des portions, & être due par portions, ſoit à chacun des héritiers du créancier, ſoit par chacun des héritiers du débiteur.

De ce principe naît la déciſion de la queſtion. Les portions de la dette dans leſquelles conſiſte la diviſion de cette dette, étant produites par la multiplicité des perſonnes à qui la dette eſt due, lorſque le créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, ou par la multiplicité des perſonnes par qui la dette eſt due, lorſque le débiteur en a laiſſé pluſieurs ; il s'enſuit que lorſque cette multiplicité de perſonnes ceſſe, il ceſſe d'y avoir des parties dans la dette ; *ceſſante cauſâ ceſſat effectus* ; & par conſéquent la diviſion de la dette ceſſe, & elle ceſſe de pouvoir être payée par portions.

Si donc un débiteur ou un créancier a laiſſé pluſieurs héritiers, & que le ſurvivant des héritiers ait été lui-même ſeul héritier de tous les prédécédés, la dette ceſſera de pouvoir être payée par portions, parce que ne ſe trouvant plus qu'un ſeul créancier & un ſeul débiteur de la dette, il n'y a plus de portions dans la dette.

En vain dit-on que le débiteur ayant une fois acquis le droit de payer par portions, lorſque le créancier a laiſſé pluſieurs

héritiers, il ne peut plus le perdre ; que l'obligation en laquelle chacun des héritiers du créancier étoit de recevoir sa portion séparément, doit passer au survivant qui a succédé à toutes les obligations des prédécédés ; car cela seroit vrai si cette faculté de payer par portions étoit intrinseque à l'obligation, & n'étoit pas au contraire uniquement dépendante de la circonstance extrinseque de la multiplicité des personnes à qui ou par qui la dette est due, laquelle circonstance cessante, son effet doit cesser. *Voyez Dumoulin, p.* 2, *n.* 18, *& seq.*

Cette décision n'a pas lieu, lorsque le dernier survivant de plusieurs héritiers du débiteur a recueilli, à la vérité, les successions des prédécédés, mais sous bénéfice d'inventaire ; car ce bénéfice empêchant la confusion des patrimoines des successions ; & de celui de l'héritier bénéficiaire, empêche aussi la réunion des portions de la dette ; le survivant doit séparément & diversement la portion dont il est tenu de la dette de son chef, & celle dont il est tenu comme héritier bénéficiaire des prédécédés, puisqu'il est tenu de l'une sur ses propres biens, & qu'il n'est tenu des autres que sur les biens des successions bénéficiaires des prédécédés : or étant tenu séparément & diversement de ces diffé-

rentes portions de la dette, c'eſt une conſéquence naturelle qu'il a droit de les acquitter ſéparément ; c'eſt l'avis de Dumoulin, *p.* 2, *n.* 22.

319. La réunion des portions des héritiers du créancier en une ſeule perſonne fait ceſſer la faculté de payer par portions, de quelque maniere que cette réunion ſe faſſe, non-ſeulement lorſque l'un de ces héritiers eſt devenu héritier de tous les autres, mais auſſi lorſqu'il a acquis par ceſſion les droits de tous les autres.

Quid, s'il n'y avoit point de ceſſion, l'un des héritiers qui auroit ſeulement la procuration de tous les autres cohéritiers pour exiger la dette, ou même un tiers qui auroit cette procuration de tous, pourroit-il refuſer le paiement d'une portion ? Il ſemble qu'il ne le peut, car il n'y a point en ce cas de réunion ; il y a effectivement pluſieurs perſonnes à qui la dette eſt due, pour la portion de chacune d'elles, & par conſéquent il ſemble qu'elle peut ſe payer par portions : nonobſtant cette raiſon, Dumoulin, *p.* 2, *n.* 25, décide que ce Procureur de tous les héritiers peut refuſer de recevoir le paiement de la dette par portions ; la raiſon eſt, que de même que lorſque la dette ſe diviſe entre les héritiers du débiteur, cette diviſion ſe fait pour

l'intérêt de ces héritiers, afin qu'ils ne ſoient tenus chacun de la dette, que pour leur portion héréditaire, & qu'ils puiſſent s'en libérer en payant cette portion; de même lorſque la dette ſe diviſe entre les héritiers du créancier, la diviſion ne ſe fait en ce cas qu'en faveur & pour l'intérêt des héritiers du créancier, afin que chacun d'eux n'ait pas beſoin d'attendre ſes cohéritiers, pour exiger & recevoir ſa portion; ces cohéritiers du créancier peuvent donc ne pas uſer du droit qu'opere cette diviſion de la dette, qui n'eſt qu'en leur faveur, ſuivant cette maxime de droit que *unicuique liberum eſt juri in favorem ſuum introducto renuntiare;* & par conſéquent celui qui a la procuration de tous les héritiers peut refuſer de recevoir la dette par portions.

320. Tout ce que nous avons dit juſqu'à préſent a lieu, lorſque les portions de pluſieurs héritiers d'un ſeul créancier ou d'un ſeul débiteur ſe réuniſſent en une même perſonne; il faut décider autrement lorſqu'une dette a d'abord été contractée envers deux créanciers ou par deux débiteurs, ſans ſolidité & pour chacun leur portion; en ce cas, il y a deux dettes vraiment diſtinctes & ſéparées, & elles ne ceſſent pas de l'être, quoique l'un des deux créanciers ou l'un des deux débiteurs

ait ſuccédé à l'autre ; c'eſt pourquoi le paiement continue de pouvoir s'en faire ſéparément., *Molin. ibid. n.* 29.

§. VI.

Différence entre la dette de pluſieurs corps certains, & celle de pluſieurs choſes indéterminées, touchant la maniere dont elles ſe diviſent.

321. Lorſque la dette eſt de pluſieurs corps certains & déterminés, *putà* d'un tel arpent de terre, & d'un tel autre arpent, & que la dette vient à ſe diviſer, *putà* par la mort du créancier qui a laiſſé deux héritiers ; la diviſion ſe fait *in partes ſingularum rerum* ; le débiteur ne doit pas l'un des deux arpens à l'un des héritiers, & l'autre arpent à l'autre héritier ; mais il doit à chacun des héritiers, la moitié dans l'un & dans l'autre arpent, ſauf à ces héritiers à les partager entr'eux.

Il en eſt autrement lorſque la dette eſt de deux choſes indéterminées ; *putà* ſi dans l'eſpece propoſée un débiteur eût dû, non pas un tel arpent, mais deux arpens indéterminément ; en ce cas, il devroit à chacun des héritiers du créancier un arpent, & non pas la moitié de deux arpens ; la diviſion ne ſe fait pas *in partes*

ſingularum rerum, mais numéralement; *numero dividitur obligatio.* C'eſt la déciſion des loix 54. *ff. de verb. obl. l.* 29, *ff. de ſolut.*

ARTICLE III.

De la nature & des effets des Obligations individuelles.

§. I.

Principes généraux ſur la nature de Obligations individuelles.

322. L'obligation individuelle étant l'obligation d'une choſe ou d'un fait qui n'eſt pas ſuſceptible de parties ni réelles ni intellectuelles; c'eſt une conſéquence néceſſaire que lorſque deux ou pluſieurs perſonnes ont contracté une dette de cette eſpece, quoiqu'elles ne l'aient pas contractée ſolidairement, *& 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 differe 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, & qui fait que chacun des héritiers du débiteur, eſt débiteur pour le total; au contraire, la ſolidité venant du fait des perſonnes qui ſe ſont obligées chacune pour le total; cette ſolidité eſt une qualité perſonnelle, qui n'empêche pas que cette obligation ſolidaire ne ſe diviſe entre les héritiers de chacun des débiteurs ſolidaires, qui l'ont contractée, & entre les héritiers du créancier envers qui elle a été contractée; c'eſt ce qu'explique parfaitement Dumoulin avec ſon énergie or-

dinaire ; *in correis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, & non transit in heredes 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 & rei debitæ adheret, & transit ad heredes, & in singulorum heredum heredes singulos in solidum*, p. 2, n. 222.

324. De-là naît une autre différence, entre l'indivisibilité & la solidité ; celle-ci ne procédant pas de la qualité de la chose due ; mais du fait personnel des co-débiteurs qui ont contracté chacun, toute l'obligation ; non-seulement ils 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'étoient de la primitive. Par exemple, si deux Entrepreneurs se sont obligés envers moi solidairement, à me construire une maison dans un certain temps ; en cas d'inexécution de cette obligation primitive, ils seront tenus chacun solidairement, de l'obligation des dommages & intérêts, en laquelle l'obligation primitive s'est convertie.

Au contraire, lorſque l'obligation n'eſt pas ſolidaire, mais indiviſible; comme lorſque pluſieurs perſonnes ſe ſont obligées ſans ſolidité à quelque choſe d'indiviſible; en ce cas l'indiviſibilité ne procédant que de la qualité de la choſe due qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, les débiteurs d'une telle obligation ſont, à la vérité, chacun débiteurs du total, ne pouvant pas être débiteurs de parties d'une choſe qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, *ſinguli ſolidum debent*; mais ne s'étant pas obligés ſolidairement, *non debent totaliter; aliud eſt*, dit Dumoulin, *p.* 3, *n.* 112. *quem teneri ad totum aliud totaliter*; n'étant débiteurs pour le total, qu'à cauſe de la qualité de la choſe due, qui n'eſt pas ſuſceptible de parties, ſi l'obligation primitive vient à ſe convertir en l'obligation ſecondaire d'une choſe diviſible, ces débiteurs n'en ſeront tenus chacun que pour leur part. Par exemple, ſi deux Entrepreneurs ſe ſont ſans ſolidité obligés envers moi à me conſtruire une maiſon; quoiqu'ils ſoient tenus chacun pour le total de l'obligation primitive, parce qu'elle a pour objet un fait qui n'eſt pas ſuſceptible de parties; néanmoins en cas d'inexécution de cette obligation, ils ne ſeront tenus chacun que pour leur portion, de l'obligation ſecondaire des dommages &

intérêts, en laquelle l'obligation primitive s'eſt convertie, parce que ces dommages & intérêts conſiſtent dans une ſomme d'argent qui eſt diviſible : il réſulte de-là que *longè aliud eſt plures teneri ad idem in ſolidum, & aliud obligationem eſſe individuam*, c'eſt encore une clef de Dumoulin, *ibid.*

Il faut dire la même choſe à l'égard de pluſieurs créanciers, ou de pluſieurs héritiers d'un créancier d'une choſe indiviſible ; ils ſont créanciers du total *ſingulis ſolidum debetur*, mais ils ne le ſont pas *totaliter* comme le ſont des créanciers ſolidaires qu'on appelle *correi credendi* ; & *aliud eſt pluribus deberi idem in ſolidum, aliud obligationem eſſe individuam.* Tout ceci va s'éclaircir *in decurſu* dans les paragraphes ſuivans.

225. De ce principe qu'*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 legs d'un droit de ſervitude ſur mon héritage ; qu'il ne reſte dans ſa ſucceſſion, toutes charges acquittées, que la ſomme de deux cens livres, & que ce droit de ſervitude ſoit de valeur de trois cens livres ; quoique ce legs & l'obligation qui en réſulte ſoient indiviſibles, le droit de ſervitude qui en

fait l'objet étant indiviſible ; néanmoins comme je ne ſuis pas tenu de cette obligation *totaliter*, mais ſeulement juſqu'à concurrence des deux cents livres, qui reſtent de net dans la ſucceſſion ; ce legs & cette obligation, quoiqu'indiviſibles, ſouffriront retranchement, non pas à la vérité par rapport à la choſe même qui eſt léguée, & 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 cens livres, juſqu'à concurrence de laquelle ſeulement je ſuis tenu du legs. *Arg. l.* 76, *ff. de leg.* 2°.

§. II.

De l'effet de l'indiviſibilité de l'Obligation in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du créancier.*

326. Lorſque l'obligation eſt indiviſible, chaque héritier du créancier étant créancier de toute la choſe, il en réſulte que chacun des héritiers peut donner la demande pour toute la choſe contre le débiteur.

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 quelqu'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 & intérêts, il ne pourra l'être envers cet héritier, que pour la part dont il eſt héritier; car quoique créancier de toute la choſe, il n'en eſt néanmoins créancier que comme mon héritier pour partie; s'il a droit de demander toute la choſe, c'eſt que la choſe ne peut être demandée pour partie, n'en étant pas ſuſceptible; mais l'obligation de cette choſe indiviſible, ſe convertiſſant par l'inexécution, en une obligation de dommages & intérêts

laquelle eſt diviſible, mon héritier pour partie ne peut prétendre dans leſdits dommages & 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 différens 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 & 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 pourroit un créancier ſolidaire, *l.* 13, §. 12. *ff. de accept.*

C'eſt pourquoi ſi le créancier d'une dette indiviſible a laiſſé deux héritiers, & que l'un d'eux a 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 entiere, 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, & 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 ſuffiroit 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, & 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. & ind. p. 3. n. 189. ſtipulator ſervitutis reliquit duos heredes quorum unus accepto fecit promiſſori.... debet alteri heredum totam ſervitutem ſed non totaliter, utpote deducendâ æſtimatione dimidiæ partis.... ſed cujus eſt electio ? breviter dico creditoris, videlicet alterius heredis, quia coheres etiam vendendo & 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 entiere, 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 auroit été contractée.

§. III.

De l'effet des Obligations indiviſibles in dando aut in faciendo, *par rapport aux héritiers du débiteur.*

330. Lorſque la dette eſt indiviſible, chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la choſe entiere, il en réſulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la choſe entiere; mais comme il n'en eſt pas débiteur *totaliter*, qu'il ne l'eſt que comme héritier en partie du débiteur, & conjointement avec ſes cohéritiers, il ſuit de là qu'étant aſſigné, il peut demander un délai pour appeller & mettre en cauſe ſes cohéritiers, & qu'il ne doit être condamné ſeul, que faute par lui de les avoir appellés en cauſe. Dumoulin fonde cette déciſion ſur la loi 11, §. 23, *ff. de leg.* 3°. *Si in opere civitatis faciendo relictum ſit, unumquemque heredem in ſolidum teneri D. Marcus & Verus Proculæ reſcripſerunt; tempus tamen coheredi Proculæ, quem Procula vocari deſideravit, ut ſecum curaret opus fieri, præſtiterunt, intrà quod mittat ad opus faciendum, poſtquam ſolam Proculam volue-*

runt facere, imputaturam sumptum cohæredi. Dumoulin, *p.* 3, *n.* 90, & 104, & *p.* 2, *n.* 469, & *seq.*

En cela ces cohéritiers sont différens des coobligés solidairement, qu'on appelle, *Correi debendi*, lesquels doivent chacun *totam rem & totaliter*, & ne sont pas reçus par conséquent (si ce n'est par grace qui, à la vérité, s'accorde toujours) à demander délai pour mettre leurs coobligés en cause, mais sont obligés de payer aussitôt qu'ils sont interpellés, & ne peuvent demander autre chose au créancier, que la cession de ses actions contre leurs coobligés, lorsqu'ils l'auront payé. Dumoulin établit cette différence, *p.* 3, *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, & qu'il y a un héritier pour une plus grande partie; *putà* si dans les Coutumes d'Anjou, de Touraine & autres semblables, le créancier assignoit un puîné qui n'est héritier que pour une petite partie, l'aîné noble étant héritier principal; en ce cas l'héritier assigné non-seulement peut demander délai pour assigner ses cohéritiers; mais il peut demander que ce soit le créancier lui-même, qui appelle en cause ce principal héritier, aux offres que le puîné fera de contribuer à ce qui est demandé. *Molin. ibid. n.* 105.

332. Au ſurplus, ſur l'effet de l'obligation indiviſible *in dando vel in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur, il faut diſtinguer avec Dumoulin trois cas; ou cette dette eſt de nature à ne pouvoir être acquittée que par le ſeul des héritiers du débiteur qui eſt aſſigné, ou elle eſt de nature à pouvoir être acquittée ſéparément, ſoit par celui qui eſt aſſigné, ſoit par chacun de ſes cohéritiers, ou elle eſt de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous conjointement.

On peut apporter pour exemple du premier cas, 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, & 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 cas, la dette d'une pareille servitude que le défunt se seroit 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, & qui de sa nature peut être acquittée séparément par chacun des héritiers du débiteur; car c'est une chose possible à chacun d'eux, ou moins *naturâ* de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage, sur lequel le défunt a promis à son créancier de lui faire avoir un droit de servitude: le créancier pourra donc demander ce droit de servitude pour le total à chacun des héritiers du débiteur, puisque ce droit étant indivisible, chacun d'eux est tenu de la dette pour le total; mais comme cet héritier, quoique débiteur de ce droit de servitude pour le total, n'en est pas néanmoins tenu *totaliter*, & qu'il en est tenu conjointement avec ses cohéritiers, il peut demander délai pour les mettre en cause, pour que lui & 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 & intérêts du créancier; y étant tous condamnés, ils n'en feront tenus que pour leurs parts, parce que cette obligation de dommages & intérêts est divisible.

Que s'il néglige d'appeller ſes cohéritiers, & 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; & à faute de ce, il ſera condamné ſeul aux dommages & intérêts, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers, *Molin. p.* 2, *n.* 175. car ayant négligé de les appeller 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, *& non tantum quaſi hæres.*

Obſervez que cette condamnation de dommages & intérêts doit avoir lieu, quand même les héritiers de celui qui a promis cette ſervitude, ſeroient prêts de l'acheter du propriétaire de l'héritage, ſur lequel le défunt a promis de la faire impoſer, & que ce propriétaire ne voudroit pas, à quelque prix que ce fût, l'accorder; car comme nous l'avons déja vu ailleurs, il ſuffit que ce qui a été promis ſoit en ſoi poſſible, quoiqu'il ne ſoit pas au pouvoir du défunt qui l'a promis, & de ſes héritiers, pour que l'obligation ſoit valable, & donne lieu par ſon inexécution à des dommages & 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'aurois contracté 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 chacun de mes héritiers, quoique débiteur de toute la construction de l'édifice, n'en est pas néanmoins débiteur solidaire, il a droit de requérir que ses cohéritiers soient mis en cause, & étant tous en cause, faute par eux de remplir l'obligation, ils seront condamnés aux dommages & intérêts, chacun seulement pour sa part héréditaire.

Au reste, ceux qui étoient prêts d'y concourir ne seront pas moins condamnés, que ceux qui refuseroient de le faire, sauf leurs recours entr'eux, parce que chacun d'eux est obligé à construire l'édifice entier, & que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire.

Que si l'un de mes héritiers assigné pour la construction entiere de l'édifice, ne faisoit pas mettre en cause ses cohéritiers, il pourroit être condamné seul aux dommages & 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 troisieme 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 indiqueroit; ſi cet homme, avant d'avoir accompli cette obligation, eſt mort, & a laiſſé pluſieurs héritiers, entre leſquels cet héritage eſt commun, l'obligation d'impoſer le droit de paſſage, à laquelle ils ſuccedent, eſt une obligation indiviſible, qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous leſdits héritiers, un droit de ſervitude ne pouvant être impoſé ſur un héritage, que par tous ceux qui en ſont les propriétaires. *L.* 2, *ff. de ſerv. L.* 18, *ff. comm. Præd.*

Dans le cas de cette eſpece d'obligation, ſi l'un des héritiers déclare qu'il eſt prêt, autant qu'il eſt en lui, d'accomplir l'obligation, & 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 & intérêts réſultans de l'inexécution; car celui qui offre n'eſt pas en demeure, *Molin. ibid. p.* 3, *n.* 95.

Que s'il y avoit eu une peine ſtipulée,

en cas d'inexécution de l'obligation, le coobligé ou le cohéritier qui n'avoit pas été en demeure ne laisseroit pas d'être sujet pour sa part à la peine, par la demeure de l'autre ; *non immediatè, sed ejus occasione, & tanquam ex conditionis eventu*, de même que dans les obligations divisibles, sauf son recours contre son coobligé.

335. Observez que la loi 25, §. 10, *ff. fam. erc.* ne contient rien de contraire à toutes les distinctions que nous avons faites jusqu'à présent ; car, comme le remarque Dumoulin, *p.* 3, *n.* 99, ce texte ne suppose pas que l'héritier pour partie du débiteur d'une chose indivisible soit toujours & 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 seroit tenu, *putà*, lorsqu'il s'est laissé condamner sans appeller ses cohéritiers qui en étoient tenus comme lui, il a contre eux l'action *familiæ erciscundæ*, pour s'en faire faire raison au partage.

§. VI.

De l'effet des Obligations indivisibles in non faciendo.

336. Lorsque quelqu'un s'est obligé envers

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, & qu'ils soient condamnés en ses dommages & intérêts, avec cette différence que celui qui a fait la contravention y doit être condamné pour le total, *quia non tenetur tantùm tanquam heres, sed tanquam ipse & ex facto proprio* ; & que les autres héritiers doivent être condamnés seulement pour la part pour laquelle ils sont héritiers, & sauf leur recours contre celui qui a fait la contravention, pour qu'il soit tenu à payer à leur décharge, ou à les indemniser s'ils ont été contraints de payer ; ils ne sont pas tenus solidairement comme celui qui a contrevenu, mais seulement pour leur part héréditaire, *quia tenentur tantùm ut 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 quominùs mihi ire agere liceat, & unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur & coheredes ejus, sed*

familiæ erciſcundæ repetent ab eo quod præſtiterint. Dumoulin, *p.* 3, *n.* 168. *& 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, & en cela les obligations *in non faciendo* different 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, & 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'avoit point d'action contre celui qui n'étoit point en demeure, mais ſeulement contre celui qui avoit refuſé.

La raiſon de différence eſt que c'eſt la demeure du débiteur qui donne lieu à l'action dans les obligations *in faciendo*; d'où il ſuit qu'elle ne peut avoir lieu contre celui qui eſt prêt, *quantùm in ſe eſt*, à remplir l'obligation, & 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 & ſes héritiers s'ab-

ſtiendroient, 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 ait lieu à l'action contre tous; on doit ſuppoſer que telle a été l'intention des contractans, parce qu'autrement celui envers qui le débiteur s'eſt obligé de ne pas faire quelque choſe n'auroit pas ſes ſûretés, & il arriveroit que ſouvent lorſqu'on auroit fait ce qu'il a été ſtipulé qu'on ne feroit pas, il ne pourroit agir contre perſonne, faute de ſçavoir qui l'auroit fait, n'étant pas ſouvent facile, lorſqu'une choſe eſt faite, de ſçavoir 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, *p.* 1, *n.* 27, donne aux héritiers, qui n'ont pas contrevenu, l'exception de diſcuſſion par laquelle ils peuvent obliger le créancier à diſcuter préalablement à leurs riſques, celui qui a contrevenu.

CHAPITRE V.

Des obligations pénales.

337. L'OBLIGATION pénale eſt, comme nous l'avons déja vu, celle qui naît de la clauſe d'une convention, par laquelle une perſonne, pour aſſurer l'exécution d'un premier engagement, s'engage par forme de peine à quelque choſe, en cas d'inexécution de cet engagement: par exemple, ſi vous m'avez prêté un cheval pour faire un voyage, que je me ſuis obligé de vous rendre ſain & ſauf, & de vous payer cinquante piſtoles, ſi je ne vous le rendois pas ſain & ſauf; cette obligation que je contracte de vous payer cinquante piſtoles, au cas que je ne vous le rende pas, eſt une obligation pénale.

Pour traiter cette matiere avec ordre, après avoir expoſé dans le premier article les principes généraux ſur la nature des obligations pénales, nous verrons dans le ſecond quand il y a ouverture à la peine. Nous examinerons dans le troiſieme, ſi le débiteur peut, en s'acquittant pour partie de ſon obligation, éviter la peine pour partie; nous diſcuterons dans le

quatrieme, ſi la peine eſt encourue pour le total & par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux; & dans le cinquieme, ſi la contravention faite envers l'un des héritiers du créancier, fait encourir la peine pour le total, & envers tous leſdits héritiers.

ARTICLE PREMIER.

De la nature des obligations pénales.

PREMIER PRINCIPE.

338. L'obligation pénale étant par ſa nature acceſſoire à une obligation primitive & principale, la nullité de celle-ci entraîne celle de l'obligation pénale; 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, & 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, 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 apprécia-ble ; *putà cùm quis alteri ſtipulatus eſt.* Nous avons vu ci-deſſus, *n.* 54, que cette obligation étoit nulle ; néanmoins l'obligation pénale, qui y eſt ajoutée eſt valable : *alteri ſtipulari nemo poteſt. .... Plàne ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſicut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei cujus nihil intereſt, &c.*

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 & 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.

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'avoit pas ſimplement intention de promettre le fait de ce tiers, mais de ſe faire fort de ce tiers ; & 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 avoit offenſé l'Evêque de Saint-Malo, avoit promis à l'Evêque que le Chanoine pendant quatre mois ne paroîtroit pas dans la ville, & s'étoit obligé à payer en cas de contravention une ſomme de 300 liv. Le cas étant arrivé, la conven-

tion fut jugée valable, & la peine encourue.

SECOND PRINCIPE.

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, & peut ſubſiſter ſans lui; c'eſt ce que décide la Loi 97, ff. *de verb. oblig. ſi ſtipulatus ſum te ſiſti, niſi ſtiteris hyppocentaurum dari, perinde erit atque ſi te ſiſti ſolummodo ſtipulatus eſſem*, & comme dit Paul en la loi 126, §. 3, *d. Tit. Detractâ primâ ſtipulatione prior manet utilis.*

TROISIEME PRINCIPE.

341. L'obligation pénale a pour fin d'aſſurer l'exécution de l'obligation principale.

De-là on doit conclure que la vue des contractans n'a point été d'éteindre ni de réſoudre par l'obligation pénale l'obligation principale, ni de la fondre dans l'obligation pénale, *L.* 122, §. 2. *ff. de verb. oblig.*

C'eſt pourquoi, quoiqu'il y ait eu ou

verture 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, *L.* 28, *ff. de act. empt. L.* 122, §. 2, *ff. de verb. oblig. & paſſim.*

C'eſt pourquoi lorſqu'en ſtipulant une certaine ſomme en cas d'inexécution d'une premiere obligation, l'intention des parties a été que dans le cas, auſſi-tôt que le débiteur auroit été mis en demeure de ſatisfaire à la premiere 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'étoit la premiere, dont les parties ont eu intention de faire novation : c'eſt de cette eſpece dont il eſt parlé dans la loi 44, §. *fin. ff. de obl. & act.*

Sur la queſtion de ſçavoir quand on doit eſtimer que les parties ont eu cette intention de faire novation. Voyez ce qui en eſt dit *infrà*, *p.* 3, *ch.* 2, *art.* 4, §. 2.

QUATRIEME PRINCIPE.

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 & 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, & 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 dédommageoit pas ſuffiſamment, il ne laiſſeroit pas, quoiqu'il ait perçu cette peine, de pouvoir demander les dommages & intérêts réſultans de l'inexécution de l'obligation principale, en imputant & tenant compte ſur leſdits dommages & intérêts, de la peine qu'il a déja perçue : c'eſt la déciſion des loix 28, *ff. de act. empt.* 41 & 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 & fixé elles-mêmes les dommages & intérêts, qui réſulteroient de l'inexécution de la conven-

tion, le créancier en demandant de plus gros dommages & intérêts, semble revenir contre une estimation qu'il a faite lui-même, en quoi il ne paroît pas recevable, à moins qu'il n'eût la preuve à la main, que le dommage par lui souffert, excede la peine convenue, comme dans cette espece; si un marchand m'a prêté sa voiture, à la charge que je la lui rendrois un certain jour, auquel il en auroit besoin pour mener ses marchandises à une certaine foire, à peine de trente 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 trente livres, s'il a la preuve à la main qu'il a été obligé d'en louer une pour cinquante livres, & que le prix commun des voitures, pour aller à cette foire, étoit de la somme de cinquante livres, dans le temps auquel je devois lui rendre la sienne.

343. De même que la clause pénale n'ôte point à celui qui a stipulé la peine, l'action qui naît de l'engagement principal, de même elle ne lui ôte point non plus les exceptions & fins de non-recevoir qui en pourroient résulter.

Par exemple, si je suis convenu avec un mineur devenu majeur, qu'il ne reviendroit point contre la vente d'un hé-

ritage qu'il m'a faite en minorité, & que j'aie ſtipulé de lui par forme de peine une certaine ſomme, au cas qu'il contrevînt à la convention; s'il vient par la ſuite à m'aſſigner en entérinement de e ttres 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 & la peine, & ce qui eſt renfermé dans l'engagement principal, ſi j'uſe de la fin de non-recevoir, & que je la faſſe déclarer non-recevable, je ne pourrai plus exiger de lui la peine que j'ai ſtipulée; & *vice versâ*, ſi j'ai exigé de lui la peine, je ne pourrai pas uſer de la fin de non-recevoir. C'eſt ce qui réſulte de la loi 10, §. 1, *ff. de pact.*

La déciſion de cette loi n'a rien de contraire à celle de la loi 122, §. 6, *ff. de verb. oblig.* rapportée *infrà en l'art. 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, & en vous faiſant en conſéquence déclarer non-recevable dans votre action, je me ſuis procuré la libération de cette action, je ne peux plus vous demander la peine ; autrement j'aurois tout à la fois & la choſe & la peine, ce qui ne peut pas être : telle eſt l'eſpece de la loi 10, §. 1, *ff. de pact.* que nous venons de rapporter ; celle de la loi 122, qui nous eſt oppoſée, eſt très-différente. Après un partage qui eſt par lui-même valable, & 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'eſpece 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 faiſoit 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 faisoit l'objet de notre convention, d'où il suit qu'il y a lieu à la peine.

344. Notre regle, que le créancier ne peut avoir tout à la fois le principal & la peine, souffre exception, non-seulement lorsqu'il est dit expressément dans la cause pénale, que faute par le débiteur d'accomplir son obligation dans un certain temps, la peine sera encourue & due, sans préjudice de l'obligation principale, ce qui s'exprimoit par ces termes, *rato manente pacto*, *L.* 16, *ff. de transf.* mais même toutes les fois qu'il paroît 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 & la peine.

CINQUIEME PRINCIPE.

345. La peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite & modérée par le juge.

Ce principe est tiré d'une décision de

Dumoulin en ſon traité *de eo quod intereſt*, *n.* 159, *& ſeq.* il le fonde ſur ce que la nature de la peine eſt de tenir lieu des dommages & intérêts qui pourroient être prétendus par le créancier, en cas d'inexécution de l'obligation : donc, dit-il, de même que lorſque le créancier fait monter à une ſomme exceſſive les dommages & intérêts qu'il prétend ſouffrir de l'inexécution de l'obligation, le juge doit la réduire, & que la loi unique, *cod. de ſent. quæ pro eo quod intereſt prof.* ne permet pas qu'elle excede le double de la valeur de la choſe qui a fait l'objet de l'obligation primitive; de même lorſque la peine ſtipulée au lieu de dommages & intérêts eſt exceſſive, elle doit être réduite; car cette peine peut bien à la vérité excéder la ſomme à laquelle montent les dommages & intérêts, & être même dûe dans le cas auquel le créancier n'en ſouffriroit aucuns, parce qu'elle eſt ſtipulée pour éviter la diſcuſſion du fait, ſi le créancier a ſouffert effectivement, & à combien monte ce qu'il a ſouffert; mais tenant lieu des dommages & intérêts du créancier, il eſt contre ſa nature qu'elle puiſſe être portée au-delà des bornes que la loi preſcrit aux dommages & intérêts : ſi la loi ci-deſſus citée les reſtreint, & ne permet pas qu'ils ſoient prétendus *ultrà*

duplum, même dans le cas auquel l'inexécution du contrat auroit effectivement causé une plus grande perte au créancier qui par ce moyen se trouve *versari in damno*; à plus forte raison on doit modérer la peine excessive à laquelle le débiteur s'est témérairement soumis, lorsque le créancier n'a pas souffert de perte, ou qu'il n'en a souffert qu'une beaucoup au-dessous de la peine stipulée, & par conséquent dans le cas auquel *certat de lucro captando*; enfin Dumoulin se fonde sur le texte de ladite loi *un. cod. de sent. pro eo quod interest, &c.* qui dans la généralité de ses termes paroît comprendre *interesse conventionale* aussi-bien que toute autre espece de dommages & intérêts.

Azon a été d'une opinion contraire à celle de Dumoulin, & il décide qu'une peine conventionnelle stipulée par forme de dommages & intérêts, n'est sujette à aucune modération; on peut dire pour son sentiment qu'il y a une différence entre l'intérêt conventionnel, & les dommages & intérêts qui ne sont pas réglés par le contrat; à 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 & intérêts qui résulteroient 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 & intérêts, mais ſeulement *intrà juſtum modum*, & juſqu'à concurrence de la ſomme à laquelle il étoit 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* ; quelqu'exceſſive que ſoit la ſomme ſtipulée par forme de peine, en cas d'inexécution de la convention, le débiteur ne peut diſconvenir qu'il a entendu s'y obliger, lorſque la clauſe du contrat eſt expreſſe. Nonobſtant ces raiſons, la déciſion de Dumoulin paroît plus équitable ; lorſqu'un débiteur ſe ſoumet à une peine exceſſive, en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de préſumer que c'eſt la fauſſe confiance qu'il a, qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à ſe ſoumettre à une peine auſſi exceſſive, qu'il croit ne s'engager à rien en s'y ſoumettant, & qu'il eſt dans la diſpoſition de ne s'y pas ſoumettre, s'il croyoit que le cas de cette peine pût arriver ; qu'ainſi le conſentement qu'il donne à l'obligation d'une peine auſſi exceſſive, étant un conſentement fondé ſur une erreur, & ſur une illuſion qu'il ſe fait, n'eſt pas un conſentement valable ; c'eſt pourquoi ces pei-

nes exceſſives doivent être réduites à la valeur vraiſemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages & intérêts du créancier réſultans de l'inexécution de l'obligation primitive ; cette déciſion doit avoir lieu dans les contrats commutatifs, parce que l'équité qui doit regner dans ces contrats ne permettant pas que l'une des parties profite & s'enrichiſſe aux dépens de l'autre, il ſeroit contraire à cette équité que le créancier s'enrichit au dépens du débiteur, en exigeant de lui une peine trop exceſſive & trop manifeſtement au deſſus de ce qu'il a ſouffert de l'inexécution de l'obligation primitive : la déciſion doit pareillement avoir lieu dans les donations, *cum nemini ſua liberalitas debeat eſſe captioſa.*

Le texte des inſtituts au titre *de inut. Stip.* §. 20, non plus que la loi 38, §. 17, *ff. de verb. oblig.* ne décident rien contre la déciſion de Dumoulin ; car de ce qu'il y eſt dit, *pœnam cum quis ſtipulatur, non inſpicitur quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis*, il s'enſuit ſeulement que la peine peut être dûe, quoique celui qui l'a ſtipulée ne ſouffre rien de l'inexécution de l'obligation primitive, ou ſouffre moins ; mais il ne s'enſuit nullement que cette peine puiſſe être immenſe, & n'avoir aucune proportion

avec ce qui fait l'objet de l'obligation primitive.

A l'égard de la loi 56, *de Evict.* qui ſuppoſe qu'on peut ſtipuler dans un contrat de vente, la reſtitution du triple ou même du quadruple du prix en cas d'éviction, on y répond différemment. Noodt prétend que les mots *triplum aut quadruplum* ſont un mauvais Gloſſeme qui n'eſt pas du texte, & qui en doit être retranché. Dumoulin, *ibid. n.* 167, *& ſeq.* répond mieux, en diſant qu'il n'eſt pas queſtion dans cette loi de ce qu'on peut valablement ſtipuler en cas d'éviction, & qu'ainſi on ne doit pas en conclure qu'on puiſſe toujours & indiſtinctement dans tous les contrats de vente ſtipuler valablement la reſtitution du triple ou du quadruple du prix en cas d'éviction; qu'on en doit ſeulement conclure que cette ſtipulation peut avoir lieu quelquefois dans les contrats de vente; & ces cas ſont ceux dans leſquels une choſe a été vendue non purement & ſimplement, mais dans les circonſtances d'un riſque de ſouffrir par l'acheteur une groſſe perte dans ſes autres biens, en cas d'éviction de la choſe vendue, lequel riſque a été prévu, & connu par les parties contractantes; comme dans cette eſpece; je vends à un marchand un peu avant le temps de la Foire

une loge avec déclaration par le contrat que c'eſt pour y mettre ſes marchandiſes; le riſque que court l'acheteur en cas d'éviction dans le temps de la Foire de ne plus trouver de loge dans la Foire à acheter ni à louer, & par conſéquent de ne pouvoir débiter ſes marchandiſes, eſt le riſque d'un dommage prévu au temps du contrat par les contractans, qui peut ſurpaſſer de beaucoup le prix de la loge, & auquel le vendeur ſe ſoumet; c'eſt pourquoi dans ce cas, les dommages & intérêts qui ne ſeroient pas fixés par le contrat pourroient être eſtimés au delà du double, du triple & du quadruple du prix de la choſe vendue; pareillement on peut dans le même cas ſtipuler une peine au-delà du double du prix de cette choſe, & la peine n'eſt pas en ce cas jugée exceſſive, pour n'avoir pas de proportion avec le prix de la choſe vendue, pourvu qu'elle en ait avec le dommage que l'acheteur a ſouffert de n'avoir pu débiter ſes marchandiſes, puiſque c'eſt pour tenir lieu de ce dommage qu'elle a été ſtipulée.

346. Il reſte à obſerver que ſi la peine qui tient lieu de dommages & intérêts ordinaires, eſt reductible lorſqu'elle eſt exceſſive, à plus forte raiſon les peines ſtipulées en cas de défaut de paiement d'une ſomme d'argent ou autre choſe qui

ſe conſomme par l'uſage doivent-elles être réduites au taux légitime des intérêts dont elles tiennent lieu, ou même entiérement rejettées, dans les cas auxquels il n'eſt pas permis d'en ſtipuler.

ARTICLE II.

Quand y a-t-il lieu à l'ouverture de l'Obligation pénale.

§ I.

Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'obligation de ne pas faire quelque choſe.

347. Il eſt évident en ce cas qu'il y a ouverture à l'obligation pénale, & que la peine eſt due, auſſi-tôt que celui qui s'étoit obligé ſous cette peine à ne pas faire quelque choſe, a fait ce qu'il s'étoit obligé de ne pas faire.

348. Eſt-il néceſſaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale ait eu effet? Cela dépend de l'intention qu'ont eu les parties.

Suppoſons qu'en fin d'un acte de partage ou de tranſaction que nous avons fait, nous nous ſommes promis réciproquement de ne pas revenir contre, ſous peine par le contrevenant de payer une cer-

taine ſomme à l'autre ; depuis vous avez donné demande contre moi pour faire déclarer l'acte nul ; cette demande, quoiqu'elle n'ait pas eu d'effet, & que le congé en ait été prononcé, donne ouverture à la peine contre vous, *arg. L.* 122, §. 6, *ff. de verb. oblig.* La raiſon eſt qu'en ſtipulant de vous, ſous une certaine peine, que vous ne reviendriez pas contre l'acte, ce que j'ai entendu n'étoit pas préciſément que vous ne porteriez aucune atteinte à cet acte, lequel étant valable par lui-même, n'en étoit pas ſuſceptible, quand même je ne l'aurois pas ſtipulé ; ce que j'ai entendu ſtipuler de vous étoit plutôt que vous ne me feriez pas de procès : il ſuffit donc que vous m'ayez fait un procès, quoique vous y ayez ſuccombé, pour qu'il y ait ouverture à la peine ; on ne peut pas dire en ce cas que dans cette eſpece je me fais payer tout à la fois de l'obligation principale & de la peine, ce qui eſt contraire au quatrieme principe que nous avons établi en l'article précédent ; car l'obligation principale que vous avez contractée envers moi de ne pas revenir contre l'acte, & à laquelle l'obligation pénale étoit attachée, avoit pour objet que vous ne me feriez pas de procès ; je n'ai pas été ſatisfait, puiſque vous m'en avez fait eſſuyer un ; je peux donc exiger la peine.

