COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

VIII

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.





COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

4702
8

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME HUITIÈME

Contrats et obligations (*suite*); — Modes d'extinction; — Paiement; Subrogation; — Compensation, etc.; — Modes de preuve; — Chose jugée, etc.; Quasi-contrats; — Quasi-délits.

Art. 1234 à 1386.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1895

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

1. — Il ne peut pas y avoir d'obligations perpétuelles.
2. — Enumération des modes d'extinction des obligations ; article 1234.

1. Le rapport de droit appelé *obligation* ou *droit de créance* se lie très intimement, sous plusieurs points de vue, à la propriété dont il devient une extension artificielle, car il fait partie *des biens* du créancier. D'un autre côté la possibilité légale de faire naître les rapports d'obligation, surtout par les contrats, est un moyen simple de faciliter l'échange de la propriété et des biens, dont les transactions ordinaires ne sau-

raient guère se passer (1). Mais ce moyen ne saurait être réalisé que par une satisfaction suffisante procurée au créancier ; et ce dernier cesse d'être tel, c'est-à-dire que son droit cesse d'exister, aussitôt qu'il a reçu cette satisfaction.

Or l'obligation n'a été créée qu'en vue de cette satisfaction finale qui en entraîne l'extinction nécessaire; de sorte que l'obligation semble n'avoir pris naissance que pour finir. C'est le contraire de la propriété qui est et ne peut être que perpétuelle (Voy. t. V, n° 21). Voilà pourquoi on ne saurait trouver dans la théorie légale de la propriété une rubrique analogue à celle de notre chapitre V, et ainsi conçue : *de l'extinction du droit de propriété*. Au contraire un droit de créance destiné à toujours durer, sans que jamais le créancier puisse effectivement obtenir l'accomplissement de la prestation qui en forme toute l'utilité, serait un non sens. L'esprit peut concevoir, il est vrai, l'existence d'un titre de créance qui serait perpétuel en ce sens qu'il engendrera une série indéfinie d'obligations successives, devant, chacune, s'éteindre par la prestation vraie ou supposée de son objet, mais il est impossible de concevoir l'existence d'une obligation qui ne serait jamais éteinte, c'est-à-dire payée.

2. Toute obligation doit donc nécessairement s'éteindre, et elle ne peut logiquement s'éteindre que par un paiement ou autre satisfaction analogue procurée au créancier. C'est parce qu'il existe plusieurs procédés destinés à procurer au créancier cette satisfaction que la loi a pu indiquer plusieurs modes d'extinction.

Ainsi :

ART. 1234. Les obligations s'éteignent, — Par le paiement, — Par la novation, — Par la remise volontaire, — Par la compensation, — Par la confusion, — Par la perte de la chose, — Par la nullité ou la rescision, — Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, — Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier.

(1) Voy. MAREZOLL, *loc. cit.*, § 118.

On est généralement d'accord pour ajouter aux neuf causes d'extinction mentionnées dans le texte qui précède :

Le mutuel dissentiment (art. 1134);

L'expiration du temps pour lequel l'obligation a été formée, dans les cas, par exemple, d'un louage, ou d'un cautionnement donné *ad diem*. Mais cela se confond avec le paiement; en entretenant le bail ou en demeurant caution durant la période fixée, le débiteur a précisément acquitté la prestation à laquelle il s'était soumis ;

La mort du créancier ou du débiteur, quand la volonté des parties, la nature du contrat, ou une disposition de la loi, impliquent ce résultat extinctif. Mais il faut faire la même observation, toutes ces hypothèses rentrent dans celle du paiement.

Ainsi quand un bail contient la clause que le contrat cessera de produire ses effets si le preneur vient à mourir avant l'expiration du temps pour lequel il a été fait, cela ne veut pas dire que l'obligation sera éteinte parce que le preneur est mort, mais parce que le preneur aura payé tout ce qu'il devait dans l'hypothèse envisagée. Il faut en dire autant de l'obligation de payer les arrérages d'une rente viagère. Le débiteur est libéré à la mort du crédi-rentier, parce qu'il a payé à celui-ci tout ce qu'il lui devait. Enfin dans les cas où la loi indique la mort de l'une des parties comme mettant fin à l'engagement, dans les cas, par exemple, prévus par les art. 1795, 1865 et 2003, c'est parce que les parties ont ainsi limité la durée de leur engagement.

On fait encore observer que l'extinction résultant de *la perte de la chose* ne peut concerner que l'obligation de *donner* et ne saurait s'appliquer aux obligations de faire, de sorte qu'il aurait mieux valu parler de *tout événement rendant impossible l'exécution de l'obligation*.

Quant à la condition résolutoire, on fait remarquer qu'elle a pour résultat d'empêcher une obligation de naître plutôt

que de l'éteindre, qu'en tout cas son effet se produit seulement quand l'obligation n'est point encore exécutée au moment où cette condition se réalise. Si l'obligation est alors déjà exécutée, la condition bien loin d'être une cause d'extinction d'obligation engendre au contraire l'obligation de restituer ce qui a été payé en vertu de l'obligation résolue.

Enfin on ajoute que la prescription n'est éxtinctive que si elle est opposée par le débiteur, et même, suivant une certaine opinion dont nous aurons à examiner la valeur, qu'elle est plutôt une fin de non-recevoir opposable aux poursuites du créancier, qu'un mode d'extinction de la créance.

Toutes ces critiques n'ont pas, il faut en convenir, une grande portée.

Le paiement (*sensu lato*) n'est rien autre chose qu'une satisfaction suffisante procurée au créancier pour le remplir de ce qui lui est dû :

Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet (1).

Le paiement ainsi entendu est le seul mode rationnel d'extinction d'une obligation, aussi tous les autres modes d'extinction peuvent-ils être ramenés au paiement, ou à une dispense de paiement (2). Ainsi dans la confusion il y a un paiement qu'on se fait à soi-même; dans la novation un paiement effectué au moyen d'une nouvelle dette qu'on procure au créancier à la place de la première. Dans la compensation il y a un double paiement entre deux personnes réciproquement créancière et débitrice l'une de l'autre.

Il y a au contraire dispense de paiement dans le cas de remise volontaire, dans le cas de perte de la chose, ou de survenance d'empêchement rendant impossible l'exécution

(1) L. 176, D. 50, 16, *De verb. signif.*

(2) MAREZOLL, *loc. cit.*, § 152; *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam.* — L. 54, D. 46, 3, *De solut. et liber.*

de l'obligation. Il en est de même en cas de nullité ou de rescision prononcées en justice, dans celui de la condition résolutoire, de la prescription proposée et admise.

Quand il y a eu paiement ou un fait équivalant au paiement, l'obligation a été éteinte par un acte à un titre onéreux. Quand il y a eu, au contraire, dispense de paiement, il peut se faire que l'acte extinctif soit à titre gratuit comme dans le cas de remise de la dette. Dans cette dernière hypothèse il pourra y avoir lieu à l'application des règles concernant les actes à titre gratuit, c'est-à-dire au rapport, à la réduction, etc.

SECTION PREMIÈRE

Du paiement.

§ 1er. — Du paiement en général.

N° 1. — *Caractère du paiement; par qui il peut être effectué.*

3. — Tout paiement volontaire implique une reconnaissance de dette ou aveu; art. 1235.
4. — Du paiement sciemment effectué des obligations naturelles; non répétition.
5. — Application; l'acquittement d'une obligation civile imparfaite ou naturelle est maintenu à titre de paiement; l'acquittement d'une obligation morale, ou de convenance, ou de conscience est maintenu à titre de libéralité.
6. — Qui peut payer, art. 1236.
7. — Du paiement effectué par un tiers non intéressé ou intéressé.
8. — *Suite.* Paiement effectué par un tiers au nom du débiteur ou en son nom propre, avec ou sans subrogation.
9. — Du recours appartenant à celui qui a payé la dette d'autrui, même en cas d'opposition du débiteur.
10. — Mode et conditions d'exercice de ce recours.
11. — Restrictions de la faculté de payer pour autrui, art. 1237; obligations de faire.
12. — Signification des clauses des cahiers de charges, en matière de travaux publics ou autres, interdisant l'emploi de sous-traitants.

3. Le paiement (*sensu stricto*), consiste dans l'accomplisse-

ment effectif de la prestation même formant l'objet de l'obligation :

Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit (1).

Le fait de payer, c'est-à-dire d'accomplir une prestation à titre de paiement, implique donc, de la part de celui de qui il émane, la volonté de remplir une promesse antérieure obligatoire, ou, plus généralement, d'exécuter une obligation. Le paiement est donc l'aveu ou la reconnaissance d'une dette. Cette précision est importante surtout au point de vue de la preuve.

Ainsi, un prétendu créancier réclame ce qu'il affirme lui être dû; c'est à lui de prouver l'existence du droit de créance dont il se prévaut. Cependant le débiteur consent à payer; il reconnaît ainsi l'existence de la dette. Par conséquent si plus tard il soutient qu'en réalité la prétendue dette par lui mal à propos acquittée, n'existait pas, c'est lui qui devra prouver qu'en effet il n'y avait pas de dette. Mais tant que cette preuve ne sera pas faite, le paiement devra être maintenu, c'est-à-dire qu'il faudra raisonner comme si la dette existait.

C'est précisément ce que dit la loi :

ART. 1235. Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. — La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées (*).

La répétition autorisée par l'article qui précède concerne seulement les prestations de choses, et non les prestations qui ont consisté dans la production d'un fait; *nemo potest condicere factum* (Voy. t. VII, nº 267). L'exécution indue ne peut donner lieu, en ce cas, qu'à une action d'indemnité, laquelle, au point de vue fiscal, doit être traitée comme telle.

4. Le Code s'occupe spécialement de la répétition de l'indû à propos des engagements qui se forment sans convention

(*) Art. 1235. — L. 1, 10, 13, 14, 16, 18, D. 12, 6, *De condict. indeb.*

(1) L. 176, D. 50, 16, *De verb. signif.*

(Voy. *infrà*, art. 1376-1381). Mais il pose immédiatement le principe que : *la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées.*

Ce que nous avons déjà dit de l'obligation naturelle ou obligation civile imparfaite, rendra facile l'explication de cette disposition (Voy. t. VII, nos 234 à 236).

Si le paiement met obstacle à toute répétition, c'est parce qu'il contient un aveu ou reconnaissance de l'existence de l'obligation naturelle. C'est donc un fait consensuel, c'est-à-dire un fait tirant toute sa force du consentement. Le consentement, pour être opérant dans le fait d'un tel paiement, doit donc être exempt de violence et de dol. Tout le monde est d'accord sur ce point. Il doit aussi être exempt d'erreur. Mais sur quoi peut porter l'erreur? On suppose qu'il s'agit d'un individu bien décidé à éteindre, au moyen d'un paiement, une obligation dont il sait être tenu. Cependant il se trompe sur la nature juridique de cette obligation; il croit être tenu d'une obligation civile parfaite, c'est-à-dire exposé à une action, alors qu'il est seulement tenu d'une obligation civile imparfaite, ou obligation simplement naturelle comme disent les auteurs. Il paie donc pour échapper a une action qui n'existe pas. Un paiement effectué dans de telles conditions ne peut pas évidemment avoir la même signification que s'il avait été fait par un individu sachant qu'il était seulement tenu d'une obligation civile imparfaite, c'est-à-dire qu'il n'avait aucune action, aucune poursuite à redouter de la part du créancier. Il est infiniment probable que, s'il a payé, s'est principalement pour échapper à des poursuites qu'il croyait possibles; son erreur a influé ou pu influer sur sa détermination, et on ne peut pas dire que le paiement a été fait *volontairement*, comme l'exige le texte, c'est-à-dire en connaissance de cause. Il aura donc l'action en répétition, à la charge de prouver l'erreur alléguée (1).

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 174 *bis*, 1, 11 et 12; AUBRY et

L'aveu résultant d'un paiement volontaire est soumis à la règle ordinaire de l'indivisibilité; il forme un tout avec ce paiement lui-même et ne peut en être disjoint pour produire des effets particuliers. — D'un autre côté, le débiteur a simplement voulu payer, sans contracter par le fait de ce paiement une obligation quelconque. Il est certain en effet que telle personne qui serait prête à acquitter une obligation naturelle si elle en avait la possibilité actuelle, ne voudrait pas s'engager civilement pour l'avenir en vue d'éteindre cette même obligation.

5. De la combinaison de ces deux idées, il suit :

1° Que si le paiement vient à être destitué d'effet parce que l'*accipiens* aurait été évincé de la chose donnée en paiement, ce dernier n'aura aucun recours en garantie contre le *solvens* de bonne foi qui n'a pas voulu s'obliger;

2° Qu'il n'aura pas davantage d'action civile en paiement de l'obligation qui demeurera ce qu'elle était, c'est-à-dire, civile imparfaite.

La prestation volontairement acquittée sur le fondement d'une obligation civile imparfaite, sera donc maintenue à titre de paiement.

La prestation volontairement acquittée sur le fondement d'une simple obligation morale, ou de convenance ou de conscience, d'une de ces obligations pour lesquelles nous voudrions qu'on réservât la qualification *d'obligation naturelle*, doit aussi être maintenue, mais à titre de simple libéralité. Telle est l'obligation de doter ses enfants; il n'y a pas là d'obligation civile imparfaite ou d'obligation naturelle, comme disent les auteurs (Voy. t. II, n° 196). Cette prétendue obligation ne pourrait en effet être cautionnée par un tiers. Donc

RAU, 4e édit., t. IV, § 442; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 47; LAURENT, t. XVII, n° 26; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1014; *Contrà*, MOLITOR, *Oblig.*, t. I, n° 46; AUBRY et RAU, 3e édit., § 442; MASSOL, *Oblig. nat.*, p. 231.

si un père de famille avait constitué une dot dans la croyance qu'il était tenu civilement, il pourrait répéter; il ne le pourra pas s'il a simplement voulu acquitter une obligation morale ou de convenance; en réalité il aura fait une libéralité.

Par conséquent il ne faut pas confondre deux questions bien distinctes qui peuvent se poser à l'occasion de l'acquittement d'une dette n'ayant pas les caractères d'une dette civile parfaite.

On peut d'abord se demander si la prestation volontairement accomplie doit être maintenue. La question soulevée est, d'abord, uniquement une question de répétition.

Si la prestation a été accomplie volontairement c'est-à-dire en connaissance de cause, sans erreur, la prestation doit être maintenue sans qu'il y ait à distinguer entre le cas où l'obligation envisagée serait une obligation civile imparfaite, ou une simple obligation morale ou de convenance.

Étant décidé, d'après l'examen de la cause, que la prestation effectuée doit être maintenue, alors apparaîtra la question de savoir si elle doit être maintenue à titre de paiement ou à titre de libéralité, et pour la trancher il faudra distinguer entre le cas où on a prétendu acquitter une obligation rentrant dans la catégorie des obligations civiles imparfaites, et celui où on a voulu acquitter une obligation seulement morale ou de convenance.

Ces distinctions ne sont pas toujours nettement formulées dans les décisions judiciaires qui, à cause de cela, présentent quelquefois de singulières formules. Ainsi un tribunal a jugé que si le paiement a été fait pour une cause raisonnable (?) ou un motif de délicatesse, quoiqu'il manque une des conditions exigées pour autoriser la répétition, elle ne peut avoir lieu (1)!

La Cour de cassation a décidé de son côté que *l'acquitte-*

(1) Trib. Anvers, 7 janv. 1875, C. et B. 75-76, 910.

ment d'une obligation naturelle ne peut pas être considéré comme une donation (1). Cela est vrai si l'obligation ainsi qualifiée est en réalité une obligation civile imparfaite, car alors il y a eu paiement. Cela est faux si on se trouve en présence d'une simple obligation morale ou de convenance. Or, dans l'espèce jugée par la Cour suprême, il s'agissait d'abandons de sommes faits par un mari à sa femme pour l'indemniser du préjudice qu'il avait pu lui causer *par ses pertes au jeu ou ses fautes de gestion!* Comment a-t-on pu décider qu'un pareil abandon fait *nullo jure cogente* n'était pas une libéralité?...

Enfin quelle que soit la nature de la dette payée, qu'il s'agisse d'une dette civile parfaite ou imparfaite, d'une dette naturelle ou d'une dette simplement morale ou de convenance, nous supposons toujours que le *solvens* a eu l'intention de se libérer lui-même d'un lien qui lui aurait été personnel. Si au contraire en payant en son nom propre, il a envisagé une dette qui ne lui était pas personnelle il pourra toujours répéter à cause de l'erreur dans laquelle il est tombé (art. 1377).

Cela ne veut pas dire qu'il ne soit pas possible de payer la dette d'autrui; loin de là. Mais il faut qu'un tel paiement soit fait volontairement, en connaissance de cause.

6. La personne par qui un paiement est effectué est en effet, en général, assez indifférente. Peu importe que ce soit le débiteur lui-même, en supposant qu'il ait la capacité voulue, ou un autre en sa place, en tant que, d'après la nature de la prestation due, cela est possible, c'est-à-dire juridiquement égal, pour le créancier (2). C'est le droit du créancier qui domine en définitive la situation. Il doit avoir le droit de recevoir le paiement de la part de n'importe qui, et c'est comme

(1) Cass. 5 avr. 1892, D. 92, 1, 234.
(2) MAREZOLL, *loc. cit.*, § 152.

corollaire de ce droit que le paiement peut être effectué par n'importe qui.

Par conséquent :

ART. 1236. Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution. — L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier (*).

Nous remarquons d'abord que le coobligé et la caution sont eux-mêmes débiteurs, et, à ce titre, tenus de payer. Si la loi déclare qu'ils *peuvent* acquitter l'obligation, c'est seulement pour indiquer qu'ils peuvent prendre l'initiative sans attendre que le créancier les poursuive. Il faut en dire autant du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. Mais si ce dernier consentait à payer un créancier chirographaire sous la réserve expresse des droits des créanciers hypothécaires, il serait fondé, s'il était forcé de payer une seconde fois, à répéter le paiement contre le créancier chirographaire (1).

Il est facile de comprendre qu'un tiers intéressé à l'extinction de l'obligation veuille prendre l'initiative d'un paiement. Mais comment admettre qu'un tiers absolument étranger à la dette, soit reçu à s'immiscer dans des rapports qui ne le concernent point et puisse payer?

La loi prévoit plusieurs hypothèses : elle suppose d'abord qu'un tiers se présente pour payer au nom et en l'acquit du débiteur. Remarquons qu'il ne s'agit pas d'un mandataire ou procureur fondé, car alors ce serait le débiteur lui-même qui paierait par l'intermédiaire de son représentant. Mais ce pourrait être soit un gérant d'affaires consentant à débourser une certaine avance dans l'intérêt du débiteur, soit même une personne agissant dans une intention de pure libéralité. Dans aucun cas le créancier ne pourrait refuser le paiement

(*) Art. 1236. — L. 23, 40, 53, D. 46, 3, *De solut.*; L. 39, D. 3, 5, *De neg. gest.*; L. 8, § 5, D. 46, 2, *De novat.*

(1) Cass. 3 fév. 1879, D. 79, 1, 231.

sous prétexte que le débiteur, en l'état, n'a aucun intérêt à ce que la dette soit payée (1).

7. Mais le débiteur lui-même pourrait-il empêcher qu'un tiers, non intéressé au paiement de la dette, vienne malgré lui effectuer ce paiement entre les mains du créancier?

Théoriquement, il semble qu'il ne puisse y avoir de difficulté sérieuse; le débiteur doit être le seul juge de son intérêt, et par suite, le paiement ne saurait avoir lieu malgré lui (2). En fait, il ne peut pas empêcher le créancier, qui tient à être désintéressé et qui a le droit, comme nous l'avons remarqué, d'être désintéressé, de recevoir le paiement des mains d'un tiers. Si plus tard, le créancier exerçant son action comme s'il n'avait rien reçu de personne, le débiteur lui oppose qu'il a été payé par un tiers, le débiteur ratifie alors l'acte du *solvens*. Si au contraire le créancier et le débiteur sont d'accord pour refuser le paiement offert par un tiers non-intéressé, ce dernier ne pourrait pas imposer son intervention (3).

Le paiement effectué par le débiteur éteint la dette d'une manière absolue, tant vis-à-vis de lui que vis-à-vis du créancier; au contraire le paiement fait par un tiers intéressé n'éteint la dette qu'à l'égard du créancier. La dette continue de subsister à l'égard des codébiteurs ou du débiteur principal, en vertu de la subrogation que la loi accorde à ceux qui étant tenus avec d'autres au paiement de la dette, avaient intérêt à l'acquitter. Le premier paragraphe de l'art. 1236 prévoit donc une hypothèse dans laquelle le paiement effectué par un tiers n'est pas absolument extinctif de l'obligation.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 125 *bis;* AUBRY ET RAU, § 316, texte et note 2; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 54; LAURENT, t. XVII, n° 483; Cass. Belge, 12 janv. 1872, *Pas.*, 73, 1, 34.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 485.

(3) Trib. Vendôme, 15 nov. 1880, D. 81, 3, 47; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 175 *bis*, X et XI; DEMOLOMBE, t. XXVII, n°s 59, 60.

8. Quand le paiement est fait par un tiers non-intéressé, il est au contraire extinctif de la dette, s'il a été effectué au nom et en l'acquit du débiteur.

Il en sera de même si le *solvens* ayant payé *en son nom propre*, c'est-à-dire dans son propre intérêt, ou dans celui du créancier ou dans celui d'une personne étrangère à la dette, sans aucune intention particulièrement bienveillante pour le débiteur, *n'a pas été subrogé aux droits du créancier*.

Dans ces deux cas la créance payée est et demeure éteinte, car le recours qui pourra, selon les circonstances, appartenir au *solvens* constitue une créance toute différente.

Mais la créance ne sera pas éteinte si le *solvens* est subrogé aux droits du créancier, puisque cette même créance continuera de subsister au profit du tiers qui a payé. Quoique ce résultat soit certain, ce n'est pas, croyons-nous, pour le constater que l'art. 1236 § 2 a pris la peine de déclarer que le paiement pouvait être fait par un tiers en son nom propre, *pourvu que le tiers ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. Cela veut dire tout simplement que le tiers dont il s'agit peut payer, a le droit de payer, et que le créancier ne peut pas refuser de recevoir le paiement, pourvu que la subrogation ne soit pas exigée, car le créancier ne saurait être forcé à subroger le débiteur dans ses droits. La subrogation demeure donc facultative de la part du créancier (1). Pourquoi cela? « Parce que, disait Joubert dans son rapport au Tribunat, la loi ne veut pas que, contre le gré du créancier, un tiers vienne s'interposer pour acquérir le droit de vexer le débiteur. » — Il faut en outre observer que la restriction de l'art. 1236, bien qu'elle paraisse viser seulement le cas où un tiers vient payer en son propre nom, s'applique également à tous les cas où un tiers sans intérêt paie la dette d'un autre, même au nom

(1) Cass. 7 avr. 1858, D. 58, 1, 156.

de celui-ci. Jamais le créancier n'est forcé d'accorder la subrogation (1).

Il peut donc arriver qu'un tiers rembourse le créancier, soit en faisant un paiement pur et simple, soit en faisant un paiement avec subrogation, soit même en payant le prix d'une cession de la créance à lui consentie par le créancier. L'écrit qui aura été dressé indiquera quelle a été sur ce point la volonté des parties. En l'absence d'écrit les juges détermineront, d'après les circonstances, la nature juridique du fait (2).

9. La vérification de la nature juridique du fait par lequel un tiers a remboursé le créancier est surtout importante quand il s'agit de déterminer l'étendue du recours qui, en toute hypothèse, appartient au *solvens* contre le débiteur.

Le *solvens*, en effet, doit toujours avoir un recours, même quand il a payé malgré l'opposition formelle du débiteur. La question cependant est controversée et a, du reste, été singulièrement obscurcie par les auteurs. Les uns refusent tout recours (3), les doutes hésitent et s'en rapportent aux juge (4); quelques-uns semblent accorder l'action dérivant d'une gestion d'affaires (5). Mais le plus grand nombre décide qu'il ne saurait y avoir ni gestion d'affaires quand l'intéressé a protesté, ni libéralité quand il a formellement refusé; que par suite le recours a pour base l'équité et le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. De là il suit que le recours doit être limité à ce dont le débiteur a profité. C'est donc l'action *de in rem verso*, ou d'enrichissement qui appartiendrait au *solvens* (6).

(1) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 66; LAURENT, t. XVII, n° 487.
(2) Cass. 22 fév. 1858, D. 58, 1, 116; Rouen, 20 juill. 1871, D. 73, 1, 366.
(3) TOULLIER, t. IV, n° 12.
(4) DURANTON, t. XII, n° 19.
(5) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 80.
(6) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 175 *bis* XI.

Il est à remarquer que, dans toute cette discussion, on a seulement parlé des droits du *solvens* et du débiteur, et qu'il n'a pas été dit un mot du créancier dont le droit, cependant, domine la situation.

Être créancier, c'est avoir le droit d'exiger une certaine prestation de la part d'une personne déterminée, avec la possibilité de recevoir cette même prestation, ou son équivalent, ou sa valeur de la part de toute personne, c'est-à-dire avec la possibilité de *commercer* avec cette prestation.

Si au lieu de *commercer* à propos de cette prestation au moyen d'un paiement fait par un tiers désintéressé le créancier avait cédé sa créance à ce même tiers, le débiteur n'aurait rien à objecter, et malgré ses protestations, devrait payer entre les mains du nouveau créancier. Si donc un débiteur, apprenant qu'un tiers veut payer pour lui, fait signifier une opposition formelle à ce tiers lui-même et au créancier, ces derniers pourront passer outre en se mettant d'accord pour une cession.

Remarquons cependant que la position du créancier cédant n'est pas la même que celle du créancier qui reçoit le paiement d'une tierce personne.

Le cédant, en effet, est garant de l'existence de la créance; si la créance n'existe pas, le cessionnaire au moyen de l'action en garantie obtiendra la restitution du prix de cession, celle des frais et loyaux coûts du contrat, celle des frais de poursuite contre le prétendu débiteur, et enfin celle des intérêts du prix de cession (art. 1630); — au contraire s'il y a eu simplement paiement d'une créance non existante, le *solvens* aura seulement la *condictio indebiti;* il ne pourra obtenir que la restitution de la somme payée, et n'aura droit aux intérêts et loyaux coûts du contrat que si l'autre partie a été de mauvaise foi (art. 1378).

Mais nous supposons qu'il s'agit d'une créance dont l'existence est certaine, et que le but envisagé par le créancier

et le tiers intervenant peut être atteint indifféremment par une cession ou un paiement. Ce n'est donc qu'une question de mots : d'un côté il y a un créancier qui use de son droit d'être payé, de l'autre il y a un tiers qui use également d'un droit qui lui appartient en recherchant un placement utile. Si plus tard le débiteur veut se prévaloir de son opposition pour se soustraire au recours du *solvens*, ce dernier pourra lui répondre : votre opposition a eu pour résultat d'enlever à mon intervention tout caractère de libéralité, et sous ce rapport elle a produit son effet, mais elle n'a pu empêcher que j'ai dégrevé votre patrimoine d'une certaine dette, et vous devez m'indemniser dans la mesure de ce dégrèvement.

Il suit de là que le tiers qui veut payer la dette d'autrui doit prévenir le débiteur du paiement qu'il a effectué, à peine d'être privé de tout recours si le débiteur payait de son côté, dans l'ignorance d'un paiement qui, par le fait, ne lui aurait procuré aucun avantage.

10. Si le paiement a été fait dans les conditions ordinaires, sans protestations de la part du débiteur, le recours du *solvens* se traduira, selon les cas, soit par l'action de mandat soit surtout par l'action de gestion d'affaires (art. 1375, 2001); soit, si le *solvens* a payé en son propre nom, par l'action *de in rem verso*. Ces deux actions ne sont pas régies par les mêmes principes; ainsi, dans le cas de l'*in rem verso*, le *solvens* n'aura pas interrompu la prescription, il l'aura au contraire interrompue dans le cas de gestion d'affaires. Le *solvens* aura encore les actions du créancier désintéressé, s'il y a eu subrogation, soit légale soit conventionnelle.

Si en payant, le tiers a eu l'intention d'offrir une libéralité au débiteur, celui-ci rendra l'offre définitive par son acceptation. Le *solvens* pourra donc retirer son offre, tant qu'elle n'aura pas été acceptée, et il la retirera tacitement en exerçant un recours contre le débiteur. Si c'est au contraire au créancier qu'il a voulu rendre service en lui remboursant

une créance paraissant douteuse, il n'aura contre le débiteur que l'action *de in rem verso* (1).

C'est à celui qui exerce le recours à prouver, comme demandeur, les faits sur lesquels est fondée son action et notamment que le paiement a été fait de ses deniers. Une quittance ne contenant aucune énonciation de nature à faire penser que les deniers ayant servi au paiement ont été remis par le débiteur lui-même suffira pour faire admettre que le tiers a payé de ses deniers personnels (2), sauf la preuve contraire qui pourra se faire d'après les règles du droit commun ou qui résultera des circonstances de la cause appréciées par les juges du fait (3).

Il convient de remarquer que l'action *de in rem verso* et l'action de gestion d'affaires ont leur principe dans la loi et non dans la quittance produite. Le fisc devra donc percevoir sur la quittance seulement le droit proportionnel de libération, et non le droit proportionnel d'obligation.

11. L'obligation envisagée au point de vue de son exécution par le sujet passif présente donc, en général une certaine élasticité rendant possible l'intervention d'un tiers.

Cette élasticité ne pourrait pas être restreinte par une clause insérée dans la convention relative à une obligation de donner. Ainsi la clause par laquelle il serait déclaré que le paiement ne pourrait être effectué que par le débiteur seul et non par une autre personne, serait inopérante. Elle n'empêcherait pas le créancier de recevoir le paiement des mains d'un tiers dans les conditions de l'art. 1236.

Au contraire, et par la force même des choses, une semblable restriction sera naturellement et implicitement conte-

(1) Voy. MOURLON, t. II, n° 1322 et la note.

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 82; Comp. Cass. 4 déc. 1888, S. 90, 1, 81.

(3) Cass. 8 déc. 1869, S. 70, 1, 132.

nue dans les engagements qui auront pour objet la prestation d'un fait ou d'une série de faits :

ART. 1237. L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même (*).

C'est ce qui arrivera lorsque le créancier a traité en considération d'une aptitude personnelle du débiteur, ou a stipulé de lui certains services personnels. Ainsi, l'engagement contracté par l'acquéreur, comme condition d'une vente, « de nourrir et entretenir le vendeur en santé et en maladie, en lui donnant tous les soins que sa situation exigera, etc., » constitue, surtout quand il existe des liens de parenté entre les parties, une obligation de faire qui ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier. L'offre faite par un tiers sous-acquéreur d'acquitter cette obligation au lieu et place de son vendeur, ne peut, dès lors, être accueillie (1).

De même une caution ou tout autre coobligé ne pourrait, contre le gré du créancier, exécuter les obligations de faire qui présentent ce caractère personnel (2).

Mais il y a des faits qui peuvent être indifféremment exécutés par toute personne, par exemple un terrassement ou un enlèvement de décombres. L'ouvrier qui a contracté l'obligation d'effectuer un travail de ce genre pourra être remplacé par un autre, à moins que la convention ne le défende expressément et en termes formels. Nous admettons ici la validité de la clause parce qu'il s'agit d'une obligation de faire, et que la clause indique suffisamment que le créancier a envisagé, dans l'exécution de cette obligation, malgré son caractère banal, *le faire* particulier du débiteur.

12. Demolombe prétend : « qu'on rencontre parfois ces sortes de clause, notamment dans les cahiers des charges

(*) Art. 1237. — L. 31, D. 46, 3, *De solut.*

(1) Liège, 26 nov. 1885, *Pas.*, 86, 2, 63.

(2) AUBRY et RAU, § 312, note 3 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 176 *bis* II ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 71 ; LAURENT, t. XVII, n° 492.

relatifs aux adjudications d'entreprises ou de travaux pour le compte des grandes compagnies, des régies publiques, des communes, des départements ou de l'État (1). » Cette singulière affirmation est inexacte en fait et implique en même temps plusieurs erreurs juridiques.

D'abord il ne saurait y avoir aucun rapport entre la convention conclue avec un ouvrier terrassier ou maçon le soumettant à la nécessité *d'opérer lui-même*, et les grandes adjudications par lesquelles de puissants entrepreneurs se chargent de certains travaux qui, malgré leur colossale importance, peuvent principalement consister en terrassements ou autres opérations aussi banales si on les considère en elles-mêmes. Il va sans dire que l'entrepreneur adjudicataire fera procéder à ces travaux par les ouvriers qu'il lui plaira d'embaucher. Il ne s'est pas obligé en effet à effectuer *lui-même* les travaux dont il s'agit, mais, ce qui est bien autre chose, à procurer un certain travail, effectué dans des conditions déterminées, et sous sa direction technique. C'est cette obligation de procurer un certain travail accompli sous sa direction, qui a été assumée par l'adjudicataire, soumissionnaire ou concessionnaire. Le créancier a évidemment intérêt à ce qu'une telle obligation soit accomplie par le débiteur lui-même. Il est donc tout à fait inutile d'insérer dans la convention une clause quelconque pour empêcher l'intervention d'un tiers qui aurait la ridicule prétention d'exécuter à la place de l'adjudicataire les grands travaux dont il s'agit, sous prétexte que l'art. 1236 permet au premier venu de payer pour le débiteur. Jamais les cahiers des charges ne se sont préoccupés de cette chimérique éventualité. Mais voici ce qu'ils ont voulu éviter :

Il arrive souvent que l'entrepreneur veut transporter à un sous-traitant, moyennant une somme immédiatement perçue,

(1) T. XXVII, n° 73.

l'utilité de son marché. En agissant ainsi, l'adjudicataire ne saurait évidemment se dégager vis-à-vis de l'administration; il demeure toujours personnellement tenu dans les termes du cahier des charges. Mais les juristes de l'administration paraissent avoir redouté quelques difficultés sur ce point. Pour les éviter, ils ont ainsi rédigé l'art. 9 du cahier des clauses et conditions générales : « L'entrepreneur ne peut céder son marché en tout ou en partie à des sous-traitants sans le consentement de l'administration. »

Or, cela allait de soi et n'avait pas besoin d'être dit. Pourquoi? Parce que, répondent les auteurs, l'adjudication est un contrat formé *intuitu personæ* (1)!... La Cour de cassation répète la même banalité pour les concessions (2). Mais cette prétendue raison n'a aucune portée. La vérité est que l'entrepreneur, adjudicataire, soumissionnaire ou concessionnaire est tenu d'une certaine dette dont il ne peut s'affranchir (3). On peut bien, en effet, céder un droit actif mais jamais la dette dont on est grevé, qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu considération de la personne du débiteur dans la formation du contrat (4).

N° 2. — *Conditions à remplir par celui qui paie.*

13. — Cas où le créancier est déjà propriétaire de la chose à livrer.
14. — Cas où le créancier n'est pas encore propriétaire, article 1238 § 1.
15. — Cas où la chose mobilière corporelle n'appartenait pas au *solvens*.
16. — *Quid* si elle a été consommée? art. 1238 § 2.
17. — Capacité civile du *solvens*.

13. Le paiement doit être effectué de manière à ce que le

(1) Voy. *Pandectes françaises, Répert.*, v° *Adjud. admin.*, n° 1380.
(2) Cass. 5 déc. 1882, D. 83, 1, 195.
(3) Trib. civ. Die, 23 juin 1889, *Gaz. Palais*, 89, 491.
(4) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n^{os} 186 à 190.

but final qui reste encore à atteindre après la naissance de l'obligation, soit en effet atteint.

En ce qui concerne d'abord les obligations de livrer une chose il faut distinguer suivant que le créancier est déjà propriétaire ou qu'il ne l'est pas encore.

Si le créancier est déjà propriétaire, le paiement ne saurait avoir d'autre but que de procurer au créancier la possession ou détention de la chose due; le débiteur sera libéré par la tradition matérielle de la chose.

C'est ce qui aura lieu :

1° Quand il s'agira pour un dépositaire, emprunteur ou locataire de restituer au déposant, au prêteur ou au bailleur l'objet reçu;

2° Quand il s'agira pour le vendeur ou le donateur d'un corps certain d'exécuter le contrat qui a déjà rendu le créancier propriétaire.

Dans toutes ces hypothèses le débiteur n'a qu'à effectuer la remise matérielle d'une chose appartenant déjà au créancier; il n'y a pas à se préoccuper de sa capacité; il peut faire lui-même la délivrance sans autorisation ou assistance quelconque, quand même il serait mineur, femme mariée, ou pourvu d'un conseil judiciaire.

14. Il en est autrement quand il s'agit de payer une obligation de *donner*, c'est-à-dire de transférer la propriété.

Dans ces cas,

ART. 1238 § 1. Pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner.

Car le paiement est alors translatif de propriété.

C'est ce qui arrive :

1° Quand le paiement est effectué en exécution d'une obligation de donner ayant pour objet des choses déterminées seulement quant à leur espèce;

2° Lorsque la convention ayant pour objet un corps certain, il a néanmoins été convenu que le débiteur en resterait propriétaire jusqu'au paiement;

3° Lorsqu'au lieu de délivrer le corps certain qui était dû, le débiteur donne une autre chose au créancier qui l'accepte;

4° Quand une semblable dation en paiement émane d'un tiers payant en l'acquit du débiteur.

Un prétendu paiement effectué par un non-propriétaire dans les conditions qui précèdent, ne serait donc pas libératoire. Le créancier qui n'a pas obtenu le transfert du droit de propriété sur lequel il devait compter, peut donc faire annuler ce paiement, avant même d'être évincé, et réclamer un nouveau paiement avec des dommages, s'il y échet. Il pourrait encore agir en nullité d'après l'opinion qui prévaut dans la doctrine, alors même qu'il serait devenu propriétaire, par l'effet de la prescription, de la chose à lui livrée. Il a entendu, dit-on, devenir propriétaire par l'effet direct du paiement, et non par l'effet d'une prescription que de légitimes scrupules peuvent lui défendre d'invoquer (1). Les auteurs qui admettent cette solution l'appliquent sans difficulté aux cas où le paiement a consisté dans la tradition d'un meuble, comme à celui où il a consisté dans la livraison d'un immeuble.

15. Il y a cependant à faire, pour les meubles, une précision d'autant plus importante que la plupart des choses données en paiement sont des choses mobilières corporelles:

Si l'*accipiens* a reçu de bonne foi une chose mobilière des mains d'un locataire, commodataire, dépositaire, etc., *quem dominum esse credebat*, on peut admettre qu'il a reçu la chose d'autrui, qu'il n'en est devenu propriétaire que par l'effet d'une prescription instantanée, et qu'il n'est pas obligé de se prévaloir de cette prescription. Mais si l'on se place au contraire dans le cas prévu par l'art. 1141, celui où la même

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 177 *bis*, XII et XIII; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 95; LAURENT, t. XVII, n° 496; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1021; *Contrà*, DURANTON, t. XII, n° 31; AUBRY et RAU, § 316; LAROMBIÈRE, art. 1238, n° 5.

chose ayant été successivement vendue à deux personnes a été livrée au second acheteur, nous croyons que ce dernier a reçu la chose d'un individu qui était demeuré réellement propriétaire, et que par suite la question de savoir s'il pourrait ou non renoncer, vis-à-vis du premier acheteur et au préjudice du vendeur à une prescription quelconque ne peut pas même se présenter (Voy. t. VII, n^os^ 128, 129 et 130).

Quoi qu'il en soit, l'opinion généralement admise n'est pas sans soulever quelques difficultés. Durant trente ans, en effet (art. 2262), celui à qui le *solvens* a livré une chose ne lui appartenant pas, aura le droit de demander la nullité du paiement (1), quand même il pourrait se prévaloir vis-à-vis du vrai propriétaire de la maxime : *en fait de meubles possession vaut titre* (art. 2279) ou de la prescription soit de dix à vingt, soit de trente ans, s'il s'agit d'immeubles.

Dans tous les cas, il ne pourra agir qu'à la charge de restituer le corps certain par lui reçu.

Mais si cet objet vient à périr par cas fortuit, il sera libéré de son obligation de restituer, sans que son action en nullité du paiement soit éteinte. Ce point est admis par tous les auteurs, sauf Duranton (2). Dans ces conditions, l'*accipiens* ne manquera jamais, en cas de perte de la chose, de déclarer que sa conscience ne lui aurait pas permis d'invoquer la prescription, et que par suite il demande la nullité du paiement.

16. Quant au débiteur, il peut, de son côté, réclamer aussi la nullité du paiement, et demander la restitution de la chose d'autrui par lui livrée, quelle que soit d'ailleurs sa nature (3), dans le but de la restituer au véritable propriétaire, mais à la charge d'offrir et d'être prêt à remplacer par un paiement régulier le paiement nul qu'il a effectué :

(1) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 95.
(2) T. XII, n° 32.
(3) LAURENT, t. XVII, n° 500 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 100.

ART. 1238 § 2. Néanmoins le paiement d'une somme en argent ou autre chose qui se consomme par l'usage, ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi, quoique le paiement en ait été fait par celui qui n'en était pas propriétaire ou qui n'était pas capable de l'aliéner.

Il faut décider également que le créancier ne pourrait réclamer la nullité du paiement en cas de consommation de la chose, car, en fait, il a retiré de la chose toute l'utilité qu'il en aurait retiré, s'il en eût été rendu propriétaire (1). Il y aura consommation quand le créancier aura disposé de la chose, mais non quand il aura simplement confondu avec les siens les deniers reçus.

Quant au propriétaire de la chose donnée en paiement par le débiteur, il faut reconnaître qu'il conserve l'intégrité de ses droits. Il pourra donc agir en revendication contre le débiteur qui a cessé de posséder par sa faute. Il pourra revendiquer aussi contre le créancier, sauf à ce dernier à se prévaloir, s'il le peut, et le veut, de la possession ou de la prescription, ou, s'il y a lieu, de la consommation de bonne foi.

Ainsi, il a été jugé que celui à qui il a été volé une somme d'argent que le voleur a donnée en paiement à son créancier peut répéter cette somme tant qu'elle n'a pas été consommée de bonne foi (2).

Le créancier n'est plus de bonne foi quand il a connu l'origine des deniers, quoique cette simple connaissance ne le rende pas complice du détournement qui a eu lieu (3).

17. Pour que le paiement soit valable, il faut encore que le *solvens* soit capable d'aliéner la chose donnée à titre de paiement. L'art. 1238 suppose nécessairement qu'il s'agit d'un cas où le paiement est translatif de propriété. L'incapable

(1) Cass. 29 mai 1839, *Bull.* Cass. civ., n° 69; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 177 *bis* X; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 103; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1020; Comp. LAURENT, t. XVII, n° 501.

(2) Paris, 11 nov. 1837, D. 38, 2, 11; Comp. Metz, 14 août 1867, D. 67, 2, 178.

(3) Cass. 10 nov. 1858, D. 58, 1, 447.

seul peut alors se prévaloir de la nullité encourue (art. 1125), excepté dans le cas où la chose payée étant consomptible, le créancier l'a consommée de bonne foi (art. 1238, § 2).

De ce que le créancier ne peut demander la nullité d'un paiement effectué entre ses mains par un incapable, il suit que la perte par cas fortuit de la chose reçue retombe sur lui, puisqu'il ne peut arguer de la nullité du paiement pour réclamer une autre chose (1).

L'action en nullité intentée du chef de l'incapable, ne pouvant avoir pour effet de libérer ce dernier, ne sera réellement utile pour lui que dans des cas, assez rares, où il aura éprouvé un certain préjudice par l'effet direct du paiement. C'est ce qui aura lieu quand le paiement aura été effectué avant l'exigibilité de la dette, ou que le paiement impliquait un choix sur lequel le *solvens* voudrait revenir.

N° 3. — *A qui le paiement doit être fait.*

18. — Indication générale, art. 1239.
19. — Mandataires légaux pour recevoir le paiement.
20. — Mandataires conventionnels.
21. — Révocabilité du mandat conventionnel.
22. — Circonstances d'où peut résulter un mandat tacite de recevoir, remise des titres, élection de domicile, notaire, etc.
23. — Du paiement fait au possesseur de la créance, art. 1240, tel qu'un héritier apparent,
24. — Ou un possesseur à titre particulier.
25. — Champ d'application de l'art. 1240.
26. — Capacité de celui qui reçoit le paiement, art. 1241.
27. — Cas où des oppositions ont été faites entre les mains du débiteur, art. 1242.
28. — Jusqu'à quel moment les saisies-arrêts ou oppositions sont-elles possibles ? Caractère de la saisie-arrêt.
29. — Suite. Paiements effectués en cas de saisie-arrêt.

18. Si, en général, toute personne peut payer, il n'est

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n^{os} 177 *bis* XV, XVI ; AUBRY et RAU, § 316, texte et note 12 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n^{os} 123 et 124 ; LAURENT, t. XVII, n^{os} 506 et 507 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1022.

pas vrai que toute personne puisse recevoir un paiement.

De ce que le paiement est extinctif de l'obligation, il suit que le paiement ne peut être valablement effectué qu'entre les mains du titulaire de l'obligation, c'est-à-dire du créancier, recevant soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'un représentant régulièrement constitué.

Il suit encore de là que le créancier doit avoir la capacité de concourir à un acte qui fait sortir de son patrimoine un droit de créance.

La loi s'occupe d'abord de la qualité de l'*accipiens* :

ART. 1239. Le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. — Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité (*).

Si le créancier originaire est décédé, le droit de créance s'étant divisé de plein droit entre les divers héritiers, le paiement devra être effectué entre les mains de ces derniers, dans la proportion, pour chacun, de sa part héréditaire, alors même que la succession serait encore indivise (1).

Si le créancier a cédé sa créance à titre gratuit ou à titre onéreux, peu importe, le cessionnaire devient créancier. Ce dernier néanmoins n'est saisi de la créance à l'égard des tiers que par la signification qu'il fait de la cession au débiteur ou par l'acceptation que le débiteur fait du transport (art. 1690). Quand ces formalités auront été remplies, le débiteur devra payer entre les mains du cessionnaire. Mais si avant que le cédant ou le cessionnaire aient signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré (art. 1691). On se demande, à ce sujet, si la connaissance de la cession, acquise n'importe comment par le débiteur (ou tout autre intéressé), peut, vis-à-vis de lui

(*) Art. 1239. — L. 12 in pr. § 4; L. 16, 49, 85, D. 46, 3, *De solut.*

(1) Voy. LAURENT, t. XVII, n° 513.

tenir lieu de la signification ou de l'acceptation par acte authentique? Nous verrons, quand nous nous occuperons de l'art. 1690, que d'après les dernières décisions de la jurisprudence, cette connaissance peut suffire pour empêcher le débiteur cédé de se libérer valablement entre les mains du cédant (1). Mais cette solution trop absolue repose sur cette idée inexacte que la simple connaissance de la cession suffit toujours pour constituer le débiteur cédé de mauvaise foi (2).

19. Le paiement qui ne pourrait être fait directement au créancier lui-même, sera valablement effectué, aux termes de l'art. 1239, entre les mains d'une personne *autorisée par la loi à recevoir pour lui.*

Ces mandataires légaux sont notamment :

1° Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent (art. 134);

2° Les tuteurs des mineurs ou interdits (art. 450, 509);

3° Le père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs pendant le mariage (art. 389);

4° Le curateur du mineur émancipé (art. 482);

5° Le conseil judiciaire (art. 499, 513);

6° Le mari dans les divers cas où il a l'administration des biens de la femme (art. 1428, 1531, 1549, 1578).

L'art. 1239 mentionne encore au nombre des personnes ayant qualité pour recevoir le paiement au nom du créancier, celles qui ont été autorisées à cet effet *par justice*, c'est-à-dire les mandataires judiciaires.

Il y a d'abord les mandataires généraux que les tribunaux sont autorisés à désigner dans certaines situations définies par la loi; tels sont :

1° Le curateur préposé à la gestion des intérêts d'un présumé absent (art. 112);

(1) Cass. 12 mars 1878, S. 81, 2, 71; Cass. 6 fév. 1878, S. 78, 1, 168; Orléans, 4 déc. 1886, S. 88, 2, 154.

(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 348 et suiv.

2° Le séquestre chargé d'administrer les biens d'un condamné contumax (art. 471, C. inst. crim.);

3° L'administrateur provisoire nommé pour prendre soin de la personne et des biens de celui dont l'interdiction est poursuivie (art. 497).

L'attribution faite par justice à une personne de l'une des qualités ci-dessus, emporte virtuellement pour celle-ci le pouvoir de recevoir valablement tout paiement sur sa seule quittance, sans que la décision d'où résulte la nomination ait besoin de contenir une indication spéciale sur ce point.

Il en est autrement quand il s'agit de pouvoirs spéciaux. Ainsi le séquestre nommé pour exercer les droits des héritiers du créancier d'une faillite, n'a pas qualité pour recevoir les paiements, si le jugement ou ordonnance qui le nomme ne lui donne pas mandat à cet effet (1).

Les auteurs trouvent encore une application de cette règle dans les jugements de *main-vidange* ordonnant au tiers-saisi de payer entre les mains du créancier saisissant. C'est, dit-on, au nom du saisi, et comme exerçant les droits de celui-ci, que les créanciers agissent, ils sont ses mandataires puisqu'ils le libèrent, mais en même temps mandataires *in rem suam*, puisqu'ils opèrent dans leur intérêt propre (2). Nous avons déjà montré le peu de fondement de ces explications surannées qui viennent compliquer les situations les plus simples. La vérité est que le saisissant exerce un droit qui lui est propre. Mais quand il a saisi une créance dont l'objet est une somme d'argent et qu'il est seul créancier saisissant, la consignation étant alors inutile, il est autorisé à recevoir directement ce qui lui est dû (Voy. t. VII, nos 183, 185, 187).

20. C'est surtout au moyen d'un mandat conventionnel que

(1) Lyon, 18 avr. 1874, D. 76, 2, 195.

(2) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 565; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1239, n° 18; LAURENT, t. XVII, n° 519.

le créancier pourra se constituer un représentant pour recevoir un paiement que, d'ailleurs, nous le supposons, il pourrait recevoir lui-même; peu importe que le mandataire choisi soit, ou non, personnellement capable (art. 1900).

Ce mandat peut être exprès ou tacite; quand il s'agit d'un mandat exprès, c'est au mandataire qui se présente pour recevoir le paiement à en justifier, soit au moyen d'une procuration en minute à laquelle il sera toujours possible de se référer au besoin; soit au moyen d'une procuration en brevet qui devra être laissée entre les mains du débiteur (1). Si le mandataire produisait un pouvoir sous seing privé, le débiteur ne serait pas tenu de le reconnaître, car l'acte sous seing privé ne fait pas foi par lui-même, et il y aura nécessité pour le créancier mandant de reconnaître sa signature à l'égard du tiers débiteur ou de donner un pouvoir par acte authentique (2).

De ce qui précède il suit que c'est au débiteur à s'assurer, sous sa responsabilité, que celui qui se présente à lui comme mandataire du créancier est réellement investi de cette qualité, ce qui entraîne la vérification de son identité. Il ne sera donc pas libéré s'il a payé sur un faux pouvoir (3), à moins qu'il ne soit justifié d'une faute du créancier, à raison de laquelle celui-ci devrait être déclaré responsable de l'erreur du débiteur (4).

Pour les dettes commerciales résultant des titres transmissibles par voie d'endossement, la règle est différente :

D'après l'art. 144, C. com., celui qui paie une lettre de change avant son échéance, est responsable de la validité du

(1) Orléans, 19 nov. 1859, D. 61, 5, 301.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 520.

(3) AUBRY et RAU, § 317 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 178 *bis* II ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 138 ; LAURENT, t. XVII, n° 525 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1024.

(4) Trib. Seine, 3 mars 1891, *La Loi*, 1891, p. 322.

paiement. Nous ne croyons pas, quoiqu'il y ait eu des difficultés sur ce point, que ce texte soit applicable au cas où le paiement est fait à un non propriétaire, car le porteur est en faute d'avoir perdu la traite ou de s'être laissé voler; on peut dire d'ailleurs que le tiré ne doit qu'au papier. L'art. 144 précité ne s'applique pas davantage au cas où le porteur a été interdit après le paiement, mais avant l'échéance, car l'interdiction ne rétroagit pas; ni au cas où le porteur a fait faillite après le paiement, puisqu'en réalité la faillite ne perd rien; le porteur en effet aurait pu valablement aliéner, avant l'échéance, par un simple endossement. Cet article nous paraît prévoir seulement le cas d'un paiement fait à un incapable; il décide en définitive que celui qui paie avant l'échéance est tenu des vices non apparents qui mettent obstacle au paiement.

Au contraire, celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition, est *présumé*, dit l'art. 145, C. com., valablement libéré; c'est-à-dire qu'il est tenu seulement des vices apparents, dans le cas, par exemple, où il y a une interruption dans la série des endosseurs successifs.

21. Le mandat qui a été révoqué ou qui est expiré, laisse l'ex-mandataire sans pouvoirs. Si le débiteur a payé mal à propos entre les mains de l'ex-mandataire, lorsqu'il savait ou devait savoir que le mandat avait pris fin, le paiement est nul, dans le cas par exemple où le mandat a été donné pour un certain temps qui est indiqué dans la procuration. Mais si le débiteur a payé de bonne foi, ignorant la cessation du mandat, le paiement sera valable sauf recours du créancier contre son ancien mandataire.

Le créancier est toujours libre de révoquer à son gré le mandat par lui donné à une personne de percevoir le montant de sa créance. Il en est autrement quand cette personne a été désignée d'un commun accord par le créancier et le débiteur dans la convention elle-même; tel est le cas de l'*adjectus solutionis gratia*.

22. Le mandat peut n'être que tacite. Il résultera notamment de la remise faite par le créancier entre les mains d'un huissier, de titres exécutoires, pour opérer contre le débiteur les poursuites nécessaires, ou d'effets à ordre avec mission de dresser l'acte de protêt. Cette remise autorise l'huissier à recevoir paiement et à donner quittance libératoire (1). Mais l'huissier ne pourrait aller au delà et consentir les déclarations complémentaires pour lesquelles une procuration spéciale et authentique est nécessaire, par exemple donner une mainlevée d'hypothèque.

La seule remise de pièces entre les mains d'un avoué chargé de poursuivre un procès, ne lui confère pas le mandat de recevoir le paiement des sommes réclamées. Rien n'indique en effet que le demandeur a voulu lui donner des pouvoirs autres que ceux résultant de la spécialité de sa mission. Il en est de même, à plus forte raison, de la remise de titres faite à un simple particulier, quand même ce dernier exercerait une profession impliquant l'habitude d'opérer des recouvrements.

Dans le même ordre d'idées, il a été décidé que le paiement du montant d'une assurance sur la vie faite par l'assureur entre les mains d'un créancier gagiste, détenteur de la police, n'est pas libératoire vis-à-vis des héritiers de l'assuré, qui justifient que ce créancier était désintéressé (2).

Les notaires, en leur seule qualité, n'ont pas mandat pour recevoir ce qui peut être dû à leurs clients par suite ou en exécution des actes authentiques par eux retenus. Il en est ainsi quand même ces actes contiendraient la clause que les paiements seront effectués *dans l'étude du notaire rédacteur*. Mais ce mandat peut résulter des autres circonstances de fait venant compléter et expliquer la clause dont il s'agit (3).

(1) AUBRY et RAU, § 317 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 145 ; LAURENT, t. XVII, n° 529 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1024.

(2) Rouen, 28 avr. 1874, S. 74, 2, 314.

(3) Cass. 28 fév. 1887, S. 90, 1, 325.

L'élection de domicile chez le notaire ne serait pas au nombre de ces circonstances (1); il faudrait qu'il fût constaté en fait, et en dehors de cette élection de domicile, que le notaire a véritablement reçu mandat de toucher pour le créancier (2).

Quand les juges du fait ont pu dégager des circonstances de la cause l'existence d'un mandat tacite autorisant le notaire à recevoir un paiement pour le compte du créancier, ils doivent déterminer l'étendue d'un tel mandat, et n'admettre comme valables que les paiements effectués dans ses limites. Ainsi le mandat tacite donné à un notaire de recevoir les intérêts n'impliquant pas le mandat de recevoir le capital, le versement du capital aux mains du notaire ne doit pas libérer le débiteur vis-à-vis de son créancier (3).

Il faut cependant observer qu'une ratification émanée du créancier peut venir, après coup, valider un paiement fait entre les mains d'un notaire qui n'avait pas mandat pour recevoir (4). C'est du reste une règle générale que le paiement fait à celui qui n'avait pas pouvoir de recevoir, devient valable si le créancier le ratifie ou en a profité.

Il arrive quelquefois, dans la pratique, que le notaire qui n'est pas et d'ailleurs ne se prétend pas mandataire du créancier, reçoit cependant les fonds apportés par le débiteur et se charge de les faire parvenir au créancier. Il devient alors mandataire du débiteur, et par conséquent la perte est pour ce dernier si le notaire tombe en déconfiture sans avoir fait tenir les fonds au créancier (5).

Les clercs de notaire (6) et, généralement, les préposés

(1) Cass. 12 déc. 1889, S. 90, 1, 244.
(2) Cass. 25 janv. 1893, D. 93, 1, 183.
(3) Trib. Angers, 17 mars 1891, *Gaz. Trib.*, 29 sept. 1891.
(4) Cass. 12 nov. 1872, D. 73, 1, 104; Lyon, 1er août 1890, *Gaz. Pal.*, 90, 2, 635.
(5) Alger, 17 avr. 1889, *Rev. Algér.*, 1889, p. 329.
(6) Trib. Louvain, 19 mars 1887, *Pas.*, 87, 3, 185.

dans les bureaux et comptoirs d'entreprises industrielles ou commerciales, doivent, en principe, être considérés comme investis d'un mandat tacite à l'effet de recevoir le paiement pour le compte de leur patron, mandataire lui-même du créancier (1).

Quant à celui qui a reçu le mandat de vendre, ou, plus généralement, de conclure un contrat ou marché quelconque, on ne peut le considérer comme tacitement investi du pouvoir de toucher les prix, loyers ou sommes quelconques dus en vertu du contrat qu'il a conclu. C'est une conséquence de la spécialité du mandat (2). Par conséquent, le commis voyageur qui représente une maison pour les marchés à conclure, n'a pas qualité pour recevoir le prix des marchandises (3).

23. Le paiement fait même de bonne foi, à celui qui est simple détenteur du titre de la créance (*instrumentum*), ne saurait être libératoire. Il n'en est autrement que pour les créances constatées par un titre au porteur. Dans ce cas, la possession du titre fait présumer la possession et même la propriété du droit qu'il constate.

En dehors de l'hypothèse d'un titre au porteur, la possession du titre, qui peut n'être qu'un pur accident, ne saurait suffire pour donner au détenteur la possession de la créance.

Être possesseur d'une créance, c'est être investi, au moins en apparence, de la qualité à laquelle est attaché le droit d'exercer et faire valoir la créance elle-même.

C'est dans ce sens que la loi déclare que :

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

On peut être possesseur d'une créance en vertu d'un titre

(1) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 158.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 513; LAURENT, t. XVII, n° 536; Comp. DEMOLOMBE, t. XXVII, n°s 149 à 151.

(3) Trib. Châteaubriand, 19 nov. 1868, D. 69, 3, 30; Trib. de Termonde, 24 janv. 1891, *Cl. et B.*, 1891, 183.

apparent universel, ou d'un titre particulier. Dans tous les cas, il faut pouvoir être considéré, d'après les apparences, par un débiteur, même vigilant, comme un véritable créancier (1).

La détention de l'*instrument* constatant l'existence de la créance n'est donc pas, en soi, un élément nécessaire de la possession de cette même créance; c'est, avons-nous dit, à l'existence apparente de la qualité invoquée par le prétendu créancier qu'il faut s'attacher. Cependant la circonstance que le possesseur de la créance ne représente pas le titre qui l'établit, peut faire mettre plus facilement en doute la bonne foi du *solvens*.

La décision de l'art. 1240 est donc justifiée par cette double considération : d'abord que le débiteur qui a le droit de payer, doit pouvoir le faire valablement entre les mains de celui que tout semble indiquer comme étant le véritable créancier; en second lieu que le véritable créancier n'est pas exempt de reproche, puisqu'il a laissé usurper sa qualité et sa place par un étranger pouvant en abuser au préjudice des tiers.

Le possesseur d'une créance sera le plus souvent un héritier apparent, celui, par exemple qui a appréhendé une succession comme héritier le plus proche, alors qu'il existe un parent du défunt dont les droits sont préférables aux siens, ou bien un héritier testamentaire qui l'exclut de la succession. Tel sera encore celui qui aura appréhendé une succession en vertu d'un testament plus tard annulé comme faux, ou pour un vice quelconque. Dans tous les cas le paiement fait à celui qui est en possession paisible de l'hérédité, est validé par l'art. 1240, dont nous avons déjà indiqué à ce point de vue la véritable portée (Voy. t. V, nos 272 à 276).

La loi prescrit dans quelques cas l'accomplissement de certaines formalités, une demande en délivrance avec envoi en

(1) Cass. 19 mai 1858, D. 58, 1, 286.

possession (art. 1007, 1008). Néanmoins, comme il s'agit d'une possession de fait, on devra considérer comme héritier apparent et comme possesseur des créances héréditaires, le légataire qui n'a pas encore rempli ces formalités (1).

24. L'art. 1240 peut également s'appliquer à des possesseurs à titre particulier. Tel est le cas du cessionnaire dont l'acte de cession est ultérieurement rescindé, résolu ou annulé. Mais il y a à faire une observation importante : quand il s'agit d'un légataire il n'est pas nécessaire, nous venons de le voir, que les formalités de délivrance, d'envoi en possession, prescrites par les art. 1007 et 1008, aient été remplies. Faut-il de même décider que, dans le cas de cession, le cessionnaire pourra être considéré comme possesseur de la créance, même avant de s'être conformé aux prescriptions de l'art. 1690? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; quand il y a eu réellement cession, le débiteur peut refuser le paiement au cessionnaire ou payer valablement entre les mains du cédant, tant que la cession ne lui a pas été notifiée. Si connaissant cette cession, il paie de bonne foi entre les mains du cessionnaire, sans attendre une notification qu'il juge inutile, il sera libéré vis-à-vis du cédant, créancier originaire, quand même la cession serait plus tard annulée (2). Mais il ne le sera pas vis-à-vis d'un second cessionnaire de la même créance, du chef du même cédant, et qui, même après le paiement, ferait notifier son transfert.