Au contraire, ſi j'ai ſtipulé de vous ſous une certaine peine que vous ne loueriez pas votre maiſon voiſine de celle que j'occupe, à aucun ouvrier ſe ſervant de marteau; le bail que vous en auriez fait à un ſerrurier, s'il n'a pas été exécuté, ne donnera pas ouverture à la peine; car ce que je me ſuis propoſé en ſtipulant cela de vous, étoit que vous ne me cauſeriez pas l'incommodité du bruit que font ces ouvriers; le bail n'ayant pas été exécuté, ne m'a pas cauſé aucune incommodité, il ne doit donc pas donner lieu à la peine.

Par la même raiſon Papinien décide en la loi 6, *ff. de ſerv. export.* que lorſqu'un eſclave a été vendu à condition que l'acheteur ne l'affranchiroit point, & ſous une certaine peine, s'il le faiſoit, l'acte nul d'affranchiſſement ne donne pas ouverture à la peine.

§. II.

Du cas auquel la clauſe pénale a été ajoutée à l'obligation de donner ou de faire quelque choſe.

349, En ce cas il y a ouverture à la peine, lorſque le débiteur a été mis en demeure de donner ou de faire ce qu'il

a promis. Les Loix Romaines font une distinction, si la convention contient un terme préfix dans lequel le débiteur doit donner ou faire ce qui a été convenu, ou si elle n'en contient point : au premier cas elles décident que la peine est due de plein droit, aussi-tôt que le terme est expiré, sans qu'il soit besoin qu'il ait été fait aucune interpellation au débiteur, & qu'il ne pourroit pas en être déchargé, en offrant après l'expiration du terme, de satisfaire à l'obligation principale, *L.* 23, *ff. de obl. & act.*

L'expiration du terme paroissoit aux Jurisconsultes Romains tellement suffisante pour donner ouverture à la peine sans qu'il fût besoin de constituer autrement en demeure le débiteur, qu'elle y donnoit ouverture, même dans le cas auquel le débiteur seroit mort auparavaut, sans laisser aucuns héritiers, & par conséquent quoiqu'il ne se trouvât personne qui pût être constitué en demeure ; c'est la décision de la loi 77, *ff. de verb. oblig.*

Il y a plus ; la loi 113, ff. *de verb. oblig.* décide que lorsque l'obligation à laquelle la clause pénale a été ajoutée, consiste à faire dans un certain terme quelque ouvrage dont la construction exige un certain temps, la peine est due même avant l'expiration du terme, aussi-tôt qu'il devient

vient certain que l'ouvrage ne peut être fait dans le terme préfix ; de maniere que la prorogation du terme qui ſeroit depuis accordée au débiteur ne le déchargeroit pas de la peine encourue avant cette prorogation.

Au ſecond cas, lorſque l'obligation de donner ou faire quelque choſe ne contient aucune préfixion de terme, en ce cas la loi 122, §. 2, décide qu'il n'y a ouverture à la peine que par la litis-conteſtation ſur la demande du créancier.

Selon nos uſages, ſoit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doive être accomplie, ſoit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement* une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, & pour donner en conſéquence ouverture à la peine

Il nous reſte à obſerver qu'il ne peut y avoir lieu à la peine, lorſque c'eſt par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter de ſon obligation, *l.* 122, §. 3, *de verb. oblig.*

* J'ai dit *ordinairement*, car il y a des cas auxquels la peine, auſſi-bien que les dommages & intérêts peuvent être encourus ſans interpellation, *ſuprà n.* 147.

ARTICLE III.

Si le débiteur peut en s'acquittant par parties de ſon obligation, éviter la peine pour partie

350. Un débiteur ne peut payer à ſon créancier malgré lui partie de ce qu'il lui doit, tant que ſon obligation, quoique diviſible, eſt encore indiviſée, ſuivant que nous le verrons *infrà*, *p.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 2, c'eſt pourquoi les offres qu'il feroit à ſon créancier de lui payer partie de ce qu'il lui doit, ne peuvent lui éviter aucune partie de la peine ſtipulée en cas d'inexécution, ſi le créancier refuſe ce paiement partiel.

Mais ſi le créancier a volontairement reçu partie de ſa dette, y aura-t-il lieu à la peine pour le total, en cas de défaut de paiement de la partie qui reſte à payer ? Ulpien en la loi 9, §. 1, ff. *Si quis caution. in jud.* décide qu'encore bien que ſelon la ſubtilité du droit, il pût paroître que la peine doit en ce cas être encourue pour le total, néanmoins il eſt équitable qu'il ne le ſoit que pour la même part qui reſte à acquitter de l'obligation principale : la vraie raiſon de cette déciſion eſt celle que donne Dumou-

lin, & que nous avons ci-deſſus rapporté, ſçavoir, que la peine étant cenſée promiſe pour le dédommagement de l'inexécution de l'obligation principale, le créancier ne peut pas recevoir l'un & l'autre; lors donc qu'il a été payé pour une partie de l'obligation principale, il ne peut plus recevoir la peine pour cette partie; autrement il recevroit l'un & l'autre; ce qui ne ſe doit pas; c'eſt la dixieme clef de Dumoulin dans ſon Traité *de divid. & indiv. p.* 3, *n.* 112, *in omnibus ſive individuis, ſive dividuis pœna non committitur, niſi pro parte contraventionis efficacis, nec poteſt exigi cum principali; ſed creditor non tenetur partem principalis, & partem pœnæ accipere.*

Ceci s'éclaircira par un exemple : en me vendant une métairie dénuée de beſtiaux néceſſaires pour la faire valoir, vous vous êtes obligé de me fournir deux paires de bœufs à peine de cinq cens liv. de dommages & intérêts, au cas que vous manquaſſiez de me les fournir; vous ne pourrez pas dans cette eſpece m'obliger à recevoir une paire de bœufs, n'étant pas obligé de recevoir pour partie ce qui m'eſt dû; & conſéquemment les offres que vous me feriez d'une paire de bœufs, ſi je ne veux pas la recevoir, n'empêcheront pas que vous ne ſoyez tenu envers

moi de la peine entiere de cinq cents liv. mais ſi j'ai volontairement reçu une des paires des bœufs que vous me deviez, faute par vous de me fournir l'autre paire, je ne pourrai vous demander que la moitié de la peine; car ayant reçu une partie de ce qui faiſoit l'objet de l'obligation principale, je ne peux avoir la peine entiere, ne pouvant pas avoir l'un & l'autre.

351. Notre principe que la peine n'eſt dûe qu'à proportion & pour la part pour laquelle l'obligation principale n'eſt pas exécutée, a également lieu, ſoit que vous vous ſoyez engagé à une telle peine au cas que vous feriez telle choſe, ſoit que vous me l'ayez promiſe au cas qu'un tiers feroit une telle choſe; par exemple, ſi vous vous êtes fait fort, ſous peine de me payer cent écus, que Pierre ne revendiqueroit pas ſur moi un certain héritage, la peine ſera dûe ſeulement pour la moitié, ſi Pierre ne le revendique que pour moitié, à moins qu'il n'apparût d'une intention contraire des parties, *Molin. ibid. p.* 3, *n.* 531.

352. Ces déciſions ont ſur-tout lieu à l'égard des obligations de choſes diviſibles: il ſembleroit qu'elles ne pourroient recevoir d'application aux obligations de choſes indiviſibles, néanmoins elles s'y appliquent quelquefois.

1°. Quoique l'exercice d'une ſervitude prédiale ſoit quelque choſe d'indiviſible, & qu'en conſéquence l'obligation que contracte le poſſeſſeur de l'héritage ſervant, de ſouffrir l'exercice de la ſervitude, ſoit une obligation indiviſible; néanmoins ſi cette ſervitude eſt limitée à une certaine fin, pour laquelle elle a été conſtituée, laquelle fin ſe termine à quelque choſe de diviſible, la peine ſe diviſera, ſi cette fin a été remplie pour partie, & n'aura lieu que pour la partie pour laquelle elle n'aura pas été remplie; ceci va s'éclaircir par un exemple.

J'ai un héritage qui a un droit de ſervitude ſur le vôtre, lequel droit conſiſte en ce que les poſſeſſeurs de l'héritage ſervant ſont obligés, au temps des vendanges, de ſouffrir que mes gens tranſportent ma vendange par cet héritage, à peine de cent écus en cas de trouble fait à mon droit de ſervitude; dans cette eſpece, ſi après avoir laiſſé paſſer la moitié de ma vendange, vous avez empêché le tranſport du ſurplus, par votre héritage, vous n'avez encouru la peine de cent écus que pour moitié; car quoique la ſervitude de paſſage ſoit indiviſible, & que l'obligation de ſouffrir l'exercice de cette ſervitude, ſoit l'obligation de quelque choſe d'indi-

visible; néanmoins comme cette servitude est limitée à une fin, qui est le transport de ma vendange, & que ma vendange est quelque chose de divisible, on ne peut disconvenir que j'ai joui en partie de la fin pour laquelle la servitude a été imposée, & que vous m'en avez souffert jouir en me laissant transporter par votre héritage la moitié de ma vendange; je ne pourrai donc demander que la moitié de la peine; car je ne peux pas percevoir la peine pour le total, & jouir en partie de l'utilité de mon droit de servitude; je ne peux pas avoir tout à la fois l'un & l'autre; c'est ce qu'enseigne Dumoulin dans l'espece que nous venons de rapporter, *quia* dit-il, *hæc servitus de se individua, dividuatur ex accidenti, & ex fine dividuo... & debet judicari secundùm regulam dividuorum, p.* 3, *n.* 363.

353. 2° Nos principes reçoivent encore quelqu'application, même à l'égard des obligations indivisibles dans l'espece suivante & autres semblables; vous vous êtes engagé par un traité sous une certaine peine à me faire constituer un droit de servitude de passage sur un héritage dont vous avez l'usufruit, & qui est voisin du mien, en vous faisant fort des propriétaires; trois des propriétaires ratifient, un seul refuse d'imposer la servi-

tude; la peine, à la vérité, m'eſt due en entier, car le refus d'un ſeul propriétaire d'impoſer la ſervitude, empêche qu'elle ne ſoit aucunement impoſée, nonobſtant la ratification des trois autres, un droit de ſervitude ne pouvant être impoſé pour partie, & ne pouvant par conſéquent être impoſé que par tous les propriétaires; mais comme cette ratification, quoiqu'elle ſoit entiérement inutile pour impoſer un droit réel de ſervitude ſur l'héritage, a néanmoins un effet, qui conſiſte à obliger perſonnellement ceux qui ont ratifié, à me laiſſer paſſer; je ne peux exiger toute la peine qu'en me déſiſtant de mon droit, qui réſulte de cette obligation; autrement je ne pourrai exiger qu'une partie de la peine, ne pouvant pas percevoir toute la peine, & en même temps percevoir quelque choſe de l'obligation principale. *Molin. p.* 3, *n.* 472 *&* 473.

354. Notre principe que la peine n'eſt dûe qu'à proportion de la part pour laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée, a lieu, quand même la peine conſiſteroit dans quelque choſe d'indiviſible. *Finge*, je vous ai vendu un héritage dont vous m'avez payé le prix comptant, ſauf cinquante piſtoles que vous vous êtes obligé de me payer dans un an; & il a été convenu entre nous qu'à

défaut de paiement de cette ſomme; vous m'accorderiez à la place de cette ſomme un droit de vue ſur une maiſon à vous appartenante, voiſine de la mienne; j'ai reçu de vous vingt-cinq piſtoles; faute du paiement du ſurplus je ne peux exiger la peine pour le total, mais ſeulement pour la moitié pour laquelle l'obligation principale n'a pas été exécutée; & comme la peine conſiſte dans un droit de ſervitude qui eſt quelque choſe d'indiviſible, & non ſuſceptible de parties, il faudra qu'en vous demandant que vous m'accordiez ce droit de ſervitude, je vous offre de vous payer la moitié de la valeur, la peine ne m'étant dûe que pour moitié. *Molin. p. 3, n. 523, & ſuiv. V. ſuprà.*

ARTICLE IV.

Si la peine eſt encourue pour le total & par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux.

Il faut à cet égard diſtinguer entre les obligations indiviſibles & les obligations diviſibles.

§. I.

Déciſion de la queſtion à l'égard des Obligations indiviſibles.

355. Lorſque l'obligation primitive qui a été contractée ſous une clauſe pénale eſt l'obligation d'une choſe indiviſible, la contravention faite à cette obligation par un ſeul des héritiers du débiteur, donne ouverture à toute la peine, non-ſeulement contre celui qui a donné ouverture à la peine par ſa contravention, mais même contre tous ſes cohéritiers qui ſont tous tenus de cette peine, pour la part dont ils ſont héritiers, ſauf leur recours contre celui qui par ſa contravention a donné ouverture à la peine, pour en être par lui acquittés.

Par exemple, 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'occuperois cette maiſon, à peine de dix livres de dommages & intérêts en cas d'empêchement; ſi quelqu'un des héritiers de mon débiteur me bouche le paſſage, quoique ſans la participation & contre le gré de ſes cohéritiers, la peine entiere des dix livres ſera encourue, & elle le ſera contre chacun des

héritiers de mon débiteur, qui en ſeront tenus chacun pour leur part héréditaire ; car le fait 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 obligation, qui 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 contrà 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 videretur.* 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 licet ab uno prohibeor, non tamen*

in partem prohibeor ; & il ajoute, *ſed cæteri familiæ erciſcundæ judicio ſarcient damnum.*

Les héritiers n'étant tenus de la peine, chacun que pour la part dont il eſt héritier, ſont en cela différents des débiteurs ſolidaires, qui ſont débiteurs de la peine pour le total, lorſqu'elle eſt encourue par l'un d'eux comme ils le ſont du principal.

356. Le créancier peut-il demander la peine entiere à celui des héritiers qui a fait la contravention ? La raiſon de douter eſt que la loi ne le dit pas, & qu'elle dit au contraire que la peine eſt dûe 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'entant 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, & une dette diviſible, l'héritier n'en peut être tenu que pour la portion pour laquelle il eſt héritier, & pour laquelle il ſuccede 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 en eſt tenu au moins obliquement & 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, & par conſéquent pour le total.

Dumoulin, *p.* 3, *n.* 173, *&* 174, *& paſſim alibi*, va plus loin, & 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, & 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 & intérêts envers celui qui l'a donnée en dépôt, parce que quoique l'obligation principale de reſtituer la choſe dépoſée, ſoit une obligation

diviſible, l'obligation acceſſoire de la preſtation de la bonne foi pour la conſervation de la choſe dépoſée, eſt une obligation indiviſible, dont chacun des héritiers du dépoſitaire eſt tenu pour le total, & qui le rend débiteur pour le total des dommages & intérêts du créancier, lorſqu'il y contrevient; que ſi un héritier pour partie qui contrevient par ſon fait à une obligation indiviſible du défunt, eſt débiteur pour le total des dommages & intérêts, il doit l'être auſſi pour le total de la peine, puiſque la peine tient lieu des dommages & intérêts, & n'en eſt que la liquidation convenue par les parties elles-mêmes : tel eſt le raiſonnement de Dumoulin.

A l'égard de la premiere objection tirée *du* §. *Cato*, la réponſe eſt que lorſque Caton décide que dans les obligations indiviſibles, la contravention faite par l'un des héritiers fait encourir la peine contre chacun d'eux pour leurs portions héréditaires, il n'entend parler que des héritiers qui n'ont point participé à la contravention. A l'égard de la deuxieme 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, *tanquàm heres*; mais lorſqu'il en eſt tenu *ut ipſe & ex proprio facto*, il en eſt tenu pour le total, & c'eſt une de ſes clefs pour décider les queſtions ſur cette matiere: *aliud eſt teneri heredem ut heredem, aliud teneri ut ipſum. Tr. de div. & indiv. p.* 3, *n.* 5 *&* 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 lorſque 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 potiùs aggravat. Molin ibid. p.* 3, *n.* 148.

358. Tout ce que nous avons dit dans ce paragraphe à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette indiviſible, reçoit application à l'égard de pluſieurs débiteurs principaux qui ont contracté enſemble ſans ſolidité, & ſous une peine, une obligation indiviſible; la contravention faite par l'un d'eux oblige les autres à la preſ-

tation de la peine, chacun pour sa part virile, sauf leur recours, & elle oblige pour le total celui qui l'a faite ; lorsque la contravention a été faite par plusieurs, elle y oblige solidairement.

§. II.

Décision de la question à l'égard des Obligations divisibles.

359. Lorsque l'obligation primitive, qui a été contractée sous une clause pénale, est l'obligation d'un fait divisible, Caton au paragraphe ci-dessus cité, paroît décider que celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, encourt seul la peine pour la part dont il est héritier ; *si de eo cautum sit quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi, eum heredem qui adversùs ea facit, pro portione suâ solum pœnam committere.*

On peut faire de cette maniere l'espece de la loi ; une personne s'est engagée envers moi, sous peine de 300 liv. à acquiescer à la sentence d'un arbitre, qui avoit donné congé d'une demande, par laquelle elle se croyoit être ma créanciere de dix muids de bled ; un de ses héritiers qui l'est pour une cinquieme portion, a, contre la foi de cette con-

vention, renouvellé la conteſtation, & m'a demandé ſa cinquieme portion de dix muids de bled, que l'arbitre avoit jugé que je ne devois pas; il encourt ſeul la peine convenue, & il ne l'encourt que pour la cinquieme portion dont il eſt héritier; la raiſon eſt que l'obligation eſt diviſible, & 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 non-ſeulement n'y ont pas contrevenu, mais ont ſatisfait pour leur part à cette obligation, 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 & de la peine, comme on l'a vu ci-deſſus, *n.* 342. *& ſuiv.*

Le paragraphe 4, *ſi ſortem* de la loi 5, *d. tit.* paroît 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 étoit 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, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam; etiamſi unus ex heredibus tuis portionem ſuam ex ſorte ſolverit, nihilominùs pœnam committet, donec portio coheredis ſolvatur.... Sed à coherede ei ſatisfieri debet; nec enim aliud in his ſtipulationibus ſine injuriâ ſtipulatoris conſtitui poteſt.*

Les interpretes, tant anciens que modernes, ſe ſont efforcés à concilier ces deux textes : Dumoulin rapporte différentes conciliations des anciens Interpretes qu'il réfute toutes.

Il faut s'en tenir à celles de Cujas & de Dumoulin, *Tr. de div. & ind. p.* 1, *n.* 62, *& ſeq.* qu'on doit réunir en une, & dire ; lorſque l'obligation eſt indiviſible, *tàm ſolutione quàm obligatione*, lorſque l'intention des parties, en ajoutant la clauſe pénale, a été ſimplement d'aſſurer l'exécution de l'obligation, & non d'empêcher que le paiement ne pût s'en faire par parties par les différens héritiers du débiteur, ſur-tout lorſque le fait qui fait l'objet de l'obligation primitive, eſt tel que les différens 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 con-

trevient à l'obligation, doit ſeul encourir la peine, & pour la part ſeulement dont il eſt héritier ; le fait rapporté dans l'eſpece du §. *Cato*, *ampliùs non agi*, eſt de ces faits diviſibles *tàm ſolutione quàm obligatione*, & qui par la nature des choſes, ne peuvent s'accomplir par les différens 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 & 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 renouvellant, ou ne renouvellant 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*, & que l'intention des parties a été, en ajoutant la clauſe pénale, que le paiement ne pût ſe faire que pour le total, & 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 ; & c'eſt à ce cas qu'on doit reſtreindre le §. *ſi ſortem*, lequel ſe concilie avec le § *Cato*.

Dumoulin, *p.* 1, *n.* 72, donne pour

exemple de la déciſion du §. *ſi ſortem*, l'eſpece d'un Négociant qui a ſtipulé de ſon débiteur une certaine ſomme par forme de peine, au cas que la ſomme principale à lui dûe ne lui fût pas remiſe dans un certain lieu, au temps d'une certaine foire; les offres que l'un des héritiers feroit de lui remettre ſa part de ladite ſomme, ne doivent pas empêcher que la peine ne ſoit dûe 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 dûe, 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 dûe, & nonobſtant le paiement partiel qui en ſeroit fait; car ce paiement partiel ne peut réparer, même pour partie, le tort que le créancier ſouffre du retard du paiement du ſurplus, & c'eſt pour la réparation de ce tort que la peine a été ſtipulée. Obſervez auſſi que dans l'eſpece du §. *ſi ſortem*, la peine eſt ſtipulée pour le retard de l'exécution, & non pour l'inexécution; c'eſt pourquoi le créancier doit recevoir le principal & la peine.

La loi 85, §. 6, *d. t.* eſt auſſi dans l'eſpece d'une obligation diviſible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais indivi-

ſible, *quoad ſolutionem ;* il eſt dit dans l'eſpèce de cette ſtipulation, *ſi fundus Titianus datus non erit, centum dari ; niſi totus detur, pœna committitur centum, nec prodeſt partes fundi dare ceſſante uno, quemadmodùm nec prodeſt ad liberandum pignus, partes creditori ſolvere ;* quoique l'obligation de donner *fundum Titianum* ſoit une obligation diviſible, *quoad obligationem*, néanmoins cette obligation, ſoit qu'elle naiſſe d'un Contrat de vente, ou d'un Contrat d'échange, ou de tranſaction, ou de quelq'autre cauſe, eſt indiviſible *quoad ſolutionem*, le créancier ayant intérêt de n'avoir pas le fond Titien pour partie, & 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 auroient fait au créancier, qui ne l'auroit acceptée qu'en attendant & comptant ſur la ceſſion du ſurplus, n'empécheroit pas le créancier de pouvoir, demander la peine pour le total, en offrant néanmoins de ſe déſiſter des portions de l'héritage qu'il auroit reçu ; car il ne peut avoir l'un & l'autre.

360. Dans le cas du §. *ſi ſortem*, lorſque l'un des héritiers pour partie du

débiteur ; en ne satisfaisant pas à l'obligation primitive, pour la part dont il étoit tenu, a fait encourir la peine contre les autres qui étoient prêts d'y satisfaire pour leurs parts, encoure-t-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 étoient prêts d'accomplir l'obligation pour leur part, ayant encouru pour leur part la peine, par la demeure en laquelle cet héritier a été d'y satisfaire pour la sienne, cet héritier est tenu envers eux *judicio familiæ erciscundæ*, de les en acquitter, *d. §. si sortem*, & pour éviter un circuit d'actions inutile, 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, & 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 étoit tenu; l'eſpece du §. *Cato*, & celle du §. *ſi ſortem*, quoique différentes entr'elles, comme nous l'avons obſervé, ſont l'une & 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 auroit contracté, ſous une clauſe pénale, une obligation diviſible, contreviendroit pour le total, & non pas ſeulement pour la part dont il eſt héritier, à cette obligation du défunt.

Par exemple, une perſonne a affermé ſon héritage à quelqu'un, & laiſſe quatre héritiers, dont l'un a expulſé le fermier pour le total; on fait ſur cette eſpece deux queſtions; la premiere, de ſçavoir 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 on conclut, que de même que le trouble qu'un étranger ſans droit auroit apporté à la jouiſſance du fermier, n'auroit pas donné ouverture à la peine, ni contre cet étranger, qui auroit ſeulement été tenu des dommages & intérêts ni contre les héritiers du bailleur, qui auroient 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 eſpece 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 & intérêts pour le ſurplus, & la peine ne doit pas non plus être encourue contre ſes cohéritiers ; néanmoins Dumoulin, qui agite ces queſtions, *p.* 3, *n.* 412, *& ſeq.* décide que dans cette eſpece, la peine eſt encourue pour le total contre cet héritier en partie, & même qu'elle eſt encourue contre ſes cohéritiers, pour la part dont chacun eſt héritier. Pour établir ſa déciſion, & pour refuter en meme temps le raiſonnement que nous venons de rapporter, il diſtingue dans cette obligation d'entretenir le bail, & dans toutes les

autres obligations diviſibles, deux eſpeces d'obligations; la principale, telle qu'eſt, dans cette eſpece, celle d'entretenir le bail, laquelle eſt diviſible; & l'obligation acceſſoire, qui eſt l'obligation de la preſtation de la bonne foi, laquelle eſt indiviſible, & dont en conſéquence chaque héritier eſt tenu pour le total; l'héritier en partie du bailleur, qui expulſe le fermier, n'étoit, à la vérité, tenu de l'obligation principale que pour ſa part; mais il étoit tenu pour le total & indiviſément, de la preſtation de la bonne foi; cette bonne foi l'obligeoit 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 comme étranger, par rapport aux autres parts, mais comme ayant contrevenu à l'obligation de la preſtation de la bonne foi dont il étoit tenu comme héritier, même par rapport aux autres parts; cette contravention étant donc une contravention, même par rapport aux autres parts, & 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

peine contre l'héritier qui y a contrevenu ; telle eſt la déciſion de Dumoulin ſur la premiere queſtion. Dumoulin confirme cette déciſion par ce raiſonnement ; s'il étoit vrai, dit-il, que cet héritier, en expulſant totalement le fermier, ne dût être cenſé avoir contrevenu que pour ſa part, & dût être conſidéré comme n'ayant péché que comme étranger pour les autres parts, il s'enſuivroit que le fermier n'auroit point pour raiſon de cette contravention pour leſdites parts, l'hypotheque ſur les biens du défunt réſultante de ſon bail ; il s'enſuivroit, que quoique le bail eût été paſſé ſous un ſceau attributif de juriſdiction, tel qu'eſt celui du Châtelet d'Orléans, le fermier ne pourroit traduire cet héritier qui l'auroit expulſé, devant le Bailli d'Orléans, ſi ce n'eſt pour la part dont il eſt héritier : or c'eſt ce que perſonne ne s'aviſera de dire ; donc cet héritier en partie en expulſant le fermier, doit être réputé avoir contrevenu, non-ſeulement pour ſa part, mais pour les autres parts, & pour le total, à une obligation héréditaire, & par conſéquent il doit encourir, pour le total, la peine convenue en cas de contravention.

A l'égard de la ſeconde queſtion, Dumoulin par la même raiſon décide que la peine eſt encourue, non-ſeulement

contre cet héritier, mais contre chacun de ſes cohéritiers pour la part dont ils ſont hétitiers; car par la clauſe pénale le défunt s'eſt obligé lui & 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, ait exiſté, & par conſéquent pour que tous les héritiers du défunt en ſoient tenus.

Si le défunt avoit donné des cautions *in omnem cauſam*, dont le cautionnement s'étendît, tant à l'obligation primitive, qu'à l'obligation pénale; le fait de cet héritier, qui a expulſé le fermier, auroit obligé les cautions à la preſtation de la peine; à plus forte raiſon doit-il obliger ſes cohéritiers qui ſuccedent 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, ſeroit ſeul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, comme dans cette eſpece. J'ai fait bail d'un propre paternel à un fermier, ſous la peine de deux cents livres, au cas que je manquaſſe à le faire jouir; je laiſſe un héritier de ce propre paternel, & pluſieurs héritiers d'une

autre ligne à mes autres biens ; cet héritier parternel empêche par son fait le fermier de jouir ; *putà*, en vendant l'héritage sans charger l'acquéreur de l'entretien du bail ; quoique cet héritier fût seul tenu de l'obligation primitive de l'entretien du bail, suivant les principes exposés ci-dessus, *n.* 301, cette obligation étant l'obligation d'un corps certain auquel il a seul succédé ; néanmoins sa 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 succedent ; au reste ils ont recours contre celui qui a fait la contravention. *Molin. part.* 3, *n.* 430.

363. Voici une autre espece ; un usufruitier a fait un bail à ferme de l'héritage dont il avoit l'usufruit, en taisant sa qualité d'usufruitier, & 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; & n'est pas obligé, comme dans l'espece 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 & de la peine qu'en sa qualité d'héritier, & par conséquent seulement pour sa part héréditaire, *Molin. ibid. n°.* 432.

ARTICLE V.

Si la peine est encourue pour le total, & envers tous les héritiers du créancier, par la contravention faite envers l'un d'eux.

364. Paul en la loi 2, §. *fin. de verb. oblig.* décide cette question dans l'espece 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 & mes héritiers par votre parc, tant à pied qu'à cheval & avec des bêtes de charge, à peine de douze livres en cas de contravention à votre obligation; j'ai laissé quatre héritiers; vous avez empêché l'entrée du parc à l'un des quatre héritiers, & l'avez permise aux trois autres; Paul

décidé qu'en ce cas la contravention étant faite à une obligation indiviſible, & non ſuſceptible de parties, ne peut être une contravention partielle; qu'ainſi la peine à laquelle elle donne lieu, paroîtroit, 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, & qu'elle ne doit l'être que pour ſa part héréditaire ſeulement. *Si ſtipulator deceſſerit qui ſtipulatus erit ſibi heredique ſuo agere licere, & unus ex heredibus ejus prohibeatur; ſi pœna ſit adjecta, 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 temps percevoir tout le fruit de l'exécution de l'obligation, & 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 aucuns intérêts, *non debet aliquis habere ſimul implementum obligationis, & pœnam contraventionis, & pœnæ*

quæ ſubrogatur loco ejus quod intereſt, non debet committi his qui non ſunt prohibiti, & quorum nulla intereſt coheredem ipſorum eſſe prohibitum, Molin. p. 1, n. 32 & 35. La loi 3, §. 1, *d. tit.* paroît 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, & pour ſa part héréditaire ſeulement, quoique l'obligation primitive fût indiviſible ; à plus forte raiſon doit-on décider la même choſe, lorſque l'obligation primitive eſt une obligation diviſible.

CHAPITRE VI.

Des Obligations acceſſoires des fidéjuſſeurs, & autres qui accedent à celle d'un principal débiteur.

CE Chapitre eſt diviſé en huit Sections, dont les ſept premieres concernent les cautionnemens : nous traiterons dans la premiere, de la nature du cautionnement ; nous verrons dans la deuxieme, quelles ſont les différentes eſpeces de

cautions; dans la troiſieme, nous traiterons des qualités que doivent avoir les cautions ; nous verrons dans la quatrieme, pour qui, envers qui, pour quelle eſpece d'obligation, & comment ſe contractent les cautionnemens ; dans la cinquieme, à quoi ils s'étendent ; dans la ſixieme, nous traiterons des manieres dont s'éteignent les cautionnnemens, & des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions ; dans la ſeptieme, des actions qu'a de ſon chef la caution contre le débiteur principal & contre ſes fidéjuſſeurs ; la huitieme & derniere Section traite des autres eſpeces d'obligations acceſſoires.

SECTION PREMIERE.

De la nature du cautionnement ; définition des cautions ou fidéjuſſeurs, & les Corollaires qui en dérivent.

365. Le cautionnement eſt un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer en tout ou en partie ce que ce débiteur lui doit, en accédant à ſon obligation.

On appelle caution, ou fidéjuſſeur, celui qui contracte une telle obligation.

Le cautionnement, outre le contrat qui intervient entre la caution & le créan-

cier envers qui la caution s'oblige, renferme auſſi aſſez ſouvent un autre contrat, qui eſt cenſé intervenir au moins tacitement, entre la caution & le débiteur pour qui la caution s'oblige, & ce contrat eſt le contrat de mandat, qui eſt toujours cenſé intervenir lorſque c'eſt au ſçu & au gré du débiteur principal que la caution s'oblige pour lui, ſuivant cette regle de droit, *ſemper qui non prohibet pro ſe intervenire, mandare creditur*, *L.* 60, *ff. de R. J.* Lorſque le cautionnement a été fait à l'inſçu du débiteur qu'on a cautionné, il ne peut pas être cenſé renfermer aucun contrat entre la caution & ce débiteur ; mais il eſt cenſé intervenir en ce cas entr'eux l'eſpece de quaſi-contrat, qu'on appelle, *negotiorum geſtorum* : nous traiterons des obligations qui naiſſent de ce contrat de mandat, ou du quaſi-contrat *negotiorum geſtorum*, en la ſeptieme ſection de ce chapitre.

Le contrat qui intervient entre la caution & le créancier envers qui elle s'oblige, n'eſt pas de la claſſe des contrats bienfaiſans ; car le créancier ne reçoit par ce contrat rien au-delà de ce qui lui eſt dû ; il ne ſe procure qu'une ſureté pour ce qui lui eſt dû, ſans laquelle il n'auroit pas contracté avec le débiteur principal, ou ne lui auroit pas accordé le terme

qu'il lui accorde : mais le cautionnement renferme un bienfait à l'égard du débiteur pour qui la caution s'oblige.

De la définition que nous venons de donner du cautionnement & des cautions, dérivent pluſieurs Corollaires.

COROLLAIRE PREMIER.

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'étoit pas votre débiteur, le fidéjuſſeur ne ſeroit pas obligé ; l'obligation acceſſoire ne pouvant pas ſubſiſter ſans une obligation principale, ſuivant cette regle de droit, *cùm cauſa principalis non conſiſtit, ne ea quidem quæ ſequuntur locum habent*, *L.* 178. *ff. de reg. jur.*

COROLLAIRE II.

367. Une ſeconde conſéquence de notre définition eſt que le fidéjuſſeur, en s'obligeant pour quelqu'un, ne le décharge point de ſon obligation, mais en

contracte une qui accede à la ſienne; en quoi le fidéjuſſeur eſt différent de celui qu'on appelle en Droit, *Expromiſſor*, qui s'oblige envers le créancier, de maniere que le créancier l'accepte pour débiteur, à la place de l'autre qu'il décharge.

COROLLAIRE III.

368. Il réſulte de notre définition que le fidéjuſſeur ne peut valablement s'obliger qu'à la preſtation de la choſe même à laquelle le débiteur principal eſt obligé, ou à la preſtation d'une partie de cette même choſe; c'eſt pourquoi ſi quelqu'un ſe rendoit caution envers moi pour cent muids de bled, pour une perſonne qui me doit deux mille livres, ce cautionnement ſeroit nul, *L. 42, ff. de fidejuſſ. quia in aliam rem quam quæ credita eſt fidejuſſor obligari non poteſt, quia, non ut æſtimatio rerum quæ mercis numero habentur in pecuniâ numeratâ fieri poteſt; ita pecunia quoque merce æſtimanda eſt.*

Contrà vice versâ, on peut valablement ſe rendre caution envers moi pour une ſomme de deux mille livres, pour celui qui me doit cent muids de bled; car l'argent étant l'eſtimation commune de toutes les choſes, celui qui me doit une

quantité de cent muids de bled de valeur de deux mille livres, me doit effectivement & véritablement deux mille livres, & par conséquent celui qui s'oblige pour lui envers moi à me payer deux mille livres, ne s'oblige pas à quelque chose de différent de ce qui m'est dû par mon principal débiteur.

369. Si quelqu'un s'étoit obligé envers moi à me donner un certain héritage, & qu'un autre le cautionnât pour l'usufruit de cet héritage, le cautionnement seroit-il valable ? Oui, car l'usufruit étant un droit dans cet héritage qui m'est dû, fait en quelque façon partie de la chose qui m'est dûe, & par conséquent on ne peut pas dire que la caution se seroit obligée à quelque chose de différent de la chose dûe par le débiteur principal ; c'est ce que décide Caïus en la loi 70, §. 2, *ff. de fidejuss. In eo*, dit-il, *videtur dubitatio esse, ususfructus pars rei sit an proprium quiddam ? sed cum ususfructus, fundi jus est, incivile est fidejussorem, ex suâ promissione non teneri.*

COROLLAIRE IV.

370. Il résulte de cette définition que la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal

eſt obligé; & comme le plus s'eſtime non-ſeulement *quantitate*, mais auſſi *die, loco, conditione, modo*, il en réſulte que le fidéjuſſeur ne peut s'obliger à des conditions plus dures, que le principal obligé; car l'obligation acceſſoire ne peut ſurpaſſer la principale; mais il peut s'obliger à des conditions moins dures; c'eſt ce que décide la Loi 8, §. 7. *ff. de fidejuſſ. Illud commune eſt in univerſis qui pro aliis obligantur, quod ſi fuerint in duriorem cauſam adhibiti, placuit eos omninò non obligari; in leviorem planè cauſam accipi poſſunt.*

Il réſulte de ce principe que ſi quelqu'un s'eſt rendu caution pour une ſomme déterminée, *putà* pour une ſomme de trois cents livres, pour un débiteur dont la dette n'étoit pas encore liquidée, la fixation du cautionnement à la ſomme de 300 liv. doit être cenſée n'avoir été faite qu'en faveur de la caution, & à l'effet ſeulement que ſi par la liquidation qui ſe feroit, la dette montoit à une plus grande ſomme, la caution n'en ſeroit tenue que pour 300 liv. Mais ſi par la liquidation la dette étoit liquidée à une ſomme moindre, *putà* à 250 liv. la caution qui ne peut devoir plus que le principal débiteur, ne ſera débitrice que de la ſomme de 250 liv. & ſi elle avoit payé celle de 300 liv. portée par ſon caution-

nement, elle auroit la répétition de l'excédent.

Le créancier peut-il en ce cas, avant la liquidation de la dette, contraindre la caution au paiement de la ſomme de 300 liv. par proviſion, nonobſtant qu'elle demande qu'il ſoit procédé à la liquidation de la dette qu'elle ſoutient ne devoir pas monter à ſi grande ſomme? La Coutume de Bretagne, art. 189, décide pour l'affirmative; mais cette déciſion ne doit pas être ſuivie hors ſon territoire; car ſuivant le principe que nous venons d'expoſer, la caution ne pouvant pas être tenue à plus que le débiteur principal, elle ne doit pas être contraignable au paiement de la dette, plutôt que le débiteur principal, celui-ci n'y étant contraignable qu'après la liquidation de la dette. *Ord. de* 1661, *T.* 33, *art.* 2. la caution ne doit pas être contrainte au paiement plutôt. D'Argentré, en ſa note ſur l'article de la Coutume ci-deſſus cité, convient que ſa diſpoſition eſt contraire au Droit, *contrà Jus Romanum*; & dans ſon Commentaire ſur l'art. 206. de l'ancienne Coutume, dont celui-ci eſt tiré, il dit: *Hìc ſe Authores conſuetudinis produnt non Juriſconſultos.*

371. Suivant ce principe, lorſque le débiteur principal s'eſt obligé purement

& ſimplement, la caution s'oblige valablement à payer dans un certain terme, ou ſous une certaine condition ; mais au contraire ſi le débiteur principal ne s'eſt obligé que ſous une certaine condition qui ſoit encore pendante, ou dans un certain terme qui ne ſoit pas encore expiré, le fidéjuſſeur ne peut pas s'obliger à payer, pour lui préſentement, & à la premiere réquiſition du créancier. *Dict. Leg.* 8, §. 7.

Obſervez que ſi le cautionnement n'exprime rien, on y doit ſous-entendre le terme ou la condition exprimée dans l'obligation principale ; de même qu'il eſt décidé en la loi 61, *ff. d. tit.* que le lieu du paiement exprimé dans l'obligation principale eſt ſous-entendu dans le cautionnement.

374. Si le principal débiteur eſt obligé de payer dans un terme, la caution peut s'obliger à payer dans le même terme ou dans un terme plus long, mais elle ne peut s'obliger à payer dans un terme plus court.

De-là il ſuit que lorſque le débiteur principal eſt obligé de payer dans un certain terme, ſi la caution s'oblige ſous une certaine condition à payer *auſſi-tôt* que la condition ſera accomplie, ce cautionnement ne ſera pas valable, ſi la condi-

tion vient à s'accomplir avant que le terme de paiement dans lequel le principal débiteur doit payer, ſoit expiré, *l.* 16. §. 5. *ff. d. tit.* car ſi le cautionnement étoit valable, la caution ſeroit obligée de payer avant que la dette pût être exigée du débiteur principal, & par conſéquent *in duriorem cauſam*, ce qui ne ſe peut.

Lorſque le débiteur principal eſt obligé ſous une condition, la caution peut bien s'obliger ſous la même condition, & ſous une autre conjointement; car en ce cas la condition de la caution eſt meilleure que celle du débiteur, puiſqu'elle ne peut être obligée, que les deux conditions ne ſoient accomplies; que ſi la caution s'oblige ſous l'alternative de la condition ſous laquelle le débiteur principal s'eſt obligé, & d'une autre condition, ou ſimplement ſous une condition différente, le cautionnement ſera valable, ſi la condition ſous laquelle le débiteur principal s'eſt obligé, arrive la premiere; mais ſi c'eſt l'autre qui arrive la premiere, le cautionnement ne ſera pas valable, la caution ne pouvant pas être obligée, avant que le débiteur principal le ſoit, *l.* 70. *pp°.* & §. 1. *ff. de fidejuſſ.*

373. Le lieu du paiement peut auſſi rendre plus dure l'obligation; c'eſt pour-

quoi si la caution promettoit payer dans un lieu plus éloigné que celui dans lequel le débiteur principal doit payer, le cautionnement ne seroit pas valable, comme fait à une condition plus dure que l'obligation principale, *d. l.* 16, §. 1, & 2.

374. Si quelqu'un dans nos Colonies s'étoit obligé envers un autre de lui donner l'un ou l'autre de deux certains Negres, *putà* Jacques ou Jean, lesquels fussent à-peu-près de même prix, le cautionnement par lequel la caution s'obligeroit pour le débiteur à donner Jean déterminément, seroit-il valable ? la Loi 54, ff. *de fidejuss.* décide qu'il est valable, que la condition de la caution est dans cette espece, meilleure que celle du débiteur principal, puisque la caution peut être libérée par la mort du seul Jean, au-lieu que le débiteur principal ne peut l'être que par la mort de l'un & de l'autre.

Contra si le débiteur principal s'étoit obligé à donner Jean déterminément, le cautionnement par lequel la caution s'obligeroit de donner Jean ou Jacques, ne seroit pas valable, non-seulement par la raison que nous avons dit, que cette obligation alternative est plus dure que l'obligation déterminée de Jean ; mais encore par une autre raison, qui est que si la caution choisissoit de donner Jacques,

il ſe trouveroit devoir autre choſe que ce que devoit donner le débiteur principal, qui n'eſt débiteur que de Jean ; ce qui ne ſe peut, *ſuprà n.* 368. c'eſt la déciſion de la loi 8, §. 8, ff. *d. tit.*

Cela n'eſt pas à craindre dans l'eſpece précédente, dans laquelle le débiteur principal a promis Jean ou Jacques, & la caution Jean déterminément ; car dans cette eſpece ſi le débiteur principal offre Jacques au créancier ; & le conſtitue en demeure de le recevoir, en déterminant par ce choix ſon obligation à l'obligation de donner Jacques, il ſe libere de l'obligation de donner Jean, & il en libere par conſéquent ſon fidéjuſſeur ; *nam reo liberato liberantur fidejuſſores.* Le fidéjuſſeur qui n'avoit accédé qu'à l'obligation de donner Jean, ne doit plus rien ; ſi au contraire ce débiteur principal avoit offert Jean, il devroit la même choſe que ſon fidéjuſſeur ; il ne peut donc point arriver dans cette eſpece que le débiteur principal & la caution doivent différentes choſes.

Si le débiteur principal s'étoit obligé à donner les Negres Jean ou Jacques, *au choix du créancier*, la caution s'obligera valablement à donner l'un des deux *qu'elle voudra*, *d. l.* 8, §. 10, car le créancier conſervant toujours ſon choix contre le débiteur principal, juſqu'au paie-

ment, le débiteur ſera toujours débiteur de l'une des deux choſes, & par conſéquent de celle que la caution voudra.

375. C'eſt une queſtion, ſi le cautionnement eſt entiérement nul, lorſque la caution s'eſt obligée à plus que le débiteur principal, ou s'il eſt nul ſeulement en ce qu'il excede l'obligation principale. Il paroît que les Juriſconſultes Romains ont penſé qu'il étoit entiérement nul, quoique Dumoulin *ad l. 51. Si ſtipulanti, §. Sed ſi mihi, n.* 30, *& ſeq.* ait voulu leur faire dire le contraire; cela réſulte évidemment de ces termes de la Loi 8, §. 7, ci-deſſus citée, *placuit eos omninò non obligari.* Il eſt vrai qu'*Haloander* dans ſon édition, lit *non omninò*; mais c'eſt de ſon autorité privée qu'il a changé la leçon contre la foi des exemplaires, & contre l'autorité des Interpretes Grecs, qui ont traduit ces termes, *omninò non*, par οὐδὲν ὅλως, *id eſt, nullo modo.* C'eſt ce qui réſulte pareillement des autres textes ci-deſſus cités. La raiſon que rapporte Connanus, *Comment. Jur. n.* 68, de ce ſentiment des Juriſconſultes Romains, eſt qu'un cautionnement étant eſſentiellement une obligation acceſſoire de l'obligation principale, & étant de l'eſſence d'une obligation acceſſoire de ne rien contenir de plus que la principale, un cautionnement par

lequel la caution s'oblige à quelque chose de plus, peche dans sa forme essentielle de cautionnement, & doit par conséquent être absolument nûl. Ce raisonnement, sur lequel il y a lieu de penser que les Jurisconsultes Romains se sont fondés, est plus subtil que solide. De ce qu'un cautionnement est un accessoire de l'obligation principale, il s'ensuit seulement que lorsque la caution s'est obligée à plus, elle n'est pas valablement obligée à ce plus; mais rien ne doit empêcher qu'elle le soit, jusqu'à concurrence de ce à quoi le débiteur principal s'est obligé; car, en voulant s'obliger à une somme plus grande, elle a voulu s'obliger à cette somme à laquelle le débiteur principal s'est obligé; c'est pourquoi les loix Romaines n'étant suivies dans nos provinces qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité naturelle; je pense qu'on doit en ce point s'en écarter, & décider qu'une caution, qui s'est obligée à une plus grande somme que celle portée par l'obligation principale, ou qui s'est obligée de payer présentement ce que le débiteur principal ne devoit qu'au bout d'un certain terme, ou sous une certaine condition, est valablement obligée à payer la somme portée en l'obligation principale aux termes & sous les conditions y portées. La Coutume de

Bretagne, *art.* 118, a ſuivi ce ſentiment; & Wiſſembach *ad T. de fid. n.* 10, convient que, quoique contraire aux textes de droit, il eſt ſuivi dans la pratique.

376. Le principe que nous avons établi, que le fidéjuſſeur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que ne l'eſt le débiteur principal, *in duriorem cauſam*, doit s'entendre par rapport à ce qui eſt dû, & à ce qui fait l'objet de l'obligation; le fidéjuſſeur ne peut pas, à la vérité, devoir plus que le débiteur doit, *quantitate, die, loco, conditione, modo*; mais, quant à la qualité du lien, il peut être plus étroitement & plus durement obligé.

Par exemple, 1°. ſuivant les principes du Droit Romain, le fidéjuſſeur qui accede à une obligation purement naturelle eſt plus étroitement obligé que le débiteur principal, puiſqu'il peut être contraint à payer, & que le débiteur principal ne le peut être, le créancier n'ayant point d'action contre lui.

2°. Suivant les principes du même Droit Romain, lorſque quelqu'un a cautionné un débiteur qui a, ce qu'on appelle, *exceptionem competentiæ*; comme ſi quelqu'un a cautionné le pere envers le fils créancier de ſon pere, le fidéjuſſeur eſt plus étroitement obligé que ne l'eſt le débiteur principal, puiſque le fidéjuſſeur peut être

contraint dans toute le rigueur au paiement de toute la dette ; au-lieu que le débiteur principal ne le peut être que juſqu'à la concurrence de ce qui lui reſtera, en lui laiſſant ce qui lui eſt néceſſaire pour ſa ſubſiſtance, *l.* 173, *ff. de reg. jur.*

3°. Le fidéjuſſeur d'un mineur eſt ſouvent plus étroitement obligé, que le débiteur principal qui peut, s'il a été léſé, être reſtitué contre ſon obligation ; au lieu que le fidéjuſſeur eſt obligé, ſans eſpérance de reſtitution, *L.* 13, *de minor. l.* 1, *cod. de fidejuſſ. minor.*

4°. Suivant nos uſages une caution judiciaire eſt contraignable par corps, quoique le débiteur principal n'y ſoit pas ſujet, *putà*, ſi c'eſt un prêtre, un mineur, une femme, un ſeptuagenaire ; & par conſéquent plus étroitement &, quant à la qualité du lien, plus durement obligée.

COROLLAIRE V.

377. Il réſulte de notre définition, que le cautionnement étant une obligation acceſſoire à celle du principal débiteur, l'extinction de l'obligation principale, entraîne auſſi l'extinction du cautionnement, puiſqu'il eſt de la nature des choſes acceſſoires de ne pouvoir ſubſiſter ſans la choſe principale ; toutes les fois donc que

le débiteur principal eſt libéré, de quelque maniere que ce ſoit, non-ſeulement par le paiement réel qu'il auroit fait de la dette, ou par la compenſation de la dette, mais auſſi par la remiſe qui lui en auroit été faite, le fidéjuſſeur eſt pareillement libéré; car l'eſſence du cautionnement étant que le fidéjuſſeur ſoit obligé pour un principal débiteur, il ne peut plus être obligé lorſqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qui il ſoit obligé.

378. Pareillement la caution eſt libérée par la novation qui eſt faite de la dette; car la caution ne peut plus être tenue de la premiere dette pour laquelle elle a été caution du débiteur, puiſqu'elle ne ſubſiſte plus, ayant été éteinte par la novation; elle ne peut être tenue auſſi de la nouvelle dette, en laquelle a été convertie la premiere, puiſque cette nouvelle dette n'eſt pas celle à laquelle elle a accédé; *novatione legitimè perfectâ debiti in aliam ſpeciem tranſlati, prioris contractûs fidejuſſores, vel mandatores liberatos eſſe non ambigitur, ſi modò in ſequenti ſe non obligaverint, l. 4, cod. de fidejuſ.*

379 Pareillement, lorſque le débiteur principal devient ſeul héritier pur & ſimple du créancier, *aut vice verſâ*, lorſque le créancier devient ſeul héritier pur & ſimple du débiteur principal, ou lorſ-

qu'une même perſonne devient ſucceſſivement héritiere de l'une ou de l'autre, les fidéjuſſeurs ſont libérés, parce qu'il ne reſte plus de débiteur principal, par la confuſion qui ſe fait des qualités de créancier & de débiteur, leſquelles ſe trouvant réunies en une même perſonne, ſe détruiſent l'une & l'autre, perſonne ne pouvant être créancier de ſoi-même, ni débiteur de ſoi-même.

Il en ſeroit autrement ſi le débiteur n'étoit devenu héritier du créancier que ſous bénéfice d'inventaire, *aut vice versâ*; car un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confuſion des qualités, & de diſtinguer la perſonne de l'héritier, de la ſucceſſion bénéficiaire; le débiteur héritier bénéficiaire du créancier demeurant toujours débiteur envers la ſucceſſion bénéficiaire, ſes cautions ne ſont point libérées, car il y a un débiteur principal.

Lorſque le créancier ſuccede à ſon débiteur, non à titre d'héritier, mais à titre de donataire univerſel, ou de légataire univerſel, ou de déshérence, ou de confiſcation; comme dans tous ces cas il n'eſt pas tenu des dettes indéfiniment, mais ſeulement juſqu'à la concurrence de la valeur des biens auxquels il ſuccede, la confuſion ne ſe fait que juſqu'à cette

concurrence ; d'où il ſuit que les cautions ne ſont déchargées que juſqu'à cette concurrence, & que s'il n'y a pas dans les biens qu'a laiſſé le débiteur, de quoi acquitter toute la dette, les cautions ſont obligées de payer le ſurplus ; mais le créancier ne peut le pourſuivre qu'il ne leur ait compté des biens du débiteur auquel il a ſuccédé.

Lorſque le débiteur devient héritier pur & ſimple, à la vérité, du créancier, mais pour partie ſeulement, *aut vice verſâ*, la confuſion ne ſe faiſant que pour la portion pour laquelle il eſt héritier, ſes cautions ne ſont libérées que pour cette portion.

380. Lorſque le débiteur principal n'eſt pas libéré de plein droit, mais par quelque exception, ou fin de non-recevoir, qu'il peut oppoſer contre la demande du créancier ; les fidéjuſſeurs peuvent-ils oppoſer les mêmes fins de non-recevoir que peut oppoſer le débiteur principal ? Il faut à cet égard diſtinguer entre les exceptions ou fins de non-recevoir qu'on appelle *exceptiones in perſonam*, & celles qu'on appelle, *exceptiones in rem* : les exceptions *in perſonam* ſont celles qui ſont fondées ſur quelque raiſon qui eſt perſonnelle au débiteur principal ; les exceptions *in rem*, ſont celles qui ſont ainſi appellées,

appellées, parce qu'elles ne ſont pas fondées ſur quelque raiſon qui ſoit perſonnelle au débiteur principal, mais ſur la choſe même, c'eſt-à-dire, ſur la dette elle-même.

Ces exceptions, *in rem*, peuvent être oppoſées par les cautions, auſſi-bien que par le débiteur principal; *rei cohærentes exceptiones etiam fidejuſſoribus competunt*, l. 7, §. 1, ff. de except. & c'eſt de ces exceptions qu'il faut entendre ce qui eſt dit en la loi 19, ff. *d. tit. omnes exceptiones quæ reo competunt, fidejuſſori quoque, etiam invito reo competunt.*

Telle eſt l'exception de dol ou de violence, telles ſont auſſi l'exception de la choſe jugée, ou du ſerment déciſoire, *d. l.* 7, §. 1; car ces exceptions étant fondées ſur ce qui a été décidé par la ſentence, ou par le ſerment déciſoire, que la choſe n'étoit pas dûe, ſont des exceptions qui tombent ſur la choſe, & qui ne ſont pas fondées ſur quelque raiſon qui ſoit perſonnelle au principal débiteur; & par conſéquent ce ſont des exceptions qui ne ſont point *exceptiones in perſonam*, mais *exceptiones in rem*, qui peuvent être oppoſées par les cautions, auſſi-bien que par le débiteur principal avec qui la choſe a été jugée, ou à qui on a déféré le ſerment: *nec obſtat re-*

gula juris, que la choſe jugée, non plus que le ſerment déciſoire, ne peuvent acquérir de droit à des tiers qui n'ont pas été parties, *l.* 2, *cod. Quib. res jud. non noc. l.* 3, §. 3, ff. *de jurejur.* car cette regle ne doit pas s'entendre de ceux dont le droit eſt eſſentiellement lié avec celui de la perſonne qui a été partie, tels que ſont les cautions à l'égard du principal débiteur.

Lorſqu'un débiteur principal, par une tranſaction avec le créancier ſur la légitimité de la dette, eſt convenu de la payer, mais à la charge qu'il auroit terme de trois ans ; l'exception que cette convention donne contre le créancier, s'il faiſoit des pourſuites avant le terme, eſt auſſi une exception *in rem* ; car elle eſt fondée ſur la choſe même : elle eſt fondée ſur le doute qu'il y avoit ſur la légitimité de la dette, ſur lequel doute on a tranſigé. Cette exception peut par conſéquent être oppoſée par les fidéjuſſeurs, auſſi-bien que par le débiteur principal, quoiqu'ils n'aient pas été parties en la tranſaction ; delà naît une queſtion : on demande ſi le débiteur par une nouvelle convention avec le créancier, peut au préjudice des fidéjuſſeurs, permettre au créancier d'exiger ſa créance, avant le terme porté par la premiere convention ?

Paul en la loi 27, §. 2, ff. *de pact.* décide formellement qu'il le peut, (quoique quelques interpretes, pour concilier ce texte avec la loi *fin.* ff. *d. tit.* qui décide le contraire, aient donné la torture au texte, pour lui faire dire autre choſe.) La raiſon de la déciſion de Paul eſt que le droit qui réſulte de la premiere convention ayant été formé par le concours des ſeules volontés du créancier & du débiteur, ſans que les fidéjuſſeurs y ſoient intervenus, il peut ſe détruire par un conſentement contraire; *cùm quæque eodem modo diſſolvantur quo colligata ſunt:* au contraire Furius-Anthianus décide que la nouvelle convention ne peut priver les fidéjuſſeurs de l'exception qui leur a été acquiſe par la premiere; *l. fin.* ff. *de pact.* & je penſe qu'il faut s'en tenir à cette déciſion; la raiſon alléguée pour celle de Paul ne peut avoir lieu que lorſqu'il n'y a pas un droit acquis à un tiers; quelques interprétes, dont j'ai ſuivi autrefois l'opinion, pour concilier *Furius-Anthianus* avec *Paul*, diſent que la déciſion de Furius n'a lieu que dans le cas auquel les fidéjuſſeurs ont ratifié & accepté la premiere convention; mais cette conciliation eſt divinatoire; il n'eſt pas dit dans cette loi que les fidéjuſſeurs avoient accepté la premiere convention; on ne peut pas

même le ſuppoſer ; car en le ſuppoſant, Furius auroit mis en queſtion ce qui n'auroit pas pu faire de queſtion.

Paſſons maintenant aux exceptions *in perſonam.*

Ces exceptions qui ſont fondées ſur l'inſolvabilité ou le peu de ſolvabilité du débiteur principal, & ſur le privilege perſonnel qu'il a de ne pouvoir être contraint ſur ſon néceſſaire, ne peuvent être oppoſées par les cautions ; c'eſt ce que nous apprenons de la loi 7, ff. *de excep.* qui enſeigne que l'exception qui eſt accordée à un débiteur, qui ſeroit ou le pere, ou la mere, ou le mari, ou le patron, ou l'aſſocié du créancier pour ne pouvoir être contraint au paiement ſur ſon néceſſaire, ne peut être oppoſée par les cautions : la raiſon eſt évidente. L'état de pauvreté de ce débiteur principal ne le libere pas de ſon obligation ; & s'il venoit par la ſuite à avoir la commodité de payer, il pourroit y être contraint ; en attendant, ſon obligation ne laiſſe pas de ſubſiſter dans tout ſon entier, & elle ſert d'un fondement ſuffiſant à celle de ſes cautions. Son état de pauvreté ne la détruit pas, elle en arrête ſeulement l'exécution par l'exception qu'il a de ne pouvoir être contraint au paiement ſur ſon néceſſaire : mais cette exception étant fondée ſur ſa qualité de

père ou de mari, *&c.* qui lui eſt perſonnelle, ne peut être oppoſée par ſes cautions.

Il en eſt de même de l'exception qui réſulte de la ceſſion des biens : lorſque le débiteur principal a fait une ceſſion de ſes biens, & qu'ils n'ont pas ſuffi à payer ce qu'il devoit, il n'eſt pas libéré du ſurplus, *l.* 1. *cod. qui bon. ced.* & ſon obligation qui ſubſiſte pour le ſurplus, eſt un fondement ſuffiſant à l'obligation de ſes cautions pour ce ſurplus. Néanmoins tant qu'il n'a pas acquis de nouveaux biens au delà de ce qu'il lui eſt néceſſaire pour ſa ſubſiſtance, il peut oppoſer contre les pourſuites que feroit contre lui un créancier, une fin de non-recevoir réſultante de la ceſſion qu'il a faite de ſes biens, *l.* 3, *cod. de bon. author. jud. poſſid. l.* 4, ff. *de ceſſ. bonor.* il eſt évident que cette fin de non-recevoir eſt fondée ſur une raiſon de faveur qui eſt perſonnelle au débiteur, c'eſt *exceptio in perſonam*, que ſes cautions ne peuvent oppoſer.

Je penſe qu'il en eſt de même de l'exception qui naît d'un contrat d'attermoiement auquel un créancier auroit été obligé d'accéder, par lequel on accorde au débiteur remiſe d'une partie de la dette, & certains termes pour le paiement du ſurplus ; je crois que l'exception que donne

ce contrat au débiteur principal contre la demande qui ſeroit donnée contre lui avant les termes accordés par ledit contrat, ou contre la demande de ce qui lui a été remis par ledit contrat, ne doit pas paſſer aux fidéjuſſeurs, & qu'ils peuvent être pourſuivis incontinent pour le paiement du total de la créance; car il eſt évident que cette exception eſt une exception *in perſonam*, qui n'eſt accordée au débiteur qu'en conſidération de ſon état de pauvreté, qui lui eſt perſonnel; les remiſes accordées par le contrat d'attermoiement n'ayant pas été accordées *animo donandi*, mais par néceſſité, l'exception qui réſulte de ce contrat, ainſi que la précédente, ne donne atteinte qu'à l'obligation civile; l'obligation naturelle, pour ce qui reſte à payer, ſubſiſte dans toute ſon intégrité, & ſert d'un fondement ſuffiſant à l'obligation des fidéjuſſeurs; cette raiſon ſert de réponſe à celle qu'on allegue en premier lieu pour l'opinion contraire, qui conſiſte à dire qu'il eſt de l'eſſence du cautionnement que le fidéjuſſeur ne peut être tenu à plus que n'eſt tenu le débiteur principal; quant au ſecond moyen qu'on allegue pour l'opinion contraire, qui conſiſte à dire, que ſi le fidéjuſſeur ne profitoit pas du contrat d'attermoiement, & pouvoit être obligé de payer le total de

la dette, il arriveroit indirectement que le débiteur principal n'en profiteroit pas lui-même, à cauſe du recours que le fidéjuſſeur, qui auroit payé le total, auroit contre lui; la réponſe eſt que cela n'arrivera pas, parce que le fidéjuſſeur qui a payé le total eſt, en ſa qualité de créancier de cette ſomme pour ſon indemnité, obligé, auſſi-bien que les autres créanciers, d'accéder au contrat d'attermoiement, & de faire ſur cette indemnité, au débiteur principal, les remiſes qui ſont portées audit contrat; il faut néanmoins convenir que l'opinion contraire eſt autoriſée par deux anciens Arrêts, cités par Baſnage, dont l'un eſt du Parlement de Paris, & l'autre du Parlement de Normandie, & eſt le 114e de ceux rapportés par Montholon; mais je ne penſe pas que la déciſion de ces Arrêts doive être ſuivie par les raiſons ci-deſſus rapportées: cette déciſion paroît même réſiſter à la nature du cautionnement, qui eſt un acte auquel un créancier a recours pour ſa ſûreté, contre le riſque de l'inſolvabilité du débiteur principal: or, que deviendroit cette ſûreté, ſi le créancier n'avoit pas le droit d'exiger de la caution ce que l'inſolvabilité du débiteur principal l'obligeroit de remettre au débiteur principal; notre ſentiment eſt con-

forme à l'Article XIII des arrêtés de M. de Lamoignon sur ce titre.

Lorsqu'il y a eu convention entre un créancier & le débiteur principal, par laquelle le créancier pour gratifier le débiteur principal, seroit convenu avec lui de ne lui pas demander le paiement de la dette ; si le créancier par la suite en demandoit le paiement aux cautions, les cautions pouvoient, à la vérité, lui opposer l'exception qui résulte de la convention qu'il a eue avec le débiteur principal ; mais suivant l'ancien Droit romain, les cautions n'avoient ce droit que parce que la demande donnée contre les cautions réfléchissoit contre le débiteur principal qui étoit obligé de les en acquitter, *actione contrariâ mandati aut negotiorum gestorum* ; c'est pourquoi dans le cas auquel la demande donnée contre les cautions n'eût pas dû réfléchir contre le débiteur principal, *putà* parce que ces cautions l'auroient cautionné *donandi animo* avec protestation de ne rien répéter contre le débiteur principal de ce qu'ils seroient obligés de payer pour lui, les cautions ne pouvoient en ce cas, suivant les principes de l'ancien droit, opposer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier & le débiteur principal, parce que cette convention

tion & l'exception qui en réſulte étant fondées ſur la conſidération perſonnelle que le créancier a eue pour le débiteur principal qu'il a voulu gratifier, c'eſt une exception *in perſonam* qui n'appartient point aux cautions. C'eſt ce que nous apprenons de la loi 32, ff. *de pact.* où il eſt dit : *Quod dictum eſt, ſi cum reo pactum ſit ut non petatur, fidejuſſori quoque competere exceptionem, propter rei perſonam placuit, ne mandati judicio conveniatur : igitur ſi mandati actio nulla ſit, forté ſi donandi animo fidejuſſerit ; dicendum eſt non prodeſſe exceptionem fidejuſſori.*

Quand même la caution ſeroit une caution ordinaire, qui a recours contre le débiteur principal pour ce qu'elle eſt obligée de payer pour lui, elle ne pourroit, ſelon les principes du Droit romain, oppoſer l'exception qui naît de la convention intervenue entre le créancier & le débiteur principal, ſi par cette convention le créancier, en promettant de ne pas demander le paiement de la dette au débiteur principal, s'étoit expreſſément réſervé de pouvoir le demander à la caution : *Debitoris conventio fidejuſſoribus proficiet, niſi hoc actum eſt ut duntaxàt, à reo non petatur, à fidejuſſore petatur : tunc enim fidejuſſor exceptione non utetur, l.* 21, §. 5, *in fin.* 22, ff. *d. tit.*

Cujas dans ſon Commentaire ſur ledit §. 5, obſerve fort bien qu'en cela les fidéjuſſeurs différoient de ceux qu'on appelle en Droit, *mandatores pecuniæ credendæ*; car ſi à votre requiſition j'avois prêté à quelqu'un une ſomme d'argent, je ne pouvois pas par la ſuite, en convenant avec le débiteur que je ne lui demanderois pas le paiement de la dette, me réſerver valablement le pouvoir de vous le demander; il nous en donne cette raiſon de différence : lorſqu'à votre requiſition j'ai prêté une ſomme d'argent à quelqu'un, je ſuis par la nature du contrat de mandat qui eſt intervenu entre nous, obligé de vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait en exécution de votre mandat; tout mandataire étant obligé, *actione mandati directâ*, à tenir compte au mandant de tout ce qu'il a acquis en exécutant le mandat : donc lorſque par mon fait je me ſuis mis hors d'état de pouvoir remplir mon obligation envers vous, & de pouvoir vous céder l'action qui naît du prêt que j'ai fait au débiteur, ſoit en convenant avec le débiteur de ne lui rien demander, ſoit en laiſſant, par ma faute, donner congé de ma demande contre ce débiteur, ſoit de quelqu'autre maniere que ce ſoit, je ne dois plus être recevable à

répéter de vous, *actione mandati contrariâ*, la ſomme que j'ai prêtée par votre ordre à ce débiteur, *l.* 95, §. *pen.* ff. *de ſolut.* car c'eſt un principe commun à tous les contrats ſynallagmatiques que la partie qui manque à ſon obligation, n'eſt pas recevable à demander à l'autre partie l'accompliſſement de la ſienne.

Il n'en eſt pas de même des fidéjuſſeurs; un créancier, ſuivant les principes de l'ancien Droit romain, comme l'obſerve Cujas *ad d.* §. ne contracte aucune obligation envers les fidéjuſſeurs de leur conſerver ſes actions contre le débiteur principal contre lequel ils en ont une de leur chef; c'eſt par une pure raiſon d'équité qu'il n'en peut refuſer la ceſſion à la caution lors pu paiement qu'elle fait; mais il n'eſt tenu de les céder que telles qu'il les a, & autant qu'il les a; c'eſt pourquoi la convention qu'il a eue avec le débiteur, par laquelle il a rendu inefficaces ſes actions contre lui, ne l'exclut pas de pouvoir demander au fidéjuſſeur le paiement de la dette.

Tel étoit l'ancien Droit, qui, comme l'obſerve Cujas *ad d.* §. 5, ne peut guere avoir lieu depuis la Novelle de Juſtinien: *Jure novo*, dit Cujas, *haud facilè procedere poteſt*; car Juſtinien ayant, par ſa Novelle, accordé aux fidéjuſſeurs

l'exception de diſcuſſion, *beneficium ordinis*, qui conſiſte dans le droit qu'il leur donne, lorſqu'ils ſont pourſuivis par le créancier, à le renvoyer à ſe pourvoir auparavant contre le débiteur principal, & à diſcuter pour cet effet ſes biens, il eſt évident que le créancier ne peut plus aujourd'hui, en convenant avec le débiteur de ne lui pas demander le paiement de la dette, ſe réſerver le pouvoir de le demander aux fidéjuſſeurs; car il ne peut par ſon fait les priver du droit & de l'exception que la loi leur donne.

Selon les principes du Droit François, outre cette raiſon tirée de la Novelle, pour qu'un créancier ne puiſſe en convenant avec le débiteur de ne pas lui demander le paiement de la dette, ſe réſerver le pouvoir de le demander aux cautions; il y en a une autre qui n'eſt pas moins déciſive : elle ſe tire de la différence des principes du Droit romain, & des nôtres ſur les ſimples pactes.

Selon les principes du Droit romain, il n'y avoit que les obligations qui avoient été formées par le ſeul conſentement des parties, qui pouvoient ſe détruire par un conſentement contraire; à l'égard de toutes les autres, lorſque le créancier vouloit en faire remiſe au débiteur, il ne pouvoit le faire que par la formule de

l'acceptilation ou ſimple, ou Aquilienne : ſans cela la convention qu'il avoit eue avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, n'étoit qu'un ſimple pact qui ne pouvoit détruire l'obligation du débiteur ; car de même qu'un ſimple pact ne peut pas produire une obligation civile, il ne peut pas auſſi la détruire ; il eſt vrai que cette convention donnoit au débiteur une exception pour exclure le créancier de la demande qu'il auroit donnée contre lui contre la foi de la convention ; mais le débiteur ne tenoit cette exception que de l'équité Prétorienne contre la rigueur du droit ; l'obligation qu'il avoit contractée ne laiſſoit pas de ſubſiſter *ipſo jure* en ſa perſonne, & étoit un ſuffiſant fondement pour conſerver celle des fidéjuſſeurs qui y avoient accédé.

Il en étoit de même de la convention par laquelle le créancier par libéralité auroit accordé un certain terme à ſon débiteur qui avoit d'abord contracté une obligation pure & ſimple & ſans aucun terme ; cette convention n'étoit qu'un ſimple pact qui ne donnoit au débiteur qu'une exception contre la demande que le créancier, contre la foi de la convention, auroit donné contre lui avant le terme ; mais ſi par la convention le créancier avoit déclaré qu'il n'entendoit ac-

corder le terme qu'au débiteur, & non aux cautions, cette convention, ſuivant les principes de l'ancien Droit, ne l'empêchoit pas d'agir contre les cautions avant le terme, qui ne pouvoient pas lui oppoſer le principe de droit, qu'il eſt de la nature & de l'eſſence du cautionnement que la caution ne ſoit pas obligée à plus que le débiteur principal, & qu'elle ait les mêmes termes de paiement; car la convention par laquelle le terme a été accordé au débiteur n'étant qu'un ſimple pact, n'a pu donner atteinte à ſon obligation, ni la diminuer; elle ſubſiſte *ipſo jure* telle qu'elle a été contractée, comme obligation pure & ſimple & ſans terme, & elle laiſſe ſubſiſter de même celle des cautions. Si le débiteur peut jouir du terme qui lui a été accordé par la convention, ce n'eſt que par une exception qu'il ne tient que de l'équité Prétorienne contre la rigueur du droit, & qui n'étant fondée que ſur une conſidération perſonnelle pour le débiteur, ne paſſe pas à ſes cautions.

Ces principes du Droit romain ſur l'effet des ſimples pacts ne ſont point puiſés dans le droit naturel, & ne ſont fondés que ſur des ſubtilités très-oppoſées à l'eſprit & à la ſimplicité de notre Droit François. Nous ne connoiſſons

point la ſolemnité de l'acceptilation : toutes les conventions peuvent produire des obligations civiles, les éteindre & les modifier. Lorſqu'un créancier a convention avec le débiteur de ne point exiger de lui la dette, cette convention, ſelon la ſimplicité de notre Droit François, libere de plein droit le débiteur; c'eſt pourquoi le créancier ne peut pas valablement ſe réſerver d'en pouvoir demander le paiement aux cautions, la libération du débiteur entraînant néceſſairement celle des cautions.

Pareillement dans notre Droit, lorſque depuis le contrat, un créancier par libéralité accorde un certain terme de paiement à ſon débiteur, il ne peut pas valablement exclure de ces termes les cautions; car la convention ayant l'effet de modifier de plein droit l'obligation du débiteur, & d'une obligation pure & ſimple d'en faire une obligation avec un terme de paiement, l'obligation des cautions reçoit néceſſairement la même modification, & a le même terme de paiement qu'a l'obligation du débiteur principal; étant de l'eſſence du cautionnement que la caution ne ſoit obligée à plus que le débiteur principal.

Si dans le cas d'un contrat d'attermoiement fait entre les créanciers & le dé-

biteur, les cautions ne jouiſſent pas des remiſes & des termes accordés au débiteur par le contrat, comme nous l'avons décidé ci-deſſus, c'eſt que les remiſes & les termes qui ſont accordés au débiteur par ce contrat, ne tombent que ſur l'obligation civile ; l'obligation naturelle demeure dans ſon entier : en conſéquence de laquelle, le débiteur lui-même, ſi la commodité de payer lui ſurvenoit, ne pourroit dans le for de la conſcience jouir des remiſes ni des termes qui lui ont été accordés. Cette obligation naturelle ſuffit, comme nous l'avons dit, pour ſervir de fondement à celle des cautions ; mais lorſqu'un créancier, de ſon bon gré & par libéralité, a déchargé ſon débiteur, ou lui a accordé terme, le débiteur n'étant plus obligé, ni naturellement, ni civilement, de payer la ſomme qui lui a été remiſe, n'étant plus obligé, ni naturellement, ni civilement de payer avant le terme ; c'eſt une conſéquence que les cautions ne le ſoient plus auſſi.

381. Lorſque le débiteur principal ſe fait reſtituer contre ſon obligation par des lettres de reſciſion, la reſciſion de ſon obligation entraîne-t-elle la reſciſion de celles des cautions ? Il faut faire la même diſtinction que nous avons faite à l'égard des exceptions : ſi la reſtitution eſt fon-

dée ſur quelque vice réel de l'obligation, comme ſur le dol, la violence, l'erreur, la léſion énorme; la reſciſion de l'obligation principale entraîne celle des fidéjuſſeurs; que ſi au contraire la reſtitution eſt fondée ſur des raiſons qui ſoient perſonnelles au débiteur principal, comme par exemple, ſur ſa minorité; en ce cas la reſciſion qu'il obtient de ſon obligation n'entraîne point celle des fidéjuſſeurs; ce débiteur principal n'acquiert par la reſtitution qu'une défenſe qui lui eſt perſonnelle contre ſon débiteur, laquelle, nonobſtant la reſciſion, ſubſiſte en quelque façon *naturaliter*, & eſt un ſujet ſuffiſant auquel l'obligation des fidéjuſſeurs peut accéder; c'eſt ce qui eſt décidé par la loi 13, ff. *de minorib.* & bien nettement par la loi 1, *cod. de fidejuſſ. min.*

Il y a néanmoins un cas auquel la reſciſion de l'obligation principale, quoique pour ſeule cauſe de minorité, entraîne celle des fidéjuſſeurs; c'eſt lorſque le débiteur principal s'eſt obligé en une qualité que la reſciſion a détruite; comme s'il s'étoit obligé en qualité d'héritier, & qu'il ſe fît reſtituer contre ſon acceptation de ſucceſſion; car le débiteur principal n'étant pas obligé de ſon chef, mais en une qualité d'héritier qu'il n'a plus & qu'il a perdue par la reſciſion de ſon accepta-

tion de ſucceſſion, il n'eſt plus débiteur en tout, même *naturaliter*; ſon obligation attachée à cette qualité qui eſt détruite ne ſubſiſte plus : c'eſt ce qui eſt décidé en la loi 89, ff. *de acquir. hered.*

382. La regle que nous avons établie que l'extinction de l'obligation principale, entraînoit celle du fidéjuſſeur, ſouffre une eſpece d'exception dans le cas auquel la choſe dûe ſeroit périe par le fait ou la faute du fidéjuſſeur, ou depuis qu'il a été conſtitué en demeure; en ce cas, quoique l'obligation du débiteur principal qui n'a pas été conſtitué en demeure, ſoit éteinte par l'extinction de la choſe qui en faiſoit l'objet, le fidéjuſſeur demeure obligé; c'eſt ce que décide la loi 32, §. 5, *de Uſur. ſi fidejuſſor ſolus moram fecerit, reus non tenetur, ſicuti ſi ſtichum promiſſum occiderit, ſed* UTILIS ACTIO *in hunc (fidejuſſorem) dabitur.*

Ce qui a été établi contre le principe de droit, qui ne permet pas que l'obligation du fidéjuſſeur puiſſe ſubſiſter après l'extinction de l'obligation principale; c'eſt ce que nous marque le Juriſconſulte, en nous diſant qu'en ce cas l'action qui a lieu contre le fidéjuſſeur eſt une *action utile* (*actio utilis*) c'eſt-à-dire, qui eſt donnée *contrà tenorem juris, ita ſuadente utilitate & æquitate* par forme de

dommages & intérêts, & en punition de la faute ou demeure du fidéjuſſeur.

COROLLAIRE VI.

383. De ce que le fidéjuſſeur, ſuivant notre définition, eſt celui qui s'oblige pour un autre qui accede à l'obligation d'un autre, les Juriſconſultes Romains avoient tiré cette conſéquence, que toutes les fois que les deux qualités de débiteur principal & de fidéjuſſeur de ce débiteur ſe trouvoient concourir dans une même perſonne, ce qui arrive lorſque le fidéjuſſeur devient héritier du débiteur principal; *aut vice versâ*, lorſque le débiteur principal devient héritier du fidéjuſſeur; ou lorſqu'un tiers devient héritier de l'un & de l'autre; en tous ces cas la qualité de débiteur principal détruiſoit celle de fidéjuſſeur; un fidéjuſſeur étant eſſentiellement celui qui eſt obligé pour un autre; & ne pouvant être le fidéjuſſeur de ſoi-même; d'où ils concluoient que dans tous ces cas, l'obligation du cautionnement étoit éteinte, & qu'il ne reſtoit plus que l'obligation principale, *l.* 93, §. 2. *& fin.* ff. *de ſolut. l.* 5, ff. *d. fid. l.* 24, *cod. de fidej.*

Delà ils concluoient que ſi le fidéjuſſeur avoit lui-même donné un fidéjuſſeur

qui accédât à ſon obligation ; en tous ces cas, l'obligation de ce fidéjuſſeur du fidéjuſſeur étoit éteinte par l'extinction de celle du fidéjuſſeur, qui étoit comme une obligation principale, vis-à-vis de celle de ce fidéjuſſeur du fidéjuſſeur, *l.* 38. §. *ff. fin. de ſolut.*

Selon nos uſages, on n'a pas égard à cette ſubtilité, & un certificateur de caution qui eſt *fidejuſſor fidejuſſoris* n'eſt pas déchargé, parce que le fidéjuſſeur qu'il a certifié, eſt devenu héritier du principal débiteur, *aut vice versâ*; il y a d'autant plus lieu de le penſer, que les Juriſconſultes Romains avoient été partagés d'avis ſur cette queſtion, *d. l.* 93, §. *fin.* au ſurplus, quand même on décideroit ſuivant le droit Romain, qu'il ſe feroit dans ce cas confuſion de l'obligation du fidéjuſſeur ; les hipotheques données par ce fidéjuſſeur ne laiſſent pas de ſubſiſter, car les hypotheques ne s'éteignent que par le paiement ; & cette confuſion, qui ſelon la ſubtilité, déſoblige le fidéjuſſeur en ſa qualité de fidéjuſſeur, n'équipolle pas à un paiement : c'eſt ce qui eſt décidé *d. l.* 38. §. *fin.*

Lorſque la caution devient héritiere de ſon cofidéjuſſeur, il n'eſt pas douteux qu'il ne ſe fait en ce cas aucune confuſion, & que les deux obligations ſubſiſtent,

quoique réunies dans une même perſonne, *l.* 21, §. 1, *ff. de fidej.* de même que lorſqu'un débiteur principal ſuccede à ſon codébiteur principal, les deux obligations ſubſiſtent, *l.* 5, *ff. d. tit.*

384. De ce qu'il eſt de l'eſſence de l'obligation des fidéjuſſeurs d'accéder à l'obligation d'un débiteur principal, il n'en faut pas conclure qu'elle ſoit éteinte, lorſque le débiteur principal eſt mort ſans avoir laiſſé d'héritiers; la raiſon de douter ſeroit qu'il ne reſte aucun débiteur principal à l'obligation duquel le fidéjuſſeur puiſſe paroître accéder; la raiſon de décider qui peut en même temps ſervir de réponſe à cette objection, eſt que la ſucceſſion, quoique vacante, de ce debiteur principal, le repréſente, & tient lieu de ſa perſonne, ſuivant la regle *hereditas jacens perſonæ defuncti vicem ſuſtinet*, & par conſéquent il reſte au moins *fictione juris* un débiteur principal, à l'obligation duquel accede celle des fidéjuſſeurs.