Il faudra considérer comme cessionnaire l'héritier dans le lot duquel une créance héréditaire aura été placée pour la totalité (Voy. t. V, nos 448 à 450).

Que faut-il décider si l'acte de cession est reconnu faux? Celui qui en est porteur doit-il être considéré comme ayant

(1) LAURENT, t. XVII, n° 545 ; Cass. 3 mars 1868, D. 68, 1, 155.

(2) Comp. Cass. 4 janv. 1847, D. 47, 1, 130 ; Cass. 19 mai 1835, P. 36, 3, 117.

été en possession de la créance? « Le faux cessionnaire, dit M. Laurent, est en possession de la créance, tandis qu'un faux mandataire n'est jamais possesseur; on conçoit que, dans ce cas, le faux nuise à celui qui en est directement la victime; au contraire, en cas de fausse cession, le débiteur peut invoquer un texte et nous ne voyons pas pour quel motif on lui refuserait le bénéfice de l'art. 1240 (1). »

Le motif cependant n'est pas difficile à trouver; c'est que l'espèce envisagée est tout à fait en dehors des prévisions de l'art. 1240. Quelle est, en effet, la véritable raison de ce texte? « C'est que, d'après M. Laurent lui-même, le créancier a un reproche à se faire, c'est d'avoir laissé usurper son titre par une personne qui, aux yeux des tiers, passera pour le vrai propriétaire : qu'il subisse les conséquences de sa négligence (2)! » Mais dans le cas proposé, quelle négligence a commis le créancier, et que pouvait-il faire pour empêcher un faussaire de fabriquer à son insu un acte de cession et d'aller le présenter au débiteur...?

25. L'art. 1240, à raison de la généralité de ses termes, est applicable au paiement effectué, soit à l'échéance, soit par anticipation non seulement par le débiteur, mais encore par toute autre personne intéressée ou non à l'extinction de la dette; il ne s'applique toutefois qu'à un paiement réel, et non aux conventions par lesquelles le débiteur, sans opérer aucun paiement proprement dit, pactise sur la dette avec le possesseur de la créance, en obtenant de lui une remise totale ou partielle ou en faisant une novation. Ces actes ne seraient pas opposables au véritable créancier venant plus tard reclamer le paiement (3).

Du reste le point de savoir si l'*accipiens* pouvait être con-

(1) LAURENT, t. XVII, n° 547.
(2) LAURENT, t. XVII, n° 543.
(3) DEMOLOMBE, t. XXVII, n°s 187, 188, 190.

sidéré comme étant en possession de la créance, ne soulève pas seulement une question de droit, mais aussi une question de fait. Les juges du fond décident souverainement, par appréciation des circonstances, si le débiteur a payé de bonne foi à un individu en possession de la créance (1).

26. Le débiteur qui veut se libérer doit donc être attentif à vérifier si celui à qui il offre le paiement est son créancier, ou le représentant valablement constitué de son créancier, ou en possession de la créance. Il doit vérifier encore s'il est capable de recevoir, car si ce dernier n'était pas capable, la loi craint qu'il ne dissipe, sans aucun profit pour lui, la somme reçue, de sorte qu'il aurait aliéné sa créance sans retirer en réalité les avantages qu'elle devait lui procurer.

Par conséquent :

ART. 1241. Le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose payée a tourné au profit du créancier (*).

Il suffit donc que le débiteur établisse que le créancier a fait des deniers par lui reçus un emploi qui était profitable pour lui au moment où cet emploi a été fait; peu importe que le profit subsiste encore ou ne subsiste plus au moment de la demande (2).

La condition du débiteur qui vient de payer va donc dépendre de l'emploi, bon ou mauvais, qui sera fait par l'incapable. Tant pis pour le débiteur, qui ne saurait invoquer l'incapacité de son créancier pour demander que le paiement soit confirmé ou que la chose payée lui soit restituée.

27. On sait que les biens d'un débiteur étant le gage

(*) Art. 1241. — L. 15, 47 pr. et § 1, D. 46, 3, *De solut.;* L. 7, D. 44, 1, *De except.*

(1) Cass. 27 janv. 1862, D. 62, 1, 225.

(2) AUBRY et RAU, § 317, texte et note 18; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 180 *bis* II, 4 et 5; DEMOLOMBE, t. XXVII, n°s 196, 197; LAURENT, t. XVII, n° 541; Comp. POTHIER, n° 504; DURANTON, t. XII, n° 45; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1312, n° 8.

commun de ses créanciers, ceux-ci peuvent, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers, les sommes appartenant à leur débiteur ou s'opposer à leur remise (art. 557, C. pr. civ.).

Dans ces conditions :

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

La saisie-arrêt frappe d'indisponibilité, dans l'intérêt du créancier saisissant, la totalité de la somme saisie, et non pas seulement une somme égale au chiffre de la créance, accessoires compris, pour laquelle la saisie a été pratiquée (1).

Il doit en être ainsi, parce que la saisie ne confère aucun privilège au premier saisissant qui se trouve exposé à subir, sur la somme arrêtée, le concours des autres créanciers du débiteur saisi. Or le tiers saisi ne peut pas savoir si, par l'effet de ce concours possible, la somme entière ne sera pas nécessaire pour que le saisissant soit désintéressé; il doit donc s'abstenir de tout paiement partiel. Néanmoins, s'il faisait un paiement partiel, il pourrait l'opposer aux créanciers qui viendraient postérieurement pratiquer une saisie-arrêt, car cette saisie postérieure n'a pu leur conférer de droits que sur les sommes dont le tiers saisi était encore débiteur (2).

28. Ainsi donc une première saisie-arrêt ne met pas obstacle à ce que d'autres créanciers soient admis à former leur opposition au paiement. Mais jusqu'à quel moment jouiront-ils de cette faculté ?

D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, l'effet

(1) Bordeaux, 17 mai 1891, D. 92, 2, 197 ; Cass. 11 janv. 1888, S. 90, 1, 499 ; Trib. Louvain, 6 mars 1892, *Pas.*, 92, 3, 54 ; *Contrà*, Liège, 22 mars 1883, *Pas.*, 85, 2, 117.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 551.

nécessaire du jugement prononçant la validité d'une saisie-arrêt est de dessaisir le débiteur des sommes arrêtées, pour en faire attribution et transport au saisissant qui devient ainsi créancier direct du tiers saisi (1). Cet effet n'est produit qu'à partir du jour où le jugement de validité a acquis l'autorité de la chose jugée (2). On applique donc les principes de la cession. Or le cessionnaire d'une créance qui a fait signifier la cession au débiteur, étant saisi à l'égard des tiers de la créance cédée, peut exiger le paiement du débiteur sans que son droit puisse être paralysé par des saisies-arrêts ou oppositions pratiquées, à la charge du cédant, postérieurement à la signification de la cession (3); de même le jugement de validité obtenu par le saisissant, met les autres créanciers dans l'impossibilité de faire de nouvelles saisies-arrêts, à partir du jour où ce jugement est passé en force de chose jugée, sans pouvoir d'ailleurs anéantir les droits antérieurement acquis à d'autres créanciers par leur opposition (4).

M. Laurent, sur le fondement de cette idée, déjà réfutée, que la saisie-arrêt n'est qu'une application de l'art. 1166 et que, dans le cas de cet article, le créancier agit au nom et comme mandataire de son débiteur (Voy, t. VII, nos 185 à 187), conteste la possibilité d'une cession ou transport *judiciaire*. « Après le jugement comme avant, dit-il, la chose saisie est dans le patrimoine du débiteur. Elle peut donc encore être saisie par ses créanciers. Quand le droit de saisie-arrêt cesse-t-il? Lorsque la chose est sortie du patrimoine du débiteur; or elle ne sort de son patrimoine que par la distribution qui en est faite entre les créanciers (5). »

(1) Cass. 23 mars 1881, D. 82, 1, 420.
(2) Cass. 28 déc. 1880, D. 81, 1, 427.
(3) Cass. Belge, 31 oct. 1889, S. 91, 4, 27.
(4) Cass. 13 fév. 1865, D. 65, 1, 79.
(5) T. XVII, nos 552, 553.

29. Mais ces observations mettent seulement en relief une raison de douter. Il faut voir comment le Code de procédure a réglementé les effets de la saisie : « S'il survient de nouvelles saisies-arrêts ou oppositions, dit l'art. 575, le tiers saisi les dénoncera à l'avoué du premier saisissant, par extrait contenant les noms et élections de domicile des saisissants, et les causes des saisies-arrêts ou oppositions. » Or, cet art. 575 ne peut évidemment recevoir son application qu'à des saisies pratiquées dans l'instance introduite sur une première saisie. « Si le saisi a constitué avoué, dit Pigeau cité par Carré (1), on donne avenir aux saisissants et au tiers saisi, s'il est en cause; on obtient ensuite un jugement qui déclare valables les saisies, si elles le sont, et qui ordonne, au cas que les deniers suffisent pour payer *tous les saisissants* qu'ils seront délivrés à ceux-ci jusqu'à concurrence de leur dû, et s'ils sont insuffisants, que la distribution s'en fera suivant la forme ordinaire. Le jugement qui intervient est rendu avec tous les saisissants, et on le produit *pour prouver quels sont ceux qui ont droit à la distribution.* » Ce sont donc les seuls créanciers qui ont saisi avant le jugement qui ont droit de participer à la distribution. Ce n'est pas créer à leur profit un privilège, puisque tous les créanciers peuvent saisir avant le jugement et avoir ainsi accès à la distribution. Ceux qui viennent trop tard subissent les conséquences de leur négligence.

Cette opinion, fait observer Carré (2), est d'ailleurs fondée sur le système qui a présidé à la rédaction du titre de la *Saisie-arrêt;* on a voulu ramener à l'uniformité les principes d'une jurisprudence variée et contradictoire suivant les localités, et prendre un milieu entre ces principes : par exemple en n'accordant point de privilège au premier saisissant, comme le faisait l'art. 168 de la coutume de Paris ; mais

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, Q. 1971 *bis.*
(2) *Ibid.*

aussi en n'accordant point à tout créancier la faculté de s'opposer, comme on disait en Bretagne, *entre la bourse et le denier*, autrement jusqu'à la distribution.

Si, malgré la saisie-arrêt, le tiers saisi paie entre les mains du saisi son créancier, il se libère vis-à-vis de ce dernier que la saisie n'a pas rendu incapable de recevoir. Mais ce paiement n'est pas opposable aux créanciers saisissants ou opposants, qui peuvent, *selon leur droit*, dit l'art. 1242, le contraindre à payer de nouveau; *selon leur droit*, c'est-à-dire proportionnellement à leurs créances dûment justifiées. Si le montant des diverses saisies pratiquées dépasse le montant de la somme arrêtée, chacun des créanciers pourra réclamer seulement le dividende qu'il aurait obtenu si la saisie avait été respectée.

Si le tiers saisi paie le premier créancier saisissant malgré l'existence d'autres oppositions antérieures, il ne saurait y avoir de difficulté; le tiers saisi doit réparer le préjudice causé aux autres créanciers, et leur payer le dividende qu'ils auraient obtenu dans une distribution par contribution. Mais aurait-il une action en répétition contre le créancier payé au préjudice des autres? Nous ne le pensons pas; on ne peut pas dire que le créancier qui a été payé intégralement a reçu ce qui, relativement aux autres créanciers, ne lui était pas dû. Sa condition particulière doit être appréciée en soi, vis-à-vis du saisi, et non vis-à-vis des autres créanciers du saisi; il a reçu ce qui lui était dû, et le tiers saisi qui a commis une faute ne saurait en argumenter contre lui pour le soumettre à une restitution (1).

N° 4. — *Comment doit être effectué le paiement.*

30. — Ce qui doit être offert au créancier, art. 1243; de la *dation en paiement.*

(1) Cass. 11 fév. 1867, D. 67, 1, 377; *Contrà*, LAURENT, t. XVII, n° 554.

31. — *Quid* si le créancier est évincé de la chose reçue en paiement?
32. — Le paiement doit être intégral et non partiel, art. 1244; applications diverses.
33. — Exceptions au principe ci-dessus;
34. — Du délai de grâce accordé par le juge.
35. — Effets de ce délai.

30. Pour qu'il y ait paiement libératoire, il faut que le débiteur remplisse son obligation telle qu'il l'a contractée; donc:

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

Il en sera évidemment autrement si le créancier y consent. Il pourra donc valablement intervenir entre les parties, d'ailleurs supposées capables, une convention par laquelle un nouvel objet sera substitué à celui de la dette. Ce nouvel objet pourra être, non seulement une autre chose donnée en propriété à la place de celle qui était due (*datio in solutum*), mais une nouvelle obligation substituée à l'ancienne, soit qu'il s'agisse d'une créance cédée en paiement au créancier, soit qu'il s'agisse d'une véritable délégation opérée à son profit, ou même d'une obligation nouvelle contractée vis-à-vis de lui à la place de l'ancienne. C'est le cas de la novation proprement dite.

Quand le pacte qui autorise le débiteur à se libérer en donnant au créancier une chose autre que la chose due, se confond en quelque sorte avec l'opération elle-même, on dit qu'il y a *dation en paiement;* si, au contraire, ce pacte paraît plutôt destiné à engendrer une obligation nouvelle qui sera exécutée plus tard, l'opération aboutira à une novation proprement dite. Mais, même dans le premier cas, l'analyse arrive facilement à isoler le pacte de son exécution immédiate, quoique certains théoriciens ne tiennent pas compte du

(*) Art. 1243. — L. 99, D. 46, 3, *De solut.*

pacte (1). Les règles concernant les vices du consentement sont donc applicables à la dation en paiement, par exemple la nullité pour cause d'erreur (2).

Cette exécution doit consister dans le transfert au profit du créancier de la propriété de la chose donnée en paiement. Ainsi, le débiteur doit mille francs et le créancier consent à recevoir et reçoit en effet en paiement un cheval ; ou bien à l'inverse, le débiteur doit un cheval et le créancier consent à recevoir mille francs en paiement. Dans ces cas et autres analogues, l'opération ressemble à une vente.

Si la dette qu'il s'agit d'éteindre a pour objet, non une somme d'argent, mais un meuble et que l'on paie en donnant un autre meuble, l'opération ressemblera à un échange.

Quand pour payer une dette en argent on abandonne une créance, il y a libération et dation en paiement ou vente de la créance ; le droit de transport de créance est dû.

Si on paie une dette en argent, par l'abandon d'un meuble ou d'un immeuble, il y a libération et vente de la chose ; le droit de vente est dû sur le meuble ou sur l'immeuble.

Si on acquitte une dette d'argent en argent, il y a dation en paiement de choses identiques, libération, mais pas novation. Le droit de quittance est dû.

Si la chose due est un meuble et que la chose donnée en paiement soit un immeuble, il y aura novation, libération, dation en paiement ; le droit à percevoir sera le droit de vente (3), l'opération est soumise à la nécessité de la transcription.

Dans tous les cas, ce qui domine, c'est la volonté des parties d'opérer un paiement, et par conséquent d'éteindre dé-

(1) MAREZOLL, *loc. cit.*, § 252.
(2) Bruxelles, 7 janv. 1879, *B. J.*, 1879, 51.
(3) MATON, *Dict.*, v° *Dation en paiement*, n°s 3 et 4.

finitivement l'ancienne dette. Donc si le pacte établissant cette volonté est valable, l'ancienne dette demeure définitivement éteinte, quoi qu'il arrive, et tous les droits accessoires qui s'y rattachent sont également éteints, et, sous aucun prétexte, ne sauraient revivre, sauf la réserve autorisée par l'art. 1278 en cas de novation proprement dite.

31. Donc, lorsque le créancier a reçu en paiement une chose autre qu'une somme d'argent, et que, plus tard, il est évincé, sans sa faute, de cette chose, que lui est-il dû par le débiteur?

Est-ce la valeur de la chose, au temps de l'éviction, en vertu du principe de la garantie?

Est-ce le montant de la créance originaire qui revivrait dans ce cas?

Remarquons en outre que l'action en garantie est simplement personnelle et que si des sûretés spéciales étaient attachées à l'obligation primitive, le créancier aurait un grand intérêt à agir en vertu de cette obligation. Il est vrai qu'en ce qui concerne les cautionnements qui pouvaient la garantir, l'art. 2038 décide que : l'acceptation volontaire par le créancier d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé. Mais la question peut encore être posée pour les sûretés réelles, privilèges ou hypothèques, garantissant l'obligation originaire.

La difficulté se présente dans les mêmes conditions au cas de novation proprement dite. Si le pacte de novation qui a précédé d'un instant de raison la *datio in solutum* était nul ou annulable, on pourrait soutenir que son annulation doit faire revivre l'ancienne créance avec tous ses accessoires. Mais telle n'est pas l'hypothèse envisagée; on suppose le pacte valable, mais inexécuté, le pacte a donc produit son effet extinctif; c'est ce que démontre l'art. 2038, et il serait antijuridique d'admettre pour les privilèges et hypothèques, une

décision différente de celle qui a été exprimée pour le cautionnement (1).

La remise de billets à ordre ou de lettres de change n'est ni une dation en paiement, ni un paiement réel. C'est une promesse de payer. Donc, si l'obligation est nulle, le demandeur peut demander la nullité des billets, sans qu'on puisse lui opposer le paiement dans les cas où le paiement empêcherait l'action en répétition (2).

La remise au créancier d'un bon de caisse sur une maison de banque ne constituerait pas davantage une dation en paiement, mais pourrait se référer à une novation par changement de débiteur. Elle n'opérerait la libération du précédent débiteur que s'il était clairement établi non seulement que le créancier a accepté ce mode de paiement, mais encore qu'il a eu l'intention de consentir à la novation (3).

Remarquons enfin que la dation en paiement peut avoir lieu conditionnellement, et même pour partie (4).

32. Mais cela suppose que les intéressés sont d'accord :

ART. 1244. Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. — Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état (*).

Cette décision consacre ce qu'on a appelé fort improprement le principe de *l'indivisibilité* du paiement. Il n'y avait pas à faire intervenir ici l'idée de divisibilité ou d'indivisibilité. Du moment que le paiement n'est rien autre chose que l'accomplissement d'une prestation due, il faut que le débiteur

(*) Art. 1244. — L. 21, D. 12, 1, *De reb. cred.*

(1) AUBRY et RAU, § 292, note 4, § 324, note 28 ; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 291 ; LAURENT, t. XVIII, n° 323 ; le projet de Code civil allemand admet la même solution, voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 48.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 561.

(3) Trib. Bruges, 30 mai 1877, *Pas.*, 77, 3, 322.

(4) Gand, 23 juill. 1879, *Pas.*, 80, 2, 129.

soit prêt à accomplir la prestation entière. L'offre d'accomplir une partie seulement de la prestation ne serait donc pas l'offre d'un paiement. Il va de soi qu'il s'agit du paiement d'une seule et même dette. Si, entre le même créancier et le même débiteur, il existe plusieurs dettes distinctes, la règle s'appliquera à chaque dette séparément, quand même les diverses dettes résulteraient d'un titre unique, et seraient toutes également exigibles.

Ainsi, la vente qui a pour objet plusieurs choses distinctes par leur individualité, par leur nature ou par leur qualité, comprend, en principe, autant de marchés distincts qu'il y a d'objets différents. Elle n'est indivisible dans son exécution que s'il est établi que, dans la pensée des contractants, les divers objets vendus forment un seul tout, chaque marché spécial constituant une condition déterminante des autres (1). S'il en était autrement, le créancier ne serait pas fondé à refuser l'exécution de l'un de ces marchés, sous prétexte que le débiteur a offert un paiement partiel.

A plus forte raison doit-il en être ainsi quand il s'agit de prestations non simultanément exigibles, mais devant s'acquitter successivement d'année en année, ou à des termes périodiques plus courts, comme les intérêts des capitaux, les arrérages des rentes, les loyers et fermages. Chacune de ces prestations constitue une dette distincte. La circonstance que le débiteur est tombé en arrérage de plusieurs termes échus, n'a pas pour résultat de confondre en une dette unique, les dettes afférentes à chaque terme. Le débiteur pourra donc contraindre le créancier à recevoir un seul terme, par exemple une seule annuité, quoiqu'il y en ait d'autres également échues dont il n'offre pas, en même temps, le paiement. Cela permet au débiteur d'éviter, soit les conséquences d'une clause pénale, ou d'un pacte commissoire, soit la nécessité

(1) Bruxelles, 10 janv. 1870, *B. J.*, 1871, 1188.

de rembourser le capital d'une rente pour défaut de paiement des arrérages pendant deux ans (art. 1912). D'un autre côté les intérêts et arrérages se prescrivant par cinq ans, l'intérêt du créancier est que les plus anciennes dettes soient acquittées les premières, alors que le débiteur a un intérêt inverse.

Mais lorsque le capital est devenu exigible, il forme avec les intérêts, les frais et autres accessoires qui en dépendent, une seule et même dette, et le débiteur est tenu d'offrir tous les intérêts échus, alors même que le capital ne serait exigible que pour partie (1). Dans cette même hypothèse s'il intervient un règlement entre les parties, et que la dette d'intérêts soit incorporée dans un titre distinct du titre principal, cette dette perd son caractère accessoire et devient indépendante, subsistant quand même l'obligation principale disparaîtrait.

33. La règle de l'art. 1244 § 1 reçoit exception dans les cas suivants :

1° Lorsque le titre constitutif de l'obligation ou un titre postérieur accorde au débiteur la faculté de se libérer par fractions ;

2° En cas de compensation ; les deux dettes s'éteignent de plein droit jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives; si ces quotités diffèrent, le créancier reçoit un paiement divisé ;

3° Lorsque plusieurs personnes ont cautionné le même débiteur, car elles jouissent du bénéfice de division (article 2026) ;

4° Lorsque le débiteur tenu de plusieurs dettes fait un paiement sans déclarer quelle dette il entend acquitter, et sans que la quittance contienne aucune imputation, il pourra en résulter que le créancier reçoive encore un paiement partiel (art. 1256) ;

(1) AUBRY et RAU, § 319, note 2 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 238 ; LAURENT, t. XVII, n° 568 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1031.

5° Lorsque les juges ont accordé au débiteur plusieurs délais successifs pour se libérer.

34. Par dérogation, en effet, à la règle d'après laquelle tout paiement doit être effectué en totalité, le deuxième paragraphe de l'art. 1244 autorise le juge à accorder au débiteur, non pas un seul délai, mais *des délais*, c'est-à-dire de fractionner le paiement en plusieurs termes successifs (1).

Cela est fort grave, car c'est disposer, en définitive, du droit des créanciers. Aussi le Tribunat avait-il demandé la suppression du second paragraphe de l'art. 1244; mais le Conseil d'État le maintint dans l'intérêt du débiteur. Quel est donc le fondement de ce pouvoir exorbitant accordé aux tribunaux? On s'est borné, dans la discussion, à invoquer des motifs d'humanité (2)... Mais d'où la loi a-t-elle tiré le pouvoir d'autoriser les juges à s'inspirer de pareils motifs? Voilà la question. Le but final du *terme de grâce* va nous indiquer la réponse. Ce but, d'après les termes de l'art. 1244, § 2, est de *surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état.* Il s'agit donc d'un créancier *exerçant des poursuites*, c'est-à-dire invoquant la garantie de la collectivité, ou autorité publique, sans laquelle il serait personnellement impuissant. On comprend alors que l'autorité publique ainsi invoquée puisse, dans un but d'humanité, mettre certaines restrictions à son intervention. Voilà comment les juges peuvent, *en considération de la position du débiteur*, ce qui ne veut pas dire qu'on ne tiendra pas compte de celle du créancier, *et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés.* Mais quant à la manière d'apprécier la position du débiteur, il faut re-

(1) Douai, 22 nov. 1880, *Jurispr. Douai*, 1880, p. 352.

(2) Voy. *Exposé des motifs*, n° 122; LOCRÉ, t. VI, p. 169; *Rapport*, n° 16; LOCRÉ, *ibid.*, p. 208; *adde*, MOURICAULT, *Discours*, n° 37; LOCRÉ, *ibid.*, p. 251.

connaître que les juges ont un pouvoir discrétionnaire (1).

Les juges exercent ce pouvoir, non en vertu de la volonté présumée des parties, mais comme nous venons de le remarquer, en vertu d'une délégation de l'autorité publique dont l'intervention est réclamée par le créancier. Il suit de là que le débiteur ne saurait, par avance, renoncer dans la convention, à réclamer un délai de grâce (2), et que les juges pourraient l'accorder d'office, même à un débiteur défaillant (3).

Enfin, de ce que le but final du terme de grâce est de suspendre l'*exécution des poursuites*, il suit que ce terme peut être accordé même quand le débiteur est poursuivi en vertu d'un acte notarié, sauf une restriction résultant de l'art. 2212 qui sera expliquée en son lieu (4).

Si le débiteur est poursuivi en vertu d'un jugement, il est impossible de lui accorder un délai de grâce. Ce délai, en effet, d'après l'art. 122, C. pr. civ., aurait dû être accordé par le jugement de condamnation. S'il ne l'a pas été, le juge a cependant épuisé son pouvoir. Le jugement ne peut plus être modifié ni par le juge de qui il émane, ni par un autre (5). Le débiteur une fois condamné sans avoir obtenu un délai, ne peut donc plus en obtenir par voie d'opposition aux poursuites. Les juges pourraient cependant lui en accorder un sur les contestations incidentes et nouvelles soulevées par l'exécution du jugement.

(1) DEMOLOMBE, t. XXV, n° 590 ; LAURENT, t. XVII, n° 572 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1034.

(2) DEMOLOMBE, t. XXV, n° 590 ; LAURENT, t. XVII, n° 571 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1034 ; Voy. cep. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 183 *bis* IX.

(3) CHAUVEAU-CARRÉ, Q. 526 ; GARSONNET, *Proc. civ.*, t. III, p. 579.

(4) AUBRY et RAU, § 319, texte et note 29 ; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 593 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 183 *bis* VI et VII ; LAURENT, t. XVII, n° 579 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1034.

(5) Voy. Paris, 2 déc. 1871, D. 72, 2, 71.

Les juges fixeront, comme ils croiront devoir le faire, l'étendue du délai qui doit, en principe, avoir une durée certaine. Cependant il a été jugé que le délai peut avoir pour limite la fin d'une procédure, par exemple d'une procédure d'ordre qui doit fournir les moyens de remplir les conditions de l'obligation (1). Cela paraît excessif; un délai ayant une durée indéterminée n'est pas un délai *modéré;* de plus il diminue la valeur de la créance entre les mains du créancier qui en trouvera un moindre prix s'il veut la vendre. C'est avec raison qu'il a été jugé, dans cet ordre d'idées, qu'il n'y a pas lieu d'accorder un délai de grâce au débiteur pour lui permettre d'opposer en compensation une créance encore incertaine et non liquide, si une autre juridiction est saisie d'une contestation portant sur le montant de cette créance (2).

Le délai de grâce court à partir de la prononciation du jugement, si le jugement est contradictoire, et à partir de sa signification s'il est par défaut ou s'il s'agit d'une sentence arbitrale. S'il y a appel le délai est reporté au jour de l'arrêt confirmatif.

35. Le terme de grâce laisse *les choses en état*, c'est-à-dire que les actes antérieurs de poursuite demeurent intacts; il y a seulement suspension. On doit en conclure que le débiteur reste sous le coup de la mise en demeure. Enfin le terme de grâce ne met pas obstacle à la compensation (article 1292), et laisse au créancier la faculté de procéder à des actes conservatoires.

Le créancier pourrait-il, nonobstant le délai de grâce, pratiquer une saisie-arrêt au préjudice de son débiteur? On sait qu'il y a quelques difficultés sur ce point à cause du caractère peu déterminé de la saisie-arrêt, que la jurisprudence considère tantôt comme un acte conservatoire, tantôt comme

(1) Cass. 14 mai 1838, D. 38, 1, 280.
(2) Trib. comm. Ypres, 11 janv. 1889, *Pas.*, 89, 387.

un acte de poursuite (Voy. t. VII, n° 259). Ce qui nous touche c'est qu'un créancier dont le droit est certain ne peut pas être traité comme un créancier conditionnel dont le droit est incertain; il est inadmissible qu'un délai de grâce accordé à son débiteur le paralyse au point de le forcer à laisser peut-être s'évanouir un actif qu'une saisie-arrêt lui permettrait de sauvegarder. La saisie-arrêt est donc avant tout un acte conservatoire permis au créancier (1). Nous ne saurions admettre l'opinion hybride de Demolombe enseignant que la saisie-arrêt pourra ou non être pratiquée suivant la nature des motifs qui auront déterminé le juge à accorder le délai (2).

Le bénéfice du délai de grâce est personnel; il peut n'être accordé qu'à un seul des obligés, ou, s'il est accordé à tous, il peut n'avoir pas pour tous la même durée. Néanmoins la caution doit profiter du délai de grâce accordé au débiteur principal, sinon ce délai serait sans utilité pour ce dernier, puisque la caution pourrait recourir immédiatement contre lui.

Le délai de grâce ne peut être accordé dans les cas des art. 1655, 1656, 1668, 1899 et 1900;

Ni quand le contrat contient la clause qu'il sera résolu de plein droit si le débiteur ne satisfait pas à son engagement (3);

Ni en matière de lettres de change et de billets à ordre (4);

Ni dans les cas visés par l'art. 124, C. pr. civ., cas dans lesquels il y a aussi déchéance du délai déjà obtenu.

N° 5. — *De la matière du paiement.*

36. — Obligation du débiteur d'un corps certain, art. 1245.

(1) TOULLIER, t. VI, n° 673; CHAUVEAU-CARRÉ, Q. 1926; ROGER, *De la saisie-arrêt*, n° 119; *Contrà*, LAURENT, t. XVII, n° 584.

(2) DEMOLOMBE, t. XXV, n° 624.

(3) Alger, 7 nov. 1892, D. 93, 2, 294.

(4) Ostende, Trib. comm., 17 mars 1875, *Pas.*, 75, 3, 215.

37. — Obligation ayant pour objet une chose déterminée seulement par son espèce, art. 1246; spécialement d'une somme d'argent.
38. — De l'étalon monétaire ; monométallisme, bimétallisme.
39. — Valeurs en papier, billets de banque et autres.
40. — Application de l'art. 1895.
41. — Des monnaies étrangères.
42. — Lieu du paiement, art. 1247.
43. — Frais du paiement, art. 1248.

36. Quand il n'y a pas de délai pour l'exécution de l'obligation, ou que le délai est expiré, le droit de poursuite du créancier n'est plus paralysé, et le débiteur doit accomplir la prestation due.

Comment le débiteur devra-t-il procéder? Il faut distinguer suivant que l'obligation a pour objet un corps certain, ou une chose déterminée seulement quant à son espèce :

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

Cet article, à peu près inutile, n'est que l'application de principes déjà connus (art. 1136, 1137 et art. 1302). Il est cependant remarquable en ce qu'il emploie cumulativement les expressions *fait* et *faute*, mais ce n'est point pour déroger à ces principes, et rendre le débiteur responsable des détériorations qui, bien que provenant de son *fait*, ne résulteraient point d'une *faute* de sa part. Le texte semble avoir voulu indiquer que le défendeur est aussi bien responsable des fautes par omission que des fautes par commission. Le mot *fait* désignerait ici, comme dans l'art. 1383, la faute par commission (1).

(*) Art. 1245. — L. 23, 33, 37, 51, D. 45, 1, *De verb. oblig.*; L. 33, D. 46, 3, *De solut.*

(1) AUBRY et RAU, § 318, note 4; LAURENT, t. XVII, n° 557; *Contrà*, DURANTON, t. XII, n° 95.

Celui qui a accepté la garde ou la surveillance d'une chose doit la rendre dans l'état où il l'a reçue; il doit donc indemniser le propriétaire de la chose s'il la lui rend détériorée, et ne saurait échapper à cette obligation, qu'en prouvant que l'accident ayant amené la détérioration a eu pour cause un cas de force majeure ou un vice propre de la chose. Il ne suffirait pas que le fait ayant occasionné l'accident fût resté inconnu (1).

37. Quand il ne s'agit plus d'un corps certain à livrer, la volonté commune des parties n'a ordinairement pris en considération que les qualités moyennes que présentent généralement les individus ou les quantités fongibles des espèces envisagées.

Par conséquent :

ART. 1246. Si la dette est d'une chose qui ne soit déterminée que par son espèce, le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de la donner de la meilleure espèce; mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise (*).

Parlons maintenant des obligations dont le paiement doit consister en une certaine somme ou quantité de monnaie. Ces obligations sont les plus nombreuses, car à toutes celles qui ont immédiatement pour objet le paiement d'une somme à titre de prix, de loyer, de remboursement, de règlement de comptes, etc., il faut encore ajouter celles qui proviennent de la transformation d'une obligation préexistante ayant pour objet un fait, une abstention ou la remise d'une chose, en une obligation de somme à titre de dommages, réparation, etc.

C'est en monnaie que toutes ces obligations doivent être payées.

38. L'étalon monétaire désigne la monnaie type d'un pays, ayant cours forcé pour toutes les transactions.

(*) Art. 1246. — L. 18 § 1; L. 19 § 4, D. 21, 1, *De ædil. edicto;* L. 3 § 1, *in fine*; L. 71 § 5, D. 46, 3, *De solut.*

(1) Cass. 9 mars 1892, D. 92, 1, 227.

En France on a adopté deux monnaies : le franc à 5 grammes d'argent aux 900 millièmes (1), et le louis de 20 fr. à 155 par kilogramme. Puisqu'on monnayait deux métaux distincts, qu'on créait légalement deux monnaies ayant l'une et l'autre la puissance de libérer les débiteurs envers les créanciers, et une puissance égale, il fallait de toute nécessité fixer le rapport de ces deux monnaies. On a établi, d'après les chiffres ci-dessus, un rapport fixe de 15 et demi p. 0/0 entre les deux métaux, sur cette fiction que toujours un kilogramme d'or pourra acheter ni plus ni moins que 15 kilogrammes et demi d'argent (L. 7 germinal an XII).

Mais si la valeur respective des monnaies d'or et d'argent reste ainsi légalement inflexible, il n'en est pas de même de la valeur respective de l'or et de l'argent considérés comme métaux précieux. Or, il semble peu logique de prendre, pour mesure de la valeur des choses, des matières qui n'ont pas entre elles un rapport fixe et invariable. Il devrait ce semble n'y avoir dans chaque pays qu'un seul métal qui soit la monnaie de compte, le gage des conventions et la mesure des valeurs.

La dépréciation de l'argent par rapport à l'or, qui dure depuis si longtemps, paraît donner raison aux partisans du monométallisme. Les peuples qui composent l'union latine : La France, la Belgique, la Grèce, l'Italie et la Suisse, ont pris des mesures de défense en suspendant pour les particuliers la frappe des pièces de 5 francs, et en ne l'autorisant que dans une proportion déterminée pour chacun des contractants. De fait, il n'y a plus qu'un seul étalon, l'étalon

(1) Afin d'empêcher l'exportation et la refonte de la monnaie d'argent, une loi des 25-30 mai 1864, pour les pièces de 0 fr. 20 centimes et de 0 fr. 50 c., et une autre loi du 17 juillet 1866 pour les pièces de 1 fr. et de 2 fr. a réduit le titre à 835 millièmes. Nous n'avons donc plus pour base de notre système monétaire, qu'une pièce idéale, le franc, au titre de 900 millièmes, qui n'existe plus en réalité.

d'or, puisque le possesseur de lingots d'argent ne peut plus les faire frapper. Toutefois les pièces de 5 fr. continuent à avoir cours forcé pour des sommes illimitées. Il faudra nécessairement les réduire un jour au rôle de monnaie d'appoint. Voici en effet ce qui se passe : Le commerçant français achète en Angleterre et est obligé de payer en or; le commerçant anglais achète en France et paie en argent, avec un métal valant 10, 15, 20 0/0 de moins (1).....

Le bimétallisme a cependant ses défenseurs (2). Les partisans du double étalon insistent surtout sur ce que leur système offre l'avantage de fournir des monnaies d'or pour les paiements considérables et des monnaies d'argent pour des paiements de moindre importance. Mais dans ce système on verrait presque toujours un débiteur, ayant à choisir entre les deux métaux pour acquitter sa dette, prendre la monnaie dont la valeur relative a diminué. Il résulterait de là qu'en réalité le créancier ne recevrait pas l'équivalent de ce qui lui est dû.

Pour atténuer cet inconvénient, voici ce qui a été proposé (3) :

Toutes les sommes à payer seraient divisées en deux moitiés : La première serait payée, d'ailleurs en n'importe quelle monnaie, mais au taux de l'or; la seconde en n'importe quelle monnaie également, mais au taux de l'argent. Ce procédé permettrait de compenser les conséquences de la baisse de l'un des métaux avec celles de la hausse de l'autre. L'art. 464 du Code civil japonais indique cette solution sans l'imposer.

Quoi qu'il en soit, et en attendant les réformes réclamées

(1) Voy. Yves GUYOT, *La science économique*, p. 135, 136.

(2) Voy. G. M. BOISSEVAIN, *Le problème monétaire et sa solution*, Amsterdam et Paris, 1891.

(3) BOISSONADE, *Du bimétallisme moyen dans le nouveau Code civil japonais*.

dans un sens ou dans un autre, il est certain qu'aujourd'hui le débiteur, sauf convention contraire, a le choix des espèces d'or ou d'argent, au moyen desquelles il lui convient de faire le paiement. Cette règle comporte cependant une exception pour certaines monnaies d'argent. La loi du 16 juillet 1866, art. 5, dispose que les nouvelles pièces fabriquées en vertu de la dite loi et en vertu de la loi du 25 mai 1864, n'auront cours légal entre les particuliers que comme monnaies d'appoint et jusqu'à concurrence de 50 fr. pour chaque paiement, mais qu'elles seront reçues dans les caisses publiques, sans limitation de quantité. On se rend compte de cette différence fort juste, si on considère que, par suite de l'abaissement du titre à 835 millièmes, la valeur réelle de cette monnaie est de 7 1/2 pour 100 au-dessous de sa valeur nominale.

Quant à la monnaie de cuivre et de billon, un décret du 18 août 1810 porte qu'elle ne pourra être employée dans les paiements, si ce n'est de gré à gré, que pour l'appoint de la pièce de 5 francs, c'est-à-dire pour une somme inférieure à 5 francs. Par conséquent le paiement d'une somme de moins de 5 francs peut être effectué entièrement avec la même monnaie de cuivre et de billon, et le créancier est tenu de la recevoir sous peine de contrevenir à l'art. 475 § 11, C. pén. (1). De même le débiteur auquel sont présentées par un même porteur plusieurs traites payables à la même échéance mais tirées par divers créanciers, effectuant autant de paiements distincts qu'il y a de traites, peut offrir autant de fois qu'il y a de traites présentées, l'appoint en monnaie de billon permis par le décret de 1810, ou l'appoint en monnaie divisionnaire d'argent permis par la loi du 16 juillet 1866 (2).

(1) Cass. 13 juill. 1860, S. 60, 1, 1020.

(2) Trib. comm. Marmande, 28 nov. 1884, *Gaz. Pal.*, 85, 1, 305; Comp. Trib. comm. Fougères, 28 avr. 1887, *France judic.*, 1887, p. 368.

39. Les obligations de sommes, sauf conventions contraires, doivent être acquittées conformément aux règles ci-dessus, en espèces métalliques d'or ou d'argent ayant cours légal en France au moment du paiement.

Le créancier ne saurait être contraint de recevoir en paiement aucune des valeurs en papier qui circulent pour suppléer et représenter la monnaie, et servir ainsi d'instruments de crédit.

Les principaux de ces instruments de crédit sont :

1° Le *billet à ordre ;*

2° La *lettre de change.* — Nous savons déjà que la remise de billets à ordre ou de lettres de change n'est ni une dation en paiement, ni un paiement réel (ci-dessus n° 35).

3° Le *warrant.* — L'endossement des warrants et récépissés des marchandises déposées dans des magasins généraux, opère transfert de propriété au profit du porteur, si l'endossement a été transcrit sur les registres des magasins (1); cette transmission constitue donc un paiement en marchandises (2) ou dation en paiement.

4° Le *chèque.* — La remise d'un chèque n'est qu'une promesse de paiement; on peut l'assimiler à la lettre de change sous ce rapport (3).

5° Le *billet de banque.* — Les billets de banque sont des titres par lesquels une banque s'engage à rembourser une certaine somme à présentation et au porteur. L'émission des billets de banque n'appartient ordinairement qu'à des institutions organisées et surveillées par l'Etat, et elle ne peut avoir lieu que dans des limites déterminées.

Les billets de banque n'ont pas en principe, cours forcé; la banque qui les a émis doit les recevoir quand on les pré-

(1) Cass. 11 juill. 1876, D. 77, 1, 156; Voy. cep. Paris, 6 juin 1885, D. 86, 2, 117.

(2) Cass. 27 juin 1882, D. 82, 1, 358.

(3) Comp. Cass. 19 déc. 1877, D. 79, 1, 257.

sente, et donner en échange la valeur indiquée en numéraire ayant cours légal. Cependant l'autorité publique peut, lorsqu'elle le juge nécessaire, leur donner *cours forcé*, c'est-à-dire déclarer que la banque qui les a émis ne sera pas obligée de les rembourser en numéraire, et, en outre, les particuliers seront tenus de les recevoir en paiement au même titre que la monnaie, c'est ce qu'on appelle le cours légal; ils deviennent alors du papier-monnaie. C'est ainsi qu'une loi du 12 août 1870 donna cours forcé et cours légal aux billets de la Banque de France. Les lois de ce genre étant motivées par l'intérêt général, les particuliers ne pourraient y déroger. Toute stipulation en ce sens fût-elle antérieure à la loi et conçue en termes destinés à prévoir toutes les éventualités de l'avenir devrait être considérée comme non avenue, tant que la disposition relative au cours forcé ou légal serait en vigueur (1).

Aujoud'hui le cours forcé résultant de la loi du 12 août 1870 a cessé en vertu de l'art. 28 de la loi budgétaire du 3 août 1875. Mais le cours légal est maintenu, et le créancier n'a pas le droit de refuser les billets de banque lorsqu'on les lui offre en paiement (2).

40. Les paiements doivent avoir pour base la valeur nominale des espèces au moment où ils sont effectués, quand même la valeur légale des monnaies aurait changé entre le jour de la naissance de l'obligation et celui du paiement.

Cette règle que l'art. 1895 édicte formellement en matière de prêt, est reconnue sans contestation applicable à toute espèce d'obligation ayant pour objet une somme d'argent. En supposant donc que le débiteur ait emprunté 100 francs qui lui ont été remis en dix pièces d'or ayant chacune une valeur

(1) Cass. 11 fév. 1873, D. 73, 1, 177 ; Aix, 23 nov. 1871, D. 72, 2, 51.
(2) Cass. 28 déc. 1887, S. 88, 1, 205; Trib. Verdun, 18 janv. 1887, S. 87, 2, 144; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1030.

nominale de dix francs au moment du prêt, si, à l'époque fixée pour le remboursement, la même pièce d'or, par suite d'un changement législatif, a une valeur nominale de 11 francs, le débiteur pourra se libérer en restituant neuf de ces pièces, plus 1 franc; que si, au contraire, la valeur de ces pièces n'est plus que de 9 francs, il devra en remettre à son créancier 11, plus 1 franc. Il va de soi que les lois fixant la valeur des monnaies sont des lois d'ordre public auxquelles il n'est pas permis de déroger (1).

41. Les monnaies nationales ont seules, en France, cours légal obligatoire. Il n'en est pas ainsi des monnaies étrangères, même provenant des pays avec lesquels la France a conclu des conventions diplomatiques relativement à leur cours. Ces conventions, en effet, stipulent l'admission de ces monnaies dans les caisses publiques de chacun des États, mais ne contiennent aucune disposition imposant aux particuliers l'obligation de recevoir, soit des autres particuliers, soit de l'État, les monnaies étrangères, et étendant à celles-ci la sanction pénale qui protège la circulation de la monnaie nationale (2). Bien plus, il a été jugé que le fait de mélanger intentionnellement parmi la monnaie rendue des pièces d'argent étrangères, d'une valeur réelle inférieure à leur valeur nominale constitue un abus de confiance (3).

Mais ces décisions ne font pas obstacle à ce que les parties stipulent valablement que le paiement se fera en une monnaie étrangère déterminée n'ayant pas cours légal en France (4). Cela veut dire que si le débiteur ne peut pas se

(1) AUBRY et RAU, § 318, texte et notes 20 et 11; DEMOLOMBE, t. XXVII, nos 258, 259; LAURENT, t. XVII, nos 564 et 565; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 1030; Aix, 23 nov. 1871, D. 72, 2, 51.

(2) Cass. 9 août 1883, *J. D. int. pr.*, 1884, p. 186; Cass. 19 déc. 1882, D. 83, 1, 433.

(3) Trib. corr. Seine, 16 janv. 1888, *La Loi* du 19 janv. 1888.

(4) AUBRY et RAU, § 318, note 9; LAURENT, t. XVII, no 561; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 1030.

procurer de la monnaie étrangère, il ne pourra se libérer avec de la monnaie française qu'en tenant compte au créancier non seulement de la valeur courante de la monnaie étrangère envisagée, mais encore de la valeur intrinsèque de cette monnaie convertie en argent de France (1).

42. Le paiement devra naturellement être effectué dans un lieu déterminé. S'il est offert et volontairement accepté en un lieu quelconque aucune difficulté ne pourra s'élever sur ce point entre les intéressés. Mais si le débiteur ne paie point, le créancier pourra intenter l'action qui lui appartient, et il devra porter cette action devant le tribunal compétent.

Or, le tribunal compétent, pour connaître de cette demande, n'est pas nécessairement le tribunal dans le ressort duquel se trouve le lieu du paiement. Le créancier devra donc conclure, devant le tribunal compétent, à ce que son débiteur soit condamné à payer au lieu où, d'après la nature de l'obligation et les circonstances particulières de la cause, le paiement doit être effectué.

Quel est donc ce lieu ?

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

Le paiement doit donc être effectué au lieu fixé dans la convention, par les parties elles-mêmes, soit expressément, soit tacitement.

C'est en ce lieu, par exemple en l'étude d'un notaire, que le débiteur doit faire tenir la chose due, à la disposition du créancier. C'est là que le créancier doit aller la prendre.

Quelquefois le lieu désigné pour le paiement est le domicile du créancier; la dette est alors *portable*, et cesse d'être

(*) Art. 1247. — L. 2, § 2; L. 9, D. 13, 4, *De eo quod certo loco*; L. 22 pr., D. *De verb. oblig.*, 45, 1.

(1) Bordeaux, 26 janv. 1831, D. 31, 2, 89.

quérable. Les clauses de ce genre se rencontrent souvent dans les baux et dans les polices d'assurances. Mais les parties peuvent y déroger d'un commun accord. Une jurisprudence constante décide que la compagnie d'assurance qui fait toucher habituellement la prime au domicile de l'assuré, n'est plus recevable à invoquer la clause de la police suivant laquelle la prime doit, à peine de déchéance, être payée dans les bureaux de la compagnie (Voy. t. VII, n° 119).

Si la convention ne contient aucune clause formelle ou implicite d'où l'on puisse inférer une indication de lieu pour le paiement, il faudra considérer la nature de la prestation à effectuer. Si la dette a pour objet une chose déterminée dans son individualité, la loi présume que l'intention des parties a été que le paiement soit fait dans le lieu où se trouvait, au moment de la convention, la chose objet de l'obligation. Ainsi un propriétaire a vendu sa récolte de vin de telle année : la livraison devra en être faite au lieu où était le vin au moment du marché. C'est là que le créancier devra venir le prendre, peu importe que le marché ait été conclu au lieu même où se trouvait la chose, ou dans un lieu différent plus ou moins éloigné.

Néanmoins, quand il s'agira d'un meuble facilement transportable, que le débiteur aura nécessairement transporté avec lui, et qu'il n'aura pu laisser au lieu où le marché a été fait, il serait vraiment abusif de contraindre le débiteur à transporter de nouveau cet objet au lieu du contrat. Les juges pourront, en semblable circonstance, admettre facilement chez les parties, l'intention de déroger à la lettre de l'art. 1247 qui, d'ailleurs, a principalement en vue les choses difficilement transportables, et que les intéressés considèrent le plus ordinairement comme devant rester au lieu où elles se trouvent (1).

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 186 *bis*; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 278; LAURENT, t. XVII, n° 590.

Si le lieu du paiement n'a pas été désigné par la convention, et s'il ne s'agit pas d'un corps certain, le paiement sera fait au domicile du débiteur (1). Si celui-ci a changé de domicile dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la date de la convention et l'échéance du terme, le paiement devra être effectué à son domicile actuel (2). La disposition de l'art. 1651 portant que le prix sera payé au lieu où doit se faire la délivrance ne concerne que les ventes au comptant. Pour les ventes à terme, il faut appliquer l'art. 1247; le paiement doit se faire au domicile du débiteur (3).

Ce dernier peut d'ailleurs renoncer à la faculté de payer à son domicile; cependant une telle renonciation ne doit pas être facilement présumée. Ainsi, bien que le débiteur ait payé hors de son domicile les premiers termes d'un paiement fractionné en diverses échéances, sans qu'un lieu de paiement ait été désigné dans la convention, il pourra néanmoins revendiquer le bénéfice de l'art. 1247 pour les paiements ultérieurs et les conséquences légales qui en découlent au point de vue de la compétence (4).

43. Le fait matériel de la délivrance et du paiement peut entraîner souvent des déboursés généralement désignés sous le nom de *frais;* qui devra les supporter?

ART. 1248. Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

Ces frais s'appliquent d'abord à la chose due, à son déplacement, pesage, mesurage, comptage, à l'envoi des fonds, etc.; ils s'appliquent ensuite à la quittance, c'est-à-dire à l'acte qui constate le paiement et en conserve la preuve. Si le débiteur reçoit une quittance sur papier libre, il doit seul payer

(1) Voy. Lyon, 12 avr. 1892, D. 93, 2, 324.

(2) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 270; LAURENT, t. XVII, n° 592; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1038; Comp. AUBRY et RAU, § 319, note 15.

(3) Besançon, 21 fév. 1890, D. 91, 2, 140.

(4) Douai, 17 fév. 1879, *Jurispr. Douai*, 79, p. 108.

l'amende encourue dans le cas où cette quittance serait présentée en justice (1). Le droit de timbre de 10 centimes sur les quittances est à la charge du débiteur, mais le créancier qui a donné quittance sur papier non revêtu du timbre est tenu personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire, du montant des frais, droits et amendes (L. 23 août 1871, art. 18 et 23).

Quand la chose due a été mise par le débiteur à la disposition du créancier, les frais d'enlèvement sont à la charge de ce dernier ainsi que les taxes et droits de timbre et d'enregistrement; droits de circulation, d'octroi, d'entrée, etc. La clause que la chose sera livrée *franche* de port, concerne seulement les frais de transport et de conduite, et ne s'étend pas aux droits ou taxes dont elle peut être grevée dans son mouvement et sa circulation.

Il est certains frais d'enlèvement, à la charge du créancier, dont le débiteur doit néanmoins faire l'avance; il s'agit de *la passe des sacs*. « Dans les paiements en pièces d'argent de sommes de 500 francs et au-dessus, le débiteur est tenu de fournir le sac et la ficelle. Les sacs seront d'une dimension à contenir au moins 1000 francs chacun; ils seront en bon état et faits avec la toile propre à cet usage; » Décret du 1er juillet 1809, art. 3. Le mode de paiement en sacs ne prive pas celui qui reçoit de la faculté d'ouvrir les sacs, de vérifier et de compter les espèces en présence du payeur, art. 4. — La valeur des sacs est payée par celui qui reçoit, ou la retenue est exercée par celui qui paie, sur le pied de 0 fr. 10 par sac; art. 3, Décret du 19 décembre 1852.

§ 2. — Du paiement avec subrogation.

N° 1. — *Généralités.*

44. — Base utilitaire de la subrogation.

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Timbre*, n° 7; TOULLIER, t. VII, n° 24.

45. — La subrogation qui n'est plus aujourd'hui judiciaire, art. 1249, serait, d'après Pothier, une cession fictive.
46. — Controverse des auteurs modernes sur ce point.
47. — Solution proposée : La subrogation est une espèce de *transport-mandat* distinct du *transport-cession*.
48. — Conséquences : 1° L'art. 1690 n'est pas applicable en matière de subrogation.
49. — 2° Le subrogeant n'est pas garant de l'existence de la créance.
50. — 3° Le subrogeant prime le subrogé pour ce qui lui reste dû.
51. — 4° La capacité pour subroger n'est pas la même que pour céder.
52. — 5° Les règles sur la prescription ne sont pas applicables de la même manière à la subrogation et à la cession.
53. — 6° Le subrogeant a deux actions; le cessionnaire n'en a qu'une.
54. — Conclusion.
55. — Applications pratiques.

44. Lorsque le paiement est effectué par le débiteur aux dépens de son propre patrimoine, c'est-à-dire lorsqu'il emploie tout ou partie de son actif à éteindre une dette dont il était tenu, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'effet libératoire d'un tel paiement. Non seulement la dette elle-même disparaît, mais disparaissent aussi les accessoires qui pouvaient en constituer la garantie : *in omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecæ, pignora* (1). Or, il peut se faire que le débiteur veuille se libérer en modifiant seulement un article de son passif; il voudrait emprunter à un tiers pour payer ce qu'il doit déjà à un autre. En pareil cas sa situation demeurera la même sauf que, dans son passif, un créancier nouveau sera inscrit à la place du créancier désintéressé. Il peut arriver aussi que la dette du débiteur soit spontanément payée par un tiers, intéressé ou non à l'opération. Le résultat sera le même; le débiteur au lieu de devoir à son ancien créancier continuera de devoir à un nouveau; sa situation ne sera pas davantage changée.

(1) L. 43, D. 46, 3, *De solut. et liber.*

Mais les deux hypothèses qui viennent d'être prévues ne se produiront pas facilement, car les paiements effectués dans les conditions ci-dessus indiquées feront disparaître l'ancienne dette, ainsi que les sûretés accessoires qui la garantissaient, et le nouveau créancier n'aura à son service que l'action de mandat, ou de gestion d'affaire, ou de prêt, ou *de in rem verso*, selon les cas, actions qui ne sont garanties par aucune sûreté spéciale.

Il est certain que si, par un procédé quelconque, on pouvait faire profiter le nouveau créancier des avantages attachés à la créance payée, et de cette créance elle-même, on favoriserait singulièrement les transactions. C'est ce qu'on fit en droit romain au moyen de la cession d'actions nécessaire, qui passa d'abord avec le même titre dans notre vieux droit français. Plus tard cette cession fut désignée sous le nom de *subrogation* emprunté à une constitution de Théodose et Valentinien, qui l'emploient dans le sens de substitution d'une personne à une autre (1), et c'est le nom sous lequel elle a été consacrée par la loi moderne (2).

45. Les auteurs admettaient trois espèces de subrogation : la subrogation conventionnelle, la subrogation légale et la subrogation judiciaire. Ils étaient à peu près d'accord pour reconnaître que ces trois espèces de subrogation, quoique ne dérivant pas de la même cause, avaient cependant les mêmes caractères et les mêmes effets. Ils enseignaient aussi que la subrogation constitue de la part de celui qui intervient un bon office n'entraînant jamais la chance de réaliser un gain, mais pouvant quelquefois exposer à une perte.

(1) L. unic., C. 11, 17, *De collegiis*, etc.

(2) Voyez sur cette matière : RENUSSON, *Traité de la subrogation*, Paris, 1701 ; MOURLON, *Traité des subr. personnelles*, Paris, 1848; GAUTHIER, *Traité de la subrog.*, Paris, 1853 ; [DE FOLLEVILLE, *Caract. distinctif du paiem. avec subrog.*

Aujourd'hui, vu le silence du Code, il n'y a plus de subrogation judiciaire :

ART. 1249. La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est ou conventionnelle ou légale.

Pothier définit ainsi la subrogation : « C'est une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû (1). »

Il ajoute plus loin : « Au reste, la subrogation convient avec le transport, en ce que dans l'un et l'autre cas la créance qui est un droit inhérent à la personne du créancier, est toujours censée résider en sa personne; le subrogé, de même que le cessionnaire, sont seulement faits procureurs *in rem suam* du créancier pour exercer tous les droits, actions, hypothèques et privilèges du créancier, de même que le créancier l'aurait pu faire lui-même (2). »

Nous avons démontré ailleurs que le Code civil, en rattachant la cession à la vente a certainement répudié pour la cession la vieille théorie de la *procuratio in rem suam* que beaucoup d'auteurs repoussaient déjà dans l'ancien droit (3). En est-il de même de la subrogation? Faut-il la considérer comme une *cession fictive*, soumise par conséquent aux mêmes principes que la cession proprement dite?

46. On connaît les graves dissidences qui se sont produites dans la doctrine quant à la véritable nature juridique de la subrogation.

Les uns ont soutenu que la subrogation est un paiement avec attribution conventionnelle ou légale des garanties d'une première créance qui demeure d'ailleurs éteinte, à la seconde créance résultant du paiement (4), mais non des

(1) COUTUME D'ORLÉANS, *Introduction au titre XX*, n° 66.
(2) *Ibid.*, n° 68.
(3) Voy. notre *Traité de la Cession*, n°s 151, 152.
(4) C'est le système de GRAPPE; voy. MERLIN, *Questions de droit*,

droits afférents au titre de la créance ou attachés à sa qualité. Dans ce système le créancier ne saurait profiter du bénéfice de la compétence commerciale, si ce bénéfice résultait de la nature de la créance. De même il ne pourrait profiter du droit que conférait au créancier le titre exécutoire dont il était porteur. Il ne pourrait user davantage de la contrainte par corps contre le débiteur, dans les cas exceptionnels où cette voie d'exécution appartenait au créancier; enfin il ne pourrait pas réclamer les intérêts au taux de 6 0/0, en vertu de la créance éteinte qui était commerciale, mais seulement au taux de 5 0/0 en vertu de la créance civile résultant du paiement.

D'autres auteurs ont admis, conformément à une tradition constante, que la subrogation est véritablement une espèce particulière de cession de créance; qu'elle transmet au subrogé la créance elle-même (1). Dans ce système le subrogé profitera du droit que conférait au créancier le titre exécutoire dont il était nanti (2), ou, le cas échéant, du bénéfice de la compétence commerciale, ou de l'exercice de la contrainte par corps, ou du taux de l'intérêt à 6 0/0, etc.

Enfin, pour expliquer et concilier certains effets produits par la subrogation, quelques auteurs, adoptant d'ailleurs le système consacré par la tradition, enseignent que : « Le paiement avec subrogation est une opération à double face. Entre le subrogé et le débiteur ou ses ayants cause, c'est une *cession fictive* dont l'effet est de mettre le subrogé au lieu et place du créancier originaire. Entre le subrogé et le subrogeant, ce n'est qu'un paiement ordinaire et purement extinc-

v° *Subrogation*, § 1;| BUGNET sur POTHIER, p. 291, 292, 299; DE FOLLEVILLE, *Caract. du paiem. avec subrog.;* Comp. Pau, 3 mars 1890, D. 91, 2, 117.

(1) ZACHARIÆ, AUBRY et RAU, § III, p. 117; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 189 *bis* II, VI.

(2) Limoges, 25 juill. 1887, D. 88, 2, 103.

tif de la dette (1). » Il y a encore d'autres systèmes qu'il serait trop long d'exposer (2).

47. Nous croyons aussi qu'il vaut mieux adopter le second système plus conforme aux traditions historiques. Mais ce système est produit d'une manière incomplète et inexacte. S'il est vrai que la subrogation doit être considérée et traitée comme une *cession fictive* entre le subrogé et le débiteur ou ses ayants cause, il est impossible d'expliquer comment une telle opération pourra échapper à l'art. 1690, et aux autres conséquences de la cession ordinaire. Aussi croyons-nous qu'il faut présenter la difficulté d'une autre manière.

Les anciens auteurs admettaient deux sortes de *transports* de droits incorporels ou tout au moins deux manières différentes d'envisager la cession.

Pour les uns, et dans certains cas, le bénéficiaire du transport ne pouvait agir que comme *procurator in rem suam;* on disait alors qu'il y avait eu *transport-mandat;* dans d'autres cas, et d'après quelques auteurs, le bénéficiaire du transport pouvait faire valoir *proprio nomine* le droit transmis, on disait alors qu'il y avait eu *transport-cession.*

Dans les passages cités plus haut, Pothier déclarait nettement que la cession et la subrogation rentraient l'une et l'autre, la seconde comme étant une fiction de la première, dans la catégorie des *transports-mandats.* La théorie de la *procuratio in rem suam* et par conséquent celle du *transport-mandat,* a été abandonnée pour la cession (3). Pothier,

(1) MOURLON, 2e *exam.* sur l'art. 1249; LAURENT, t. XVII, nos 3 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1042; Cass. 4 mars 1890, D. 91, 1, 313.

(2) Voy. THÉZARD, *Nat. et effets de la subrog.* (*Revue critique,* 1879, p. 97 et 269).

(3) Voy. SALEILLES, *Essai,* etc., p. 65, note 2.

lui-même, n'en tenait plus compte dans certaines de ses déductions. Il s'agit maintenant de savoir si cette même théorie doit aussi être abandonnée pour la subrogation.