Vice versâ, lorſque le créancier envers qui le cautionnement a été ſubi, meurt, & laiſſe ſa ſucceſſion vacante, cette ſucceſſion le repréſente, & eſt une perſonne fictive envers laquelle le cautionnement continue de ſubſiſter.

385. Lorſque le cautionnement a été ſubi envers un créancier, dans une cer-

taine qualité qu'avoit le créancier, le cautionnement ſubſiſte envers les perſonnes à qui cette qualité a paſſé. Par exemple, ſi j'ai cautionné le débiteur d'une ſucceſſion, envers l'héritier en ſa qualité d'héritier, cet héritier ayant depuis reſtitué la ſucceſſion à un héritier fidéi-commiſſaire en la perſonne de qui la qualité d'héritier & tous les droits héréditaires ont paſſé, le cautionnement ſubſiſte envers l'héritier fidéi-commiſſaire, *l.* 21, ff. *de fid.*

SECTION II.

Diviſion des fidéjuſſeurs ou cautions.

386. Nous avons dans notre Droit François trois différentes eſpeces de cautions ou fidéjuſſeurs ; les cautions purement conventionnelles, les légales, les judiciaires.

Les conventionnelles ſont celles qui interviennent par la convention des parties, dans les différents contrats, comme dans les Contrats de Prêt, de Vente, de Louage, & autres ſemblables : Par exemple, une perſonne emprunte de l'argent, & donne une caution qui s'oblige envers le prêteur à la reſtitution de la choſe prêtée, ou bien achete une choſe, ou la

prend à loyer, & donne une caution qui s'oblige avec lui au paiement du prix ou de la ferme ; telles cautions ſont *cautions conventionnelles* ; ce n'eſt ni la loi ni le Juge qui ordonne ces cautions ; c'eſt la ſeule convention des parties qui les fait intervenir, parce que l'emprunteur, l'acheteur, le preneur ſont convenus avec le prêteur, le vendeur, le bailleur, de donner caution.

Les cautions légales ſont celles que la loi ordonne de donner, telles que celles qu'un donataire mutuel, ou autre uſufruitier, eſt tenu de donner, pour jouir des biens dont on lui a donné ou légué l'uſufruit, *&c.*

Les cautions judiciaires ſont celles qui ſont ordonnées par le Juge, comme lorſque le Juge ordonne qu'une perſonne touchera par proviſion une ſomme, en donnant caution de la rapporter, s'il eſt dit que faire ſe doive.

SECTION III.

Des qualités que doivent avoir les cautions.

§. I.

Des qualités que doit avoir une personne pour contracter un cautionnement valablement.

387. Il faut, avant toutes choses, que la caution soit capable de contracter, & de s'obliger comme caution.

Tous ceux qui sont incapables de contracter, tels que sont les fous, les interdits, les pupilles, les femmes mariées lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les Religieux, ne peuvent être cautions.

338. Par le Droit Romain les femmes ne pouvoient s'obliger comme cautions pour les affaires des autres; le Sénatusconsulte Velleïen infirmoit leur obligation.

Justinien par sa Novelle 134, *cap.* 8, avoit permis aux femmes, en s'obligeant, de renoncer à l'exception que leur donnoit ce Sénatusconsulte.

Ce droit a été autrefois suivi en France; mais comme la clause de renonciation

tion au Sénatuſconſulte Velleïen, qui étoit devenue de ſtyle dans les actes des Notaires, en rendoit l'effet inutile, & qu'il n'en pouvoit réſulter que des procès; il a plu au Roi Henri IV. d'abroger entiérement par ſon Edit de 1606, le droit du Sénatuſconſulte Velleïen, & en conſéquence il n'a plus lieu dans tout le Reſſort du Parlement de Paris, où cet Edit a été enregiſtré.

En Normandie où il ne l'a point été, le droit du Velleïen y eſt obſervé dans toute ſa rigueur; & la Novelle qui permettoit aux femmes d'y renoncer, n'y eſt pas ſuivie.

Dans cette diverſité de Juriſprudence, on doit ſuivre la loi du lieu du domicile qu'avoit la femme, lorſqu'elle a contracté le cautionnement; car les loix qui reglent les obligations des perſonnes, telle qu'eſt le Velleïen, qui ne permet pas aux femmes de s'obliger pour autrui, ſont des ſtatuts perſonnels qui exercent leur empire ſur toutes les perſonnes qui y ſont ſoumiſes par leur domicile, qu'elles ont dans leur territoire, en quelque lieu que ſoient ſitués les biens de ces perſonnes, & en quelque lieu qu'elles contractent; c'eſt pourquoi ſi une femme domiciliée en Normandie ſe rendoit caution pour quelqu'un, quoique l'acte

du cautionnement fût passé à Paris où le Velleïen est abrogé, le cautionnement sera nul.

Mais quoiqu'une femme ait été mariée en Normandie, si son mari a transféré son domicile à Paris, cette femme ayant cessé par cette translation de domicile d'être soumise aux Loix de Normandie, les cautionnements qu'elle contractera depuis cette translation de domicile seront valables.

L'obligation personnelle qu'une Normande a contractée en se rendant caution, étant nulle, c'est une conséquence que l'hypotheque de ses biens sous laquelle elle s'est obligée, soit pareillement nulle, quoiqu'ils soient situés à Paris, l'hypotheque ne pouvant subsister sans l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Vice versâ si une Parisienne s'est rendue caution par un acte devant Notaires, ses biens, quoique situés en Normandie, seront hypothéqués : cette hypotheque étant une suite de l'obligation qu'elle a contractée par un acte authentique.

On fera peut-être cette objection : on convient, dira-t-on, que le Velleïen est un statut personnel quant à sa premiere partie, par laquelle il défend aux femmes d'obliger leurs personnes pour autrui ;

mais il a une ſeconde partie par laquelle il leur défend auſſi d'obliger leurs biens pour la dette d'autrui : le Velleïen ayant pour objet de cette ſeconde partie, des choſes, il eſt quant à cette ſeconde partie un ſtatut réel, & ſuivant la nature des ſtatuts réels, il exerce ſon empire ſur toutes les choſes ſituées dans le territoire où il eſt en vigueur, à quelques perſonnes que ces choſes appartiennent ; donc il annulle l'obligation qu'une femme, quoique perſonne non ſoumiſe perſonnellement à ſon empire, fait de ſes biens ſitués en Normandie, pour la dette d'autrui.

Ma réponſe eſt que cet argument prouve ſeulement que ſi une Pariſienne ſans ſe rendre caution & ſans s'obliger perſonnellement, obligeroit ſes biens ſitués en Normandie pour la dette d'autrui, cette obligation ſeroit nulle ; parce que le Velleïen obſervé en Normandie qui a empire ſur les choſes qui y ſont ſituées, en empêche l'obligation pour la dette d'autrui ; mais lorſque l'obligation deſdits biens n'eſt qu'une ſuite de l'obligation perſonnelle contractée par un acte devant Notaire par une Pariſienne : la loi de Normandie ne peut l'infirmer ; car cette loi n'ayant aucun empire ſur l'obligation perſonnelle d'une Pariſienne, n'en peut avoir ſur ce qui n'en eſt que l'aceſſoire.

Le Velleïen n'étant ſtatut perſonnel que quant à la premiere partie, & étant ſtatut réel quant à la ſeconde partie, il s'enſuit qu'une femme Normande peut en ne ſe rendant pas caution, & en ne contractant aucune obligation perſonnelle, obliger à la dette d'autrui les biens qu'elle a, qui ſont ſitués hors la Normandie, dans une Province où le Velleïen eſt abrogé; car les ſtatuts réels n'exercent leur empire que ſur les choſes ſituées dans leur territoire.

389. Les mineurs, quoiqu'émancipés, ne s'obligent pas valablement comme cautions pour les affaires des autres; car l'émancipation ne leur donne que le pouvoir d'adminiſtrer leurs biens, & il eſt évident que le cautionnement pour les affaires d'autrui, ne fait pas partie de cette adminiſtration.

Cela a lieu, même à l'égard d'un mineur Marchand, qui cautionneroit un autre Marchand, pour une affaire de commerce à laquelle il n'auroit aucun intérêt; car ſa qualité de Marchand ne lui donne le pouvoir de contracter ſans eſpérance de reſtitution, que pour les affaires de ſon commerce; or, une affaire d'un autre Marchand, à laquelle il n'a aucun intérêt, n'eſt pas une affaire de ſon commerce. *Baſnage, Traité des hypot. part 2, ch. 2, Deſpeiſſes, T. des cautions, S. 1.*

Par la même raiſon un mineur qui, par diſpenſe du Prince, exerce une charge publique, n'en eſt pas moins reſtituable contre un cautionnement qu'il auroit contracté; car la diſpenſe du Prince ne le fait réputer majeur, que pour ce qui concerne la charge publique qu'il lui permet de poſſéder; d'où il ſuit qu'il n'y a que les engagemens relatifs à l'adminiſtration de cette charge, qu'il puiſſe contracter ſans eſpérance de reſtitution; ces principes ſont certains, malgré un Arrêt contraire cité par Deſpeiſſes, *ibid.*

Il y a des cas extrêmement favorables, dans leſquels le cautionnement d'un mineur peut être valable. Par exemple, on a jugé un mineur non reſtituable contre ſon cautionnement, pour tirer ſon pere de priſon.

Le cautionnement d'un mineur fait pour cette cauſe doit ſur-tout être confirmé, lorſque le pere n'avoit pas la voie de la ceſſion des biens pour ſortir de priſon; & lorſque ce cautionnement ne cauſoit pas un dommage & un dérangement trop notable dans la fortune du fils; mais ſi le pere avoit la voie de la ceſſion de biens, on doit ſubvenir au fils mineur qui a eu la facilité de ſubir un cautionnement conſidérable pour ſon pere, lequel n'étoit pas néceſſaire; on peut auſſi entrer en

conſidération de l'âge du mineur; celui qui étoit dans un âge qui approchoit de la majorité, devant être plus difficilement reſtitué contre ſon cautionnement fait pour cette cauſe, que celui qui étoit dans un âge moins avancé; Baſnage prétend que pour que le cautionnement d'un mineur fût dans ce cas non ſujet à la reſciſion, il faut que le mineur eût, lorſqu'il l'a ſubi, au moins l'âge de dix-huit ans qui eſt l'âge de la puberté complette, & celui auquel par la Novelle 115, *cap.* 3, §. 13, les enfans étoient obligés ſous peine d'exhérédation de racheter leurs peres captifs; il cite un Arrêt qui annulle un cautionnement fait pour cette cauſe, par un mineur de ſeize ans : dans tous ces cas, on a beaucoup d'égard aux différentes circonſtances; & de-là naît la variété des Arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet. *L. A. ch.* 9.

§. II.

Des qualités requiſes pour qu'une perſonne ſoit reçue à être caution.

390. Lorſqu'un débiteur eſt obligé, ſoit par la loi, ſoit par le Juge, ſoit par la ſimple convention, de donner à ſon créancier une caution; pour que la cau-

tion qu'il préſente ſoit recevable, il ne ſuffit pas qu'elle ait cette premiere qualité qui eſt requiſe avant toutes choſes, & qui conſiſte à être capable de s'obliger comme caution ; il faut outre cela 1°. que cette caution ſoit ſolvable, & ait un bien ſuffiſant pour répondre de l'obligation à laquelle elle accede.

Lorſque le créancier à qui la caution eſt préſentée, conteſte ſa ſolvabilité, la caution doit en juſtifier par le rapport des titres des biens immeubles qu'elle poſſéde, ſinon la caution doit être rejettée.

Pour juger de la ſolvabilité d'une caution, & ſi les biens ſont ſuffiſans pour répondre de la dette, on n'a pas ordinairement égard à ces biens meubles, attendu que ces biens s'alienent facilement, & qu'il n'ont pas de ſuite par hypothéque ; néanmoins lorſque la dette eſt modique, & qu'elle ne doit pas durer longtemps, on admet pour caution des Marchands qui ont un commerce bien établi, quoique leur fortune ne conſiſte qu'en biens meubles. *Baſnage, ibid.*

On n'a pas d'égard non plus aux biens immeubles qui ſont litigieux, ni à ceux qui ſont ſitués dans un pays trop éloigné, la diſcuſſion en étant trop difficile. *Baſnage, ibid.*

2°. La caution doit être domiciliée ſur

le lieu où elle doit être donnée, c'eſt-à-dire, dans l'étendue du Bailliage, afin que la diſcuſſion n'en ſoit pas trop difficile. *Fidejuſſor locuples videtur non tantum ex facultatibus, ſed ex conveniendi facilitate. L. 2, ff. Qui ſatiſd.* On eſt néanmoins à cet égard plus indulgent envers ceux qui ſont obligés par la loi ou par le Juge à donner caution, qu'envers ceux qui s'y ſont ſoumis volontairement; ceux-ci ne doivent pas être reçus à alléguer qu'ils n'en peuvent trouver ſur le lieu, s'étant ſoumis volontairement à en donner *ſibi imputare debent*; on doit facilement admettre les autres à donner pour cautions des perſonnes de leur pays, lorſqu'ils n'en peuvent donner dans le lieu où la caution doit être donnée. *Baſnage, Deſpeiſſes.*

3°. Par la même raiſon, ſi on préſentoit pour caution une perſonne puiſſante, le créancier pourroit la rejetter; on pourroit auſſi rejetter une perſonne qui par ſon droit de *committimus* pourroit traduire le créancier dans une autre juriſdiction, ou un militaire qui ſeroit dans le cas d'obtenir des lettres d'Etat. *Voyez Baſnage, tr. des hyp. p. 2, ch. 2.*

C'eſt encore une qualité requiſe dans les perſonnes qu'on préſente pour cautions judiciaires, qu'elles ſoient ſujettes à la

contrainte par corps ; c'eſt pourquoi on peut rejetter pour cautions judiciaires, les femmes, les eccléſiaſtiques qui ſont dans les Ordres ſacrés, & les ſeptuagenaires ; parce que ces perſonnes ne ſont pas ſujettes à cette contrainte.

Sur la forme de la réception des cautions : *Voyez l'Ordonnance de* 1667. *t.* 28.

§. III.

Des cas auxquels un débiteur eſt tenu de donner une nouvelle caution à la place de celle qui a été reçue.

391. Si la caution avoit les qualités lorſqu'elle a été reçue, mais qu'elle ait ceſſé depuis de les avoir, *putà* ſi de ſolvable qu'elle étoit, elle eſt devenue inſolvable, le débiteur ſera-t-il obligé d'en donner une autre ? Il faut diſtinguer ; il y ſera obligé, ſi c'eſt une caution légale ou judiciaire, *ſi calamitas inſignis fidejuſſoribus, vel magna inopia occidit, ex integro ſatiſdandum erit. L.* 10, §. 1, *qui ſatiſd. cog. l* 4, *ff. de ſtipul. prætor.*

Si c'eſt une caution conventionnelle, il faut ſous-diſtinguer : ſi je me ſuis obligé à donner une caution indéterminément, & qu'en exécution de cette obligation, j'en aye donné une, qui depuis eſt devenue inſolvable ; il faudra que j'en donne

une autre ; mais ſi j'ai contracté d'abord ſous la caution d'un tel, ou que je me ſois obligé à donner un tel pour caution, & qu'il devienne enſuite inſolvable, je ne peux être obligé à en donner une autre, parce que je n'ai promis de donner pour caution que celui que j'ai donné.

392. Il nous reſte la queſtion de ſçavoir ſi celui qui eſt tenu de donner une caution, peut être admis à donner à la place, des gages ſuffiſans pour répondre de la dette ? Pour la négative, on allégue cette maxime de droit, *aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt*, qui a lieu quand même la choſe qu'on offriroit ſeroit meilleure : d'où il paroît ſuivre que le créancier à qui on doit une caution, n'eſt pas obligé de recevoir à la place des gages ; nonobſtant ces raiſons, l'on doit être facile à permettre à celui qui doit une caution, de donner des gages à la place, lorſqu'il ne peut donner de caution ; parce que celui à qui la caution eſt dûe, n'ayant d'autre intérêt que de ſe procurer une ſûreté ; & en trouvant dans des gages autant & même plus, *cùm plus cautionis, ſit in re quàm in perſonâ ; & tutiùs ſit pignori incumbere, quàm in perſonam agere*, ce ſeroit de ſa part une pure mauvaiſe humeur, de refuſer les gages à la place de la caution, ſi ce qu'on lui offre pour ga-

ges ſont des choſes qu'il peut garder ſans aucun embarras, ni aucun péril. *Baſnage, ibid.*

SECTION IV.

Pour qui, envers qui, pour quelle Obligation, & comment le cautionnement peut-il être fait.

§. I.

Pour qui, & envers qui.

393. On peut ſe rendre caution pour quelque débiteur que ſe ſoit, même pour une ſucceſſion vacante, *cùm perſonæ vicem ſuſtineat, l.* 22, *ff. de fidej.* & pareillement envers quelque créancier que ce ſoit de celui pour qui on s'oblige. On peut ſe rendre pareillement caution, même pour les impuberes, les fous, les interdits, pour les cauſes pour leſquelles ces perſonnes peuvent être, ſans aucun fait de leur part, valablement obligées; par exemple, ſi j'ai utilement géré les affaires d'un impubere, ou d'un interdit, cet impubere ou cet interdit étant en ce cas obligé envers moi *ex quaſi contractu* à me rendre les ſommes que j'ai déboursées pour ſes affaires, & qui ont tourné à ſon profit, on peut ſe rendre caution envers moi pour lui, pour leſdites ſommes; c'eſt en ce ſens que Cujas

enſeigne qu'on doit entendre la loi 25, *ff. de fidejuſſor.* qui dit : *ſi quis pro pupillo ſine tutoris autoritate obligato, prodigove, vel furioſo fidejuſſerit, magis eſſe ut ei non ſubveniatnr.* Cette explication fait diſparoître la contrariété que Baſnage trouve entre cette loi & la loi 6, *ff. de verb. oblig.* qui dit : *is cui bonis interdictum eſt ..... non poteſt promittendo obligari, & ideò nec fidejuſſor pro eo intervenire poteſt*; car au lieu que dans l'eſpece précédente, l'interdit doit être ſuppoſé valablement obligé ; au contraire dans celle-ci, l'interdit n'eſt pas obligé, étant incapable de contracter ; d'où il ſuit que ſa caution ne l'eſt pas, ne pouvant pas y avoir de cautionnement, ſans une obligation principale, *ſuprà n.* 366. Gaius établit clairement notre diſtinction en la loi 70, §. 4, *ff. de fidejuſſ. ſi à furioſo*, dit-il, *ſtipulatus fueris, non poſſe te fidejuſſorem accipere certum eſt .... quod ſi pro furioſo jure obligato, fidejuſſorem acceperis, tenetur fidejuſſor.*

Il eſt évident qu'on ne peut ſe rendre caution pour ſoi-même, *l.* 21, §. 2, *ff. d. tit.* ni envers ſoi-même.

394. On ne peut ſe rendre caution qu'envers le créancier de celui qu'on cautionne ; le cautionnement qu'on contracteroit envers celui qui n'eſt pas ſon créan-

cier, mais qui a ſeulement pouvoir de recevoir la dette, ne ſeroit pas valable, *l.* 23, *ff. d. tit.*

§. II.

Pour quelle Obligation.

395. On peut ſe rendre caution pour quelque obligation que ce ſoit : *fidejuſſor accipi poteſt, quoties eſt aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. L.* 16, §. 3, *ff. d. tit.*

Obſervez que les obligations naturelles pour leſquelles il eſt dit dans ce texte, que des cautions peuvent intervenir, ſont celles pour leſquelles la loi civile n'accordoit pas d'action, telles que celles qui étoient formées par un ſimple pact, qui étoient contractées par des eſclaves, & qui n'étoient pas d'ailleurs reprouvées par les loix; mais une caution ne peut pas utilement intervenir pour des obligations reprouvées par les loix, quoiqu'elles obligent dans le for de la conſcience, & qu'elles puiſſent en ce ſens être appellées obligations naturelles.

C'eſt ſur ce principe que les loix décident qu'une caution ne peut valablement accéder à l'obligation d'une femme qui s'eſt obligé contre la défenſe du Senatuſconſulte Velleïen, *L.* 16, §. 1, *ff. ad*

Sen. Vell. L. 14, *cod. d. t.* car quoique dans le for de la conſcience, cette femme ſoit tenue de s'acquitter de ſon obligation; néanmoins cette obligation ayant été contractée contre la défenſe de la loi, elle eſt dans le for extérieur regardée comme nulle, & ne peut par conſéquent ſervir de fondement à l'obligation d'une caution; la loi, en annullant l'obligation de la femme, annulle tout ce qui en dépend, & par conſéquent les cautionnemens qui en ſont des acceſſoires : c'eſt le ſens de ces termes de la loi 16, §. 1, *quia totam obligationem Senatus improbat.*

Il me paroît qu'on doit décider la même choſe à l'égard d'un cautionnement que quelqu'un auroit ſubi pour une femme ſous puiſſance de mari, qui a contracté quelque obligation ſans être autoriſée : on doit même le décider *à fortiori*; car la loi n'annulloit que *per exceptionem* l'obligation de la femme qui s'étoit obligée contre le Velleïen, mais on peut dire que ſelon notre Droit Coutumier, celle de la femme qui a contracté ſans être autoriſée, quoiqu'elle puiſſe être valable dans le for de la conſcience, eſt nulle même *ipſo jure* dans le for exterieur, puiſque nos Coutumes la déclarent abſolument inhabile à contracter & incapable de s'obliger. *Femme mariée NE SE PEUT*

obliger, &c. Paris, *art.* 234, *NE PEUT aucunement contracter*, Orléans, *art.* 194. Domat, *Tit. des cautions*, *Sect.* 1, *n.* 4, eſt d'un avis contraire au nôtre, & Baſnage cite un Arrêt du Parlement de Bourgogne rapporté par Bouvot, qui a jugé valable un cautionnement pour une femme qui avoit contracté ſans être autoriſée; mais je ne crois pas que la déciſion de cet Arrêt doive être ſuivie; la diſtinction ſur laquelle Baſnage veut fonder cette déciſion, ſi l'obligation principale eſt nulle, *ratione rei in obligationem deductæ*, ou ſi elle l'eſt *ratione perſonæ*, ne me paroît pas ſolide; une obligation de quelque côté qu'elle ſoit nulle, ſoit *ratione rei*, ſoit *ratione perſonæ* n'eſt pas une vraie obligation, & il eſt de la nature des cautionnemens, qu'ils ne puiſſent ſubſiſter, s'il y a une vraie obligation principale *ſuprà. n.* 366. on ne doit pas comparer la femme ſous puiſſance de mari au mineur; l'obligation d'un mineur n'eſt pas nulle, la voie de la reſtitution que les loix lui accordent contre ſon obligation, ſuppoſe une obligation; il y en a donc une, à laquelle des cautions peuvent accéder; mais l'obligation d'une femme ſous puiſſance de mari, qui contracte ſans être autoriſée, eſt abſolument nulle, il n'y a aucune obligation à laquelle la caution ait pû accéder.

Mais si quelqu'un s'étoit obligé conjointement avec une femme non autorisée, non comme caution de cette femme, mais comme débiteur principal, la nullité de l'obligation de la femme, n'entraîneroit pas la nullité de la sienne. Par exemple, si une femme, sans être autorisée & moi, nous avons emprunté de vous une certaine somme d'argent qui a été touchée par cette femme, & que nous nous sommes obligés solidairement de vous rendre, la femme ne sera pas obligée envers vous, si elle a dissipé cette somme, mais je n'en suis pas moins obligé à vous la rendre, en étant moi-même débiteur principal, & vous l'ayant empruntée; car pour que j'en sois l'emprunteur, il n'est pas nécessaire que je l'aye reçue moi-même, il suffit que vous l'ayez réellement comptée à cette femme, de mon consentement.

Les obligations qui sont contraires aux bonnes mœurs, étant nulles, on ne peut les cautionner. Par exemple, si quelqu'un en me chargeant de commettre un crime, s'étoit obligé envers moi de m'indemniser de toutes les suites que ce crime pourroit avoir, & de me donner une certaine récompense; on ne pourroit valablement cautionner une pareille obligation, qui étant contraire aux bonnes mœurs, est

nulle, & ne peut être par conſéquent le ſujet d'un cautionnement; c'eſt en ce ſens qu'on dit *maleficiorum fidejuſſorem accipi non poſſe*; mais on peut valablement cautionner celui qui a commis le délit, pour la réparation du tort qu'il a fait, *l.* 70, §. *fin. ff. de fidejuſſor.*

396. On peut ſe rendre caution, même de l'obligation d'un fait perſonnel dont la preſtation ne peut ſe faire que par le débiteur principal, *l.* 8. §. 1, *ff. de op. lib.* car cette obligation ſe convertit par ſon inexécution, en une obligation de dommages & intérêts, que la caution peut payer, ce qui ſuffit pour que le cautionnement ſoit utilement contracté.

397. Le Droit Romain ne permettoit pas qu'une femme reçût une caution de ſon mari, pour la reſtitution de ſa dot; cette défiance à l'égard de celui à qui elle confioit & ſoumettoit ſa perſonne, avoit paru aux Empereurs, bleſſer la bienſéance, *l.* 1, *&* 2, *cod. de fid. vel mand. dot.* Ces loix ne ſont pas obſervées parmi nous.

398. On peut ſe rendre caution non-ſeulement d'une obligation principale, mais même d'un cautionnement; *pro fidejuſſore fidejuſſorem accipi poſſe nequaquam dubium eſt*, 8, §. 12,

Nos Certificateurs de cautions, ſont des eſpeces de cautions de caution.

399. Enfin on peut se rendre caution, non-seulement d'une obligation déja contractée, mais d'une obligation qui doit se contracter, quoiqu'elle ne le soit pas encore, *adhiberi fidejussor tam futuræ quàm præsenti obligationi potest, l. 6, §. fin. d. tit.* de maniere néanmoins, que l'obligation résultante de ce cautionnement, ne commencera à naître que du jour que se contractera l'obligation principale; car il est de son essence qu'elle ne puisse subsister sans une obligation principale. Suivant ces principes; je veux bien dès aujourd'hui me rendre caution envers vous pour une somme de mille écus, que vous vous proposez de prêter à Pierre; mais l'obligation résultante de ce cautionnement, ne commencera à avoir d'effet, que du jour que vous aurez effectivement fait ce prêt à Pierre; tant que vous ne l'aurez pas encore fait, & que la chose sera entiere, je pourrai changer de volonté, en vous dénonçant que vous ne fassiez pas le prêt à Pierre, & que je n'entends plus être caution pour lui. *Basnage, trait. des hyp. p. 2, chap. 6.*

§. III.

Comment ſe contractent les cautionnemens.

400. Par le Droit Romain, le cautionnement ne ſe contractoit, que par la ſtipulation; la ſtipulation n'eſt point en uſage parmi nous; le cautionnement peut ſe faire, par une convention ſimple, ſoit par acte devant Notaires, ſoit ſous ſignature privée, ſoit même verbalement, ſauf que ſi l'objet eſt de plus de cent livres, la preuve par témoins n'eſt pas reçue de la convention verbale.

401. Quoique le cautionnement ſe puiſſe faire par une lettre miſſive, ou même verbalement, il faut néanmoins avoir grande attention à ne pas prendre pour cautionnement, ce que dit ou écrit une perſonne, à moins qu'il n'y ait une intention bien marquée de cautionner; c'eſt pourquoi, ſi je vous ai dit ou écrit par une lettre, qu'un homme qui vous demandoit de l'argent à emprunter, étoit ſolvable, on ne peut pas prendre cela pour un cautionnement; car j'ai pû en cela n'avoir d'autre intention que de vous certifier ce que je croyois, & non pas de m'obliger: ſuivant ces principes, il a été jugé par un Arrêt rapporté par Papon X.

4, 12. que ces termes d'une lettre écrite à un maître de penſion, *un tel doit mettre ſon fils en penſion chez vous, c'eſt un homme de probité qui vous payera bien*, ne renfermoient aucune obligation; ſuivant le même principe, ſi j'accompagne une perſonne chez un Marchand, pour acheter des étoffes, le Marchand n'en doit pas non plus conclure que j'aie cautionné cette perſonne.

Quoiqu'une perſonne ſoit entrée en paiement pour un autre, même pour ſon fils, en payant pour lui une partie de ſa dette, on n'en peut pas conclure qu'elle a voulu le cautionner pour le ſurplus de la dette *l. 4, cod. ne uxor, pro marito*, &c.

S'il étoit porté par une obligation, qu'elle a été paſſée en ma préſence, & que je l'euſſe ſouſcrite, on ne pourroit en conclure que je me ſuis rendu caution; je dois être cenſé en ce cas n'avoir ſigné que comme témoin, *l. 6, cod. de fidej.*

402. Lorſque le débiteur eſt obligé de donner caution, ſoit par la convention, ſoit par la loi; le créancier peut exiger que la caution s'oblige par acte devant Notaire.

Les cautions judiciaires s'obligent au greffe de la juſtice, par un acte reçu par le Greffier.

403. Il n'importe que le cautionnement ſe contracte en même temps que l'obligation principale, ou en différens temps, avant ou depuis.

Il n'eſt pas néceſſaire que celui que l'on cautionne y conſente, *l.* 30, *ff. d. tit.*

SECTION V.

De l'étendue des cautionnemens.

404. Pour juger de l'étendue de l'obligation de la caution, il faut bien faire attention aux termes du cautionnement.

Lorſque la caution a exprimé pour quelle ſomme, pour quelle cauſe elle ſe rendoit caution, ſon obligation ne s'étend qu'à la ſomme ou à la cauſe qu'elle a exprimée : par exemple, ſi quelqu'un s'eſt rendu caution envers moi de mon Fermier pour le paiement de ſes fermes, il ne ſera pas tenu des autres obligations du bail, telles que celles qui réſultent des dégradations qu'auroit fait le Fermier, du rembourſement des avances qui lui auroient été faites, &c.

Si quelqu'un s'eſt rendu caution pour la ſomme principale que devoit le principal obligé, il ne ſera pas tenu des intérêts que cette ſomme produit, *l.* 68, §. 1, *ff. d. tit.*

Au contraire, lorſque les termes du cautionnement ſont généraux & indéfinis, le fidéjuſſeur eſt cenſé s'être obligé à toutes les obligations du principal débiteur réſultantes du contrat auquel il a accédé; il eſt cenſé l'avoir cautionné *in omnem cauſam.*

Par exemple, ſi le cautionnement par lequel quelqu'un s'eſt rendu envers moi caution pour mon Fermier, porte en termes généraux, qu'il s'eſt rendu caution du bail; il ſera tenu non-ſeulement du paiement des fermes, mais généralement de toutes les obligations du bail; comme par exemple des dégradations, de la reſtitution des avances, ou des meubles qui ont été laiſſés au Fermier pour l'exploitation de la ferme, *dotes prædiorum, l.* 52, §. 2, *ff. d. tit.* des dommages & intérêts pour les anticipations que le Fermier auroit laiſſé faire, &c.

Celui qui ſe rend caution en termes généraux, eſt auſſi tenu non-ſeulement du ſort principal dû par celui pour qui il s'eſt obligé, mais encore de tous les intérêts qui en ſeroient dûs, *l.* 2, §. 11, & 12, *ff. de adm. rer. ad civit. pertin l.* 54, *ff. locat.*

Il eſt tenu non-ſeulement de ceux qui ſont dûs *ex rei naturâ*, mais même de ceux que produit la demeure en laquelle

eſt le principal débiteur : *Paulus reſpondit, ſi in omnem cauſam conductionis ſe obligavit, eum quoque exemplo coloni, tardius illatarum per moram coloni penſionum præſtare debere uſuras, d. L.* 54.

Il doit auſſi être tenu des frais faits contre le principal obligé ; car ſes frais ſont un acceſſoire de la dette ; mais il n'en doit être tenu que du jour que les pourſuites lui ont été dénoncées : ce qui a été établi pour empêcher qu'on ne ruine une caution en frais, qu'on feroit ſouvent à ſon inſçu, & qu'elle peut éviter en payant, lorſqu'elle en eſt avertie ; c'eſt pourquoi juſqu'à ce que les pourſuites lui ſoient dénoncées, elle ne doit être tenue que du premier commandement ou du premier exploit de demande.

405. Quelqu'étendu & général que ſoit le cautionnement, il ne s'étend qu'aux obligations qui naiſſent du contrat même, pour lequel la caution s'eſt obligée ; & non pas à celles qui naîtroient d'une cauſe étrangere.

En voici un exemple ; un créancier dans nos colonies a prêté de l'argent à quelqu'un, & pour plus grande ſureté, le débiteur lui a donné en nantiſſement un négre qu'il ſavoit être voleur, ſans en avertir le créancier ; le négre a volé le créancier à qui il a été donné en nan-

tissement ; le créancier peut agir en dommages & intérêts *contrariâ pignoratitiâ actione* contre le débiteur qui ne l'a point averti, mais le cautionnement ne s'étendra pas à ces dommages & intérêts, qui naissent d'une cause étrangere au prêt pour lequel on a cautionné le débiteur ; *ea actio fidejussorem onerare non poterit, cum non pro pignore, sed pro pecuniâ mutuâ fidem suam obliget, l.* 54, *ff. de fidejuss.*

Par la même raison, celui qui s'est rendu caution pour un administrateur des revenus publics, n'est obligé qu'à la restitution des deniers publics, & non point aux amendes auxquelles cet administrateur auroit été condamné pour des malversations dans son administration ; c'est ce qui a été décidé par l'Empereur Severe ; *fidejussores magistratuum in pœnam vel mulctam non conveniri debere decrevit. l.* 68, *ff. d. tit.* & en général en quelque cas que ce soit, le cautionnement ne s'étend pas aux peines auxquelles le débiteur a été condamné *officio judicis, propter suam contumaciam* ; car c'est une cause étrangere au contrat, *non debet imputari fidejussoribus, quod ille reus propter suam pœnam præstitit, l.* 73, *ff. d. tit.*

SECTION VI.

De quelle maniere s'éteignent les cautionnemens, & des différentes exceptions que la loi accorde aux cautions.

ARTICLE PREMIER.

De quelle maniere s'éteignent les cautionnemens.

406. L'obligation qui réſulte du cautionnement s'éteint :

1°. De toutes les différentes manieres dont s'éteignent toutes les obligations : nous les rapporterons *infrà*, *part.* 3.

2°. Il eſt de la nature des cautionnemens, de même que de toutes les obligations acceſſoires, que l'extinction de l'obligation principale, entraîne l'extinction des cautionnemens, & la libération des cautions, *ſuprà n.* 377, *& ſeqq.*

3°. La caution eſt déchargée lorſque le créancier s'eſt mis par ſon fait hors d'état de lui pouvoir céder ſes actions, contre quelqu'un des débiteurs principaux auxquels la caution avoit intérêt d'être ſubrogée, *infrà P.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

4°. Lorſque le créancier a reçu volontairement du débiteur quelque héritage en paiement d'une ſomme d'argent qui lui

eſt dûe, la caution eſt déchargée, quoique long-temps après il ſouffre éviction de cet héritage ; la raiſon de douter eſt que le paiement en ce cas n'eſt pas valable, n'ayant pas transféré à celui à qui il a été fait la propriété de la choſe, *infrà P.* 3, *ch.* 1, *art.* 3, §. 3, par conſéquent l'obligation principale ſubſiſte ; d'où il ſemble ſuivre, que celle des cautions doit ſubſiſter ; *Baſſet* IV, 22, 5, rapporte un Arrêt de ſon Parlement qui l'a ainſi jugé nonobſtant ces raiſons, & quoiqu'on ne puiſſe nier que le paiement en ce cas n'eſt pas valable, & que l'obligation principale ſubſiſte, il a été jugé par des Arrêts rapportés par Baſnage, *trait. des hypotheques p.* 3, *ch. fin.* que le créancier étoit en ce cas non recevable à agir contre les cautions, ſi pendant ce temps, le débiteur principal étoit devenu inſolvable ; la déciſion de ces Arrêts eſt fondée ſur cette regle d'équité, que *nemo ex alterius facto prægravari debet* ; la caution ne doit pas ſouffrir préjudice de l'arrangement qui eſt intervenu entre le créancier & le débiteur principal ; or, ſi dans cette eſpece le créancier étoit reçu à agir contre la caution, elle auroit ſouffert préjudice de l'arrangement par lequel le créancier a pris en paiement cet héritage ; le créancier par cet arrangement ayant ôté le moyen à la cau-

tion, de pouvoir, en payant le créancier pendant que le débiteur étoit ſolvable, répéter de ce débiteur la ſomme pour laquelle elle avoit répondu.

Quid, ſi le créancier avoit ſimplement accordé au débiteur une prorogation de terme pour le paiement, & que pendant le temps de cette prorogation, le débiteur fût devenu inſolvable, la caution pourra-t-elle ſe défendre de payer? *Vinnius Q. illuſtr.* 11, 42, tient la négative; cette eſpece-ci eſt bien différente de la précédente; dans l'eſpece précédente la dation de cet héritage donné en paiement ayant juſqu'au temps de l'éviction fait paroître la dette acquittée, un tel arrangement a ôté tout moyen à la caution de pourvoir à l'indemnité de ſon cautionnement, même dans le cas auquel elle ſe ſeroit apperçue que la fortune du débiteur qu'il a cautionné, commençoit à ſe déranger; car elle ne pouvoit demander à ce débiteur qu'il la déchargeât de ſon cautionnement, qui paroiſſoit acquitté auſſi-bien que la dette principale; mais la ſimple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur ne faiſant pas paroître la dette acquittée, n'ôte pas à la caution le moyen de pourvoir à ſon indemnité, & d'agir contre le débiteur principal, ſi on s'apperçoit que ſa fortune commence à ſe déran-

ger, *ſi bona dilapidare cœperit, L.* 10, *cod. mand.* elle ne peut donc pas prétendre que cette prorogation de terme accordée au débiteur, lui faſſe tort, puiſqu'au contraire elle-même en profite.

L'obligation du cautionnement s'éteignoit auſſi ſuivant les principes du Droit Romain, par la confuſion dont on a parlé *ſuprà, n.* 383; ce qui n'a pas lieu parmi nous.

Les pourſuites faites par le créancier contre le débiteur principal, ne liberent pas la caution qui demeure toujours obligée juſqu'au paiement, *L.* 28, *cod. de fidej.* C'eſt pourquoi le créancier peut abandonner les pourſuites commencées contre le débiteur principal, pour pourſuivre la caution; mais ordinairement elle peut lui oppoſer l'exception de diſcuſſion dont nous allons traiter en l'article ſuivant.

ARTICLE II.

De l'exception de diſcuſſion.

§. I.

Origine de ce droit.

407. Suivant le droit qui étoit en uſage avant la Nov. 4, de Juſtinien, le créancier

pouvoit exiger des cautions le paiement de ce qui lui étoit dû avant que de s'adreſſer au débiteur principal : *Jure noſtro*, dit Antonin Caracalla en la loi 5, *cod. de fidej. eſt poteſtas creditori, relicto reo, eligendi fidejuſſores, niſi inter contrahentes aliud placitum doceatur*; Les Empereurs Diocletien & Maximien décident la même choſe en la loi 19, *cod. d. tit.* Juſtinien, *de Nov. cap.* 1, a acccordé aux fidéjuſſeurs l'exception qu'on appelle de *diſcuſſion* ou *exception d'ordre*, c'eſt-à-dire par laquelle ils peuvent renvoyer le créancier qui leur demande le paiement de ſa dette, à diſcuter auparavant les biens du débiteur principal; ce droit de la Novelle eſt ſuivi parmi nous, mais non pas à l'égard de toutes les cautions, ni dans tous les cas.

§. II.

Quelles cautions peuvent oppoſer l'exception de diſcuſſion.

408. Les cautions judiciaires ne peuvent oppoſer cette exception. *Louet, l. f.* 23.

Les cautions pour les fermes du Roi ne ſont pas non plus aujourd'hui reçues à oppoſer cette exception, quoique l'Ordonnance de Louis XII. de l'an 1513, la

leur eût accordée. La juriſprudence en étoit introduite dès le temps de M. le Bret, qui en rapporte cette raiſon, que ces cautions ſont préſumées être ſecrétement les aſſociés du Fermier débiteur principal, *Le Bret, Plaid. 42, in fin.*

Enfin, les cautions qui par leur cautionnement, ont renoncé à cette exception ne peuvent pas l'expoſer, *unicuique enim licet juri in favorem ſuum introducto renunciare.*

La caution eſt-elle cenſée avoir renoncé à cette exception, lorſqu'il eſt dit par le cautionnement qu'elle s'oblige comme *débiteur principal?* Les Auteurs paroiſſent partagés ſur cette queſtion; on rapporte des anciens Arrêts du Parlement de Paris, qui ont jugé que cela ne ſuffiſoit pas, & que la renonciation à cette exception doit être expreſſe. Baſnage en ſon traité des hypotheques dit que la juriſprudence de Normandie, eſt que ces termes ſuffiſent pour conſtater la renonciation à l'exception de diſcuſſion, & qu'on ne doit pas croire qu'on ait employé ces termes pour qu'ils ne ſignifiaſſent rien : cela eſt conforme aux regles de l'interprétation des conventions, *ſuprà n. 92.*

La renonciation aux exceptions de diſcuſſion & de diviſion ne doit pas s'inférer de ces termes qui ſe trouveroient à la fin de

l'acte de cautionnement, *promettant, obligeant & renonceant, &c.* ce terme *renonceant* vague & indéterminé, sans qu'on exprime en quoi les parties renoncent, ne peut être regardé que comme un pur ſtyle, qui ne ſignifie rien, *ea quæ ſunt ſtyli non operantur.* Cette déciſion a lieu, quand même dans la groſſe le Notaire auroit étendu cette clauſe de *renonceant, &c.* & y auroit exprimé la renonciation aux exceptions de diviſion & de diſcuſſion. *Dumoulin tr. uſur. quæſt. 7, in fin.* dit l'avoir fait juger ainſi par Arrêt : la raiſon eſt que le Notaire ne peut pas, par ce qu'il ajoute dans la groſſe, augmenter l'obligation des parties, *infrà p. 4, ch. 1, art. 3, au commencement.*

§ III.

En quel cas le créancier eſt-il obligé à la diſcuſſion, & quand l'exception de diſcuſſion doit-elle être oppoſée.

409. Le créancier n'eſt pas obligé à la diſcuſſion en tous cas, & on peut à cet égard établir pour principe que le créancier n'eſt pas obligé à une diſcuſſion qui ſeroit trop difficile.

C'eſt pour cette raiſon que la Novelle en accordant aux fidéjuſſeurs le bénéfice

de diſcuſſion, en excepte le cas auquel le débiteur principal ſeroit abſent, à moins que le fidéjuſſeur n'offrît de le repréſenter dans un bref délai qui lui ſeroit imparti par le Juge.

Cette exception que la Novelle met au bénéfice de diſcuſſion, n'a pas lieu parmi nous, comme le remarque fort bien *Loyſeau*; les raiſons ſur leſquelles elle eſt fondée ſont tirées de la difficulté qu'il y avoit ſelon la procédure des Romains, à diſcuter un abſent; elles n'ont parmi nous aucune application; les aſſignations & ſignifications à domicile qui, ſelon notre procédure, ont le même effet que ſi elles étoient faites à la perſonne même, rendent la diſcuſſion du débiteur principal, lorſqu'il eſt abſent, auſſi facile que s'il étoit préſent.

410. Le créancier n'eſt obligé à diſcuter le principal débiteur avant le fidéjuſſeur, que lorſque le fidéjuſſeur le demande, & oppoſe l'exception de diſcuſſion; c'eſt pourquoi, quoique le créancier n'ait pas diſcuté le débiteur principal, ſa demande & ſes pourſuites contre le fidéjuſſeur ſont bien faites, juſqu'à ce que le fidéjuſſeur ait oppoſé l'exception de diſcuſſion.

C'eſt en conſéquence de ces principes qu'il a été jugé par Arrêt du premier Sep-

tembre 1705, cité par Bretonnier sur Henrys, que le Juge ne pouvoit d'office ordonner cette discussion.

Cette exception de discussion est du nombre des exceptions dilatoires, puisqu'elle ne tend qu'à différer l'action du créancier contre le fidéjusseur jusqu'après le temps de la discussion, & non à l'exclure entiérement; c'est pourquoi selon la regle commune aux exceptions dilatoires, *L.* 12, *cod. de except.* elle doit être opposée avant la contestation en cause; le fidéjusseur a contesté au fond, sans l'opposer, il n'y est pas recevable, étant censé en défendant au fond avoir tacitement renoncé à ces exceptions; *Guy Pape & les DD. par lui cités, q.* 50, il pourroit néanmoins y être reçu en un cas, sçavoir, si les biens dont il demande la discussion n'étoient échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause; *putà*, par une succession qui lui seroit échue depuis; car la regle que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant la contestation en cause, ne peut avoir lieu qu'à l'égard des exceptions déjà nées, & non à l'égard de celles qui ne sont nées que depuis; le défendeur ne pouvant pas être censé, lorsqu'il a défendu au fond, avoir renoncé à des exceptions qui ne sont nées que depuis. *Gu-*

thierés & les DD. par lui cités, tract. de contr. jurat. xxij, 18.

§. IV.

Quels biens le créancier eſt-il obligé de diſcuter.

411. Lorſque la diſcuſſion eſt oppoſée, le créancier, s'il n'a pas de titre exécutoire contre le débiteur principal, doit l'aſſigner & obtenir ſentence de condamnation contre lui; en vertu de cette ſentence, ou ſans aſſignation, en vertu de ſon titre exécutoire, lorſqu'il en a un, il doit procéder par commandement contre le débiteur principal, & ſaiſir & exécuter les meubles qui ſont en la maiſon dudit débiteur.

S'il n'y en a point ſur leſquels on puiſſe aſſeoir une exécution, l'Huiſſier doit le conſtater par un procès-verbal de carence de meubles, & ce procès-verbal tient lieu de diſcuſſion mobiliaire.

A l'égard des autres biens meubles & immeubles, que pourroit avoir le débiteur principal, le créancier n'étant pas obligé de les connoître, n'eſt pas obligé de les diſcuter, s'ils ne lui ſont indiqués par la caution. Cette indication doit ſe faire en une fois; on y doit comprendre

tous les biens du débiteur qu'on veut que le créancier diſcute ; on ne ſeroit pas recevable, après la diſcuſſion de ceux qu'on a indiqués, à en indiquer d'autres ; arrêtés de Lamoignon, *t. des diſcuſſions*, *art.* 9. Arrêt du 20 Janvier 1701, rapporté par Bretonnier ſur Henrys, *tom* IV, 34.

412. La diſcuſſion ne devant pas être trop difficile, le créancier ne peut être obligé à la diſcuſſion des biens du débiteur qui ſont hors du royaume. M. DE LAMOIGNON vouloit qu'il ne pût même être obligé à la diſcuſſion de ceux ſitués dans le reſſort d'un autre Parlement ; arrêtés de Lamoignon, *ibid.*

Le créancier n'eſt pas non plus obligé à la diſcuſſion des biens du débiteur qui ſont litigieux ; car il n'eſt pas obligé à ſoutenir des procès, ni à en attendre l'évenement pour être payé ; c'eſt encore une ſuite du même principe, que la diſcuſſion ne doit pas être trop longue, ni trop difficile.

Par la même raiſon, il n'eſt pas obligé de diſcuter les biens hypothequés par le principal débiteur, lorſque le principal débiteur les a aliénés, & qu'ils ſont poſſédés par des tiers ; ce ſont au contraire ces tiers détempteurs, qui ont le droit de renvoyer à la diſcuſſion du débiteur principal & de ſes cautions les créanciers qui

donneroient contr'eux l'action hypothécaire. *D. Nov. cap.* 2.

Il n'en eſt pas de même de ceux qui ont ſuccédé à titre univerſel aux biens du débiteur principal, tels que ſont des donataires & légataires univerſels, même le fiſc, lorſqu'il a ſuccédé au débiteur principal à titre de déshérence ou de confiſcation; ces ſucceſſeurs univerſels *ſunt loco heredis* : ils tiennent lieu d'héritiers du débiteur principal, & ils le repréſentent; ils doivent par conſéquent être diſcutés de même qu'auroit dû l'être le débiteur principal, juſqu'à concurrence de ce dont il ſont tenus de ſes dettes.

Lorſque pluſieurs débiteurs principaux ont contracté une obligation ſolidaire, & que l'un d'entr'eux a donné un tiers pour caution, on demande ſi cette caution peut obliger le créancier à diſcuter, non-ſeulement celui des débiteurs pour qui elle s'eſt rendue caution, mais pareillement tous les autres débiteurs principaux? Je penſe qu'elle le peut; il ſuffit pour s'en convaincre d'examiner quelle eſt la raiſon ſur laquelle eſt fondée l'exception de diſcuſſion; ce n'eſt point que l'on préſume que la caution n'ait eu intention de s'obliger qu'au défaut, & en cas d'inſolvabilité de celui pour qui elle a répondu; cette intention doit être exprimée; .orſqu'elle ne

l'eſt pas, elle ne ſe préſume pas, & l'obligation eſt pure & ſimple; ſi cette préſomption avoit lieu dans les cautionnemens ordinaires, le droit qu'auroit la caution de renvoyer le créancier à la diſcuſſion du débiteur principal, ſeroit un droit que la caution auroit en rigueur de juſtice, le créancier n'auroit pas d'action contre la caution avant que l'inſolvabilité du débiteur principal eût été conſtatée par la diſcuſſion; or tous conviennent que l'exception de diſcuſſion que la loi accorde à la caution ne lui eſt accordée que comme une pure grace, & que la demande du créancier contre la caution procede en rigueur, & eſt bien fondée, quoique le principal débiteur ſoit ſolvable, & n'ait pas été diſcuté; il faut donc chercher une autre raiſon de cette exception de diſcuſſion, & il n'y en a pas d'autre, que celle-ci, ſçavoir, qu'il eſt équitable qu'autant que faire ſe peut, une dette ſoit payée, plutôt par ceux qui en ſont les véritables débiteurs, & qui ont profité du contrat, que par ceux qui en ſont débiteurs pour autrui; qu'il y a toujours du déſagrément de payer pour autrui; c'eſt pourquoi il eſt de l'humanité, que le créancier, lorſque cela lui eſt à-peu-près indifférent, épargne ce déſagrément à la caution, & ſe faſſe payer plutôt par ſes véritables dé-

biteurs, que par elle; c'eſt la raiſon que Quintilien, déclam. 273, rend du bénéfice de diſcuſſion; après avoir dit que c'eſt une choſe fâcheuſe pour une caution que d'être obligé de payer pour un autre, *miſerabile eſt*, il en conclut qu'un créancier n'a pas bonne grace à cauſer ce déſagrément à la caution, tant qu'il peut ſe faire payer par le véritable débiteur; *non aliter ſalvo pudore, ad ſponſorem venit creditor, quam ſi recipere à debitore non poſſit*; or il eſt évident que ces raiſons militent pour obliger le créancier, à la diſcuſſion, non-ſeulement de celui des débiteurs ſolidaires pour qui la caution a répondu, mais à celle de tous les codébiteurs principaux; dont la caution eſt bien fondée à demander la diſcuſſion, non-ſeulement de celui des débiteurs, pour lequel elle s'eſt rendue caution, mais même celle des autres débiteurs principaux; on peut même dire que celui qui s'eſt rendu caution pour l'un d'entre pluſieurs débiteurs ſolidaires, eſt auſſi en quelque façon caution des autres; car l'obligation de tous ces débiteurs n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui il s'eſt rendu caution, il a accédé à celle de tous.

§. V.

Aux dépens de qui doit se faire la discussion.

413. La discussion se fait aux risques & périls du fidéjusseur qui a demandé qu'elle fût faite, & comme celle des biens immeubles ne se peut faire sans de grands frais, le créancier peut demander que ce fidéjusseur lui fourniſſe des deniers pour la faire. C'est une regle générale pour tous les cas auxquels l'exception de discussion est opposée. *Journal des Audiences, tom.* 1, *l.* 5, *ch.* 25, & c'est une suite de notre principe.

§. VI.

Le créancier qui a manqué à faire la discussion, est-il tenu de l'insolvabilité du débiteur.

414. Il nous reste une question; le créancier à qui le fidéjusseur a opposé l'exception de discussion, n'a point jugé à propos de la faire aussi-tôt, & a laissé passer plusieurs années pendant lesquelles le débiteur est devenu insolvable; pourra-t-il, en le discutant depuis qu'il est devenu insolvable, revenir contre le fidéjusseur. Je crois le créancier bien fondé, & que la caution ne peut lui opposer aucune fin

de non recevoir ſous le prétexte qu'il n'a pas fait aſſez à temps la diſcuſſion des biens du débiteur principal à laquelle il a été renvoyé : la raiſon eſt que le droit que donne aux cautions l'exception de diſcuſſion qui leur eſt accordée par la Novelle ſe borne à arrêter les pourſuites du créancier contr'elles, tant qu'il ne s'eſt pas encore pourvu contre le débiteur principal, & qu'il n'a pas diſcuté ſes biens ; le bénéfice de cette Novelle ſe borne à ce que, comme il y eſt dit, *Creditor non primùm ad fidejuſſorem aut ſponſorem accedat* ; mais pourvu que le créancier ne pourſuive pas les cautions avant que d'avoir pourſuivi le débiteur principal, & diſcuté ſes biens, le créancier ne peut être obligé à le pourſuivre que quand bon lui ſemblera : la Loi ayant fixé le temps dans lequel un créancier peut exercer ſes actions, le fidéjuſſeur ne peut lui en fixer un plus court que celui que la Loi lui accorde ; *Nemo invitus agere compellitur, toto tit. cod. ut nemo invitus, &c. creditor ad petitionem debiti urgeri minimè poteſt, l.* 20. *cod. de pign.* Donc ſi le débiteur principal à la diſcuſſion duquel le créancier a été renvoyé eſt par la ſuite devenu inſolvable, la caution ne doit pas s'en prendre au créancier qui ne l'a pas pourſuivi pendant qu'il étoit

ſolvable ; le créancier n'y étoit pas obligé, & la caution, ſi elle appréhendoit le cas d'inſolvabilité qui eſt arrivé, pouvoit obvier à cela, en pourſuivant elle-même le débiteur principal, comme elle en a le droit, auſſi-tôt qu'elle a été aſſignée; *infrà num.* 440, Henrys, *Tom II, Liv. IV, art.* 34, eſt de notre ſentiment ; il l'autoriſe par un Arrêt rendu dans une eſpece approchante, & il atteſte que c'étoit de ſon temps l'opinion commune du Barreau de Paris. La Coutume de Bretagne, *art.* 192, a une diſpoſition contraire ; je crois qu'elle doit être reſtreinte à ſon territoire ; d'Argentré ſur cet article, dit que cette diſpoſition tirée de l'ancienne Coutume, a été conſervée lors de la réformation contre ſon avis.

Nous n'avons traité la queſtion qu'à l'égard des fidéjuſſeurs ordinaires ; mais ſi le fidéjuſſeur s'étoit ſeulement obligé à payer ce que le créancier ne pourroit retirer du débiteur principal, *in id quod ſervari non poterit ;* le créancier qui auroit eu le moyen pendant un temps conſidérable, de ſe faire payer, ne ſeroit pas admis facilement, après que le débiteur, au bout d'un temps conſidérable ſeroit devenu inſolvable, à donner demande contre ce fidéjuſſeur, *L.* 41, *ff. d. tit.* parce que ce fidéjuſſeur qui ne s'eſt obligé qu'à ce que le créan-

cier *ne pourroit retirer*, lui oppoſeroit qu'il a pu très-facilement retirer ce qui lui étoit dû du débiteur principal, & qu'en conſéquence il ne lui doit rien, *L.* 41, *ff. d. t.*

ARTICLE III.

De l'exception de diviſion.

§. I.

Origine de ce droit.

415. Lorſque pluſieurs perſonnes ſe rendent cautions d'un débiteur principal, pour la même dette, elles ſont cenſées s'obliger chacune à toute la dette, *ſi plures ſint fidejuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli in ſolidum tenentur. Inſtit. tit. de fidej.* §. 4.

En cela pluſieurs fidéjuſſeurs ſont différens de pluſieurs débiteurs principaux, leſquels ne ſont cenſés s'obliger chacun que pour leur part, à ce qu'ils promettent conjointement, ſi la ſolidité n'eſt point exprimée; la raiſon de la différence, eſt qu'il eſt de la nature du cautionnement, de s'obliger à tout ce que doit le débiteur principal, & par conſéquent chacun de ceux qui le cautionnent, eſt cenſé contracter cet engagement, à moins qu'il ne déclare expreſſément qu'il ne s'oblige que pour partie: c'eſt la raiſon qu'en rapporte *Vinnius, ſelect. quæſt. lib.* II, *cap.* 40.

L'Empereur Adrien a apporté une modification à cette ſolidité, par l'exception de diviſion, qu'il a accordée aux fidéjuſſeurs; le fidéjuſſeur à qui le créancier demande toute la dette, obtient par cette exception, que le créancier ſoit tenu de diviſer & partager ſa demande entre lui & ſes cofidéjuſſeurs, lorſqu'ils ſont ſolvables, & qu'en conſéquence il ſoit reçu à payer au créancier ſa portion, ſauf au créancier à ſe pourvoir pour le ſurplus contre les autres; ce droit a été adopté dans notre pratique Françoiſe.

§. II.

Qui ſont ceux qui peuvent ou non oppoſer l'exception de diviſion.

416. Il y a quelques cautions, qui ne peuvent pas oppoſer cette exception; telles ſont les cautions pour les deniers royaux. *Voyez le Bret, plaid. 42, in fin.*

On en exclut auſſi les cautions judiciaires; c'eſt le ſentiment de Baſnage. Les cautions qui par leurs cautionnemens ont renoncé à cette exception, ne l'ont pas.

Lorſqu'il eſt porté par le cautionnement, que les cautions ſe ſont obligées *ſolidairement & comme débiteurs principaux*, cette clauſe eſt-elle cenſée renfer-

mer une renonciation à l'exception de division? Ceux qui penſent que cette clauſe ne renferme pas une renonciation à l'exception de diſcuſſion, doivent auſſi penſer qu'elle n'en renferme pas une, à celle de diviſion; mais les raiſons qui nous ont porté à croire qu'elle renfermoit une renonciation à l'exception de diſcuſſion, & que nous avons rapportées, *ſuprà n.* 408, nous portent auſſi à croire, qu'elle emporte la renonciation à celle de diviſion.

Enfin les loix refuſent l'exception de diviſion aux cautions qui ont commencé par dénier de mauvaiſe foi leur cautionnement. *Inficiantibus auxilium diviſionis non eſt indulgendum, L.* 10, §. 1, *ff. de fidej.*

417. Non-ſeulement les cautions elles-mêmes, mais leurs héritiers, peuvent uſer de cette exception.

Le certificateur de la caution, qui eſt *fidejuſſor fidejuſſoris*, peut auſſi oppoſer les mêmes exceptions qu'auroit pu oppoſer la caution qu'il a certifié, & par conſéquent il peut oppoſer cette exception, & demander la diviſion de la dette entre lui & les cofidéjuſſeurs de celui qu'il a certifié.

§. III.

Qui ſont ceux entre qui la dette doit être diviſée.

418. Le fidéjuſſeur peut demander la

diviſion de l'action entre lui & les autres fidéjuſſeurs, qui ſont également fidéjuſſeurs principaux; il ne pourroit pas demander qu'elle fût diviſée entre lui & ſon certificateur; car il eſt lui-même un débiteur principal vis-à-vis de ce certificateur, *L.* 27, §. 4, *ff. de fid.*

419. Il faut auſſi que ceux avec qui le fidéjuſſeur demande que l'action du créancier ſoit diviſée, ſoient fidéjuſſeurs du même débiteur; que ſi deux débiteurs ſolidaires d'une même dette avoient donné chacun un fidéjuſſeur, le fidéjuſſeur de l'un de ces débiteurs ne pourroit pas demander que l'action fût diviſée entre lui & le fidéjuſſeur de l'autre débiteur ſolidaire; car quoiqu'ils ſoient fidéjuſſeurs d'une même dette, n'étant pas fidéjuſſeurs d'un même débiteur, ils ne ſont pas proprement cofidéjuſſeurs : c'eſt la déciſion des loix 43, 51, §. 2, *ff. d. tit.*

420. Enfin, il faut que les cofidéjuſſeurs avec leſquels le fidéjuſſeur demande que l'action ſoit diviſée, ſoient ſolvables; & il ſont cenſés l'être, ſi ne l'étant pas par eux-mêmes, ils le ſont par leurs certificateurs : c'eſt ce que décide la loi 27, §. 2, *Si quæratur an ſolvendo ſit principalis fidejuſſor, etiam vires ſequentis fidejuſſoris, ei aggregandæ ſunt.*

Au reſte ſi mon cofidéjuſſeur étoit ſol-

vable lors de la conteſtation en cauſe, & qu'en conſéquence l'action du créancier a été diviſée entre lui & moi, quoique par la ſuite, depuis la conteſtation en cauſe, il ſoit devenu inſolvable, le créancier ne pourra plus revenir contre moi, pour ſa part : c'eſt la déciſion de Papinien, *L.* 51, §. 4, *& L.* 52, §. 1.

En cela l'exception de diviſion differe de celle de diſcuſſion ; la raiſon de différence, vient de la différente nature de ces exceptions ; celle de diſcuſſion n'eſt que dilatoire, elle ne fait que différer l'actions du créancier contre le fidéjuſſeur, après que le créancier aura diſcuté le débiteur principal ; au-lieu que l'exception de diviſion tient de la nature des exception péremptoires ; elle périme entiérement, lorſqu'elle a lieu, l'action du créancier contre le fidéjuſſeur qui l'a oppoſée, pour la part de ſes cofidéjuſſeurs, avec leſquels la diviſion lui eſt accordée ; & c'eſt pour cela que le créancier ne peut plus revenir contre lui, quand même les cofidéjuſſeurs par la ſuite deviendroient inſolvables.

Il y a plus, quand même lors de la demande du créancier, mon cofidéjuſſeur auroit déja été inſolvable, ſi le créancier a volontairement diviſé ſon action, en nous demandant à chacun notre part, il

ne pourra plus me demander la part de mon cofidéjuſſeur inſolvable : c'eſt la déciſion de Gordien en la loi 16, *cod. d. t.*

421. Pourvu que mon cofidéjuſſeur ſoit ſolvable, quoique le terme ou la condition ſous laquelle il s'eſt obligé, ne ſoit pas encore échue, je peux néanmoins demander que l'action ſoit par proviſion diviſée entre lui & moi, ſauf au créancier à revenir contre moi pour la part de ce fidéjuſſeur, ſi à l'échéance du terme ou de la condition il n'étoit pas ſolvable, *L.* 27, *ff. de fid.* & à plus forte raiſon ſi la condition, ſous laquelle il s'eſt obligé, venoit à défaillir.

422. La demande du créancier ne devant être diviſée, que lorſque les cofidéjuſſeurs ſont ſolvables, s'il y a conteſtation entre le créancier & le fidéjuſſeur qui demande la diviſion, ſur le fait de la ſolvabilité des cofidéjuſſeurs, le fidéjuſſeur eſt reçu, en offrant de payer ſa part, à demander qu'avant de faire droit ſur le ſurplus, à ſes riſques, le créancier ſoit tenu de diſcuter les cofidéjuſſeurs, *L.* 10, *ff. d. t.*

423. Je ne peux pas oppoſer l'exception de diviſion, ſi mon cofidéjuſſeur eſt demeurant hors le royaume ; car cette exception eſt une grace que la loi n'accorde qu'autant que le créancier n'en

ſouffriroit pas trop d'incommodité, *Papon X.* 4, 25,

§. IV.

Un cautionnement peut-il ſe diviſer avec une caution qui n'a pas valablement contracté, & avec une caution mineure.

424. Lorſque je me ſuis obligé comme caution pour quelqu'un, avec une perſonne qui étoit capable de contracter une pareille obligation, telles qu'étoient chez les Romains toutes les femmes, je ne peux éviter de payer le total de la dette au créancier, comme ſi j'étois ſeul fidéjuſſeur; la perſonne incapable qui s'eſt rendue caution avec moi, ne devant point être conſidérée. On ne diſtingue point en ce cas, ſi j'ai contracté mon cautionnement avant celui de cette perſonne incapable, ou ſi je l'ai contracté conjointement ou depuis.

Il n'en eſt pas de même, ſuivant le Droit Romain, lorſque je me ſuis rendu caution avec un mineur qui ſe fait par la ſuite reſtituer contre ſon obligation; je ne ſuis tenu du total de la dette, qu'au cas auquel j'aurois d'abord ſeul ſubi le cautionnement ſans compter ſur le mineur qui ne s'eſt rendu caution que depuis, pour la même perſonne que moi; mais ſi nous nous ſommes rendus cautions enſemble,

ble, la reſtitution qu'il obtient contre ſon obligation, ne doit pas, ſuivant le droit Romain, me charger ſeul de la dette, que je m'étois attendu qu'il payeroit avec moi. *L.* 48, *pp. & §.* 1, *ff. de fidej.*

Papinien rapporte à cet égard cette raiſon de différence entre une femme & un mineur; celui qui ſe rend caution conjointement avec une femme, n'a pas dû compter ſur la femme, pour partager avec elle l'obligation, puiſqu'il devoit ſçavoir qu'elle en étoit incapable, *cùm ignorare non debuerit, mulierem fruſtrà intercedere*; mais il n'en eſt pas de même de celui qui s'eſt rendu caution avec un mineur; *propter*, dit Papinien, *incertum ætatis & reſtitutionis*, parce qu'il pouvoit ignorer qu'il fût mineur, ou eſpérer qu'il ne reviendroit pas contre ſon obligation; c'étoit au créancier plus qu'à lui à s'en informer, lorſqu'il l'a admis pour caution, & c'eſt le créancier plutôt que lui, qui doit ſouffrir de la reſtitution que le mineur a obtenu contre ſon obligation, *d. L.* 48, *pp. & §.* 1.

Quelque reſpect que j'aye pour les déciſions du grand Papinien, celle-ci me paroît ſouffrir difficulté; pluſieurs fidéjuſſeurs étant, comme nous l'avons dit ci-deſſus, débiteurs de toute la dette, la diviſion qu'en accorde la conſtitution

d'Adrien, lorſqu'ils ſont tous ſolvables, n'eſt qu'une grace qui ne doit pas leur être accordée, au préjudice du créancier. Cette raiſon qui fait qu'on me refuſe la diviſion de la dette avec mon cofidéjuſſeur, lorſqu'il eſt devenu inſolvable, doit la faire refuſer avec mon cofidéjuſſeur, qui s'eſt fait reſtituer contre ſon cautionnement; il n'y a pas plus de raiſon de l'accorder avec l'un qu'avec l'autre; je n'ai pas dû compter plus ſur l'un que ſur l'autre; ſi j'ai pû prévoir l'inſolvabilité, j'ai pû encore plus facilement prévoir la reſtitution. On ne peut pas dire que le créancier a bien voulu ſe charger de ce riſque en acceptant le cautionnement d'un mineur; car ne s'étant pas contenté du cautionnement de ce mineur, & ayant exigé qu'on lui joignît une autre caution, c'eſt au contraire une preuve qu'il a cherché ſes ſûretés contre la reſtitution, & qu'il n'a pas voulu ſe charger de ce riſque.

Ces raiſons me paroiſſent ſuffiſantes pour décider indiſtinctement, contre l'autorité de la loi Romaine, que la reſtitution obtenue pour cauſe de minorité, par mon cofidéjuſſeur, doit, de même que ſon inſolvabilité, me charger du total de la dette.

Il y a plus: ſi avant que mon cofidéjuſſeur mineur ſe fût pourvû contre ſon cau-

tionnement, j'étois poursuivi par le créancier, & que je lui opposasse l'exception de division, je pense qu'il seroit équitable qu'il ne pût être obligé de diviser son action entre son cofidéjusseur mineur & moi, que sous la réserve de revenir contre moi, dans le cas auquel ce mineur se feroit restituer contre son cautionnement.

Mais si le créancier avoit consenti à la division de son action, sans aucune réserve ; il y a lieu de penser, qu'en ce cas il auroit pris sur lui le risque de la restitution du mineur, & qu'il n'auroit aucun recours contre moi.

§. V.

Quand l'exception de division peut-elle être opposée.

425. On a fait une question, de sçavoir si l'exécution de division ne pouvoit être opposée, qu'avant la contestation en cause ? Quelques anciens Docteurs, comme Pierre de Belleperche, Cynus & autres, étoient dans ce sentiment ; mais le sentiment contraire, qui est suivi par Vinnius, *sel. quæst.* 11, 40, est le plus véritable, il est fondé sur le texte formel de la loi 10, §. 1, *cod. h. tit. ut*.....

dividatur actio inter eos qui solvendo sunt; antè condemnationem ex ordine solet postulari. Il suffit aux termes de cette loi, de demander la division de l'action, avant la sentence, & par conséquent on le peut après la contestation en cause ; en effet cette exception tient plus des exceptions péremptoires, que des dilatoires, puisqu'elle tend à exclure entiérement l'action du créancier contre celui qui l'oppose, pour les parts de ses cofidéjussseurs ; le texte des instituts, *tit. de fid.* §. 4, sur lequel se fondent ceux de l'autre sentiment, ne prouve rien ; il dit bien que tous les fidéjussseurs doivent être solvables lors de la contestation en cause, pour qu'il y ait lieu à la division de l'action ; mais il ne suit pas de-là, que cette division ne puisse être demandée depuis.

La loi 10, §. 1, *ff. de fid.* où il est dit que la caution qui a dénié son cautionnement n'est pas recevable à opposer l'exception de division, n'est pas contraire à notre décision ; car c'est cette dénégation faite de mauvaise foi, qui le rend indigne de cette grace, & non recevable dans cette exception, & non la litis-contestation ; la litis-contestation intervenue entre le créancier & la caution, ne suppose pas que la caution ait dénié son cautionnement, elle a pu intervenir sur toute autre

chose, *putà* sur ce que la caution a soutenu la dette acquittée, ou qu'il y avoit quelque fin de non recevoir, qui rendoit le créancier non recevable en sa demande. Quelques docteurs ont donné dans l'excès opposé, en décidant que l'exception de division peut être opposée même après le jugement de condamnation, à l'exemple de l'exception *cedendarum actionum*, & des exceptions *Scti Macedoniani & Scti Velleiani*; cette opinion est démentie par la loi 10, §. 1, *cod. de fid.* où il est dit que les cautions peuvent proposer l'exception de division, avant le jugement de condamnation, *ante condemnationem*; donc ils ne le peuvent pas après; à l'égard des exemples qu'on apporte des exceptions qui peuvent s'opposer même après le jugement, la réponse est, qu'il y a une grande différence entre l'exception de division, & l'exception *cedendarum actionum*; celle-ci n'attaque pas la sentence, ni le droit acquis par cette sentence au créancier, qui n'a aucun intérêt, à refuser la cession de ses actions, à la caution qui a été condamnée envers lui, lorsqu'elle le paie; au-lieu que l'exception de division, si on la proposoit après le jugement de condamnation, attaque ce jugement, & le droit acquis par ce jugement au créancier, puisqu'elle tend à restreindre à

une portion, le droit qui eſt acquis au créancier par ce jugement, d'exiger le total de la dette, de la caution qui a été condamnée envers lui; quant à ce qui eſt décidé pour les exceptions *Scti Macedoniani*, *Scti Velleiani*; c'eſt un droit ſingulier fondé ſur la faveur de ces exceptions, & ſur une eſpece d'intérêt public, *ad coercendos fœneratores & ad ſubveniendum ſexui muliebri*; ce droit ſingulier ne peut être tiré à conſéquence, & ne peut être étendu à l'exception de diviſion, ni aux autres exceptions peremptoires, *Vin. ibid.*

Lorſque le jugement de condamnation eſt ſuſpendu par un appel, on peut dire qu'il n'y a pas de condamnation, juſqu'à ce qu'il intervienne un Arrêt définitif; d'où il ſuit que la caution peut être admiſe en cauſe d'appel, à oppoſer l'exception de diviſion; c'eſt l'avis des Docteurs cités par *Bruneman ad l.* 10, *cod. de fid.* c'eſt auſſi l'avis de Vinnius.

§. VI.

De l'effet de l'exception de diviſion.

426. L'effet de l'exception de diviſion eſt de faire prononcer par le juge, la diviſion de la dette entre les fidéjuſſeurs

qui ſont ſolvables, & de reſtreindre par ce moyen la demande qui a été donnée contre le fidéjuſſeur qui a oppoſé la diviſion, à ſa part ſeulement.

Avant que cette diviſion de la dette ait été prononcée par le juge ſur l'exception de diviſion, ou qu'elle ait été faite volontairement par le créancier par la demande qu'il auroit donnée contre chacun des fidéjuſſeurs pour ſa part, *l.* 16, *cod. de fid.* chacun des fidéjuſſeurs eſt véritablement débiteur du total de la dette; c'eſt pourquoi, ſi l'un d'eux a payé le total, il ne peut avoir contre le créancier aucune répétition des parts de ſes cofidéjuſſeurs, *l.* 49, §. 1, *ff. de fid.* car il devoit véritablement le total qu'il a payé; en n'uſant pas de l'exception de diviſion dont il pouvoit uſer, *plenius fidem exſolvit.* Mais depuis que la diviſion de la dette a été prononcée, la dette eſt tellement diviſée, que quand même l'un des fidéjuſſeurs entre qui la dette a été diviſée deviendroit depuis inſolvable, le créancier n'auroit aucun recours contre les autres, pour la part de cet inſolvable, *l.* 51, §. 4, *ff. de fidej.*

Il reſte une queſtion, ſi le fidéjuſſeur qui demande la diviſion de l'action du créancier entre lui & ſon cofidéjuſſeur, avoit payé auparavant une partie de la

dette, doit-il payer la moitié de ce qui reſte dû, ſans rien imputer de ce qu'il a payé ? Papinien l'avoit décidé ainſi, *eam enim quantitatem inter eos convenit dividi, quam litis tempore debent.* Cette déciſion quoique conforme à la rigueur du principe, n'a pas été ſuivie, & il a été trouvé plus équitable d'accorder au fidéjuſſeur la faculté d'imputer ſur la part dont il eſt tenu de la dette, ce qu'il a déja payé, & de ne l'obliger à payer que le ſurplus de ſa part du total de la dette, & charger de l'autre en entier ſon cofidéjuſſeur, *ſed humanius eſt*, dit l'annotateur, *ſi & alter ſolvendo ſit, per exceptionem ei qui ſolvit ſuccurri, d. l.* 51, §. 1.

ARTICLE IV.

De la ceſſion d'actions ou ſubrogation que le Créancier eſt tenu d'accorder au fidéjuſſeur qui le paie.

427. Un troiſieme bénéfice que les loix accordent au fidéjuſſeur, c'eſt que lorſqu'il paie, il peut requérir le créancier de le ſubroger à tous ſes droits, actions & hypotheques, tant contre le débiteur principal qu'il a cautionné, que contre toutes les autres perſonnes qui ſont tenues de cette dette; c'eſt ce qui réſulte de la

loi 17, *ff. de fid. l.* 21, *cod. d. tit.* & de quantité d'autres textes. Voyez ſur cette ceſſion d'actions, & ſur l'exception qu'a le fidéjuſſeur qui s'eſt par ſon fait mis hors d'état de les céder, *infrà p.* 3, *ch.* 1, *art.* 6, §. 2.

SECTION VII.

Du droit qu'a la caution contre le principal débiteur & contre ſes cofidéjuſſeurs.

428. La caution a recours contre le débiteur principal après qu'elle a payé: nous traiterons de ce recours dans un premier article; il y a même des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé, dont nous parlerons dans le ſecond article; nous traiterons dans un troiſieme, de la queſtion particuliere, ſi la caution d'une rente conſtituée peut obliger au bout d'un certain temps, le débiteur au rachat de la rente; nous traiterons dans le quatrieme, du droit de la caution contre ſes cofidéjuſſeurs.

ARTICLE PREMIER.

Du recours de la caution contre le débiteur principal après qu'elle a payé.

§ I.

Quelles ſont les actions qu'a la caution contre le débiteur principal après qu'elle a payé.

429. Après que la caution a payé, ſi elle s'eſt fait ſubroger aux droits & actions du créancier, elle peut les exercer contre le débiteur, comme le créancier auroit pu faire lui-même; ſi elle a négligé d'acquérir cette ſubrogation, elle ne laiſſe pas d'avoir de ſon chef une action contre le débiteur principal, pour ſe faire rembourſer de ce qu'elle a payé pour lui.

Cette action eſt l'action *mandati contraria*, ſi c'eſt au ſçu & au gré du principal débiteur qu'elle l'a cautionné; car ce conſentement du débiteur principal, renferme un contrat tacite de mandat, ſuivant cette regle de Droit, *ſemper qui non prohibet pro ſe intervenire, mandare creditur. l.* 60, *ff. de R. J.* Si la caution s'eſt obligée pour le débiteur principal ſans ſa connoiſſance, elle ne peut pas avoir contre lui

l'action *mandati*, mais elle a contre lui l'action *contraria negotiorum gestorum*, qui a le même effet.

§. II.

Quel paiement donne lieu à ces actions.

430. Il n'importe que la caution ait payé en conséquence d'une sentence de condamnation, ou volontairement & sans sentence; car en l'un & l'autre cas *utiliter debitoris negotium gessit*, elle lui a procuré la libération de sa dette, & par conséquent il doit la rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour la lui procurer.

Il n'importe que le paiement ait été un paiement réel, ou une compensation, ou une novation; en tous ces cas, elle a droit de demander que le débiteur principal la rembourse, soit de la somme qu'elle a payée, soit de celle qu'elle a compensée, soit de celle qu'elle s'est obligée de payer pour éteindre l'obligation du principal débiteur.

431. Que si le créancier en considération de la caution, a fait remise de la dette à titre purement gratuit, la caution ne peut rien demander au principal débiteur, qui a profité de cette remise, parce qu'il n'en a rien coûté à la caution; que si la

remiſe étoit faite pour la récompenſe des ſervices que la caution a rendus au créancier, la caution pourroit ſe faire rembourſer de cette ſomme par le débiteur principal; car en ce cas, il en a coûté à la caution la récompenſe qu'elle auroit pu eſpérer de ſes ſervices, dont elle ſouffre la compenſation pour la dette de ce débiteur principal, à laquelle elle a accédé comme caution; c'eſt la diſpoſition de la loi 12, *ff. mandat.* & cela eſt conforme à cette maxime de la loi 26, §. 4, *ff. d. tit. ſciendum eſt non plus fidejuſſorem conſequi debere mandati judicio, quàm quod ſolverit.*

§. III.

Trois conditions pour que le paiement fait par la caution donne lieu à l'action contre le débiteur principal.

432. Pour que le paiement fait par la caution donne lieu à ces actions, il faut 1°. que la caution n'ait pas par ſa faute négligé quelque fin de non recevoir qu'elle eût pu oppoſer au créancier.

2°. Que le paiement ait été valable, & ait libéré le débiteur principal.

3°. Que le débiteur principal n'ait pas payé une ſeconde fois par la faute de la caution.

Premiere Condition.