Nous ne le pensons pas. Nous croyons avec la généralité des auteurs modernes que la subrogation doit être considérée comme un transport fictif. Il nous paraît impossible, en effet, de méconnaître l'idée de *transport* qui pénétra si profondément l'opération complexe appelée subrogation. Mais la question est de savoir si la subrogation est la fiction d'un transport-mandat, ou la fiction d'un transport-cession. En faisant de la subrogation une *cession fictive*, sans autre explication, les modernes paraissent vouloir l'assimiler au transport-cession, ce qui serait une erreur. Mais nous croyons qu'il est parfaitement légitime d'assimiler la subrogation à un transport-mandat.

Nous allons voir que c'est le seul moyen de rendre compte, rationnellement, des différences qui existent entre la subrogation et la cession. Ces différences, sur lesquelles d'ailleurs tout le monde est d'accord, suffisent pour démontrer que la subrogation ne doit pas être considérée comme une cession fictive, et par conséquent rattachée à la vente ; que le Code civil n'a pas fait pour la subrogation ce qu'il a fait pour la cession, et qu'il a laissé la subrogation dans les liens de la *procuratio in rem suam* où Pothier l'avait en quelque sorte placée ; qu'en un mot la subrogation constitue, si l'on veut, un transport-mandat, mais ne constitue pas un transport-cession.

48. Examinons, en effet, les différences qui existent entre la subrogation et la cession, différences que les auteurs se plaisent à signaler et à décrire, sans en tirer d'ailleurs aucune conséquence :

1° Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification de la cession faite au débiteur, ou par l'acceptation de la cession dans un acte authentique (art. 1690).

Au contraire le subrogé est saisi à l'égard des tiers sans avoir besoin d'accomplir aucune formalité spéciale (1).

Cette décision est parfaitement légitime si la subrogation se rattache au mandat *in rem suam*, qui n'a besoin d'aucune formalité pour produire ses effets ; elle est injustifiable, si la subrogation est une cession même fictive.

Cependant les auteurs qui professent cette opinion pensent que pour empêcher que le débiteur ne soit valablement libéré en payant à l'ancien créancier, le subrogé devra lui faire connaître, d'une manière quelconque, même par un acte sous seing privé, le paiement fait avec subrogation.

Quant aux auteurs qui ne distinguent pas le paiement avec subrogation de la cession proprement dite, il va de soi qu'ils exigent l'application pure et simple de l'art. 1690.

49. 2° Le cédant est garant de l'existence de la créance (art. 1693) ; c'est tout naturel puisqu'il est vendeur.

Le subrogeant, au contraire, n'est pas garant de l'existence de la créance (2). Cette décision est inique, si le subrogeant est assimilé à un vendeur, c'est-à-dire à un cédant ; elle s'explique, au contraire, si le subrogeant est assimilé à un mandant et le subrogé à un mandataire *in rem suam*.

De là il suit que, si la créance n'existe pas, le subrogé, qui n'est pas un acheteur, n'a pas de recours en garantie contre le subrogeant, mais seulement la *condictio indebiti ;* il ne pourra obtenir que la restitution de la somme payée. Il n'aura droit aux intérêts et loyaux coûts du contrat que si l'autre partie a été de mauvaise foi (art. 1378, C. C.).

(1) AUBRY et RAU, § 321, texte et note 21 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 189 *bis* X ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 329 ; LAURENT, t. XVIII, n° 13 ; DE FOLLEVILLE, *loc. cit.*, p. 26 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1043 ; Paris, 12 mars 1888, *Rev. not.*, n° 8002 ; Amiens, 9 déc. 1872, S. 72, 2, 62 ; *Contrà*, Dijon, 11 juillet 1889, *J. du Not.*, 1890, p. 277.

(2) *Contrà*, voy. Cass. 4 mars 1890, D. 91, 1, 313 (résolu par la Cour d'appel).

Dans le même cas, le cessionnaire ayant à son service une action en garantie, obtiendra outre la somme qu'il a payée, celle des frais et loyaux coûts du contrat, celle des frais de poursuite contre le prétendu débiteur, et enfin les intérêts du prix de cession (art. 1630, C. C.).

50. 3° Lorsque la cession est partielle, et que la somme mise en distribution n'est pas suffisante, le cédant et le cessionnaire doivent être colloqués au marc le franc, alors même que le cédant a des sûretés spéciales (art. 1602).

Cette décision se justifie d'elle-même : le cédant et le cessionnaire, c'est-à-dire le vendeur et l'acheteur d'une créance, ont des droits égaux et semblables, opposables entre eux et se faisant équilibre (1).

Au contraire, lorsque la subrogation est partielle, et que le subrogeant a des sûretés spéciales, le subrogeant prime le subrogé pour ce qui lui reste dû (art. 1252).

Cette décision est absurde, si on persiste à vouloir rattacher la subrogation à la cession, c'est-à-dire à la vente. Elle est au contraire logique si on la rattache au mandat. Il serait, en effet, inadmissible que le subrogé, qui n'est qu'un mandataire du subrogeant, puisse opposer au subrogeant le mandat qu'il tient de lui. C'est précisément le sens de la maxime : *nemo censetur subrogasse contra se*, c'est-à-dire, nul n'est censé subroger ou donner mandat contre soi. Mais on ne pourrait pas dire, et personne n'a songé à dire : *nul n'est censé vendre contre soi....*

51. 4° Si la subrogation était une cession fictive, les parties devraient être soumises pour la subrogation aux mêmes règles de capacité que pour la cession. Cela est de toute évidence ; la fiction doit reproduire son type. Or, il n'en est pas ainsi : telle personne qui n'a pas capacité pour vendre ou céder une créance, peut néanmoins, lorsqu'elle est capable de

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, n° 441.

recevoir le paiement et d'en donner quittance, subroger à ses droits le tiers qui vient effectuer le paiement. Ainsi le mari qui, sous le régime de la communauté, ne pourrait céder les créances propres de la femme, peut cependant en recevoir le paiement et par suite accorder la subrogation à celui qui paie. De même les administrateurs des biens de certaines personnes morales ne peuvent aliéner ces biens que sous certaines conditions; ils ne pourraient donc céder les créances de ceux qu'ils représentent sans recourir aux formes prescrites par la loi; il leur est permis au contraire de subroger, car ils ont capacité pour recevoir le paiement.

Ainsi encore, telle personne à qui la loi ne permet pas de devenir cessionnaire de créances contre un tiers déterminé pourra néanmoins payer pour ce tiers et être subrogée aux droits de son créancier. Nous savons en effet que le tuteur ne peut être cessionnaire d'une créance contre son pupille (article 450, C. C.), mais en payant pour lui, il peut obtenir la subrogation légale aux droits de son créancier, et même, suivant certains auteurs, la subrogation conventionnelle (1).

52. 5° Si la subrogation était une cession fictive, les règles sur la prescription devraient recevoir la même application à l'égard du cessionnaire véritable et à l'égard du subrogé, cessionnaire fictif, car il faut toujours que la fiction reproduise son type; or il n'en est pas ainsi : lorsqu'il y a cession, le droit cédé se prescrit à l'égard du cessionnaire comme à l'égard du cédant. Le délai de la prescription doit être, en effet, le même que la créance soit sur la tête du cédant ou sur celle du cessionnaire, sauf les causes particulières de suspension.

Mais dans le cas de paiement avec subrogation, il faut distinguer : si le paiement est fait par le débiteur avec des deniers empruntés, ou par un tiers ayant de lui mandat exprès

(1) MOURLON, *Traité des subrog.*, p. 29.

ou tacite, la prescription sera de trente ans à partir du prêt ou du paiement. Si le paiement a été effectué par un tiers sans mandat, le recours du subrogé se prescrira par le laps de temps qui restait à l'ancien créancier (1).

53. 6° Enfin, comme résumé de tout ce qui précède, le subrogé a deux actions : d'abord l'action qui lui est transmise par le subrogeant, l'action directe du droit romain, exercée *procuratorio nomine*, et en second lieu l'action née dans sa personne, dérivant d'une gestion d'affaires, d'un prêt, etc.

Le cessionnaire, au contraire, n'a qu'une seule action, celle qui lui est vendue par le cédant, l'action *utile* du droit romain, qu'il exerce *proprio nomine*.

54. Telles sont les principales particularités qui distinguent la subrogation de la cession. Pour en rendre compte, il ne suffit pas de dire que la subrogation est une opération *à double face;* que vis-à-vis de l'un c'est une cession, et vis-à-vis de l'autre un paiement, l'esprit s'accommode mal de semblables cavillations. La vérité est que ces particularités ne peuvent s'expliquer que par l'influence persistante en matière de subrogation, de la *procuratio in rem suam.* — Donc la subrogation n'est pas une cession même fictive; ce n'est pas la fiction d'un transport-cession, c'est la fiction d'un transport-mandat devant suivre par conséquent les règles du mandat et non celles de la cession.

55. Cette précision peut entraîner dans la pratique des conséquences fort importantes; en voici deux exemples :

Un étranger était primitivement obligé euvers un autre étranger. Le créancier étranger cède sa créance à un Français. Le cessionnaire français, faisant valoir *en son nom propre*, une créance contre un étranger entrée dans son patrimoine, pourra user de l'art. 14, C. C., et actionner l'étranger débiteur devant les tribunaux français (2).

(1) Voy. MOURLON, *loc. cit.*, p. 35 et 36.
(2) Voy. notre *Traité de la cession*, n° 409.

Si au contraire le créancier étranger a subrogé un Français à ses droits, le Français subrogé ne pouvant agir que *procuratorio nomine*, n'aura pas la faculté d'user de l'art. 14.

Autre exemple plus compliqué :

Le vendeur d'un immeuble a fait cession de sa créance contre l'acheteur ;

Le cessionnaire paie au cédant son prix de cession ;

L'acheteur cédé paie au cessionnaire son prix d'acquisition ;

Les choses étant en cet état, survient contre l'acheteur une action en revendication qui l'évince ;

Le cessionnaire est solvable, le cédant ne l'est pas.

Contre qui l'acheteur évincé a-t-il le droit d'agir en répétition de son prix ?

Contre le cessionnaire qui a reçu les fonds pour son propre compte, *suo nomine*, et non comme mandataire *in rem suam* du cédant (1).

Dans la même hypothèse, mettons une subrogation à la place de la cession, c'est contre le subrogeant que l'action sera donnée ; c'est lui qui est légalement censé avoir reçu les fonds, puisque le subrogé n'était en droit que son mandataire.

Il peut donc y avoir un bien grand intérêt à ne pas confondre les effets de la cession avec ceux de la subrogation. Les notaires, qui souvent dans leurs actes emploient indifféremment ces deux expressions l'une pour l'autre et quelquefois simultanément, feraient bien de corriger leur style. Quand on lit dans un acte qu'une partie *fait en tant que de besoin cession et subrogation* au profit d'une autre, il est manifeste qu'il ne peut y avoir les deux choses à la fois (2).

(1) L'espèce est empruntée à MOURLON, *Revue pratique*, t. XV, p. 97 et suiv.

(2) La subrogation donne lieu à la perception de 1/2 pour cent, alors que la cession donne lieu à la perception de 1 pour cent

Dans ce cas la clause ambiguë vaudra-t-elle comme cession ou comme subrogation? Il faudra s'attacher à l'économie de l'acte considéré quant à son objet principal. Quand l'opération envisagée paraîtra se rattacher aux situations prévues par les art. 1250 et 1251, C. C., c'est l'idée de subrogation qui devra prévaloir. Mais dans des situations différentes, c'est presque toujours l'idée de cession qui devra l'emporter. Le mot *subrogation* devra être négligé comme une expression complémentaire employée sans utilité par quelqu'un qui n'en comprenait pas la signification.

N° 2. — *De la subrogation conventionnelle.*

56. — Subrogation facultative émanée du créancier, art. 1250 § 1er.
57. — Conditions du paiement effectué par le tiers qui intervient.
58. — Comment cette subrogation doit être faite et prouvée.
59. — Subrogation émanée du débiteur ; sa base juridique.
60. — Comment elle s'opère, art. 1250 § 2 ; qui peut ainsi, en qualité d'obligé, consentir la subrogation.
61. — *Quid* d'un tiers détenteur, ou d'un créancier primé par un autre ?
62. — Suite.
63. — Règles de forme concernant la subrogation autorisée par l'art. 1250 § 2.
64. — Suite.
65. — Sanction.

56. La subrogation dont nous nous occupons est une subrogation *personnelle* qui n'a rien de commun avec la subrogation *réelle*, entièrement étrangère à la matière du paiement.

ART. 1250 §1. — Cette subrogation est conventionnelle,—1° Lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur ; cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement (*).

(L. 21 frim. an XII, art. 69 § 2, n° 11 et § 3, n° 3). Dans la pratique on assimile souvent la subrogation à la cession, à cause de la formule équivoque employée par les notaires.

(*) Art. 1250. — L. 24 § 3, D. 42, 5, *De reb. auct. jud. possid.*

Cette subrogation, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, est absolument facultative de la part du créancier (1) (*suprà*, n° 8). Si ce dernier s'obstinait à refuser la subrogation, et si le débiteur tenait cependant à la procurer au tiers qui est prêt à faire l'avance des fonds nécessaires, il n'y aurait d'autre moyen de surmonter la résistance du créancier que de faire les frais des actes authentiques exigés par le second paragraphe de l'art. 1250 expliqué ci-après.

La faculté de consentir la subrogation appartient non seulement au créancier lui-même capable de recevoir le paiement, mais encore à tous ceux qui ont pouvoir de recevoir un paiement en qualité d'administrateur, tels que le tuteur, le mari, etc. (*suprà*, 84). Il a même été jugé que l'usufruitier d'une créance ayant, comme administrateur, le droit de recevoir ou d'exiger le remboursement des capitaux, a par voie de conséquence, la faculté d'accorder la subrogation au profit du tiers qui le paie (2). Il faudrait cependant tenir compte, en ce qui concerne l'usufruitier, des distinctions importantes que nous avons déjà faites et auxquelles il nous suffit de nous référer (Voy. t. IV, n° 185).

Un mandataire général ayant pouvoir d'administrer pourrait également subroger. Pour le mandataire ayant pouvoir spécial de subroger, il ne saurait y avoir difficulté. Le débiteur lui-même pourrait remplir ce rôle. Mais le mandat spécialement donné pour recevoir un paiement, par exemple à un huissier, n'implique pas pouvoir de subroger (3), sauf possibilité de ratification (4).

57. Le tiers qui paie doit effectuer le paiement en son nom propre, en vue de la subrogation, et non pour acquitter une

(1) Bordeaux, 29 janv. 1845, S. 45, 2, 355.
(2) Toulouse, 21 juin 1887, D. 88, 2, 77.
(3) Cass. 2 août 1848, D. 48, 1, 206.
(4) Cass. 7 avr. 1858, D. 58, 1, 155.

dette qui lui serait personnelle (1). S'il paie au nom et en l'acquit du débiteur, l'obligation est éteinte purement et simplement et il n'y a plus matière à subrogation. Si néanmoins il déclarait payer au nom et en l'acquit du débiteur, mais sous condition de subrogation, il serait valablement subrogé, car la clause de subrogation expliquerait le véritable sens de son paiement (2).

Il doit effectuer le paiement par lui-même ou par mandataire; la clause subrogatoire ne produirait aucun effet s'il n'avait aucunement figuré à l'acte contenant quittance (3).

58. La subrogation doit être expresse, c'est-à-dire formulée en termes non équivoques, dont l'appréciation appartient d'ailleurs aux tribunaux, selon les règles ordinaires de l'interprétation des conventions (4).

Il ne faut donc pas assimiler à une subrogation effectuée, la promesse faite par le mandataire qui reçoit le paiement de faire subroger le *solvens* dans les droits du créancier (5).

Il faut de plus qu'elle soit faite en même temps que le paiement. La subrogation serait non opérante quand même l'intervalle écoulé entre le paiement et la déclaration de subrogation, serait extrêmement court. Le paiement a eu, en effet, pour couséquence immédiate l'extinction instantanée de la créance et de tous ses accessoires, de sorte qu'une déclaration ultérieure de subrogation ne peut plus correspondre à rien. Mais il ne faut pas confondre le paiement, qui est un acte juridique, avec une simple numération matérielle des espèces destinées à l'effectuer. Ainsi il a été jugé que la subrogation consentie par le créancier devait être considérée comme faite en même temps que le paiement, quoique

(1) Cass. 5 mai 1890, S. 92, 1, 51.
(2) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1250, n° 3.
(3) Cass. 5 août 1891, D. 92, 1, 217.
(4) Trib. Bernay, 27 avr. 1880, *Rev. not.*, 80, n° 7075.
(5) Liège, 24 fév. 1887, D. 88, 2, 34.

les deniers aient été versés avant l'acte de subrogation, s'il est d'ailleurs établi que ce versement n'était que provisoire, et ne devait constituer un paiement définitif au profit du créancier, qu'à la condition qu'il consentirait une quittance subrogatoire au profit du bailleur de fonds (1).

Il ne faut pas confondre la convention avec l'écrit qui est rédigé pour en conserver la preuve. Donc, de ce que la loi exige qu'il y ait simultanéité du paiement et de la subrogation, il n'en résulte pas, nécessairement que la quittance et la subrogation doivent être renfermées dans un seul et même acte. Si la subrogation a été réellement faite en même temps que le paiement, elle est valable, quoique constatée par un acte distinct de la quittance (2).

L'acte qui constate la subrogation n'est soumis à aucune forme, il peut être fait sous seing privé et il est opposable aux tiers intéressés, s'il a date certaine (art. 1328). La subrogation peut même être faite verbalement; elle pourra alors être prouvée conformément au droit commun, par l'aveu et le serment dans tous les cas. De plus, en matière commerciale, la preuve pourra en être établie par témoins, comme par la correspondance et les livres des parties (3).

Par l'effet de la subrogation, le subrogeant désintéressé devient, en général, étranger aux instances qui peuvent s'élever entre le débiteur et le subrogé au sujet de la créance payée. Il peut cependant avoir intérêt à y figurer, par exemple, pour faire maintenir les décisions qui ont reconnu la validité de son titre (4).

(1) Pau, 16 déc. 1891, D. 93, 2, 91.

(2) GAUTHIER, n° 109 ; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1250, n° 9 ; LAURENT, t. XVIII, n° 29 ; Comp. AUBRY et RAU, § 321, texte et note 15 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 371.

(3) Cass. 14 déc. 1858, D. 59, 1, 150; AUBRY et RAU, § 321 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 378 ; LAURENT, t. XVIII, n° 33.

(4) Cass. 14 mars 1892, S. 92, 1, 547.

59. Si le créancier, se prévalant de l'art. 1236, refuse au tiers intervenant la subrogation par lui demandée, la loi offre au débiteur le moyen de la réaliser. Ce dernier n'a qu'à emprunter directement au tiers la somme nécessaire pour effectuer le paiement et en effectuant le paiement dans certaines conditions prescrites par la loi, il subrogera lui-même le bailleur de fonds aux droits du créancier.

Cette subrogation paraît aux auteurs être en contradiction *avec tous les principes.* « Conçoit-on, dit M. Laurent, que le débiteur cède les droits qui appartiennent au créancier? La subrogation est une cession fictive; on comprend la fiction quand c'est le propriétaire de la créance qui la cède, mais on ne comprend pas que le débiteur cède des droits qui appartiennent au créancier contre lui (1). »

Nous avouons, pour notre part, ne pas comprendre l'objection. C'est un droit strict pour le débiteur de se libérer par un paiement. Pour réaliser ce paiement, il peut adopter toute combinaison qu'il jugera utile, pourvu qu'il n'en résulte aucune atteinte aux droits d'un tiers. C'est lui qui avait créé au profit de son créancier les sûretés destinées à garantir la créance. En offrant le paiement de ce qu'il doit, il manifeste l'intention de transporter ces mêmes sûretés à son bailleur de fonds. Le créancier peut-il s'y opposer? Peut-il prétendre que ce sont des droits lui appartenant dont on veut disposer malgré lui? Mais évidemment non; il ne peut pas refuser le paiement, donc en le recevant il cesse d'être créancier; il n'y a plus de créance, ni de sûretés accessoires qui lui appartiennent. Le débiteur en reprend la libre disposition, et peut les attribuer à celui qui a consenti à lui avancer les fonds nécessaires au paiement. Les autres créanciers du même débiteur pourraient-ils s'opposer à cette subrogation? Pas davantage; leur situation relative demeure la

(1) T. XVIII, n° 37.

même ; il leur est indifférent que la créance continue à appartenir au même créancier ou qu'elle passe sur la tête d'un autre (1). Il n'y a donc personne qui ait intérêt à mettre obstacle à la combinaison adoptée par le débiteur. Puisque cette combinaison ne nuit à personne, elle est donc licite. C'est ce qui avait été reconnu par les jurisconsultes romains. Ces derniers admettaient en effet, pour le débiteur, la faculté de faire succéder le nouveau créancier, qui fournissait les deniers, dans l'hypothèque qui appartenait à l'ancien créancier (2). C'est une application du principe que ce qui ne nuit à personne et n'est pas défendu doit être permis.

Lorsque Henri IV réduisit en 1601 le taux des rentes, les débiteurs cherchèrent à convertir en rentes nouvelles, les rentes anciennes dont ils étaient chargés à un taux supérieur. Il fallait pour cela contracter des emprunts avec subrogation au profit des prêteurs. Dans les provinces de droit écrit, ce résultat pouvait être à peu près obtenu par application de la jurisprudence romaine ci-dessus rappelée. Mais dans les provinces coutumières, où l'on ne connaissait que la subrogation consentie par les créanciers, on se heurtait contre le refus de ces derniers. Un édit de 1609, complété par un arrêt de règlement du 6 juillet 1690 eut raison de ces résistances, et la loi moderne a reproduit la substance de ces documents.

60. La subrogation est donc encore conventionnelle :

ART. 1250 § 2. 2° Lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. Il faut, pour que cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires; que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier.

Il est certain que ce texte implique que le débiteur supposé

(1) Voy. Pau, 3 mars 1890, D. 91, 2, 117.
(2) Voy. L. 12, § 8, D. *Qui potior;* L. 1, C. *De his qui in prior.*

capable, *emprunte* pour payer son créancier, et que c'est au *prêteur* qu'il s'agit d'accorder la subrogation. Mais il résulte des explications qui précèdent que la subrogation émanant du débiteur ne contient en réalité rien de contraire au droit commun. Par conséquent le texte ne doit pas être interprété restrictivement, et la subrogation doit être admise, même au profit d'un bailleur de fonds qui remet les deniers au débiteur à un autre titre que celui de prêt, par exemple à titre de constitution de dot (1). Peu importe qu'il s'agisse de procéder à un remboursement intégral ou seulement partiel de la dette (2).

De même, l'art. 1250 § 2, vise textuellement le cas où la subrogation est consentie par le débiteur principal unique de la dette. Mais il entre dans l'esprit de la loi d'en étendre les dispositions au profit d'un codébiteur solidaire et de la caution (3).

61. Il n'est pas non plus contestable que le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, a le droit, lorsqu'il emprunte les deniers nécessaires au paiement de son prix, de subroger le prêteur dans les droits du vendeur désintéressé.

Il y a plus de difficulté dans les trois hypothèses suivantes :

1° Le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué, resté débiteur de son prix de vente, qui emprunte à un tiers les deniers nécessaires pour payer l'un des créanciers hypothécaires, peut-il subroger ce tiers prêteur dans les droits du créancier hypothécaire qu'il va désintéresser?

L'intérêt de la question se comprend aisément. Il est bien vrai, en effet, que le tiers acquéreur peut déjà subroger le prêteur dans les droits du vendeur; mais il faut reconnaître que la subrogation dans les droits du premier créancier

(1) AUBRY et RAU, § 321, note 29; GAUTHIER, n° 154; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 396; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n° 39.

(2) LAURENT, t. XVIII, n° 40.

(3) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 397; GAUTHIER, n° 146.

hypothécaire inscrit serait beaucoup plus avantageuse au prêteur. Subrogé aux droits du vendeur, ce dernier se verrait primé par tous les créanciers hypothécaires qui tiennent leurs droits du chef de ce vendeur ou des propriétaires antérieurs; subrogé au premier créancier hypothécaire, au contraire, il sera le premier remboursé si plus tard la vente de l'immeuble vient à être provoquée (1).

2° Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, c'est-à-dire tout acquéreur qui n'est pas tenu de la dette du prix, soit qu'il ait déjà acquitté cette dette, soit qu'il ait acquis l'immeuble à titre gratuit, le tiers détenteur empruntant les deniers nécessaires au paiement de l'un des créanciers hypothécaires inscrits pourra-t-il subroger le prêteur dans les droits de ce créancier? La solution de la question présente encore un grand intérêt, car la subrogation aux droits du créancier hypothécaire payé sera souvent le seul moyen de crédit de l'emprunteur. On ne peut songer en effet à une subrogation dans les droits de l'aliénateur puisqu'on suppose que l'acquisition a eu lieu à titre gratuit, ou, si elle a eu lieu à titre onéreux, que le vendeur est payé et, en conséquence, dénanti de tous ses droits.

Au tiers détenteur qui a payé son prix, ou qui a acquis à titre gratuit, il faut assimiler l'héritier bénéficiaire empruntant pour payer les dettes de la succession, car cet héritier n'est, lui non plus, lié par aucune obligation personnelle, et n'est tenu que comme détenteur des biens héréditaires.

3° Enfin, on peut se demander si celui qui, étant lui-même créancier, voudrait écarter un créancier qui lui serait préfé-

(1) Dans le sens de l'affirmative, voy. BEAUREGARD, *Subrog. consentie par le déb.* (*Revue critique*, 1876, p. 442 et suiv.); LAURENT, t. XVIII, n° 42; AUBRY et RAU, § 321, texte et note 32; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 403; Cass. 28 avr. 1863, D. 63, 2, 21; Comp. MOURLON, *Subrog.*, p. 303; *Contrà*, GAUTHIER, n° 198; PONT, *Priv. et hyp.*, n° 225; BARILLET, *Revue prat.*, t. XIV, p. 20, 113.

rable à raison de ses privilèges et hypothèques, pourrait subroger un prêteur de deniers dans les droits du créancier désintéressé. Il y trouverait un grand avantage puisqu'il lui serait ainsi facile de substituer à un créancier pressé de provoquer la vente, un autre créancier plus patient.

62. Dans les trois hypothèses qui viennent d'être indiquées, la question est la même : il s'agit de savoir si l'emprunteur peut se prévaloir de la disposition de l'art. 1250 § 2, pour consentir au prêteur, sans le concours du créancier hypothécaire désintéressé, une subrogation pleine et entière, à l'effet de lui transmettre les droits de ce créancier (1).

L'affirmative nous paraît devoir être adoptée ; sans qu'il soit nécessaire de remonter jusqu'à l'ancien droit, ou de discuter certaines subtilités métaphysiques qui ont été proposées (2), il suffit de s'en tenir au texte de l'art. 1250 § 2. L'expression débiteur qu'emploie cet article est aussi générale que possible. « Vainement, disait la Cour de Nîmes, alléguerait-on que la propriété du prix appartient au vendeur dont l'adjudicataire (ou l'acquéreur) ne serait que le délégué ou le mandataire pour faire arriver les sommes à qui de droit ; cette appréciation, quel qu'en soit le mérite, ne saurait empêcher que les créanciers ne soient en possession vis-à-vis de l'adjudicataire (ou acquéreur) d'un droit propre résultant de leur créance hypothécaire. Ce droit est énergique, il a sa sanction dans l'obligation de celui-ci d'abandonner l'immeuble s'il ne désintéresse pas les porteurs de bordereaux ; lorsqu'il existe entre deux personnes un lien dont il résulte que l'une peut exiger de l'autre le paiement d'une somme ou le délaissement d'un immeuble, ce serait jouer avec le sens des mots que de se refuser à caractériser un lien

(1) BEAUREGARD, *loc. cit.*, p. 443.
(2) Voy. BARILLET, *loc. cit.*, p. 152.

de cette nature, par ceux de créancier et de débiteur (1). »

63. La subrogation consentie par le débiteur a sa raison d'être dans cette circonstance, que des deniers ont été empruntés pour effectuer le paiement de sa dette, et que ce paiment a réellement été fait avec les deniers empruntés. Pour empêcher certaines fraudes quant à la date et à la sincérité de ces opérations, la loi exige :

1° Que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires ;

2° Que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a éte empruntée pour faire le paiement d'une dette déterminée spécialement (2).

A défaut de cette déclaration le débiteur ne pourrait, au moyen d'un second acte authentique, déclarer utilement que les fonds empruntés ont servi à désintéresser un créancier (3) ;

3° Que dans la quittance c'est-à-dire dans le corps même de l'acte contenant quittance et non ailleurs (4), il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier.

Ces conditions remplies, et elles peuvent l'être par un seul acte notarié comme par deux actes séparés, la subrogation a lieu sans le concours de la volonté du créancier. Il n'est même pas besoin que l'acte d'emprunt ou la quittance contienne une déclaration expresse de subrogation. Enfin si le débiteur se fait représenter aux actes dont il s'agit par un fondé de pouvoirs, il n'est pas nécessaire que la procuration donnée à celui-ci soit authentique, puisque la situa-

(1) Nîmes, 29 janv. 1861, D. 63, 2, 21.

(2) AUBRY et RAU, § 321 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 409 ; LAURENT, t. XVIII, n° 47 ; Nîmes, 25 juill. 1885, *Bull. jud.*, Nîmes, 85, 1, 110 ; Comp. MOURLON, *loc. cit.*, p. 168.

(3) Bordeaux, 9 déc. 1890, *J. arr. Bordeaux*, 91, 1, 143.

(4) Orléans, 3 avr. 1851, D. 51, 2, 66 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 411.

tion hypothécaire du débiteur ne doit pas être modifiée (1).

Le créancier, avons-nous dit, n'a pas besoin de déclarer qu'il consent à la subrogation, mais il faut bien qu'il reconnaisse dans la quittance que les deniers perçus par lui proviennent de l'emprunt fait par le débiteur. S'il refusait de le reconnaître, le débiteur lui ferait signifier des offres réelles, avec sommation d'avoir à fournir une quittance indicative de l'origine des deniers. Si le créancier persistait dans son refus, le débiteur consignerait la somme, et retirerait du préposé à la Caisse des dépôts et consignations un récépissé mentionnant que les deniers consignés proviennent de l'emprunt. Ce récépissé équivaudrait à la quittance notariée exigée par l'art. 1250 (Ord. du 3 juillet 1816, art. 12).

64. Faut-il que les actes notariés soient dressés au moment même de l'emprunt et du paiement, c'est-à-dire que le notaire atteste d'une part qu'il a vu les deniers passer des mains du prêteur dans celles de l'emprunteur, d'autre part qu'il les a vus passer des mains du débiteur dans celles du créancier? Sans doute il serait bon qu'il en fût toujours ainsi (2); mais ce serait ajouter aux prescriptions de la loi, et d'ailleurs cela n'est pas toujours possible. Aussi admet-on plus généralement que les deux actes notariés peuvent être rédigés postérieurement à la convention qu'ils constatent. La loi veut seulement que les valeurs ou deniers qui servent à payer le créancier proviennent de l'emprunt, sans exiger cependant qu'il y ait identité matérielle entre ces valeurs (3). Mais il faut que l'on puisse suivre les valeurs prêtées depuis leur destination jusqu'à leur emploi. La loi n'exigeant pas en effet que le paiement ait lieu immédiatement après l'acte d'emprunt, un intervalle plus ou moins long, dont la loi ne fixe

(1) Cass. 5 août 1891, D. 92, 1, 217.
(2) AUBRY et RAU, § 321, texte et note 34.
(3) Montpellier, 1er juin 1891, *J. N.*, art. 24731.

pas la durée, pourra s'écouler entre les deux opérations. La subrogation sera valable quelle qu'ait été la durée de cet intervalle, sauf aux tiers à qui elle porterait préjudice à établir par tous les moyens que les valeurs empruntées n'ont pas réellement servi au paiement de la dette. Les juges ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation (1). Le temps plus ou moins long qui s'est écoulé entre l'emprunt et le paiement sera naturellement pris en considération. Quelquefois la durée de cet intervalle suffira pour rendre absolument improbable l'identité des valeurs entendue largement comme nous l'avons déjà indiqué ; d'autres fois il en sera autrement, par exemple si les fonds empruntés et déposés entre les mains du notaire, y sont demeurés longtemps à cause des difficultés qui ont retardé la rédaction de la quittance (2). Dans tous les cas, lorsque la quittance ne peut pas être immédiatement rédigée, le dépôt entre les mains du notaire sera utile pour empêcher le débiteur d'avoir les fonds empruntés à sa disposition.

65. Les diverses formalités prescrites par l'art. 1250 § 2, doivent être observées, *pour que cette subrogation soit valable*, dit le texte. Leur inobservation doit donc entraîner la nullité de la subrogation; et comme ces formalités sont motivées par des considérations d'utilité générale, afin d'empêcher les fraudes dont les tiers pourraient être victimes, il en résulte, que la nullité ne pourrait être couverte ou réparée par aucun acte postérieur (3).

A l'inverse, lorsque la subrogation a été régulièrement effectuée par l'accomplissement des formalités voulues, elle ne peut plus être détruite ou amoindrie ni par le créancier, ni par le débiteur (4).

(1) Cass. 16 mars 1852, D. 52, 1, 103.
(2) GAUTHIER, n° 172.
(3) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 434; LAURENT, t. XVIII, n°s 44-45.
(4) Rouen, 29 janv. 1874, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1874, 2, 105.

N° 3. — *De la subrogation légale.*

66. — Cas de subrogation légale, art. 1251.
67. — 1er *cas* de subrogation légale au profit d'un créancier ; condition de cette subrogation.
68. — *Quid* si le créancier à désintéresser est titulaire de plusieurs créances ?
69. — Cas de concours entre hypothèques générales et hypothèques spéciales.
70. — 2e *cas* de subrogation légale au profit d'un acquéreur d'immeubles ; — quels acquéreurs peuvent l'obtenir.
71. — Du paiement à effectuer par l'acquéreur qui veut être subrogé.
72. — Etendue de la subrogation dans le cas envisagé.
73. — 3e *cas* de subrogation légale au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ; conditions de cette subrogation.
74. — Qui peut obtenir cette subrogation ; des tiers détenteurs.
75. — De ceux qui sont personnellement obligés à la dette.
76. — 4e *cas* de subrogation légale, au profit de l'héritier bénéficiaire.

66. Dans certains cas favorables, on rencontre une subrogation légale s'opérant de plein droit, par la seule force de la loi, au profit de celui qui paie, sans qu'aucune convention soit nécessaire ni avec le créancier, ni avec le débiteur, sans qu'il faille observer aucune formalité spéciale. Il suffit qu'il y ait un paiement effectué dans les conditions prévues par la loi. Ce paiement n'a pas besoin d'être constaté par acte authentique, ni même par un acte ayant date certaine ; tout se résoudra en une question de preuve. Mais la subrogation légale ne saurait être étendue, quelle que soit l'analogie, à des cas autres que ceux qui ont été limitativement prévus par les textes (1).

Quels sont ces cas ?

ART. 1251. La subrogation a lieu de plein droit, — 1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ; — 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; — 3° Au profit de celui

(1) Trib. Lyon, 4 juill. 1890, *Monit. jud. Lyon* du 30 juill. 1890, et tous les auteurs.

qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter; — 4° Au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession (*).

A ces quatre cas prévus par le Code civil, il faut ajouter les suivants :

5° L'art. 169, C. com., subroge aux droits du porteur d'une lettre de change, celui qui la paie par intervention;

6° Aux termes de l'art. 5 de la loi du 13 brumaire an VII, « le conservateur (des hypothèques) sera subrogé de droit aux actions que les créanciers (qu'il aurait été obligé de payer) avaient contre le débiteur originaire; »

7° D'après les art. 29, 30 et 65 de la loi du 22 frimaire an VII, les officiers publics, tels que les notaires, huissiers, greffiers, etc., sont subrogés légalement dans les droits et privilèges du Trésor, pour l'avance des droits d'enregistrement *qu'ils ont dû faire*.

67. La loi accorde en premier lieu la subrogation à celui qui, étant lui-même créancier hypothécaire ou simplement chirographaire, peu importe (1), paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques seulement (2) et non à raison, par exemple, d'un droit d'antichrèse, ou autre n'emportant pas privilège, un créancier par conséquent, susceptible d'obtenir un rang supérieur au sien, et non un rang semblable ou postérieur.

Pour être subrogé, le créancier doit payer avec des deniers lui appartenant, peu importe qu'il se les soit procurés à l'aide d'un emprunt (3). Ainsi, les deniers de la faillite n'étant pas la

(*) Art. 1251. — L. 1, 5, C. 8, 18, *Qui potiores;* L. 3, C. 8, 19, *De his qui in prior.*

(1) Bordeaux, 3 mai 1887, *J. arr. Bordeaux*, 87, 418; Caen, 26 novembre 1870, D. 73, 2, 181.

(2) Cass. 3 juill. 1854, D. 54, 1, 247; Alger (motifs), 15 juill. 1875, S. 75, 2, 249.

(3) AUBRY et RAU, § 321; GAUTHIER, n° 229; MOURLON, *Subrog.*, p. 375; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 469; LAURENT, t. XVIII, n° 77; Voy.

propriété de la masse, mais demeurant celle du failli qui est seulement dessaisi de l'administration de ses biens, il faut décider que, dans le cas où le syndic, représentant à la fois du failli et de ses créanciers, emploie au nom de la masse les deniers de la faillite à l'acquit de dettes privilégiées que, dans un intérêt commun, il peut être utile d'éteindre de préférence à d'autres, ce paiement étant en réalité effectué avec les fonds du failli, la masse ne peut se prétendre subrogée légalement dans les droits du créancier désintéressé (1).

Pour procurer la subrogation légale, le paiement n'est assujetti à aucune forme particulière, mais il doit être intégral; un paiement partiel ne pouvant être effectué qu'avec l'agrément du créancier, ne saurait donner lieu qu'à une subrogation conventionnelle expressément accordée par le créancier lui-même (2).

68. *Quid* si le créancier qu'il s'agit de payer pour obtenir la subrogation légale, est titulaire de plusieurs créances distinctes?

La question est complexe, et présente plusieurs faces.

Remarquons d'abord que, pour accorder la subrogation dans le cas du § 1er, l'art. 1251 exige seulement que le paiement soit fait *à un autre créancier* préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques. La loi n'exige pas que le créancier qui veut obtenir la subrogation désintéresse tous les créanciers qui le précèdent. Ainsi un créancier de troisième rang peut payer avec subrogation un créancier de premier rang sans être tenu de payer le créancier de deuxième rang. Le subrogé occupera le premier rang pour la créance qu'il vient de payer, mais il restera au troisième rang pour sa créance

Douai, 30 juill. 1877, *Jurispr. Douai*, 77, 265; Lyon, 6 fév. D. 1890, 91, 2, 377.

(1) Cass. 30 mars 1875, D. 75, 1, 353.

(2) LAURENT, t. XVIII, n° 79 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 473.

personnelle. Les auteurs, en constatant ce résultat, se bornent à faire remarquer que la subrogation, dans le cas envisagé, a surtout pour but d'écarter un créancier qui, assuré par son rang d'être intégralement payé, voudrait poursuivre la vente des biens du débiteur dans un moment inopportun.

Mais il s'agit de l'écarter définitivement, dans des conditions où il ne pourra plus revenir pour prendre personnellement l'initiative et la direction des poursuites.

Donc si le créancier antérieur est en même temps, en vertu d'autres titres, ou par l'effet d'une transmission quelconque (cession, legs, succession, etc.) titulaire d'autres créances sur le même débiteur, celui qui veut obtenir la subrogation devra tenir compte de cette circonstance. Il s'agit en effet d'une subrogation de personnes et non d'une subrogation de choses, et la personne du créancier payé ne doit plus reparaître.

Par conséquent si un créancier est en même temps titulaire de deux créances, l'une de premier rang, l'autre de deuxième rang, un créancier postérieur titulaire d'une créance de troisième rang pourra bien offrir au créancier antérieur le paiement de sa créanec de deuxième rang, sans lui offrir le paiement de sa créance de premier rang, mais il ne pourra lui offrir le paiement de sa créance de premier rang sans lui offrir en même temps le paiement de sa créance de deuxième rang (1).

De même, au cas où le créancier titulaire de la créance de premier rang, est en même temps titulaire d'une créance de troisième rang, le créancier intermédiaire titulaire de la créance de deuxième rang, sera obligé pour obtenir la subrogation, d'offrir en même temps, avec le paiement de la créance antérieure à la sienne, le paiement de la créance postérieure.

(1) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 482.

Pourquoi? Parce que si la subrogation devait avoir lieu par l'effet du paiement de la créance de premier rang, le créancier payé de cette créance pourrait immédiatement après demander à son tour la subrogation contre le subrogé en vertu de sa créance de deuxième rang, dans la première espèce, ou de sa créance de troisième rang, dans la seconde espèce, et rétablir la situation première en reprenant sa créance. L'autre créancier recommencerait l'opération de son côté, et on se trouverait ainsi engagé dans un circuit de subrogations successives absolument sans issue. Il faut donc que le paiement soit fait dans des conditions qui ne permettent pas au créancier payé de reparaître (1).

La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. La Cour de Douai a voulu consacrer une opinion différente; elle a jugé que la subrogation accordée par la loi au créancier payant un autre créancier, est une concession de faveur qui ne saurait être ni étendue ni restreinte, et à laquelle il n'est pas permis d'imposer des conditions autres que celles établies par la loi elle-même. Spécialement que lorsqu'un créancier use du droit que lui donne l'art. 1251 1° de payer, sauf subrogation, un créancier antérieurement inscrit, il n'est pas obligé d'offrir en même temps le paiement d'une créance postérieure que celui-ci a contre le même débiteur. Mais en ajoutant qu'*il en est ainsi surtout lorsqu'en fait, à raison des stipulations particulières des parties, il n'y a pas à redouter un circuit de subrogations absolument sans issue*, la Cour détruit en quelque sorte sa propre doctrine (2).

69. La question de savoir comment doit s'exercer la subrogation en cas de concours d'une hypothèque générale avec

(1) AUBRY et RAU, § 321, texte et note 50; GAUTHIER, n° 258; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 479; LAURENT, t. XVIII, n° 80; Cass. 2 août 1870, S. 71, 1, 25, note de M. LABBÉ; Rouen, 28 juin 1884, *J. not.*, art. 23364; Douai, 5 mai 1883, *Jurispr. Douai*, 83, 156.

(2) Douai, 11 avr. 1892, D. 92, 2, 565, Conf. Paris, 21 déc. 1836, D. 37, 2, 184.

des hypothèques spéciales affectant plusieurs immeubles au profit de créanciers différents, sera plus utilement examinée à propos de la matière des hypothèques. Nous nous bornerons à indiquer ici, sauf à y revenir, deux solutions principales :

Supposons d'abord une hypothèque générale et ensuite une hypothèque spéciale postérieure en date. Le créancier général peut faire vendre l'immeuble grevé d'une hypothèque spéciale, et priver ainsi le créancier spécial de son gage. Ce dernier a donc intérêt à écarter la cause de préférence existant sur cet immeuble en payant l'autre créancier.

Supposons maintenant une hypothèque spéciale inscrite sur un immeuble. Postérieurement une hypothèque générale est inscrite au profit d'un autre créancier. Le patrimoine du débiteur se compose uniquement de l'immeuble déjà grevé de l'hypothèque spéciale, et d'un autre immeuble. Si les deux immeubles sont vendus à leur juste prix en temps opportun, les deux créanciers seront payés ; il en sera autrement si la vente de l'immeuble grevé de l'hypothèque spéciale est faite dans un moment peu favorable. Le créancier à hypothèque générale a donc intérêt à rembourser, avec subrogation, le créancier à hypothèque spéciale.

70. L'art. 1251 § 2 accorde encore la subrogation de plein droit *à l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué.*

Si le prix de cette acquisition suffit pour désintéresser tous les créanciers inscrits, la subrogation est sans intérêt ; l'acquéreur en payant ainsi la totalité de son prix aux créanciers se trouve libéré vis-à-vis du vendeur, et ce dernier est en même temps libéré vis-à-vis de ses créanciers.

Mais si le prix d'acquisition ne suffit pas pour payer intégralement tous les créanciers, les créanciers non payés con-

servent alors le droit d'agir hypothécairement contre l'acquéreur. Si l'immeuble est vendu sur leur poursuite, la subrogation sera alors utile à l'acquéreur qui sera colloqué, sur le prix d'adjudication, au rang des créanciers qu'il a payés, et recouvrera ainsi les fonds qu'il a déboursés.

Cependant si l'adjudication, sur les poursuites d'un créancier non payé, a lieu pour un prix inférieur au montant de la première vente, l'acquéreur primitif ne rentrera pas dans la totalité des fonds par lui payés au créancier. Le moyen d'éviter ce résultat, c'est de recourir aux formalités de la purge (art. 2181 et suiv.).

Des principes ci-dessus posés, il suit que la subrogation accordée par le deuxième paragraphe de l'art. 1251, a lieu seulement :

Au profit de l'acquéreur ou de l'adjudicataire (1) d'un immeuble ou d'un droit réel susceptible d'hypothèque, et non au profit de l'acquéreur soit d'une servitude prédiale, soit d'un droit d'usage ou d'habitation (2); peu importe qu'il tienne ses droits du véritable propriétaire ou qu'il les ait acquis *a non domino* (3) peu importe encore, dans ce dernier cas, qu'il ait, ou non, été de bonne foi (4). Le texte de l'art. 1251 n'autorise en effet aucune distinction.

Il faut admettre, de même, que la subrogation serait applicable au cas où le droit de l'acquéreur qui a désintéressé les créanciers hypothécaires, viendrait à tomber par suite de

(1) Cass. 22 janv. 1877, D. 77, 1, 249 ; Caen, 22 déc. 1874, D. 76, 2, 81.

(2) DEMOLOMBE, t. XXVII, nos 519-520 ; GAUTHIER, n° 359 ; LAURENT, n° 85 ; Cass. 28 déc. 1853, D. 54, 1, 10 ; *Contrà,* MOURLON, *Subrog.*, p. 459.

(3) AUBRY et RAU, § 321 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 515 ; LAURENT, t. XVIII, n° 86.

(4) LAURENT, *ibid.* ; *Contrà*, AUBRY et RAU, *loc. cit.* ; DEMOLOMBE, *loc. cit.*

la résolution, de la rescision ou de l'annulation de son contrat (1).

Puisqu'il faut, pour la subrogation, qu'il y ait un acquéreur faisant un certain emploi de son prix d'acquisition, il n'y aura pas subrogation légale au profit de celui qui, ayant simplement le projet d'acheter un immeuble pour un prix convenu avec le vendeur, sur la promesse unilatérale de ce dernier, désintéresse les créanciers hypothécaires de celui-ci jusqu'à concurrence de cette somme. Il y aurait lieu, en ce cas, à la subrogation conventionnelle seulement.

Bien différente sera la situation de l'acheteur conditionnel. Sans doute la vente est encore imparfaite ; elle ne pourra notamment se réaliser si la chose vendue vient à périr avant l'arrivée de la condition. Mais cette vente existe, et si la condition se réalise, l'acheteur est réputé propriétaire *ab initio*. Si donc il a employé son prix à payer les créanciers, il peut invoquer l'application de l'art. 1251 2°. Il n'est pas nécessaire qu'un acte authentique établisse que l'acheteur conditionnel donne à son vendeur une somme qui doit être employée à désintéresser les créanciers; ce serait transporter dans l'article 1251 2°, les exigences de l'art. 1250 2° (2).

Il faut traiter comme un acquéreur sous condition résolutoire, celui qui se trouvait lui-même au nombre des créanciers hypothécaires. Il s'est produit en sa personne une confusion qui met obstacle à l'exercice de son droit de créance. Mais s'il est obligé de subir l'éviction, il est comme subrogé à lui-même, c'est-à-dire que sa créance et son hypothèque reprendront toute leur force après sa dépossession, le délaissement ou l'adjudication faits sur lui (3).

(1) Voy. Cass. 17 juill. 1861, D. 61, 1, 480 ; Cass. 18 mars 1850, D. 50, 1, 104.

(2) *Contrà*, MOURLON, *Subrog.*, p. 458 et suiv. ; AUBRY et RAU, § 321.

(3) MERLIN, *Répert.* v° *Subr. de pers.*, sect. II, § 4, n° 1 ; GAUTHIER,

71. Le paiement à effectuer par l'acquéreur en vue de la subrogation ne concerne que les créanciers ayant un privilège ou une hypothèque portant précisément sur l'héritage acquis. L'acquéreur n'est pas tenu, comme un créancier le serait dans le cas du paragraphe premier de notre art. 1251, de payer à celui qu'il s'agit de désintéresser toutes ses autres créances inscrites sur le même immeuble. Ici, en effet, il n'y a plus à craindre le circuit interminable d'actions dont nous avons parlé, puisque, en payant, l'acquéreur a produit à son profit une confusion dont il peut invoquer l'effet extinctif (1).

A l'inverse, poursuivi hypothécairement par un créancier qui, lui-même, a acquis du débiteur divers immeubles hypothéqués pour sûreté de sa créance, le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué à la sûreté de la même créance, ne saurait opposer au créancier que celui-ci doit contribuer avec lui au paiement de sa propre créance pour une quote-part proportionnelle à la valeur comparative des immeubles dont il s'est rendu acquéreur avec celle de l'immeuble qu'il détient lui-même comme tiers détenteur, sous prétexte que s'il lui payait intégralement ce qui lui est dû, il pourrait, en vertu de la subrogation légale, exercer un recours contre lui (2).

Le paiement fait par l'acquéreur produira la subrogation à son profit, quand même il aurait été effectué par contrainte ou en exécution d'une clause du contrat de vente. Même dans ce cas on ne peut pas dire que l'acquéreur paie une dette qui lui soit propre ; il paie toujours comme acquéreur (3).

L'acquéreur peut d'ailleurs payer par mandataire, et le

n^os 293 et suiv. ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 526 ; MOURLON, *Subrog.*, p. 395.

(1) Caen, 7 fév. 1880, D. 81, 2, 51 ; Grenoble, 25 juin 1892, D. 93, 2, 425.

(2) Arrêt précité de Grenoble, du 25 juin 1892.

(3) Cass. 7 nov. 1854, D. 54, 1, 401 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 538 ; LAURENT, t. XVIII, n° 93 et les autorités citées.

mandataire choisi peut être le vendeur lui-même (1). Mais si l'acquéreur s'était borné à verser son prix entre les mains du vendeur, sans lui donner aucun mandat, il ne pourrait réclamer le bénéfice de la subrogation, quand même, en fait, le vendeur aurait employé ce prix à désintéresser les créanciers hypothécaires (2).

Si une partie du prix seulement a été employée à désintéresser un créancier hypothécaire, la subrogation a lieu à concurrence de la somme déboursée. Si l'acquéreur a employé à cet effet une somme supérieure au prix d'acquisition, il sera encore subrogé, car il a payé à titre d'acquéreur et pour consolider son acquisition (3). On peut cependant soutenir que, dans ce cas, la subrogation procédera plutôt du paragraphe 3 de l'art. 1251, car il est permis de dire qu'il a payé comme étant tenu pour d'autres et ayant intérêt à l'acquittement de la dette (4). Même solution quand il n'y a pas de prix d'acquisition, comme dans le cas de donation ou d'échange, et que l'acquéreur paie un prix d'évaluation.

72. La subrogation légale produit son effet utile non seulement quant aux droits qu'avaient les créanciers désintéressés sur les biens formant l'objet de l'acquisition, mais encore d'une manière générale dans *tous les droits* que ces créanciers pouvaient avoir sur les autres immeubles du débiteur (articles 1251 2° et 1249 cbn.). Il faudrait un texte pour que cette subrogation fût partielle ou limitée. On peut dire aussi que l'acquéreur, s'il n'a pas le droit d'invoquer la subrogation du chef du second alinéa de l'art. 1251, pourrait au moins s'en

(3) Cass. 11 août 1852, D. 54, 1, 308 ; Trib. Bordeaux, 20 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 756 ; Agen, 7 mai 1887, D. 88, 2, 17.

(2) Aix, 21 nov. 1877, D. 79, 2, 40.

(3) Trib. Versailles, 23 nov. 1887, *Gaz. Pal.*, 88, 1, 186 ; AUBRY et RAU, § 321 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 194 *bis* V ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 524.

(4) LAURENT, t. XVIII, n° 90.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

prévaloir du chef du troisième alinéa; or la subrogation accordée par le troisième alinéa produit certainement un effet illimité (1).

L'acquéreur sera donc subrogé, non seulement aux privilèges ou hypothèques, dans toute leur étendue, mais encore à tous les autres droits et actions du créancier (2); donc si ces actions dérivent d'un titre authentique, il pourra invoquer le caractère du titre pour en demander l'exécution provisoire (3). Mais, dans tous les cas, et quelle que soit la généralité de la subrogation, dont il s'agit, elle ne peut donner à l'acquéreur d'autre droit que celui d'arriver à obtenir une collocation au lieu et place du créancier payé, sans lui permettre jamais de répéter contre le débiteur, c'est-à-dire contre son vendeur, les sommes qu'il a payées en son acquit.

73. On aura déjà remarqué que, dans certaines hypothèses où il s'agit d'apprécier les effets d'un paiement de son prix effectué par l'acquéreur d'un immeuble, on a été conduit à cette conclusion que si l'acquéreur ne peut être considéré comme subrogé en vertu du second alinéa de l'art. 1251, on peut le considérer comme tel en le comprenant dans la formule générale du troisième alinéa qui accorde la subrogation légale :

« *A celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter.* »

Le second paragraphe de l'art. 1251 contiendrait donc une application anticipée d'une règle générale formulée seulement dans le troisième paragraphe. Il est très facile d'expliquer historiquement ce qu'on a appelé un pléonasme légis-

(1) Cass. 28 juin 1882, D. 85, 5, 446; MOURLON, *Subrog.*, p. 388; AUBRY et RAU, § 321, texte et note 76; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 195 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 546; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n° 117; Alger, 18 nov. 1887, *Rev. Algér.*, 89, 2, 206.

(2) Cass. 3 avr. 1861, D. 61, 1, 153.

(3) Limoges, 25 juill. 1887, D. 88, 2, 103.

latif. Nous ferons toutefois remarquer que la subrogation résultant du § 3 est certainement générale et sans limite, tandis que, dans certains cas, on discute sur l'étendue plus ou moins grande de la subrogation résultant du § 2.

Quoi qu'il en soit, le principe de la loi est celui-ci : Pour qu'il y ait subrogation, il faut :

1° Être tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette;

2° Avoir intérêt à l'acquitter.

Ces conditions se réfèrent à la question du recours. Toute subrogation légale implique en effet l'existence d'un recours dont elle a pour but de garantir l'efficacité. Si donc un individu paie dans des conditions où il ne doit avoir de recours contre personne, il ne saurait être question de subrogation. Ainsi un individu est tenu avec d'autres vis-à-vis du même créancier, mais il a pris toute la dette à sa charge, par exemple dans un partage; il en est ainsi devenu, à l'égard des autres, le seul débiteur (1).

Donc chaque fois qu'un recours sèra possible, le paiement prévu par l'art. 1251 3°, produira la subrogation :

« La subrogation est acquise, disait Bigot-Préameneu, dans tous les cas où la dette a été payée par un codébiteur, une caution et, en général, par tous ceux qui étant tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avaient intérêt de l'acquitter (2). »

C'est cette dernière formule générale qui, seule, peut donner lieu à des difficultés.

74. Aujourd'hui tout le monde est d'accord pour compter le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué au nombre de ceux qui, étant tenus pour d'autres au paiement de la dette, ont intérêt de l'acquitter, quelque soit d'ailleurs le titre

(1) Cass. 5 mai 1890, D. 91, 1, 482.
(2) FENET, t. XII, p. 269.

d'où procède son acquisition, et quel qu'en soit l'objet.

Ainsi, sont des tiers détenteurs : le donataire, le coéchangiste, le légataire particulier qui a payé la dette dont l'immeuble légué était grevé, la société quant aux apports réalisés par les associés et qui étaient grevés d'hypothèques. Il faut assimiler au tiers détenteur, le propriétaire qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'un autre sans s'obliger personnellement.

Peuvent encore réclamer la subrogation en qualité de tiers détenteurs, ceux qui ont acquis un démembrement de la propriété susceptible d'hypothèque, tel que l'usufruit ou la nue propriété d'un immeuble, et l'emphytéose dans l'opinion qui considère ce droit comme un démembrement de la propriété susceptible d'hypothèque (Voy. t. IV, n° 73).

Enfin, dans les cas où le privilège sur les meubles est accompagné d'un droit de suite, l'acquéreur du meuble se trouve dans la position d'un tiers détenteur tenu réellement pour un autre envers les créanciers.

75. Passons maintenant aux cas où celui qui prétend obtenir la subrogation est personnellement obligé avec d'autres au paiement de la dette.

Il faut d'abord éliminer les cas d'obligations simplement conjointes, car alors il n'y a pas de débiteur tenu avec d'autres ou pour d'autres. Chacun n'est tenu que d'une dette à lui propre. Or les dettes d'une succession se divisant entre les différents héritiers, chacun d'eux n'est tenu que de sa part. Par suite celui des héritiers ou successeurs universels qui a payé soit après, soit même avant le partage, une dette chirographaire de la succession au delà de la part dont il est tenu ne peut prétendre à la subrogation (1), excepté contre celui qui, par une clause spéciale, se serait chargé du paiement définitif de la dette entière.

(1) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 581 ; LAURENT, t. XVIII, n° 101.

Mais dans les cas d'indivisibilité il peut y avoir lieu à subrogation, au profit d'un codébiteur d'une obligation indivisible, même *solutione tantum*, qui paie la dette commune. Nous savons en effet que l'indivisibilité de l'obligation, modalité qui profite au créancier, ne peut définitivement peser sur celui des codébiteurs qui paie la dette, et un recours aura lieu rendu efficace par la subrogation.

Il en sera de même en matière de solidarité. Le débiteur qui a payé la dette pour la totalité ou pour une portion supérieure à celle qu'il doit supporter définitivement, est légalement subrogé de plein droit pour exercer son recours contre ses codébiteurs, sans qu'il ait besoin d'invoquer une convention à cet égard (1), qu'il ait payé volontairement ou par contrainte, qu'il s'agisse de solidarité conventionnelle ou de solidarité légale.

La subrogation légale a encore lieu au profit de la caution qui paie la dette en totalité ou en partie. Peu importe que la caution se soit engagée en même temps que le débiteur ou postérieurement, mais il faut que son engagement existe au moment du paiement et soit constaté, vis-à-vis des tiers, par un acte ayant date certaine avant l'époque du paiement (2).

Il faut assimiler à la caution le cofidéjusseur et le *mandator pecuniæ credendæ*, mais non le tiers qui s'oblige envers le débiteur seul à payer le créancier sans prendre aucun engagement envers celui-ci (3).

La subrogation légale n'a pas lieu non plus au profit du sous-entrepreneur qui a payé les ouvriers par lui employés, soit en ce qui concerne l'action que ces derniers auraient pu exercer contre l'entrepreneur principal en vertu de l'art. 1798, soit quant au privilège qui pourrait leur appartenir le cas

(1) Paris, 13 mars 1883, *Gaz. Pal.*, 83, 1, 539.
(2) Lyon, 13 janv. 1849, *Rec. arr. Lyon*, t. XXVI, p. 426.
(3) Paris, 27 nov. 1841, D. 42, 2, 73.

échéant en vertu de la loi du 26 pluviôse an II ; le sous-entrepreneur se borne en effet à payer sa propre dette (1).

Quant aux effets de la subrogation, et en ce qui touche les codébiteurs solidaires, nous rappelons que celui d'entre eux qui a payé ne peut exercer son recours contre les autres que jusqu'à concurrence de leur part dans la dette, (art. 1214), alors même qu'il s'est fait subroger conventionnellement aux droits du créancier (Voy. t. VII, n° 333). Il en est de même pour les cofidéjusseurs (art. 2033), et pour les cohéritiers ou successeurs à titre universel dans le cas prévu par l'art. 875, (Voy. t. V, n° 401).

Il en est autrement du recours de la caution contre les codébiteurs solidaires. La caution en effet ne pouvant être considérée comme associée avec les débiteurs solidaires doit avoir contre chacun d'eux un recours pour la totalité de ce qu'elle a payé (art. 2031). Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ce point quand nous parlerons du cautionnement.

76. Enfin, d'après le § 4 de l'art. 1251, la subrogation a encore lieu de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé, de ses deniers, les dettes de la succession.

Ce n'est pas que l'héritier bénéficiaire soit tenu de payer de ses deniers les dettes de la succession ; mais comme la liquidation d'une succession bénéficiaire est d'autant plus compliquée et chargée de frais que le nombre des créanciers est plus grand, la loi a voulu encourager l'héritier à faire des avances de fonds qui rendront la liquidation plus facile et moins coûteuse.

Cette subrogation n'a lieu que pour les paiements régulièrement effectués par l'héritier bénéficiaire en conformité des prescriptions de l'art. 808, et dans la mesure de ces paiements (Voy. t. V, n° 245) ; ainsi s'il y avait des créanciers

(1) Cass. 12 fév. 1866, D. 66, 1, 57 ; AUBRY et RAU, § 321 ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 584 ; LAURENT, t. XVIII, n° 102.

opposants, l'héritier ne pourrait obtenir la subrogation qu'en payant dans l'ordre et de la manière réglée par le juge (1).

L'expression *dettes* est employée ici, comme dans l'art. 802, n° 1, dans un sens large. Elle s'applique non seulement aux dettes proprement dites, mais encore aux legs et elle comprend les droits de mutation (L. 22 frim. an VII, art. 32 et 39). L'héritier bénéficiaire sera donc subrogé à toutes les garanties des créanciers de la succession, à l'hypothèque des légataires et au droit de préférence accordé au Trésor public par la loi du 22 frim. an VII, comprenant un privilège sur les revenus des biens à déclarer et une hypothèque sur la propriété des mêmes biens (2).