433. Pour que la caution qui a payé, ait recours contre le débiteur principal, il faut qu'elle n'ait pas négligé par sa faute d'opposer les fins de non recevoir, si elle en avoit quelques-unes à opposer contre le créancier; par exemple, si quelqu'un m'a cautionné pour le prix d'un héritage que j'ai acheté, & qu'ayant connoissance que cet héritage m'a été évincé, il paie néanmoins le prix à mon vendeur, envers qui il s'est rendu caution pour moi, il n'aura aucun recours contre moi, parce qu'il pouvoit se dispenser de payer, en opposant au vendeur l'exception résultante de l'éviction que j'avois soufferte; que si la caution avoit ignoré l'éviction, & par conséquent l'exception qui en résulte, contre la demande du prix que lui a fait le vendeur, je serai obligé de lui rendre ce qu'il a payé, sauf mon recours contre mon vendeur; car il n'est pas en faute de n'avoir pas opposé une exception dont il n'avoit pas de connoissance, & c'est moi qui suis en faute au contraire de ne l'en avoir pas averti. La loi 29, *ff. mand.* etablit ces principes dans une espece assez ressemblante; au reste, il n'y a que l'ignorance de fait, qui peut, en ce cas, excuser la caution; il en seroit autrement de l'igno-

rance de droit ; *finge* j'ai acheté ſous votre cautionnement une maiſon que je croyois ſubſiſter, & qui avoit été entiérement brûlée avant le contrat ; quoique vous euſſiez depuis appris l'incendie, vous avez payé le prix que vous croyiez par erreur de droit être dû ; vous ne devez avoir aucun recours contre moi, *d. l.* 29, §. 1.

434. Si la caution avoit une fin de non recevoir à oppoſer contre le créancier, mais qui fût telle qu'elle ne pût l'oppoſer honorablement, en ce cas la caution n'eſt pas, à la vérité, obligée à l'oppoſer ; mais elle ne doit pas priver le débiteur de la faculté de l'oppoſer ; c'eſt pourquoi elle doit ſe laiſſer aſſigner pour le paiement, & appeller en cauſe le débiteur principal, afin qu'il puiſſe l'oppoſer, ſi bon lui ſemble ; faute de le faire, la caution n'aura aucun recours contre le débiteur principal, de ce qu'elle aura payé ; c'eſt ce qui réſulte des loix 48. *ff. mand. & l.* 10, §. 12, *d. tit.*

On peut apporter pour exemple de ces fins de non recevoir, qu'on ne peut honorablement oppoſer celle qu'on peut oppoſer au créancier de rente conſtituée qui a laiſſé accumuler plus de cinq années.

435. La regle que nous avons établie que la caution, pour avoir recours contre le débiteur principal, doit n'avoir pas

omis par ſa faute, d'oppoſer les fins de non recevoir qu'elle avoit à oppoſer, ſouffre exception, lorſque ces fins de non recevoir lui étoient perſonnelles, & ne pouvoient être oppoſées par le débiteur principal; par exemple, ſi la caution qui m'a cautionné juſqu'à un certain temps, paie pour moi après ce temps; quoiqu'elle eût pu ſe diſpenſer de payer, elle ne laiſſera pas d'avoir recours contre moi, parce qu'elle a payé pour moi ce que je n'aurois pu éviter de payer; c'eſt la déciſion de la loi 29, §. 6. *ff. mand. quamquam enim jam liberatus ſolverit, fidem implevit, & debitorem liberavit.* Il ſuffit qu'elle m'ait procuré à ſes dépens la libération, pour que je doive l'en indemniſer; autrement je m'enrichirois à ſes dépens, ce que l'équité ne permet pas, *neminem æquum eſt cum alterius detrimento locupletari.*

Deuxième condition.

436. Il faut, pour que la caution ait un recours contre le débiteur principal, que le paiement qu'elle a fait, ſoit valable; c'eſt pourquoi ſi celui qui me doit un cheval indéterminément, m'a donné une caution, & que cette caution par la ſuite, m'en fourniſſe un qui ſe trouve ne lui pas appartenir, la caution n'aura point de recours contre le débiteur principal, parce

que le paiement qu'elle a fait, n'eſt pas valable, & n'a point procuré au principal débiteur ſa libération.

437. Cette regle ſouffre exception dans le cas auquel la caution pourſuivie par le créancier, payeroit dans l'ignorance où elle ſeroit que le débiteur principal a déja payé; car, quoique ce paiement fait par la caution, étant le paiement d'une ſomme qui avoit ceſſé d'être due, ne ſoit pas un paiement valable; néanmoins la caution ne laiſſera pas d'avoir recours *actione mandati contrariâ*, contre le débiteur principal, pour être rembourſée de la ſomme qu'elle a payée, à la charge ſeulement par la caution de ſubroger le débiteur principal en ſon action de répétition contre le créancier qui peut être inſolvable, pour par le débiteur principal s'en faire payer, comme il pourra: c'eſt la déciſion de la loi 29, §. 2, ff. *mand.* Le débiteur principal eſt en faute de n'avoir pas averti la caution, qu'il avoit payé.

Cette déciſion ne doit pas avoir lieu, lorſque la caution a cautionné le débiteur principal, à ſon inſçu; car, en ce cas, le débiteur principal n'eſt pas en faute de n'avoir pas averti du paiement, cette caution qu'il ne connoiſſoit pas.

Troiſieme Condition.

438. Un troiſieme cas, auquel la caution qui a payé, n'a pas de recours pour la ſomme qu'elle a payée, contre le débiteur principal, c'eſt lorſque faute par elle d'avoir averti le débiteur principal, ce débiteur a payé une ſeconde fois au créancier; mais au moins elle peut demander que le débiteur lui cede ſon action pour répéter contre le créancier qui a reçu, ce qui ne lui étoit plus dû; c'eſt la déciſion de la loi 29, §. 3. ff. *mand.*

Selon nos uſages, ces ceſſions ſe ſuppléent, & on permettroit en ce cas-ci, à la caution de répéter *rectâ viâ* du créancier, ce qu'il auroit reçu une ſeconde fois.

§. IV.

Quand la caution qui a payé, peut-elle exercer ſon recours.

439. Réguliérement la caution qui a payé, peut agir en recours contre le débiteur principal, auſſi-tôt qu'elle a payé pour lui; mais ſi elle avoit payé avant que le terme fût échu, elle ne pourroit agir en recours contre lui, qu'après l'expiration du terme; car elle ne doit pas par ſon fait

le priver du terme dont il a droit de jouir *l.* 22, §. 1, *l.* 51, ff. *mand.*

§. V.

Lorſqu'il y a pluſieurs débiteurs principaux; la caution a-t-elle action contre chacun d'eux, & pour combien.

440. La caution peut par l'action *contraria mandati*, ou par l'action *contraria negotiorum geſtorum*, agir contre chacun des débiteurs principaux qu'elle a cautionné, pour la répétition du total de ce qu'elle a payé; car chacun de ces débiteurs principaux, étant débiteur du total de la dette envers le créancier, la caution en ſe rendant caution pour chacun d'eux, & en payant, a libéré chacun d'eux du total, & par conſéquent elle a droit de conclure ſolidairement contre chacun d'eux, au rembourſement du total de ce qu'elle a payé; & aux intérêts du jour de ſa demande.

Si dans ce que la caution a payé, il y avoit des intérêts & des arrérages; ces intérêts & ces arrérages forment un capital, à l'égard de la caution qui les a payés, vis-à-vis le débiteur pour qui elle les a payés, & les intérêts en ſont dûs à la caution du jour de ſa demande. *Arrêt rapporté par Papon* x. 4. 20.

Obſervez néanmoins que pour la ſomme qu'elle a payée pour ces intérêts & arréra-ges, la caution qui s'eſt fait ſubroger aux droits du créancier, ſera colloquée ſur les biens du débiteur, contre qui elle exerce ſon recours, dans le même rang qu'y ſe-roit colloqué le créancier, s'il n'étoit pas payé ; mais à l'égard des intérêts de cette ſomme, que nous diſons lui être dûs du jour de ſa demande ; comme ce n'eſt que de ſon chef qu'elle a droit de les pré-tendre, elle ne ſera colloquée que du jour de l'acte d'indemnité, paſſé devant No-taire, ſi le débiteur lui en a paſſé ; ou s'il n'y en a point, du jour de la condamna-tion qu'elle aura obtenue contre lui.

La caution qui exige de l'un des débi-teurs principaux qu'elle a cautionné, le total de la dette qu'elle a acquittée, doit céder à ce débiteur non ſeulement ſes ac-tions qu'elle a de ſon chef contre les au-tres débiteurs, mais auſſi les actions du créancier auxquelles elle a dû ſe faire ſu-broger en le payant ; ſi la caution en payant le créancier a négligé de réquérir cette ſubrogation, & qu'elle ſe ſoit par-là miſe hors d'état d'en pouvoir procurer la ſubro-gation, à celui des débiteurs principaux de qui elle exige le total de la dette, qu'elle a acquittée ; ce débiteur pourra, en offrant de la rembourſer pour ſa part,

obtenir *per oppoſitam exceptionem cedendarum actionum* le congé de la demande de la caution, pour les parts des autres débiteurs principaux.

Cela a lieu, ſi le débiteur avoit effectivement intérêt à avoir la ſubrogation aux actions du créancier; mais s'il n'avoit aucun intérêt à cette ſubrogation, ſi la ſubrogation aux actions que la caution a de ſon chef, lui donne le même avantage ſur les biens de ſes codébiteurs, que la ſubrogation aux actions du créancier; en ce cas il n'eſt pas recevable à ſe plaindre que la caution n'ait pas requis en payant, la ſubrogation aux actions du créancier, & ne puiſſe la lui procurer; il eſt par conſéquent non recevable dans l'exception *cedendarum actionum.*

C'eſt ce qui paroîtra par l'exemple ſuivant; *finge*: pluſieurs débiteurs ont emprunté ſolidairement une ſomme d'un créancier ſous mon cautionnement, & ils m'ont donné chacun un acte d'indemnité devant Notaire, de même date que l'obligation qu'ils ont contractée, envers le créancier; j'ai acquitté cette dette ſans requérir la ſubrogation aux actions du créancier, j'en demande le rembourſement pour le total à l'un des débiteurs: il eſt évident qu'il ne peut pas ſe plaindre de ce que je ne peux lui procurer la ſubrogation aux

actions du créancier ; car l'action que j'ai de mon chef contre les codébiteurs, & à laquelle je ſuis prêt de le ſubroger, ayant une hypotheque réſultante de l'acte d'indemnité de même date, que l'hypotheque des actions du créancier ; la ſubrogation à cette action que je lui offre, lui procure le même avantage ſur les biens de ſes codébiteurs, que lui auroit procuré la ſubrogation à celles du créancier, & par conſéquent le rend ſans intérêt, & non recevable à ſe plaindre de ce que je ne la lui ai pas pu procurer.

Lorſque la caution ne s'eſt rendue caution que pour l'un des débiteurs ſolidaires, & non pas pour les autres ; elle n'a, après qu'elle a acquitté la dette, d'action directe que contre celui qu'elle a cautionné ; elle peut ſeulement, comme exerçant les droits & actions de ſon débiteur, exercer celles que ce débiteur, en acquitant la dette, auroit pu exercer contr'eux, & de la même maniere qu'il les auroit exercées. Sur quoi *voyez ſuprà n.* 281.

ARTICLE II.

Des cas auxquels la caution a action contre le débiteur principal, même avant qu'elle ait payé.

441. La loi 10, *cod. mand.* ne reconnoît

que trois cas dans lesquels une caution puisse avant qu'elle ait acquitté la dette, agir contre le débiteur qu'elle a cautionné, pour en être par lui indemnisée. *Si pro eâ contrà quam supplicas fidejussor, seu mandator interceſſisti, & neque condemnatus es; neque bona sua eam dilapidare postea cœpisse comprobare possis, ut tibi justam metuendi causam præbeat; nequa ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis & antè solutionem convenire; nullâ ratione, antequam satis creditori pro eâ feceris, eam ad solutionem urgeri certum est, d. l.* 10.

Le premier cas, rapporté dans cette loi, est lorsque la caution a été condamnée à payer, *si neque condemnatus es.*

Selon notre pratique Françoise, la caution n'est pas obligée d'attendre qu'elle ait été condamnée; aussi-tôt qu'elle est poursuivie par le créancier, elle peut assigner le débiteur principal, comme son garant, pour qu'il soit tenu de l'acquitter; elle doit même le faire, faute dequoi le débiteur n'est point tenu d'acquitter la caution, des frais faits avant qu'il ait été appellé en cause, mais seulement de l'exploit de la demande originaire, & des frais faits depuis qu'il a été mis en cause.

Le débiteur que la caution n'a pas appellé, peut même quelquefois se défendre de l'acquitter du principal, au paiement

duquel la caution a été condamnée, lorſqu'il avoit de bons moyens de défenſe contre la demande du créancier qu'il eût pu oppoſer, s'il eût été appellé en cauſe; *ſupra n.* 432.

Le ſecond cas eſt, lorſque le débiteur principal eſt en déroute, *neque poſteà bona ſua dilapidare comprobare poſſis*; en ce cas la caution, quoiqu'elle n'ait pas encore payé, peut faire arrêt ſur les biens du débiteur principal, pour répondre du cautionnement qu'elle a ſubi pour lui.

Le troiſieme cas exprimé par cette loi, eſt lorſque le débiteur s'eſt obligé à rapporter à la caution, la décharge de ſon cautionnement dans un certain temps; en ce cas, après le temps expiré, la caution peut agir contre le débiteur principal, pour qu'il lui rapporte cette décharge, ou deniers à ſuffire pour payer le créancier.

La loi dit, *neque ab initio*, parce que, ſuivant les principes du Droit Romain, cette convention devoit intervenir, dès le temps du mandat; les conventions qui n'interviennent que depuis le contrat, n'étant que de ſimples pacts qui, ſelon la ſubtilité du Droit Romain, ne pouvoient pas produire d'action. *Voyez in Pand. Juſtin tit. de pactis, n.* 34. Ces ſubtilités n'ayant point été reçues dans notre Droit,

il n'importe que la convention ſoit intervenue, dès le temps du contrat, ou depuis.

La loi 38, §. 1, *mand.* rapporte un quatrieme cas, *ſi diù reus in ſolutione ceſſavit*: ſuivant cette loi, quoiqu'il n'y ait aucune clauſe, par laquelle le débiteur principal ſeroit obligé à faire décharger la caution de ſon cautionnement, dans un certain temps; néanmoins la caution dont l'obligation dure depuis un temps conſidérable, peut aſſigner le débiteur principal à lui en procurer la décharge. La loi, par ce terme *diù*, déſigne un temps conſidérable; mais elle ne le détermine pas préciſément: Barthole l'arbitre à deux ou trois ans; pluſieurs l'arbitrent au temps de dix ans, depuis la date du cautionnement: on ne peut rien définir à cet égard, cela doit dépendre des circonſtances, & être laiſſé à l'arbitrage du Juge, *gl. ad d. l.* 38.

442. Lorſque l'obligation à laquelle une caution a accédé, doit par ſa nature durer un certain temps; quelque long qu'il ſoit, la caution ne peut demander pendant tout ce temps, que le débiteur principal l'en faſſe décharger; car ayant connu, ou dû connoître la nature de l'obligation à laquelle elle accédoit, elle a dû compter qu'elle demeureroit obligée pendant tout ce temps; c'eſt pourquoi celui qui s'eſt

rendu

rendu caution d'un tuteur pour la geſtion de ſa tutelle, ne peut demander au tuteur, tant que ſa tutelle durera, qu'il le faſſe décharger de ſon cautionnement ; parce que l'obligation qui réſulte de l'adminiſtration de ſa tutelle, ne peut finir avant la fin de la tutelle ; par la même raiſon, celui qui s'eſt rendu caution pour un mari envers ſa femme, de la reſtitution de ſa dot, ne peut demander à ce mari, tant que le mariage dure, à être déchargé de ſon cautionnement ; parce que l'obligation de la reſtitution de la dot, eſt de nature à ne pouvoir s'acquitter, qu'après la diſſolution du mariage.

ARTICLE III.

Si la caution d'une rente peut obliger le débiteur au rachat.

443. Ou il y a eu une convention entre la caution & le débiteur principal, que le débiteur ſeroit obligé de la décharger de ſon cautionnement, au bout d'un certain temps convenu entre les parties ; ou il n'y a eu à cet égard aucune convention : Le premier cas fait moins de difficulté, il ne laiſſe pas néanmoins d'avoir quelque difficulté apparente ; on peut dire qu'une telle convention, n'eſt pas valable comme con-

traire à la nature des rentes conſtituées, de l'eſſence deſquelles il eſt que le débiteur ne puiſſe jamais être forcé de les racheter ; on ajoute que de telles conventions, ſi elles étoient permiſes, ouvriroient la voie aux fraudes des créanciers, qui pour ſe ménager le pouvoir de forcer au rachat les débiteurs des rentes qu'on leur conſtitueroit, n'acquéreroient la rente que ſous la condition ſecrette qu'on feroit intervenir une caution à eux affidée ; avec qui le débiteur auroit convention de racheter la rente au bout d'un certain temps ; & par ce moyen ces créanciers ſe feroient indiſtinctement des rentes uſuraires, ſans aliéner leur fond & leur principal : nonobſtant ces raiſons, Dumoulin *Tr. de uſur. Q.* 30, décide que cette convention eſt valable, que la caution peut au bout du temps convenu, exiger du débiteur principal qu'il la faſſe décharger de ſon cautionnement, & que pour cet effet il ſoit tenu de rembourſer la rente ; ſi on oppoſe contre cette convention, qu'il eſt de l'eſſence des rentes conſtituées, que le débiteur ne puiſſe être forcé à les racheter ; la réponſe eſt qu'il eſt vrai, qu'il eſt de l'eſſence de ces rentes, que le débiteur ne puiſſe être forcé par le créancier à les rembourſer ; mais rien n'empêche qu'il puiſſe y être forcé par un tiers ; c'eſt la par-

faite aliénation du fort principal que le créancier a payé pour l'acquiſition de la rente, qui fait l'eſſence de la rente conſtituée ; mais il ſuffit pour cette aliénation, que le créancier de la rente ne ſe ſoit pas retenu le droit de pouvoir l'exiger, & qu'il n'y puiſſe jamais obliger le débiteur ; il eſt indifférent, que le débiteur puiſſe y être obligé par un tiers. Quant à la ſeconde objection tirée de la fraude, la réponſe eſt, qu'elle ne ſe préſume pas ; il eſt vrai que la permiſſion de cette convention, peut donner quelquefois occaſion à l'eſpece de fraude ci-deſſus mentionnée, & c'eſt un inconvénient ; mais ſi ſous le prétexte de cet inconvénient, cette convention, qui en elle-même n'a rien que de très-licite, étoit défendue, il en réſulteroit un plus grand, qui eſt, que ſouvent des perſonnes ne trouveroient pas l'argent dont elles ont beſoin pour leurs affaires, faute de trouver des cautions qui vouluſſent contracter une obligation, dont la durée ne ſeroit pas limitée.

Le ſecond cas qui eſt celui auquel il n'y a eu aucune convention entre le débiteur principal & la caution, ſouffre plus de difficulté : Dumoulin *ibid.* décide qu'en ce cas, la caution ne peut au bout de quelque long temps que ce ſoit, obliger le débiteur principal à rembourſer la rente,

pour la décharger de ſon cautionnement; parce que la nature de la rente étant de durer perpétuellement, juſqu'à ce qu'il plaiſe au débiteur de la racheter, la caution qui en a connu la nature, & qui a bien voulu la cautionner, s'eſt ſoumiſe à contracter une obligation perpétuelle, ainſi que l'eſt la rente. *Non obſtat*, dit-il, *quod diù vel perpetuò remanebit in obligatione, quia hoc eſt de naturâ obligationis, & ſic prævisum fuit, & tamen fidejuſſit, & ſe perpetuò obligavit; ſimplex autem promiſſio indemnitatis, intelligitur ſecundùm naturam obligationis principalis.* Ainſi, ajoute-t-il, celui qui ſe rend caution pour celui qui a pris à bail un héritage pour le temps de quatre-vingt ans, contracte un cautionnement de pareille durée; ainſi les cautions d'une tutelle, ainſi les cautions d'un mari pour la reſtitution de la dot, contractent des cautionnements qui doivent durer autant que la tutelle ou le mariage, & dont ils ne peuvent être déchargés plutôt: c'eſt la Juriſprudence du Parlement de Toulouſe atteſtée par Catelan, *t.* 2, *l.* 5, *ch.* 21. Nonobſtant ces raiſons, on tient au Palais que, même dans ce cas auquel il n'y a eu aucune convention entre le principal débiteur & la caution, lorſque la caution s'eſt obligée à la priere du débiteur, & que ſon cautionnement

dure depuis un temps très-conſidérable comme de dix ans au moins, la caution eſt bien fondée à demander au débiteur principal qu'il l'en décharge, en rembourſant la rente dans un certain temps qui lui ſera limité par le Juge ; la raiſon eſt que ſi une rente eſt de nature à toujours durer, juſqu'à ce qu'elle ſoit rembourſée, elle eſt auſſi de nature à pouvoir toujours être rembourſée ; ſi la caution d'un preneur par bail à longues années, d'un tuteur, ou d'un mari, pour la reſtitution de la dot, ne peut être déchargée qu'après l'expiration du bail, ou après l'expiration du temps de la tutelle ou du mariage, c'eſt qu'il eſt de la nature de ces obligations de ne pouvoir finir plutôt ; c'eſt pourquoi celui qui s'eſt rendu caution par ces eſpeces d'obligations, a dû compter que l'obligation de ſon cautionnement ne finiroit pas plutôt ; mais les rentes conſtituées pouvant être rembourſées, & ſe rembourſant très-fréquemment, celui qui s'eſt rendu caution pour le débiteur a compté que le débiteur la rembourſeroit, & que ſon cautionnement ne ſeroit pas éternel ; c'eſt pourquoi, lorſqu'il dure trop long-temps, il doit être reçu à demander que le débiteur le décharge en rembourſant la rente : c'eſt

l'avis de Basnage, *p.* 2, *ch.* 5. Lacombe cite un Arrêt qui l'a jugé.

Le droit qui résulte de la convention, que le débiteur sera tenu de rembourser la rente dans un certain temps convenu, pour décharger la caution, ne s'exerce pas à la rigueur; c'est pourquoi si la caution, après l'expiration du temps convenu, poursuit le débiteur pour faire ce remboursement, le Juge doit être facile à accorder au débiteur une prorogation de temps pour satisfaire à cette obligation, lorsque le débiteur n'a pas la commodité de le faire incontinent. *Molin. ibid.*

444. Lorsque le fidéjusseur qui est convenu avec le débiteur principal, qu'il rembourseroit la rente dans un certain temps, est devenu l'unique héritier du créancier de la rente, ou lorsqu'en étant devenu héritier pour partie, la rente est tombée par le partage en son lot; il est évident qu'il ne peut plus exiger du débiteur principal, le remboursement de la rente; car son cautionnement se trouve en ce cas éteint, ne pouvant pas être caution envers lui-même; il ne peut donc plus être recevable, à demander que le débiteur le décharge d'un cautionnement qui ne subsiste plus, & dont il se trouve libéré.

Quid, Si la rente pour laquelle il s'est rendu caution envers le défunt, est tom-

bée au lot de son cohérier, ou que le partage ne soit pas encore fait ? Dumoulin, *ibid.* décide que si la caution n'est devenue héritiere du créancier, que pour une petite portion, elle peut en l'un & l'autre cas exercer le droit, qu'elle a de son chef, d'obliger le débiteur à lui procurer la décharge de son cautionnement en remboursant la rente; mais que si elle est devenue héritiere du créancier, pour une portion considérable, comme pour une moitié, ou pour un tiers, elle ne peut ni dans l'un ni dans l'autre cas, exiger du débiteur cette décharge; la raison qu'il en apporte est, que la caution, en devenant héritiere pour une portion considérable de la rente, est devenue créanciere de cette rente pour une portion considérable; & que cette qualité de créancier pour une portion considérable de la rente qu'elle a, ou qu'elle a eu avant le partage, résiste au droit d'en exiger du débiteur le remboursement, pour se procurer la décharge de son cautionnement; d'autant plus qu'il lui est, ou qu'il lui a été facile, de se procurer d'une autre maniere cette décharge, en faisant tomber par le partage cette rente dans son lot.

J'aurois de la peine à me rendre à cette décision de Dumoulin, surtout dans le cas auquel la rente est échue en entier en

partage au cohéritier de la caution ; car ſuivant les principes de notre Juriſprudence ſur l'effet déclaratif & retroactif des partages, qui n'étoient pas ſi bien établis au temps de Dumoulin qu'ils le ſont aujourd'hui, un héritier n'eſt cenſé avoir ſuccédé au défunt, qu'aux effets qui lui ſont échus dans ſon lot par le partage ; la caution eſt donc cenſée n'avoir jamais ſuccédé à la rente pour laquelle elle s'eſt rendue caution envers le défunt, cette rente étant tombée en entier dans le lot de ſon cohéritier ; elle n'a donc, & eſt cenſée n'avoir jamais eu, pour aucune portion, la qualité de créancier de cette rente ; rien ne peut donc l'empêcher d'exercer le droit qu'elle a de ſon chef, d'exiger du débiteur, qu'il la rembourſe, pour lui procurer la décharge de ſon cautionnement ; quant à ce qu'ajoute Dumoulin, qu'il a été facile à la caution de ſe procurer d'une autre maniere la décharge de ſon cautionnement, en faiſant tomber la rente dans ſon lot ; je réponds, 1°. que cela ne dépendoit pas entiérement de la caution ; ſon cohéritier à qui cette rente pouvoit faire plus de plaiſir, que des fonds d'héritages, ayant pu exiger que le ſort en décidât ; 2°. quand cela auroit dépendu de la caution, je ne vois pas qu'elle fût obligée, pour faire plaiſir au débiteur, de prendre cette rente, plu-

tôt que d'autres effets de la ſucceſſion qui pouvoient lui faire plus de plaiſir, & lui être plus avantageux.

Le cas auquel le partage n'eſt pas fait, a plus de difficulté ; je penſerois qu'en ce cas, ſur la demande que donneroit la caution contre le débiteur, pour le rembourſement de la rente, on devroit ſurſeoir juſqu'après le partage ; car il n'eſt pas équitable que la caution pourſuive le débiteur pour le rembourſement, lorſqu'elle a eſpérance d'acquérir la décharge de ſon cautionnement par le partage par lequel il peut arriver que cette rente tombe dans ſon lot.

Quid, Si le partage étoit fait, & que la rente fût demeurée en commun entre la caution & ſon cohéritier ? Je conviens qu'en ce cas, la qualité qu'a la caution de créancier pour une portion de cette rente, l'empêche de pouvoir exiger du débiteur qu'il faſſe le rembourſement du total de cette rente ; mais pourquoi ne pourroit-elle pas, en lui déclarant qu'elle conſent qu'il la lui continue pour la portion qui lui eſt tombée en partage, exiger qu'il la lui rembourſe pour la portion qui appartient à ſon cohéritier, pour la décharger envers lui de ſon cautionnement ? Je ne vois rien qui l'en doive empêcher.

La caution ceſſe d'avoir le droit d'exi-

ger que le débiteur principal faſſe le rachat de la rente, non-ſeulement lorſque c'eſt à titre d'héritier, qu'elle devient propriétaire & créanciere de la rente, mais auſſi lorſqu'elle le devient à quelque titre que ce ſoit, ſoit univerſel, ſoit particulier, *putà* ſi elle devient donataire ou légataire univerſelle du créancier de la rente, ou donataire ou légataire particuliere de la rente; car elle n'a droit d'en demander le rachat que pour être déchargée de ſon cautionnement, & elle n'a plus beſoin d'en être déchargée, lorſqu'elle eſt devenue propriétaire de la rente, à quelque titre que ce ſoit; puiſque dès-lors ſon cautionnement eſt éteint, perſonne ne pouvant être caution envers ſoi-même.

Si le droit de propriété de la rente, que la caution a acquis, n'étoit qu'un droit reſoluble, *putà* ſi elle étoit donataire ou légataire de cette rente, à la charge de ſubſtitution, l'obligation de ſon cautionnement ſeroit en ce cas plutôt ſuſpendue, qu'éteinte: elle revivroit lorſque ſon droit de propriété viendroit à ſe réſoudre, *putà* par l'ouverture de la ſubſtitution; c'eſt pourquoi la caution ne pourroit pas à la vérité exiger le rachat de la rente, pendant le temps qu'elle en ſeroit propriétaire; mais ſon droit de propriété venant

à ſe réſoudre, & en conſéquence l'obligation de ſon cautionnement venant à revivre envers celui à qui la propriété de la rente a paſſé, le droit de demander au principal débiteur, qu'il rachete la rente, pour qu'elle ſoit déchargée de ſon cautionnement, doit pareillement revivre, & le temps dans lequel il s'eſt obligé de faire ce rachat qui avoit ceſſé de courir pendant que la caution étoit propriétaire de la rente, recommencera à courir.

Mais ſi la caution qui eſt devenue propriétaire de la rente, ceſſe d'en être propriétaire, par une aliénation volontaire qu'elle en a fait, & non par la réſolution de ſon droit; l'obligation de ſon cautionnement ne revit pas, ni par conſéquent le droit d'exiger du débiteur le rachat de la rente. *Molin. ibid. Quæſt.* 29, *n.* 246.

Si la caution avoit elle-même fait le rachat de la rente, quoiqu'elle ſe fût fait ſubroger aux droits du créancier, & qu'au moyen de cette ſubrogation, elle pût la faire revivre contre le débiteur, néanmoins elle pourra, en ne faiſant pas uſage de cette ſubrogation, répéter du débiteur principal, la ſomme qu'elle a payée pour ce rachat; la raiſon eſt qu'un mandataire peut répéter *actione mandati contrariâ*, tout ce que l'affaire dont il s'eſt chargé l'a obligé de débourſer, *quidquid ex causâ*

mandati ipſi inculpabiliter abeſt (*v. Pand. Juſtin. tit. mand. n.* 53, *& ſeq.*) or, c'eſt le cautionnement que la caution a ſubi à la priere du débiteur, qui l'a obligé à faire ce rachat, pour mettre fin à ſon obligation ; donc cette ſomme *ipſi abeſt ex causâ mandati, & quidem inculpabiliter*, car le débiteur principal ne peut déſaprouver cette dépenſe, puiſqu'il s'étoit obligé lui-même à faire le rachat, pour mettre fin à l'obligation de la caution ſon mandataire, ſi la caution ne l'eût fait elle-même ; donc ce débiteur principal ne peut ſe défendre de la répétition de cette ſomme. *Molin. ibid. Quæſt.* 30.

Soit que la caution ait donné des deniers pour le rachat de la rente, ſoit que du conſentement du créancier, elle lui ait donné quelque choſe équivalente à la ſomme dont elle étoit rachetable, elle a la répétition de cette ſomme contre le débiteur principal ; car en l'un & l'autre cas, *ipſi ex causâ mandati abeſt.*

Obſervez que ſi la caution avoit fait le rachat de la rente avant l'expiration du temps dans lequel le débiteur s'étoit obligé de la racheter, elle n'en pourroit avoir la répétition qu'après l'expiration de ce temps ; même après ce temps, cette répétition ne doit pas s'exercer avec rigueur, & lorſqu'elle eſt demandée, le

Juge doit être facile à accorder terme au débiteur pour trouver de l'argent.

Nous avons dit que la caution qui a racheté la rente, ne pouvoit avoir la répétion des deniers du rachat contre le débiteur principal qu'elle a cautionné, qu'autant qu'elle n'uſeroit pas de la ſubrogation à elle accordée pour faire revivre la rente : Pourquoi cela ? Il ſembleroit au contraire que la caution ayant deux qualités *duarum perſonarum vices ſuſtinens*, pourroit exercer tout à la fois les droits différens qui réſultent de ces deux qualités ; ſçavoir, celui d'exiger la continuation de la rente, comme ſubrogée aux droits du créancier, & celui qu'elle a de ſon chef, d'exiger que le débiteur principal rachete la rente ; il ſemble qu'elle ſe peut d'autant plus, que le débiteur principal paroît ne ſouffrir en cela aucun préjudice ; puiſque ſi la caution n'avoit pas fait le rachat, la caution pourroit exiger de lui, qu'il le fît, & nonobſtant cette demande de la caution, il ne laiſſeroit pas d'être tenu de payer les arrérages au créancier, juſqu'à ce qu'il l'eût fait ; or, il lui eſt indifférent de les payer à la caution ſubrogée aux droits du créancier, ou au créancier : nonobſtant ces raiſons, Dumoulin *quæſt.* 29, décide que la caution qui veut uſer du droit de ſubrogation,

& ſe faire ſervir de la rente, ne peut plus dès-lors uſer du droit qu'elle avoit d'en exiger le rachat, parce que ce ſont deux droits abſolument incompatibles; le créancier d'une rente conſtituée, & celui qui en veut exercer les droits, eſt par cette qualité obligé de procurer au débiteur la libre jouiſſance du ſort principal de la rente, auſſi long temps qu'il lui plaira, ce qui eſt contradictoire avec le droit d'exiger le ſort principal.

Dumoulin, *quæſt.* 30, *n.* 249, apporte ce tempéramment à ſa déciſion, que ſi la caution dans l'ignorance de droit où elle étoit, qu'elle ne pouvoit pas cumuler le droit de faire revivre à ſon profit la rente, & celui d'en exiger le rachat, en avoit reçu une année ou deux d'arrérages, elle ne laiſſeroit pas de pouvoir être reçue à en exiger le rachat, en offrant de renoncer à la ſubrogation aux droits du créancier, & d'imputer en conſéquence ſur le principal, les arrérages qu'elle a reçus.

ARTICLE IV.

Des actions de la caution contre ſes cofidéjuſſeurs.

445. Une caution peut bien exercer contre ſes cofidéjuſſeurs, les actions du

créancier, lorſqu'elle a eu la précaution de s'y faire ſubroger ; mais ſuivant les loix Romaines, elle n'a de ſon chef aucune action contr'eux, même dans le cas auquel elle auroit payé la dette : c'eſt la déciſion de la loi 39, *ff. de fid. L.* 11, *cod. d. tit.*

Le principe ſur lequel les Juriſconſultes Romains ſe ſont fondés eſt, que lorſque pluſieurs perſonnes ſe rendent cautions pour un même débiteur, elles ne contractent entr'elles aucune obligation ; chacune d'elles n'a d'autre intention, que d'obliger le débiteur principal ; chacune d'elles ne ſe propoſe de faire l'affaire que du débiteur principal, & non celle de ſes cofidéjuſſeurs, *ſolius Rei principalis negotium gerit, non alter alterius negotium gerit.*

Ce principe eſt vrai, & on peut même dire évident ; mais la conſéquence que les Juriſconſultes Romains en ont tirée, qu'un fidéjuſſeur ne peut jamais ſans ſubrogation d'actions, avoir aucune action de recours contre ſes cofidéjuſſeurs, même lorſqu'il a payé la dette entiere, dont ils étoient tous tenus, eſt une conſéquence trop dure, & que nous n'avons pas admiſe dans notre Juriſprudence ; au contraire nos Juriſconſultes François ont penſé que la caution qui a payé toute la det-

re, peut ſans ſubrogation d'actions, en répéter une part de chacun de ſes cofidéjuſſeurs; c'étoit l'avis de d'Argentré ſur l'art. 213, de l'ancienne Coutume de Bretagne & on en a fait une diſpoſition lors de la réformation, *art.* 194.

Cette action ne naît pas du cautionnement que ce fidéjuſſeur a ſubi avec ſes cofidéjuſſeurs, puiſque par ce cautionnement ils n'ont contracté aucune obligation entr'eux, ſuivant le principe ci-deſſus établi : elle ne naît que du paiement que ce fidéjuſſeur a fait de toute la dette, & de l'équité qui ne permet pas, que ſes cofidéjuſſeurs, qui étoient tenus comme lui de la dette, profitent à ſes dépens du paiement qu'il en a fait; cette action n'eſt pas la vraie action *negotiorum geſtorum*; ce fidéjuſſeur qui a payé la dette entiere, ayant payé ce qu'il devoit effectivement, s'étant acquitté de ſa propre obligation, *proprium negotium geſſit, magis quàm confidejuſſorum*; mais cette action eſt une action *utilis negotiorum geſtorum, quæ non ex ſubtili juris ratione, ſed ex ſolâ utilitatis & æquitatis ratione proficiſcitur*; parce que, quoique ce fidéjuſſeur *ipſius inſpecto propoſito*, en payant la dette entiere, fît plutôt ſa propre affaire, que celle de ſes cofidéjuſſeurs; néanmoins *effectu inſpecto*, ayant, quant à l'effet, fait

l'affaire de ſes cofidéjuſſeurs, en même temps qu'il faiſoit la ſienne, les ayant, par le paiement qu'il a fait, libéré d'une dette qui leur étoit commune avec lui ; l'équité exige qu'ils portent leur part de ce paiement, dont ils ont profité autant que lui.

Il y a quelques Auteurs qui ont été bien plus loin, & qui ont ſoutenu que dans le cas de l'inſolvabilité du débiteur principal, un fidéjuſſeur avoit action de ſon chef, contre ſes cofidéjuſſeurs, non-ſeulement après qu'il avoit payé le créancier, pour répéter d'eux leurs parts de ce qu'ils auroient été tenus comme lui de payer au créancier, mais que même avant que d'avoir payé, chacun des fidéjuſſeurs avoit action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour qu'ils contribuent avec lui au paiement de la ſomme qu'ils doivent tous au créancier ; ils ont été même juſqu'à dire, que dans le cas de l'inſolvabilité d'un débiteur de rente conſtituée, un fidéjuſſeur qui ſe trouvoit depuis un temps conſidérable caution de cette rente, avoit action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour qu'ils fuſſent tenus de contribuer avec lui au rachat de cette rente : *V. Baſnage, Tr. des hypoteq. p.* 2, *ch.* 6, qui cite quelques Arrêts du Parlement de Normandie, qui l'ont jugé ainſi, & *Brodeau ſur Louet, lettre F. ch.*

27, qui cite auſſi un Arrêt du Parlement de Paris ; mais je penſe que ces Auteurs ont été trop loin. J'accorde que lorſque l'un des fidéjuſſeurs eſt pourſuivi par le créancier ; ce fidéjuſſeur pourſuivi a action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour qu'ils aient à fournir chacun leur part de la ſomme demandée, dont le paiement doit faire ceſſer les pourſuites, & qu'à faute de ce faire, ils ſeront tenus chacun pour leur part des frais faits depuis que les pourſuites leur auroient été dénoncées ; cette action naît des pourſuites faites contre ce fidéjuſſeur, & de l'équité qui ne permet pas qu'entre pluſieurs qui ſont tenus également d'une même dette, l'un en ſoit plus pourſuivi que les autres ; c'eſt ſur cette raiſon d'équité, qu'a été établi le bénéfice de diviſion entre les cofidéjuſſeurs : cette même raiſon d'équité, qui fait admettre un fidéjuſſeur pourſuivi pour le paiement, à demander au créancier, qu'il partage ſon action & ſes pourſuites entre tous les fidéjuſſeurs, le doit pareillement faire admettre à demander à ſes cofidéjuſſeurs, qu'ils contribuent, chacun pour leur part, au paiement de la dette, & faute de ce, au paiement des frais faits depuis que les pourſuites leur ſont dénoncées. Il doit être admis à cette demande, même lorſqu'il a renoncé au bé-

néfice de diviſion, ou qu'il en eſt exclus par la nature de la dette cautionnée ; cette renonciation & cette excluſion n'ayant lieu qu'en faveur du créancier.

Mais tant que le fidéjuſſeur n'eſt pas pourſuivi pour le paiement, il n'a aucune action contre ſes cofidéjuſſeurs pour les obliger à contribuer avec lui au paiement de la dette ; car les cofidéjuſſeurs, ſuivant le principe établi ci-deſſus, n'ayant pas entendu contracter entr'eux aucune obligation, celle d'où naît l'action que l'un d'eux a contre ſes cofidéjuſſeurs, lorſqu'il eſt pourſuivi, n'eſt fondée que ſur une raiſon d'équité, qui naît de la pourſuite même qui eſt faite contre lui ; d'où il ſuit qu'il n'en peut avoir aucune tant qu'il n'eſt pas pourſuivi ; à plus forte raiſon le fidéjuſſeur d'une rente ne peut pas, en cas d'inſolvabilité du débiteur principal, avoir action contre ſes cofidéjuſſeurs, pour les obliger à contribuer avec lui au rachat de la rente ; car de quelle obligation pourroit naître cette action ? Lorſque le fidéjuſſeur l'a rachetée, il ne peut non plus demander autre choſe à ſes cofidéjuſſeurs, que la continuation de la rente, chacun pour leur part ; car l'action qu'il a contr'eux ne pouvant naître que de la regle d'équité, qui ne permet pas que ſes fidéjuſſeurs profitent de ce rachat

à ſes dépens, ces cofidéjuſſeurs ne retirant de ce rachat d'autre profit que la libération de la preſtation d'une rente, ils ne peuvent être tenus à autre choſe, qu'à lui continuer, chacun pour leur part, une rente pareille à celle dont le rachat les a libérés envers le créancier.

Une caution qui a payé une dette exigible, ou racheté une rente, a action contre les autres cautions principales, & en cas d'inſolvabilité de quelques-unes d'entr'elles, contre les certificateurs de cette caution inſolvable, qui à cet égard la repréſentent; mais elle n'a aucune action contre ſes propres certificateurs qui l'ont certifiée elle-même; car le certificateur eſt le fidéjuſſeur de la caution qu'il certifie, *eſt fidejuſſor fidejuſſoris*; la caution vis-à-vis de ſes propres certificateurs tient lieu d'un débiteur principal, *eſt inſtar Rei principalis*.

Par la même raiſon, lorſque le certificateur a payé, il a recours pour le total contre la caution qu'il a certifiée.

SECTION VIII.

De plusieurs autres especes d'Obligations accessoires.

ARTICLE PREMIER.

De l'Obligation de ceux qu'on appelle en Droit Mandatores.

446. Celui par l'ordre duquel j'ai prêté de l'argent à quelqu'un est, ce qu'on appelle en Droit *Mandator pecuniæ credendæ, toto tit. ff. de Fidej. & Mand.*

Lorsque vous me donnez l'ordre de prêter une certaine somme d'argent à Pierre, cet ordre que je me charge d'exécuter, renferme un contrat de mandat qui intervient entre nous.

Suivant les principes du contrat de mandat, le mandataire étant obligé envers le mandant *actione mandati directâ*, à lui tenir compte de tout ce qu'il a *ex causâ mandati*, je suis par ce contrat en ma qualité de mandataire, obligé *actione mandati directâ* envers vous qui êtes le mandant, à vous céder l'action qui naît du prêt de la somme d'argent que j'ai fait en exécution de votre mandat, & que j'ai par conséquent *ex causâ mandati*.

De votre côté vous êtes obligé envers moi *actione mandati contrariâ*, de me rembourser & indemniser de la somme que j'ai déboursée, pour exécuter votre mandat, en la prêtant par votre ordre à Pierre. Par cette obligation vous devenez envers moi le répondant de Pierre, pour la dette qu'il a contractée envers moi par le prêt que je lui ai fait.

En cela les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les fidéjusseurs.

Il ne faut pas néanmoins les confondre, & il y a une différence essentielle entre les uns & les autres.

L'obligation d'un fidéjusseur, n'est autre chose qu'une simple accessoire à l'obligation du débiteur principal, qui a pour cause, celle de l'obligation du débiteur principal. Par exemple, lorsque vous vous rendez caution envers moi, pour une somme d'argent que j'ai prêtée à Pierre, ou pour une somme d'argent que Pierre me doit pour le prix d'une chose que je lui ai vendue, le cautionnement que vous contractez, n'est qu'une simple accession à l'obligation de Pierre; la cause de votre obligation, aussi-bien que de celle de Pierre, à laquelle vous avez accédé, est la vente ou le prêt que j'ai fait à Pierre.

Il n'en est pas de même de l'obligation que vous contractez envers moi, par

l'ordre que vous me donnez de prêter une certaine ſomme à Pierre ; il eſt vrai qu'elle a le même objet que celle que Pierre contracte envers moi par le prêt que je lui fais par votre ordre. La ſomme d'argent que vous me devez rembourſer *actione mandati contrariâ*, n'eſt pas une pareille ſomme, mais eſt préciſément la même ſomme qui m'eſt due par Pierre, & il ne m'eſt pas permis de la recevoir de vous & de lui, ſuivant la regle *bona fides non patitur ut idem bis exigatur. L.* 57, *ff. de R. J.* Mais quoique votre obligation ait le même objet que celle de Pierre, quoique la ſomme qui m'eſt due par vous & par lui, ſoit une ſeule & même choſe dont Pierre eſt le débiteur le plus principal, puiſqu'il en eſt le débiteur pour lui-même abſolument, & que vous en êtes débiteur plutôt pour lui que pour vous ; néanmoins votre obligation n'eſt pas une pure acceſſion à celle de Pierre, elle a une cauſe différente de celle de l'obligation de Pierre, qui eſt le contrat de mandat intervenu entre nous : ce contrat n'eſt pas un ſimple contrat acceſſoire, tel qu'eſt un cautionnement, c'eſt un contrat principal : votre obligation qui naît de ce contrat, qui eſt une obligation *ex causâ mandati*, a donc une cauſe diſtinguée de celle de l'obligation de Pierre, qui m'eſt débiteur *ex causâ mutui* ?

De ces principes sur la différence de l'obligation d'un *mandator pecuniæ credendæ*, & de celle d'un simple fidéjusseur, suit cette différence entre l'un & l'autre, que lorsqu'un simple fidéjusseur a payé la dette pour laquelle il s'est rendu caution, sans requérir, en faisant le paiement, la cession des actions du créancier contre le débiteur principal, il éteint par ce paiement la dette du débiteur principal, & il ne peut plus par la suite se faire céder les actions du créancier contre le débiteur principal, qui ont été éteintes par ce paiement: car sa dette n'étant pas seulement une dette de la même chose, mais étant précisément la même dette que celle du débiteur principal, à laquelle il n'a fait qu'accéder, le paiement qu'il a fait, a éteint la dette du débiteur principal.

Au contraire, lorsqu'un *mandator pecuniæ credendæ*, par l'ordre de qui j'ai prêté une certaine somme à un tiers, *putà* à Pierre, me rembourse de cette somme; quoiqu'il n'ait pas requis la cession de mes actions contre Pierre, le paiement qu'il me fait n'éteint que son obligation, & celle de Pierre n'est pas éteinte, je demeure nonobstant ce paiement créancier de Pierre *ex causâ mutui*, non pas à l'effet que je puisse exiger à mon profit la somme

ſomme qui m'eſt dûe par Pierre, *ex cauſâ mutui*, en ayant déja été payé *ex cauſâ mandati*; mais j'en demeure créancier, à l'effet que je puiſſe céder les droits de cette créance à mon mandant lorſqu'il le requerra, comme j'y ſuis obligé envers lui *obligatione mandati directâ*. C'eſt ce que nous apprenons de la loi 28, *ff. mand. Papinianus ait mandatorem debitoris ſolventem ipſo jure reum non liberare; propter enim mandatum ſuum ſolvit & ſuo nomine; ideòque mandatori actiones putat adversùs reum cedi debere*; quoiqu'il ne l'ait pas requiſe lors du paiement.

A ces différences près les *mandatores pecuniæ credendæ* conviennent avec les cautions ou fidéjuſſeurs: quoique l'obligation *contraria mandati*, qu'ils contractent envers celui qui a prêté à quelqu'un une ſomme d'argent par leur ordre, ne ſoit pas tout-à-fait comme l'eſt un cautionnement, une pure acceſſion à l'obligation du débiteur à qui la ſomme a été prêtée par leur ordre, & qu'elle ait *propriam cauſam*, elle eſt néanmoins, ainſi que celle des cautions, acceſſoire à l'obligation de ce débiteur, & elle en dépend; elle n'eſt valable qu'autant que l'obligation de ce débiteur eſt valable; les *mandatores*, de même que les cautions, peuvent oppoſer toutes les

exceptions *in rem* que le débiteur, à qui la choſe a été prêtée par leur ordre, pourroit oppoſer, *l.* 32, *ff. de fidej.* L'extinction de l'obligation de ce débiteur, de quelque maniere qu'elle ſe faſſe, ſoit par le paiement réel de la ſomme prêtée, ſoit par la compenſation, la novation, la remiſe, la confuſion, éteint l'obligation de ces *mandatores*, de même que celle des cautions. La Novelle 4, §. 1, leur a donné de même qu'aux cautions l'exception de diſcuſſion. Tout ce que nous avons dit de cette exception, *ſuprà*, *ſect.* 6, *art.* 2, s'applique aux *mandatores*, de même qu'aux fidéjuſſeurs.

Pour que quelqu'un ſoit réputé *mandator pecuniæ credendæ*, & reſponſable par conſéquent envers moi de la ſomme d'argent que j'ai prêté à un tiers par ſon ordre, il faut que ce qu'il m'a dit ou écrit renferme un vrai mandat, par lequel il m'a chargé de prêter la ſomme à cette perſonne, avec intention de m'en indemniſer; mais ſi dans une converſation vous ayant dit que j'avois une ſomme de mille écus à placer à conſtitution de rente, vous m'avez dit que Pierre cherchoit à prendre de l'argent à conſtitution, & que vous croyiez l'emploi bon: ces termes n'expriment pas un mandat, mais un ſimple conſeil qui ne vous fait contracter envers

moi aucune obligation, ſelon cette regle de Droit, *conſilii non fraudulenti nulla eſt obligatio niſi dolus intervenerit*, *l.* 47, *ff. de Reg. Jur.*

Obſervez néanmoins que pour qu'un conſeil n'oblige pas celui qui l'a donné, il faut qu'il ait été donné de bonne foi, c'eſt pourquoi la loi ajoute *niſi dolus intervenerit*; car ſi vous aviez connoiſſance de la mauvaiſe ſituation des affaires de Pierre, lorſque vous m'avez conſeillé de lui donner mon argent, ce ſeroit un dol de votre part, qui vous obligeroit au moins dans le for de la conſcience de m'indemniſer de ce que je perdrois par l'inſolvabilité de Pierre.

Vous pourriez même en être tenu dans le for extérieur ſi j'avois une preuve bien évidente que vous en aviez connoiſſance. Pareillement il ne faut pas prendre pour un *mandatum credendæ pecuniæ*, ce qui n'eſt qu'une ſimple recommandation. Par exemple, ſi vous avez dit, Pierre notre ami commun a beſoin que vous lui prêtiez dix piſtoles, je vous le recommande; ce diſcours ne renferme pas un mandat, mais une ſimple recommandation qui n'eſt pas obligatoire, *l.* 12, §. 12, *ff. mandat.*

Il en ſeroit autrement ſi je vous avois dit; Pierre a beſoin de dix piſtoles; je n'ai pas pour le préſent la commodité de les

lui prêter, je vous prie de lui prêter cette somme à ma place ; c'est un vrai mandat.

Pour qu'un *mandator pecuniæ credendæ*, soit obligé de vous indemniser de l'argent que vous avez prêté à un tiers par son ordre, il faut que vous vous soyez renfermé exactement dans les termes de son mandat, *diligenter enim fines mandati custodiendi sunt*, *l.* 5, *ff. mand.* Si donc vous avez fait autre chose que ce qui est porté par mon mandat ; *putà*, si vous ayant donné ordre de prêter une certaine somme d'argent à Pierre, vous la lui avez donnée à constitution de rente, *aut vice versâ* si vous ayant donné ordre de la lui donner à constitution de rente, vous lui avez donnée à titre de prêt, je ne serai point obligé envers vous, car une constitution de rente & un prêt étant choses différentes, on ne peut pas dire que vous ayez fait ce qui étoit porté par mon mandat.

Si je vous avois donné ordre de prêter une certaine somme à Pierre, *putà* 500 liv. & que vous lui en ayiez prêté 600 liv. la somme de 500 liv. portée par mon mandat, étant contenue dans celle de 600 liv. que vous lui avez prêtée, suivant cette regle de Droit, *in eo quod plus sit semper inest & minùs*, *l.* 110, *ff. de R. J.* il est vrai de dire que vous avez fait ce qui étoit porté par mon mandat,

& en conſéquence je ſuis obligé envers vous *obligatione mandati contrariâ* pour Pierre, juſqu'à concurrence de cette ſomme de 500 liv. à l'égard des 100 liv. de ſurplus, ayant, quant à cet excédent, paſſé les bornes de mon mandat, je ne ſuis pas obligé envers vous à cet excédent.

Vice versâ, ſi vous avez prêté à Pierre une ſomme moindre que celle portée par mon mandat, je ſuis obligé envers vous pour Pierre, car vous avez exécuté mon mandat pour partie.

Si vous avez fait ce qui étoit à la vérité porté par mon mandat, mais que vous ne l'ayiez pas fait de la maniere qui y étoit preſcrite, je ne ſerai point obligé envers vous. Par exemple, ſi l'ordre que je vous ai donné de prêter une certaine ſomme à Pierre, portoit que vous tirerez de lui des effets en nantiſſement de cette ſomme, & que vous n'en ayez point tiré, ou s'il portoit que vous lui feriez paſſer une obligation devant Notaire, à l'effet d'acquérir une hypotheque ſur ſes biens, & que vous vous ſoyez contenté de ſon billet; dans tous ces cas & autres ſemblables, je ne ſerai pas obligé envers vous, parce que vous n'avez pas ſuivi ce qui étoit porté par l'ordre que je vous ai donné, *l. 7, cod. de fidej.*

Contrà vice versâ, ſi je vous avois don-

né ordre de prêter à Pierre une certaine ſomme, & de vous contenter de ſon ſimple billet ſans exiger de lui ni gages, ni cautions, & que vous lui ayez fait paſſer une obligation pardevant Notaires de la ſomme que vous lui avez prêtée par mon ordre, & que vous ayez même exigé encore de lui gage ou caution, je ne peux en ce cas me plaindre que vous ne vous ſoyez pas renfermé dans les termes de mon mandat; car vous avez fait ce qui y étoit renfermé, en faiſant à Pierre le prêt de la ſomme que je vous avois donné ordre de lui faire, & ce que vous avez fait de plus, ne pouvant m'être qu'avantageux, je ne peux pas m'en plaindre.

Si je vous ai donné ordre de prêter une certaine ſomme à Pierre purement & ſimplement; & qu'en la lui prêtant, vous lui ayez accordé un terme pour le paiement ou la faculté de payer quelqu'autre choſe à la place, je ne contracterai aucune obligation envers vous; car en lui accordant cela, vous avez paſſé les bornes de mon mandat; je ne me ſuis obligé *obligatione mandati contrariâ*, à vous rembourſer la ſomme que je vous ai donné ordre de lui prêter, qu'autant que vous auriez été en état de me céder après que je vous aurois rembourſé cette ſomme, des actions contre Pierre par leſ-

quelles j'euſſe pu, auſſi-tôt que je l'euſſe voulu, exiger cette ſomme de Pierre, ſans qu'il pût me donner autre choſe à la place; vous étant, par les termes & facultés que vous avez accordé à Pierre, mis hors d'état de pouvoir me céder ces actions, je ne ſuis point tenu envers vous du prêt que vous avez fait à Pierre.

Au contraire, ſi je vous avois donné ordre de prêter à Pierre une certaine ſomme, & de lui accorder un certain terme, & que vous la lui euſſiez prêtée ſans lui accorder de terme, je ſerai obligé envers vous pour cette ſomme, mais ſans que vous puiſſiez l'exiger de moi qu'après l'expiration du terme porté par mon mandat; au reſte, je ne peux me plaindre que vous n'ayez pas accordé à Pierre le terme porté par mon mandat; car pourvu que vous ne puiſſiez exiger de moi la ſomme qu'après l'expiration de ce terme, il m'eſt indifférent que vous puiſſiez l'exiger plutôt du débiteur principal.

ARTICLE II.

De l'Obligation des Commettants.

Nous verrons ſur cette matiere, 1°. en quel ſens les commettants accedent aux obligations des contrats de leurs prépo-

sés, & en quoi ils different des autres débiteurs acceſſoires : 2°. en quels cas il y a lieu à cette obligation des commettants : 3°. de l'effet de cette obligation ; 4°. de l'obligation acceſſoire des commettants à celles qui naiſſent des délits de leurs prépoſés.

§. I.

En quel ſens les Commettants accedent aux obligations des Contrats de leurs prépoſés, & en quoi ils different des autres débiteurs acceſſoires.

447. Lorſqu'un Négociant a commis quelqu'un à une maiſon de commerce, ou au gouvernement d'un vaiſſeau marchand, & pareillement lorſque des fermiers du Roi ont prépoſé quelqu'un à la direction d'un Bureau ; dans tous les engagemens que ce prépoſé contracte, quoiqu'en ſon propre nom, pour les affaires auxquelles il eſt prépoſé, il s'oblige comme débiteur principal, & il oblige en même temps ſon commettant comme débiteur acceſſoire ; car ce commettant eſt cenſé, par la commiſſion qu'il lui a donnée, avoir conſenti par avance à tous les engagemens qu'il contracteroit pour toutes les affaires auxquelles il l'a prépoſé, & s'en être rendu reſponſable.

Ces commettants ſont des débiteurs acceſſoires d'une eſpece différente des cautions & des *mandatores pecuniæ credendæ ;* ceux-ci ordinairement, en accédant à l'obligation du débiteur principal, s'obligent pour l'affaire du débiteur principal, & non pour leur propre affaire ; au contraire le commettant en accédant aux contrats de ſes prépoſés, fait ſa propre affaire plutôt que celle de ſes prépoſés. Si dans le contrat du prépoſé, le prépoſé par rapport aux engagemens qu'il y contracte, eſt regardé comme le débiteur principal, & le commettant comme un débiteur acceſſoire ; ce n'eſt que parce que c'eſt avec le prépoſé que le contrat ſe paſſe ; le commettant, qui ſouvent n'a pas même connoiſſance du contrat, ne fait qu'y accéder par une adhéſion générale qu'il eſt cenſé avoir faite d'avance aux contrats que feroit ſon prépoſé, lorſqu'il l'a prépoſé à ſes affaires ; mais ces contrats que fait le prépoſé ſont plutôt l'affaire du commettant que de ſon prépoſé ; & au lieu que les fidéjuſſeurs & les *mandatores pecuniæ credendæ* doivent être indemniſés par le débiteur principal des obligations qu'ils contractent ; c'eſt au contraire le commettant qui doit indemniſer ſon prépoſé.

§. II.

En quels cas y a-t-il lieu à l'obligation acceſſoire des commettants.

448. Pour qu'il y ait lieu à cette obligation acceſſoire du commettant, il faut que le prépoſé ait contracté en ſon propre nom, quoique pour les affaires du commettant; mais lorſqu'il contracte dans la qualité de facteur ou de fondé de procuration de ſon commettant, ce n'eſt pas lui qui contracte, c'eſt ſon commettant qui contracte par ſon miniſtere, *ſuprà n.* 74, le prépoſé en ce cas ne s'oblige pas; c'eſt le commettant ſeul, qui par le miniſtere de ſon prépoſé, contracte une obligation principale.

Lorſque le prépoſé contracte en ſon propre nom, pour qu'il oblige ſon commettant, il faut que le contrat concerne les affaires auxquelles il eſt prépoſé, & que le prépoſé n'ait pas excédé les bornes de ſa commiſſion, *l.* 1, §. 7 & 12 *de exerc. act.*

Tels ſont les contrats de vente & d'achat de marchandiſes, que fait un prépoſé à une maiſon de commerce, les achats que fait un capitaine prépoſé à la conduite d'un vaiſſeau marchand, des choſes

néceſſaires pour équiper ou radouber ſon vaiſſeau, *&c.*

Les emprunts de deniers faits par un prépoſé, ſon auſſi cenſés faits pour les affaires auxquelles il eſt prépoſé, & obligent en conſéquence le commettant, lorſque le contrat d'emprunt contient une déclaration de la cauſe pour laquelle l'emprunt eſt fait, & que cette cauſe concerne effectivement les affaires auxquelles l'emprunteur eſt prépoſé.

Par exemple, ſi un prépoſé à la conduite d'un vaiſſeau marchand, après avoir eſſuyé une tempête ou un combat qui a fort maltraité ſon vaiſſeau, relâche à un port & y fait un emprunt d'une ſomme d'argent, avec déclaration que c'eſt pour radouber ſon vaiſſeau, le Négociant qui l'a prépoſé, ſera obligé à cet emprunt.

On décide même que le commettant eſt en ce cas obligé, quand même le prépoſé auroit diverti les deniers, & n'auroit point fait cet emploi, pourvu que la déclaration faite par le contrat d'emprunt fût vraiſemblable, & que la ſomme empruntée n'excédât pas de beaucoup ce qui eſt néceſſaire à l'affaire pour laquelle on a déclaré devoir l'employer, *l.* 1, §. 8 & 9, *l.* 7, *princip.* & §. 1, *ff. de exerc. act.*

Les prépoſés obligent leurs com-

mettants, tant que leur commiſſion dure; & elle eſt toujours cenſée durer, juſqu'à ce qu'ils aient été revoqués, & que la révocation ait été connue dans le public.

Quoique réguliérement tout mandat finiſſe par la mort du mandant; néanmoins l'utilité du commerce a établi que la commiſſion de ces perſonnes durât même après la mort du Négociant qui les a prépoſés, juſqu'à ce qu'ils ſoient révoqués par l'héritier ou autre ſucceſſeur, & en contractant pour les affaires auxquelles ils ſont prépoſés, ils obligent l'héritier du Négociant qui les a prépoſés, ou ſa ſucceſſion vacante, s'il n'en a point laiſſé, *l.* 17, §. 2 & 3, 11, *ff. inſtit. act.*

Par la même raiſon, le commis de la direction d'un Bureau de Finance, oblige les ſucceſſeurs des fermiers qui l'ont prépoſé, tant qu'il n'eſt pas revoqué.

§. III.

De l'effet des obligations acceſſoires des Commettants.

449. Cette obligation s'étend à tout ce que renferme l'obligation du prépoſé; elle en dépend, de même que toutes les obligations acceſſoires dépendent de l'obligation principale à laquelle elles accédent;

c'eſt pourquoi cette obligation du commettant s'éteint, lorſque celle du prépoſé s'éteint, ſoit par le paiement, ſoit par la novation, *l.* 13, §. 1, *ff. de inſt. act.* ou de quelqu'autre maniere que ce ſoit; le commettant peut oppoſer toutes les exceptions *in rem* & fins de non-recevoir que peut oppoſer le prépoſé. Il ne peut pas oppoſer le vice de l'obligation de ſon prépoſé qui naîtroit de quelque incapacité perſonnelle de ce prépoſé; car le commettant qui l'a prépoſé ne peut pas arguer ſon propre fait & le choix qu'il en a fait; c'eſt pourquoi, quoiqu'un impubere en contractant ne s'oblige pas valablement, *ne quidem naturaliter* *, ſi ce n'eſt *quatenùs locupletior, factus eſt*, & qu'en conſéquence, des cautions ne

* La Loi 59, ff. *de obl. & act.* le dit formellement; je ſçais néanmoins que la queſtion eſt controverſée: nous avons ſuivi le ſentiment de Cujas. *Voyez in Pand. Juſtin.* un ſcholie après le *numero* 17, du titre *de obl. & act.* où nous avons rapporté fort au long les raiſons ſur leſquelles ce ſentiment eſt établi, & les objections. Par obligation naturelle, nous entendons celle qui dans le for extérieur eſt reconnue comme obligation naturelle & *juris effectus*; car nous ne diſconvenons pas qu'un impubere *pubertati proximus*, s'il entend aſſez ce qu'il fait, puiſſe s'obliger dans le for de la conſcience.

puiſſent intervenir * pour lui ; néanmoins lorſqu'un Marchand a prépoſé à ſon commerce un impubere, il eſt tenu *inſtitoriâ actione* des obligations qui naiſſent des marchés faits par cet impubere, ſans pouvoir oppoſer le défaut d'âge de celui qui les a fait ; *pupillus inſtitor obligat cum qui eum præpoſuit inſtitoriâ actione, quoniam ſibi imputare debet qui eum præpoſuit, l. 7, §. fin. ff. de inſt. act.*

450. En ce qui concerne l'exécution de l'action *inſtitoria* qui naît de l'obligation acceſſoire des commettants, il y a quelques différences à obſerver entr'eux & les fidéjuſſeurs.

Lorſque pluſieurs Négociants ou pluſieurs fermiers du Prince ont commis quelqu'un à leur commerce, à la conduite de leur vaiſſeau, ou à la direction d'un Bureau, ils ſont tenus ſolidairement des obligations de leur prépoſé, *l. 1, §. fin. & l. 2, ff. de exerc. act.* & ils n'ont pas le bénéfice de diviſion entr'eux, qui eſt accordé aux fidéjuſſeurs : cela doit d'autant plus avoir lieu parmi nous, que ſelon notre Juriſprudence, les aſſociés ſont tenus ſolidairement de tous les engagemens relatifs à leur ſociété.

* Cujas dit que la Loi 127, ff. *de verb. ob.* qui dit le contraire, doit s'entendre du cas auquel l'impubere a profité du contrat.

451. Les fidéjuſſeurs, & même les *mandatores pecuniæ credendæ* ont le bénéfice de diſcuſſion qui leur a été accordé par la Novelle de Juſtinien, & dont nous avons traité *ſuprà ſect.* 6, *art.* 2, parce qu'ils ont contracté leur obligation plutôt pour les affaires du débiteur principal que pour leurs propres affaires ; mais l'obligation qu'un commettant contracte *ex contractu inſtitoris* étant une obligation que ce commettant contracte pour ſes propres affaires, il n'a pas ce bénéfice de diſcuſſion, quand même il auroit déja indemniſé ſon prépoſé, & lui auroit remis des fonds pour payer ; mais en ce cas le créancier doit, s'il en eſt requis lors du paiement, lui accorder la ceſſion de ſes actions.

L'Ordonnance de la Marine, *tit.* 8, *art.* 2, accorde un bénéfice particulier aux armateurs, qui eſt de pouvoir ſe décharger des engagemens contractés par le Capitaine qu'ils ont prépoſé à la conduite de leur vaiſſeau, en abandonnant aux créanciers le bâtiment & le fret *.

* Tout ce qui étoit dans la premiere Edition au nombre 452, a été porté dans celle-ci au commencement de ce paragraphe : c'eſt pourquoi nous avons ſupprimé ce nombre.

§. IV.

De l'Obligation acceſſoire des Commettants qui naît des délits de leurs prépoſés.

453. Ce n'eſt pas ſeulement en contractant que les prépoſés obligent leurs commettants : quiconque a commis quelqu'un à quelque fonction, eſt reſponſable des délits & quaſi délits que ſon prépoſé a commis dans l'exercice des fonctions auxquelles il étoit prépoſé, *l.* 5, §. 8, *ff. de inſt. act.* & s'ils ſont pluſieurs qui l'ont prépoſé, ils en ſont tous tenus ſolidairement ſans aucune exception de diviſion ni de diſcuſſion : par exemple, ſi un Commis aux Aides en faiſant ſon exercice chez un cabaretier, a maltraité ce cabaretier, ou lui a cauſé quelque dommage dans ſes effets, les Fermiers du Prince, qui l'ont prépoſé, ſont reſponſables de ce délit, & obligés au paiement des dommages & intérêts auxquels leur Commis ſera condamné, ſauf leur recours contre lui ; parce que le Commis a commis le délit dans ſes fonctions. Que ſi le Commis avoit maltraité ou volé quelqu'un hors de ſes fonctions, ils n'en ſeroient pas tenus.

Cette obligation du commettant eſt une

obligation acceſſoire à l'obligation principale du Commis qui a commis le délit.

Elle s'étend à tout ce que l'obligation principale renferme pour les dommages & intérêts dûs à celui envers qui le délit a été commis; mais le commettant n'en eſt tenu que civilement, quoique celui qui a commis le délit en ſoit tenu par corps: les commettants ne peuvent oppoſer contre l'action qui en naît, ni l'exception de diviſion, ni celle de diſcuſſion; ils peuvent ſeulement requérir en payant, la ceſſion des actions du créancier.

§. V.

Des Peres de famille & des Maîtres.

454. Une autre eſpece d'obligation acceſſoire eſt celle des peres de famille qui ſont reſponſables des délits de leurs enfans mineurs, & de leurs femmes, lorſqu'ils ne les ont pas empêchés, ayant été en leur pouvoir de le faire.

Ils ſont préſumés avoir pu empêcher le délit, lorſqu'il a été fait en leur préſence; lorſqu'il a été fait en leur abſence, il faut juger par les circonſtances, ſi le pere a pu empêcher le délit: par exemple, ſi un enfant a eu une querelle avec ſon camarade, & l'a bleſſé d'un coup

d'épée, quoique hors de la préſence de ſon pere, le pere peut être tenu de ce délit, comme ayant pu l'empêcher, ce qu'il pouvoit faire en ne permettant pas à ſon fils de porter l'épée, ſur tout s'il étoit naturellement querelleur.

455. Ce que nous diſons des peres s'applique aux meres, lorſqu'après la mort de leurs maris, elles ont leurs enfans ſous leur puiſſance; cela peut s'appliquer pareillement aux précepteurs pedagogues, & à tous ceux qui ont des enfans ſous leur conduite.

456. Les maîtres ſont auſſi tenus des délits de leurs domeſtiques, lorſqu'ils ne les ont pas empêchés ayant pu le faire.

Ils ſont même tenus de ceux qu'ils n'ont pu empêcher, lorſque les domeſtiques les ont commis dans les fonctions auxquelles ils étoient prépoſés : par exemple, ſi votre cocher en conduiſant votre carroſſe, a par brutalité ou par impéritie, cauſé quelque dommage, vous en êtes civilement reſponſable, ſauf votre recours contre lui, qui eſt le débiteur principal.

Les peres & les maîtres ne ſont pas tenus des engagemens que contractent leurs enfans ou leurs domeſtiques, en contractant, à moins qu'il ne ſoit juſtifié qu'ils les avoient prépoſés à quelque

adminiſtration à laquelle ces engagemens contractés par les enfans ou domeſtiques ont rapport.

Par exemple, s'il étoit juſtifié que j'étois dans l'uſage de payer aux marchands les fournitures qu'ils faiſoient à ma fille, ou à ma cuiſiniere pour l'approviſionnement de ma maiſon, un marchand ſera bien fondé à me demander le paiement de ce que madite fille ou madite domeſtique a acheté chez lui en mon nom, à moins que je ne prouvaſſe que je l'ai averti de ne plus lui en fournir, ou à moins que ce qu'il a fourni n'excédât de beaucoup ce qu'il faut pour la proviſion de ma maiſon; faute par le marchand de prouver cet uſage, je dois avoir congé de ſa demande, en affirmant que lorſque j'ai envoyé ma fille ou ma cuiſiniere acheter des proviſions, je lui ai donné de l'argent pour les payer. *Arrêt du Journal des Audiences, tom.* 5.

SECTION DERNIERE.
Ajoutée dans cette nouvelle Edition *.

Du Pact conſtitutæ pecuniæ.

On a omis dans la premiere Edition de cet Ouvrage de parler du pact *conſtitutæ pecuniæ*, & de l'obligation qui en naît, qui eſt en quelque façon une eſpece d'obligation acceſſoire, puiſqu'elle eſt ajoutée à une premiere obligation, & qu'elle n'eſt contractée que pour la corroborer. Nous en dirons ici quelque choſe.

1. Le pact *conſtitutæ pecuniæ* chez les Romains, étoit une convention par laquelle quelqu'un aſſignoit à un créancier un certain jour ou un certain temps dans lequel il promettoit 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 & dans les autres Edits des Préteurs, ſe prend pour toutes les choſes tant corporelles qu'incorporelles qui compoſent les biens des Particuliers, & qui peuvent être

* Nous avons numéroté cette Section ſéparement afin que les nombres du ſecond Volume ſe trouvent conformes à la premiere Edition.

l'objet des obligations. *Pecuniæ nomine non ſolum numeratæ pecunia, ſed omnes res tam ſoli quàm mobiles & tam corpora quàm jura continentur, l.* 222 ff. *de V. S. Pecuniæ appellatione* rem *ſignificari, Proculus ait, l.* 4, ff. *d. tit.*

Selon nos uſages, le pact *conſtitutæ pecuniæ* peut ſe définir tout ſimplement, une convention par laquelle quelqu'un promet à un créancier de le payer.

2. On peut faire cette promeſſe à ſon propre créancier, ou au créancier d'un autre.

Lorſque quelqu'un par ce pact promet à ſon propre créancier de le payer, il naît une nouvelle obligation qui ne détruit pas la premiere dont il étoit déja tenu, mais qui y accede; & par cette multiplication d'obligations, le droit du créancier ſe trouve fortifié.

En cela le droit de créance perſonnelle eſt différent du droit de domaine & de propriété; lorſque j'ai, en vertu de quelque titre, le domaine & la pleine propriété d'une certaine choſe, je ne peux 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 déja créancier d'une choſe en vertu d'un titre

je peux 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 & le droit de créance perſonnelle, *non, ut ex pluribus cauſis idem nobis deberi poteſt, ita ex pluribus cauſis idem poteſt noſtrum eſſe.*

3. A quoi, dira-t-on, peut être utile au créancier la nouvelle obligation que contracte envers lui ſon débiteur par le pact *conſtitutæ pecuniæ* ? elle lui eſt utile dans l'un & l'autre for. En ce qui concerne le for intérieur ; plus les obligations du débiteur ſont multipliées, plus il y auroit d'infidélité de ſa part de ne les pas acquitter, & par conſéquent le droit qu'a le créancier d'en attendre l'exécution eſt d'autant plus fort. A l'égard du for extérieur, lorſque l'obligation du débiteur qui, par ce pact, avoit promis à ſon créancier de le payer, étoit une obligation purement naturelle, telles qu'étoient chez les Romains toutes celles qui n'étoient formées que par de ſimples pacts non revêtus de la ſtipulation ; il eſt évident en ce cas que l'obligation que le débiteur contractoit par le pact *conſtitutæ pecuniæ* étoit très-utile au créancier, puiſqu'elle

lui donnoit une action que ne lui donnoit pas la premiere. Le degré d'infidélité qu'il y a à manquer à des obligations réitérées, avoit porté le prêteur à donner une action contre le débiteur, pour le contraindre à accomplir l'obligation qui naiſſoit de ce pact: *quoniam grave eſt fidem fallere.* L. 1, ff. de pec. conſt.

Lorſque l'obligation du débiteur qui par ce pact avoit promis à ſon créancier de le payer, étoit une obligation civile qui lui donnoit une action; l'obligation & l'action qui naiſſent de ce pact, ne lui étoient pas à la vérité néceſſaires; le pact n'étoit pas néanmoins inutile, & il paroît qu'on l'interpoſoit à l'égard des obligations civiles auſſi-bien qu'à l'égard des obligations naturelles: *Debitum ex quácumque cauſâ conſtituti poteſt, ex quocumque contractu, &c.* L. 1, §. 6, & ſeqq. de conſt. pec. Ce pact ſervoit ſur-tout à déterminer le temps dans lequel le paiement devroit ſe faire, lorſqu'on ne s'en étoit pas expliqué par le contrat; & cette détermination ſervoit, ſelon les principes du Droit Romain, à mettre de plein droit par le ſeul laps de ce temps le débiteur en demeure, lorſqu'il n'avoit pas ſatisfait à ſon obligation; au lieu que lorſqu'on n'avoit déterminé aucun temps, le débiteur ne pouvoit être mis en demeure que par la litis-conteſtation.

4. Même dans le cas auquel le créancier n'auroit pas eu besoin du pact *constitutæ pecuniæ*, pour fixer le temps du paiement qui se trouvoit déja fixé & déterminé par le contrat. Ulpien décide que le pact peut encore avoir quelque utilité: *Si is qui & jure civili & prætorio debebat in diem sit obligatus, an constituendo teneatur. . . . habet utilitatem, ut ex die obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur.* L. 3, §. 2, ff. d. tit.

Pour comprendre en quoi pouvoit consister cette utilité, il faut faire attention que selon les principes de l'ancien Droit Romain, les actions dépendoient de formules embarrassantes, dont la moindre inobservation faisoit décheoir le créancier de son droit d'action; il étoit par conséquent utile d'avoir plusieurs actions pour la créance d'une même chose, afin que si par défaut de forme on venoit à décheoir d'une, on pût avoir recours à l'autre: c'est pourquoi, quoique l'obligation fût une obligation civile qui donnoit une action au créancier, le pact *constitutæ pecuniæ* qui donnoit une nouvelle action, n'étoit pas tout-à-fait inutile.

5. Les pacts *constitutæ pecuniæ* qui avoient pour objet de déterminer un certain jour ou un certain terme dans lequel quelqu'un

s'obligeoit

s'obligeoit envers un créancier de lui payer ce qui étoit dû, ne ſont guere en uſage parmi nous ; car cette détermination du temps, dans lequel le paiement doit ſe faire, qui, ſelon les principes du Droit Romain, étoit utile au créancier pour que le débiteur fût plus facilement conſtitué en demeure, n'eſt ordinairement, ſelon les principes de notre Droit François, d'aucune utilité au créancier ; puiſque, ſelon les principes de notre Droit François, ſoit qu'il y ait un certain terme de paiement, ſoit qu'il n'y en ait pas, le débiteur ne peut ordinairement être conſtitué en demeure que par une interpellation judiciaire, c'eſt-à-dire, par un exploit de demande, ou lorſqu'il y a un titre exécutoire de créance, par un commandement.

Nous avons néanmoins parmi nous des conventions qu'on peut auſſi appeller des pacts *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, & s'obligent de lui payer ce qu'ils lui doivent, en leur qualité d'héritiers ; la nouvelle obligation qui en réſulte, & qui eſt ajoutée à celle contractée par le défunt, à laquelle ces héritiers ont ſuccédé, eſt utile au créancier, puiſ-

cier, puiſqu'elle lui donne le droit d'exécution que ne lui donnoit plus celle contractée par le défunt.

Nous verrons ſur ce pact, 1°. ce qui eſt néceſſaire pour ſa validité. 2°. S'il renferme néceſſairement un terme dans lequel le paiement doit ſe faire. 3°. Si par ce pact, on peut s'obliger à plus, ou à autre choſe, ou différemment que par la premiere obligation. 4°. Quelle eſt la nature de l'obligation qui naît de ce pact. Nous dirons quelque choſe dans un 5e. §. du pact par lequel on promet à un créancier de lui donner certaines ſûretés.

§. I.

De ce qui eſt néceſſaire pour la validité du Pact conſtitutæ pecuniæ.

6. Il réſulte de la définition que nous avons donnée du pact *conſtitutæ pecuniæ*, qu'il ſuppoſe la préexiſtence d'une dette qu'on promet de payer à celui qui en eſt le créancier. C'eſt pourquoi, ſi par erreur, je ſuis convenu avec vous de vous payer une certaine ſomme que je croyois vous être due par moi; ou par un autre, l'erreur ayant été depuis découverte, vous ne pouvez pas en exiger le paiement, le pact étant nul, faute d'une dette qui en ait été le fondement : *Hactenùs conſtitutum valebit, ſi quod conſtituitur debitum ſit.* L. 11, ff. de conſt. pec.

Quid, ſi je vous ai promis de payer une ſomme que j'ai déclarée vous devoir, quoique dès-lors j'euſſe connoiſſance que je ne vous la devois pas ? cette convention ne peut pas être valable comme pact *conſtitutæ pecuniæ*, faute d'une dette qui en doit être le fondement ; elle renferme en ce cas une donation que je vous ai voulu faire, & elle ne peut être valable, ſi elle n'eſt revêtue des formes que la loi civile requiert pour la validité des donations.

7. Lorſque la dette qu'on a promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de payer, étoit ſuſpendue par une condition ſous laquelle elle avoit été contractée, & qui n'étoit pas encore accomplie ; quoiqu'il n'y eût pas encore alors de dette, néanmoins ſi par la ſuite la condition s'accomplit, le pact ſera valable ; car les conditions, lorſqu'elles ſont accomplies, ayant un effet retroactif au temps du contrat, la dette ſera cenſée avoir exiſté, dès le temps qu'elle a été contractée, & par conſéquent, dès le temps du pact *conſtitutæ pecuniæ* qui n'eſt intervenu que depuis. *L.* 19, *ff. d. tit.*

Mais, ſi la condition vient à défaillir, le pact ne ſera pas valable ; il renferme néceſſairement la condition ſous laquelle la dette étoit due, quoique les parties ne s'en ſoient pas expliquées.