La subrogation dont nous parlons ne saurait être étendue au curateur à une succession vacante, simple administrateur pour le compte d'autrui (3); mais elle appartient à l'héritier apparent et à tous ceux qui sont investis d'un droit héréditaire résoluble, soit en vertu d'une vocation personnelle, soit en vertu d'une cession (4).

N° 4. — *Des effets de la subrogation.*

77. — Effets contre les cautions et autres, art. 1252 § 1.
78. — La subrogation ne peut procurer au subrogé une situation privilégiée.
79. — Elle ne peut nuire au subrogeant, art. 1252 § 2.
80. — Du droit de préférence accordé au subrogeant qui n'a reçu qu'un paiement partiel.

77. Nous avons eu soin de mentionner les principaux effets de la subrogation dans chacune des quatre hypothèses aux-

(1) Cass. 4 juill. 1892, D. 92, 1, 481.

(2) AUBRY et RAU, § 321, note 66; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 614; Cass. 24 juin 1857, D. 57, 1, 242.

(3) AUBRY et RAU, § 321, note 65; DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 614; LAURENT, t. XVIII, n° 107; BAUDRY-LACANTINERIE, t. XI, n° 105.

(4) Voy. LAROMBIÈRE, sur l'art. 1251, n° 82.

quelles se réfère l'art. 1251. Il nous reste à parler des effets communs à toute subrogation.

Le principe général a été ainsi formulé par la Cour de cassation :

« Par l'effet de la fiction qui sert de fondement à la subrogation soit conventionnelle, soit légale, la créance acquittée est censée subsister avec tous les droits qui y sont inhérents, afin d'assurer au tiers qui est subrogé l'efficacité de son recours pour le recouvrement de ce qu'il a payé (1). »

Nous avons déjà expliqué que la fiction dont il s'agit est plutôt la fiction d'un transport-mandat que d'un transport-cession (*suprà*, n° 47). Or comme ce point n'était pas parfaitement élucidé dans l'ancien droit, certains auteurs, notamment Dumoulin (2), soutenaient que la subrogation ne pouvait opérer contre la caution, par ce motif que la caution n'ayant entendu s'obliger qu'envers un créancier connu, ce dernier ne pouvait transporter à un autre le droit d'action, ni par une cession véritable, ni par une cession fictive ou subrogation. Pour ceux au contraire qui ne voyaient dans la subrogation que la fiction d'un transport-mandat, la difficulté n'existait pas, le subrogeant étant représenté par le subrogé comme il aurait pu l'être par un mandataire.

C'est ce point de vue qui a fini par être adopté, et, pour éviter le retour des anciennes controverses, le législateur a cru devoir déclarer spécialement que :

ART. 1252 § 1. La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs.

A plus forte raison doit-elle avoir lieu contre les tiers détenteurs, moins favorables que les cautions (3). Il faut

(1) Cass. 3 avr. 1861, D. 61, 1, 253 ; Caen, 23 avr. 1890, *Pand. fr.*, 90, 2, 201.

(2) Sur la *Cout. de Poitou*, art. 330.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 197 *bis* II, III ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 639 ; LAURENT, t. XVIII, n° 110.

même décider que la caution qui a dû nécessairement compter sur les biens affectés par le débiteur au paiement de la créance, pourra, en vertu de la subrogation, exercer contre le tiers détenteur l'hypothèque du créancier désintéressé, tandis que le tiers détenteur ne pourra se prévaloir de la subrogation contre la caution (1). La subrogation fait du reste passer au subrogé toutes les actions qui appartenaient au subrogeant, non seulement contre les tiers détenteurs, mais encore contre les tiers qui ne sont tenus ni personnellement, ni hypothécairement au paiement de la dette, par exemple l'action en résolution qui appartient au vendeur non payé, sans toutefois pouvoir aggraver la situation du débiteur, ni modifier les conditions de sa dette.

78. De même la subrogation ne peut nuire aux tiers ni donner à celui qui veut l'invoquer une situation privilégiée par rapport à ceux qui sont dans la même condition que lui.

Ainsi, par exemple, le débiteur a hypothéqué plusieurs immeubles différents au profit du même créancier. Il vend ses immeubles à divers acquéreurs, et aucun de ceux-ci n'a eu recours aux formalités de la purge. On suppose que l'un d'eux, poursuivi hypothécairement, a payé toute la dette. Il est subrogé, cela n'est pas douteux. Si, conformément aux principes, on l'admet à recourir contre les autres tiers détenteurs pour le tout, la même situation se produira à l'égard de celui qui sera, le premier, l'objet de ce recours ; donc, en passant de subrogation en subrogation, on finira par laisser tomber le fardeau entier de la dette sur le tiers détenteur qui sera poursuivi le dernier. Ce résultat, quoique injuste, est considéré comme forcé par quelques auteurs (2).

(1) AUBRY et RAU, § 321, texte et note 86 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 197 *bis* X ; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 651 ; LAURENT, t. XVIII, n° 123 ; Comp. MOURLON, *Subrog.*, p. 99 et suiv.

(2) GAUTHIER, n°s 468 et suiv. ; LAURENT, t. XVIII, n° 128.

Or pourquoi avoir ainsi posé l'hypothèse? Pourquoi ne pas avoir supposé que le créancier poursuit en même temps chaque tiers détenteur, et que chaque tiers détenteur poursuivi offre, en même temps, le montant entier de la dette? Sans doute, le créancier ne peut pas souffrir de retard, parce que plusieurs se disputent pour le payer; il recevra donc, en fait, le paiement des mains de n'importe qui. Mais si les tiers détenteurs en conflit ne se mettent pas d'accord pour régler leur situation respective, la justice interviendra. Que devra-t-elle faire? Il est équitable et juridique que, tous ayant une position égale et semblable, il soit procédé entre eux à une répartition de la perte résultant de l'insolvabilité du débiteur. Cette répartition se fera au *prorata* de ce que chacun des tiers détenteurs possède des héritages hypothéqués à la dette (1), en ramenant au chiffre de la dette les immeubles ayant une valeur supérieure (2).

Or, ce résultat qui s'impose lorsque tous les tiers détenteurs sont poursuivis en même temps, peut-il être modifié par cette circonstance que le créancier, par calcul ou autrement, a favorisé l'un des tiers détenteurs en le poursuivant le premier? Évidemment non.

C'est donc avec raison qu'on a généralement décidé que le recours du tiers détenteur subrogé se divise entre tous les autres comme on vient de le dire (3).

79. La subrogation n'étant que la fiction d'un transport-mandat, c'est-à-dire d'une *procuratio in rem suam* donnée au subrogé, ne peut évidemment être tournée contre le subrogeant lui-même :

(1) POTHIER, *Traité de l'hyp.*, ch. II, sect. 1, § 6.

(2) MOURLON, p. 65 et suiv. ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 297 *bis* VIII.

(3) COLMET DE SANTERRE et MOURLON, *loc. cit.;* AUBRY et RAU, 32 § 1; Angers, 10 mars 1841, D. 41, 2, 146. Comp. DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 658.

ART. 1252 § 2. — Elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

C'est l'application de la maxime : *Nemo censetur subrogasse contrà se*, dont nous avons plus haut déterminé la véritable signification (*suprà*, n° 83).

Cette intervention dans la subrogation de l'idée de mandat ou de *negotiorum gestio*, n'est pas comprise par certains auteurs qui n'hésitent pas à critiquer la disposition de l'article 1252, et insistent sur ce point que, *vis-à-vis de tous*, le subrogé est l'ayant-cause du subrogeant, et ne doit pas être traité comme s'il était seulement mandataire, et qu'en divisant sa créance le subrogeant a admis un concours, fondé sur l'identité des droits transférés au subrogé avec ceux qu'il a gardés entre ses mains (1).

Nous admettons également que, *vis-à-vis de tous* le subrogé est l'ayant-cause du subrogeant en vertu de la fiction de transport admise par la loi. Mais il ne faut pas oublier qu'il y avait deux manières possibles d'envisager ce transport au point de vue pratique. On pouvait en concevoir l'exécution comme dans le cas de vente ordinaire, ou en concevoir l'exécution au moyen d'une *procuratio in rem suam*. Or, dans ce dernier cas, le transport comportait certaines restrictions qu'il n'aurait pas comporté si on eût appliqué purement et simplement les principes de la vente. Voilà pourquoi il est faux de prétendre que le subrogeant ayant d'ailleurs pour sa créance une cause légitime de préférence, telle qu'un gage, un privilège, une hypothèque, qui reçoit un paiement partiel, considère comme absolument identiques à ceux qu'il transfère au subrogé les droits qu'il conserve entre ses mains. En recevant un acompte sur ce qui lui est dû, il

(1) Voy. MARCADÉ, sur l'art. 1252 ; DURANTON, t. XII, n° 186 ; AUBRY et RAU, § 321 ; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1252, n° 25.

n'entend pas compromettre le recouvrement du solde, et s'il confère certains pouvoirs au subrogé pour rendre son remboursement plus facile, il n'entend pas que ces pouvoirs puissent être invoqués contre lui. Les explications, fort peu nettes d'ailleurs, qui ont été fournies sur l'art. 1252, aboutissent finalement à ce résultat (1).

Si la créance partiellement payée était simplement chirographaire, ou seulement garantie par un cautionnement, le recours du *solvens* contre le débiteur, n'étant plus fondé sur la subrogation, mais sur un titre égal à celui du créancier payé en partie, l'art. 1252 ne serait plus applicable; le *solvens* et l'*accipiens* devraient l'un et l'autre recevoir dans la distribution par contribution un dividende proportionnel (2).

80. Le droit de préférence consacré par l'art. 1252, au profit de celui qui n'a reçu qu'un paiement partiel, résulte uniquement, il faut le remarquer, d'une réserve implicitement faite par celui qui a été ainsi payé en partie; ce droit ne résulte pas du tout du titre de créance lui-même, quoiqu'il doive concourir à assurer le paiement de la créance. Ce droit peut être transmis par voie de cession soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Ainsi, en vendant sa créance pour solde le créancier peut vendre en même temps le privilège résultant de l'art. 1252; le contrat, dans ce cas, a directement pour objet le privilège dont il s'agit (3).

Mais il en serait autrement, si le créancier procédait par voie de subrogation au profit de celui qui viendrait lui payer le solde de sa créance. Dans ce cas le contrat a seulement pour objet la transmission des sûretés directement consti-

(1) GAUTHIER, n° 64; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 197 *bis* XII; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 662; LAURENT, t. XVIII, n° 134; Cass. 23 juill. 1883, D. 84, 1, 180.

(2) Cass. 25 nov. 1891, S. 92, 1, 298.

(3) Paris, 18 mars 1837, D. 37, 2, 178; AUBRY et RAU, § 321; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 667; LAURENT, t. XVIII, n° 137.

tuées pour assurer le paiement de la créance considérée en elle-même, et non la transmission d'un privilège résultant d'une réserve que l'événement démontre n'avoir plus de signification. Par conséquent le dernier subrogé ne sera pas préférable au premier, mais tous les subrogés concourront ensemble (1).

Il est à peine besoin de faire observer que l'art. 1252 § 2 s'applique uniquement à la portion restant due de la créance dont une partie seulement a été payée; le créancier ne saurait l'invoquer pour les autres créances qu'il peut avoir contre le même débiteur (2).

§ 3. — De l'imputation des paiements.

81. — En principe c'est le débiteur qui dirige l'imputation, art. 1253.
82. — D'après quelles règles, art. 1254.
83. — De l'imputation faite par le créancier, art. 1255.
84. — Imputation faite par la loi, art. 1256.

81. Un débiteur est tenu en même temps de plusieurs dettes distinctes vis-à-vis du même créancier. On suppose qu'il a fait un paiement insuffisant pour acquitter tout ce qu'il doit. On demande alors sur quelle dette doit être imputé le paiement effectué?

La question implique forcément qu'il ne s'agit pas de dettes ayant pour objet des corps certains, ou des quantités de nature différente, mais au contraire des dettes ayant des objets de même nature, susceptibles de se remplacer l'un par l'autre, fongibles entre eux.

(1) MERLIN, *Rép.* v° *Subrog. de pers.*, § 8, n° 8; AUBRY et RAU, § 321, texte et note 93; GAUTHIER, n° 68; DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 667; Lyon, 12 fév. 1890, D. 91, 2, 247; Trib. Nancy, 28 juill. 1884, *J. N.*, n° 23285; *Contrà*, MOUBLON, *Subrog.*, p. 39; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 117 *bis* XV; LAURENT, t. XVIII, n° 137.

(2) Cass. 12 mars 1889, D. 90, 1, 207.

En cas pareil, il paraît équitable de poser en principe que :

ART. 1253. Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter (*).

Mais il ne peut user de cette prérogative que *lorsqu'il paie*, c'est-à-dire quand il fait un véritable paiement dans des conditions telles que le créancier ne peut pas le refuser.

Par conséquent, celui qui devrait au même créancier une somme de 500 francs et une somme de 1000 francs et qui voudrait payer 500 francs ne pourrait obliger le créancier à imputer ce paiement sur la dette de 1000 francs, puisqu'il ne peut le contraindre à recevoir un paiement partiel.

82. De même, si les deux dettes sont l'une et l'autre de la même somme, l'une étant échue et l'autre encore à terme, l'imputation ne pourra pas être faite sur la dette à terme, si le terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier. L'imputation ne pourra pas non plus avoir lieu sur une dette conditionnelle quand l'autre est pure et simple.

Par la même raison,

ART. 1254. Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts (**).

Il appartiendra tout d'abord aux juges du fait d'apprécier a volonté et de constater l'accord formel de toutes les parties pour écarter l'application de l'art. 1254 (1).

On soutient que cet article, vu la généralité de ses termes, s'applique aussi bien aux intérêts moratoires qu'aux intérêts compensatoires (2); même dans cette opinion, on reconnaît qu'il cesserait d'être applicable au cas où le débiteur aurait été condamné à l'occasion d'une dette, à des dom-

(*) Art. 1253. — L. 1, D. 46, 3, *De solut.*
(**) Art. 1254. — L. 5, C. 46, 3, *De solut.*
(1) Cass. 8 déc. 1874, D. 75, 1, 33.
(2) AUBRY et RAU, § 320, note 4.

mages-intérêts qui pourraient être considérés comme formant eux-mêmes une dette distincte et indépendante (1). Mais la dette des intérêts moratoires n'est-elle pas toujours une dette distincte du principal (2)?...

La dernière partie du texte prévoit le cas où la quittance établissant le fait d'un paiement non intégral porte que l'imputation est faite : « *sur capital et intérêts* ». La loi n'admet pas que l'imputation doive avoir lieu d'abord sur le capital, à raison de cette seule circonstance que le mot *capital* a été écrit le premier dans la quittance. Elle n'admet pas non plus que l'imputation doive être faite proportionnellement sur le capital et les intérêts à raison seulement de ce que les mots *capital* et *intérêts* se retrouvent ensemble dans la quittance. L'imputation doit se faire d'abord sur les intérêts et ensuite sur le capital.

La même solution doit être admise quand il existe plusieurs dettes également productives d'intérêt. L'imputation doit se faire indistinctement sur les intérêts de toutes les dettes. Le créancier ne saurait, en effet, être obligé de recevoir son capital, avant que le débiteur ait payé les intérêts ou arrérages présumés nécessaires à sa subsistance quotidienne (3).

Quid si le paiement non intégral concerne une dette qui est garantie par un cautionnement mais seulement pour partie? Il faut d'abord écarter l'application de l'art. 1256 fait pour les cas où il existe plusieurs dettes. Ce texte écarté, il est légitime d'admettre qu'un cautionnement partiel n'est éteint que lorsque la dette est intégralement payée. Le paiement doit donc s'imputer d'abord sur la partie non cautionnée

(1) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1254, n° 7 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 5.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 571 ; MARCADÉ, sur l'art. 1254, n° 3 ; LAURENT, t. XVII, n° 606.

(3) Cass. 25 nov. 1862, D. 63, 1, 19 ; AUBRY et RAU, § 320 ; LAURENT, t. XVII, n° 608 ; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 26.

de la dette (1), sauf les modifications pouvant résulter des stipulations particulières (2), ou de la manière dont le cautionnement a été établi (3).

La même solution et pour les mêmes motifs, doit être étendue au cas où une dette est garantie pour partie par une hypothèque ou un privilège ; le paiement partiel fait sans expression d'imputation, devra s'imputer d'abord sur la partie chirographaire de la dette (4).

Le paiement partiel peut être quelquefois effectué à titre de provision à valoir sur le solde productif d'intérêts, d'un compte, de tutelle par exemple, non encore rendu. Il doit être imputé, d'abord sur les intérêts, conformément au droit commun (5).

83. Si le débiteur n'indique pas quelle dette il entend acquitter, l'imputation peut être faite par le créancier, au moment même du paiement, et insérée dans la quittance délivrée au débiteur.

ART. 1255. Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

La *surprise* diffère du *dol* en ce qu'elle consiste, non dans des manœuvres destinées à tromper, mais dans la promptitude avec laquelle le créancier profite d'une erreur du débiteur pour lui faire accepter une imputation qui lui serait préjudiciable. Cette circonstance qui ne suffirait pas, d'après

(1) Cass. 12 nov. 1890, D. 92, 1, 19 ; Cass. 20 nov. 1890, *Gaz. Pal.*, 90, 2, 553 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 22 ; LAURENT, t. XVII, n° 619 ; *Contrà*, Caen, 11 juill. 1851, D. 54, 5, 98 ; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1256, n° 7.

(2) Poitiers, 6 mai 1891, D. 92, 2, 111.

(3) Cass. 13 nov. 1861, D. 62, 1, 133.

(4) AUBRY et RAU, § 263, texte et note 34 ; PONT, *Privil. et hyp.*, n° 214 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 51 ; LAURENT, t. XXX, n° 56.

(5) Cass. 25 fév. 1891, S. 91, 1, 157.

le droit commun, pour engendrer l'action en rescision pour cause de dol, permettrait d'attaquer l'imputation dont il s'agit (1).

Si la quittance porte que la somme a été payée au créancier *à valoir sur ses différentes créances*, cette expression générale n'est cependant censée comprendre que les créances civiles, et non les créances naturelles; les créances actuellement exigibles, et non celles dont le terme n'est pas échu (2).

84. Enfin, lorsque l'imputation n'a été faite ni par le débiteur, ni par le créancier, la loi la fait elle-même, en s'inspirant de l'intention présumée des parties et du désir de libérer le débiteur (3) :

ART. 1256. Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait pour lors le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues; sinon, sur la dette échue, quoique moins onéreuse que celles qui ne le sont point. — Si les dettes sont d'égale nature, l'imputation se fait sur la plus ancienne; toutes choses égales, elle se fait proportionnellement (*).

Il semblerait résulter du texte que la loi ne règle l'imputation que lorsque la quittance n'en porte aucune, de sorte que l'imputation conventionnelle devrait toujours être exprimée dans la quittance. Il n'en est rien cependant; l'art. 1256 n'a visé que les cas ordinaires, et il peut y avoir imputation conventionnelle par un acte distinct de la quittance (4) et même postérieur, à la condition que les parties soient maîtresses de leurs droits, et ne portent aucune atteinte à ceux des autres (5). L'art. 1256 n'est en effet applicable que si les parties n'ont pas exprimé leur volonté, et les juges du fait

(*) Art. 1256. — L. 1 à 5; L. 7, 8, 103, D. 46, 3, *De solut.*
(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 200 *bis*; LAURENT, t. XVII, n° 612.
(2) POTHIER, n° 566; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 42.
(3) Cass. 8 déc. 1874, D. 75, 1, 33; Cass. 27 mai 1872, D. 73, 1, 13.
(4) LAURENT, t. XVII, n° 614.
(5) Lyon, 4 mai 1881, D. 82, 2, 217.

ont un pouvoir souverain pour constater l'accord formel ou tacite des parties sur ce point (1).

Quand il est acquis que les parties n'ont rien statué à cet égard, l'art. 1256 pose les quatre règles suivantes :

1° Si l'une des dettes est échue, tandis que les autres ne le sont pas encore, l'imputation se fait d'abord sur la première alors même que l'intérêt évident du débiteur paraîtrait contraire à cette solution (2).

2° Si toutes les dettes sont également échues ou non échues, l'imputation se fait sur celles que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter, en envisageant la situation à l'époque du paiement (3), ce qui ne peut donner lieu qu'à une question de fait (4). Ainsi, l'imputation se fera sur la dette cautionnée plutôt que sur celle qui ne l'est pas (5), sur la dette qui produit des intérêts plutôt que sur celle qui n'en produit pas, sur la dette hypothécaire plutôt que sur la dette simplement chirographaire (6), sur une dette exclusivement personnelle plutôt que sur une dette solidaire (7).

3° Si les dettes sont toutes échues et que le débiteur paraisse avoir autant d'intérêt à acquitter les unes que les autres, l'imputation se fait sur la plus ancienne, c'est-à-dire sur celle *qui est née la première*, en parlant naturellement, comme tout le monde parle, c'est-à-dire pour se faire comprendre (8). En parlant autrement, on a soutenu que la dette la plus ancienne était la dette la première échue, celle qui devait

(1) Cass. 8 déc. 1874, précité.

(2) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 46; Rennes, 16 nov. 1882, D. 84, 2, 38.

(3) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 48.

(4) Cass. 23 juill. 1884, D. 84, 1, 459.

(5) Cass. 19 nov. 1879, S. 81, 1, 211.

(6) Cass. 28 juin 1847, D. 47, 4, 349.

(7) Cass. 9 août 1888, D. 89, 1, 283.

(8) MOURLON, t. II, n° 1378; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 201 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 52; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1059.

peser le plus sur le débiteur à raison de l'antériorité de son échéance (1).

4° Toutes choses égales, l'imputation se fait proportionnellement sur les différentes dettes. Du reste les parties majeures et maîtresses de leurs droits demeurent libres de modifier l'imputation légale même par des contrats postérieurs au paiement (2).

On est généralement d'accord pour admettre que les règles de l'imputation ne sont pas applicables au compte courant (3).

On peut aussi décider que l'art. 1254 n'est pas applicable au cas de faillite, à cause de l'art. 445, C. com., qui y aurait virtuellement dérogé (4). Cependant l'opinion contraire paraît prévaloir avec raison (5).

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

85. — Le Code civil n'a pas organisé une *mise en demeure* du créancier, quant à la réception du paiement. Système du Code, art. 1256.

86. — Des offres réelles en cas d'obligations de sommes, art. 1258; à qui et par qui elles doivent être faites.

87. — Ce qu'elles doivent comprendre.

88. — La dette doit être échue.

89. — Du lieu où les offres doivent être faites.

90. — Règles de forme.

91. — Contestation sur la validité des offres. — Cas dans lesquels les offres sont inutiles.

92. — De la consignation, art. 1259 et 1260. — Des instances en validité ou en nullité.

93. — Effets des offres, spécialement quant à la demeure du débi-

(1) DURANTON, t. XII, n° 194; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1256, n° 13; LAURENT, t. XVII, n° 622.

(2) Lyon, 4 mai 1881, D. 82, 2, 217.

(3) Cass. 18 nov. 1871, D. 72, 1, 200; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 59; LAURENT, t. XVII, n° 629; *Contrà*, Cass. 3 avr. 1839, D. 39, 1, 195.

(4) Cass. 17 déc. 1862, D. 63, 1, 305.

(5) Cass. 26 déc. 1871, S. 72, 1, 40 et note de M. LABBÉ; Poitiers, 20 janv. 1878, D. 78, 2, 70; LAURENT, t. XVII, n° 609.

teur ; il n'y a pas de demeure du créancier ; les offres autorisent seulement le débiteur à consigner.
94. — Effet libératoire de la consignation.
95. — Faculté pour le débiteur de retirer la consignation non acceptée, art. 1261.
96. — Règles concernant ce retrait, art. 1262 et 1263.
97. — Des dettes de corps certain, art. 1264.
98. — Dettes de choses indéterminées.
99. — Frais des offres.
100. — Obligations de faire ou de ne pas faire.

85. Le retard dans l'exécution de l'obligation est quelquefois imputable au créancier; c'est lorsque celui-ci refuse, sans motif juridique, de recevoir le paiement. Il pourrait y avoir lieu à une véritable demeure du créancier. Cette demeure semblerait devoir résulter d'offres suivies de refus d'acceptation; mais il y a sous ce rapport deux systèmes législatifs possibles. Il en est un pour qui la consignation n'est qu'une ressource extrême qu'il faut chercher à éviter, et qui consiste, par conséquent, à attribuer aux offres seules, l'effet de soustraire le débiteur aux conséquences fâcheuses de la prolongation injustifiée de son obligation.

Mais il en est un autre, celui de notre Code civil, qui n'admet d'autre ressource au profit du débiteur, en cas de refus du créancier de recevoir le paiement, que la faculté de se libérer par voie de consignation. Dans ce système, les offres, quoique devant être réelles, c'est-à-dire consister dans la présentation effective au créancier de la chose due, avec demande de la recevoir, ne sont néanmoins que la condition préalable de la consignation et ne produisent aucun effet par elles-mêmes. Ce qui revient à dire que dans une législation de ce genre, il n'y a pas de théorie sur la demeure du créancier, et le Code civil en effet n'en connaît point. Le débiteur est acculé à la consignation (1).

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 38.

Ce système est clairement résumé dans le premier texte que le Code consacre à la matière :

ART. 1257. Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. — Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites, et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

On voit que le texte parle de consigner la somme ou la chose offerte. C'est qu'en effet le droit du débiteur de payer malgré le refus du créancier existe quel que soit l'objet de son obligation, une somme d'argent ou autre chose indéterminée, un corps certain, un fait ou une abstention. Seulement la procédure pourra varier selon les cas.

86. La loi s'occupe d'abord des obligations de sommes :

ART. 1258. Pour que les offres réelles soient valables, il faut, — 1° Qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui ; — 2° Qu'elles soient faites par une personne capable de payer ; — 3° Qu'elles soient de la totalité de la somme exigible, des arrérages ou intérêts dus, des frais liquidés, et d'une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire ; — 4° Que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier ; — 5° Que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée ; — 6° Que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement, et que, s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, elles soient faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention ; — 7° Que les offres soient faites par un officier ministériel ayant caractère pour ces sortes d'actes.

Les offres doivent d'abord être faites à un créancier capable de recevoir, ou à son représentant, ou à la personne indiquée par le contrat comme pouvant recevoir le paiement (1). Le moyen tiré de ce que les offres ont été signifiées à une personne n'ayant pas mandat de recevoir pour le créancier ne pourrait être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

Donc si le créancier est mineur, les offres seront faites à la

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 147.
(2) Cass. 18 mars 1879, D. 79, 1, 308.

personne qui gère la tutelle ; s'il s'agit d'une mère survivante à qui le père prédécédé a donné un conseil, avec mission spéciale de l'assister dans la réception des sommes dues au mineur, les offres doivent être faites conjointement à la tutrice et au conseil de tutelle (1), car c'est une autorisation que doit fournir le conseil. (Voy. t. III, nos 265, 266).

Si le créancier est mineur émancipé, les offres lui seront adressées s'il s'agit des revenus; elles seront en outre faites au curateur s'il s'agit de capitaux.

Toute personne ayant la capacité voulue pour faire un paiement, a, par cela même, le pouvoir de faire des offres réelles.

87. Les offres doivent d'abord comprendre la totalité du capital ou de la somme *exigible*, c'est-à-dire *échue* au moment où elles sont faites. L'offre serait insuffisante, si le débiteur n'offrait pas tout ce qu'il doit, alors même qu'il ajouterait : *sauf à parfaire* en cas d'insuffisance (2). La même solution s'applique aux intérêts et arrérages (3). Une erreur dans le calcul des intérêts, non rectifiée en temps utile, entraînerait la nullité des offres (4).

Mais la formule : *sauf à parfaire*, est admise par la loi en ce qui concerne les frais judiciaires non liquidés.

Les frais liquidés qui doivent être en entier compris dans les offres, sont ceux dont le chiffre est déterminé par les jugements ou arrêts qui en prononcent la condamnation. Ils ne comprennent pas les droits d'enregistrement perçus sur la minute du jugement et qui sont compris dans la somme à valoir pour les frais non liquidés (5).

(1) DEMOLOMBE, t. XXVII, n° 70; *Contrà*, Bordeaux, 12 juin 1870, D. 71, 2, 124.

(2) Cass. 28 déc. 1887, D. 88, 1, 217.

(3) *Ibid.*

(4) Cass. 19 août 1884, D. 85, 1, 205.

(5) Trib. Seine, 7 août 1886, *La Loi* du 5 oct. 1886 ; Paris, 11 juin 1864, S. 65, 2, 12.

Les offres doivent comprendre et indiquer d'une manière spéciale une somme particulière et suffisante pour chacun des articles dont se compose la dette : principal, intérêts, frais liquidés et frais non liquidés. L'insuffisance de la somme offerte spécialement pour l'un des articles entraîne la nullité des offres, lors même que les sommes offertes seraient, en bloc, suffisantes pour payer la totalité de la dette. La loi n'admet pas en effet de compensation entre l'excédant d'un article et le déficit d'un autre (1).

Il pourrait même y avoir dans ce cas une double irrégularité, puisque les offres seraient, d'un côté insuffisantes et de l'autre excessives. Or la somme offerte doit être du montant exact de ce qui est dû, ni plus, ni moins. Le créancier ne saurait, en effet, être obligé de recevoir ce qui ne lui est pas dû. Les juges décideront d'après les circonstances si le créancier avait intérêt à refuser les offres excessives (2).

Les offres doivent, en principe, être pures et simples. Le débiteur ne saurait y ajouter comme condition des clauses ou réserves portant atteinte aux droits du créancier. Mais il peut réclamer la remise du titre soldé, la radiation de l'inscription prise en vertu de ce titre, une quittance en forme, etc., en un mot tout ce qui est la conséquence nécessaire et directe d'offres devant, si elles sont acceptées ou validées, équivaloir à un paiement (3).

88. D'après le 4e alinéa de l'art. 1258, il faut que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier.

Si la dette est conditionnelle, c'est-à-dire soumise à une condition suspensive, il faut, d'après l'alinéa suivant, que la condition soit arrivée.

(1) Bordeaux, 3 avr. 1835, D. 35, 2, 162.
(2) Comp. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 203 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 80; LAURENT, t. XVIII, n° 156.
(3) Liège, 11 juill. 1883, *Pas.*, 84, 2, 110.

89. Voyons maintenant en quel lieu les offres doivent être faites.

Il faut, d'après le § 6 de l'art. 1258, distinguer suivant qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu une convention spéciale indiquant le lieu du paiement.

Si une convention spéciale est intervenue sur ce point, c'est au lieu ainsi désigné que les offres doivent être faites, quand même il s'agirait d'un paiement effectué en vue d'obtenir la subrogation, par un créancier à un autre créancier préférable (1), quand même, par suite de subrogations ou cessions successives, le créancier et le débiteur originaires ne seraient plus les mêmes (2). Si l'huissier ne trouve personne au lieu indiqué pour le paiement, on appliquera, par analogie, l'art. 68, C. pr. civ. (3).

Quand il n'y a pas eu de convention spéciale sur le lieu du paiement, les offres doivent être faites ou à la personne du créancier, ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. En statuant ainsi, l'art. 1258 § 6 déroge à la règle générale d'après laquelle le paiement doit être fait au domicile du débiteur (art. 1247).

Les offres peuvent donc être faites au domicile élu *pour l'exécution de la convention*. Pourraient-elles être faites au domicile qui, d'après la loi, doit être élu pour la validité de certains actes juridiques, par exemple dans un commandement ? L'art. 584, C. pr. civ., décide l'affirmative en ce qui touche le domicile élu dans un commandement préalable à une saisie mobilière. Mais rien n'autorise à étendre cette disposition exceptionnelle au commandement signifié à fin de

(1) Cass. 24 mars 1884, D. 84, 1, 274.

(2) Caen, 7 juill. 1887, *J. Not.*, art. 24152.

(3) AUBRY et RAU, § 322, note 6 ; LAURENT, t. XVIII, n° 171 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1062 ; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 203 *bis* III ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 171.

saisie immobilière (1), et moins encore aux élections de domicile faites dans une inscription hypothécaire (2).

Si le créancier habite le territoire français hors du continent, ou s'il est établi à l'étranger sans domicile élu en France, il y a lieu d'appliquer l'art. 68 et l'art. 69 §§ 8 et 9, C. pr. civ.

90. Les offres réelles, pour être valables, doivent enfin être faites par un officier ministériel *ayant caractère pour ces sortes d'actes* (art. 1258 § 7), c'est-à-dire par un huissier, et même selon l'opinion généralement reçue, par un notaire puisqu'il s'agit, non d'un acte de poursuite, mais d'un fait à constater authentiquement.

Un procès-verbal devra donc être dressé : « Tout procès-verbal d'offres, dit l'art. 812, C. pr. civ., désignera l'objet offert, de manière qu'on ne puisse y en substituer un autre, et si ce sont des espèces, il en contiendra l'énumération et la quotité. » Il doit en outre, d'après l'article suivant, faire mention de la réponse, du refus ou de l'acceptation du créancier, et s'il a signé, refusé ou déclaré ne savoir signer. Copie du procès-verbal doit être laissée au créancier (arg. art. 59 du tarif du 16 fév. 1807).

91. Quand le débiteur aura voulu faire des offres réelles en se conformant aux dispositions de l'art. 1258, il y aura lieu de vérifier si ces offres sont régulières; il y aura donc un débat portant spécialement sur une question de validité d'offres. Mais il arrive souvent que des offres sont faites simplement à la barre du tribunal. Dans ce cas le juge doit se borner à en donner acte, et à en tirer immédiatement les

(1) Cass. 5 mars 1849, D. 49, 1, 159; Alger, 24 juill. 1889, *Gaz., Trib.* du 12 oct. 1889; AUBRY et RAU, § 322, note 8; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 93; LAURENT, t. XVIII, n° 173; *Contrà*, CHAUVEAU-CARRÉ, Q. 2435 *bis*; Cass. 12 janv. 1842, D. 42, 1, 78; Voy. Bordeaux, 27 mai 1868, D. 68, 2, 219.

(2) Cass. 5 déc. 1854, D. 55, 1, 72.

conséquences utiles pour la décision de la cause, sans avoir à statuer sur une question de validité d'offres qui n'existe pas. Il n'y a plus lieu d'appliquer l'art. 1258 (1). Le juge peut donc déclarer ces offres satisfactoires, et ordonner, indépendamment de toute consignation, que le créancier sera tenu de les recevoir (2), quand même le débiteur aurait négligé dans ses conclusions d'offrir, outre la totalité de la somme due, les intérêts et les frais liquidés, et une somme à parfaire pour les frais non liquidés, ainsi que le veut l'art. 1258 pour les offres réelles proprement dites (3).

C'est seulement quand le créancier refuse d'accepter les offres qu'il peut y avoir lieu à consignation. Mais les simples réserves faites par un créancier au moment où les offres réelles lui sont notifiées, ne doivent pas être considérées comme un refus de recevoir le paiement, lorsqu'elles ne peuvent compromettre les droits du débiteur (4).

Dans certains cas le débiteur n'a pas à faire d'offres réelles avant de consigner. Il en est ainsi en matière de billets à ordre ou autres effets négociables. La loi du 6 thermidor an III autorise le débiteur à consigner sans offres préalables, si le porteur ne se présente pas dans les trois jours qui suivent l'échéance. Il y a encore exception pour la consignation autorisée par l'art. 777, C. pr. civ., laquelle d'ailleurs, n'est pas soumise aux règles ordinaires (5).

92. La consignation est effectuée à la *Caisse des dépôts et consignations* (Loi 28 avril 1816, art. 110 et 111), tenue à Paris par un préposé spécial, dans les chefs-lieux de dépar-

(1) *Contrà*, Pau, 5 avr. 1865, S. 65, 2, 261 ; LAURENT, t. XVIII, n° 174.

(2) Cass. 27 juin 1849, D. 49, 1, 166; CHAUVEAU-CARRÉ, Q. 2783 *bis;* DEMOLOMBE, t. XVIII, n° 100.

(3) Cass. 31 juill. 1889, D. 90, 1, 108.

(4) Cass. 2 août 1876, D. 77, 1, 224.

(5) Cass. 26 mars 1890, S. 91, 1, 257.

tement par les trésoriers-payeurs généraux, et dans les chefs-lieux d'arrondissement par les receveurs particuliers des finances. La caisse sert l'intérêt à 3 0/0 des sommes déposées, à partir du soixante et unième jour depuis la consignation.

Le débiteur dont les offres ont été refusées pourra donc :

Soit, préalablement à la consignation, faire prononcer la validité des offres contradictoirement avec le créancier assigné à ces fins devant le tribunal compétent (1);

Soit faire directement procéder à la consignation qui devra être effectuée au lieu où les offres ont été valablement faites ou bien, s'il s'agit de consignations, pouvant être faites sans offres préalables, au lieu du paiement ou à celui indiqué par le cahier des charges (2).

ART. 1259. Il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge : il suffit, — 1° Qu'elle ait été précédée d'une sommation signifiée au créancier, et contenant l'indication du jour, de l'heure et du lieu où la chose offerte sera déposée ; — 2° Que le débiteur se soit dessaisi de la chose offerte, en la remettant dans le dépôt indiqué par la loi pour recevoir les consignations, avec les intérêts jusqu'au jour du dépôt; — 3° Qu'il y ait eu procès-verbal dressé par l'officier ministériel, de la nature des espèces offertes, du refus qu'a fait le créancier de les recevoir, ou de sa non-comparution, et enfin du dépôt;—4° Qu'en cas de non-comparution de la part du créancier, le procès-verbal du dépôt lui ait été signifié avec sommation de retirer la chose déposée.

ART. 1260. Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables.

D'après l'art. 815, C. pr. civ., « La demande qui pourra être intentée, soit en validité, soit en nullité des offres et de la consignation, sera formée d'après les règles établies pour les demandes principales; si elle est incidente, elle le sera par requête. » Voilà pour la forme. Quant à la compétence, il faut décider que la demande devra être portée devant le tri-

(1) Bordeaux, 16 janv. 1833, D. 34, 2, 165; AUBRY et RAU, § 322 note 13 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 107 ; LAURENT, t. XVIII, n° 145.
(2) Cass. 26 mars 1890, D. 90, 1, 442.

bunal du lieu où les offres ont été faites (1). C'est un point controversé que celui de savoir si le juge de paix est compétent pour statuer sur une demande en validité d'offres réelles, lorsque le montant du litige n'excède pas les limites des attributions de ce magistrat. La jurisprudence a une tendance à se prononcer pour l'affirmative (2).

93. Les offres de paiement, en les supposant régulières, n'ont d'autre effet que d'autoriser le débiteur à se libérer par la consignation. M. Laurent déclare : « qu'elles constituent le créancier *en demeure*, en ce sens qu'il est en faute de les avoir refusées (3). Mais ce n'est point ce qu'on peut appeler *la demeure du créancier*. Il est certain, en effet, que ce dernier en refusant d'accepter les offres qui lui sont faites, agit toujours à ses risques et périls (4), ce qui a de l'importance pour la question des frais, sans être pour cela *mis en demeure*, dans le sens technique de la loi.

Ainsi, la chose offerte demeure aux risques et périls du débiteur; le cours des intérêts compensatoires n'est pas arrêté; le créancier n'est pas empêché de continuer, sous sa responsabilité, et s'il le juge convenable, les poursuites par lui commencées (5).

On s'est demandé si les offres, non suivies de consignation, peuvent prévenir la mise en demeure du débiteur, ou purger cette mise en demeure quand elle a été déjà encourue? Si le contrat porte que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme, sans qu'il soit besoin de sommation,

(1) Cass. 13 janv. 1847, D. 47, 1, 287; ZÉGLICKI, *Revue critique*, 1892, p. 271.

(2) Voy. Trib. Seine, 20 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 2, 6, et les précédents cités; *Contrà*, Bordeaux, 19 juin 1852, D. 55, 2, 263.

(3) T. XVIII, n° 195.

(4) Cass. 21 mars 1892, D. 93, 1, 278.

(5) Cass. 4 juill. 1838, D. 38, 1, 305; AUBRY et RAU, § 322; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 109; LAURENT, t. XVIII, n° 202.

il est généralement reconnu qu'il suffit que le débiteur fasse des offres pour qu'il n'encoure pas la demeure.

On peut supposer que le créancier, après avoir refusé des offres qui n'ont pas été suivies de consignation, a adressé au débiteur une sommation ou tout autre acte équivalent. Il est certain que cette mise en demeure, qui paraît tardive, ne saurait faire encourir au débiteur une déchéance que, par ses offres antérieures, il a prévenue autant qu'il était en son pouvoir. Mais cette mise en demeure n'aurait-elle pas du moins pour effet de lui faire encourir, à défaut de libération par une consignation régulière de sa part, les dommages-intérêts qu'il aurait encourus s'il n'avait pas fait d'offres antérieures? L'affirmative semble être la conséquence forcée du système adopté par le Code (1).

Nous avons déjà fait observer que le Code civil ne connaît pas ce que, dans d'autres législations, on appelle *la demeure du créancier*, et que le débiteur qui veut faire produire un effet utile aux offres, régulières d'ailleurs, qu'il a fait notifier à son créancier, se trouve immédiatement *acculé à la consignation*.

Aussi n'a-t-on pu soutenir l'opinion contraire à la nôtre, qu'en mettant en avant cette prétendue demeure du créancier qui n'existe pas. « Le créancier, dit M. Laurent, ne peut pas constituer le débiteur en demeure alors que lui-même est en demeure (2). » De même on soutient que les offres doivent purger la demeure : « parce qu'on ne peut pas dire que le débiteur est en demeure, alors qu'il offre au créancier ce qu'il lui doit (3). » Mais comment peut-on parler de la demeure du créancier, quand rien dans la loi n'autorise à l'ad-

(1) AUBRY et RAU, § 322, note 23.
(2) T. XVIII, n° 197; Comp. LAROMBIÈRE, sur l'art. 1257, n° 6; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 139.
(3) *Ibid.*, n° 198.

mettre? La demeure se réfère, non à une situation de fait pouvant subir l'influence de l'argument d'analogie, mais à une situation juridique nettement déterminée, et essentiellement de droit étroit. Sans doute le législateur aurait dû organiser la demeure du créancier, mais il ne l'a pas fait. On ne peut donc pas argumenter de cette demeure. « Reste à savoir, dit M. Saleilles, si on ne pourrait pas se fonder sur l'art. 1382 et sur les principes généraux en matière d'obligations pour *échafauder* une théorie de la demeure du créancier en droit français : la chose ne nous paraîtrait pas impossible (1). » Tout est possible, à notre avis ; mais les tentatives qui seraient faites dans le sens indiqué, ne sauraient aboutir qu'à un *échafaudage*, c'est-à-dire à une construction artificielle, toujours en dehors de l'édifice, bien ou mal conçu, du Code civil.

Reconnaissons donc que, dans la théorie de la loi, le débiteur qui se borne à faire des offres sans les faire suivre de consignation ne met pas le créancier en demeure, ne purge pas sa propre demeure, et, s'il veut obtenir un effet utile, se trouve *acculé à la consignation*, suivant l'expression que nous avons déjà empruntée à M. Saleilles.

Il est donc permis d'affirmer que le seul effet juridique des offres valablement faites, est d'autoriser le débiteur à se libérer par la consignation.

94. La libération date seulement du jour de la consignation. Lorsque l'art. 1257 décide que « les offres suivies de consignation libèrent le débiteur... », cela ne signifie point que le premier de ces deux faits libère le débiteur sous la condition suspensive qu'il sera suivi du second, mais que la libération résulte des deux faits réunis. C'est un point sur lequel il n'y a plus aujourd'hui de difficulté (2), pas plus que

(1) *Loc. cit.*, n° 38, note 1.
(2) AUBRY ET RAU, § 322, note 25 ; COLMET DE SANTERRE, t. V,

sur le sens du mot *réalisation*, employé dans l'art. 816, C. pr. civ., et qui signifie consignation.

La consignation n'a jamais lieu qu'à la charge des oppositions qui peuvent exister (art. 817, C. pr. civ.); mais, sauf ce point, les offres suivies de consignation tenant lieu de paiement à l'égard du débiteur, ainsi que le dit l'art. 1257, il en résulte que la dette est réputée éteinte et le débiteur libéré; par suite les cautions sont déchargées, et les hypothèques et autres sûretés réelles disparaissent. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que les offres et la consignation aient été régulièrement faites et non retirées.

95. Si les offres et la consignation *tiennent lieu de paiement*, c'est en ce sens seulement qu'elles mettent la chose aux risques du créancier, et qu'elles arrêtent le cours des intérêts. Mais le débiteur reste propriétaire de la chose consignée, par conséquent il peut la reprendre; c'est pour lui une pure faculté que ses créanciers ne sauraient avoir la prétention d'exercer de son chef en vertu de l'art. 1166 (Voy. t. VII, n° 190). Donc si, en fait, les créanciers avaient frappé d'opposition les deniers déposés, ces oppositions ne deviendraient efficaces qu'autant que le débiteur donnerait son consentement au retrait (1).

Le débiteur n'étant pas lié par le fait seul de la consignation, peut donc retirer la chose, et, s'il le fait, la dette n'a jamais été éteinte, et persiste avec tous ses accessoires (2).

Jusqu'à quel moment le débiteur peut-il user de cette faculté?

ART. 1261. Tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer; et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés.

n° 202 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 145; LAURENT, t. XVIII, n° 200; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1068.

(1) AUBRY et RAU, § 322, texte et note 32; LAURENT, t. XVIII, n° 207; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 206 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 149.

(2) Paris, 8 mars 1877, D. 78, 2, 110.

Ces derniers ont donc intérêt à ce que la chose consignée ne soit pas retirée. Mais cet *intérêt* n'est pas suffisant pour leur donner le droit de s'opposer au retrait.

Quant aux créanciers du créancier ils peuvent, sans nul doute, former opposition sur la chose consignée. Le débiteur en ce cas ne peut plus retirer la consignation que pour ce qui excède les causes des oppositions.

96. L'acceptation émanée du créancier, ou les oppositions faites par les propres créanciers de celui-ci, ne sont pas les seules causes qui mettent obstacle au retrait de la consignation :

ART. 1262. Lorsque le débiteur a lui-même obtenu un jugement passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables, il ne peut plus, même du consentement du créancier, retirer sa consignation au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions.

Si le créancier va en appel ou forme opposition, le débiteur, pendant les délais d'appel, peut retirer ses offres ; il ne le peut si le créancier n'attaque point le jugement. Enfin, si le jugement qui valide les offres a été rendu sur une demande en nullité du créancier, le débiteur pendant les délais d'appel ou d'opposition ne peut retirer les offres.

Quand les offres ont été acceptées par le créancier, ou quand elles ont été reconnues bonnes et valables par un jugement passé en force de chose jugée, le débiteur ne peut plus retirer ses offres que du consentement du créancier, et si le créancier consent, les codébiteurs et les cautions demeurent libérés, car il y a eu paiement définitif.

Pour le même motif :

ART. 1263. Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation après qu'elle a été déclarée valable par un jugement qui a acquis force de chose jugée, ne peut plus pour le paiement de sa créance exercer les privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés : il n'a plus d'hypothèque que du jour où l'acte par lequel il a consenti que la consignation fût retirée aura été revêtu des formes requises pour emporter hypothèque.

Il en sera de même si la consignation avait été acceptée par le créancier, et retirée ensuite de son consentement.

97. Les règles ordinaires concernant les offres et la consignation auraient été difficilement applicables aux dettes de corps certains.

En ce cas, les offres réelles sont remplacées par une sommation d'avoir à recevoir et enlever la chose offerte :

ART. 1264. Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, le débiteur doit faire sommation au créancier de l'enlever, par acte notifié à sa personne ou à son domicile, ou au domicile élu pour l'exécution de la convention. Cette sommation faite, si le créancier n'enlève pas la chose, et que le débiteur ait besoin du lieu dans lequel elle est placée, celui-ci pourra obtenir de la justice la permission de la mettre en dépôt dans quelque autre lieu.

On a encore voulu, en pareille matière, soutenir que la sommation avait pour but de mettre le créancier *en demeure;* que par suite cette sommation pouvait être régulièrement remplacée par tout autre acte équivalent constatant le retard, citation en conciliation, ajournement en justice, etc., sans sommation préalable (1). Cela n'est pas admissible ; il ne peut être question d'une *mise en demeure* d'un créancier. La loi exige une sommation en vue d'un effet déterminé à obtenir. En cas de retard de la part du créancier, le débiteur ne pourra réclamer de lui une indemnité pour déchet ou frais de magasinage, que s'il lui a fait sommation de prendre livraison, à personne ou à domicile (2).

Le texte suppose que le corps certain qui fait l'objet de l'obligation doit être livré dans l'endroit où il se trouve. En ce cas, si, après sommation, le créancier ne l'enlève pas, le dépôt dans un autre lieu est facultatif pour le débiteur. Mais ce dépôt doit être autorisé par la justice qui désignera le lieu où il sera effectué.

Si la livraison devait être effectuée dans un lieu autre que celui où l'objet se trouve, le débiteur devrait d'abord faire

(1) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1264, n° 2; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 161.
(2) Cass. 26 fév. 1872, D. 72, 1, 214.

la chose au lieu indiqué, procéder ensuite comme il vient d'être dit.

98. L'art. 1264, qui autorise le débiteur à remplacer les offres réelles par une sommation, et le dispense de l'obligation de consigner, n'est applicable qu'aux dettes de corps certain et ne saurait être étendu aux dettes ayant pour objet des choses indéterminées (autres qu'une somme d'argent). L'objection tirée de ce que, en individualisant la chose qu'il entend payer, par exemple en faisant enfermer dans des sacs le blé qu'il destine à son créancier, le débiteur transforme sa dette en une dette de corps certain soumise dès lors à l'art. 1264, n'est pas soutenable. Une telle transformation ne peut se produire sans l'assentiment du créancier. Il faut donc appliquer à l'hypothèse les art. 1257 et suivants qui traitent cumulativement des dettes ayant pour objet une *chose* ou une somme d'argent. Le débiteur pourra donc se trouver obligé de faire transporter au domicile du créancier, qui peut n'être pas le lieu du paiement, la chose due, ce qui pourra occasionner des frais et des risques énormes. Mais tel est le système assurément défectueux d'une loi qui doit néanmoins être obéie. Le débiteur devra donc encore s'adresser à la justice qui indiquera le lieu où les choses offertes doivent être déposées (1).

99. D'après l'art. 1260 les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier si elles sont valables. Il ne s'agit pas, bien entendu, des frais ordinaires de paiement qui doivent, dans tous les cas, être supportés par le débiteur. Mais le créancier qui a refusé à tort les offres du débiteur, non seulement doit en payer les frais, mais

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 208 *bis* III; MOURLON, t. II, n° 1388; LAURENT, t. XVIII, n°s 191 et 192; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1066; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 322; MARCADÉ, sur l'art. 1257; Comp. DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 176.

encore est à bon droit condamné à des dommages-intérêts, lorsque par son obstination à refuser les offres, il a causé un préjudice au débiteur (1). Il devra encore supporter les frais des offres, même après les avoir acceptées, s'il est établi qu'il a, par sa faute, rendu les offres nécessaires (2).

Mais si le créancier a accepté les offres, au moment même où elles lui ont été faites par l'officier public, et sans avoir été préalablement averti par le débiteur que la chose due était à sa disposition, il ne saurait être obligé d'en payer les frais (3).

100. Pour les obligations dont l'objet consiste à faire ou à ne pas faire, les offres réelles seront, par la force des choses, remplacées par une sommation à fin d'exécution ; ou par l'exécution même du fait promis, quand la coopération du créancier n'est pas nécessaire, et généralement le débiteur aura action pour obtenir que le créancier sera condamné à recevoir l'exécution de l'obligation, ou à subir la résiliation du contrat avec dommages-intérêts s'il y a lieu.

§ 5 — De la cession de biens.

101. — Définitions, art. 1265, 1266, 1267. Règles concernant la cession volontaire.
102. — De la cession judiciaire, art. 1268, 1269, 1270.

101. Les offres et la consignation donnent lieu à une procédure individuelle suivie entre le débiteur et son créancier ou l'un de ses créanciers. Mais il peut arriver que le débiteur étant absolument obéré, soit dans la nécessité de solliciter l'adhésion collective de tous ses créanciers à certaines mesures de faveur prises dans son intérêt.

(1) Cass. 13 juill. 1881, S. 83, 1, 272.
(2) Cass. 28 juin 1892, D. 93, 1, 383.
(3) Voy. LAURENT, t. XVIII, n° 213; Comp. AUBRY et RAU, § 322, texte et note 11 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 134.

Ainsi, il pourra passer avec eux un *contrat d'attermoiement*, par lequel ces derniers lui accorderont, d'un consentement unanime, des délais pour le paiement et quelquefois certaines remises. Le débiteur conserve en ce cas la possession et l'administration de ses biens.

Il pourra aussi passer avec ses créanciers, si d'ailleurs il est capable, un *contrat d'abandonnement* ou de *cession de biens*, dans le but de se soustraire aux poursuites et aux embarras d'une liquidation.

ART. 1265. La cession de biens est l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers, lorsqu'il se trouve hors d'état de payer ses dettes.

ART. 1266. La cession de biens est volontaire ou judiciaire (*).

ART. 1267. La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement, et qui n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre eux et le débiteur.

Tous les créanciers devront consentir à la cession pour que le contrat ait son effet vis-à-vis d'eux tous. Le refus de quelques-uns d'entre eux n'empêchera pas les autres de consentir à la cession, mais les dissidents auront le droit de saisir les biens pour les faire vendre.

La cession transporte seulement aux créanciers la possession et l'administration des biens avec mandat de les vendre pour se payer sur le prix. Si le contrat prétendait transférer la propriété, la clause serait valable, mais constituerait une dation en paiement et non une cession de biens.

La cession doit comprendre la totalité des biens du débiteur; une cession partielle ne pourrait s'interpréter que comme dation en paiement.

Les parties peuvent d'ailleurs régler comme elles l'entendent les conditions et les effets de la cession. Ainsi quand un débiteur offre à ses créanciers l'abandon de tout son actif moyennant une quittance finale, si les créanciers acceptent l'offre faite dans ces termes, il ne saurait y avoir de diffi-

(*) Art. 1266. — L. 9, D. 42, 3, *De cess. bonor.*

culté : la cession de biens a alors pour résultat de libérer le débiteur de ses dettes antérieures, et d'éteindre les cautionnements, même solidaires, garantissant les obligations définitivement quittancées (1). Si les créanciers ont au contraire fait des réserves, ils conservent le droit de poursuivre le paiement de ce qui leur reste dû sur les biens que le débiteur pourra acquérir dans la suite.

Mais que décider dans les cas, assurément fort rares, où le contrat garderait un silence complet sur ce point? Nous remarquons à cet égard la formule restrictive de l'art. 1267 : « La cession volontaire, dit le texte, *n'a d'effet que celui résultant des stipulations mêmes du contrat passé entre les créanciers et le débiteur.* » La cession de biens se rattache à la théorie du *paiement*. Mais la loi admet la possibilité de paiements partiels. Donc, par la force des choses le débiteur, au moyen de la cession de biens, est libéré jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés. Pourrait-il être libéré complétement? Sans aucun doute, *si cet effet résulte d'une stipulation intervenue entre les parties*. Donc, en l'absence de toute stipulation, les créanciers pourront agir pour ce qui leur reste dû, sur les nouveaux biens qui adviendront au débiteur. L'opinion générale est en ce sens (2).

Les créanciers auront à s'entendre sur les moyens à prendre pour réaliser le prix des biens abandonnés et procéder à sa répartition. Ce point sera souvent réglé par le contrat lui-même qui désignera un tiers, notaire ou autre, pour procéder à la liquidation et à la distribution des fonds à provenir des ventes. Dans ce cas le tiers ainsi désigné est le mandataire des créanciers pour encaisser le prix des ventes; donc les conséquences de sa déconfiture doivent

(1) Cass. 7 janv. 1889, S. 92, 1, 372.

(2) Trib. comm. Liège, 24 nov. 1881, *Cl. et B.*, 1882-1883, 305; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1073; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n° 232.

retomber, non sur les débiteurs, mais sur les créanciers (1).

102. A côté de la cession de biens volontaire, la théorie de la loi présente une cession de biens judiciaire que le débiteur peut, dans certains cas, imposer à ses créanciers, pour échapper à la contrainte par corps :

ART. 1268. La cession judiciaire est un bénéfice que la loi accorde au débiteur malheureux et de bonne foi, auquel il est permis, pour avoir la liberté de sa personne, de faire en justice l'abandon de tous ses biens à ses créanciers, nonobstant toute stipulation contraire.

ART. 1269. La cession judiciaire ne confère point la propriété aux créanciers ; elle leur donne seulement le droit de faire vendre les biens à leur profit, et d'en percevoir les revenus jusqu'à la vente (*).

ART. 1270. Les créanciers ne peuvent refuser la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par la loi. — Elle opère la décharge de la contrainte par corps. — Au surplus, elle ne libère le débiteur que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; et dans le cas où ils auraient été insuffisants, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait paiement (**).

La contrainte par corps a été abolie en matière commerciale et civile par l'art. 1er de la loi du 22 juillet 1867. Elle n'existe plus qu'en matière criminelle, correctionnelle et de simple police pour assurer le paiement des amendes, des frais et des réparations civiles accordées à ceux qui ont souffert un préjudice résultant de l'infraction réprimée. L'application de la cession judiciaire est donc aujourd'hui extrêmement rare, et nous n'en connaissons pas d'exemple. Il faudrait supposer, disent les auteurs, un débiteur insolvable contraignable par corps pour des dommages-intérêts et des frais résultant d'homicide ou de blessures involontaires, en l'absence de toute faute lourde ou de dol, ou résultant d'une contravention de police.

Les formalités à remplir pour obtenir la cession de biens judiciaire, sont indiquées dans les art. 898 et suiv., C. pr. civ.

(*) Art. 1269. — L. 4, C. 7, 71, *Qui bonis ced. poss.*

(**) Art. 1270. — L. 7, D. 42, 3, *De cess. bon.*

(1) C. sup. de justice du grand-duché de Luxembourg, 29 mai 1891, S. 93, 4, 8; Liège, 3 fév. 1892, *Jurisp. de Liège*, p. 48.

SECTION II.

De la novation.

§ 1er. — Généralités.

103. — La novation se rattache au paiement ; son utilité est contestable.
104. — Comment s'opère la novation, art. 1271 ; novation objective et novation subjective.
105. — Règles générales applicables à toutes les novations ; *Quid* en cas d'obligations naturelles, rescindables, conditionnelles ?
106. — Si la deuxième obligation est annulée, la première demeure-t-elle éteinte ?
107. — Capacité pour nover, art. 1272.
108. — De l'intention de nover, art. 1273 ; il ne peut y avoir de novation virtuelle.
109. — La jurisprudence admet à tort la novation dans des espèces donnant lieu seulement à des traditions *brevi manu*.
110. — Facilité de la jurisprudence à admettre l'intention de nover ; pouvoirs du juge en cette matière. De la preuve.

103. La novation se rattache directement au paiement ; elle consiste à procurer au créancier, pour le désintéresser, une obligation nouvelle à la place de l'ancienne (Voy. ci-dessus, n° 52).

Le procédé employé peut être défini :

La transformation contractuelle d'une obligation en une obligation nouvelle, distincte de la première qui est éteinte.

La novation consiste donc dans une sorte de *datio in solutum*, ayant ce trait caractéristique que la chose attribuée en paiement au créancier consiste dans une nouvelle obligation.

La novation n'a donc été imaginée que pour procurer au créancier qui l'accepte, une satisfaction adéquate à la prestation due.

Mais il est arrivé qu'on a perdu de vue l'origine et le but

de la novation, et qu'on s'est uniquement préoccupé du *procédé* considéré en lui-même.

Alors la théorie de la novation s'est artificiellement développée au point d'occuper dans le droit une place que ne justifie ni son importance pratique, ni son importance juridique.

Le projet de Code civil allemand a coupé court à ces imaginations en ne voulant même pas mentionner la novation.

Cela tient, dit M. Saleilles (1), à la fois à des vues théoriques et pratiques. En fait, le projet remarque que, dans les usages modernes, c'est par voie de transfert que l'on obtient les résultats pratiques obtenus autrefois par la novation. Sans doute, au point de vue théorique, l'effet produit n'est pas absolument le même, puisque le transfert laisse subsister l'ancienne obligation avec ses exceptions, tandis que la novation implique la substitution d'une dette à une autre, la nouvelle étant le plus souvent indépendante de la validité de l'ancienne. Mais on répond que ce résultat, qui n'est en somme que le produit d'un acte en deux parties, peut toujours s'obtenir par une remise de dette subordonnée à la condition d'une promesse nouvelle, et qu'il était inutile de faire de cette combinaison une institution particulière.

104. Notre Code civil n'est pas encore arrivé à cette simplification, et maintient au contraire la combinaison dont il s'agit avec un certain luxe de détails :

Selon la théorie du Code,

ART. 1271. La novation s'opère de trois manières : — 1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte; — 2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier; — 3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé (*).

Les auteurs appellent en général la novation prévue par

(*) Art. 1271. — L. 1, 11, D. 46, 2. *De novat.*

(1) *Loc. cit.*, n° 47.

le premier paragraphe, *novation objective*, et la novation prévue par les deux autres, *novation subjective*.

Ces appellations scolastiques permettent de désigner brièvement des situations complexes dont les éléments sont connus. Mais presque jamais elles ne supposent l'application de principes spéciaux, et, sauf sur quelques points que nous mettrons en relief, les principes généraux suffisent pour en déterminer les effets.

C'est ce qu'il est tout d'abord facile de vérifier en ce qui concerne les conditions générales auxquelles sont soumises la novation objective et la novation subjective.