Quid, ſi j'avois promis expreſſément de payer même dans le cas auquel la condition viendroit à défaillir ? La promeſſe de payer en ce cas ne peut pas valoir comme pact *conſtitutæ pecuniæ*, faute d'une dette qui y ſerve de fondement ; elle renferme pour le cas de la défaillance de la condition, une donation qui ne peut être valable, ſi l'acte n'eſt revêtu des formes des donations entre-vifs.

8. Il n'importe de quelle maniere ſoit dû ce qu'on promet de payer par le pact *conſtitutæ pecuniæ* ; car, de quelque maniere que vous ſoit dû ce que je promets de vous payer, ne fût-ce que par une obligation purement naturelle, ce n'eſt pas une donation que je vous fais, c'eſt un paiement que je promets de vous faire, & par conſéquent c'eſt la vraie eſpece du pact *conſtitutæ pecuniæ*.

Quid, ſi la dette étoit de celles qui ſont expreſſément reprouvées par la loi civile, le pact *conſtitutæ pecuniæ* par lequel on ſe ſeroit obligé à la payer, ſeroit-il valable ? Je penſe que ſi cette dette étoit reprouvée par la loi civile, non par un vice de la cauſe d'où elle étoit née, mais par une incapacité de la perſonne qui l'a contractée, à qui la loi civile défendoit de la contracter, & que cette incapacité ne ſubſiſtât plus lors du pact, le pact ne laiſſeroit pas d'être valable.

Par exemple, lorſqu'une femme étant ſous puiſſance de mari, a emprunté une ſomme qui n'a pas tourné à ſon profit, je penſe qu'étant devenue veuve, elle peut valablement s'obliger par ce pact à la payer; car, quoique cette dette ſoit reprouvée par la loi civile qui la déclare nulle, il ſuffit qu'elle ſoit due dans le for de la conſcience, pour que le paiement qui en ſeroit fait par cette femme, fût un vrai paiement, & non une donation; d'où il ſuit que la convention par laquelle elle a promis de la payer, ne renferme pas une donation, mais une promeſſe de payer, & par conſéquent eſt un véritable pact *conſtitutæ pecuniæ*, que cette femme a pu valablement faire, lorſqu'elle étoit alors libre & capable de s'obliger. On oppoſera que nous avons décidé *ſuprà n.* 395. que cette obligation ne peut pas ſervir de fondement à un cautionnement. Donc, dira-t-on, il ne peut pas, par la même raiſon, ſervir de fondement au pact *conſtitutæ pecuniæ.*

Je réponds qu'il y a une grande différence entre l'un & l'autre : un cautionnement n'eſt qu'une ſimple adhéſion à l'obligation du débiteur principal, l'obligation d'un cautionnement ne peut ſubſiſter ſeule par elle-même; il faut qu'il y ait une obligation principale dont elle

ſoit l'acceſſoire. Or, une obligation que la loi civile reprouve, & qu'elle déclare abſolument nulle, n'eſt pas ſuſceptible d'acceſſoires, & ne peut par conſéquent ſervir de matiere à un cautionnement. Le droit que j'acquiers contre vous, lorſque vous vous rendez caution envers moi pour quelqu'un, n'étant qu'une extenſion du droit que j'ai contre celui que vous cautionnez; ſi je n'en ai aucun contre lui, la loi déclarant ſon obligation abſolument nulle, je n'en peux avoir contre vous: il n'en eſt pas de même du pact *conſtitutæ pecuniæ*. Si on dit que l'obligation qui en naît, eſt *acceſſoire* à l'obligation principale qu'on s'oblige par ce pact d'acquitter, on ne le dit qu'en ce ſens, qu'elle eſt ajoutée à cette obligation principale; mais on ne le dit pas dans le même ſens qu'on le dit d'un cautionnement; ce n'eſt pas une obligation, qui ne ſoit, comme l'eſt un cautionnement, qu'une ſimple adhéſion à l'obligation principale; c'eſt une obligation qui ſubſiſte par elle-même, *propriis viribus*, & même quelquefois après que l'obligation principale a ceſſé d'exiſter, comme nous le verrons *infrà* par la loi 18, §. 1. ff. *d. tit.*

S'il eſt de l'eſſence du pact *conſtitutæ pecuniæ* qu'il préexiſte une dette, ce n'eſt que parce qu'il doit avoir pour objet un

paiement, ſans quoi il renfermeroit une donation : or, pour que ce pact ne renferme pas une donation, & qu'il ait pour objet un paiement, il ſuffit que la dette qu'on promet payer par ce pact, ſoit due au moins dans le for de la conſcience, & qu'il y ait en conſéquence un juſte ſujet d'en faire le paiement, quoiqu'elle ſoit pour le for extérieur déclarée nulle par la loi civile.

9. Obſervez néanmoins que pour que le pact *conſtitutæ pecuniæ*, pour lequel on a promis de payer quelqu'une de ces dettes que la loi civile reprouve & déclare nulles, ſoit valable, il faut que cette dette ne ſoit pas reprouvée par un vice de la cauſe d'où elle eſt née, mais ſeulement par une incapacité civile de la contracter dans la perſonne qui l'a contractée, & que cette incapacité ne ſubſiſte plus dans cette perſonne lors du pact, par lequel elle promet de la payer; telle qu'étoit celle dont nous venons de rapporter l'exemple : mais ſi la dette qu'on a promis payer par le pact *conſtitutæ pecuniæ* étoit une dette que la loi civile reprouve pour un vice de la cauſe d'où elle eſt née ; *putà*, ſi c'eſt une dette pour défenſes faites par un domicilié au cabaret, quoiqu'elle ſoit due dans le for de la conſcience, & que le

paiement qui en ſeroit fait, fût valable, néanmoins le pact par lequel on promettroit au cabaretier de la payer, ne ſeroit pas valable, & il ne ſeroit pas écouté à en demander le paiement ; la raiſon eſt que le vice de la cauſe de cette dette ſubſiſte toujours ; ſoit que le cabaretier en demande le paiement, en vertu de la premiere obligation qu'a contractée celui qui a fait la dépenſe dans ſon cabaret, ſoit qu'il le demande en vertu de ce pact, c'eſt toujours la demande d'une dette de cabaret qui n'eſt pas écoutée en Juſtice.

10. Lorſque la dette n'eſt dette que ſelon la ſubtilité du droit, telle qu'eſt celle qui réſulteroit d'une promeſſe que vous auriez extorquée ſans cauſe & par violence, dont je ne ſuis tenu, ni dans le for extérieur au moyen de l'exception par laquelle je peux m'en défendre, ni dans le for de la conſcience, elle ne peut ſervir de fondement au pact *conſtitutæ pecuniæ : Si quis conſtituerit quod jure civili debebat, jure prætorio non debebat, id eſt, per exceptionem ; an conſtituendo teneatur ? Et eſt verum non teneri, quia debita juribus* * *non eſt pecunia quæ conſtituta eſt.* L. 3, §. 1, ff. de pec. conſt. La raiſon eſt qu'étant

* *Id eſt nec jure naturali, nec quoad effectum jure civili, propter exceptionem.*

de l'eſſence du pact *conſtitutæ pecuniæ*, qu'il ait pour objet le paiement d'une dette, une telle dette, dont il ne peut ſe faire un paiement valable, ne peut ſervir de fondement à ce pact; car, ou le paiement s'en fait par erreur, & il n'eſt pas valable, puiſqu'il y a lieu à la répétition de la choſe payée, *l.* 26, §. 3, ff. *de cond. ind.* ou le paiement s'en fait avec connoiſſance du vice de la dette, & en ce cas, c'eſt plutôt une donation qu'un paiement, ſuivant cette regle: *Cujus per errorem dati conditio eſt, ejus per errorem dati donatio eſt.* L. 53. ff. de R. J. Or, une donation ne peut être l'objet du pact *conſtitutæ pecuniæ*, ce ne peut être que le paiement d'une dette.

11. Il eſt, à la vérité, néceſſaire, comme nous l'avons vu juſqu'à préſent, pour que le pact *conſt. pec.* ſoit valable, que lors de ce pact, il exiſte une dette, qu'on promette par ce pact de payer; mais il n'eſt pas de même toujours néceſſaire que la choſe qu'on promet par ce pact de payer, exiſte; car, ſi cette choſe étoit périe par le fait ou la faute de celui qui en étoit le débiteur, ou depuis qu'il a été conſtitué en demeure, la choſe continueroit en ce cas d'être due, quoiqu'elle ait ceſſé d'exiſter, comme nous le verrons *infrà part.* 3, *ch.* 6, *art.* 3, ce qui ſuffit pour que le pact

conſtitutæ pecuniæ par lequel on promet de payer cette choſe, quoiqu'elle n'exiſtât plus lors du pact, ſoit valable, & oblige celui qui a fait la promeſſe, à payer le prix de cette choſe; c'eſt ce que décide Julien; *promiſſor hominis, homine mortuo quum per eum ſtaret quominùs traderetur, ſi hominem daturum ſe conſtituerit, de conſtitutâ pecuniâ tenebitur ut pretium ejus ſolvat.* L. 23, ff. d. tit.

12. Pourvu que lors du pact, il exiſte une dette, dont le paiement en faſſe l'objet, il n'importe pour la validité du pact, que ce ſoit le débiteur qui promette de la payer, ou que ce ſoit une autre perſonne qui promette de la payer pour lui; *& quod ego debeo tu conſtituendo, teneberis.* L. 5, §. 2, d. tit.

Il n'eſt pas même néceſſaire que le conſentement du débiteur intervienne, lorſqu'un autre s'oblige par ce pact de payer pour lui ce qu'il doit; on pourroit même faire ce pact malgré lui; car de même qu'on peut payer pour quelqu'un ſans ſon conſentement, & même malgré lui, *L.* 52, ff. *de ſolut.* de même on peut s'obliger de payer pour quelqu'un ſans ſon conſentement, & même malgré lui: c'eſt ce qu'enſeigne Ulpien, *utrùm præſente debitore, an abſente conſtituat quis parvi refert: Hoc ampliùs etiam invito....*

undè falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, exceptionem dandam : Nec immeritò ; nam cùm semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris, non debet eum excusare. L. 27. ff. *d. tit.*

Je peux, à la vérité, par le pact *constitutæ pecuniæ* promettre de payer ce qui est dû par un autre ; mais il faut, pour que le pact soit valable, que je promette de le payer comme chose due par celui qui en est effectivement le débiteur ; que si je promettois de le payer, comme m'en croyant le débiteur, le pact ne seroit pas valable, si je n'étois pas le débiteur, *l.* 11, *ff. d. tit.*

13. De même qu'un paiement est valable, non-seulement lorsqu'il est fait au créancier, mais lorsqu'il est fait à un autre de son ordre, ou de son consentement ; de même ce pact est valable, soit que ce soit au créancier lui-même à qui on promette de payer, soit que ce soit à un autre, pourvu que ce soit de son consentement ; c'est ainsi qu'il faut entendre ce que dit Ulpien, *quod constituitur, in rem exactum est, non utique ut is cui constituitur creditor sit ; nam quod tibi debetur, si mihi constituatur, debetur.* L. 5, §. 2, pourvu, comme nous venons de le dire, que ce soit du con-

ſentement du créancier ; mais ſi on promettoit de payer à un autre qu'au créancier ſans ſon conſentement, le pact ne ſeroit pas valable, quand même ce ſeroit à celui à qui on eût pu valablement payer : *Titio ſtipuler ; Titio conſtitui ſuo nomine* c'eſt ce qu'enſeigne Ulpien : *Si mihi aut non poſſe Julianus ait ; quia non habet petitionem, tametſi ei ſolvi poſſit.* L. 7, §. 1, ff. *d. tit.*

§. II.

Si le pact conſtitutæ pecuniæ *renferme néceſſairement un terme dans lequel on promet payer.*

14. Chez les Romains, comme nous l'avons déjà obſervé ci-deſſus, le pact *conſtitutæ pecuniæ* renfermoit ordinairement un certain jour ou un certain terme dans lequel on promettoit de payer. Ce mot *conſtitutum* paroiſſoit tellement renfermer l'idée d'un terme de paiement, qu'on avoit douté ſi le pact *conſtitutæ pecuniæ* pouvoit être valable, lorſqu'il n'y en avoit aucun d'exprimé ; c'eſt ce que nous apprenons d'Ulpien, qui penſe néanmoins que le pact en ce cas ne laiſſe pas d'être valable, mais qu'on doit y ſous-entendre un terme au moins de huit jours. *L.* 21, §. 1, ff. *d. tit.*

Cette décision ne doit, à mon avis, avoir lieu que lorsque les parties ne s'étoient pas plus expliquées sur le temps du paiement par le contrat par lequel la dette avoit été contractée, que par le pact *constitutæ pecuniæ* par lequel on s'est obligé de la payer ; mais si le contrat portoit le temps dans lequel elle devoit être payée, je pense que les parties qui ne s'en sont pas expliquées par le pact *constitutæ pecuniæ*, doivent être présumées être convenues du même temps qui est porté par le contrat.

Ce principe du Droit Romain, que le pact *constitutæ pecuniæ* doit toujours contenir un certain terme exprès ou tacite, dans lequel devra se faire le paiement qu'on promet par ce pact de faire, n'a pas lieu parmi nous, suivant ce que nous avons observé au commencement de cette Section.

§. III.

Si on peut par le pact constitutæ pecuniæ *s'obliger à plus que ce qui est dû, ou à autre chose que ce qui est dû, ou s'y obliger d'une différente maniere.*

15. Il n'est pas nécessaire pour la validité du pact *constitutæ pecuniæ*, que ce soit pré-

ciſément la même ſomme qui eſt due, qu'on promette par ce pact de payer ; ce peut être une ſomme moindre ; *ſi quis viginti debens, decem conſtituit ſe ſoluturum, tenebitur. L.* 13, *ff. de pec. conſt.* Obſervez que dans ce cas, quoique le débiteur ne ſoit tenu *ex pacto conſtitutæ pecuniæ* que *in decem*, il ne laiſſe pas de demeurer débiteur de la ſomme entiere, *ex priſtinâ obligatione*, le pact *conſtitutæ pecuniæ* ne détruiſant point la premiere obligation, & ne faiſant qu'y accéder.

16. On peut bien promettre valablement par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de payer une ſomme moindre que celle qui eſt due, mais on ne peut pas valablement promettre une plus grande ſomme ; & ſi on l'a fait, le pact ne ſera valable que juſqu'à la concurrence de la ſomme due *v. g. Si quis centum aureos debens, ducentos conſtituat, in centum tantummodò tenetur.* L. 11, §. 1, ff. *d. t.*

La raiſon eſt, que ce qui ſeroit donné de plus que la ſomme due, ne ſeroit pas un paiement, mais une donation ; or, comme nous l'avons déja dit pluſieurs fois, le pact *conſtitutæ pecuniæ* ne peut être valable que comme promeſſe de payer, & non comme donation.

Par la même raiſon, ſi quelqu'un avoit promis par ce pact de payer avec la ſom-

me qu'il doit, une autre choſe, le pact ne ſeroit valable que pour la ſomme, *ſi decem debeantur, & decem & Stichum conſtituat, poteſt dici decem tantummodò nomine teneri.* L. 12.

16. Il n'eſt pas néanmoins néceſſaire pour la validité du pact *conſt. pec.* qu'on s'oblige de payer préciſément la même choſe qui eſt due, on peut promettre valablement de payer une autre choſe, non pas outre celle qui eſt due, mais à ſa place; car le paiement qui eſt fait d'une autre choſe à la place de celle qui eſt due, étant valable, lorſque le créancier y conſent, comme nous le verrons *infrà, part.* 3, *n.* 495, la convention de payer autre choſe que celle qui eſt due, doit pareillement être valable; c'eſt ce qu'enſeigne Ulpien: *An poteſt conſtitui aliud quàm quod debetur quæſitum eſt? ſed cùm jam placet rem pro re ſolvi poſſe, nihil prohibet & aliud pro debito conſtitui.* L. 1, §. 5, *d. tit.*

17. Ce pact de payer une autre choſe que celle qui eſt due, peut ſe faire valablement, non-ſeulement par le débiteur, mais par un tiers qui promet de payer cette autre choſe pour le débiteur; car de même qu'un tiers peut valablement payer pour le débiteur une autre choſe à la place de celle qui eſt due, lorſque le créancier y

conſent ; il peut auſſi promettre valablement par ce pact de faire ce paiement.

En cela, ce pact eſt différent du cautionnement ; car, comme nous l'avons vu *ſuprà*, *n.* 368, une caution ne peut valablement s'obliger à une autre choſe qu'à celle qui eſt due par le débiteur principal *in aliam rem quàm quæ credita eſt fidejuſſor obligari non poteſt. L.* 42, ff. *de fidej.* La raiſon de différence eſt qu'un cautionnement n'eſt qu'une ſimple adhéſion de la caution à l'obligation du débiteur principal ; elle ne peut donc avoir un objet différent : au contraire, le pact *conſtitutæ pecuniæ* ſuppoſe, à la vérité, la préexiſtence d'une dette, ayant pour objet le paiement de cette dette ; mais il n'eſt pas pour cela une ſimple adhéſion à l'obligation principale ; il peut avoir un objet différent de celui de l'obligation principale ; car le paiement de la dette principale, qui eſt l'objet de ce pact, pouvant ſe faire du conſentement du créancier en une autre choſe que celle qui eſt due, on peut promettre par ce pact de payer une autre choſe que celle qui eſt due ; auquel cas le pact a un autre objet que celui de l'obligation principale. Une autre preuve que le pact *conſtitutæ pecuniæ* n'eſt pas une ſimple adhéſion à l'obligation principale, eſt que l'obli-

gation qui naît de ce pact subsiste quelquefois, après que l'obligation principale est éteinte, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

18. On peut s'obliger par ce pact différemment que par l'obligation principale : par exemple, on peut par ce pact s'obliger de payer dans un autre lieu que celui porté par l'obligation principale. *Eum qui Ephesi promisit se soluturum, si constituit alio loco se soluturum, teneri constat.* L. 5, ff. *de pec. const.*

On peut même par ce pact, s'obliger de payer dans un terme plus court que celui porté par l'obligation principale; *sed & si citeriore die constituat se soluturum, similiter tenetur.* L. 4, ff. *d. tit.*

Ce pact par lequel on promet de payer dans un terme plus court, est valable, soit qu'il soit interposé par le débiteur, soit qu'il soit interposé par un tiers qui promet de payer pour lui, comme l'a fort bien remarqué Acurse, en sa Glose sur cette loi.

Cela n'est pas contraire au principe de Droit que nous avons rapporté *suprà*, *n.* 370. *Illud commune est in universis qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti placuit eos omninò non obligari.* L. 8, §. 7, ff. *de fidej.* car ce principe n'a lieu qu'à l'égard du ceux

dont l'obligation n'eſt qu'une pure adhéſion à celle du débiteur principal, tels que ſont des fidéjuſſeurs ; mais l'obligation qu'on contracte par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, quoiqu'elle doive avoir pour objet le paiement d'une obligation préexiſtente, n'eſt pas, comme nous l'avons déja remarqué, une pure adhéſion à cette obligation ; puiſque, comme nous l'avons déja vu, on peut s'obliger par ce pact à donner une autre choſe que celle qui eſt due, pourvu que ce ſoit en paiement, & à la place de celle qui eſt due, qu'on promette de la donner, pareillement pourvu que le pact n'ait d'autre objet que le paiement de la dette, on peut par ce pact s'obliger plus durement à faire ce paiement, que ne s'y étoit obligé le débiteur par l'obligation principale, & par conſéquent à le faire dans un terme plus court. Acurſe obſerve fort bien ſur cette Loi, que celui qui s'oblige par ce pact qu'il appelle *Reus conſtitutæ pecuniæ*, eſt en cela différent du fidéjuſſeur.

Je ne peux approuver le ſentiment de Cujas, qui, dans ſon Commentaire ſur Paul *ad Ed.* ſur cette Loi, reprend Acurſe d'avoir diſtingué le *Reus conſtitutæ pecuniæ* du fidéjuſſeur, & ſoutient que le fidéjuſſeur peut auſſi-bien que le *Reus con-*

ſtitutæ pecuniæ s'obliger à payer dans un plus court terme que n'y eſt obligé le débiteur principal, & qu'on ne trouvera nulle part dans les loix qu'il ne le puiſſe pas : je réponds qu'il ſuffit que les loix diſent en général que les fidéjuſſeurs ne peuvent pas s'obliger *in duriorem cauſam*, pour qu'on en puiſſe conclure qu'ils ne peuvent s'obliger à payer dans un terme plus court que ne l'eſt le débiteur principal ; car il eſt clair que la condition de celui qui eſt obligé à payer *hîc & nunc* & ſans terme, eſt plus dure que celle de celui qui a un terme ; & il eſt vrai de dire qu'il eſt obligé à plus, puiſque le plus s'eſtime *non ſolùm quantitate*, mais *DIE conditione loco*, *&c.* Il y a plus, la loi 16, §. 5, ff. *de fidej.* décide expreſſément que ſi quelqu'un a cautionné ſous une certaine condition, un débiteur principal qui étoit obligé de payer au bout d'un certain terme, & que la condition s'accompliſſe avant le terme, la caution ne ſera pas obligée : N'eſt-ce pas dire bien expreſſément qu'une caution ne peut être obligée à payer ſans terme, lorſque le débiteur principal a un terme.

19. La loi 8, ff. *de pec. conſt.* nous fournit un autre exemple du principe qu'on peut s'obliger différemment & plus durement par le pact *conſtitutæ pecuniæ* que

par l'obligation principale : elle décide que je peux valablement convenir par ce pact qu'on me paiera à moi ſeul ce qui par l'obligation principale, étoit payable ou à moi, ou ès mains d'une autre perſonne ; ce qui ne ſe pourroit pas par un cautionnement, la condition de la caution qu'on prive de la faculté qu'a le débiteur de payer entre les mains d'une autre perſonne étant plus dure que celle du débiteur principal, *l.* 34, ff. *de fidej.*

Cujas, dans le même Ouvrage *ad leg.* 10 & 13, dit que cette loi doit être reſtreinte dans ſon cas, c'eſt-à-dire, lorſque c'eſt le débiteur lui-même qui me promet par ce pact de me payer à moi ſeul ce qui étoit payable à moi ou entre les mains d'une autre perſonne, & qu'un tiers ne pourroit pas faire ce pact, parce qu'il ne peut pas plus qu'un fidéjuſſeur s'obliger *in duriorem cauſam* ; je penſe au contraire que ce pact n'étant pas une pure adhéſion à l'obligation principale, un tiers peut par ce pact s'obliger *in duriorem cauſam*, comme nous l'avons vu ci-deſſus.

20. Il nous reſte à obſerver que dans les titres nouveaux que paſſent des héritiers par leſquels ils s'obligent au paiement de ce qui étoit dû par le défunt, ils peuvent bien, à la vérité, ſelon les princi-

pes que nous venons de rapporter, appoſer pour ce paiement des clauſes différentes que celles portées par le titre primordial ; mais il faut pour cela qu'ils déclarent qu'ils entendent en cela innover au titre primordial ; autrement tout ce qui ſe trouve dans les actes de différent de ce qui eſt porté par le titre primordial, eſt préſumé s'y être gliſſé par erreur, & n'eſt pas valable, la préſomption etant que l'intention de ceux qui paſſent ces actes, eſt de reconnoître & de confirmer ce qui eſt porté par le titre primordial, & non d'y rien innover. *V. infrà, n.* 744.

§. IV.

De l'effet du pact conſtitutæ pecuniæ, *& de l'obligation qui en naît.*

Premier Principe.

21. Le pact *conſtitutæ pecuniæ*, qui a pour objet le paiement d'une obligation préexiſtente, ne renferme aucune novation ; il produit une nouvelle obligation qui n'éteint pas la premiere, mais qui y accede.

Second Principe.

Quoique le pact *conſtitutæ pecuniæ* n'é-

teigne pas la premiere obligation, il y apporte quelquefois quelques changemens ou modifications ; ce qui néanmoins, ſelon la ſubtilité des principes du Droit Romain, ne ſe faiſoit pas *ipſo jure*, mais *per exceptionem*.

TROISIEME PRINCIPE.

Quoique l'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ* accede à la premiere, elle n'eſt pas néanmoins une pure adhéſion à la premiere obligation ; elle ſubſiſte par elle-même, & même quelquefois elle continue de ſubſiſter, après l'extinction de la premiere.

QUATRIEME PRINCIPE.

Le paiement de l'une de ces obligations éteint & acquitte les deux.

22. 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 pouvoit par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, promettre de payer à la place de la

ſomme, ou de la choſe qui eſt due, une autre choſe que celle qui eſt due. Suppoſons que mon débiteur d'une ſomme de trente piſtoles, m'a promis de me donner à la Touſſaint ſix poinçons du vin de ſa récolte, en paiement de la ſomme de trente piſtoles qu'il me doit; ce pact ne détruit point la premiere obligation: je peux en vertu de la premiere obligation demander à mon débiteur les trente piſtoles, & ma demande procede *ipſo jure*; mais comme par le pact, je ſuis convenu qu'il pourroit me payer, à la place de cette ſomme, ſix pieces du vin qu'il auroit recueilli, il peut *per exceptionem pacti*, en offrant leſdites ſix pieces de vin, demander à être renvoyé de ma demande des trente piſtoles. Au moyen de cette exception qu'il peut m'oppoſer, ſa premiere obligation qui étoit une pure obligation pure & ſimple de me payer préciſément la ſomme de trente piſtoles, reçoit par le pact une modification, & devient une obligation de trente piſtoles, avec la faculté de payer les ſix pieces de vin à la place.

Le créancier étant créancier des trente piſtoles, en vertu de la premiere obligation, & créancier des ſix pieces de vin, en vertu de celle qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ*, il peut, ſi bon lui

ſemble, intenter l'action qui naît du pact & demander les ſix pieces de vin : mais ſi le débiteur aimoit mieux payer les trente piſtoles, il pourroit en offrant le paiement des trente piſtoles, faire ceſſer la demande des ſix pieces de vin, parce que, ſuivant le quatrieme de nos principes, le paiement des trente piſtoles qui acquitte la premiere obligation, acquitte les deux.

Second Exemple.

23. Si étant votre débiteur d'une ſomme qui étoit payable à vous ſeul en votre domicile, je vous ai promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de la payer ou entre vos mains, ou entre celles de votre correſpondant, dans un lieu moins éloigné, ce pact apporte en ma faveur une modification à mon obligation, en ce qu'au lieu que j'étois obligé préciſément de payer entre vos mains & au lieu de votre domicile, j'acquiers par ce pact la faculté de pouvoir payer entre les mains de votre correſpondant, & dans un lieu qui m'eſt plus commode ; ce qui ne ſe faiſoit néanmoins ſelon la ſubtilité du Droit Romain que *per exceptionem. Si quis pecuniam conſtituerit* tibi aut Titio ; *etſi*

*etsi stricto jure, priori * actione, pecuniæ constitutæ manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur*, L. 30, ff. de pec. const.

Troisieme Exemple.

24. Lorsque par le pact *constitutæ pecuniæ* mon débiteur a promis de me payer dans un certain terme la somme qu'il me devoit sans terme, ou dans un terme plus court : ce pact apporte une modification à sa premiere obligation, & la rend payable au terme porté par ce pact ; car je suis censé lui avoir accordé par ce pact le terme dans 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 premiere obligation.

Il en seroit autrement si c'étoit un tiers qui m'eût promis de payer pour vous dans un certain terme, ce que vous me

(*a*) 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 premiere 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 accordé par le pact.

devez sans terme ou dans un terme plus court ; ce pact ne fait aucun changement à votre obligation, & ne m'empêche pas de vous demander avant le terme porté par ce pact ce que vous me devez ; car ce n'est pas à vous à qui j'ai accordé le terme porté par ce pact où vous n'étiez pas partie.

25. Il y a néanmoins des cas auxquels vous pouvez profiter indirectement du pact par lequel un tiers a promis de payer pour vous : tel est le cas auquel le tiers auroit promis de payer pour vous une certaine somme à la place de la chose que vous devez ; vous acquérez indirectement par ce pact, quoique vous n'y soyez pas partie, la faculté de vous libérer de votre obligation par le paiement de cette somme ; car étant permis à toutes personnes de faire au nom du débiteur le paiement de ce qui est dû par un autre, lorsqu'elles ont quelqu'intérêt à faire ce paiement, il suffit que vous ayez intérêt au paiement de la somme que le tiers s'est obligé par le pact *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 ; & en la payant pour ce tiers & l'acquittant de son obligation, vous vous acquittez aussi de la vôtre : car sui-

vant le quatrieme de nos principes, le paiement de l'une des obligations éteint les deux.

Par la même raiſon, ſi un tiers a promis par ce pact de payer dans un autre lieu que celui où le débiteur étoit 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 pouvoit payer qu'entre les mains du créancier ; le débiteur peut profiter indirectement de ce pact, en faiſant au nom de ce tiers le paiement au lieu où il lui eſt permis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de le faire, & entre les mains de la perſonne à laquelle il lui eſt permis de payer ; & en faiſant ce paiement pour ce tiers, vous vous acquittez de votre obligation par laquelle vous étiez tenu de payer préciſément entre les mains du créancier, ou dans un autre lieu ; car ſuivant le quatrieme de notre principe, le paiement de l'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ*, éteint la premiere, & *vice verſâ*.

26. Nous avons rapporté des exemples des changemens & modifications, que la premiere obligation pouvoit recevoir par le pact *conſtitutæ pecuniæ* au profit du débiteur ; elle en peut recevoir auſſi au profit du créancier.

En voici un exemple : lorſque celui qui m'étoit débiteur d'une ſomme payable à moi, ou entre les mains d'une autre perſonne, me promet par le pact *conſtitutæ pecuniæ* de me la payer à moi-même ; la premiere obligation reçoit par ce pact un changement au profit du créancier ; car au-lieu que c'étoit une obligation avec la faculté de payer entre les mains d'une autre perſonne, elle devient par ce pact une obligation qui n'eſt plus payable qu'à moi-même. *Si (mihi aut Titio dare obligatus) poſteà quàm ſoli mihi te ſoluturum conſtituiſti, ſolveris Titio, nihilominus mihi tenebris*, L. 8, ff. *de conſt. pecun.* car par ce pact, vous êtes cenſé avoir renoncé à la faculté que vous vous étiez réſervé par votre premiere obligation de payer entre les mains de Titius, c'eſt pourquoi le paiement que vous lui avez fait n'eſt pas valable.

Il en ſeroit autrement ſi c'étoit un tiers qui m'eût promis de me faire ce paiement pour vous ; car ce pact où vous n'étiez pas partie n'a pu vous ôter la faculté que vous aviez de payer entre les mains de Titius.

27. Voici un cas où le pact *conſtitutæ pecuniæ* apporte des changemens à la premiere obligation, tant de la part du créan-

cier que de celui du débiteur ; c'eſt lorſque celui qui m'étoit débiteur de deux choſes ſous une alternative m'a promis de me payer déterminément l'une des deux ; ce pact apporte par rapport au créancier un changement à la premiere obligation, en ce que la déterminant d'alternative qu'elle étoit, à la choſe qu'il a promis de payer, elle donne au créancier le droit d'exiger cette choſe déterminément, ſans que le débiteur puiſſe avoir dorénavant le choix de payer l'autre : c'eſt ce qu'enſeigne Papinien : *illud aut illud debuit, & conſtituit alterum ; an vel alterum quod non conſtituit ſolvere poſſit quæſitum eſt ? Dixi, non eſſe audiendum, ſi velit hodie fidem conſtitutæ rei frangere*, L. 25, ff. d. T.

La premiere obligation reçoit auſſi en ce cas un changement par rapport au débiteur ; car étant par ce pact 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'auparavant ce pact, ſon obligation n'auroit pu s'éteindre que par l'extinction des deux choſes.

28. Notre troiſieme principe, que l'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ*

n'eſt pas une pure adhéſion à la premiere, réſulte aſſez de ce que nous avons dit dans les articles précédens ; qu'elle pourroit avoir un objet différent, comme lorſqu'on promet par ce pact de payer une autre choſe à la place de celle qui eſt due par la premiere 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 premiere obligation, *ſuprà*, *n* 18.

Ce qui prouve encore plus évidemment que l'obligation qui naît du pact, n'eſt pas une ſimple adhéſion à la premiere obligation qu'on s'eſt obligé par ce pact de payer, & qu'elle ſubſiſte par elle-même ; c'eſt qu'elle peut continuer de ſubſiſter après l'extinction de cette premiere 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 : proinde temporali actione obligatum, conſtituendo Celſus & 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 Gloſſe apporte pour exemple de cette déciſion, le cas auquel un vendeur auroit par un pact *conſtitutæ pecuniæ* promis à l'acheteur de lui payer une certaine ſomme pour le dédommagement d'un vice de la choſe vendue, dont il étoit tenu envers lui, *actione æſtimatoriâ* : ſuivant la déciſion de cette Loi, l'obligation qui naît de ce pact de payer cette ſomme dure même après le temps de ſix mois que duroit l'action *æſtimatoria* & on auroit même pu par le pact aſſigner pour le paiement de la ſomme un jour qui n'auroit dû arriver qu'après l'expiration du terme de ſix mois de l'action *æſtimatoria*.

Dans l'exemple qu'apporte la Gloſſe, on peut dire que quoique l'action *æſtimatoria* ſoit éteinte par l'expiration du temps de ſix mois, il reſte néanmoins après ce temps une obligation naturelle de dédommager l'acheteur, laquelle peut être la matiere du paiement que le vendeur a promis faire par le pact *conſtitutæ pecuniæ*.

Quid, ſi la dette pour le paiement de laquelle eſt intervenu le pact *conſtitutæ pecuniæ*, & qui exiſtoit au temps dudit pact, a été depuis éteinte autrement que par un paiement réel ou fictif, de maniere qu'il ne ſubſiſte plus aucune obliga-

tion ni naturelle ni civile, l'obligation contractée par le pact *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 pere débiteur de la ſomme qui ſe trouvoit alors dans le pécule de ſon fils envers le créancier de ſon fils, lui a promis par ce pact de lui payer cette ſomme, il continue de la devoir en vertu de ce pact, quoique ne ſe trouvant plus rien dans le pécule de ſon fils, l'obligation *de peculio* dont il étoit tenu, & en paiement de laquelle il a promis de payer cette ſomme, ſoit éteinte; *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, pour une ſomme de mille livres qu'il vous devoit, à la charge que l'obligation de mon cautionnement ne dureroit que pendant le temps de deux ans, au bout duquel j'en ſerois déchargé : avant l'expiration des deux ans, & par conſéquent pendant que mon obligation ſubſiſtoit, 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 pact *conſtitutæ pecuniæ* de vous payer. La raiſon de douter, eſt que ne m'étant obligé qu'à la charge que mon obligation ne dureroit que deux ans, & que j'en ſerois déchargé après ce temps, il ne ſubſiſte plus en ma perſonne de dette ni naturelle ni civile qui puiſſe ſervir de matiere au paiement qu'il a promis de faire pour moi. La raiſon de décider que quoique ma dette, en paiement de laquelle Jacques a promis de vous donner la ſomme de mille livres, ſoit éteinte, l'obligation de Jacques continue de ſubſiſter, eſt que c'eſt au temps qu'eſt interpoſé le pact *conſtitutæ pecuniæ* qu'il faut conſidérer ſi la dette pour le paiement de laquelle il eſt interpoſé exiſtoit ; ſi au temps qu'il a été interpoſé, je vous devois véritablement la ſomme de mille livres, en paiement de laquelle Jacques vous a promis de vous payer mille livres, le pact 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, & il étoit néceſſaire pour cela que je vous les duſſe alors : mais après qu'il en a contracté l'obligation, le paiement qu'il doit faire & qu'il fait de cette ſomme, eſt le paiement de ſa propre dette ; ce n'eſt qu'indirectement que ce ſeroit auſſi le paiement de la mienne, ſi elle ſubſiſtoit encore.

Voici un autre exemple. Un tiers s'eſt obligé de vous payer pour moi trente piſtoles à la place d'un certain cheval que je vous devois, 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 ſeroit débiteur d'un certain cheval, ſi mieux il n'aimoit donner trente piſtoles à la place. En ce cas, la mort du cheval le libere entiérement 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 étoit véritablement débiteur des trente piſtoles ; ce n'étoit pas même du cheval, ce n'étoit que de

cette ſomme dont il étoit débiteur : c'eſt pourquoi la mort du cheval qui éteint mon obligation, n'éteint pas la ſienne.

29. L'obligation qui naît du pact *conſtitutæ pecuniæ* peut bien continuer après l'extinction de l'obligation principale pour le paiement de laquelle le pact a été interpoſé ; mais il faut pour cela, comme nous l'avons déja obſervé, qu'elle ait été éteinte autrement que par un paiement réel ou fictif ; car ſuivant le quatrieme de nos principes, le paiement de l'une des deux obligations, ſoit de l'obligation principale, ſoit de celle du pact, éteint les deux.

30. La raiſon de ce quatrieme principe eſt évidente : ce qui eſt promis par le pact *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 pact, eſt donc un paiement des deux obligations, & les éteint par conſéquent l'une & l'autre.

Vice verſâ, le paiement de l'obligation principale éteint celle du pact, en rendant le créancier non-recevable à en demander le paiement ; car ce qui lui a été promis par ce pact ne lui ayant été

promis & 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 faiſoit payer encore de ce qui lui a été promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ*, il ſe feroit payer deux fois de l'obligation principale; ce que la bonne foi ne permet pas. *Bonæ fides non patitur ut bis idem exigatur.* L. 57, ff. *de R. J.* on ne peut pas ſe faire payer deux fois d'une même dette.

31. 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 paiemens fictifs, tels que ſont la compenſation, la novation & même la remiſe. Le créancier acquérant par la compenſation de pareille ſomme qu'il devoit la libération de cette ſomme, ſe trouve par cette libération payé de celle qui lui étoit 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 pact *conſtitutæ pecuniæ*, puiſque ce ſeroit 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.

32. Notre principe que le paiement de l'une des deux obligations éteint les deux, a lieu, lorſque ce qui a été promis par le pact *conſtitutæ pecuniæ* a été promis pour le paiement de tout ce qui étoit 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 pact, 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 pact, n'éteindra l'obligation principale que juſqu'à concurrence de quinze piſtoles.

33. Il nous reſte à obſerver à l'égard de l'obligation *conſtitutæ pecuniæ* qui, 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, en quoi elles reſſemblent aux fidéjuſſeurs, *ſuprà n.* 515; 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 pact *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, & qu'ils ſont compris dans la diſpoſition de la Novelle 4, *ch.* 1, ſous le terme ἀντιφωνητὴς qu'il traduit par *conſtitutæ pecuniæ reus.*

§. V.

De l'eſpece de Pact par lequel on promet au créancier de lui donner certaines sûretés.

34. C'eſt une eſpece de pact *conſtitutæ pecuniæ*, lorſqu'on promet au créancier, non de le payer, mais de lui donner dans un certain terme certaines sûretés, comme gage, hypotheque, caution : *Si quis conſtituerit ſe pignus daturum, debet hoc conſtitutum admitti.* L. 14, §. 1, ff. de pec. conſt.

L'effet de ce pact, eſt que celui qui a promis par ce pact 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; & ſi c'eſt une rente, il peut être contraint au rembourſement du principal.

35. Celui qui a promis par ce pact, de donner pour caution une certaine personne, est déchargé de son obligation, si avant que d'y avoir satisfait, & 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 seroit autrement, si la personne qu'il a promis de donner pour caution, refusoit de subir le cautionnement : *Si nolit fidejubere, 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 cautionnement ; c'est ma faute d'avoir promis ce que je ne pouvois pas tenir : cela est conforme aux principes établis au N. 136.

Fin du premier Volume.

B.U. GRENOBLE SIGB 3