105. Tout paiement suppose une dette existante (art. 1235); or la novation n'est qu'une espèce particulière de paiement; donc toute novation suppose une dette susceptible d'être éteinte par un paiement. Développer outre mesure un tel aperçu, serait rééditer sans utilité le commentaire de l'article 1235. Mais que décider s'il s'agit d'une obligation annulable?

Si la nouvelle obligation est contractée par le même débiteur envers le même créancier, la novation n'est valable que si, au moment où elle a eu lieu, le débiteur, d'ailleurs capable, connaissait le vice dont sa première obligation était entachée; c'est un cas de confirmation tacite (art. 1338). Ce sont les règles ordinaires du paiement.

Si la nouvelle obligation a été contractée par un nouveau débiteur connaissant le vice dont se trouvait entachée la première obligation, il n'y a pas de difficulté; c'est encore un cas de confirmation tacite. Si le nouveau débiteur a ignoré le vice dont il s'agit, on décide généralement qu'il peut demander la nullité de la première obligation, quoiqu'il y ait été étranger, s'il ne s'agit pas d'une exception personnelle à l'ancien débiteur, tandis qu'il ne le peut pas s'il s'agit d'une exception personnelle à ce dernier. On argumente, dans cette opinion, de l'art. 2012, en disant que, comme il

serait difficile de justifier une distinction entre les cautions et les expromisseurs, il faut permettre à ceux-ci d'invoquer les causes de nullité que celles-là pourraient faire valoir (1). On peut encore adopter un point de vue différent : il se peut en effet que les parties estimant l'obligation annulable pour ce qu'elle vaut en réalité, eu égard aux chances d'annulation dont elle est menacée, l'aient fait figurer dans la novation, abstraction faite de la question de savoir si elle serait, plus tard, annulée ou maintenue. La novation aurait alors, en vertu de la volonté même des parties contractantes, un caractère aléatoire, et demeurerait valable, quand même l'obligation serait plus tard annulée (2). Mais toutes ces solutions dérivent de l'application des principes généraux et non de règles qui seraient particulières à la novation.

De même l'obligation naturelle peut être novée, puisqu'elle peut être payée (3). La jurisprudence proclame nettement la règle, quoique souvent elle en fasse une application fausse (Voy. t. VII, nos 236 et 237). Mais il s'agit seulement de l'obligation naturelle que nous avons reconnu constituer une obligation civile imparfaite. Les obligations morales ou de convenance, ou de conscience peuvent servir de base à une libéralité, mais non à un véritable paiement, ni par conséquent à une novation.

Une obligation conditionnelle peut être novée par une obligation pure et simple, car elle existe. Si la condition s'accomplit, elle rétroagit ; si la condition ne s'accomplit pas, il n'y a jamais eu d'obligation, et par conséquent il n'y a pas de novation.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 219 *bis* V ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 247 ; LAURENT, t. XVIII, n° 248.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1085.

(3) AUBRY et RAU, § 324 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, nos 174 *bis* III et 219 *bis* VII ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 256 ; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n° 245.

Pour que la novation ait lieu, il faut que la seconde obligation substituée à l'ancienne existe civilement ou naturellement. La novation étant un paiement effectué au moyen d'une dette nouvelle, comment concevrait-on que ce paiement ait lieu si la prétendue dette nouvelle n'existait pas !

106. Si la seconde dette est simplement annulable, par exemple à raison de l'incapacité de celui qui la contracte, la novation aura lieu si la nullité n'est pas demandée. *Quid* si elle est annulée ?

Quelques auteurs soutiennent que la première obligation doit, en tous cas, demeurer éteinte. Ils partent de cette idée que l'extinction de la première obligation résulte uniquement de la renonciation du créancier. Or, le créancier peut avoir eu, malgré la nullité de la nouvelle obligation, l'intention de renoncer à l'ancienne. Donc, de ce que la nouvelle obligation ne s'est pas formée, on ne doit pas conclure que l'ancienne obligation n'est pas éteinte (1).

Sans doute il peut en être ainsi, et il en sera ainsi quand il sera prouvé que le créancier, connaissant la cause de nullité de la nouvelle obligation, a entendu néanmoins s'en contenter, ce qui peut donner à l'opération un caractère aléatoire. Si cette preuve n'est pas faite, l'annulation judiciairement prononcée de la nouvelle obligation fera tomber la novation, car c'est comme si l'obligation nouvelle n'avait jamais existé (2). Même solution si le nouvel engagement a été contracté par un tiers (3).

Si la seconde dette est conditionnelle, la novation sera également conditionnelle, et par conséquent non avenue si la

(1) DURANTON, t. XII, n° 282; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1272, n° 2.

(2) AUBRY et RAU, § 324, texte et notes 23 et 24; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 220 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 251-253; LAURENT, t. XVIII, n° 254; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1085.

(3) Voy. les autorités citées en la note précédente.

condition vient à défaillir (1), à moins que les parties n'aient entendu faire une opération aléatoire.

107. Nous voyons donc que, dans certains cas, les parties introduisent dans la novation les éléments d'une convention aléatoire. Cela ne signifie pas que la novation, par elle-même, comporte des éléments de cette nature. Si donc il plaît aux parties de compliquer l'opération par l'introduction d'un *aléa*, elles devront avoir la capacité voulue pour faire un acte aléatoire. Mais cette circonstance ne peut exercer aucune influence sur la solution à donner à la question de savoir quelle est la capacité requise pour procéder à une novation pure et simple.

Pothier enseignait, conformément au droit romain, qu'il fallait pour faire une novation, la capacité requise pour recevoir un paiement, parce que celui qui nove reçoit comme paiement la nouvelle obligation; il en concluait que celui à qui on peut payer une dette peut aussi faire novation; ainsi le créancier solidaire, le tuteur, le mari pouvaient faire novation.

Mais nous avons déjà fait observer que la théorie de la novation avait fini par se développer en dehors de l'idée de paiement qui lui servait de base. En conséquence les rédacteurs du Code, au lieu de dire que la capacité pour faire une novation, était celle qui était requise pour recevoir un paiement, ont préféré adopter la formule suivante :

ART. 1272. La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter (*).

On explique cela en disant que le débiteur qui contracte la nouvelle obligation doit être capable de s'obliger. Mais on détruit immédiatement cette première partie de la règle, en faisant remarquer que la novation cependant n'est pas nécessairement nulle ainsi que nous l'avons vu, par cela seul

(*) Art. 1272. — L. 27, D. 2, 14, *De pactis*.
(1) Cass. 18 avr. 1854, D. 54, 1, 347.

que le débiteur qui contracte la nouvelle obligation est incapable (1).

En ce qui concerne le créancier la règle signifierait qu'il doit avoir la capacité de disposer du droit qu'il avait en vertu de la première obligation, et on décide, par application de ce principe, qu'un créancier solidaire ne peut pas valablement nover la créance sans le concours des autres, bien qu'il ait capacité pour en recevoir le paiement (2). Mais nous avons déjà eu l'occasion de montrer que, pour le créancier solidaire, l'impossibilité de nover n'est pas aussi absolue qu'on l'affirme (Voy. t. VIII, n° 304).

Pour le tuteur, la question est controversée ; nous avons admis qu'il pouvait nover, car la novation n'est qu'un procédé destiné à faciliter la réception et l'emploi d'un paiement (3) (Voy. t. III, nos 383 et 384).

La même question, relative au mari administrateur des biens de sa femme sera étudiée en son lieu.

108. Puisque la novation ne peut s'opérer, d'après le texte de l'art. 1272 qu'entre personnes capables de contracter, c'est-à-dire capables d'échanger un consentement valable quant à la novation et à ses effets, il paraissait inutile d'ajouter :

ART. 1273. La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (*).

Mais cette déclaration a pour but d'indiquer qu'il n'y a plus aujourd'hui, comme en droit romain, des circonstances particulières emportant présomption de novation.

L'*animus novandi* doit résulter, sans ambiguïté ni équi-

(*) Art. 1273. — L. 2, D. 46, 2, *De novat.*

(1) Voy. DURANTON, t. XII, n° 279; COLMET DE SANTERRE, t. V. n° 279 *bis* II; LAURENT, t. XVIII, n° 258.

(2) AUBRY et RAU, § 324, texte et note 19 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 263 ; LAURENT, t. XVIII, n° 256; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1086.

(3) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 265; Comp. AUBRY et RAU, § 324, texte et note 21 ; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n° 256.

voque possible, de l'économie de l'acte juridique intervenu entre les parties; il ne s'agit pas ici de l'*instrumentum*, mais des circonstances du fait qui ne comportent pas raisonnablement une interprétation contraire à l'idée de novation.

La novation n'existe qu'autant qu'elle résulte clairement de l'opération intervenue entre les parties; il ne suffira pas aux intéressés, pour l'opérer, d'augmenter ou de diminuer la dette, de modifier le terme d'échéance ou les sûretés hypothécaires données, ni même de changer l'espèce de l'obligation; il faut que l'intention de faire novation soit exprimée par les parties ou que le second engagement soit nécessairement incompatible avec le premier (1). On ne peut donc pas dire qu'il y a des cas de novation *vituelle*. La Cour de cassation a cependant admis le contraire dans une espèce intéressante à rapporter :

109. Une veuve commune en biens est donataire, avec dispense de caution et d'emploi, de l'usufruit de tous les biens de son mari; elle se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble dépendant de la communauté. L'acte de liquidation lui attribue une partie de son prix d'adjudication en usufruit, la nue propriété demeurant à ses colicitants. Dans ces conditions la veuve se trouve posséder comme usufruitière une somme qu'elle avait commencé par devoir comme adjudicataire. « La cause de la dette se trouve ainsi changée, dit la Cour de cassation, et il en résulte une novation *virtuelle* (2). » L'utilité de la constatation consistait en ce que l'ancienne dette était éteinte et avec elle le privilège de copartageant qui la garantissait.

Il faut d'abord écarter l'expression *virtuelle*, mal à propos employée par la Cour suprême. Il serait singulier qu'il pût y avoir des novations virtuelles alors que la loi prend soin,

(1) Cass. 8 nov. 1875, S. 76, 1, 102.
(2) Cass. 9 déc. 1891, S. 92, 1, 59.

dans l'art. 1273, de dire qu'il n'y en a pas. Mais il y a à faire une observation plus importante, et qui est de nature à montrer dans tout son jour ce qu'est devenue la théorie de la novation.

Si la novation n'existait pas, voici comment on pourrait rendre compte de l'espèce qui vient d'être citée : la veuve devenue adjudicataire, se trouvant d'une part débitrice du prix de son adjudication, et d'autre part ayant droit à l'usufruit d'une partie de ce prix, serait considérée d'abord comme ayant payé le prix d'adjudication à ses colicitants, ce qui a entraîné sa libération de ce chef et par suite l'extinction du privilège de copartageants, et comme ayant ensuite reçu la somme sur laquelle doit porter désormais son droit d'usufruit; c'est ce double résultat que constaterait, *brevi manu*, la liquidation et les abandonnements intervenus entre les parties. Pas donc n'était besoin de faire intervenir l'idée d'une novation à laquelle les parties n'ont certainement pas pensé. Mais ce qu'il y a de plus fort, c'est que le résultat constaté par la Cour de cassation aurait été identique, quand même la clause *sans novation* aurait été insérée dans la convention ! Qu'est-ce que cela prouve ? Que dans l'espèce envisagée il n'y avait pas novation d'abord parce qu'il n'y avait pas l'*animus novandi*. Si la volonté de nover eût existé, la novation aurait-elle été possible ? C'est une autre question qui sera examinée plus loin. La novation n'est donc souvent qu'une manière différente et moins simple de rendre compte des résultats nécessaires de certaines situations envisagées.

110. Quelquefois la Cour de cassation arrive par sa facilité à admettre l'*animus novandi* à des conséquences difficiles à justifier. Ainsi la question s'est présentée de savoir s'il y avait abus de confiance de la part du mandataire chargé de toucher une somme d'argent, qui, après avoir reçu le paiement, au lieu d'en envoyer les fonds au mandant, lui avait remis une traite, ne l'avait pas payée à l'échéance, et en avait

créé une seconde qu'il n'avait pas payée davantage. La Cour a répondu négativement : « Attendu que de l'ensemble de ces constatations..... il y aurait lieu de conclure qu'une novation s'était opérée et que les fonds primitivement détenus à titre de mandat par le sieur N..., avaient cessé d'être à ce titre entre ses mains par suite de l'acceptation par le créancier des deux traites successivement souscrites par N... (1). » L'abus de confiance ne pouvait donc être reconnu là où la qualité de mandataire n'existait plus. Cela pouvait être vrai dans l'espèce; mais la simple *réception* de traites par un mandant qui joue un rôle tout à fait passif et ne demande qu'à rentrer dans ses fonds, ne saurait, en principe, être considérée comme une acceptation démontrant chez ce dernier l'*animus novandi* qui, d'après l'art. 1273, *doit clairement résulter de l'acte* et doit d'ailleurs être constaté chez les deux parties. Ainsi la Cour de cassation a fort bien jugé que la seule inscription d'un article dans un compte courant *non arrêté*, ne saurait emporter novation (2), car c'est là un acte purement unilatéral.

Mais comme les juges doivent faire l'application des règles du droit pour trancher les litiges dans le sens le plus juridique, ils peuvent, sans violer la règle que la novation ne se présume pas, suppléer, si les circonstances le permettent, un moyen de pur droit, en décidant qu'il y a eu novation dans les titres des parties (3).

Du reste, les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation pour rechercher l'intention des parties dans les circonstances de la cause et l'interprétation des clauses diverses de la convention. Si de cet examen ils tirent la conclusion que les parties *ont voulu* ou *n'ont pas voulu* nover,

(1) Cass. 17 déc. 1880.
(2) Cass. 6 nov. 1888, S. 91, 1, 207, et la note.
(3) Cass. 19 juill. 1888, S. 91, 1, 59.

cette appréciation échappe à la censure de la Cour suprême (1). Mais si au lieu d'une recherche d'intention, il s'agit de vérifier les caractères et les effets légaux de l'acte, c'est une question de droit qui se pose, et la décision du juge sur ce point est soumise au contrôle de la Cour de cassation (2) (Voy. t. VII, n° 88).

La volonté de nover n'est pas nécessairement exprimée dans un écrit. Sans pouvoir être présumée en aucun cas, il suffit qu'elle soit clairement manifestée. Elle pourra d'ailleurs être prouvée par application des règles ordinaires du droit commun, et même par des présomptions graves, précises et concordantes, quand ce genre de preuve est admissible (3).

C'est à celui qui se prétend libéré par novation à prouver l'existence de la novation qu'il invoque. S'il y a doute sur l'intention des parties, les deux obligations devront se cumuler au lieu de se remplacer l'une par l'autre.

§ 2. — De la novation objective.

111. — La nouvelle dette doit être créée pour procurer l'extinction de l'ancienne.
112. — D'après la doctrine et la jurisprudence, il y a au contraire toujours novation dans toute substitution d'une dette à une autre.
113. — Changements dans la cause de l'obligation, ou dans son titre, ou dans sa nature,
114. — Ou seulement dans une modalité.
115. — De la clause : sans novation.

111. D'après l'art. 1271, il y a d'abord novation lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte. — C'est ce qu'on appelle la novation objective.

(1) Cass. 22 déc. 1885, S. 87, 1, 163 et les arrêts cités en note.
(2) Cass. 9 déc. 1891, S. 92, 1, 59 et la note; Cass. 12 déc. 1866, S. 68, 1, 70.
(3) Cass. 19 nov. 1888, S. 89, 1, 72.

Il résulte de ce texte que la nouvelle dette doit être créée précisément pour être substituée à l'ancienne et en procurer l'extinction. C'est pour cela que la novation réveille l'idée d'une sorte de dation en paiement. « Il faut donc qu'il y ait entre les deux dettes une relation tellement intime, que la seconde soit créée uniquement pour remplacer la première, et que l'idée en quelque sorte de créer la seconde ne fût pas venue à la pensée des parties si la première n'avait pas existé. Entre la première et la seconde dette, il ne doit pas s'interposer un contrat indépendant et nouveau. C'est à ce compte seulement que *ceci remplacera cela* de façon qu'il y ait une novation (1). »

Ainsi, par exemple, lorsque le débiteur d'une somme d'argent s'engage, *pour se libérer*, à donner une certaine quantité de terrain à prendre dans une région déterminée, et que le créancier accepte cette promesse, il y a novation par changement d'objet. La dette qui était mobilière est remplacée par une dette immobilière, et il y a entre les deux dettes toutes les différences qui séparent les droits mobiliers des droits immobiliers. Mais il importe de remarquer que la seconde dette ne diffère de la première que par son objet ; le rapport juridique est d'ailleurs resté le même : il n'y a que son contenu qui soit changé. La seconde obligation a si exactement remplacé la première qu'elle se rattache au même contrat initial, et qu'elle a en réalité la même origine. Mais comme on peut concevoir l'existence simultanée des deux obligations, puisque deux choses différentes peuvent être dues en même temps par la même personne à la même personne, il faudra, pour que les deux dettes ne soient pas cumulées, c'est-à-dire pour qu'il y ait novation, qu'il soit dit expressément, ou du moins qu'il résulte de la nouvelle convention, que ce qui en fait l'objet est

(1) ARTUR, sur l'art. 1378, *Revue critique*, 1882, p. 226-227.

destiné à remplacr ce qui faisait l'objet de la première (1).

112. Les auteurs et la jurisprudence ont franchi les limites que nous venons d'indiquer. On a perdu de vue le but en vue duquel la novation a été imaginée, on a cru que toute substitution d'une dette à une autre dans les rapports des mêmes parties doit constituer une novation, et on a été porté à l'admettre dans le cas de deux contrats successifs, indépendants l'un de l'autre, se suffisant à eux-mêmes et dont le second ne suppose nécessairement aucun rapport de droit antérieur.

Ainsi nous avons déjà vu le cas d'une veuve qui, par l'effet d'un acte de liquidation et partage, s'est trouvée détenir à titre d'usufruitière, les sommes qu'elle devait comme adjudicataire; la cause de la dette a été ainsi changée, a dit la Cour de cassation, et il en est résulté virtuellement une novation (2). Mais quel rapport y avait-il entre l'obligation de rendre résultant de l'usufruit et l'obligation de payer un prix résultant de l'adjudication? Est-ce que l'une avait été créée pour éteindre et remplacer l'autre? On a également décidé que le mari débiteur des reprises de la femme décédée, et institué donataire ou légataire en usufruit de ces mêmes reprises, cesse de posséder à titre de mari pour posséder à titre d'usufruitier (3).

113. De même, les auteurs paraissent voir une novation dans la transformation d'un dépôt en prêt (4), dans la transformation en prêt des arrérages échus (5); dans la conversion ultérieure d'un prix de vente en une rente perpétuelle ou viagère (6); dans la conversion d'un prêt en une rente per-

(1) Voy. AUBRY et RAU, § 324; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 288; LAURENT, t. XVIII, n° 217.
(2) Arrêt précité du 9 déc. 1891, S. 92, 10, 59.
(3) Cass. 27 juin 1876, S. 77, 1, 241.
(4) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 285.
(5) AUBRY et RAU, § 324; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 286.
(6) AUBRY et RAU, *loc. cit.*; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 268, 293.

pétuelle ou viagère (1), dans la substitution d'une rente viagère au capital légué (2).

Sans doute, il y a dans tous ces cas création d'une dette et extinction d'une autre; par conséquent certains effets de la novation pourront, à la rigueur, être constatés ; mais il sera toujours impossible d'assimiler ces opérations à la véritable novation par changement d'objet, notamment, ainsi que nous le verrons bientôt, quant à l'application de l'art. 1278 (3).

Dans les hypothèses qui viennent d'être indiquées, on dit qu'il y a novation par changement de la cause de la dette (4), ou par changement de titre.

Une reconnaissance de dette, quand elle est faite par un acte spécial et séparé, peut, dans le système que nous exposons, constituer une obligation nouvelle, changeant la nature du titre primitif, la qualité de la créance ancienne et par conséquent, s'il y échet, la durée de la prescription (5).

Mais il ne faut pas perdre de vue que les actes ne sont établis que *ad probationem*. Il n'y a donc pas novation lorsqu'une obligation étant constatée par un acte sous seing privé, les parties conviennent de dresser un acte authentique. Dans le cas inverse, l'intention de nover pourrait être plus facilement admise (6).

Lorsque le créancier accepte, même sans réserves, des lettres de change ou autres effets négociables, souscrits par le débiteur en paiement de sa dette, il n'y a pas novation. Cette acceptation, en effet, est censée, d'après une pratique

(1) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 293 ; LAURENT, t. XVIII, n° 268.
(2) Riom, 12 déc. 1883, D. 85, 2, 101.
(3) ARTUR, *loc. cit.*, p. 229.
(4) MOURLON, t. II, n° 1399.
(5) Trib. Annecy, 2 janv. 1886, *La Loi* du 11 sept. 1886; Cass. 15 avr. 1892, *Gaz. Trib. Midi*, 19 juin 1892.
(6) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Dr. d'enreg.*, t. II, n° 1609; Voy. Dijon, 3 juill. 1883, D. 84, 2, 121.

constante n'avoir eu lieu que *sauf encaissement;* elle a porté seulement sur un mode de paiement de la créance dont l'objet et la nature n'ont pas changé (1). La même solution doit être étendue au cas où les billets souscrits auraient été renouvelés (2). Il va de soi que, dans les mêmes hypothèses, la novation aurait lieu, si la volonté de nover résultait clairement des actes (3). Dans tous les cas, c'est d'après la nature du titre que le créancier a accepté comme règlement du paiement du prix, s'il s'agit d'une vente, que la question relative aux intérêts devra être résolue. Car, même quand il n'y a pas novation, il résulte implicitement du règlement adopté, une convention spéciale sur l'époque à partir de laquelle les intérêts seront dus (4).

On affirme que lorsqu'une dette commerciale est transformée en une dette civile, il y a certainement novation, ce qui présente de l'intérêt au point de vue de la compétence et de la procédure (5). Mais il est bien difficile de trouver un cas de novation objective résultant d'une transformation d'une dette commerciale en dette civile. Le seul cas d'une telle transformation que présentent les recueils est un cas de novation subjective résultant d'un changement de créancier (6).

114. Si le changement apporté à l'obligation existant déjà porte seulement sur une modalité, il faut distinguer :

L'apposition d'une condition ou d'une charge changeant la

(1) AUBRY et RAU, § 324, texte et note 34; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 297; LAURENT, t. XVIII, n° 283; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1086; Cass. 5 août 1878, D. 79, 1, 71; Trib. Tours, 29 sept. 1888, *Gaz. Trib.* du 18 nov. 1888; Comp. Cass. 25 fév. 1885, D. 85, 1, 281.

(2) Cass. 23 août 1871, D. 71, 1, 323; Comp. Cass. 1er fév. 1876, D. 78, 1, 229.

(3) Trib. Lyon, 8 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 82, 2, 274; Chambéry, 16 juill. 1877, *J. Not.*, art. 21831.

(4) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 298; Cass. 13 juin 1853, D. 53, 1, 183; Voy. cep. Cass. 5 août 1878, D. 79, 1, 71.

(5) LAURENT, t. XVIII, n° 273.

(6) Voy. Cass. 2 déc. 1869, D. 69, 1, 129.

nature de la dette opère novation. L'adjonction d'un terme, même moyennant des garanties nouvelles, n'ayant pour effet que d'ajourner le paiement n'opère pas novation (1). Enfin l'admission d'un créancier au passif de la faillite de son débiteur, ne produit pas novation, car elle a seulement pour objet et pour résultat de vérifier et confirmer la créance (2); les cautions et les coobligés solidaires ne seront donc pas libérés (3).

Il faut observer toutefois, d'une manière générale, que certains changements apportés à une obligation déjà existante, quoique n'emportant point novation à raison de leur caractère, peuvent cependant produire cet effet, s'il est démontré que telle a été l'intention des parties.

115. A l'inverse, quand il s'agit de changements emportant par eux-mêmes novation, les parties ne pourraient pas déclarer utilement qu'il n'y a pas novation. C'est en effet comme si l'on disait : je nove et je ne nove pas. Le fait l'emportera sur une protestation qui est absurde, dit fort bien M. Laurent (4). Cette règle s'applique sans difficulté aux hypothèses où l'objet de la nouvelle dette n'est plus le même, ou bien encore au cas où une dette pure et simple est novée par une dette conditionnelle. Mais elle ne saurait s'appliquer aux nombreuses hypothèses dans lesquelles la novation dérive de ce qu'on a appelé un changement dans la cause de l'obligation, et peut en même temps s'expliquer par une sorte de tradition *brevi manu*. Ainsi dans le cas, par exemple, de conversion du prêt en dépôt, les auteurs font remarquer que la novation qu'ils signalent a le même effet que si le prêteur,

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 276 ; Cass. 9 fév. 1887, *Pand. franç.*, 87, 1, 97.

(2) Paris, 9 fév. 1892, *Le Droit* du 3 juin 1892.

(3) Cass. 7 mars 1866, D. 66, 1, 298 ; Comp. LAURENT, t. XVIII, n° 277.

(4) T. XVIII, n° 265.

après avoir reçu la somme qui lui était due, la remettait à l'emprunteur pour qu'il la conservât à titre de dépôt (1). Dans ce cas et autres semblables, les parties peuvent avoir eu l'intention de faire novation, ce qui permettra de faire passer à la nouvelle créance les privilèges et hypothèques garantissant l'ancienne. Mais il peut arriver aussi que les parties aient eu simplement l'intention de s'en tenir aux effets ordinaires d'une tradition *brevi manu*, et que, pour éviter toute équivoque, elles aient ajouté la clause : sans novation. Nous devons dire cependant que, dans les situations envisagées, les auteurs s'expriment en général, comme s'ils y voyaient des novations *virtuelles*.

§ 3. — Novation subjective.

116. — Novation par changement de débiteur. Le concours du premier débiteur est inutile, art. 1274.
117. — De la délégation, art. 1275 ; délégation parfaite et imparfaite.
118. — Du consentement en cette matière.
119. — Pour qu'il y ait novation, ou délégation parfaite, l'ancien débiteur doit être déchargé en termes exprès.
120. — *Quid* si le délégué s'est cru, par erreur, débiteur du délégant ?
121. — Cas où le délégué devient insolvable, art. 1276.
122. — Condition respective des parties en cas de délégation imparfaite.
123. — Novation par changement de créancier.
124. — Des simples indications faites soit par le créancier, soit par le débiteur, art. 1277.

116. L'art. 1271 § 2 indique le premier cas de novation subjective, qui se produit : « Lorsqu'un nouveau débiteur est

(1) Voy. TOULLIER, t. VII, n° 289 ; DELVINCOURT, t. II, p. 566 note ; DURANTON, t. XII, n°s 283-284 ; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1273 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 285.

substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier. » — C'est le cas de l'*expromissio*.

La novation par changement de débiteur ne peut s'opérer qu'avec le concours du créancier (1). Il s'établit alors un contrat qui a pu être considéré, en Allemagne, comme opérant un transfert de la dette existant déjà, plutôt que la création d'une dette nouvelle (2).

Mais puisque la novation est un paiement, et que le paiement peut être effectué par un tiers sans le concours du débiteur (art. 1236), il était logique de déclarer que :

ART. 1274. La novation par la substitution d'un nouveau débiteur, peut s'opérer sans le concours du premier débiteur (*).

Le cas, néanmoins, n'est pas de nature à se présenter fréquemment. Il faut même remarquer que l'absence du débiteur sera souvent de nature à rendre plus difficilement admissible, chez le créancier, la pensée d'opérer novation. Il faut en effet, conformément à la règle générale de l'art. 1273, que la volonté d'opérer la novation résulte clairement de l'acte.

Ainsi au cas d'un crédit en compte courant ouvert conjointement et solidairement à deux époux, le seul fait que, postérieurement au décès de la femme, les opérations de compte courant ont continué avec le mari, et que dans le compte ouvert à ce dernier, a figuré, comme premier article, le solde du débit existant au décès de la femme, a été considéré comme ne pouvant suffire pour emporter novation opérant décharge des héritiers de la femme et acceptation du mari pour seul débiteur. Peu importe d'ailleurs que le créancier ait gardé le silence pendant plusieurs années au regard des héritiers de la femme (3). Si au contraire le créancier avait,

(*) Art. 1274. — L. 1, 6, C. 8, 42, *De novat.*
(1) Trib. Amiens, 10 juin 1882, *Gaz. Pal.*, 83, 1, 280.
(2) SALEILLES, *loc. cit.*, n^os^ 83 et 106.
(3) Dijon, 23 nov. 1876, S. 77, 2, 249.

dès le premier moment, avisé les héritiers, cette circonstance aurait pu être interprétée dans le sens d'une novation. Il a été jugé en effet que le négociant vendant à un tiers par l'entreprise d'un commissionnaire, fait novation de sa créance contre le tiers acheteur, s'il porte le prix des marchandises vendues au crédit de son compte avec le commissionnaire et en avise l'acheteur (1).

Dans les cas douteux, il n'y aura novation par changement de débiteur que si le créancier a déclaré qu'il entendait décharger le débiteur primitif (2). Mais, d'une manière générale, une mention textuelle à cet égard n'est pas nécessaire. La novation dont il s'agit pourra résulter d'une interprétation de la convention, aussi bien en matière civile (3) qu'en matière commerciale (4). La volonté d'opérer la novation pourra d'ailleurs être établie au moyen de présomptions, quand ce genre de preuve est admissible (5).

117. Les règles ci-dessus doivent être modifiées, quand le débiteur présente à son créancier qui l'accepte un tiers qui s'oblige envers lui. C'est le cas de la *délégation*.

Il faut d'abord le concours du débiteur primitif qui prend l'initiative de l'opération et qu'on appelle *déléguant;* il faut encore la présence du nouveau débiteur qui doit contracter envers le créancier le second engagement, c'est le délégué; il faut enfin le concours du créancier envers qui le nouvel engagement est contracté, c'est le délégataire.

Mais l'accord qui interviendra entre ces trois personnes, ne produira pas toujours la novation :

ART. 1275. La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'o-

(1) Rouen, 14 juill. 1871, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1871, 2, 279.
(2) Cass. 28 mars 1877, D. 77, 1, 501.
(3) Cass. 19 fév. 1878, D. 79, 1, 332.
(4) Paris, 5 juin 1889, S. 90, 2, 69.
(5) Cass. 19 nov. 1888, S. 89, 1, 72.

père point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation (*).

Il y a donc deux sortes de *délégations :* la délégation-novation, qu'on appelle délégation *parfaite*, et la délégation *imparfaite* qui n'opère pas novation. Dans ce dernier cas, le débiteur désigne à son créancier une personne qui paiera à sa place, mais cette personne n'intervient pas pour s'obliger, ou si elle intervient et s'oblige, le créancier n'est pas là pour accepter, ou si le créancier est présent et accepte, il ne décharge pas l'ancien débiteur (1).

118. Il faut remarquer en effet, que les parties intéressées dans la délégation ne sont pas obligées de consentir simultanément. La délégation peut être révoquée tant que toutes les parties n'ont pas consenti. Si l'une des parties vient à mourir sans avoir consenti, la délégation ne peut plus avoir lieu (2).

Toutes les parties doivent donc donner leur consentement, et notamment le créancier. Mais une précision est nécessaire, il s'agit de savoir :

1° Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait délégation ;

2° Lorsqu'il est certain qu'il y a délégation, quelles sont les conditions requises pour que cette délégation produise novation?

Au point de vue du consentement du créancier, la réponse est très simple : le créancier doit accepter la délégation, et cette acceptation peut se produire d'une manière quelconque. Mais si le créancier veut que cette délégation produise novation, il doit déclarer d'une manière expresse qu'il entend décharger son débiteur originaire.

(*) Art. 1275. — L. 11, D. 46, 2, *De novat.*
(1) MATON, *Dict.*, v° *Délégation*, n° 4.
(2) Voy. LAURENT, t. XVIII, n° 314.

Le consentement du créancier à la délégation pourra donc être exprimé, comme aussi il pourra être tacite et résulter des faits et circonstances (1).

Dès l'acceptation de la délégation par le créancier, la créance déléguée et ses accessoires cessent de faire partie du gage commun des créanciers du déléguant, pour devenir le gage spécial et exclusif du délégataire, alors même que celui-ci n'a pas expressément déchargé le déléguant (2).

Pour que la délégation produise son effet à l'égard des tiers, c'est-à-dire des autres créanciers du déléguant ou de nouveaux délégataires ou cessionnaires, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1690, soit qu'il y ait novation, car la novation impliquant l'extinction de la dette antérieure n'est pas une cession, soit qu'il n'y ait pas novation, car alors la délégation a simplement pour résultat l'adjonction d'un nouveau débiteur (3).

119. Pour prévenir toute contestation sur le point de savoir si, en acceptant la délégation comme il vient d'être dit, le créancier n'a pas entendu décharger en même temps le déléguant, la loi exige que le créancier déclare *en termes exprès* qu'il libère son ancien débiteur. La loi n'impose évidemment aucune formule sacramentelle, mais à défaut d'une déclaration expresse de libération, il n'y aurait pas novation, quand même le créancier se serait comporté comme s'il n'avait affaire qu'avec le nouveau débiteur, par exemple en recevant de lui le paiement des intérêts ou d'une rente d'après le mode nouvellement convenu, ou en exerçant contre lui des

(1) Cass. 24 juill. 1889, D. 89, 1, 395 ; AUBRY et RAU, § 324, note 41 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 312 ; LAURENT, t. XVIII, n° 315.

(2) Lyon, 12 fév. 1890, D. 91, 2, 247.

(3) Cass. 24 juill. 1889, S. 92, 1, 299 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 329 ; LAURENT, t. XVIII, n° 316 ; *Contrà*, Orléans, 25 déc. 1861, D. 62, 2, 88, et les arrêts cités en note ; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1276, n° 4 ; Comp. AUBRY et RAU, § 359 *bis*, texte et note 27.

poursuites (1). En pareil cas le créancier n'a accepté la délégation que pour avoir deux débiteurs au lieu d'un.

Lorsque le créancier a expressément déclaré décharger son débiteur, il y a novation entraînant libération du déléguant. Si, d'autre part, le délégué était lui-même débiteur du déléguant, il y aura une seconde novation, car moyennant l'obligation que le délégué contracte envers le délégataire, il sera déchargé envers le déléguant son créancier. Si le délégué n'est pas le débiteur du déléguant, le paiement qu'il fait de la dette du déléguant fait naître à son profit un recours contre ce dernier suivant la convention en vertu de laquelle il s'est obligé de payer pour lui (2).

120. Si le délégué s'est engagé envers le délégataire en se croyant débiteur du déléguant alors qu'il ne l'était pas et s'il paie, il aura certainement l'action en répétition contre le déléguant : *Sine re*, l'opération est nulle, il n'y a pas novation (Voy. t. VII, n° 79). Il pourra même agir contre le délégataire, à moins que celui-ci n'ait de bonne foi supprimé son titre (3) (arg. art. 1377). — On objecte que le créancier a reçu ce qui lui est dû, et qu'il ne doit pas être victime d'une erreur imputable au délégué (4). Sans doute il a reçu ce qui lui est dû par son ancien débiteur, mais il l'a reçu du nouveau, et la question est de savoir si ce dernier s'est valablement engagé, et par suite si la novation est valable. Le créancier aurait-il la prétention de profiter de l'erreur du délégué ?.....

121. Le résultat immédiat et direct de la délégation parfaite, étant le remplacement définitif du déléguant par le

(1) Paris, 14 déc. 1889, D. 90, 2, 189.

(2) LAURENT, t. XVIII, n° 319 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1091.

(3) DURANTON, t. XII, n° 330 ; MOURLON, *Rev. prat.*, t. XVIII, p. 516 ; LAURENT, t. XVIII, n° 319.

(4) Cass. 24 janv. 1872, D. 73, 1, 75 ; AUBRY et RAU, § 324, texte et note 8 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 325.

délégué, il en résulte que désormais le créancier n'aura plus d'action que contre le délégué. Donc si le délégué est ou devient insolvable, le créancier n'aura pas de recours contre le déléguant qui a été déchargé.

La loi a formulé le principe et en même temps les exceptions qu'il comporte :

ART. 1276. Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation (*).

La réserve dont il s'agit doit être expresse, et ne peut être utilement invoquée par le créancier qu'à la charge de constater l'insolvabilité du délégué.

Si la réserve n'a pas été faite, le déléguant ne répond jamais de la solvabilité future du délégué.

En ce qui touche la solvabilité actuelle, le déléguant n'en répond que dans une certaine mesure. Il sera tenu vis-à-vis du créancier dans le cas seulement où l'insolvabilité alléguée du délégué sera caractérisée, au moment de la délégation, ou au moment de la novation, si la novation ne s'est produite que postérieurement, par la faillite ou la déconfiture (1).

La novation consentie par le créancier est donc, ainsi que l'implique l'expression *réserve* de l'art. 1276, subordonnée, expressément ou tacitement selon les cas, à la condition qu'il pourra obtenir son paiement du délégué. Si la condition ne s'accomplit pas, il n'y a pas novation et l'ancienne dette subsiste, avec les accessoires, privilèges et hypothèques dont elle était munie. Le recours du délégataire consistera précisément dans l'exercice de cette ancienne créance, et non, comme le veulent quelques auteurs, dans l'exercice d'une simple action en garantie (2).

(*) Art. 1276. — L. 3, C. 8, 42, *De novat.*

(1) AUBRY et RAU, § 324, note 50 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 319, 320.

(2) LAURENT, t. XVIII, n° 320 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1040 ;

122. Nous avons vu que, dans la délégation imparfaite l'ancien débiteur n'est pas déchargé, et que le créancier acquiert seulement un débiteur nouveau. Ce débiteur nouveau ou délégué joue, en fait, le rôle de caution, mais cependant il est lui-même débiteur principal. Le déléguant, d'autre part, demeure tenu comme il l'était. Le déléguant et le délégué ne sont pas codébiteurs solidaires, car ils ne sont pas engagés solidairement. Ils sont tenus en vertu d'actions indépendantes l'une de l'autre. Mais l'objet de ces diverses actions est le même, et chacun des débiteurs est tenu pour le tout. Le paiement effectué par l'un d'eux libérera l'autre. C'est un cas d'*obligatio in solidum*. Le titre de chaque obligation n'assure, par lui-même, aucun recours à celui qui a payé (Voy. t. VII, n° 314). Mais la situation respective des parties telle qu'elle sera révélée par les termes de la convention d'où résulte la novation, ou par les circonstances, réglera la question du recours auquel le *solvens* pourrait prétendre contre l'autre.

123. Le deuxième cas de novation subjective se rencontre quand un nouveau créancier est substitué à l'ancien. Il faut, pour obtenir ce résultat, le consentement de l'ancien créancier, du nouveau créancier et du débiteur. Ce concours de consentements doit avoir pour effet de décharger le débiteur vis-à-vis du créancier originaire, et de créer de sa part un engagement nouveau dont l'objet pourra d'ailleurs être le même que celui de la première obligation. C'est la nécessité de cet engagement nouveau qui empêche de confondre la novation dont il s'agit avec une cession de créance (1), même suivie d'acceptation; cette acceptation n'est en effet qu'un équivalent de la signification (art. 1689) et est requise seule-

Comp. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 224 *bis* II et III; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 324, note 51; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 323.

(1) Nancy, 21 fév. 1877, D. 78, 2, 14.

ment vis-à-vis des tiers (1). Les parties cependant pourraient faire une cession et même une subrogration avec novation; le résultat dépend de leur volonté qu'il s'agit d'interpréter (2).

124. Remarquons enfin que :

ART. 1277. La simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation. — Il en est de même de la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui (*).

C'est l'application du principe que la novation ne se présume pas. L'indication dont il s'agit laisse intacts les droits du créancier à l'égard de son débiteur ; elle constitue simplement un mandat.

Il en sera ainsi du traité par lequel une société vend à une autre société une portion de son matériel à la charge par celle-ci d'acquitter un emprunt contracté par la première (3). Il en sera de même de l'acte par lequel un débiteur délègue à son créancier les sommes qui lui sont dues par son débiteur propre, alors même que cet acte aurait été signifié au débiteur délégué, s'il n'y a pas eu acceptation de la délégation, ni décharge donnée au déléguant (4).

§ 4. — Effets de la novation.

125. — Effet quant aux codébiteurs solidaires et aux cautions, article 1281.

126. — Effet quant aux privilèges et hypothèques : 1er cas, novation objective ; réserve autorisée par l'art. 1278.

127. — 2e cas, novation par changement de débiteur ; les anciennes

(*) Art. 1277. — L. 10, 20, 27, D. 47, 2, *De novat.*

(1) Cass. 20 avr. 1874, D. 74, 1, 343 ; Bordeaux, 2 avr. 1879, S. 81, 2, 179 ; AUBRY et RAU, § 324 ; LAURENT, t. XVIII, n° 296 ; t. XXIV, n° 536.

(2) Bruxelles, 13 mai 1870, *Pas.*, 71, 2, 5 ; LAURENT, t. XVIII, n° 298.

(3) Cass. 20 janv. 1892, S. 92, 1, 593 et la note.

(4) Trib. Verviers, 25 mars 1885, *Cl. et B.*, 1885, 879.

hypothèques ne passent pas sur les biens du nouveau débiteur, art. 1279.

128. — 3° cas, novation entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, art. 1280.

129. — Conclusion.

125. Voyons maintenant quels sont les effets de la novation.

D'abord la créance première est éteinte d'une manière définitive, et les événements postérieurs sont, en principe, sans influence pour la faire revivre.

Quant aux accessoires de la première créance, il faut observer qu'ils peuvent consister soit dans la présence de coobligés solidaires ou de cautions, soit dans l'existence de privilèges ou hypothèques. La créance principale étant éteinte, tous les accessoires doivent disparaître avec elle; voilà la règle.

En conséquence :

ART. 1281. Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés. — La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. — Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement.

Ces solutions se justifient d'elles-mêmes ; la novation équivaut, nous l'avons dit souvent, à un paiement. Le créancier est censé avoir reçu en paiement la nouvelle créance qui a pris la place de l'ancienne ; donc il est désintéressé quant à cette dernière, et les coobligés solidaires ainsi que les cautions se trouvent libérés *ipso jure*.

Cependant il peut arriver, il arrivera même souvent que le créancier consente bien à recevoir en paiement une nouvelle créance à la place de l'ancienne, mais ne veuille pas abandonner les sûretés résultant de la présence de coobligés solidaires ou de cautions. En conséquence il ne fera avec son débiteur qu'une novation subordonnée à la condition suspen-

sive que les codébiteurs et les cautions s'obligeront pour la dette nouvelle (1). Si les coobligés et les cautions consentent à s'obliger ainsi, ils seront personnellement tenus à concurrence de la nouvelle dette, quand même celle-ci serait plus forte que l'ancienne. Mais hypothécairement et à l'égard des tiers, l'hypothèque grevant déjà leur patrimoine, ne produira ses effets que dans les limites de l'ancienne créance. Le créancier peut aussi subordonner la novation à une condition résolutoire, en stipulant qu'elle sera considérée comme non avenue, si la nouvelle dette n'est pas payée. Dans ce cas les codébiteurs et les cautions ne sont libérés que conditionnellement.

126. Voilà pour ce qui concerne les effets de la novation à l'égard des coobligés et des cautions. Que faut-il maintenant décider en ce qui concerne les privilèges et hypothèques qui garantissaient l'ancienne créance?

Trois cas peuvent se présenter :

Premier cas. — On suppose que le créancier a fait novation avec son débiteur lui-même, en substituant une nouvelle créance à l'ancienne; la loi décide alors que :

ART. 1278. Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés (*).

La possibilité d'une telle réserve se comprend à la rigueur pour les hypothèques judiciaires et pour les hypothèques conventionnelles. Mais comment admettre qu'on puisse réserver un privilège, le reporter d'une créance sur une autre qui n'a pas la même cause, qui ne mérite pas la même faveur, que le législateur n'a pas privilégiée de plein droit; n'est-ce pas contraire à l'essence même des privilèges qui, sauf celui du

(*) Art. 1278. — L. 18, 29, D. 46, 2, *De novat.*; L. 12, § 1, D. 20, 4, *Qui potiores.*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 226 *bis* I, III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 265, 267; LAURENT, t. XVIII, n° 327; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1090.

créancier-gagiste, sont indépendants de toute convention, et attachés nominativement à telle créance à l'exclusion de toute autre (1)? Ce que nous disons des privilèges, s'applique avec non moins de force à l'hypothèque légale (2).

Aussi a-t-on pu soutenir rationnellement, que la réserve des privilèges et hypothèques ne peut se comprendre que dans la novation par changement d'objet, parce que, dans une telle novation, la seconde obligation a en réalité la même cause que l'ancienne et se confond en quelque sorte avec elle. « Mais, dit M. Artur, qui a mis ce point en lumière, cette réserve serait absolument irrationnelle dans le cas de conversion de loyers échus en prêt, ou d'arrérages échus en prêt, ou d'un prix de vente en une rente perpétuelle ou viagère, etc... Le législateur a cru bon d'attacher un privilège à la créance du locateur ou du vendeur; mais évidemment ce privilège n'a plus aucune raison d'être quand le louage ou la vente ont pris fin, et qu'ils ont été remplacés par un prêt, ou par une constitution de rente. L'art. 1278 n'a pas été écrit pour permettre au locateur de reporter son privilège sur les prêts qu'il fait à son locataire, ou au vendeur sur les constitutions de rente que, plus ou moins longtemps après la vente, il lui plaît de consentir à son acheteur... Le privilège ne doit pas être transporté d'une créance à laquelle la loi l'attache à une autre créance à laquelle la loi ne l'a pas attachée. Il ne faut pas que la réserve des privilèges ou hypothèques, permise en cas de novation, serve à couvrir des opérations qui se font entre les mêmes parties, il est vrai, mais qui ne se rattachent à l'opération précédente, que par un lien accessoire et tout à fait accidentel (3). »

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 226 *bis* V; ARTUR, *loc. cit.*, p. 225.

(2) Comp. Cass. 27 nov. 1855, S. 56, 1, 534; P. PONT, *Priv. et hyp.*, t. I, n° 441.

(3) *Loc. cit.*, p. 230.

C'est aussi notre sentiment; mais il nous paraît impossible, en présence des termes généraux de l'art. 1278, de proscrire dans les espèces envisagées, la réserve des privilèges ou hypothèques légales garantissant la première créance. Il est certain en effet, que la novation a depuis longtemps franchi les limites plus nettement définies qui lui étaient assignées par les traditions romaines. En partant de cette idée que la novation n'existe qu'en vertu de la volonté des parties, on est arrivé à conclure qu'elle pouvait toujours se produire, en vertu de cette même volonté, même dans des circonstances où il y avait simplement succession de deux contrats, plutôt que création d'une dette en vue de l'extinction d'une autre.

Nous en avons vu un exemple récent dans le cas d'une veuve qui, en vertu d'un acte de partage restait grevée comme usufruitière d'une restitution de sommes dont elle avait été d'abord débitrice en qualité d'adjudicataire. La Cour de cassation a décidé dans cette hypothèse, que l'ancienne dette se trouvait éteinte et avec elle le privilège de copartageant qui y était attaché; mais que les colicitants auraient pu conserver ce privilège en en faisant la réserve expresse suivant la faculté que leur laissait l'art. 1278 (1).

Il serait téméraire de chercher à réagir contre cette manière d'appliquer l'art. 1278, et voici comment on peut, croyons-nous, résumer la pensée de la loi en pareille matière:

Dans les successions d'obligations qui peuvent s'analyser en une opération *brevi manu*, la première dette est toujours éteinte avec ses accessoires;

Dans ces mêmes hypothèses la loi a admis que les parties pouvaient faire une novation, d'ailleurs parfaitement inutile pour consacrer le résultat ci-dessus;

Quand les parties font novation, elles peuvent (*contra*

(1) Cass. 9 déc. 1891, S. 92, 1, 89; Comp. Cass. 15 nov. 1886, D. 87, 1, 499.

rationem juris) réserver expressément les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance, mais seulement dans la mesure de cette même créance.

De sorte que la novation qui est un mode d'extinction des obligations et de leurs accessoires ne pourra servir, dans le cas examiné, qu'à conserver les accessoires d'une dette!

127. Deuxième cas. — Lorsqu'il y a novation par la substitution d'un nouveau débiteur, celui-ci peut bien, s'il le veut, consentir sur ses biens une hypothèque au profit du créancier, mais cette hypothèque ne prendra date que du jour qu'elle aura été inscrite, et non du jour de l'ancienne hypothèque qui grevait les biens de l'ancien débiteur :

ART. 1279. Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur (*).

Si les parties ne peuvent faire passer sur les biens du nouveau débiteur les hypothèques qui grevaient les biens de l'ancien, ne pourraient-elles pas, tout au moins, empêcher ces hypothèques de disparaître en les réservant formellement sur les biens de l'ancien débiteur? Si ce dernier concourt à la novation, il y consent et dès lors il n'y a pas de difficulté. Mais si la novation a lieu sans sa participation, on ne peut pas, en son absence, réserver une hypothèque sur ses biens. De même en effet, que pour conserver son action sur les cautions et les coobligés solidaires, le créancier est obligé d'obtenir leur assentiment, de même il doit obtenir le consentement de l'ancien débiteur s'il veut réserver contre lui son hypothèque.

128. Troisième cas. — La difficulté qui vient d'être examinée paraît du reste définitivement tranchée par le texte suivant supposant qu'il existe plusieurs codébiteurs solidaires :

(*) Art. 1279. — L. 30, D. 46, 2, *De noval.*

ART. 1280. Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.

Cet article ne veut pas dire que toute réserve sur les biens des autres coobligés solidaires est interdite ; il signifie seulement que cette réserve ne peut être utile que moyennant le consentement des autres coobligés (1).

Cette disposition, au point de vue pratique, est critiquée par les auteurs. On fait remarquer qu'il n'y aurait eu aucun danger à permettre au créancier, qui fait novation avec l'un des codébiteurs solidaires, de réserver, pour la sûreté de sa nouvelle créance, les garanties qui faisaient la sûreté de l'ancienne, c'est-à-dire les hypothèques pesant sur les biens de ceux des débiteurs avec lesquels il ne fait pas novation. Cette réserve ne leur causerait aucun préjudice, puisqu'elle ne modifierait point leur situation ; l'impossibilité de la faire rendra donc les novations moins fréquentes !... Mais quel intérêt y a-t-il à ce que les novations soient plus ou moins fréquentes? — Le créancier, du reste, n'a qu'à stipuler que la novation est faite sous la condition du paiement par le nouveau débiteur, de sorte que l'ancienne créance revivrait en cas de non paiement, et que les débiteurs solidaires seraient alors tenus personnellement et solidairement.

129. Ainsi donc, la novation est critiquable tantôt pour les réserves qu'elle autorise (art. 1278), tantôt pour celles qu'elle défend (art. 1280); presque toujours elle est une superfétation, les parties ayant le moyen d'atteindre le même but par un procédé différent. On pourrait donc, ce semble, dans un intérêt de simplification, l'éliminer de la législation, comme l'ont déjà fait les Allemands, et laisser la pratique se développer librement, sous l'empire des principes généraux.

(1) AUBRY et RAU, § 324, texte et note 55; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 228 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 359; LAURENT, t. XVIII, n° 332.

SECTION III.

De la remise de la dette.

130. — Distinction entre la remise du titre et celle de la dette.
131. — Présomption résultant de la remise du titre privé, article 1282.
132. — Présomption moins forte résultant de la remise de la grosse, art. 1283.
133. — Les art. 1282 et 1283 concernent-ils les conventions synallagmatiques?
134. — Champ d'application de l'art. 1282.
135. — Champ d'application de l'art. 1283.
136. — La délivrance du titre doit émaner du créancier et être volontaire; conséquences en cas de perte, vol, etc.
137. — Règles concernant la preuve contraire aux présomptions ci-dessus.
138. — Effets à l'égard des coobligés de la remise de dette résultant de la délivrance du titre, art. 1284 et 1285.
139. — Effets de la remise du gage, art. 1286.
140. — Effets de la remise relativement aux cautions, art. 1287.
141. — Rachat du cautionnement par la caution, art. 1288.

130. Il ne faut pas confondre la remise de la dette avec la remise du titre établissant l'existence de la dette.

La remise de la dette est la renonciation gratuite faite par le créancier au droit d'exiger en tout ou en partie le paiement de ce qui lui est dû. Si cette remise était faite par testament, elle constituerait un legs, essentiellement révocable (1), et caduc en cas de prédécès du légataire (2). Mais quand cette remise intervient entre-vifs c'est une donation soumise à toutes les règles de fond qui gouvernent les donations, mais ayant lieu d'une manière tacite puisqu'elle peut résulter de la simple remise du titre établissant la dette.

La loi a en effet admis que la délivrance matérielle faite au débiteur du titre de la dette, pouvait faire présumer la remise

(1) Cass. Belge, 28 avr. 1891, *Pas.*, 91, 1, 126.
(2) Trib. Verviers, 21 fév. 1883, *Pas.*, 84, 3, 52.

de cette même dette. Ce mode d'extinction des obligations suppose donc que la dette existe encore. Or, quand il s'agit d'un corps certain, l'obligation, en ce qui concerne le transfert de la propriété, étant censée accomplie par le seul effet du consentement, il ne saurait être question de la remise d'une dette déjà acquittée. Par conséquent les présomptions de remise de la dette résultant de la délivrance du titre, telles qu'elles sont réglées par les textes que nous allons étudier, doivent être restreintes aux obligations génériques et sont tout à fait étrangères aux obligations qui sont par elles-mêmes translatives de propriété (Voy. t. VII, n° 102).

La remise de la dette étant une libéralité doit être acceptée par le débiteur. La remise et l'acceptation peuvent avoir lieu expressément ou tacitement. Il importe peu que la remise se produise sous la forme d'un acte unilatéral, par exemple d'une quittance, mais même dans ce cas elle doit être acceptée au moins tacitement (1).

La convention de remise est tacite quand elle résulte de faits impliquant de la part du créancier, la renonciation à sa créance au profit du débiteur. La preuve de ces faits s'opère conformément au droit commun.

131. Le législateur a cependant considéré certains faits significatifs comme étant de nature à faire présumer la libération du débiteur, libération qui pourra d'ailleurs résulter d'un paiement comme d'une libéralité.

Ainsi :

ART. 1282. La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la libération.

La présomption résultant de la restitution prévue au texte, est une présomption *juris et de jure* contre laquelle la preuve contraire n'est pas admise. Il est tout naturel que la restitution du titre original sous signature privée faite au débiteur,

(1) Bruxelles, 1er juin 1889, *Pas.*, 89, 2, 347.

produise cet effet, puisque, en l'opérant, le créancier s'est volontairement dessaisi de l'unique moyen de preuve qu'il avait en sa possession; c'est donc qu'il était payé ou qu'il a voulu renoncer définitivement à son droit.

132. Mais si le créancier avait le moyen de remplacer le titre qu'il a livré à son débiteur, le fait de cette délivrance n'aurait plus, évidemment, une signification aussi énergique.

Par conséquent :

ART. 1283. La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire.

Il y aura toujours présomption de libération, mais la présomption sera moins forte, elle sera *juris tantum*, c'est-à-dire que la preuve contraire sera admise. En effet, dans l'hypothèse prévue, le créancier n'est pas absolument désarmé, puisqu'il peut toujours établir son droit au moyen de la minute de l'acte conservée par le notaire, minute dont il peut même, dans certains cas obtenir une seconde grosse (art. 844, C. pr. civ.), et dont il lui est toujours loisible de réclamer une expédition (art. 839, C. pr. civ.). Nous devons faire remarquer que la restitution du titre n'est pas le seul fait duquel on puisse induire la libération du débiteur, mais c'est le seul qui engendre une présomption légale de libération. La libération peut d'ailleurs être établie par des présomptions de l'homme c'est-à-dire de fait, dans tous les cas où la loi permet aux juges d'admettre ce mode de preuve (art. 1353).

133. Les auteurs sont généralement d'accord pour reconnaître que les art. 1282 et 1283 ne peuvent recevoir d'application, qu'aux contrats unilatéraux, dans lesquels il n'y a qu'un créancier et qu'un débiteur et non aux conventions synallagmatiques. On soutient que les obligations dérivant de ces dernières conventions ne peuvent être éteintes que par une remise mutuelle, ce qui emporte la dissolution du contrat (1).

(1) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1282, n° 1; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 380 *bis;* LAURENT, t. XVIII, n° 346; Comp. POTHIER, *Oblig.*, n° 612.

Mais cette solution est arbitraire et divinatoire. Où a-t-on vu que, dans les conventions synallagmatiques, la remise des obligations doit être mutuelle et réciproque? « Le vendeur d'un corps certain, dit à ce sujet M. Laurent, peut, sans doute, faire remise à titre gratuit du prix auquel il a droit, mais la propriété n'en sera pas moins transférée à l'acheteur et si, dans l'*intention des parties* la remise du prix doit avoir pour conséquence la restitution de la chose, c'est-à-dire la renonciation de chacune des parties à la vente, cette volonté ne pourra recevoir son exécution que par un nouveau contrat qui opérera une nouvelle translation de propriété. » Cela est évident, mais il s'agit de tout autre chose. Nous avons déjà fait remarquer que les art. 1282 et 1283 ne s'appliquent pas au transfert des droits réels. Mais, dans la vente, par exemple, pourquoi ne s'appliqueraient-ils pas au vendeur, créancier du prix lorsque, *dans l'intention des parties*, la remise du prix ne doit pas avoir pour conséquence la restitution de la chose?.... Quel inconvénient y a-t-il à adopter cette solution, et où est la nécessité de compliquer les situations les plus simples par des prohibitions que rien ne justifie?....

134. Reprenons maintenant l'examen détaillé des dispositions qui nous occupent.

L'art. 1282 exige d'abord la remise du *titre original*, c'est-à-dire unique et devant rester unique ; il s'agit ordinairement d'un acte sous seing privé; c'est même le cas prévu par le texte. Mais la disposition peut être étendue à la remise d'un acte authentique reçu en brevet. L'important, en effet, c'est que le créancier ne puisse pas remplacer le titre dont il s'est dessaisi, et ne conserve rien qui puisse en tenir lieu. Par conséquent n'emporterait pas présomption de libération la remise d'un simple duplicata (1) ni celle d'un exemplaire d'une sentence arbitrale, non encore rendue exécutoire, et

(1) Douai, 24 juin 1874, *J. N.*, art. 21063.

ayant pu, dès lors, être rédigé en plusieurs exemplaires (1).

135. Dans le cas de l'art. 1283 la présomption de libération résulte de la remise volontaire de *la grosse du titre*, sans distinction entre la grosse d'un acte notarié, et celle d'un jugement de condamnation qui absorbe en quelque sorte le titre original préexistant en vertu duquel il a été rendu. Mais la retenue de ce titre par le créancier pourra rendre plus facile la preuve contraire autorisée par l'art. 1283 (2).

L'art. 1283 ne parle que de la délivrance d'une grosse du titre ; il serait donc arbitraire et d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi, de l'étendre à la remise d'une simple expédition (3). Il s'agit d'ailleurs du titre qui a été dressé pour fournir au créancier une preuve contre son débiteur. Or il est certain que les grosses des actes reçus par les notaires n'ont pas pour objet d'établir que des honoraires leur sont dus. C'est donc à tort qu'une jurisprudence, d'ailleurs constante, décide que la présomption du paiement des honoraires et frais résulte de la délivrance volontaire faite par un notaire à son client de la grosse d'un acte (4), ou même d'une simple expédition (5). Tout au plus pourrait-il résulter d'une telle remise une présomption de fait (6).

136. La délivrance du titre, pour être efficace, doit émaner du créancier ou d'une personne ayant reçu de lui un pouvoir à cet effet (7). Cette délivrance étant de nature à faire présu-

(1) Paris, 8 mai 1885, *Gaz. Trib.*, 6 oct. 1885.

(2) Voy. AUBRY et RAU, § 323, note 29; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 427; LAURENT, t. XVIII, n° 342; *Contrà*, SELIGMANN, *Rev. prat.*, 1861, t. VI, p. 508.

(3) *Contrà*, Cass. 12 mai 1888, *Bull.*, Cass. civ., n° 210.

(4) Bordeaux, 8 mars 1889, S. 91, 2, 158 et les arrêts indiqués en note.

(5) Cass. 14 mai 1888, S. 89, 1, 12.

(6) Dijon, 14 août 1879, D. 81, 2, 86; AUBRY et RAU, § 323, texte et note 44; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 444; LAURENT, t. XVIII, n° 347.

(7) Cass. 26 mai 1886, D. 87, 1, 87.

mer un paiement effectif, il en résulte qu'elle peut produire son effet libératoire pour le tout, quoique émanée d'un seul des créanciers solidaires. Il est en effet au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires (article 1198). Il faut de plus que la délivrance dont il s'agit soit effectuée entre les mains du débiteur ou d'une personne ayant qualité pour le représenter, sinon elle serait inopérante (1).

Enfin cette délivrance doit être volontaire. Les présomptions des art. 1282 et 1283 n'auraient en effet aucune base, si l'original ou la grosse du titre ne se trouvaient entre les mains du débiteur que par suite d'une perte, d'un vol, d'un abus de confiance, ou s'il en ayait obtenu la possession par erreur, dol ou violence.

Mais en cas de contestation, est-ce au débiteur, qui est en possession du titre, à prouver que cette possession dérive d'une délivrance volontaire qui lui a été faite, ou bien est-ce au créancier à établir que la détention du titre par le débiteur ne provient pas d'une restitution volontaire ?

Nous venons de faire remarquer qu'en parlant d'une possession du titre dérivant d'une remise *volontaire*, la loi a voulu par cette expression se référer à la fois aux hypothèses où il n'y a eu ni dol, ni erreur, ni violence, comme à celles où il n'y a eu ni vol, ni perte du titre, ni abus de confiance. Or, il serait absurde de soutenir que le débiteur nanti de la possession du titre est encore obligé de prouver que cette possession lui est advenue sans dol ni violence de sa part, et sans erreur de la part de son ex-créancier. Si ce dernier allègue l'erreur, la violence ou le dol, c'est à lui à en fournir la preuve. Voilà ce que veulent les principes généraux.

En sera-t-il autrement si, au lieu d'alléguer la violence, l'erreur ou le dol, il allègue la perte, l'abus de confiance, le vol, qui l'auraient dépouillé de son titre? Evidemment non,

(1) Cass. 1er fév. 1842, D. 42, 1, 91.

car tous ces faits rentrent dans *le dol*. Mais, dit-on, il ne s'agit pas, pour le débiteur nanti du titre, d'administrer la preuve négative que sa possession est exempte de toute espèce de vice, mais de fournir la preuve d'un fait positif de remise *volontaire* du titre par le créancier. S'il en est ainsi, le débiteur à qui le créancier remet volontairement son titre afin de le libérer pourra dire : cette remise, par elle-même, est inefficace pour moi et ne me servira de rien : remettez-moi un écrit constatant que la tradition du titre a été effectuée entre mes mains volontairement; ou mieux encore donnez-moi une quittance libératoire..... Or les art. 1282 et 1283 ont été édictés précisément pour rendre inutile la rédaction de semblables écrits. S'ils ne peuvent servir à atteindre ce but, quelle est donc leur utilité? — La détention du titre par le débiteur doit donc faire supposer que la remise lui en a été faite volontairement par le créancier (1). Mais c'est une simple présomption de fait et non une présomption légale; le créancier doit être admis à prouver, par tous les moyens, que la possession du titre par le débiteur ne provient pas d'une restitution volontaire. Les juges auront d'ailleurs un pouvoir souverain pour trancher la question d'après les circonstances de la cause (2).

137. Quand le fait de la remise volontaire est établi ou n'est pas contesté, dans le cas de l'art. 1282, aucune preuve n'est admise contre la présomption qui en découle. Le créancier ne saurait donc être reçu à prouver que la remise volontaire qu'il a faite du titre au débiteur n'a pas eu lieu dans le but de libérer ce dernier, mais a été effectuée dans une intention

(1) Cass. 8 août 1873, D. 75, 1, 260; Bruxelles, 21 mars 1888, *Pas.*, 88, 2, 296; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n°s 355 et suiv.; Trib. Verviers, 7 fév. 1883, *Cl.* et *B.*, 84, 215.

(2) AUBRY et RAU, § 323, texte et note 32; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 231 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 421; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1103; Cass. 20 oct. 1890, D. 91, 1, 263; Cass. 16 août 1881, D. 82, 1, 477.

tout autre. Néanmoins comme il a le droit de s'en rapporter, sur ce point, au débiteur lui-même, il pourra lui déférer le serment ou le faire interroger sur faits et articles (art. 1352) (1).

Dans le cas de l'art. 1283, où la preuve contraire est réservée, le créancier pourra établir par tous les moyens possibles, que la tradition de la grosse du titre, bien que volontairement effectuée par lui, n'a pas été opérée dans le but de libérer le débiteur (2).

On a quelquefois décidé que la présomption de l'art. 1282 n'était pas applicable en matière commerciale (3) ; mais cela est contraire au principe général d'après lequel les règles du droit civil s'appliquent en matière commerciale à moins d'une dérogation spéciale inscrite dans le Code de commerce (4).

Les présomptions édictées par les art. 1282 et 1283 sont simplement des présomptions de *libération*. Mais la loi ne dit pas à quel titre elle présume que le débiteur est libéré, si c'est par l'effet d'un paiement, ou par l'effet d'une remise gratuite de la dette; c'est-à-dire qu'en réalité elle ne présume ni un paiement, ni une remise gratuite. Mais seulement une libération comme le dit l'art. 1282.

Cela étant, il est facile de se rendre compte du fonctionnement de cette présomption : Si le créancier agit contre le débiteur, ce dernier lui opposera une fin de non-recevoir en invoquant purement et simplement la présomption de libération. Mais le créancier pourra répliquer et prouver par témoins que la remise du titre a constitué de sa part une libéralité révocable pour cause de survenance d'enfants.

(1) AUBRY et RAU, § 323; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 424; LAURENT, t. XVIII, n° 363.

(2) Dijon, 14 août 1879, D. 81, 2, 86.

(3) Cass. 18 août 1852, D. 53, 1, 111; Douai, 24 juin 1874, *J. N.*, n° 21063; Bordeaux, 10 déc. 1885, *J. arr. Bordeaux*, 86, 1, 78.

(4) MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ, § 569, note 7; LAURENT, t. XVIII, n° 364.

De même, s'il s'agit d'une dette contractée solidairement, et que l'un des débiteurs qui a le titre de la dette en sa possession, prétend qu'il a payé le créancier, et exerce son recours contre ses codébiteurs solidaires, il devra prouver le paiement qu'il allègue, si ses codébiteurs soutiennent que le créancier lui a fait remise gratuite de la dette. En définitive la question de savoir à quel titre le débiteur peut se dire libéré doit être tranchée par application pure et simple du droit commun. C'est à celui qui prétend que la libération a eu lieu à titre de libéralité ou à titre de paiement de prouver son allégation (1). Le système adopté par la majorité des auteurs (2) et d'après lequel, sauf distinctions, limitations et restrictions, le débiteur peut, à son choix et suivant son intérêt, prétendre qu'il est libéré soit par un paiement, soit par une remise gratuite, et qu'en l'absence de déclaration, c'est le paiement qu'il faut présumer, repose sur une extension irrationnelle des présomptions de la loi et ne supporte pas l'examen.

138. La remise tacite qui se produit dans les cas des articles 1282 et 1283, opère nécessairement *in rem*, d'une manière absolue, c'est-à-dire qu'elle libère tous ceux qui étaient tenus de la dette.

Donc :

ART. 1284. La remise du titre original sous signature privée, ou de la grosse du titre, à l'un des débiteurs solidaires, a le même effet au profit de ses codébiteurs.

La même solution doit être étendue aux codébiteurs d'une dette indivisible.

La remise du titre à l'un des intéressés fait seulement présumer la libération, et non le paiement comme cela a été quelquefois jugé par erreur (3). Par conséquent celui qui

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 351; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1104.

(2) AUBRY et RAU, § 323; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 231 *bis* IV et 232 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 433 et suiv.; MARCADÉ, sur l'art. 1283; MOURLON, t. II, n° 1429.

(3) Bordeaux, 8 mars 1889, S. 91, 2, 158.

veut exercer un recours contre ses coobligés, doit prouver que la remise qui lui a été faite du titre est la suite d'un paiement (1).

Quant à la remise expresse, elle sera tantôt *réelle*, tantôt personnelle.

ART. 1285. La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. — Dans ce dernier cas il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise (*).

Ainsi donc la remise accordée sans réserve à un seul des coobligés, engendre une exception *commune* dont peuvent se prévaloir tous les autres (Voy. t. VII, nos 324 et 326). De ce que le créancier renonce à son droit vis-à-vis d'un seul, la loi en conclut qu'il entend renoncer aussi à son droit à l'égard de tous. Cette décision est une conséquence du mandat que l'on prétend exister entre tous les codébiteurs solidaires (Voy. t. VII, nos 318 et 321). Cependant elle est critiquée par tous les auteurs, même par ceux qui admettent l'idée de mandat.

En partant de cette cette idée que la disposition de l'article 1285 étant contraire aux principes doit être restrictivement appliquée, on décide généralement qu'elle ne saurait être étendue à la remise accordée à l'un des débiteurs d'une obligation indivisible (2). Mais cette question que nous avons déjà examinée (Voy. t. VII, nos 361 et 362), est indépendante de l'art. 1235 et est gouvernée par d'autres principes.

La réserve expresse exigée par l'art. 1285 peut résulter des termes et de la contexture de l'acte (3). Si l'un des débiteurs auxquels le créancier n'a pas accordé la décharge conventionnelle devient insolvable, la part qui aurait dû être supportée

(*) Art. 1285. — L. 19, D. 45, 2; *De duob. reis stipul.*
(1) LAURENT, t. XVIII, n° 378.
(2) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 460.
(3) Trib. Gand, 8 fév. 1853, *B. J.*, 53, 330.

dans son insolvabilité par le débiteur déchargé est pour le compte du créancier.

Quand le créancier qui a fait la remise à l'un des débiteurs a réservé ses droits contre les autres, il ne peut plus, d'après le second paragraphe de l'art. 1285, répéter la dette que déduction faite de la part de celui à qui il a fait la remise. Cette part, d'après la volonté probable qui a présidé à la réserve, sera la part réelle si la position respective des débiteurs était connue du créancier, et la part virile, dans le cas contraire. Ce sera encore la part virile c'est-à-dire la part apparente, s'il n'est pas possible d'établir que le créancier a connu ou ignoré la quotité respective d'intérêt des codébiteurs engagés dans l'affaire (1).

139. Pour que la remise ou décharge dont il s'agit produise les effets ci-dessus indiqués, il faut naturellement qu'elle porte sur la créance elle-même. La renonciation à une garantie accessoire ne saurait emporter renonciation à la créance principale. C'est ce que la loi dit surabondamment, pour le gage, en reproduisant un passage de Pothier (2) :

ART. 1286. La remise de la chose donnée en nantissement ne suffit point pour faire présumer la remise de la dette (*).

Il en serait de même de la renonciation à des garanties autres que le gage, telles que l'hypothèque, le privilège, le cautionnement.

140. A propos du cautionnement, la loi édicte une disposition spéciale :

ART. 1287. La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. — Celle accordée à la caution ne libère pas le débiteur principal; — Celle accordée à l'une des cautions ne libère pas les autres (**).

(*) Art. 1286. — L. 3, D. 2, 14, *De pactis;* L. 2, C. 8, 26, *De remiss. pign.*

(**) Art. 1287. — L. 60, 68, § 2, D. 153, § 1, D. 46, 1, *De fid. et mandat.*

(1) MOURLON, t. II, n° 1269; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 397; LAURENT, t. XVII, n° 341.

(2) *Oblig.*, n° 610.

Celles-ci restent donc tenues de la dette; mais le créancier ne pourra plus agir contre elles que déduction faite de la part que la caution déchargée aurait dû supporter dans la dette. Cette solution paraît devoir s'appliquer, non seulement au cas où les cautions s'étant engagées en même temps ont compté les unes sur les autres, mais encore au cas où la caution déchargée ne s'était obligée qu'après l'engagement des autres. Le créancier, en effet, en faisant remise à l'une des cautions, ne peut pas aggraver la charge des autres, quelle que soit, d'ailleurs, la date de leurs engagements; du reste l'art. 1287 ne fait, et, par conséquent, n'autorise aucune distinction (1).

141. La loi suppose, dans l'art. 1287, qu'il s'agit d'une remise gratuite accordée à la caution; mais il peut arriver que la caution veuille racheter son engagement.

En ce cas :

ART. 1288. Ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement, doit être imputé sur la dette, et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions (*).

Dans la pensée des parties, il s'agissait d'un contrat aléatoire qui ne présentait rien de répréhensible. Moyennant une certaine valeur actuellement perçue, le créancier consentait à prendre à sa charge les risques de l'insolvabilité éventuelle du débiteur, et moyennant un faible sacrifice la caution obtenait d'être déchargée de toute responsabilité à cet égard. Mais, a-t-on fait observer, pour qu'un tel pacte soit possible il faut qu'il y ait réellement un risque quelconque à courir. Or comment savoir s'il y a de justes raisons pour appréhender l'insolvabilité future du débiteur?... Alors intervenait la fameuse théorie de la cause : le prix perçu par

(*) Art. 1288. — L. 15, § 1, D. 46, 1, *De fid. et mandat.*

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 373; *Contrà*, POTHIER, n° 617; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 468.

le créancier pour dégager la caution d'un engagement qui ne lui fait courir aucun risque actuellement démontré, est donc *sans cause!* — Il faut donc transformer ce prix en *acompte* sur le principal de la dette, contrairement à la volonté certaine des parties, et autoriser la caution qui ne l'entendait pas ainsi, à répéter cet acompte contre le débiteur principal. C'est-à-dire qu'on a fait complétement disparaître toute l'utilité de la convention envisagée. Aussi n'a-t-on jamais vu un créancier consentir à accorder la décharge du cautionnement dans les conditions de l'art. 1288, et cela nous dispense d'examiner les difficultés secondaires que pourrait soulever l'application d'une telle disposition.

SECTION IV.

De la compensation.

§ 1er. — Généralités.

142. — Hypothèse donnant lieu à la compensation, art. 1289. — Principaux systèmes législatifs sur la matière.
143. — Système du Code civil, art. 1291. — Subrogation légale, facultative; reconvention, déduction.

142. Nous avons déjà eu l'occasion de constater les étroites affinités que l'on rencontre entre le *droit de rétention* et la *compensation* (Voy. t. VII, n° 169). — Dans les deux cas on reconnaît que le créancier, qui se trouve en même temps débiteur de celui qui lui doit, a en mains, dans sa propre dette, une garantie, on pourrait même dire : une sorte de gage qu'il est possible d'utiliser pour lui faire avoir le paiement. Par le droit de rétention, le créancier est autorisé à refuser un paiement pour contraindre son débiteur à payer lui-même. La compensation va plus loin; elle n'est plus seulement un moyen de contrainte, mais un moyen de réaliser le paiement.

Elle consiste non plus seulement à refuser ce qu'on doit pour obtenir ce qui est dû, mais à se payer réellement sur ce qu'on doit soi-même. Aussi a-t-on pu dire que la compensation était un droit de rétention renforcé (1). Il faut cependant observer que le droit de rétention n'a lieu que pour dettes connexes, tandis que la compensation va avoir lieu pour toutes dettes réciproques quelconques ayant même objet (2).

Le Code commence par indiquer l'hypothèse qui peut donner lieu à la compensation :

ART. 1289. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés (*).

Avant d'examiner « *La manière et les cas ci-après exprimés* », il est bon d'avoir une idée exacte sur les principaux systèmes législatifs qui peuvent être appelés à régir la matière.

On peut d'abord concevoir une compensation *par voie de déduction*. Cette compensation est uniquement l'œuvre du demandeur qui doit formellement retrancher de la somme qui lui est due par le défendeur, celle dont il est lui-même débiteur envers ce dernier, de manière à limiter sa demande à l'excédent. C'est ce procédé qui était imposé à Rome à l'*argentarius* et au *bonorum emptor* (3).

On peut encore, en envisageant les obligations d'une manière moins étroite, admettre que le débiteur poursuivi peut au lieu de payer, déclarer qu'il veut compenser, en tout ou en partie, la dette réclamée contre lui, avec une créance qu'il a de son côté contre son créancier. En droit romain, il le fai-

(*) Art. 1289. — L. 1, 2, 3, D. 16, 2, *De compens.*

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 61.

(2) On peut consulter sur la compensation : LAIR, *Comp. en Dr. rom. et en Dr. fr.*, 1862; DESJARDINS, *De la compens.*, 1864; TEMPIER, *De la reconv.*, Paris, 1860.

(3) GAI. *Comm.* IV, 63, 64.

sait à l'époque classique, au moyen d'une exception de dol, insérée ou sous-entendue dans la formule. Le juge était ainsi amené à déduire de la condamnation à prononcer, la somme dont le demandeur était redevable de son côté. La balance des deux créances s'opérait ainsi *officio judiciis* et non par l'effet de la loi. La réforme de Justinien portant que désormais les compensations seraient admises *ipso jure* dans toutes les actions (1) ne modifia pas ce résultat; cette réforme ne concernait que la reconvention, et l'expression *ipso jure* signifiait seulement que le juge était de plein droit autorisé à vérifier, sans exception, si le défendeur était lui-même créancier *ex aliâ causâ*.

Le droit français moderne exagérant cette idée fausse de la toute-puissance de la loi, admet au contraire, du moins en principe, que les deux créances doivent être traitées comme si elles étaient réellement payées l'une par l'autre, dès le moment qu'elles ont commencé à coexister, que par suite elles sont éteintes l'une et l'autre, la plus grande à concurrence de la plus faible.

Enfin, le nouveau projet de Code civil allemand, repoussant la compensation légale, opérant à l'insu et contre le gré des parties, présente un système nouveau que l'on peut ainsi résumer :

« Dès qu'il existe deux dettes réciproques ayant même objet et toutes deux exigibles, il n'y a pas extinction de plein droit de chacune d'elles jusqu'à concurrence de la plus faible et à l'insu des parties; car il ne peut y avoir de paiement contre le gré et à l'insu de celui qui paie; mais chacune des dettes tient l'autre en échec, et fournit ainsi à chacune des deux parties le moyen de payer ce qu'elle doit en renonçant à ce qui lui est dû et celui par la même occasion

(1) *Compensationes ex omnibus actionibus* IPSO JURE *fieri sancimus.* — L. 14, C. 4, 31, *De compens.*

de se payer elle-même en saisissant en quelque sorte sur elle l'objet de sa propre dette. Or, il suffit, pour que ce double effet se réalise, d'une déclaration unilatérale de volonté de la part de l'un des deux débiteurs à l'autre, déclaration qui peut se produire sans attendre la poursuite de l'autre et qui, par suite, n'est plus du tout l'analogue de l'ancienne exception dont se servait le droit romain classique pour faire valoir la compensation. Enfin cette déclaration de compensation a un effet rétroactif en ce sens que les deux dettes seront censées éteintes du jour où la compensation est devenue possible : et ceci s'explique par cette idée que de ce jour, en effet, les deux dettes se sont paralysées réciproquement, et que la déclaration de paiement ne fait qu'accepter une situation déjà acquise et reconnaître, par suite, une libération antérieure plutôt qu'opérer un paiement actuel, ce qui aura une grande importance au point de vue, par exemple, du cours des intérêts (1). »

143. Les rédacteurs du Code civil ont consacré, ainsi que nous l'avons déjà dit, un système qui ne tient absolument aucun compte de la volonté des parties. Acceptant l'interprélation malheureuse donnée par Cujas, Voët, Domat et Pothier, contrairement à l'opinion de Vinnius et de Donneau, à l'expression *ipso jure* dont nous avons déjà rendu compte, ils ont cru se conformer à la tradition romaine en organisant une compensation *légale*. Ils n'ont pas cherché à atténuer dans l'expression ce qu'un pareil système avait d'arbitraire, et ils ont dit :

ART. 1290. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives (*).

Quand un précepte de droit positif se produit sous une for-

(*) Art. 1290. — L. 10, 11, 12, D. 16, 2, *De compens.*

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 55.

mule aussi nette et aussi absolue, il devrait, ce semble, ne comporter dans l'application ni restriction, ni limitation.

Cependant il n'en est pas ainsi, et le législateur, comme nous le verrons plus loin, a reculé lui-même devant certaines conséquences du principe ci-dessus formulé.

A côté de la subrogation légale, nous trouverons la subrogation *facultative* qui a lieu lorsqu'une partie, dans l'intérêt de laquelle la subrogation légale est empêchée, oppose néanmoins la compensation.

Il y a ensuite la compensation reconventionnelle ou reconvention; celle-ci a lieu lorsqu'une partie oppose en justice une créance non encore liquidée, afin qu'on la liquide et que le juge fasse lui-même la compensation dans sa sentence.

Enfin, nous devrons rechercher s'il ne peut pas y avoir dans notre droit comme en droit romain une sorte de compensation par voie de déduction, de telle sorte qu'en matière de compte par exemple, il n'y ait à envisager que le reliquat final pour déterminer les obligations et les droits de chacun des intéressés (1).

§2. — Conditions requises pour la compensation légale.

1° *En ce qui concerne les personnes.*

144. — Réciprocité personnelle des deux dettes entre parties principalement intéressées.
145. — Dettes du mari envers les débiteurs de la femme.
146. — Dettes de la femme.
147. — Dettes intéressant les sociétés et les associés.
148. — Dettes intéressant les successions et les héritiers;
149. — Spécialement en cas d'acceptation bénéficiaire.
150. — Renvoi.

144. Commençons par examiner quelles sont les conditions

(1) Cass. 16 mars 1892, S. 92, 1, 374; Cass. 8 juill. 1890, S. 92, 1, 373.

requises pour que la compensation légale puisse s'opérer:

La première condition résulte de la combinaison de l'article 1289, déjà mentionné, avec le second alinéa de l'art. 1294 : *chacune des parties doit être personnellement et principalement créancière et débitrice de l'autre.* Cette condition concerne par conséquent la qualité des personnes.

Il faut donc éliminer tout d'abord du champ de la compensation, les créances résultant à l'égard du vendeur et de l'acheteur, des négociations des valeurs de bourse. Le vendeur et l'acheteur ne traitent pas alors directement l'un avec l'autre. Le vendeur, par suite, ne saurait faire entrer le prix qui lui est dû en compensation avec une somme dont il serait lui-même débiteur envers l'acheteur (1).

La personnalité consiste en ce que les deux parties doivent être réciproquement créancières et débitrices, en la même qualité, des obligations que l'on prétend opposer l'une à l'autre.

Par application du même principe, le tiers qui a été chargé d'une négociation de titres par le mandataire d'une personne, et qui a ainsi accepté d'être mandataire substitué, ne peut prétendre compenser les sommes qu'il a reçues par suite de son mandat, avec celles qu'il prétend lui être dues par le mandataire originaire (2).

La règle est la même à l'égard des mandataires généraux: un tuteur ne pourrait prétendre que sa dette envers un tiers se trouve compensée avec une créance de son pupille contre ce tiers, et réciproquement, on ne saurait lui opposer une dette de son pupille quand il poursuit le paiement d'une dette personnelle (3).

Si le principe de solution n'est pas douteux, il n'est pas toujours facile, dans l'application, de reconnaître si une

(1) Cass. 3 mai 1887, S. 90, 1, 303.
(2) Paris, 23 janv. 1884, *Gaz. Pal.*, 84, 1, *Suppl.* 112.
(3) Toulouse, 21 juin 1832, D. 32, 2, 195; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 561; LAURENT, t. XVIII, n° 421.

créance ou une dette sont personnelles aux parties qui veulent se prévaloir de la compensation.

Ainsi de ce que la loi déclare les commissaires-priseurs ou huissiers procédant à une vente publique de meubles, même volontaire, responsables personnellement du prix de l'adjudication, la jurisprudence a tiré cette conséquence, qui cependant ne paraît pas contenue dans la prémisse, qu'ils doivent être considérés comme créanciers directs des acquéreurs. Par suite, elle n'admet pas ces derniers à compenser leur prix d'acquisition avec ce que pouvait leur devoir antérieurement le propriétaire des meubles qui n'est point vis-à-vis d'eux créancier de ce prix (1).

La difficulté se présente surtout quant au point de savoir dans quel cas une créance de la femme peut être traitée comme si elle était personnelle au mari, dans quels cas la créance d'une succession sera considérée comme personnelle à l'héritier ou celle d'une société comme personnelle à chacun des associés.

145. Voyons d'abord si la compensation peut s'opérer entre une dette du mari envers un tiers et la dette de ce tiers envers la femme, ou réciproquement.

Il faut tenir compte du régime matrimonial adopté par les époux.

S'il s'agit du régime en communauté, il faut distinguer entre les dettes mobilières et les dettes immobilières des conjoints.

Si la créance de la femme est mobilière, elle tombe dans la communauté dont le mari est le chef. Rien ne s'oppose à ce qu'il fasse servir à l'acquittement de ses dettes mobilières la créance mobilière de sa femme; ses créanciers peuvent même l'exiger. La compensation légale pourra donc

(1) Cass. 6 nov. 1860, D. 61, 1, 86; Nancy, 28 août 1869, D. 71, 2, 211; *Contrà*, LAURENT, t. XVIII, n° 435.

avoir lieu. Néanmoins, sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, il a été jugé que le mari ne pouvait disposer des créances de la femme qu'avec son consentement (1).

Si la créance de la femme est immobilière, le mari qui n'a pas le droit de disposer des immeubles, ne pourrait l'opposer en compensation à la créance que le tiers a contre lui, car ce serait l'aliéner indirectement.

Quant aux dettes de la femme, elles ne tombent en communauté que si elles ont acquis date certaine antérieurement au mariage (art. 1410), ou si, ayant pris naissance pendant le mariage, elles ont été contractées avec l'autorisation du mari (art. 1419). Dans ces deux cas, le mari devient débiteur personnel des créanciers de la femme, et la compensation légale peut s'opérer. Pour toute autre dette la compensation ne peut avoir lieu, car le mari ne peut être contraint au paiement.

Si les époux sont mariés sous le régime dotal, le mari ne peut opposer en compensation une créance paraphernale de la femme; la question soulève certaines difficultés quand il s'agit de créances dotales.

On peut sans doute admettre que le mari pourra opposer la compensation, car il peut faire servir à l'acquittement de ses propres dettes les sommes dotales. Mais la question est surtout de savoir si la compensation dont il s'agit est légale, comme on l'a soutenu (2), ou si elle n'est pas plutôt simplement facultative.

L'intérêt pratique de la solution à admettre est considérable. Si cette compensation est légale, le tiers débiteur de la femme et créancier du mari pourra l'opposer ; la créance de la femme sera éteinte, et il ne restera à cette dernière qu'un recours

(1) Trib. Villefranche, 2 juill. 1881, *Gaz. Pal.*, 82, 1, 33.

(2) Caen, 18 juill. 1854, S. 56, 2, 180; DURANTON, t. XII, n° 415; TESSIER, *De la dot*, t. II, p. 133.

contre son mari, recours illusoire en cas d'insolvabilité.

Si cette compensation est facultative, le mari aura seul le droit de l'opposer; le tiers débiteur de la femme ne pourra s'en prévaloir et sera obligé de payer la créance dotale. Il lui restera son action contre le mari, dont il aura, le cas échéant, à supporter l'insolvabilité.

La question se réduit, en définitive, à savoir quels sont les pouvoirs du mari sur la dot; est-il propriétaire, est-il simplement administrateur?

Nous démontrerons plus tard que le mari est seulement un administrateur; sans doute il a des pouvoirs étendus et il peut aliéner la dot mobilière dans les limites de son administration, mais pas au-delà, et s'il a le droit d'opposer la compensation, ce ne peut être que la compensation facultative (1).

146. Voyons maintenant si la femme peut compenser ses dettes avec ses créances dotales, et si le tiers, débiteur dotal et créancier personnel de la femme, peut se prévaloir de ce moyen.

Pour les dettes de la femme antérieures au mariage, la compensation aurait lieu dans le cas seulement où la constitution de dot serait universelle, car alors les dettes seraient une charge de la dot. Si la dot, en effet, avait été constituée à titre particulier, si elle comprenait seulement telle ou telle créance de la femme contre un tiers, la compensation ne pourrait être invoquée par elle contre ce tiers qui la poursuivrait en paiement d'une créance dont il serait lui-même titulaire contre elle; car la femme n'a plus l'administration et la jouissance de la créance dotale, ces droits sont devenus les attributs du mari qui ne peut en être dépouillé que par la séparation de biens. Quant au tiers poursuivi par le mari en

(1) Limoges, 19 fév. 1852, D. 62, 2, 61; RODIÈRE et PONT, *Contr. de mar.*, t. III, n° 1861; AUBRY et RAU, § 537, texte et notes 7 et 9; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 564; BIDARD, Observ. sur l'arrêt précité de Caen du 15 juill. 1854; LAURENT, t. XVIII, n° 422.

paiement de la créance dotale, il ne peut se prévaloir de la compensation qui s'opérerait du chef de la femme, à moins qu'elle n'ait eu lieu avant le contrat de mariage.

Les dettes postérieures au contrat de mariage ne peuvent se compenser avec les créances dotales. Il est en effet admis en principe par la Cour de cassation, ainsi que nous le verrons plus tard, que les obligations contractées par la femme, avec l'autorisation de son mari, ne peuvent engager ses biens dotaux, même mobiliers.

Quand la séparation de biens est prononcée, les droits du mari qui faisaient obstacle à la compensation n'existant plus, il semble que la compensation légale devrait pouvoir s'opérer entre les créances dotales et les dettes de la femme antérieures au contrat de mariage, puisque l'inaliénabilité de la dot n'est pas opposable aux titulaires de ces créances.

Mais les dettes postérieures au contrat de mariage et antérieures à la séparation de biens ne peuvent se compenser avec les créances dotales à cause de l'inaliénabilité de ces dernières. Il en sera de même pour les dettes contractées par la femme postérieurement à la séparation de biens.

En ce qui touche les intérêts de la dot, il faut décider qu'ils deviennent la propriété du mari dès leur échéance et peuvent, à partir de ce moment, être opposés par lui en compensation à ses propres dettes, tant sur le capital que sur les intérêts (1).

Le tiers débiteur de la créance dotale, et créancier du mari peut se prévaloir de la compensation quant à ces mêmes intérêts dotaux, à moins que le mari n'ait fait judiciairement constater qu'ils étaient nécessaires aux besoins du ménage.

Quand il s'agit de dettes personnelles à la femme, si le tiers débiteur de la créance dotale est devenu créancier de la femme

(1) Bastia, 26 fév. 1855, D. 55, 2, 304; AUBRY et RAU, § 537, texte et note 8; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 564.

postérieurement à la séparation de biens, il peut se prévaloir de la compensation de même que la femme. S'il est devenu créancier antérieurement à la séparation de biens, il ne peut opposer la compensation à la femme qui le poursuit, car, à l'époque où il a contracté avec elle, le mari avait la jouissance exclusive des fruits de la dot, et la femme ne pouvait les engager. Cette dernière, néanmoins, pourra opposer la compensation, et ce sera un cas de compensation facultative.

147. En matière de sociétés, on peut formuler la règle suivante : la compensation n'a pas lieu entre une créance appartenant à une société constituant une personne morale, et la dette dont un des associés serait tenu envers le débiteur de cette créance. Dans ce cas la *personnalité des dettes fait* absolument défaut.

Il ne saurait y avoir de difficultés à l'égard des sociétés commerciales que l'on s'accorde à reconnaître comme constituant des êtres de raison (1).

Pour les sociétés civiles, il y a controverse ; la solution devra donc varier suivant qu'on leur reconnaîtra ou non le caractère d'êtres de raison ayant une existence juridique distincte en dehors de la personne des associés.

Lorsqu'une société forme un être moral, la principale difficulté consiste à savoir si l'impossibilité de la compensation légale entre une dette de cette société et la créance d'un associé envers un tiers doit être maintenue quand il s'agit d'un associé solidaire, en nom collectif par exemple. L'affirmative est admise en jurisprudence par cette raison qu'un tel associé bien que tenu solidairement des engagements de la société n'est lié cependant que d'une façon subsidiaire, puisqu'on ne pourrait le poursuivre sans avoir agi préalablement contre la société, seule débitrice directe et principale. Tant qu'il n'a pas été condamné personnellement, ses propres débiteurs ne

(1) Cass. 14 mars 1860, D. 60, 1, 171.

sont pas fondés à invoquer contre lui l'art. 1289, inséparable de l'art. 1294 2° (1). Pour qu'il y ait lieu à compensation légale, il ne suffit pas, en effet, que chacune des parties soit débitrice personnelle de l'autre, il faut encore qu'elle en soit la débitrice principale.

On n'est pas aussi rigoureux pour la compensation facultative et on décide que l'associé poursuivi directement comme solidairement responsable, a le droit d'opposer sa propre créance en compensation au créancier de la société jusqu'à due concurrence (2).

Quand il s'agit d'une société ne constituant pas une personne morale, et par conséquent d'une société civile, au moins d'après l'opinion qui tend à prévaloir, il faut reconnaître que la créance et la dette d'une telle société se divisent entre chacun des associés. Ainsi, l'un d'eux étant créancier de 100, et la société se composant de quatre personnes, par exemple, la créance de cet associé se divise en quatre créances de 25. S'il est lui-même débiteur de 100, il doit en réalité 25 à chaque associé. Il y aura donc compensation pour trois de ces créances et de ces dettes, et confusion pour sa part qui est la quatrième partie. Tel est le principe dont nous indiquerons quelques applications spéciales à propos de l'art. 1848.

148. Passons aux successions : quand une succession est acceptée purement et simplement, les héritiers deviennent créanciers des débiteurs du défunt, et s'ils se trouvent eux-mêmes débiteurs personnels de ces derniers la compensation légale s'opère. Le résultat serait le même s'ils étaient créanciers personnels des créanciers du défunt. S'il y a plusieurs héritiers, les créances et les dettes se divisent de plein droit entre eux tous, et la compensation n'a lieu, à l'égard de chacun

(1) Cass. 20 avr. 1885, D. 85, 1, 198.
(2) Rouen, 26 janv. 1877, D. 77, 2, 90.

d'eux, que jusqu'à concurrence de sa part héréditaire (1).

Le débiteur d'une succession a donc le droit d'opposer en compensation à l'un des héritiers, jusqu'à concurrence de la part de la créance revenant à cet héritier, la créance que, de son côté, il a personnellement contre lui.

Mais l'héritier débiteur d'une somme d'argent envers la succession, ne peut pas compenser la part revenant à son cohéritier dans cette somme avec sa créance personnelle contre ce dernier, c'est ce qui arrive dans le cas où l'héritier tenu de rapporter à la succession une somme d'argent qu'il a reçue du défunt à titre de dot, est créancier personnel de son cohéritier en vertu, par exemple, d'un acte de vente (2).

Il faut ajouter que, dans le système qui admet la rétroactivité du partage, même en ce qui concerne les créances, sauf les droits légitimement acquis aux tiers depuis le décès, la compensation n'est plus possible pour aucune part, lorsque le débiteur d'une créance héréditaire n'est devenu que postérieurement au partage créancier d'un cohéritier autre que celui dans le lot duquel a été mise la créance par lui due (Voy. t. V, n° 448) (3).

149. Que décider en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire? L'héritier bénéficiaire qui est à la fois créancier et débiteur de la succession peut-il compenser ses créances avec ses dettes? Il faut faire une distinction et décider différemment suivant l'époque où la créance est née et où les conditions requises pour que la compensation ait lieu se sont rencontrées.

Quand la créance de l'héritier est née avant l'ouverture de la

(1) Cass. 4 déc. 1866, D. 66, 1, 470.

(2) Cass. 8 mai 1867, D. 67, 1, 309; AUBRY et RAU, § 629, texte et note 12; DEMOLOMBE, t. XVI, n° 299; voy. cepend. Cass. 28 fév. 1866, D. 66, 1, 125.

(3) AUBRY et RAU, § 635 et les autorités citées.

succession, et que les conditions nécessaires à la compensation étaient alors réunies, la compensation a eu lieu, car l'héritier se trouvait à la fois créancier et débiteur du défunt.

Si la créance est née après l'ouverture de la succession, ou si les conditions requises dans les deux créances n'ont été réalisées qu'à cette époque, il faut faire une nouvelle distinction suivant qu'il y a ou non des créanciers opposants.

Dans le premier cas, l'héritier devant distribuer aux créanciers chirographaires, dont il fait partie, ce qui reste des biens de la succession après le paiement des créanciers hypothécaires ou privilégiés, pourrait se payer lui-même, mais seulement dans cette limite.

Dans le second cas, lorsqu'il n'existe aucune opposition, la compensation aura lieu pour le tout, car l'héritier bénéficiaire devant payer les créanciers à mesure qu'ils se présentent pourra se payer lui-même par compensation.

Quant au tiers créancier de l'héritier bénéficiaire et débiteur de la succession, il ne peut opposer la compensation à l'héritier qui le poursuit, car s'il est son créancier il n'est pas son débiteur puisque la succession et l'héritier forment, par le fait de l'acceptation bénéficiaire, deux personnes distinctes ; même solution pour le cas inverse (1).

150. Nous verrons sous l'art. 1295 comment il faut appliquer, en cas de cession de créances, le principe que la compensation suppose deux personnes qui sont respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Enfin sous l'art. 1294 § 2 nous constaterons qu'il ne suffit pas que chacune des parties soit débitrice personnelle de l'autre, mais qu'il faut de plus, pour la compensation légale, qu'elle en soit la débitrice principale.

(1) Cass. 23 janv. 1878, D. 78, 1, 369; AUBRY et RAU, § 618, lettre *d*; Comp. LAURENT, t. XVIII, n° 433; *Contrà*, Caen, 10 mars 1884, D. 85, 2, 9.

§ 3. — Conditions requises pour la compensation légale.

2° *En ce qui concerne les dettes.*

151. — Autres conditions requises pour la compensation, art. 1291. — Fongibilité réciproque des deux dettes.
152. — Leur liquidité ; d'abord quant à leur existence ;
153. — Ensuite quant à leur quotité.
154. — Jurisprudence quant aux dettes non liquidées mais facilement liquidables.
155. — Exigibilité des deux dettes. — Du délai de grâce, art. 1292.
156. — *Quid* de l'exigibilité résultant de la faillite ou de la déconfiture ?
157. — Jurisprudence, dans cette situation, en ce qui touche les dettes connexes.
158. — Peut-on admettre une compensation par voie de déduction ?

151. La loi ajoute encore trois autres conditions ne concernant plus le lien personnel devant unir les parties, mais se référant uniquement aux deux dettes considérées en elles-mêmes.

ART. 1291. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fungibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles. — Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles (*).

Il faut d'abord que les deux dettes aient pour objet une somme d'argent ou des sommes fongibles entre elles, sinon il n'y aurait pas de commune mesure entre les deux dettes, et le créancier serait obligé de conserver par devers lui, à titre de paiement, et contrairement aux dipositions de l'article 1243, un objet que son débiteur n'aurait pu le contraindre à recevoir pour sa libération.

Il y a cependant une exception à cette règle ; la loi admet la compensation entre une dette de somme d'argent et « les prestations en grains, en denrées, non contestées, et dont le

(*) Art. 1291. — L. 7, 22, D. 16, 2, *De compens.*

prix est réglé par les mercuriales », c'est-à-dire d'après les cours du marché constaté par les autorités locales. Il est alors facile de transformer exactement en argent une dette de denrées et de donner ainsi aux deux dettes une commune mesure.

Ce résultat est certain, mais il peut être contraire à l'intention des parties comme à leur intérêt. En contractant, l'une d'elles entendait recevoir plus tard une somme d'argent, qui lui était indispensable pour effectuer un paiement, l'autre une certaine quantité de denrées, nécessaire à ses besoins domestiques ou agricoles. Or celui qui comptait sur l'argent gardera les denrées, celui qui comptait sur les denrées gardera l'argent.

On répond que la facilité avec laquelle chacune des parties peut transformer en argent une marchandise dont le cours est fixé par les mercuriales, et, réciproquement se procurer cette marchandise avec une somme d'argent, est de nature à justifier, jusqu'à un certain point, la disposition du législateur.

Mais la facilité dont il s'agit est plus apparente que réelle, et disparaîtra souvent à cause de la nécessité de déplacements coûteux. Il en résulte que l'exception autorisée par le dernier paragraphe de l'art. 1291 doit être soigneusement restreinte dans les termes mêmes du texte, et ne saurait être étendue au cas où les deux dettes ont également pour objet des denrées, sous le prétexte que deux choses compensables, chacune avec une somme d'argent, doivent être traitées comme si elles étaient compensables entre elles (1).

De ce que la compensation doit opérer comme le ferait un paiement, il suit qu'elle n'est pas possible entre une dette pure et simple, et une dette *alternative* dont un seul des

(1) AUBRY et RAU, § 326; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 242 *bis* XV; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 507 et 508; LAURENT, t. XVIII, n° 392.

objets serait fongible avec l'objet de la première, ou une dette *facultative* qui se produirait dans les mêmes conditions.

152. La loi veut encore que les deux dettes soient *liquides*, c'est-à-dire qu'elles soient certaines quant à leur existence et déterminées quant à leur quotité. C'est, dit-on, une conséquence de ce que la compensation est assimilée au paiement. Le législateur n'a pas voulu qu'elle pût avoir lieu quand le paiement ne saurait être exigé. Or, le paiement d'une dette non liquide est impossible; donc la compensation ne peut avoir lieu si l'une des deux dettes ne remplit pas cette condition.

Une telle objection serait admissible à l'encontre d'un paiement réalisé par voie d'offres et de tradition matérielle; le créancier pourrait être en droit d'en contester la régularité et d'exiger au préalable la liquidation de la dette. Mais elle est sans portée à l'encontre d'un paiement à faire valoir sur les espèces ou valeurs que le créancier est déjà censé avoir eu en ses mains, qu'il n'a pas à recevoir et, par suite, qu'il n'a pas à refuser. Aussi le projet de Code civil allemand ne met pas la liquidité au nombre des conditions de la compensation (1).

Le premier élément de la liquidité, dans la théorie française, est l'existence actuelle et certaine de la dette.

Ne sont donc pas liquides, à ce point de vue:

Les dettes subordonnées à une condition suspensive;

Les créances litigieuses (2);

Les prétendues créances en dommages ou indemnité dont le principe est simplement allégué (3);

Celles dont l'existence dépend d'un règlement de compte (4);

Celles dont le créancier n'est pas en mesure de rapporter

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 65.
(2) Cass. 11 nov. 1851, D. 51, 1, 317.
(3) Rouen, 28 fév. 1878, D. 79, 2, 30.
(4) Nancy, 4 mars 1873, D. 74, 2, 41.

la preuve immédiate, dont la justification nécessiterait de véritables mesures d'instruction (1);

Enfin, celles qui sont *sérieusement* contestées, quoique résultant d'un titre, surtout quand ce titre est seulement sous seing privé (2).

Ce dernier point est difficilement acceptable. Rationnellement, la contestation sur le principe de la dette ne devrait pas l'empêcher de produire les effets d'une dette non contestée.

La dette existe ou elle n'existe pas; il peut y avoir là un point de fait ou de droit plus ou moins difficile à vérifier; mais une fois qu'il est vérifié, la déclaration qui en est faite par le juge doit remonter au jour même de la créance, et cette créance doit produire tous les effets qui sont inhérents à sa nature, et, par exemple, opérer la compensation.

Quant à la distinction faite entre les contestations qui sont sérieuses et celles qui ne le sont pas, elle n'a pas même une valeur théorique, c'est une formule destinée à couvrir l'arbitraire des tribunaux. D'ailleurs on peut toujours donner à une contestation une apparence sérieuse, soit en offrant la preuve testimoniale de certains faits, soit en déniant l'écriture, soit en alléguant un paiement. On échouera dans la preuve, mais le but qui était d'empêcher la compensation aura été atteint (3).

Si les juges, en effet, appliquent quelquefois, ainsi que nous allons le voir, le principe que les jugements sont purement déclaratifs, il s'en faut de beaucoup qu'ils laissent produire à ce principe toutes les conséquences qu'il comporte.

(1) Cass. 21 fév. 1870, D, 71, 1, 100.

(2) AUBRY et RAU, § 326, note 8; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 242 *bis* V; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 515 et suiv.; LAURENT, t. XVIII, n°s 398 et suiv.; Cass. 30 janv. 1872, D. 72, 1, 413.

(3) Voy. THÉZARD, *Compens. par déduct.* (*Revue critique*, 1872, p. 574 et suiv.).

153. Le second élément de la liquidité, est la détermination de la quotité de la dette.

Si donc cette détermination fait l'objet d'une instance pendante, si elle donne lieu à des contestations *sérieuses*, si elle nécessite des vérifications ou estimations pouvant entraîner des retards, etc., il faut décider que la dette n'est pas liquide (1).

Toutes ces solutions peuvent quelquefois produire des résultats fâcheux; ainsi le débiteur d'une certaine somme nette et liquide est devenu créancier de son propre créancier à raison de dommages dont ce dernier doit réparation, et qui ne sont pas encore liquidés, et il est certain que le débiteur des dommages est insolvable. Celui à qui ils sont dus pourra-t-il garder en paiement la somme qu'il doit lui-même? Non. Cette somme est liquide, il devra la payer d'abord, sauf à faire évaluer ensuite les dommages qu'il réclame. Mais de quoi cela lui servira-t-il puisque cette créance ne pourra jamais être recouvrée contre l'insolvable?

154. Pour porter remède à une telle situation, la Cour de cassation, se plaçant en dehors des termes de la loi et ne l'appliquant pas, décide que la compensation doit avoir lieu, même si la dette n'est pas actuellement liquide, si, d'ailleurs elle est facilement et promptement liquidable, et elle consacre dans ce but le pouvoir discrétionnaire que s'attribuent les juges en cette matière (2). On est allé dans cet ordre d'idées jusqu'à décider que la compensation pouvait s'établir entre des travaux exécutés respectivement et en même temps par deux entrepreneurs : « Attendu que le prix en était dû simultanément, et que si leur montant définitif n'était pas arrêté

(1) Nancy, 11 juin 1887, D. 88, 2, 183; AUBRY et RAU, § 326, note 9; DEMOLOMBE, t. XXVIII, nos 518 et suiv.; LAURENT, t. XVIII, n° 403.

(2) Cass. 31 déc. 1878, D. 79, 1, 432; Orléans, 1er mai 1889, *La Loi* du 18 juin 1889; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 523; *Contrà*, DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 393; LAURENT, t. XVIII, n° 404.

entre les parties, il était facile à connaître par le règlement des travaux! (1). »

D'après une telle jurisprudence, la question de savoir si une dette est liquide ne présentera le plus souvent qu'une difficulté de fait souverainement appréciée par les juges du fond. Elle pourra cependant soulever un point de droit quand il s'agira, par exemple, de statuer sur la valeur d'un titre régulièrement établi ou de savoir si une dette doit être réputée liquide à partir de la date du titre, ou à partir de la décision qui l'a confirmée.

La question peut se poser d'abord quand le juge liquide lui-même une créance certaine dans son principe et d'ailleurs facilement liquidable (2), et en outre lorsque le juge reconnaît mal fondée, une contestation élevée au sujet d'une dette et déclare que celle-ci a pu être valablement opposée en compensation.

Dans les deux cas, il faudra appliquer le principe que les jugements sont purement déclaratifs de droit. Par conséquent une dette reconnue liquide ou liquidée par un jugement est censée avoir eu ce caractère dès le premier moment de sa coexistence avec celle à laquelle on l'oppose (3); la compensation aura donc eu lieu, suivant les cas, soit à la date du titre (4), soit à la date de la décision rendue si le litige avait précisément pour objet la liquidation des deux dettes (5). Sera donc régulière la compensation établie entre deux créances dont l'une a été liquidée par une décision passée en force de chose jugée, et l'autre par un jugement confirmé par l'arrêt qui prononce la condamnation (6).

(1) Paris, 5 mai 1830, D. 30, 2, 253.
(2) Bordeaux, 18 mai 1889, *Gaz. Trib.* du 21 août 1889.
(3) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 516; DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 388.
(4) Cass. 7 fév. 1883, D. 83, 1, 473.
(5) Cass. 25 juill. 1892, *Le Droit* des 26 et 27 nov. 1892.
(6) Cass. 18 oct. 1887, S. 89, 1, 151.

Nous pouvons maintenant faire une remarque singulière sur les directions différentes suivies par la jurisprudence. En considérant comme n'étant pas liquide une créance contestée (*sérieusement*) dans son principe, la jurisprudence viole la règle que les jugements sont purement déclaratifs, et met obstacle à la compensation contrairement aux termes de la loi;

En considérant en sens inverse comme étant liquide une créance non liquidée mais jugée facilement liquidable, la jurisprudence facilite la compensation contrairement aux termes de la loi! Il semble que, dans les deux cas, les juges obéissent au désir de substituer une appréciation arbitraire à la décision bien claire de la loi.

155. Il faut enfin pour que la compensation légale puisse avoir lieu, que les deux dettes soient également exigibles. Une dette est exigible quand le créancier peut en exiger le paiement sans que le débiteur puisse lui opposer une exception détruisant l'action.

Les obligations civiles imparfaites, que l'on appelle improprement dettes naturelles, ne sont donc pas compensables. Leur admission en compensation se traduirait d'ailleurs par un paiement effectué malgré le débiteur, ce qui n'est pas possible (Voy. t. VII, n° 236). Il y a donc sous ce rapport une notable différence entre la compensation et le droit de rétention, avec lequel la compensation a d'ailleurs tant d'affinité (t. VII, n° 169).

Du principe posé il suit encore qu'une dette à terme ne saurait entrer en compensation avec une dette échue.

Mais,

ART. 1292. Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation (*).

La clause contractuelle portant que le débiteur ne sera

(*) Art. 1292. — L. 16, § 1, D. 16, 2, *De compens.*

tenu de payer qu'un certain nombre de mois après un avertissement préalable (1) ne saurait constituer un terme de grâce.

156. Que faut-il penser d'une exigibilité résultant de la déchéance du terme encourue en cas de déconfiture ou de faillite ou du fait, par le débiteur, d'avoir diminué les sûretés données, dans le contrat, à son créancier?

La déconfiture ne dessaisit pas le débiteur de l'administration de ses biens. Le débiteur a donc la faculté de payer, la dette étant devenue exigible devient aussi compensable. Mais l'exigibilité ne se produit pas de plein droit; il faut qu'un jugement prononce la déchéance du terme; ce jugement n'a d'effet qu'à l'égard du créancier qui l'a obtenu à partir de la date de sa prononciation, suivant l'opinion générale (2), ou tout au plus à partir de la demande suivant une autre opinion (3); mais non à la date des faits constatés comme constitutifs de la déconfiture. Même solution en cas de diminution des sûretés contractuelles.

En matière de faillite, la situation n'est pas la même. Le débiteur perd l'administration de ses biens, il n'a donc plus la faculté de payer un de ses créanciers déterminés au détriment de la masse (art. 446, C. com.). La compensation qui n'est qu'un paiement fictif ne peut donc plus avoir lieu.

Ce résultat commandé par la loi est-il équitable? Il est certain que non; on dit pour le justifier, que la faillite équivaut à une saisie-arrêt au profit de la masse, et que le débiteur saisi ne peut payer au préjudice du saisissant (4). La raison est mauvaise, car en même temps qu'il paie, le débiteur

(1) Cass. 30 mars 1892, S. 92, 1, 481 (rés. par la C. d'appel).

(2) AUBRY et RAU, § 326, notes 16 et 17; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 541; DESJARDINS, n° 120; MARCADÉ, sur les art. 1291 et 1292; Cass. 14 mars 1854, S. 54, 1, 355; Comp. Cass. 30 mars 1892, précité et la note de LABBÉ.

(3) DURANTON, t. XII, n° 44; LAURENT, t. XVIII, n°s 414 et 415.

(4) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 636.

libère la masse de sa propre dette, et il ne peut être assimilé au débiteur qui paie son créancier sans que le saisissant profite en rien du paiement (1). Le créancier dont il s'agit n'est pas d'ailleurs le premier venu ; il a en mains une valeur appartenant à son débiteur, et il était fondé à voir dans ce fait une garantie lui assurant le paiement de sa dette comme aurait pu le faire un gage ou un privilège. C'est donc avec raison que la *Loi des faillites* de l'empire d'Allemagne a déclaré que la compensation était opposable à la masse, et devait avoir lieu même pour les dettes à terme ou conditionnelles.

La loi française n'en est pas encore là ; le débiteur ne peut payer par voie de compensation, de façon à soustraire le créancier à la loi du dividende. La compensation légale est donc impossible (2) ; il faut en dire autant de la compensation judiciaire, au sens où nous l'entendons en France.

157. Cependant la jurisprudence, dans le cas de *dettes connexes*, a apporté au droit rigoureux que nous venons de constater, une atténuation notable, et a admis la compensation, ou du moins un résultat analogue à celui que produirait la compensation.

Voici par quelle suite de raisonnements on y est arrivé.

On a d'abord envisagé *le compte courant ;* dans le compte courant, a-t-on dit, il n'y a point une série de dettes et de créances naissant respectivement des avances successives de chaque partie ; il y a enchaînement indivisible d'opérations, une créance mobile et variable, dont le chiffre se fixe au moment du règlement définitif (3). Cet aperçu a été généralisé et étendu aux opérations qui se rattachent à un seul et même marché (4). On a conclu que le reliquat du compte

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 63.

(2) AUBRY et RAU, § 326, note 34 ; Cass. 16 août 1875, S. 75, 1, 444 ; Comp. Cass. 27 juin 1876, S. 77, 1, 241.

(3) Voy. THÉZARD, *loc. cit.*, p. 565 ; Cass. 6 mai 1868, D. 68, 1, 310.

(4) Cass. 8 juill. 1890, S. 92, 1, 373.

devait seul être envisagé, pour déterminer les obligations et les droits de chacun des intéressés, et que l'état de faillite de l'une des parties ne pouvait modifier l'application de cette règle (1). La Cour de cassation l'a étendue aux liquidations qui interviennent en matière de communauté conjugale (2), ou de succession bénéficiaire (3).

Certaines cours avaient déjà décidé que: « En cas de faillite du mari, l'art. 446, C. com., ne met pas obstacle à la compensation entre les reprises de la femme et les indemnités dues par celle-ci à la communauté ; lors même que la liquidation des unes ou des autres serait postérieure à la déclaration de faillite; la balance du compte des récompenses et des reprises constitue seule la femme créancière ou débitrice relativement à la faillite (4). » Les mêmes principes ont été appliqués aux créances réciproques des époux mariés sous le régime dotal, quand celle de la femme a pour objet la restitution de la dot et celle du mari des impenses utiles faites par lui sur l'immeuble dotal (5).

Labbé fait justement remarquer que les rédacteurs des arrêts ont essayé de dissimuler le plus possible la compensation pour échapper au texte de la loi, en affirmant que : « les causes de reprise ou d'indemnité sont les éléments d'un compte indivisible et que le règlement du compte détermine qui est créancier, qui est debiteur (6). »

Il ajoute: « Pour nous il ne nous paraît pas possible de nier la compensation: c'est à notre avis substituer des mots trompeurs à la réalité que de parler d'un compte indivisible

(1) Cass. 16 mars 1892, S. 92, 1, 374.
(2) Cass. 9 mars 1891, S. 92, 1, 190.
(3) Arrêt précité du 8 juill. 1890.
(4) Amiens, 16 mai 1870 ; Caen, 27 juin 1874, S. 79, 2, 145, note de LABBÉ.
(5) Grenoble, 4 fév. 1879, S. 80, 2, 69.
(6) Voy. note sur les arrêts précités d'Amiens et de Caen.

et d'éléments qui se pénètrent et se confondent au lieu de parler d'obligations distinctes qui s'éteignent réciproquement jusqu'à due concurrence par la vertu d'une compensation (1). »

158. Quoi qu'il en soit, faut-il généraliser les solutions qui précèdent, et les étendre à tous les cas où les droits de deux parties procèdent *ex eadem causa*, et ont également pour objet des sommes d'argent? Faut-il décider que, si elles ne se compensent pas, à vrai dire elles s'annulent et se déduisent l'une de l'autre jusqu'à due concurrence? Des auteurs qui ont soutenu qu'il y avait dans notre droit moderne des cas de *compensation par voie de déduction*, et qui ont approuvé les décisions que nous venons de rapporter, hésitent cependant à accepter une telle généralisation: « Ce serait, disent-ils, introduire une innovation contraire aux précédents historiques de la compensation et transporter la théorie de la déduction et de la créance unique en des matières où la loi et les principes ne semblent pas les admettre (2). »

Si ce scrupule est fondé, il faut repousser toutes les atténuations apportées par la jurisprudence à la rigueur de la loi en matière de compensation. Mais si on accepte ces atténuations, il faut aller jusqu'au bout.

« Un artiste, a écrit Labbé, un ouvrier, un entrepreneur a promis un ouvrage moyennant un salaire. Il n'a pas de privilège, et cependant il peut refuser de livrer l'ouvrage si on ne lui paie le salaire intégral. Il échappe à la loi du dividende par un droit de rétention, identique, dans sa source première, au droit de compensation. Il garde ce qu'il doit en paiement ou en garantie de ce qui lui est dû. L'idée supérieure et dominante est celle-ci : dans un contrat qui engendre, ou dans un quasi-contrat qui unit des obligations réciproques,

(1) *Ibid.* Comp. DUFOUR, *Essai d'une théorie des comptes courants; Recueil de l'Acad. de législ.*, 1860, p. 185.

(2) THÉZARD, *loc. cit.*, p. 571.

l'une des parties n'est pas tenue d'exécuter, si l'autre n'exécute pas à son profit le contrat tel qu'il a été fait, le quasi-contrat tel qu'il se comporte dans son unité.... C'est la pratique de la compensation *ex eadem causa*, motivée par l'*unité* du rapport contractuel ou quasi-contractuel qui embrasse des obligations réciproques, elle doit être observée nonobstant l'état de faillite de l'une des parties intéressés (1). »

La compensation dont nous venons de parler se produira dans les formes de la déduction, et elle éteindra l'action en tout ou en partie si le juge l'admet.

§ 4. — Cas dans lesquels la compensation n'a pas lieu ou subit des restrictions.

159. — 1er cas d'exception prévu par l'art. 1293.
160. — 2e cas prévu par le même texte.
161. — 3e cas prévu par le même texte.
162. — Dettes envers l'Etat, et autres semblables.
163. — Compensation intéressant les cautions, art. 1294,
164. — Ou les débiteurs solidaires.
165. — Cas où le créancier a cédé une créance qui était compensable avant la cession, art. 1295.
166. — Suite.
167. — Dettes non payables au même lieu, art. 1296. Application des règles sur l'imputation des paiements, art. 1297.
168. — Réserve du droit des tiers, art. 1298.
169. — Renonciation anticipée à la compensation.
170. — Renonciation à une compensation acquise, art. 1299.
171. — Cas où la créance compensable était ignorée du créancier qui a payé.
172. — De la compensation facultative. — Application.
173. — Compensation judiciaire. — Reconvention.

159. La compensation proprement dite, peut avoir lieu *ex dispari causâ :*

(1) Voy. note précitée sur les arrêts d'Amiens et de Caen; Conf. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 63.

ART. 1293. La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas, — 1° De la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé; — 2° De la demande en restitution d'un dépôt et du prêt à usage; — 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables (*).

Dans le premier cas le spoliateur était débiteur d'un corps certain; dans le second cas il en est de même du dépositaire et du commodataire; la compensation est donc impossible. Il n'était donc pas besoin d'une disposition particulière pour excepter de la règle générale des hypothèses qui n'y rentrent pas. Il est probable que les rédacteurs du Code ont emprunté, par mégarde, au droit romain cette disposition qui, dans cette législation, constituait une exception véritable au principe de la compensation. A Rome, en effet, la compensation était judiciaire, ainsi que nous l'avons dit, et toute condamnation, même celle qui intervenait pour dettes de corps certain, avait pour objet une somme d'argent, ce qui rendait la compensation possible. Peut-être aussi a-t-on voulu, pour la première exception indiquée, prévoir le cas où le détenteur est condamné à payer le prix sur son refus de rendre la chose (1).

160. Pour le second cas, il faut restreindre l'exception au véritable dépôt. Il ne faudrait pas l'appliquer notamment aux placements faits entre les mains d'un banquier, avec mandat de faire valoir les fonds confiés, ni aux sommes déposées dans les caisses d'épargne. Les créances résultant de semblables opérations sont, sans nul doute, compensables (2); il faut en dire autant de celle qui résulte d'un compte de chèques (3). Enfin l'art. 1293 2° cessera d'être appliqué, lorsque le déposant aura consenti à la compensation (4).

(*) Art. 1293. — PAUL. *Sent.*, 2, 5, § 3; — L. 25, § 1, L. 26, § 1, D. 16, 3, *Depositi*; L. 3, 8, 11, 14, § 2, C. 4, 31, *De comp.*

(1) Trib. Lyon, 18 janv. 1882, *Monit. jud. de Lyon* du 19 avr. 1882.

(2) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1293; DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 413.

(3) Trib. Seine, 25 juin 1887, *Le Droit* du 20 juill. 1887.

(4) Cass. 25 nov. 1891, D. 92, 1, 296.

Nous ferons observer en outre que si le dépositaire et le commodataire ne peuvent garder la chose empruntée ou déposée en paiement de ce qui leur est dû par le prêteur ou le déposant, ils peuvent cependant, lorsqu'ils ont fait des impenses pour la conservation de cette chose, la retenir, comme une sorte de gage, jusqu'à leur remboursement (Voy. t. VII, n° 169). Ce droit de rétention résulte expressément, pour le dépositaire, de l'art. 1948 (1).

161. La troisième hypothèse prévue par l'art. 1293 concerne la dette ayant pour objet des aliments déclarés insaisissables. Il en est ainsi de la pension stipulée à titre alimentaire dans une donation (2).

On a quelquefois assimilé aux créances alimentaires non compensables, les créances dotales de la femme mariée sous le régime dotal (3). Cela est logique dans le système qui déclare la dot mobilière inaliénable. Mais il vaut mieux arriver au même résultat en se fondant uniquement sur l'art. 1298 qui réserve les droits des tiers. Le mari serait un tiers au regard des créanciers de la femme débiteurs des deniers dotaux (4).

Il faut du reste étendre cette troisième exception à tous les cas où l'objet de la dette est insaisissable (art. 581, C. pr. civ.). Si l'insaisissabilité disparaît, la compensation redevient possible. C'est ce qui arrive dans les cas prévus par l'art. 582, C. proc. civ.

162. Il y a encore une quatrième exception nécessaire, concernant les dettes envers l'Etat ayant pour objet le paiement des contributions. Il importe d'assurer la rentrée des impôts ; et le citoyen qui a une créance sur l'Etat ne peut pas se refu-

(1) AUBRY et RAU, § 256 *bis*, n° 6 et § 393 ; GLASSON, *Du dr. de rétention*, n° 68 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 196.
(2) Trib. Langres, 27 juin 1889, *La Loi* du 17 juill. 1889.
(3) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1293, n° 9.
(4) DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 409.

ser à les payer, sous prétexte qu'il oppose la compensation.

Cependant, la loi du 14 avril 1819 permet à tout propriétaire d'une inscription de rente d'en compenser les arrérages avec les contributions directes, ou avec celles d'un tiers à ce consentant.

Il a été jugé d'autre part, en matière de contributions indirectes, que le tribunal, en annulant une contrainte et la saisie qui en a été la suite, peut déduire du montant des droits réellement dûs à la régie les dommages-intérêts adjugés au contribuable (1).

On admet encore la compensation, en matière de droits d'enregistrement, quand la régie de l'enregistrement se trouve tout à la fois créancière et débitrice du redevable, pourvu que les deux dettes soient d'ailleurs liquides et exigibles (2).

Enfin la compensation a lieu avec le Trésor public, chaque fois que le Trésor doit à la manière des particuliers, et qu'on lui doit de la même manière, c'est-à-dire lorsque la dette naît de contrats régis par le droit civil (3). Il faut toutefois que les deux créances en présence ressortissent à la même caisse ou régie, et que la compensation ne heurte aucune règle de la comptabilité financière.

Les communes, les départements et les établissements publics sont soumis au droit commun en matière de compensation, sauf pour ce qui concerne les dettes relatives aux contributions, ou aux taxes assimilées aux contributions pour tout ce qui touche à leur recouvrement (4).

163. Telles sont les conditions requises pour que deux dettes en présence puissent entrer en compensation. La loi va faire

(1) Cass. 26 mai 1830, D. 30, 1, 253.
(2) Cass. 27 nov. 1872, D. 73, 1, 203.
(3) Cass. 12 janv. 1841, D. 41, 1, 7.
(4) L. 21 juin 1865, art. 15; Cons. d'Etat, 10 janv. 1890, D. 92, 3, 39.

maintenant quelques applications des règles que nous venons de poser, spécialement de celle qui exige que les personnes entre lesquelles la compensation est alléguée soient personnellement et principalement créancières l'une de l'autre.

ART. 1294. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal; — Mais le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. — Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur (*).

On suppose, dans le premier alinéa, qu'il y a d'une part un débiteur principal dont l'engagement est garanti par une caution, et d'autre part un créancier qui est devenu débiteur lui-même de son débiteur principal; la compensation s'est donc opérée, et les deux dettes se sont éteintes, et avec elles leurs accessoires. L'engagement de la caution s'est évanoui. La caution pourra donc se prévaloir de cette compensation et l'opposer du chef du débiteur principal (art. 2036).

Supposons maintenant que la caution devienne elle-même créancière de celui qui est déjà créancier du débiteur principal. Lorsque ce dernier sera poursuivi, pourra-t-il opposer la compensation de ce que le créancier, qui le poursuit, doit à sa caution? non, car l'engagement de la caution n'est qu'accessoire. Dans l'ordre naturel des choses, c'est le débiteur principal qui est d'abord poursuivi. Le créancier ne peut poursuivre la caution que si le débiteur principal ne paie pas, et la caution poursuivie peut même invoquer le bénéfice de discussion (art. 2021).

La caution ne peut donc être poursuivie qu'après le débiteur principal, et si ce dernier ne paie pas. On ne pourrait, dans le cas envisagé, admettre la compensation sans changer la situation de la caution, lui imposer une avance non encore justifiée, et lui ôter la chance de n'être pas poursuivie.

(*) Art. 1294. — L. 4, 5, 23, D. 16, 2, *De compens.*; L. 10, D. 45, 2, *De duob. reis.*

Néanmoins si la caution est poursuivie directement par le créancier, elle peut opposer en compensation sa propre créance. C'est une compensation facultative produisant son effet du jour seulement où elle est opposée, et le débiteur principal pourra s'en prévaloir à son tour (1).

164. Supposons maintenant plusieurs codébiteurs solidaires en présence d'un créancier devenu lui-même débiteur de l'un d'entre eux.

Le créancier peut poursuivre celui qu'il voudra pour obtenir le paiement. S'il agit contre celui qui est en même temps son créancier, il n'y a pas de doute, la compensation a lieu. Mais s'il poursuit le débiteur qui n'a pas de créance contre lui, le dernier paragraphe de notre art. 1294 ne permet pas au débiteur poursuivi d'opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Cependant dès que la dette du créancier et celle du débiteur solidaire se sont trouvées en présence l'une de l'autre, elles se sont éteintes réciproquement, car la compensation a eu lieu de plein droit (2). Pourquoi donc déroger ainsi au principe formulé dans l'art. 1290, et défendre au codébiteur de se prévaloir de l'extinction résultant d'un paiement fictif comme il pourrait se prévaloir de l'extinction résultant d'un paiement réel? Théoriquement aucune raison juridique n'y met obstacle. Pratiquement: « Si l'on pouvait opposer la compensation de ce qui serait dû à un autre qu'à soi-même, quoique cet autre fût un codébiteur solidaire, ce serait donner lieu à des difficultés sans nombre. Ce tiers se trouverait engagé malgré lui dans des procès désagréables. Il faudrait examiner avec lui si la dette existe, jusqu'à quel point elle existe, si elle est susceptible de compensation, etc... Il est naturel

(1) AUBRY et RAU, § 326, texte et note 23; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 246 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 551; LAURENT, t. XVIII, n° 425.

(2) Cass. belge, 13 juin 1872, *Pas.*, 72, 1, 290 et 300.

que la compensation n'ait lieu que pour ce qu'elles se doivent directement l'une à l'autre. » Tels sont les motifs donnés par le Tribunat sur la proposition de qui l'on ajouta à l'article 1294 son troisième alinéa (1). L'adoption de ces motifs dispense d'en chercher de meilleurs, et leur nature ne permet pas de distinguer entre le cas où l'un des codébiteurs voudrait opposer pour le tout la compensation de ce que le créancier doit à son débiteur et celui où il voudrait l'opposer seulement à concurrence de la part que ce débiteur doit supporter dans la dette (2).

Que faudrait-il décider si, à la place d'un débiteur solidaire ou d'une caution ordinaire, nous trouvons en présence du créancier une caution solidaire? Faudra-t-il traiter cette dernière comme un débiteur solidaire et lui refuser le droit d'opposer la compensation? Ou faudra-t-il au contraire la traiter comme une caution ordinaire et lui permettre d'invoquer la compensation du chef du débiteur principal? La raison décisive pour se prononcer dans ce dernier sens est tirée de cette considération que l'engagement solidaire de la caution demeure étranger au débiteur principal, et que vis-à-vis de celui-ci, la caution quoique solidaire reste toujours caution (3).

La question de savoir s'il faut assimiler au paiement fait à l'un des créanciers solidaires, la compensation qui serait opposée à l'un deux a été précédemment examinée (t. VII, n° 305).

165. Nous trouvons dans l'art. suivant une autre application du principe d'après lequel la compensation n'a lieu que

(1) LOCRÉ, t. XII, p. 279, n° 57.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 142 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 401; LAURENT, t. XVII, n° 339; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1126; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 298 *ter*, texte et note 19; MARCADÉ, sur l'art. 1294.

(3) DURANTON, t. XII, n° 423; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 246 *bis* IV; LAURENT, t. XVIII, n° 427.

lorsque les parties sont personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre :

ART. 1295. Le débiteur qui a accepté purement et simplement la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

— A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, elle n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette notification.

Ainsi, celui qui est votre créancier pour une somme quelconque, cède sa créance à un tiers, et devient plus tard votre débiteur. Pourra-t-il vous opposer la compensation quand vous lui réclamerez le montant de votre créance? Evidemment non, car s'il est votre débiteur, il a cessé d'être votre créancier, et ne peut vous payer fictivement avec une valeur qui ne lui appartient plus, puisqu'il l'a transmise à un tiers. D'un autre côté, lorsque le tiers cessionnaire vous poursuivra, vous ne pourrez pas davantage vous prévaloir d'une compensation entre votre créance et votre dette, car cette compensation ne saurait avoir eu lieu, la qualité de débiteur et de créancier ne résidant plus sur la tête des mêmes personnes.

Néanmoins ces solutions ne sont justes que si la cession a été rendue parfaite soit par la signification du transport adressée au débiteur, soit par l'acceptation émanée de ce dernier et consignée dans un acte authenthique (art. 1690).

On voit en quoi consiste la distinction consacrée par le Code après avoir été empruntée à Pothier (1).

Si la cession a été acceptée par le cédé, si, en d'autres termes, le cédé s'est reconnu, vis-à-vis du cessionnaire, débiteur du cédant, il doit, par cela même, être réputé avoir renoncé, vis-à-vis du cessionnaire, à se prévaloir de la compensation. — Si la cession a été simplement signifiée au cédé, ce dernier conserve naturellement le droit d'invoquer contre le cessionnaire les causes de compensation qu'il avait contre

(1) *Obligations*, n° 632; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n°s 370 et 371.

le cédant antérieurement à la signification de la cession; mais il ne pourra invoquer celles qui lui sont advenues postérieurement, ou qui, nées auparavant, n'ont réunies qu'après cette formalité les conditions requises pour la compensation (1).

L'acceptation contient donc quelque chose de plus que la signification. C'est plus qu'une simple reconnaissance du fait de la cession. M. Laurent nous paraît apprécier d'une manière peu exacte son véritable caractère, lorsque parlant de l'effet de l'acceptation, il la met sur la même ligne que la signification : « Les deux formalités, dit-il, sont une espèce de publicité; or, par elle-même la publicité n'engendre aucune obligation à charge du débiteur de la créance dont le transport est rendu public, et elle ne suppose aucune renonciation de sa part aux droits qu'il a contre le cédant, la créance est rendue publique telle qu'elle se comporte avec les exceptions qui y étaient attachées (2). » Mais si cela était vrai, si l'acceptation n'était en quelque sorte qu'un simple *visa* donné par le cédé, elle devrait laisser subsister pour lui le droit d'opposer la compensation pour causes antérieures. Or, la loi dit tout le contraire, parce que, suivant Pothier, dans le passage auquel nous avons fait allusion ci-dessus: « Si ayant connaissance de ma créance, j'ai néanmoins accepté purement et simplement le transport, je suis censé avoir, par mon acceptation pure et simple, renoncé à la compensation. » Sans doute, l'acceptation pourra n'être qu'un simple *visa*, mais alors elle ne devra pas être pure et simple; il faudra par une clause restrictive expresse, lui enlever la renonciation implicite qu'elle est censée contenir d'après le point de vue de la loi.

Il suit de là qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où le cédé a accepté la cession dans l'ignorance de l'existence

(1) Cass. 3 déc. 1851, D. 52, 1, 10.
(2) LAURENT, t. XXIV, n° 511.

de sa créance contre le cédant, et le cas contraire. En négligeant de faire insérer dans l'acte une clause restrictive, à tout événement, il a commis une imprudence dont il doit subir les conséquences (1).

Mais, dans la même hypothèse, la compensation conserve ses effets à l'égard des tiers. Les cautionnements, les privilèges, les hypothèques garantissant la créance du cédant demeurent éteints, et il ne saurait dépendre du débiteur cédé de les faire revivre par sa renonciation. De même ce dernier exerçant contre le cédant sa créance personnelle, ne peut plus se prévaloir, au préjudice des tiers, des cautionnements, hypothèques ou privilèges qui y étaient attachés. On admet cependant qu'il faut réserver au cédé la plénitude de ses droits lorsqu'il avait une juste cause d'ignorer la créance qu'il n'a pas opposée en compensation (arg. art. 1299) (2).

166. Il peut arriver que par suite d'une cession, faite au débiteur d'une créance existant à la charge précisément de celui qui est son créancier, la question de compensation s'élève entre les deux parties sans l'intervention d'un tiers cessionnaire. C'est le débiteur, lui-même, qui est devenu cessionnaire d'une créance contre son propre créancier. Nous ne sommes plus ici dans le cas prévu par l'art. 1295. Il est évident que les deux dettes devront s'éteindre par voie de compensation. Mais la question est de savoir si la compensation produira son effet extinctif dès le moment de la cession, ou à partir seulement de sa signification. A l'égard des tiers, il ne saurait y avoir de difficulté, la compensation ne peut exister qu'à partir de la signification. Il doit en être de même entre le débiteur et son créancier, car le débiteur

(1) AUBRY et RAU, § 329, texte et note 9; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 247 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 579; LAURENT, t. XVIII, n° 466; *Contrà*, MOURLON, t. II, n° 1453.

(2) AUBRY et RAU, § 329, texte et note 10; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 581; LAURENT, t. XVIII, n° 467; Comp. POTHIER, *loc. cit.*

devenu cessionnaire contre son créancier n'est également saisi à l'égard de ce dernier, pris comme débiteur de la créance cédée, que par la signification ou l'acceptation. Jusqu'à ce moment, il n'y a pas concours de deux créances, et par conséquent matière à compensation (1).

167. La circonstance que le lieu du paiement n'est pas le même pour les deux dettes ne saurait mettre obstacle à la compensation.

Mais :

ART. 1296. Lorsque les deux dettes ne sont pas payables au même lieu, on n'en peut opposer la compensation qu'en faisant raison des frais de la remise (*).

C'est le cours du change qui indiquera la valeur de l'argent sur les différentes places, comparée, s'il y a lieu, avec la valeur des denrées constatées par les mercuriales locales. Les frais de remise se traduiront par une différence qui sera due soit par l'une, soit par l'autre des parties.

ART. 1297. Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation par l'art. 1256.

Pour les dettes qui ne seraient pas devenues compensables en même temps, l'extinction se produirait de plein droit, même à l'insu des parties, dans l'ordre chronologique, au fur et à mesure qu'elles viendraient à se rencontrer.

168. Dans tous les cas, les droits des tiers sont réservés :

ART. 1298. La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation.

Cette disposition doit être étendue au cas où la créance du tiers-saisi quoique existant antérieurement, n'a réuni que depuis la saisie les conditions voulues pour être compensable (2).

(*) Art. 1296. — L. 15, D. 16, 2, *De comp.*

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 513; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 359 *bis*, note 32.

(2) Cass. 8 nov. 1882, D. 83, 1, 305.

Si la saisie-arrêt a été pratiquée pour une somme inférieure à la créance arrêtée, elle produira par rapport à la compensation le même effet qu'à l'égard d'un paiement ordinaire (Voy. ci-dessus, nos 27, 28 et 29) (1), sauf au tiers-saisi à faire pratiquer une saisie-arrêt ou opposition sur lui-même, pour pouvoir prendre part avec les autres opposants à la distribution des deniers qu'il a entre les mains. C'est un point à peu près généralement reconnu dans la doctrine (2).

Le principe établi par l'art. 1298 reçoit encore d'autres applications, notamment quand une succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire.

S'il y a des créanciers opposants, l'opposition a pour résultat de mettre obstacle à toute compensation au profit des débiteurs de la succession (Voy. t. V, n° 245). De même lorsque des créanciers d'une succession bénéficiaire ont fait défense à l'héritier de faire aucun paiement hors de leur présence, cet héritier ne pouvant plus payer les créanciers que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge, aucune compensation ne peut s'opérer entre l'héritier bénéficiaire et l'un des créanciers de la succession (3). Voyez d'ailleurs ce qui a été dit plus haut, n° 221.

L'art. 1298 doit encore être appliqué en matière de cession de biens. Le créancier qui a adhéré purement et simplement à un abandon de biens fait par un débiteur ne peut, postérieurement, invoquer contre ce dernier la compensation du chef d'une dette antérieure, car cette compensation préjudicierait à des droits acquis à des tiers (4).

169. La compensation légale peut encore être écartée par une renonciation anticipée, expresse ou tacite, réciproque ou

(1) *Contrà,* Amiens, 7 nov. 1888, *Journ. aud. Amiens*, 88, p. 208.
(2) *Contrà*, Amiens, 5 août 1826, D. 29, 2, 216.
(3) Grenoble, 22 mars 1892, *J. arrond. Grenoble*, 92, p. 154.
(4) Liège, 9 avr. 1879, *Pas.*, 79, 2, 221.

simplement unilatérale (1); ou par l'affectation valablement faite de l'objet de l'une des dettes à une destination spéciale incompatible avec cette compensation. C'est ce qui a lieu par exemple, quand le tireur d'une lettre de change a envoyé au tiré, qui est son créancier, une somme avec affectation spécifiée au paiement de cette dette (2).

L'effet de cette exclusion de la compensation doit se produire même à l'égard des tiers, car la convention qui crée la dette la crée non compensable. Celui qui a ainsi renoncé d'avance à la compensation pourra donc se prévaloir des hypothèques ou privilèges attachés aux créances qui auraient dû s'éteindre d'après le droit commun, à l'encontre des créanciers hypothécaires ou privilégiés auxquels l'extinction aurait profité. Ces derniers n'ont jamais eu un droit acquis par rapport aux effets possibles d'une extinction qui ne s'est pas produite (3).

170. Du principe de l'art. 1298 résulte encore la conséquence suivante: si un débiteur qui pouvait opposer la compensation y renonce formellement et paie, il conserve le droit d'exercer la créance dont il n'a point opposé la compensation. Mais cette créance sera désormais dépouillée des garanties, privilèges ou hypothèques dont elle était munie. La raison en est que cette créance ayant été un instant éteinte, ces garanties ne pourraient revivre sans porter atteinte aux droits des tiers, de ceux par exemple qui ont obtenu une hypothèque que l'ancienne hypothèque ne saurait primer sans injustice.

Il en sera de même en cas de renonciation non formelle.

(1) Grenoble, 1er mars 1892, D. 92, 2, 222; Cass. 11 mai 1880, D. 80, 1, 470; AUBRY et RAU, § 327, note 8; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 241 *bis* III; DESJARDINS, n° 131; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n°s 604, 606.

(2) Rouen, 6 janv. 1849, S. 49, 2, 707; Comp. AUBRY et RAU, § 327, note 10; LAURENT, t. XVIII, n° 451.

(3) DESJARDINS, p. 552; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 605.

ART. 1299. Celui qui a payé une dette qui était, de droit, éteinte par la compensation, ne peut plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, se prévaloir, au préjudice des tiers, des privilèges ou hypothèques qui y étaient attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette (*).

D'après le principe général qui sert de base à la compensation légale, les deux dettes devaient être considérées comme éteintes à partir du moment de leur coexistence, et leurs sûretés accessoires comme anéanties. Si néanmoins l'une d'elle a été payée, nonobstant la compensation, on permet au *solvens* d'exercer son ancienne dette, mais sans pouvoir se prévaloir, *au préjudice des tiers* des accessoires qui le garantissaient.

Les tiers avaient donc un droit acquis.

171. Si le *solvens* a eu une juste cause d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette, ou lui permet de se prévaloir, en exerçant cette créance, des sûretés qui la garantissaient, et ce *au préjudice des tiers* que l'on vient de considérer comme ayant des *droits acquis*.

Voilà donc des droits acquis dont l'équité semble exiger le sacrifice ! Le législateur a donc reculé devant ces conséquences du principe qu'il avait formulé dans l'art. 1290. Mais cela témoigne contre le principe même de la subrogation légale.

Quoi qu'il en soit pour trouver un cas d'application de la solution dont s'agit, on est obligé d'imaginer que le *solvens* était titulaire d'une créance en qualité d'héritier d'un parent éloigné dont il ignorait le décès récemment survenu en pays étranger. Dans ces conditions l'hypothèse envisagée n'a plus qu'une valeur théorique, et il n'y a pas lieu de s'arrêter aux difficultés secondaires qu'elle peut soulever.

172. Nous avons eu plusieurs fois l'occasion de mentionner

(*) Art. 1299. — L. 20, § 1, D. 16, 2, *De comp.*; L. 1, C. 4, 5, *De condict. indeb.*

la compensation facultative supposant que l'une des parties renonce à se prévaloir d'une circonstance mettant obstacle à la compensation légale établie en sa faveur.

Cette compensation est, par exemple, possible lorsque le créancier d'une somme exigible se trouve débiteur à terme de son propre débiteur, si le terme a été convenu exclusivement dans son intérêt. Il dépend de lui de lever l'empêchement qui s'oppose à l'extinction des deux dettes en renonçant au délai qu'il avait stipulé (1).

De même il dépend du propriétaire, du déposant ou du prêteur à usage de consentir à ce que leurs créances servent à éteindre leurs dettes. Il faut en dire autant du créancier d'aliments insaisissables, à l'exception des pensions accordées par l'État, vu leur incessibilité (2).

La compensation facultative pourra encore être admise dans certains cas où la compensation légale ne peut avoir lieu parce que les deux dettes en présence ne sont pas dues par les parties personnellement ou en la même qualité et principalement. Mais un tiers ne peut prétendre acquitter la dette d'autrui au moyen de la compensation avec ce que le créancier lui doit, comme il a le droit de le faire par un paiement réel (3).

Observons que dans toutes les circonstances où la compensation facultative est possible, il faut que les deux dettes soient égales, car le débiteur ne saurait forcer le créancier à recevoir un paiement partiel, et l'art. 1290 ne déroge à cette règle que pour le cas de compensation légale (4).

Il ne faut pas confondre la compensation facultative avec

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 251 *bis* V; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 660; LAURENT, t. XVIII, n° 468.

(2) Cass. 1er avr. 1844, D. 44, 1, 153; DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 661; AUBRY et RAU, § 359, note 13 et suiv.; LAURENT, *loc. cit.*, n° 471.

(3) DURANTON, t. XII, n° 17; LAURENT, t. XVIII, n° 420.

(4) DESJARDINS, *loc. cit.*, p. 462; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 663.

la compensation judiciaire, car elle ne dépend pas du pouvoir du juge, qui, en cas de contestation, ne fait qu'en déclarer l'existence. En présence de conclusions tendant à la compensation, le juge ne peut se dispenser de déclarer la compensation ou de motiver le rejet des conclusions ; il ne lui suffirait pas de déclarer que la dette du débiteur étant notablement supérieure à la somme par lui réclamée, il est inutile de statuer sur la compensation demandée (1).

La compensation facultative produit les mêmes effets que la compensation légale, mais seulement à dater du jour où elle a été opposée.

173. La compensation judiciaire ou reconventionnelle est celle qui a lieu quand une partie actionnée en justice oppose à l'adversaire une créance non encore liquide, afin qu'il soit procédé à cette liquidation, et que le juge fasse lui-même la compensation en rendant son jugement.

Cette compensation implique le concours des conditions requises pour la compensation légale, sauf la liquidité, et est soumise aux mêmes exceptions.

Le juge saisi de la question peut statuer, pourvu qu'il soit compétent *ratione materiæ* quant à la demande du défendeur (2).

Cette compensation reconventionnelle dépend uniquement de la volonté du juge qui peut, suivant son appréciation, surseoir à statuer sur la demande principale jusqu'à ce que la demande reconventionnelle soit en état, afin de statuer sur le tout par un seul jugement ou bien rejeter la demande en compensation si la liquidation de la créance opposée par le défendeur paraît devoir exiger trop de temps. On voit par là que la compensation reconventionnelle, à la différence de la compensation légale et de la compensation facultative ne peut

(1) Cass. 2 fév. 1891, S. 93, 1, 75.
(2) Cass. 15 juill. 1885, D. 86, 1, 248.

pas être simplement opposée par voie d'exception; elle ne peut résulter que d'une véritable demande introduite par acte d'avoué à avoué (1), ayant pour objet de faire constater et reconnaître la dette, et devant être instruite et jugée dans les formes ordinaires (2).

De ce que cette compensation est abandonnée à l'arbitraire du juge, il suit qu'elle ne se produit pas de plein droit comme la compensation légale, ni du jour où elle est opposée comme la compensation facultative; elle n'a d'effet que du jour où elle a été admise par le juge (3).

SECTION V.

De la confusion.

174. — Notion de la confusion, art. 1300; elle résulte ordinairement d'un titre universel,
175. — Elle peut encore résulter d'une transmission à titre particulier.
176. — La confusion paralyse la créance, mais ne l'éteint par réellement.
177. — Conséqnences; cas de l'art. 1301.
178. — Cas où la confusion se produit après une cession de la créance.
179. — La confusion peut n'être que temporaire.

174. La personne du débiteur qui paie doit, naturellement, être distincte de la personne du créancier qui reçoit.

Donc,

ART. 1300. Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances.

(1) Cass. 9 fév. 1881, D. 83, 1, 286.
(2) Cass. 1er juin 1851, S. 51, 1, 740.
(3) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 251 *bis* VIII; LAURENT, t. XVIII, n° 476; Cass. 13 janv. 1874, D. 74, 1, 76.

ou, pour parler plus exactement, la créance d'un côté et la dette de l'autre.

Pour que cette confusion se produise, il faut nécessairement que le créancier succède au débiteur, ou le débiteur au créancier en vertu d'un titre universel, c'est-à-dire comme héritier *ab intestat*, ou comme donataire ou légataire universel ou à titre universel (1). Par conséquent les règles de la confusion s'appliquent principalement au cas où les qualités de créancier et de débiteur d'*une même obligation* se trouvent réunies en une seule personne, et non à celui où deux personnes sont devenues réciproquement créancières et débitrices l'une envers l'autre, *de deux obligations distinctes* (2).

175. On a soutenu que la confusion peut aussi résulter d'une transmission à titre particulier. On cite le cas du retrait litigieux, lorsque le débiteur exproprie le cessionnaire de la créance en vertu de l'art. 1699. Sa dette s'éteint, dit-on, non point parce qu'il y a paiement, puisqu'il rembourse uniquement au cessionnaire le prix d'achat de la créance, mais parce que, à la suite du retrait, il se substitue au cessionnaire, devient créancier en son lieu et place, et réunit ainsi en sa personne les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur (3). Nous verrons, quand nous parlerons du retrait litigieux, que cette opinion est difficilement soutenable, pour ne pas dire absolument insoutenable (4).

On cite encore, en matière commerciale, le cas assez rare du tiré qui, après avoir accepté la lettre de change, en devient propriétaire par la voie de l'endossement (5).

(1) Cass. 14 août 1889, S. 91, 1, 373 (*solut. impl.*).

(2) Cass. 16 mars 1874, D. 76, 1, 249.

(3) AUBRY et RAU, § 330; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 252 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 701; DESJARDINS, *Retrait des dr. litig.* (*Revue pratique*, t. XXV, XXIX et XXX, n° 102).

(4) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n°s 663, 667 à 673.

(5) Cass. 19 avr. 1848, D. 48, 1, 87; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1300, n° 5.

On peut, avec plus de raison, prévoir l'hypothèse où le créancier cède sa créance à l'un des codébiteurs solidaires (Voy. t. VII, n° 323), Voy. encore ci-dessus, nos 71 et 75.

La confusion, on le voit, ne résulte guère que d'une transmission universelle ou à titre universel. Cette transmission, qui peut n'être que partielle, doit porter sur la pleine propriété de la créance. Si l'héritier, débiteur de la créance, succède au défunt qui en était seulement nu-propriétaire, l'usufruit appartenant à un tiers, la confusion n'a pas lieu (1). Mais si un débiteur doit une somme productive d'intérêts, et devient donataire de l'usufruit de cette somme, il se trouve en même temps créancier et débiteur des intérêts, et la confusion se produit dans cette mesure, bien que la créance continue de subsister.

La séparation des patrimoines résultant soit d'une demande des créanciers de la succession (art. 878), soit d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire, met naturellement obstacle à la confusion.

176. La confusion n'aboutissant pas à un paiement ou à un fait équivalant à un paiement, mais seulement à une impossibilité de concevoir l'exercice actif du droit de créance, ne peut pas être considérée comme entraînant une extinction véritable de la créance. La créance continue donc de subsister, mais elle est paralysée dans son exercice. Si donc, l'obstacle, c'est-à-dire la confusion, qui tenait en quelque sorte la créance en échec, vient à disparaître, l'événement aura démontré que la créance a toujours persisté et persiste encore.

Ainsi, par exemple, un individu titulaire d'une certaine créance, fait un testament par lequel il lègue cette créance à un tiers. Il devient ensuite héritier de son débiteur et

(1) AUBRY et RAU, § 330; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 710; LAURENT, t. XVIII, n° 496.

meurt plus tard sans avoir changé son testament. La confusion qui s'est produite durant cette période n'a pas éteint la créance comme aurait pu le faire un paiement, mais a eu seulement pour effet de la paralyser. Du jour où le testateur est mort cet effet a cessé; les deux qualités de créancier et de débiteur qui se trouvaient réunies en sa personne sont désormais séparées; c'est l'héritier qui est débiteur, et c'est le légataire qui devient créancier. L'impossibilité d'agir ayant disparu, l'action doit reprendre son efficacité et le legs est valable (1).

La Cour de cassation s'est écartée de ces principes, en décidant que le tiré qui, après avoir accepté la lettre de change en devient propriétaire par la voie de l'endossement ne peut remettre cette lettre de change en circulation *et faire ainsi revivre des obligations éteintes par la confusion* (2). Mais ces obligations n'étaient véritablement pas éteintes, elles étaient seulement paralysées; elles doivent reprendre leur force, *sauf le droit des tiers,* quand la lettre de change ayant été de nouveau mise en circulation, la confusion disparaît.

177. De ce que l'obligation conserve, malgré la confusion, une sorte d'existence abstraite, il suit :

1° Qu'elle doit être comptée pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible (Voy. t. VI, n° 167) (3);

2° Qu'elle doit entrer en ligne de compte pour le calcul des droits de mutation. L'héritier doit donc la comprendre dans sa déclaration de succession (4);

Mais de tout cela il ne résulte pas qu'elle doit être com-

(1) LABBÉ, *Etudes sur quelques difficul. relat. à la confus.*, nos 161, 163; DEMOLOMBE, t. XXVIII, nos 720, 721.

(2) Cass. 19 avr. 1848, D. 48, 1, 87.

(3) AUBRY et RAU, § 330; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 252 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 718; LAURENT, t. XVIII, n° 488; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1134.

(4) Trib. Chartres, 25 mars 1859, D. 59, 3, 80.

prise dans le partage, puisqu'elle se trouve réduite à un état inerte (1).

Il y a encore d'autres conséquences du principe posé.

3° Ainsi :

ART. 1301 § 1. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal, profite à ses cautions.

Car la caution n'est tenue que sauf son recours contre le débiteur principal (art. 2028), et celui-ci ne peut pas s'adresser à la caution pour réclamer le paiement d'une somme qu'il serait immédiatement obligé de lui rendre;

Mais

ART. 1301 § 2. Celle qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale.

Celle-ci peut subsister en effet sans le cautionnement. La dette continuera également d'exister vis-à-vis des autres cautions, déduction faite de la part que le créancier doit supporter du chef de la caution dont il est devenu l'héritier.

Enfin :

ART. 1301 § 3. Celle qui s'opère dans la personne du créancier ne profite à ses codébiteurs solidaires que pour la portion dont il était débiteur (*).

Nous avons déjà rencontré la même règle formulée d'une manière plus claire dans l'art. 1209 (Voy. t. VII, n° 323).

Si la caution succède au débiteur ou le débiteur à la caution, cette dernière est libérée, mais le débiteur ne l'est pas ni le certificateur de la caution. Les hypothèques données par la caution doivent aussi continuer de subsister, car l'impossibilité d'agir résultant de la confusion ne concerne que l'action personnelle (2).

178. 4° On peut signaler encore une autre conséquence du

(*) Art. 1301. — L. 38, § 1, L. 71, D, 46, 1, *De fid. et mandat.;* L. 34, § 8, D. 46, 3, *De solut. et liber.*

(1) Cass. 1er juin 1853, D. 53, 1, 182.

(2) Rouen, 19 nov. 1874, D. 75, 2, 188; AUBRY et RAU, § 429; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 234 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 756; LAURENT, t. XVIII, n° 502.

principe que la confusion laisse intacte l'obligation considérée en elle-même :

Ainsi, postérieurement à la cession, le débiteur cédé devient l'héritier du cédant, la dette est éteinte, au sens où la confusion peut éteindre une dette. La signification n'intervient que postérieurement. Le cédé pourra-t-il opposer au cessionnaire la prétendue extinction résultant de la confusion? Evidemment non : *confusione potius eximitur persona quam extinguitur obligatio.* D'ailleurs, le cédé n'est plus un tiers par rapport à la cession, puisqu'il représente le cédant devenu héritier du cédé. Mais si le transport a été accepté ou signifié avant que le cédant hérite du débiteur, la confusion ne peut plus s'opérer, la même personne n'étant plus alors débiteur et créancière, puisque c'est le cessionnaire qui est investi de cette dernière qualité (1). C'est une preuve, pour le dire en passant, qu'il n'est pas le *procurator in rem suam* du cédant.

Il suit de là qu'une cession faite avant l'ouverture de la succession, met à l'abri de la confusion les créances que l'héritier acceptant avait contre le défunt : ainsi la cession faite par l'enfant donataire en avancement d'hoirie, sous réserve d'usufruit, de la somme qui lui a été donnée, avec la garantie hypothécaire attachée à la libéralité, conserve sa force, nonobstant l'acceptation pure et simple de la succession de la part de l'héritier cédant; en conséquence l'hypothèque acquise au cessionnaire prime les hypothèques constituées sur les mêmes biens par le cédant depuis qu'il est devenu héritier (2).

179. 5° Enfin, de ce que la confusion produit une simple impossibilité d'agir plutôt qu'une véritable extinction de l'obligation, il suit que ses effets peuvent n'être que temporaires et

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 646; Pau, 7 juin 1872, S. 72, 2, 200.

(2) Cass. 17 déc. 1856, D, 57, 1, 253; Voy. trib. civil Toulouse, 23 mars 1889, *Gaz. Midi*, 14 avr. 1889; Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, n° 378.

devront prendre fin si la cause d'où est parvenue la confusion vient à disparaître.

Ainsi les effets de la confusion cessent:

Quand le successible qui a accepté la succession demande et obtient la rescision de son acceptation;

Quand l'héritier est exclu de la succession pour cause d'indignité.

Dans ces deux cas, la cause qui a produit la confusion a réellement existé, maie elle disparaît avec effet rétroactif. Elle est donc censée n'avoir jamais existé; la créance éteinte revivra avec tous ses accessoires, privilèges, hypothèques, cautionnement.

On dit qu'il en est de même:

Lorsque le testament en vertu duquel le créancier a été institué légataire universel de son débiteur vient à être annulé à la requête de l'héritier légitime;

Et quand l'héritier apparent perd sa qualité par la reconnaissance d'un héritier plus proche (1).

Sans doute le résultat est le même; mais c'est parce que, dans ces deux hypothèses, il n'y a jamais eu confusion.

La confusion cesse encore lorsque l'héritier vend ses droits héréditaires. S'il était débiteur du défunt, il devra compte de cette dette à l'acheteur; s'il était créancier, il pourra exercer ses droits contre lui, le tout sauf convention contraire. Dans ce cas la confusion cessera seulement *inter partes;* ses effets seront maintenus à l'égard des tiers, et par rapport à eux l'obligation demeurera éteinte avec toutes les sûretés accessoires dont elle pouvait être munie (2). Il en sera de même dans le cas déjà cité d'une lettre de change acceptée par le

(1) AUBRY et RAU, § 330; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 255 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 711.

(2) AUBRY et RAU, § 330; COLMET DE SANTERRE, *loc. cit.;* DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 739; Comp. LAURENT, t. XVIII, n° 507.

tiré qui, après en être devenu propriétaire par la voie de l'endossement, l'a remise en circulation.

SECTION VI.

De la perte de la chose due.

180. — Règle générale sur l'effet de la perte de la chose due, article 1302 § 1.
181. — Cas où il y a plusieurs obligés.
182. — *Quid*, si le débiteur était déjà en demeure, art. 1302, § 2.
183. — De la preuve en cette matière, art. 1302 § 3.
184. — Disposition concernant le voleur, art. 1302 § 4.
185. — De la cession d'actions prescrite par l'art. 1303.
186. — Suite.

180. La perte de la chose due est un événement de nature à exercer une influence naturelle sur la situation du débiteur de cette chose. Il s'agit uniquement de savoir si le débiteur sera ou ne sera pas libéré. Or cette difficulté n'a absolument aucun rapport avec la question bien différente de savoir laquelle des deux parties doit, dans un contrat, porter les périls et risques. Quand même on déciderait, en effet, que le débiteur est libéré, il resterait encore à trancher la question du risque, celle de savoir si cette libération du débiteur entraîne la libération réciproque du créancier. Nous avons déjà étudié ce dernier point (Voy. t. VII, nos 103, 104, 105 et suiv.). — Nous allons maintenant examiner seulement quelle influence la perte d'une chose peut exercer sur la condition de celui qui la devait.

A l'impossible nul n'est tenu. Une obligation doit donc, en principe, être considérée comme éteinte lorsque son exécution est devenue légalement ou physiquement impossible.

L'impossibilité physique d'exécution résultant d'une perte de la chose ne saurait se concevoir à l'égard des dettes ayant

pour objet des choses indéterminées, c'est-à-dire envisagées *in genere*, puisque les genres ne périssent pas.

Mais il en est autrement des dettes ayant pour objet des choses déterminées dans leur individualité :

ART. 1302 § 1. Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure (*).

Il faut, pour qu'il en soit ainsi, que la perte soit totale. En cas de perte partielle, le débiteur remettra la chose au créancier dans l'état où elle se trouve, pourvu que les détériorations ne lui soient pas imputables (art. 1245). C'est au juge du fait à apprécier souverainement si la perte de la chose est totale ou partielle (1).

Il faut en outre que la perte ne soit pas imputable au débiteur, c'est-à-dire que la chose ait péri ou ait été perdue sans la faute et même sans le *simple fait* du débiteur (arg. articles 1042, 1147 et 1245).

En outre, le cas fortuit ne doit pas avoir été occasionné par la faute du débiteur, comme dans le cas où la chose a été volée parce que le débiteur a négligé de la mettre en lieu sûr.

Il faut enfin que le débiteur n'ait pas pris à sa charge les cas fortuits. Une clause dans ce sens constituerait une convention à titre gratuit soumise aux règles de fond concernant les libéralités (2).

181. L'art. 1302 suppose qu'il n'y a qu'un seul débiteur. Mais il peut y avoir plusieurs codébiteurs solidaires. Dans ce cas déjà examiné sous l'art. 1205 (Voy. t. VII, n° 317), la

(*) Art. 1302. — L. 33, 37, 91, 90, in pr. et § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*; L. 13, § 3, D. 6, 1, *De rei vind.*; L. 23, D. 50, 17, *De reg. jur.*

(1) Limoges, 5 janv. 1887, *France jud.*, 1889, p. 122.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 257 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 779; LAURENT, t. XVIII, n° 516.

perte arrivée par la faute ou pendant la demeure de l'un d'eux ne libère pas les autres.

Si la chose a péri par la faute du débiteur principal, la caution n'est pas libérée car elle répond de ce fait. Si au contraire elle a péri par le fait de la caution le débiteur principal est libéré.

Si la chose a péri par le fait ou la faute de l'un des débiteurs non solidaires, les autres sont libérés, car le fait ou la faute de l'un d'eux est un cas fortuit à l'égard des autres.

182. La demeure du débiteur est déjà une faute, car la loi suppose que si la chose avait été livrée au créancier elle n'aurait pas péri chez lui (1).

Par conséquent :

ART. 1302 § 2. Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier si elle lui eût été livrée.

Le juge décidera, d'après les circonstances, si la chose eût également péri chez le créancier. Il pourra trancher la difficulté à l'aide de présomptions, puisqu'il s'agit de cas fortuit et de faute dont le créancier n'a pu se procurer une preuve écrite.

183. La perte de la chose due peut soulever une question de preuve :

ART. 1302 § 3. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue (*).

Il ne suffit donc pas de prouver le fait matériel de la perte de la chose; il faut encore établir que sa destruction est la suite d'un cas fortuit (2).

184. Notre article se termine par une disposition concernant le voleur :

(*) Art. 1302 § 3. — L. 2, D. 22, 3, *De probat.*
(1) DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 772; LAURENT, t. XVIII, n° 522.
(2) Cass. Belgique, 18 fév. 1892, S. 92, 4, 31.

ART. 1302 § 4. De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix (*).

Le voleur ne saurait être admis à prouver que la chose aurait également péri chez le propriétaire si elle ne lui avait pas été volée. En commettant le vol qui l'a rendu débiteur, il s'est volontairement soumis à la condition la plus rigoureuse que puisse assumer celui qui contracte l'obligation de restituer une chose, c'est-à-dire qu'il s'est chargé des cas fortuits et a renoncé à la possibilité de fournir la preuve dont il s'agit (1). Cette disposition exceptionnelle ne peut d'ailleurs être étendue aux cas d'escroquerie et d'abus de confiance.

185. Il peut arriver que la chose due périsse par le fait d'un tiers, étranger au débiteur et au créancier, qui aura ainsi engagé sa responsabilité. C'est le cas prévu par le texte qui suit :

ART. 1303. Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier.

Les auteurs se plaisent, en général, à faire remarquer que le législateur, en rédigeant ainsi le texte de l'art. 1303, paraît avoir oublié le principe antérieurement formulé dans l'article 1138 sur le transfert de la propriété par le seul effet du consentement. Ainsi, en cas de vente, par exemple, le vendeur, selon la règle du droit romain, demeurait jusqu'à la tradition, propriétaire du corps certain ayant fait l'objet de la vente. Si donc la chose vendue était mise hors du commerce, détruite ou perdue sans sa faute, les actions dérivant de la perte de cette chose naissaient sur sa tête, et il était obligé

(*) Art. 1302 § 4. — L. 7, § 2, D. 13, 1, *De condict. furt.*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 259 *bis* ; MOURLON, t. II, n° 1478 ; DEMOLOMBE, t. XXVIII, n° 782 ; LAURENT, t. XVIII, n° 523 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1143 ; *Contrà*, DURANTON, t. XII, n° 506 ; AUBRY et RAU, § 331, texte et note 6.

de les céder à l'acheteur. Mais aujourd'hui c'est sur la tête de l'acheteur lui-même, rendu propriétaire par la seule force de la convention, que ces actions naissent directement; il n'a donc pas besoin que cession lui en soit faite pour les exercer.

On reconnaît cependant qu'il existe un cas, assez rare d'ailleurs, dans lequel l'art. 1303 pourra être appliqué; c'est celui où le vendeur s'est réservé la propriété de la chose jusqu'à sa livraison. C'est alors dans sa personne que prendront naissance les diverses actions dont il s'agit; il devra donc les céder à l'acheteur.

186. Mais nous croyons que ce n'est pas le seul. — Ainsi un propriétaire a prêté, loué ou mis en gage un cheval. Le contrat met les cas fortuits à la charge du débiteur qui, dans toute hypothèse de la perte du cheval, devra en payer la valeur.

Le propriétaire vend le cheval à un tiers; avant sa livraison le cheval périt par cas fortuit chez celui qui le détient.

Le vendeur est libéré vis-à-vis de l'acheteur, lequel doit payer le prix. Mais le vendeur a contre le commodataire, locataire ou gagiste l'action en responsabilité dérivant du contrat. Ne doit-il pas céder cette action à l'acheteur?

S'il en est ainsi, dans le cas précité, pourquoi en serait-il autrement de l'action en indemnité dans le cas où la chose était assurée? Les auteurs n'admettent en général qu'une cession volontaire dans cette hypothèse (1); mais nous pensons qu'il est possible de soutenir qu'il y a lieu à une cession nécessaire (2).

On peut prévoir encore d'autres hypothèses où l'art. 1138 n'est pas en jeu: lorsque le commodataire, le dépositaire ou le créancier gagiste sont dans l'impossibilité de restituer la

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 514; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 260 *bis* III.

(2) Voy. notre dissertation sur la *Nature juridique du prix dans la vente* (*Revue critique*, 1880).

chose prêtée, déposée ou engagée, par suite d'une faute qui leur est imputable, ils sont condamnés à des dommages-intérêts représentant la valeur de la chose. Mais en échange des dommages-intérêts qu'ils paient, ils peuvent exiger la cession des actions qui appartiennent à leur créancier par rapport à la chose (1), ou plutôt la cession est opérée de plein droit : *Si quis oblatam litis æstimationem susceperit, rem offerentis facit* (2) ; — *Litis æstimatio similis est emtioni* (3).

C'est en effet ainsi qu'il faut entendre et appliquer l'article 1303. Dans tous les cas où il y a lieu à cession nécessaire nous ne prétendons pas qu'un acte formel de cession doive intervenir entre les parties. La cession nécessaire, voulue par la loi, doit être réputée accomplie *ipso jure*. Mais, et c'est là l'utilité de la discussion, dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, celui à qui nous avons reconnu le droit d'exiger la cession d'une action, ne pourra faire valoir cette action que comme un droit cédé. Sans doute la cession sera censée opérée de plein droit, mais il y aura toujours eu cession. Le sujet ne pourra exercer l'action qu'en qualité de cessionnaire, et cette précision est fort importante au point de vue des exceptions qui pourront être exposées à l'action.

L'art. 1303 ainsi interprété fournirait un exemple assez curieux dans notre droit moderne d'une véritabe action utile *quasi ex jure cesso* (4).

SECTION VII.

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

§ 1er. — Durée de l'action.

187. — Précédents historiques sur la matière.

(1) L. 5, § 1, L. 7, § 5, D. 13, 6 ; L. 12, D. 42, 1.
(2) L. 5, § 1, D. 42, 1.
(3) L. 3, D. 41, 2.
(4) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 294.

188. — Prescription de dix ans applicable à l'action dont il s'agit, art. 1304.
189. — Caractère du délai décennal. — La règle : *Quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* est-elle encore en vigueur?
190. — Solution affirmative.
191. — L'art. 1304 est applicable seulement aux actions en nullité ou en rescision concernant les conventions.
192. — Et lorsque la confirmation est possible.
193. — Point de départ de la prescription décennale : c'est, en principe, la date de l'acte attaqué. Applications diverses, notamment aux personnes morales.
194. — Pour l'action en nullité fondée sur l'incapacité, c'est la date du jour où l'incapacité a disparu.
195. — Application aux femmes mariées;
196. — Aux mineurs;
197. — Aux interdits;
198. — Aux aliénés non interdits;
199. — Aux aliénés placés dans un établissement;
200. — Aux individus pourvus d'un conseil judiciaire.
201. — Point de départ de la prescription pour l'action résultant d'un vice du consentement.
202. — Du champ de la preuve en cette matière.
203. — La prescription décennale ne déroge pas à la prescription trentenaire

187. La théorie des actions en nullité et en rescision se rattache directement à celle des sanctions légales dont nous avons déjà indiqué les caractères (Voy. t. I, n° 200).

Nous savons qu'on distingue aujourd'hui entre les actes inexistants et les actes annulables.

Il n'en a pas toujours été ainsi; en droit romain tous les actes étaient inexistants ou valables d'après le droit civil. Mais on avait admis que certains actes pouvaient être rescindés pour cause de lésion au moyen de la *restitutio in integrum*.

Au XIII^e^ siècle, il n'y avait en France ni actes inexistants, ni actes rescindables, mais, de simples nullités n'opérant jamais de plein droit, et devant toujours être prononcées par le juge. Tel était, à cette époque, le sens de la maxime: *Voies*

de nullité n'ont lieu en France (1). Il n'y avait pas d'actes rescindables parce que la *restitutio in integrum* dérivait du droit romain et que le droit romain n'avait à cette époque qu'une action très limitée.

Les seules causes de nullité qui fussent alors reçues étaient les suivantes :

Le défaut d'autorisation maritale pour les actes passés par la femme;

L'incapacité du mineur à l'égard des actes par lui passés et préjudiciables à ses intérêts;

Le défaut d'insinuation des donations;

La prohibition entre époux des actes de donations entre vifs;

Enfin les vices du consentement d'après les règles empruntées au droit romain par le droit coutumier.

Au XIVe siècle le droit romain avait conquis une autorité considérable; dans certains pays il était même devenu la coutume. Saint Louis et Philippe-le-Hardi déclarent, dans leurs ordonnances, que ce résultat s'est produit par *la volonté du roi.* S'il en est ainsi, pourquoi ne pas s'adresser au roi, quand la coutume est muette, afin de permettre au juge d'appliquer la loi romaine? C'est ce qu'on fit, en demandant au roi des *lettres de rescision*, accordées à prix d'argent, d'abord par le conseil du roi, plus tard par toutes les chancelleries des parlements.

Dans un intérêt fiscal on abusa bientôt des lettres de rescision en les délivrant pour permettre l'application du droit romain, même dans des cas prévus et réglés par la coutume.

Pour les actions en nullité on continua de s'adresser directement au juge ordinaire. Mais alors la maxime: *Voies de nullité n'ont lieu en France* change de sens; elle signifie désormais que tous les actes, en principe, sont rescindables,

(1) LOYSEL, *Inst. cout.*, liv. V, tit. II, règle 5.

et que les actes simplement annulables sont l'exception. Il n'est pas encore question d'actes inexistants.

Sous l'influence de l'évolution qui vient d'être signalée, les seules actions en nullité qui persistent sont :

L'action en nullité accordée contre les actes passés par la femme sans l'autorisation du mari;

L'action donnée pour défaut d'insinuation des donations;

Celle donnée contre les donations passées par acte entre vifs entre époux.

Toutes les autres causes de nullité ou de *restitutiones in integrum* donnent lieu désormais à une action en rescision et ne peuvent être mises en mouvement qu'en vertu de lettres de chancellerie.

Au XVI^e^ siècle, on voit les juristes réagir contre l'abus des actions en rescision, et multiplier au contraire les actions en nullité: *Quod nullum est ipso jure rescindi non potest;* ce qui est nul d'après le droit coutumier (*ipso jure*) ne saurait donner lieu à une action en rescision. En conséquence on fit rentrer dans les actions en nullité toutes les actions en rescision qui avaient en réalité pour cause une violation du droit national, et les lettres de rescision ne furent plus accordées que pour les actes entachés de lésion.

Aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, les coutumes étant rédigées, il n'est plus nécessaire d'aller devant le juge pour constater le droit. Aussi l'inexistence d'un acte apparaît clairement dans le texte des coutumes, et les nullités de plein droit peuvent se comprendre. On les admit dans les actes contraires à l'ordre public, dans les conventions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, dans celles qui manquaient d'un élément essentiel à leur existence, le consentement, un objet, une cause; les pactes sur succession future.

Les nullités de plein droit ne pouvaient se couvrir ni par la confirmation, ni par la prescription.

Le champ d'application des lettres de rescision se trouvait

donc déjà notablement réduit, quand la loi des 7-11 septembre 1790 supprima les chancelleries des parlements. Les actions en rescision furent, comme les actions en nullité, portées directement devant les tribunaux.

Aujourd'hui, sous l'empire du Code, il n'y a plus qu'une seule action indifféremment qualifiée d'action en nullité ou d'action en rescision, et plus spécialement d'action en rescision quand il s'agit d'attaquer une convention pour cause de lésion.

Le législateur s'est déjà occupé, ainsi que nous l'avons vu, de certaines causes de nullité concernant les incapables, mineurs, femmes mariées et autres, et aussi celles qui dérivent d'un vice du consentement. Il ne cherche donc pas dans la présente section à construire une théorie complète de la matière. Il se borne à déterminer la durée de l'action en nullité ou en rescision, et à traiter de l'action en rescision pour cause de lésion en ce qui concerne spécialement les mineurs.

188. On s'est d'abord demandé quelle devait être la durée de l'action ?

Au XIII^e^ siècle, suivant la règle uniforme suivie pour toutes les actions, le délai pour intenter l'action en nullité était d'un an et un jour à partir du moment où il y avait, pour la partie intéressée, possibilité d'agir. Aux XIV^e^ et XV^e^ siècles, ce délai fut porté à trente ans, par application des règles concernant la prescription en droit romain.

L'ordonnance de 1510 (art. 46) fixa au contraire à dix années le délai dans lequel il était possible de demander des lettres de révision. Mais comme l'âge fixé pour la majorité n'était pas le même dans toutes les provinces, l'ordonnance de 1539 (art. 134) prenant pour base de la majorité l'âge de vingt-cinq ans, décida que les mineurs ne pourraient plus, après l'âge de trente-cinq ans, intenter l'action en rescision pour cause d'incapacité.

Le Code devait, en pareille matière, adopter une règle générale.

En conséquence :

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

Cette disposition repose sur une présomption de ratification (1); elle ne peut donc s'appliquer qu'aux actes annulables ou rescindablès susceptibles d'être confirmés (2), et est par conséquent étrangère aux contrats inexistants. Elle concerne d'ailleurs les départements, communes et autres personnes morales qui sont assimilées aux incapables quant aux conventions pour lesquelles la loi requiert certaines autorisations ou l'accomplissement de formalités spéciales (3).

Elle constitue enfin un statut réel auxquels les étrangers sont soumis comme les nationaux (4).

189. Le laps de dix années établi par l'art. 1304 constituant une véritable prescription soumise à toutes les règles concernant la suspension et l'interruption, et non un simple délai préfix et invariable aboutissant à une déchéance, est évidemment trop long. Le Code civil italien l'a réduit à cinq ans, par cette considération qu'à une époque où tout progrès dans la vie sociale se traduit en une conquête sur l'espace ou sur le temps, on ne peut plus maintenir l'immobilité des anciens

(*) Art. 1304. — L. 14, in pr. et § 2, D. 4, 2, *Quod metus caus.*, L. 7, § 4, C. 7, 39, *De prescript. XXX ann.*; L. 30, C. 5, 12, *De jure dot.*

(1) Cass. 8 avr. 1891, S. 91, 1, 149.

(2) Pau, 13 mai 1890, S. 91, 2, 228.

(3) Cass. 18 mai 1886, S. 90, 1, 514; Cass. 23 fév. 1887, S. 89, 1, 213.

(4) Liège, 31 déc. 1880, *Pas.*, 80, 2, 122.

délais qui n'ont plus aujourd'hui la même raison d'être qu'au XVIe siècle (1).

Il y a controverse sur le point de savoir si la prescription décennale est encore applicable lorsque la nullité ou la rescision sont proposées non par voie d'action, mais seulement par voie d'exception, c'est-à-dire quand on les oppose en qualité de défendeur.

Dans l'ancien droit coutumier l'exception de nullité était perpétuelle, comme l'étaient en général les exceptions en droit romain. Cette règle était consacrée dès le XIIIe siècle. Mais il en fut autrement de l'exception fondée sur le droit à la rescision. L'ordonnance de 1539 (art. 134), déclare en effet que cette exception sera reçue seulement dans le délai de l'action en rescision, c'est-à-dire dans les dix ans « tant en demandant qu'en défendant. » Tout cela s'explique; si l'exception de nullité est perpétuelle, c'est que la partie lésée joue le rôle de défendeur. Dans le cas de rescision, au contraire, la partie lésée jouait toujours, vis-à-vis de la chancellerie, le rôle de demandeur, puisque, dans tous les cas, aussi bien en défendant qu'en demandant, elle devait *demander* des lettres de rescision. C'est pour ce motif que la prescription de l'exception fondée sur le droit à la rescision s'accomplissait par dix années.

Dans le droit moderne on pose la question autrement : il s'agit de savoir, dit-on, si le Code a consacré la maxime *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Cette façon de formuler la difficulté tendrait à faire croire que cette maxime avait trait seulement aux exceptions tirées d'une cause de nullité ou de rescision. Ce serait une erreur, car la maxime a une portée générale. Quoi qu'il en soit, la question suppose que la convention, qu'il

(1) Voy. notre *Code civil italien*, t. I, p. 253.

s'agit de faire annuler ou rescinder n'a pas été exécutée (1).

En cas pareil, la situation respective des parties paraît, au premier abord, devoir dépendre du système législatif qui aura été suivi. En droit romain il y avait cette différence entre l'action et l'exception que celui à qui une action appartenait était libre de l'intenter quand il voulait, tandis qu'on ne pouvait opposer l'exception que si l'adversaire en fournissait lui-même l'occasion en exerçant des poursuites en justice. Dans un tel système il fallait bien admettre qu'en général les exceptions ne pouvaient pas être éteintes par la prescription (2).

En droit français, au contraire, il est reçu que celui qui a fait un contrat annulable peut prendre l'initiative et faire rompre ce contrat par la justice avant toute demande d'exécution de la part de l'autre partie; il semble donc que la règle *quæ temporalia....* formulée d'après les textes du droit romain, n'a plus aujourd'hui de raison d'être.

Cette raison a paru suffisante à un grand nombre d'auteurs qui n'hésitent pas à soutenir que l'art. 1304 doit être appliqué aussi bien à l'exception qu'à l'action. On ajoute, à l'appui de cette solution, qu'en permettant de faire valoir une cause de nullité par voie d'exception, après l'expiration du délai fixé pour l'exercice de l'action, le Code aurait consacré une contradiction avec le principe même de la matière qui consiste à voir dans l'inaction de la partie dont l'engagement est vicié comme une confirmation du contrat annulable (3).

190. Mais c'est là une logique seulement apparente; l'inac-

(1) Cass. 5 avr. 1837, D. 37, 1, 469; Bordeaux, 27 juill. 1871, D. 72, 2, 125.

(2) L. 5, § 6, D. 44, 2, *De doli mali except.*

(3) DURANTON, t. XII, n° 549; DUVERGIER sur TOULLIER, t. VI, n° 601, note *a*; MARCADÉ sur l'art. 1304, n° 3; MOURLON, t. II, n° 1493; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 265 *bis* VI et VII; LAURENT, t. XIX, n°s 57 et 59; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1169; Leipzig, 13 juin 1884, S. 86, 4, 17.

tion de la partie intéressée ne vaut confirmation que si rien ne vient troubler le *statu quo*. Il est injuste de déclarer prescrites toutes les exceptions fondées sur un droit, sous le prétexte que ce droit étant déjà muni d'une action, le sujet investi doit s'imputer à lui-même de n'en avoir pas fait usage. Pourquoi le punir en effet de n'avoir point suscité un procès que rien ne l'engageait à intenter, puisqu'aucun acte n'était posé pouvant lui faire craindre un changement dans le *statu quo?* Le maintien de la règle : *quæ temporalia...* parait donc justifié, et la jurisprudence est en ce sens (1).

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'action et l'exception qui servent à protéger le même droit produisissent toujours le même effet; or il n'en est pas ainsi dans tous les cas.

Rappelons-nous, en effet, que la maxime *quæ temporalia...* n'était pas restreinte aux seules exceptions ayant leur fondement dans une cause de nullité ou de rescision, mais qu'elle s'appliquait généralement à toutes les exceptions.

Or, ce point constaté, supposons qu'il s'agisse d'une vente, mais que le contrat n'ait été exécuté par aucune des deux parties. Chacune d'elles aura l'action résultant du contrat à l'effet d'en demander l'exécution; mais aussi chacune d'elles pourra opposer à l'action de l'adversaire l'exception *non adimpleti contractus*, qui aura pour effet d'empêcher l'exécution du contrat à moins que le demandeur ne commence par l'exécuter de son côté. L'exception a donc un but tout à fait différent de celui que nous poursuivons par l'action. Un exemple montrera l'importance de cette distinction: Supposons qu'en 1855 une maison soit vendue à condition que la livraison en sera faite à l'instant, et que le prix d'achat

(1) Cass. 21 juin 1880, D. 81, 1, 108; Agen, 7 juill. 1886, S. 86, 2, 189; MERLIN, *Rép.*, v° *Prescript.*, sect. II, § 5; TOULLIER, t. VII, n° 602; VAZEILLE, *Prescript.*, t. II, n° 566; AUBRY et RAU, § 339; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 137.

ne sera payable qu'en 1857. Aucune des deux parties n'exécute le contrat. Chacune d'elles aura donc à la fois l'action résultant de la vente et l'exception *non adimpleti contractus*.

Cependant l'action de l'acheteur sera prescrite en 1875, celle du vendeur le sera en 1877. Admettons maintenant que le vendeur demande en 1876 le paiement du prix; le défendeur dont l'action est prescrite depuis un an pourra-t-il faire valoir son exception *non adimpleti contractus?* Nous n'hésitons pas à le penser; dans le système contraire on est obligé de condamner l'acheteur à payer le prix sans recevoir la maison (1). On ne voit pas pourquoi la solution serait différente quant au lieu de l'exception *non adimpleti contractus*, il s'agit de l'exception fondée sur la nullité ou la rescision.

191. Pour que l'art. 1304 soit applicable, il faut d'abord que l'action en nullité ou en rescision soit ouverte contre *une convention*. Il est donc certain que la prescription restreinte de dix ans ne peut s'appliquer aux nullités affectant les dispositions testamentaires (2), même quand elles contiennent un partage d'ascendant (3) (comp. t. VI, nos 444, 449).

Cependant malgré le texte bien net et bien précis de l'art. 1304 une certaine opinion, suivie par la jurisprudence, applique l'art. 1304 à tous les actes de volonté d'où résulte un engagement, une renonciation ou une décharge; et qui opérant à l'instar d'un contrat, lorsque le bénéfice en a été accepté par les intéressés, confèrent à ces derniers des droits irrévocables. On cite comme exemples l'acceptation et la répudiation d'une succession, un paiement, une quittance (4). On

(1) MAYNZ, *Elém. de Dr. rom.*, t. I, § 151, note 36; Voy. SAVIGNY, t. V, 421, note *a*.

(2) Bordeaux, 14 mars 1843, D. 43, 2, 177; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 79 *bis;* LAURENT, t. XIX, n° 26.

(3) Cass. 25 nov. 1857, D. 57, 1, 425.

(4) Paris, 2 fév. 1880, D. 83, 1, 61; AUBRY et RAU, § 339, texte et note 14; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 265 *bis* IX; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 48.

fonde principalement cette solution sur la décision des ordonnances de 1510 et 1535. — Mais précisément les rédacteurs du Code civil n'ont pas reproduit les termes généraux des anciennes ordonnances (1).

Puisque la prescription décennale est applicable aux conventions seulement, il faut décider que l'art. 1304 n'est opposable que si la nullité ou la rescision est demandée par ceux qui ont été partie à la convention ou leurs représentants. C'est pour ce motif que l'action paulienne n'est prescriptible que par trente ans, car elle n'est pas destinée à faire tomber une convention (Voy. t. VII, n° 229).

Les actions soumises à la prescription décennale sont uniquement les actions en nullité ou en rescision, et non les actions en résolution, révocation ou résiliation, ou en déclaration de simulation (2), etc.

192. Il faut encore, pour appliquer l'art. 1304, qu'il s'agisse d'une nullité susceptible d'être couverte par une confirmation. Ainsi, l'action en nullité d'un acte de subrogation pour violation des *formalités* prescrites par l'art. 1250 § 2, demeurerait soumise à la prescription de trente ans (Voy. *suprà*, n° 65). La réciproque est-elle vraie ; faut-il admettre la prescription décennale chaque fois que la confirmation devient possible? On l'a nié en ce qui concerne l'action appartenant aux héritiers du donateur contre une donation entre vifs nulle en la forme (3). Mais nous verrons, sous l'art. 1339, que la solution contraire prévaut avec raison dans la jurisprudence. Il pourra seulement y avoir quelques difficultés dans l'application, comme cela s'est produit pour la

(1) MARCADÉ, sur l'art. 1304; LAURENT, t. XIX, n° 23; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1120.

(2) Chambéry, 3 janv. 1873, D. 74, 1, 241; Cass. 9 nov. 1875, D. 76, 1, 443.

(3) MARCADÉ, sur l'art. 1340, n° 3; AUBRY et RAU, § 339, texte et note 19; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 120; Pau, 5 fév. 1866, S. 66, 2, 194.

nullité d'une donation mobilière résultant du défaut d'état estimatif; il faudra décider que la prescription de dix ans court ou ne court pas contre les héritiers du donateur suivant que la nullité dont il s'agit sera ou non considérée comme une nullité de forme régie par l'art. 1339 (1) (Voy. t. VI, n° 225).

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

193. La prescription décennale commence à courir, en principe, du jour où a été conclue la convention attaquée. Telle est la règle générale.

Néanmoins, lorsque la confirmation de l'action en nullité ou en rescision n'est pas immédiatement possible, la prescription ne commence à courir que du jour où l'acte peut être confirmé.

Par conséquent, en ce qui concerne les vices du consentement, la prescription de l'action en nullité ne commence que du jour de la découverte de l'erreur ou du dol, ou de la cessation de la violence; et en matière d'incapacité que du jour de la cessation de l'incapacité.

La règle générale s'applique, c'est-à-dire que le délai de dix ans court du jour de l'acte :

1° Quand il s'agit d'une action en rescision pour cause de lésion entre majeurs; on peut généraliser la solution édictée en matière de vente (art. 1676). Le point de départ de la prescription sera la date réelle de la vente ou du partage (2), et non celle de l'instrument qui aura pu être dressé ultérieurement pour les constater (3);

2° Quand il s'agit de la rescision d'un partage d'ascendant fait entre-vifs, pour cause de lésion, le point de départ de la prescription sera, suivant la doctrine qu'on voudra suivre sur le caractère de la *donation-partage*, soit la date du partage

(1) Voy. Pau, 13 mai 1890, S. 91, 2, 228 et la note.

(2) AUBRY et RAU, § 339; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 148; LAURENT, t. XIX, n° 56; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1166.

(3) Limoges, 5 mars 1870, D. 70, 2, 78.

lui-même, soit celle du décès du disposant, ou du survivant des ascendants en cas de partage conjonctif. (Voy. t. VI, nos 434 et 444).

3° On place encore sous l'empire de la règle générale les personnes morales, communes et autres, quant aux actions en nullité qu'elles ont à faire valoir. Ces personnes doivent agir dans les dix ans à partir du jour où l'acte attaqué est devenu définitif, c'est-à-dire, en réalité, à partir de sa date (1), quand même la demande en nullité serait portée devant la juridiction administrative (2). Il ne pouvait pas en être autrement. Il serait absurde, en effet, d'assimiler à des mineurs des êtres abstraits qui n'ont pas d'âge (Voy. t. III, nos 232 et 256). L'incapacité des personnes morales est perpétuelle par la force des choses. On ne pouvait donc pas subordonner à leur égard le cours de la prescription à la cessation d'une incapacité qui ne peut pas disparaître. Il n'y avait pas de milieu : il fallait les affranchir complétement des règles sur la prescription, ou les soumettre purement et simplement à l'empire de ces mêmes règles. C'est ce qui a été fait par l'art. 2227.

194. Quand il s'agit des personnes physiques, ou en d'autres termes des simples particuliers, la règle doit être différente :

En ce qui concerne spécialement l'action en nullité pour cause d'incapacité, distincte de celle qui a sa source dans un vice du consentement, l'art. 1304 permet, comme nous l'avons déjà indiqué, de formuler la règle suivante : Le délai décennal court seulement à partir du jour où l'incapacité a disparu. Cette règle est textuellement appliquée :

1° Aux femmes mariées;

2° Aux mineurs;

(1) Cass. 12 janv. 1874, D. 74, 1, 161; Lyon, 31 mars 1886, D. 87, 1, 177.

(2) Arg. Cons. d'Etat, 13 juin 1877, D. 77, 3, 99.

3° Aux interdits.

Elle est motivée par cette considération que la confirmation résultant d'une inaction prolongée durant dix années ne peut être sérieusement admise que chez une personne jouissant de sa pleine capacité.

195. Pour les femmes mariées, il s'agit du sort des actes par elles passés sans autorisation. Le délai de dix ans court à partir du jour de la dissolution du mariage, soit par la mort de l'un ou de l'autre des époux, soit par le divorce. Dans ce dernier cas les dix ans courent à partir du jour où le divorce est acquis par la transcription effectuée, conformément aux art. 251 et 252, de la décision qui l'a prononcé (Voy. t. II, n° 393).

L'action appartient à la femme à raison de son intérêt pécuniaire; mais elle appartient aussi au mari à raison de la méconnaissance de son pouvoir (Voy. t. II, n° 276). Or, l'art. 1304 ne distinguant pas, faut-il dire, avec certains auteurs, qu'à l'égard du mari, le délai de l'action doit aussi courir à partir seulement de la dissolution du mariage, sous prétexte que l'inaction de ce dernier n'implique pas, nécessairement, une confirmation de sa part, mais peut s'expliquer par d'autres motifs (1)? Mais quel rapport y a-t-il entre un tel aperçu et une disposition exceptionnelle faite uniquement pour les incapables!

Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, et Joubert dans son rapport au Tribunat ont d'ailleurs nettement déclaré qu'il s'agissait uniquement des femmes mariées (2).

Quand la femme a été autorisée, la prescription décennale n'est point suspendue pendant le mariage quant aux actions

(1) AUBRY et RAU, § 339; COLMET DE SANTERRE, t. V, n 265 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 150; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1117; Montpellier, 27 avr. 1831, D. 32, 2, 23.

(2) LOCRÉ, t. XII, n° 60; MARCADÉ, sur l'art. 1304; MOURLON, t. II, n° 1491; LAURENT, t. XIX, n° 43; Bordeaux, 30 avr. 1872, D. 73, 2, 32.

en nullité engendrées par un vice du consentement, excepté dans le cas où l'action de la femme dépendrait d'une option à faire par elle entre l'acceptation et la répudiation de la communauté, ou si elle devait réfléchir contre le mari (art. 2256). Tel serait le cas où la femme n'aurait contracté que par l'effet d'une violence exercée par le mari, ou d'un dol dont ce dernier aurait été le complice intéressé (1).

196. En ce qui concerne les actes faits par les mineurs, la prescription court d'après le texte formel de l'art. 1304, du jour de la majorité et non du jour de l'émancipation, qu'il s'agisse d'un acte fait par le mineur lui-même, et dont, par conséquent, il a eu connaissance, ou d'un acte fait par le tuteur sans les formalités légales et dont il peut n'avoir pas eu connaissance (2).

197. Le même art. 1304 déclare que la prescription décennale court, *à l'égard des actes faits par les interdits, du jour où l'interdiction est levée*, c'est-à-dire du jour où la confirmation de ces actes est devenue possible. Il ne s'agit donc pas d'actes *inexistants* à raison de la démonstration *directe* d'une absence totale du consentement, mais d'actes annulables à raison de l'incapacité dont se trouvait atteint celui de qui ils émanent. La présomption de la loi est que l'acte a été fait en état de démence, et cette présomption *générale* ne saurait être détruite par l'allégation et la preuve d'un intervalle lucide (Voy. t. III, n° 517). Mais le ci-devant interdit peut reconnaître lui-même que l'acte envisagé a été fait par lui dans un intervalle lucide, et c'est pour ce motif qu'il peut le confirmer expressément ou tacitement en laissant écouler, sans agir, le temps fixé pour la prescription.

Voilà pour ce qui concerne les actes postérieurs à l'inter-

(1) TOULLIER, t. VII, n° 613; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 152.

(2) Cass. 30 mars 1830, D. 30, 1, 122; AUBRY et RAU, § 339, texte et note 32; DEMOLOMBE, t. XIX, n°s 154, 155; LAURENT, t. XIX, n° 44.

diction. En ce qui touche les actes antérieurs, on sait qu'ils peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ils ont été passés (art. 503). L'action en nullité se prescrit, en ce cas, par dix ans à partir, non du jour où l'acte a été passé, mais du jour de la mainlevée de l'interdiction ou du décès de l'interdit (1) (Voy. t. III, n° 521). Il ne s'agit pas, en effet, d'une action spéciale fondée sur un vice déterminé dont on prétendrait que l'acte attaqué se trouvait atteint au moment même où il a été passé, mais d'une action fondée sur ce que, *d'une manière générale*, la cause de l'interdiction existait notoirement à la même époque. Or cette action a été juridiquement engendrée par le fait seul de l'interdiction prononcée.

L'interdiction a donc pour effet de créer deux causes générales de nullité, l'une pour les actes postérieurs, l'autre pour les actes antérieurs.

198. S'il s'agit d'actes émanés d'un individu qui n'a pas été interdit, il ne peut être question que d'actions spéciales tendant, suivant les circonstances, soit à faire déclarer l'inexistence de l'acte, pour absence complète du consentement, d'un objet licite, etc.; soit à en faire prononcer la nullité à raison d'un vice quelconque du consentement.

Or il a été jugé, avec raison croyons-nous, que la prescription de dix ans édictée contre l'action en nullité ou en rescision d'une convention court, même à l'égard des personnes atteintes d'aliénation mentale, tant qu'elles n'ont pas été mises en état d'interdiction ou placées dans un établissement d'aliénés (2). Quant au point de départ de la prescription

(1) Chambéry, 19 janv. 1886, S. 88, 2, 16; AUBRY et RAU, § 339; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 158; LAURENT, t. XIX, n° 306; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1166.

(2) Caen, 19 mars 1864, *Rec. arr. Caen et Rouen*, 1864, 1, 82; Comp. Bordeaux, 14 janv. 1857, S. 57, 2, 353; Bruxelles, 18 nov. 1867, *Pas.*, 68, 2, 208.

il y a quelque difficulté; selon les uns la prescription ne pourrait commencer à courir qu'à partir du jour où l'aliéné a définitivement recouvré sa raison (1). D'après certains, conformément au droit commun, à partir de la date de l'acte (2). Cette dernière opinion parait préférable, car il n'y a pas de texte qui fasse de la démence de fait une cause de suspension ni pour la prescription ordinaire, ni pour la prescription décennale.

199. Néanmoins, en ce qui concerne les aliénés, l'art. 39 de la loi du 30 juin 1838, renferme une disposition spéciale dont nous avons déjà parlé (Voy. t. III, n° 532). Il décide que, pour les personnes placées dans un établissement d'aliénés, les dix ans de l'action en nullité des actes qu'elles auront passés pendant qu'elles y étaient retenues courent du jour de la signification qui leur aura été faite de ces actes ou de la connaissance qu'elles en auront eue après leur sortie définitive de la maison. A l'égard de leurs héritiers, les dix ans courent de la signification qui leur en aura été faite, ou de la connaissance qu'ils en auront eue après la mort de leur auteur. Lorsque les dix ans ont commencé de courir contre celui-ci, ils continuent de courir contre les héritiers.

200. L'art. 1304 ne parle pas des personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Mais il est généralement admis que les dix ans courent seulement du jour où leurs actes ont pu faire l'objet d'une confirmation régulière, c'est-à-dire à partir de la cessation de l'incapacité ou du décès de l'incapable (3) (Voy. t. III, n 555).

(1) AUBRY et RAU, § 339.

(2) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1364, n° 25; LAURENT, t. XIX, n° 48; arrêt précité de Bordeaux du 14 janv. 1857.

(3) Cass. 8 avr. 1891, S. 91, 1, 149; AUBRY et RAU, § 339, texte et note 33; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 157; LAURENT, t. XIX, n° 49; *Contrà*, Cass. 6 juin 1860, S. 60, 1, 393; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1166.

201. L'action dérivant des vices du consentement est soumise à la même règle que l'action fondée sur l'incapacité. La prescription ne pourra courir à son égard que du jour de la découverte de l'erreur ou du dol, ou bien de la cessation de la violence. Une application naturelle de cette règle a lieu en cas de découverte d'une interposition dolosive de personne dans un acte (1).

La règle dont il s'agit n'est pas modifiée par cette circonstances que le sujet intéressé aurait été en état de minorité au moment où s'est produit le fait ayant engendré à son profit l'action en nullité. Ainsi, quand un mineur a été victime d'un dol commis par son cocontractant, et que ce dol n'a été découvert que depuis la majorité, le délai de dix ans ne court alors que du jour de la découverte et non de celui de la majorité (2). Il s'agit en effet d'une action fondée sur le dol distincte de l'action fondée sur la minorité.

202. C'est à celui qui agit en nullité à prouver l'existence du vice qui sert de base à son action. Le défendeur, s'il oppose la prescription, devra établir de son côté que dix ans se sont écoulés depuis la passation de l'acte. Si le demandeur réplique que, par application de l'art. 1304, la prescription n'a pu commencer de courir que plus tard, il devra justifier des circonstances qui déterminent le véritable point de départ de la prescription (3). Cette preuve pourra se faire par témoins ou par présomptions, puisqu'il s'agit de faits dont il n'est pas possible de se procurer une preuve littérale.

Le champ de la preuve se trouve nettement circonscrit, quand il s'agira de fixer le moment précis de la découverte

(1) Cass. 1er mars 1882, D. 83, 1, 110; Cass. 20 nov. 1877, D. 77, 1, 497.

(2) Cass. 10 fév. 1830, D. 30, 1, 121.

(3) Cass. 19 nov. 1884, D. 85, 1, 101; Cass. 1er mars 1882, D. 83, 1, 110; AUBRY et RAU, § 339, note 38; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 146; LAURENT, t. XIX, n° 55.

de l'erreur ou de la cessation de la violence. Pour le dol, il suffira d'établir l'existence de faits permettant au juge de constater l'époque à laquelle les premiers indices du dol ont été connus du demandeur en nullité (1).

203. La prescription décennale dont nous venons de décrire les phases diverses et les principales applications, évolue dans l'orbite plus étendue de la prescription trentenaire. Par conséquent l'action sera éteinte s'il s'est écoulé plus de trente ans depuis l'acte entaché de violence, de dol ou d'erreur, quand même il ne se serait pas encore écoulé dix années depuis la cessation de la violence, ou la découverte du dol ou de l'erreur (2). Il est vrai que, d'après l'art. 2264, les prescriptions particulières ne sont soumises aux règles générales de la prescription qu'autant qu'il n'y est pas dérogé dans les titres qui leur sont propres. Mais de ce que l'art. 1304 organise une prescription qui est *particulière* quant à sa durée comme en ce qui concerne son point de départ, il n'en résulte pas que cette prescription se meuve *en dehors* de la sphère générale d'application de la prescription trentenaire. Voici en effet quel est le système de la loi :

La prescription trentenaire repose sur certains motifs d'ordre public, complétement étrangers à toute idée de confirmation ; à ce point de vue : *toutes les actions, tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans* (art. 2262). Néanmoins, et sans déroger à ce point de vue *général*, dans certains cas *particuliers* où l'idée de confirmation peut être facilement admise, cette confirmation sera présumée acquise si dix années se sont écoulées, dans les conditions de l'article 1304, avant que la période trentenaire ait pris fin.

(1) Cass. 13 mars 1849, D. 49, 1, 229.

(2) Paris, 22 juill. 1853, S. 54, 2, 49 et *Consult.* DUVERGIER, AUBRY et RAU, § 339, texte et note 42; LAURENT, t. XIX, n° 53; *Contrà*, VALETTE, DURANTON et DEMANTE, *Consult.*, S. 54, 2, 49; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 165; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1167.

Par conséquent si trente ans se sont passés depuis la date de l'acte attaqué, la loi coupe court à tout débat, et il ne sera jamais permis de dire qu'il n'est pas possible de présumer une ratification tant que subsiste la cause d'où résulte l'action en nullité. Il ne s'agit plus, en effet, de savoir s'il y a eu ou s'il n'y a pas eu ratification tacite, s'il a pu ou s'il n'a pas pu y avoir une telle ratification, mais seulement d'appliquer une prescription d'ordre public en dehors de toute idée de ratification ou de confirmation.

§ 2. — Règles générales concernant l'action en nullité et l'action en rescision.

204. — Principe de la matière, art. 1305. Distinction entre l'action en rescision accordée au mineur et l'action en nullité.
205. — Du choix pouvant appartenir au mineur émancipé entre ces deux actions.
206. — Conditions d'exercice de l'action en rescision appartenant aux mineurs.
207. — La lésion doit être imputable à la partie adverse ; cas de l'art. 1306.
208. — Des déclarations de majorité faites par le mineur, art. 1307.
209. — Des obligations contractées par le mineur à raison de son commerce, art. 1308, ou de son contrat de mariage, art. 1309, ou de son délit, art. 1310, ou d'autres causes spéciales.

204. Après avoir indiqué d'une manière générale la durée de l'action en nullité ou en rescision, le Code va s'occuper spécialement de l'action en rescision pour cause de lésion.

Nous devons d'abord rappeler qu'aux termes de l'art. 1118, la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats et à l'égard de *certaines personnes* (Voy. t. VII, n° 40).

Les *certaines personnes* dont il s'agit sont les mineurs ; il faut distinguer à cet égard entre :

Le mineur non émancipé,

Et le mineur émancipé.

La loi formule ainsi le précepte qui les concerne :

ART. 1305. La simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé, contre toutes sortes de conventions ; et en faveur du mineur émancipé, contre toutes conventions qui excèdent les bornes de sa capacité, ainsi qu'elle est déterminée au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation* (*).

Il convient d'abord de remarquer que ce texte n'accorde l'action en rescision d'une manière générale qu'aux *mineurs* et non aux autres incapables, tels que les femmes mariées, les interdits et ceux qui sont assimilés aux interdits. Ces diverses classes d'incapables sont en effet protégées par l'action en nullité (art. 225, 502). Or cette action est plus efficace que l'action en rescision, puisque sa réussite exige seulement la preuve que l'autorisation maritale ou de justice n'a pas eu lieu alors qu'elle devait intervenir, ou bien qu'un acte a été passé postérieurement au jugement d'interdiction. On peut dire que dans ces cas la lésion est toujours présumée.

Au contraire l'action en rescision accordée au mineur contre ses propres actes ne réussira que si une lésion est directement prouvée. Cette observation suffirait à elle seule pour justifier l'intérêt qu'il peut y avoir à poursuivre l'interdiction d'un mineur (Voy. t. III, n° 504).

D'un autre côté, l'action en rescision accordée aux mineurs implique qu'il s'agit d'actes valables en eux-mêmes, c'est-à-dire remplissant toutes les conditions de validité intrinsèques ou extrinsèques voulues par la loi. Si l'acte était nul pour vices de consentement, il y aurait lieu à une action en nullité et non à une action en rescision (art. 1109). Il en est de même quand l'acte est nul pour défaut de formes (arg. article 1311).

La loi a, en effet, dans l'intérêt des mineurs et des interdits, soumis certains actes juridiques à des formalités spéciales

(*) Art. 1305. — L. 1, § 1; L. 7, § 1, 3, 4, 5; L. 25, 29, D. 4, 4, *De minor.*; L. 8, C. 2, 22, *De in integr. restit.*

(Voy. art. 457 à 467 ; art. 483 et 484). Ces formalités constituent simplement une condition complémentaire de la capacité des intéressés. Par suite, leur inobservation ne rend pas l'acte inexistant mais seulement annulable. La nullité résulte de la prohibition de la loi déclarant, par exemple, qu'on ne peut vendre, transiger, etc., sans observer les formalités voulues (1), et cette nullité purement relative, ne peut être invoquée que par ceux en faveur de qui elle a été édictée (2).

205. Nous avons déjà remarqué, sous l'art. 484 § 2 (Voy. t. III, n° 493) que, d'après la jurisprudence, le mineur émancipé, quand il s'agit d'actes dépassant sa capacité, a le choix entre l'action en nullité proprement dite, indépendamment de toute lésion ou de tout excès, et l'action en réduction de ses engagements. A ce propos, la Cour de cassation a décidé que les tribunaux ayant le droit, conformément à l'article précité, de réduire, en cas d'excès, les obligations contractées par un mineur émancipé, peuvent prononcer la réduction totale du prix d'un immeuble acquis par le mineur, de sorte que la réduction demandée équivaut à l'annulation de l'acte en regard du mineur (3). Cette solution peut se justifier, par cette considération que, dans le droit moderne, la recevabilité d'une action, pourvu que le juge soit compétent, n'est pas subordonnée à l'exactitude de la dénomination qui lui a été attribuée par le demandeur.

206. L'action en rescision n'est accordée aux mineurs émancipés ou non émancipés que sous les conditions suivantes :

Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une lésion ayant causé un préjudice suffisamment appréciable en argent, c'est-à-dire *non*

(1) Cass. 25 mars 1861, D. 61, 1, 202.

(2) AUBRY et RAU, § 334, texte et note 14 ; LAURENT, t. XVII, n° 533 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1153.

(3) Cass. 10 fév. 1890, S. 93, 1, 463.

négligeable. Mais la loi n'en fixe pas la quotité comme pour les majeurs. Il suffira donc d'une *simple lésion* (1).

Il faut encore que la lésion procède de l'acte même qui est attaqué, ou du moins de circonstances se rattachant au contrat, et que l'on pouvait facilement prévoir lors du contrat. Il importe peu que, dans ces conditions, le préjudice résulte médiatement ou immédiatement de l'acte accompli (2).

L'action en rescision appartient soit aux mineurs lésés représentés par leurs tuteurs, ou devenus majeurs, soit à leurs héritiers, soit à leurs ayants-cause, notamment leurs créanciers (art. 1166). Mais elle ne peut être exercée ni par les personnes qui ont traité avec eux, car cette action n'est établie qu'en faveur des mineurs (art. 1125), ni par leurs coobligés ou cautions (art. 1208 et 2012), ni par leurs consorts en cas d'obligation indivisible (3).

L'action en rescision est donnée aux mineurs contre toutes personnes, même contre un autre mineur (4), car entre deux personnes également favorables, on doit préférer celle qui a éprouvé un préjudice. Si la rescision lèse le mineur contre qui elle est demandée, on a proposé de répartir la perte par moitié entre les deux mineurs (5). Mais tout ce qu'on peut dire c'est que le juge devra forcément s'inspirer, pour la répartition à faire, des règles de l'équité (6).

207. Dans tous les cas, pour que la lésion soit une cause de rescision, il faut qu'elle puisse être attribuée à la personne qui a traité avec le mineur.

C'est pourquoi :

(1) *Rapport de* JAUBERT *au Tribunat;* LOCRÉ, t. XII, n° 61.
(2) Voy. Dijon, 12 avr. 1880, S. 82, 2, 213 et tous les auteurs.
(3) AUBRY et RAU, § 335, note 15 ; LAURENT, t. XVIII, n° 542.
(4) L. 11, § 6; L. 34, D. *4, 4, De min.*
(5) LAURENT, t. XVIII, n° 545.
(6) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 270 *bis* XXIII.

ART. 1306. Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un événement casuel et imprévu (*).

Il peut néanmoins se faire que l'événement soit prévu, tout en étant casuel, et qu'il n'y ait pas lieu à rescision quoique cet événement cause au mineur une lésion appréciable. Il en sera ainsi dans les contrats aléatoires, pourvu que le contrat ne soit pas par lui-même une cause de lésion (1).

Du reste, la question de savoir si le mineur a été ou non lésé soulève seulement une difficulté de fait dont l'appréciation échappe à la censure de la Cour de cassation (2).

208. Lorsque le mineur, émancipé ou non émancipé, se trouve dans le cas d'exercer l'action en rescision, on ne pourra lui opposer qu'il s'est rendu irrecevable en prenant spontanément ou en acceptant, dans l'acte attaqué, la qualification de majeur.

ART. 1307. La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution (**).

Il s'agit d'une déclaration faite sans intention ni manœuvres frauduleuses, et se traduisant en définitive par un simple mensonge qui ne saurait constituer un délit civil. Si malgré cette déclaration le mineur demande la restitution, le défendeur sera admis à prouver que la déclaration de majorité a été faite pour le tromper. Les mêmes règles sont applicables à tous les incapables, à la femme mariée se déclarant fille, au prodigue et à l'interdit se déclarant maîtres de leurs droits (3). Sauf les cas de fraude, de pareilles déclarations, qu'il serait d'ailleurs trop facile d'obtenir, ne sauraient

(*) Art. 1306. — L. 11, § 3, 4, 5; L. 24, § 1 ; L. 44, D. 4, 4, *De minor.*; L. 116, § 1, 50, 17, *De diver. reg. jur.*

(**) Art. 1307. — L. 1, 2, 3, C. 2, 43, *Si minor se major. dixerit.*

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1306, n° 2.

(2) Cass. 24 avr. 1861, D. 61, 1, 256 ; Lyon, 14 déc. 1889, *Monit. jud. Lyon* du 27 fév. 1890.

(3) Paris, 6 nov. 1866, S. 67, 2, 294.

modifier les conséquences légales de la minorité ou de l'incapacité.

209. Il en serait autrement de l'exercice de certaines professions :

ART. 1308. Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art.

Il s'agit d'un mineur autorisé à faire le commerce ou d'un mineur artisan qui s'établit comme maître. Il fallait bien le présumer capable de contracter des engagements à raison de son industrie, autrement personne n'aurait voulu traiter avec lui.

De même :

ART. 1309. Le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (*).

C'est une conséquence de la capacité reconnue au mineur quand il est *habile à contracter mariage*, ainsi que s'exprime l'art. 1398, sous lequel nous donnerons les explications que comporte l'hypothèse.

Enfin,

ART. 1310. Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit (**).

Cette disposition est également applicable à l'interdit ayant agi dans un intervalle lucide et à la femme mariée. Il importe peu que l'incapable soit l'auteur direct du fait dommageable, ou qu'il ait simplement prêté son concours à l'auteur.

Il s'agit non seulement des délits ou quasi-délits commis en dehors de tout contrat (art. 1370), tels que : dommages à la propriété, voies de fait, etc., mais encore de ceux qui ont été perpétrés, soit à l'occasion d'un contrat préexistant, par

(*) Art. 1309. — L. 9, § 1 ; L. 48, § 2, D. 4, 4, *De min.;* L. unic., C. 2, 34, *Si adv. dot.*

(**) Art. 1310. — L. 3, § 1, 2 ; L. 38, D. 4, 4, *De min.;* L. 1, 2, C. 2, 35, *Si adv. delict.*

exemple sur une chose prêtée ou déposée, soit en vue d'un contrat à conclure, au moyen, par exemple, de la violence ou du dol. Cependant il ne faut rien exagérer ; on ne pourrait considérer comme constituant un délit ou un quasi-délit de nature à neutraliser son action en rescision, en l'obligeant à réparer le dommage causé, la simple allégation de la part du mineur de ce qu'on appelle une fausse cause servant de prétexte à la souscription d'un billet ordre (1).

Le mineur ne sera pas non plus restituable à l'égard des engagements nés, à sa charge, en dehors de toute convention et de tout fait à lui personnel, et provenant d'une gestion utile, par un tiers, de ses propres affaires.

Il ne pourrait pas davantage se faire restituer et se prévaloir de sa qualité de mineur quand il s'est enrichi aux dépens du patrimoine d'autrui; il demeure alors tenu à concurrence de son enrichissement (art. 1241, 1312).

Enfin le mineur est naturellement obligé de supporter toutes les servitudes légales quand même elles seraient préjudiciables pour lui (art. 641), car nul ne peut se soustraire à l'application de la loi générale.

§ 3. — Règles spéciales concernant le mineur non émancipé et le mineur émancipé.

210. — Distinction à établir; cas où le mineur non émancipé a agi seul.
211. — *Quid* si l'acte a été fait par le tuteur seul, ou par le tuteur et le mineur?
212. — Actes des mineurs émancipés.
213. — De la ratification en majorité, art. 1311.
214. — Ce que l'incapable a reçu à l'occasion d'un acte annulé n'est pas restituable, art. 1312. — Exceptions.

(1) Cass. 19 fév. 1856, S. 56, 1, 301 ; Comp. AUBRY et RAU, § 335, note 22 ; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 115; LAURENT, t. XVIII, n° 546.

215. — De la lésion subie par les majeurs, art. 1313. — Quand les formalités voulues sont observées, l'acte du mineur est assimilé à l'acte du majeur, art. 1314.

210. Nous venons d'indiquer les conditions générales auxquelles se trouve subordonnée toute action en rescision intéressant des mineurs émancipés ou non, et les restrictions que la matière comporte.

Voyons maintenant les règles particulières auxquelles sont soumis à cet égard, d'abord les mineurs non émancipés, et ensuite les mineurs émancipés.

En ce qui concerne les mineurs non émancipés, il faut distinguer suivant que l'acte envisagé a été fait par le mineur seul, ou par le tuteur seul, ou, ce qui revient au même, par le mineur assisté de son tuteur.

Supposons d'abord que le mineur a fait lui-même et seul un acte que son tuteur aurait pu faire sans remplir aucune formalité, par exemple un bail. En ce cas l'acte est rescindable seulement pour cause de lésion.

On a soutenu (1) et même jugé (2) que les actes ainsi passés étaient nuls pour cause d'incapacité en vertu de l'article 1108, et nuls pour défaut de formes, à raison de l'absence du tuteur (arg. art. 1311). — Mais cette opinion est aujourd'hui généralement abandonnée. Il est certain que le législateur a entendu consacrer la maxime : *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Les déclarations faites tant dans l'exposé des motifs sur l'art. 1305, qu'au Tribunat, ne laissent aucun doute sur ce point (3). Il faut d'ailleurs remarquer que tous les textes par lesquels la loi accorde ou n'accorde pas au mineur l'action en rescision supposent que le mineur a agi seul (Voy. art. 1306 à 1309).

(1) Notamment TOULLIER, t. VI, n° 106; t. VII, n°s 527 et 573.
(2) Bastia, 12 juin 1855, S. 55, 2, 670.
(3) LOCRÉ, *Leg.*, t. XII, n°s 61, 174.

Enfin, l'art. 502 semble lever toute difficulté. En effet, après avoir assimilé dans l'art. 509 les interdits aux mineurs pour leur personne et leurs biens, les rédacteurs du Code civil ont cru devoir, néanmoins, déclarer dans l'art. 502 la nullité des actes faits par les interdits. Pourquoi? C'est que les actes dont il s'agit faits par les mineurs seuls ne sont pas sujets à nullité (1), mais seulement rescindables pour cause de lésion.

211. Si l'acte a été fait par le tuteur représentant le mineur, ou par le mineur et le tuteur agissant ensemble, quelle que soit, dans cette dernière hypothèse, la qualification donnée à l'intervention du tuteur, qu'on l'appelle assistance, autorisation ou autrement, cela importe peu; la personne du mineur est absorbée par celle de son représentant (2). L'acte est alors pleinement valable et inattaquable pour cause de lésion, s'il est du nombre de ceux que le tuteur peut faire seul, sans aucune formalité spéciale. Il en sera de même pour les actes soumis par la loi à l'observation de certaines formalités particulières, quand ces formalités auront été remplies (art. 1314).

Si, dans le même cas, les formalités requises n'ont pas été observées, l'acte sera annulable pour défaut de formes, indépendamment de toute lésion (3). A plus forte raison en sera-t-il de même si l'acte a été fait par le mineur seul.

212. En ce qui touche les mineurs émancipés, il faut distinguer entre les actes qu'ils peuvent faire seuls, les actes qu'ils ne peuvent accomplir qu'avec l'assistance de leur cu-

(1) Nancy, 12 janv. 1875, S. 75, 2, 52 et la note; AUBRY et RAU, § 335, texte et note 9; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 270 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 93; LAURENT, t XVI, n°s 45 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1158.

(2) Cass. 24 avr. 1861, S. 61, 1, 626.

(3) Voy. DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 97; LAURENT, t. XVI, n° 44; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1157; Cass. 7 mars 1876, D. 77, 1, 260.

rateur, et les actes qui sont soumis par la loi à certaines formalités.

D'après l'art. 1305 : « la simple lésion donne lieu à la rescision en faveur du mineur émancipé, contre toutes les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. » Donc les actes de pure administration, actes que le mineur émancipé a le pouvoir d'accomplir seul, ne peuvent jamais donner lieu à la rescision, excepté dans le cas où l'action en rescision serait accordée à un majeur (art. 481). Toutefois ces actes pourraient donner lieu à une action en réduction en cas d'excès (art. 484. — Voy. t. III, nos 483, 484, 493).

Pour les actes que les mineurs émancipés ne peuvent accomplir qu'avec l'assistance de leur curateur, il faut distinguer :

Ont-ils été accomplis avec cette assistance, ces actes ne sont pas plus rescindables que ceux qui ont été passés par le tuteur au nom du mineur non émancipé. Ont-ils été accomplis sans cette assistance, les mineurs émancipés ont alors droit à l'action en rescision pour cause de lésion, mais non à l'action en nullité (1).

Quand il s'agit d'actes pour lesquels la loi exige certaines formalités, telles que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (art. 483, 484), il y aura nullité indépendamment de toute lésion, si les formalités voulues n'ont pas été remplies. Dans le cas contraire l'acte sera inattaquable (2).

213. Le mineur peut donc recourir, suivant les cas :

Soit à une action en nullité,

Soit à une action en rescision,

Soit à une action en réduction.

(1) Paris, 18 juill. 1864, S. 64, 2, 290.

(2) Voy. LAURENT, t. XVI, nos 56, 57; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 1159.

Mais :

ART. 1311. Il n'est plus recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il l'a ratifié en majorité, soit que cet engagement fût nul en sa forme, soit qu'il fût seulement sujet à restitution (*).

Cette disposition ne concerne pas les conventions inexistantes à raison de l'omission d'une des formalités requises pour leur existence même. Il s'agit uniquement des engagements rescindables ou nuls en la forme par suite du défaut des formalités spéciales protectrices de la minorité. Les actes passés sans ces formalités peuvent être ratifiés par le mineur et leur vice peut disparaître par l'effet de la prescription décennale.

La confirmation peut avoir lieu expressément ou tacitement conformément aux art. 1338 à 1340 qui renferment les règles générales applicables à la matière (1). Mais dans aucun cas la confirmation ne pourra préjudicier aux droits réels acquis par des tiers. Ainsi un individu a concédé une hypothèque pendant qu'il était mineur; plus tard, étant devenu majeur, il constitue au profit d'un autre créancier, une nouvelle hypothèque sur le même immeuble. La confirmation qu'il pourra effectuer, postérieurement, de l'hypothèque consentie en minorité ne nuira pas aux droits acquis au deuxième créancier qui conservera une hypothèque primant l'hypothèque ratifiée (2).

Lorsque le mineur a deux actions, l'une en nullité, l'autre en rescision, la renonciation à l'une n'entraine pas la renonciation à l'autre. Cela est certain pour les cas de renonciation expresse. Mais en fait il pourra y avoir quelques doutes pour les cas de renonciation tacite résultant de l'exécution volon-

(*) Art. 1311. — L. 3 § 1, 2; L. 38, D. 4, 4, *De minor.*; L. 1, 2, C. 2, 46, *Si major. fac.*

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 639.

(2) LAURENT, t. XVIII, n° 664.

taire de l'acte envisagé. Le plus souvent une telle exécution fera disparaître à la fois toutes les actions qui pouvaient être intentées contre l'acte. Néanmoins on peut concevoir que celui qui a deux actions à son service ne connaisse l'existence que d'une seule, et par conséquent n'entende renoncer qu'à celle-là en exécutant l'acte.

214. La confirmation ou ratification sera opposée comme fin de non-recevoir à l'exercice d'une action en nullité ou en rescision intentée du chef d'un mineur ou d'un autre incapable.

Si la fin de non-recevoir est admise, l'acte attaqué deviendra inattaquable; il sera considéré comme n'ayant jamais été entaché d'aucun vice.

Si la fin de non-recevoir est rejetée, il faudra examiner le fond, et si le fondement de l'action est établi, le demandeur obtiendra gain de cause.

Mais

ART. 1312. Lorsque les mineurs, les interdits ou les femmes mariées sont admis, en ces qualités, à se faire restituer contre leurs engagements, le remboursement de ce qui aurait été, en conséquence de ces engagements, payé pendant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ne peut en être exigé, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à leur profit (*).

S'il en était autrement le but de la loi serait manqué, et les incapables demeureraient lésés par suite de l'obligation de supporter sur leur patrimoine le remboursement des valeurs qu'ils auraient inutilement dépensées.

Pour que l'art. 1312 reçoive son application, il faut :

1° Que l'incapable soit restitué à raison de son incapacité, et non pour cause d'erreur, de dol, de violence ou de lésion;

2° Qu'il s'agisse de valeurs payées durant la minorité, l'interdiction ou le mariage, ce qui aurait été payé à l'intéressé devenu ou redevenu capable devrait être restitué.

Les incapables doivent rembourser ce qui leur a été payé

(*) Art. 1312. — L. 24, § 1; L. 27, § 1, D. 4, 4, *De minor.*; L. 1, C. 2, 48, *De reput.*; L. 206, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*

et a tourné à leur profit, car ils ne peuvent s'enrichir aux dépens d'autrui. C'est à celui qui a traité avec l'incapable à prouver que tout ou partie des valeurs payées entre ses mains a tourné à son profit. Les juges apprécieront d'après les circonstances, et en se reportant au moment où l'action a été intentée et non au moment du contrat, si le paiement a tourné au profit de l'incapable.

Ainsi, par application des règles ci-dessus, le mineur qui a souscrit un billet dont il a reçu le montant, devra la restitution de la somme reçue, s'il est prouvé qu'elle a tourné à son profit, en servant, par exemple, à éteindre des dettes valables dont il était tenu, ou à pourvoir à sa nourriture, à son habitation, etc.

La femme mariée, non séparée de corps, qui s'est obligée sans autorisation maritale, oblige valablement la communauté si cette dernière a profité de la dite obligation.

L'art. 1312 ne mentionne pas le prodigue. Il a été jugé que celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas fondé à prétendre qu'il ne peut être tenu que du montant de ce dont il a profité par suite des opérations par lui arguées de nullité (1). Mais cette décision est peu conforme à la théorie générale des actions en nullité (Voy. t. III, n° 555).

L'annulation ou la rescision doivent réfléchir contre les tiers à qui les parties auraient attribué des droits sur les choses faisant l'objet du contrat annulé ou rescindé.

215. Nous avons souvent remarqué que la lésion, indépendamment des cas de minorité, n'est une cause de rescision que dans les hypothèses limitativement visées par la loi :

ART. 1313. Les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimés dans le présent Code (*).

(*) Art. 1313. — *Vid. tot. titul.*, D. 4, 6, *Ex quib. caus.*

(1) Bruxelles, 29 janv. 1855, *Pas.*, 55, 2, 401.

Enfin, dans le but d'assurer la stabilité de certains actes faits par les incapables, la loi décide que :

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

Quoique le texte ne parle que des mineurs et interdits il est applicable aux autres incapables, et s'adresse à toutes les hypothèses où les formalités spéciales exigées par la loi ont été remplies ; par exemple aux actes d'emprunt, d'hypothèque, de transaction, d'acceptation de donation ou de succession (1).

(1) BELTJENS, *Encyclop.*, sur l'art. 1314, n° 2.

CHAPITRE VI.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT.

Généralités.

216. — Notion de la preuve.
217. — Diverses espèces de preuve; leur champ d'application.
218. — Qui doit porter le fardeau de la preuve, art. 1315.
219. — Application au contrat d'assurances en cas de suicide de l'assuré;
220. — A la solidarité;
221. — Au louage de services.
222. — Pourquoi la règle générale de l'art. 1315 semble-t-elle reproduite dans certains textes spéciaux. — Des pouvoirs du juge.
223. — Sur quoi doit porter la preuve.
224. — Transition, art. 1316.

216. On appelle *preuve* une démonstration de la vérité suffisante pour procurer la *certitude*.

Une telle démonstration avec un tel résultat se rencontre uniquement dans l'ordre des faits mathématiques.

Quand il s'agit de terminer un procès, la principale tâche du juge consiste à se livrer, en vue de la sentence qu'il doit rendre, à l'examen du point de fait que présente le procès, et à se laisser juridiquement convaincre de la vérité des circonstances exposées par les parties en tant qu'elles ont quelque importance pour la décision à intervenir. C'est en principe l'affaire des parties de procurer au juge cette conviction (1), qui demeure distincte de la certitude.

Ce sont les divers procédés ayant pour effet de procurer au juge cette conviction qui, en droit, portent le nom de *preuves*.

Ce sont les parties, avons-nous dit, qui doivent, en principe,

(1) MAREZOLL, *loc. cit.*, § 58.

procurer au juge la conviction qui lui est nécessaire pour rendre sa sentence. Le juge peut néanmoins décider en vertu de son expérience personnelle lorsqu'il aura procédé à une *descente sur les lieux*, ou qu'il aura fait faire une *expertise*, qui est le complément de l'expérience personnelle.

Sauf ces deux cas les juges ne peuvent recueillir eux-mêmes des renseignements au moyen d'investigations personnelles en dehors de l'audience et du contrôle des parties (1). Les juges ne peuvent fonder leur conviction que sur des preuves administrées suivant les formes de procédure et d'instruction tracées par la loi, à moins qu'il soit établi que les parties intéressées y ont renoncé (2) et pouvaient y renoncer.

Quelles sont ces preuves?

217. On distingue entre les preuves *simples* et les preuves *préconstituées*.

On range parmi les preuves simples :

La preuve testimoniale,

L'aveu et le serment décisoire,

L'affirmation du demandeur et le serment supplétoire.

Il faut considérer comme preuves préconstituées :

L'écrit sous seing privé,

Le titre authentique,

Les registres des marchands.

Il y a cependant certains faits qui n'ont pas besoin de preuves spéciales et qui donnent lieu à ce qu'on appelle des *présomptions*. Ils sont *présumés* en vertu de quelque disposition générale de la loi, de telle sorte qu'ils sont réputés vrais et prouvés en faveur de celui qui les invoque, jusqu'à ce que l'adversaire démontre qu'ils ne sont pas vrais dans le cas présent (*in concreto*). Quelquefois, mais pas toujours, la

(1) Cass. 8 janv. 1890, S. 90, 1, 409.

(2) Cass. 26 juill. 1887, S. 90, 1, 375; Cass. 25 mai 1886, S. 89, 1, 424.

faculté de prouver le contraire est légalement interdite d'avance.

Malgré les termes en apparence restrictifs de notre rubrique, tout le monde est d'accord pour reconnaître que les règles contenues dans notre chapitre sont générales et s'appliquent à la preuve de tous les faits qui engendrent, modifient ou détruisent un droit, qu'il s'agisse d'un droit de créance ou d'un droit réel. Ces règles concernent donc les droits relatifs au patrimoine. Quant aux droits de famille, la preuve ne peut en être administrée que par les modes expressément autorisés ou prescrits pour chacun d'eux dans le livre I du Code civil, ainsi que nous l'avons déjà vu pour l'état civil, la filiation, la qualité d'époux, l'émancipation, etc.

218. La première question à résoudre est maintenant de savoir à la charge de qui doit être mis le fardeau de la preuve?

C'est naturellement à la charge de celui qui prétend modifier à son profit une situation déjà existante, à celui qui allègue un fait nouveau contraire à la position acquise de l'adversaire (1). C'est ce qu'on exprimait autrefois par la maxime : *Onus probandi incumbit actori.*

Si celui contre qui une allégation est produite, se borne à la repousser, par une dénégation, sans formuler une autre allégation, il n'a évidemment aucune preuve à faire : *Onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat.* Mais s'il oppose à titre de défense un fait contraire à la situation que l'adversaire a déjà démontrée être la sienne il devra prouver ce fait : *reus excipiendo fit actor.*

Il importe peu, dans tous les cas, que le fait allégué ait un caractère *négatif* ou *positif*, car tout fait négatif peut être ramené à un fait positif différent ou contraire (Voy. t. VII, n° 86), et la partie qui ayant la preuve à sa charge ne parvient pas à la fournir doit succomber dans l'instance.

(1) Voy. BONNIER, *Traité des preuves*, n° 35.

Tels sont les principes que le Code a voulu résumer comme suit :

ART. 1315. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. — Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation (*).

Plus généralement, c'est à celui qui verse un fait nouveau dans le dialogue judiciaire aux fins d'en tirer certaines conséquences, à produire la preuve de ce fait s'il est dénié par l'adversaire; il s'est véritablement porté demandeur quant au fait allégué.

S'il est facile de comprendre la règle, il n'est pas toujours aisé de l'appliquer.

Il y a d'abord des cas où chacune des parties est en même temps demanderesse et défenderesse; c'est ce qui a lieu dans l'action en bornage; l'obligation de prouver s'impose alors à l'une et à l'autre (1).

La difficulté provient quelquefois de ce que la réclamation du demandeur implique qu'il a déjà reçu une satisfaction partielle. Ainsi un commanditaire est assigné en versement du solde de sa commandite; il devra, pour échapper à la condamnation, justifier du versement intégral; il ne pourra pas dire au demandeur : vous alléguez n'avoir été payé qu'en partie, prouvez que vous n'avez en effet reçu qu'un paiement partiel (2).

219. D'autres fois les juges, en considérant *a priori* comme *présumée* la circonstance qui précisément devrait faire l'objet d'une démonstration directe, arrivent à un véritable renversement de la preuve. On en trouve un exemple bien connu dans la matière des assurances sur la vie : une clause de la police d'assurances stipule que l'engagement de l'assureur sera nul au cas de suicide de l'assuré. Il demeure entendu

(*) Art. 1315. — L. 1, C. 4, 19, *De probat.*
(1) Bruxelles, 11 janv. 1888, S. 89, 4, 23.
(2) Cass. 4 janv. 1887, S. 90, 1, 387.

qu'il s'agit seulement d'un suicide volontaire et conscient, et que le fait du suicide ne saurait à lui seul faire présumer l'inconscience ou la folie.

Or on se demande si c'est à l'assureur, qui se prétend libéré par le suicide, à prouver que le suicide a été volontaire et conscient de la part de l'assuré, ou aux bénéficiaires de l'assurance à établir que le suicide a été le résultat d'un acte inconscient.

L'opinion dominante met à la charge de l'assureur la preuve que le suicide a été volontaire (1). Mais cela paraît contraire à la façon dont se produit le dialogue judiciaire dont nous avons parlé.

Ce sont les bénéficiaires de l'assurance qui réclament; ils disent à l'assureur :

L'assuré est mort; nous prouvons le décès; il faut payer.

Non, répond l'assureur; il y a eu suicide; je le prouve, donc je suis libéré.

Mais réplique le demandeur, je soutiens que le suicide dont il s'agit a été *inconscient!*...

Le demandeur alléguant un fait devant avoir pour résultat de modifier la situation acquise des parties, doit le prouver. Il serait oiseux de prétendre que les parties ont voulu se servir du langage métaphysique d'après lequel il n'y a véritablement suicide que de la part d'un être conscient. Elles ont employé le langage usuel qui, laissant de côté la question d'imputabilité, appelle *suicide*, le fait de se donner soi-même la mort.

220. Les juges commettent quelquefois une erreur inverse, en obligeant une partie à faire une preuve qu'elle ne doit pas. Un arrêt avait refusé d'admettre le recours d'un codébiteur qui avait payé, sous le prétexte que celui-ci n'établissait pas que la dette solidaire n'avait pas pour origine une opé-

(1) Cass. 3 août 1876, S. 77, 1, 25; Paris, 16 juill. 1892, S. 92, 2, 199.

ration conclue dans son seul intérêt. Cet arrêt a été justement cassé (1).

La question de savoir à qui incombe la preuve peut encore être diversement résolue suivant que le juge sera porté à rattacher le fait à prouver à la matière des obligations conventionnelles ou à celle des obligations délictuelles.

221. On se demande, par exemple, en cas d'accident survenu dans l'exercice d'un contrat de louage de services, si c'est à l'ouvrier victime de l'accident à prouver la faute du patron, ou bien si cette faute ne doit pas être présumée, sauf la preuve contraire? Sur ce point, la jurisprudence française persiste à appliquer à la responsabilité du patron les règles de la responsabilité délictuelle, et met à la charge de l'ouvrier l'obligation de prouver la faute imputable au patron, en vertu de l'art. 1382, absolument comme s'il n'était intervenu aucun contrat entre les parties (2). — La jurisprudence belge, au contraire, incline à voir dans la responsabilité dont il s'agit, une responsabilité contractuelle soumise aux règles générales des art. 1135 et 1136 (3). — Rien de plus légitime en effet que d'appliquer les règles des contrats aux rapports résultant des contrats. Or, par une singulière équivoque les économistes appellent ce dernier système : le système de l'*interversion* ou du *renversement* de la preuve (4)!

222. La règle générale de l'art. 1315, qui met la preuve d'un fait à la charge du débiteur qui l'allègue, semble répétée fort inutilement dans d'autres textes du Code. Il n'en est rien cependant; ainsi lorsque l'art. 1302 déclare que : « le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue », ce

(1) Cass. 29 oct. 1890, S. 91, 1, 305.

(2) Cass. 31 mai 1886, S. 87, 1, 209; Orléans, 20 déc. 1888, S. 90, 2, 14.

(3) Cass. Belge, 8 janv. 1886, S. 86, 4, 25, note de M. LABBÉ.

(4) C'est ce qu'on a vu notamment dans le *troisième congrès intern. des accidents du travail*, tenu à Milan, en 1893.

n'est pas pour déclarer que, dans un litige sur ce point, c'est lui qui doit porter le fardeau de la preuve, mais c'est pour faire connaître que cette preuve doit être faite en conformité des règles générales sur la matière et qu'il n'y a pas d'hypothèses dans lesquelles le cas fortuit soit présumé. C'est dans le même sens que l'art. 1116 déclare que le dol ne se présume pas et doit être prouvé; le but de la loi n'est pas, en effet, d'écarter les présomptions comme mode de preuve (1).

Mais les juges n'ont jamais le droit, en l'absence d'une disposition formelle de loi, de considérer un fait comme présumé, de manière à dispenser une partie de la preuve directe, et à rejeter arbitrairement sur la partie adverse, le fardeau de la preuve contraire. Quelque favorable que paraisse l'hypothèse, ils doivent toujours laisser à la charge de celui qui allègue un fait, la preuve directe de ce fait, sauf à admettre les présomptions, si la matière le comporte. Il est par conséquent difficile d'approuver une décision d'après laquelle la mention : *autorisé le....* inscrite sur une délibération par laquelle le conseil d'une ville donnait aux consuls certains pouvoirs, avait pu être considérée comme faisant présumer, jusqu'à preuve contraire, que la délibération avait été revêtue de la signature du souverain exigée par la législation en vigueur (2).

Il n'appartient pas aux juges, en effet, de *créer* des présomptions; ils peuvent seulement constater, après emploi des modes légaux de preuve, l'existence des situations auxquelles la loi elle-même a attaché une présomption. Ainsi le jugement rendu au possessoire en faveur d'une partie, établit une situation d'où résultera, d'après la loi, une présomption de propriété, mais ce n'est pas le jugement qui *crée* cette pré-

(1) Cass. 28 août 1877, S. 78, 1, 270.
(2) Cass. 21 août 1877, D. 78, 1, 424.

somption ainsi que le disent improprement certains arrêts (1).

223. La preuve d'un fait doit porter sur tous les éléments constitutifs de ce fait, concourant à lui donner le caractère par lequel il doit influer sur la décision à rendre. Par conséquent, celui qui se prétend créancier doit prouver non seulement l'existence d'un droit de créance, mais encore en établir le chiffre, et un jugement condamnant au paiement d'une certaine somme doit constater que cette double preuve a été rapportée (2). Par conséquent encore celui qui prétend devoir être libéré par le paiement d'un solde, doit justifier des paiements antérieurs qu'il soutient avoir faits (3). De même, en matière de droits réels, celui qui réclame le délaissement d'une parcelle de terrain, déterminée par sa dimension et sa situation comme devant faire partie de son domaine, doit prouver son droit de propriété et établir que le déficit de contenance que présenterait son domaine, si la parcelle litigieuse n'y était pas réunie, est imputable au défendeur; il ne lui suffirait pas d'établir que son héritage n'a pas la contenance indiquée par son titre (4).

La preuve aura quelquefois pour but de faire apparaître le véritable caractère d'un droit plutôt que son existence. Ainsi, la reconnaissance d'une dette par acte testamentaire ne vaudra que comme libéralité, si celui au profit de qui elle est faite ne prouve pas l'existence de la dette (5).

Le *champ de la preuve* devra être déterminé d'après les observations qui précèdent, en tenant compte, pour chaque affaire, de la nature de la demande et de la plus ou moins grande complexité du fait à prouver.

(1) Grenoble, 13 fév. 1891, S. 93, 2, 221.
(2) Cass. 25 mai 1892, S. 92, 1, 520.
(3) Cass. 16 juin 1884, D. 85, 1, 161.
(4) Cass. 1er juill. 1893, S. 93, 1, 508.
(5) Cass. 27 mai 1887, S. 89, 1, 426.

Si la preuve n'est pas faite, la prétention reposant sur le fait allégué et non prouvé, ou insuffisamment prouvé, doit être écartée : *actore non probante, reus absolvitur*.

224. La loi a cru nécessaire de consacrer un article de transition à l'énumération des divers modes de preuve :

ART. 1316. Les règles qui concernent la preuve littérale, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu de la partie et le serment, sont expliquées dans les sections suivantes.

Ce qui concerne les visites des lieux et les expertises est réglé par les art. 41 à 43, 295 à 323, C. pr. civ.

SECTION PREMIÈRE.

De la preuve littérale.

§ 1er. — Du titre authentique.

225. — Que faut-il pour qu'un acte soit authentique, art. 1317?
226. — En quelle langue doit être rédigé l'acte authentique passé en France ou dans les colonies.
227. — L'écrit nul comme acte authentique, peut valoir comme sous seing privé, art. 1318.
228. — Force probante de l'acte authentique, art. 1319.
229. — Force exécutoire de l'acte authentique.
230. — Suite. De l'inscription de faux et de ses effets.
231. — Valeur probante des clauses simplement énonciatrices insérées dans un acte soit authentique, soit privé, art. 1320.
232. — Des contre-lettres, art. 1321; leur effet à l'égard des parties; à l'égard du fisc;
233. — A l'égard des tiers, notamment des créanciers chirographaires.
234. — Suite. Force probante des contre-lettres.
235. — Restrictions apportées à l'art. 1321, soit par application de l'art. 2279, soit par application de la loi du 23 mars 1875.

225. La preuve littérale peut résulter de toute espèce d'écrits, qu'ils aient été ou non, au moment de leur rédaction, destinés à constater un fait juridique.

Cette preuve est *préconstituée* quand l'écrit, alors appelé

acte ou *titre*, a été spécialement rédigé pour fournir une preuve.

Il existe des officiers publics ayant reçu mission d'apposer le mandat de réquisition de la force publique sur les actes passés entre particuliers, et en même temps de garder les minutes des actes de toute sorte.

Notre paragraphe s'occupe uniquement de l'acte authentique destiné à constater les conventions, c'est-à-dire de l'acte extrajudiciaire qui a pour but, dans l'ordre des intérêts privés, de faire preuve des droits réels et des droits de créance (1).

C'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour apprécier la portée de la définition suivante :

ART. 1317. L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Ce sont principalement les notaires qui reçoivent les actes auxquels les parties intéressées veulent ou doivent donner l'authenticité. A côté des notaires il y a les officiers de l'état civil, les greffiers, les huissiers et certains fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire. Ainsi les juges de paix, assistés de leur greffier, sont chargés de donner l'authenticité à certains actes juridiques (art. 353, 363, 477, 416, 70, 71, 155). De même, les actes administratifs accomplis par des fonctionnaires publics dans les limites de leur compétence constituent des actes publics faisant foi de leurs énonciations.

Nous n'avons à nous occuper spécialement que des notaires, lesquels ont une compétence générale et peuvent recevoir tous les actes pour lesquels la loi n'a pas spécialement et exclusivement désigné d'autres officiers. « Les notaires, dit l'art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI, sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes ou contrats aux-

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1180.

quels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique. »

A raison de l'exercice de cette fonction, les notaires sont soumis à une responsabilité spéciale. Mais ils peuvent, en outre, être déclarés responsables des fautes par eux commises soit comme mandataires, soit comme conseils des parties (1).

Pour qu'un acte soit authentique, il faut :

1° Que cet acte ait été dressé par un officier public, non suspendu de ses fonctions par mesure disciplinaire (L. 25 ventôse an XI, art. 52 et 68), et compétent sous le double rapport du lieu où il a instrumenté et de la nature de l'acte;

2° Que l'acte ait été reçu avec les solennités prescrites par la loi (Voy. L. 25 ventôse an XI, art. 8 et suiv., et 68; L. 21 juin 1843; Comp. t. VI, nos 83 et suiv.);

3° Que l'acte n'ait pas intéressé le notaire personnellement, ou l'un de ses parents ou alliés au degré prohibé (L. de ventôse an XI, art. 8, 10, 68).

226. Faut-il encore que l'acte soit rédigé en langue française? Nous avons déjà traité la question à propos des testaments et donations (Voy. t. V, n° 289). Nous devons dire cependant que, dans certaines colonies, et en vertu des lois spéciales qui y ont organisé le notariat, les actes peuvent être rédigés dans l'idiome local, avec intervention d'un interprète. Ces lois ne peuvent évidemment porter aucune atteinte à la validité des contrats régulièrement passés avant leur promulgation. Mais, en tant qu'elles modifient les formes testamentaires, elles sont applicables aux testaments faits antérieurement (Voy. t. I, nos 72, 73).

Pour l'Algérie, l'exercice du notariat est réglé par divers décrets ou arrêtés qui présentent les dispositions suivantes :

D'après l'art. 16 de l'arrêté du 30 décembre 1842, toutes les fois qu'une personne ne parlant pas la langue française

(1) Cass. 18 janv. 1891, S. 92, 1, 255.

sera partie ou témoin dans un acte, le notaire devra être, en outre, assisté d'un interprète assermenté, qui expliquera l'objet de la convention, avant toute écriture, expliquera de nouveau l'acte rédigé et signera comme témoin additionnel. Les signatures qui ne seraient pas écrites en caractères français seront traduites en français, et la traduction en sera certifiée et signée au pied de l'acte par l'interprète.

D'après l'art. 17 les actes seront écrits en langue française, et mentionneront, le cas échéant, l'accomplissement des interprétations prescrites par l'article précédent. Les notaires sont encore tenus d'annexer aux actes par eux reçus l'original ou, en tout cas, la traduction certifiée par un interprète assermenté et signé des parties, des actes émanés des officiers publics indigènes, ou de tous fonctionnaires étrangers, et auxquels les nouvelles conventions se réfèreraient. Le contenu des dites pièces devra être, en outre, mentionné sommairement dans l'acte auquel elles seront annexées (art. 18).

Nous devons encore faire remarquer que dans les villes du littoral où sont établis des commissariats civils et pour lesquelles il n'existe pas de notaires, les secrétaires des commissariats en rempliront les fonctions. Mais les actes par eux rédigés vaudront seulement comme écritures privées (art. 57). Les commandants de place dans les postes de guerre n'ont pas qualité pour dresser des actes notariés (1).

Pour les Antilles, le décret des 16 juillet et 12 novembre 1878 contient une disposition aux termes de laquelle :

« Toutes les fois qu'une personne ne parlant pas la langue française sera partie ou témoin dans un acte passé devant un notaire de la Guadeloupe ou de la Martinique, le notaire devra être assisté d'un interprète assermenté, qui expliquera

(1) Alger, 13 juill. 1875, D. 78, 2, 213 ; Alger, 21 mai 1875, D. 77, 2, 197.

l'objet de la convention avant toute écriture, expliquera de nouveau l'acte rédigé et signera comme témoin additionnel. Les signatures qui ne seraient pas écrites en caractères français, seront transcrites en français et la transcription en sera certifiée et signée au pied de l'acte par l'interprète (art. 2). »

Un autre décret, également à la date des 16 juillet et 12 novembre 1878, contient une disposition semblable (art. 1er) pour les actes passés devant les notaires de la Guyane, du Gabon, du Sénégal, des îles Saint-Pierre et Miquelon (Conf. Décret des 30 juillet et 21 novembre 1879, art. 10), de la Cochinchine, de Mayotte, Nossi-Bé, de l'Inde, de la Nouvelle-Calédonie et des établissements français de l'Océanie.

Les notaires de la Réunion sont soumis au même régime en vertu de l'art. 11 d'un décret des 26 juin et 3 septembre 1879.

227. Quand les parties requièrent l'intervention d'un notaire pour la rédaction d'un acte, il est certain qu'elles ont voulu avoir une preuve littérale de leur convention ; mais, sauf précision contraire, il n'est pas démontré qu'elles ont entendu subordonner à la validité de la forme authentique la force probante de l'acte qui devait la constater.

Il était donc rationnel de décider que :

ART. 1318. L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties.

Il n'est pas nécessaire, pour qu'il en soit ainsi, que l'acte réunisse les conditions voulues par les art. 1325 et 1326 concernant le *bon* ou *approuvé* et le nombre des exemplaires, formalités qui, dans le cas envisagé, n'ont absolument aucune espèce de raison d'être (1).

L'art. 1318 ne vise que l'incompétence à raison du lieu. Si l'officier public était incompétent à raison de la nature de la

(1) Cass. 10 déc. 1884, D. 85, 4, 66.

convention, l'acte serait absolument inefficace et ne pourrait valoir comme écriture privée.

L'incapacité prévue par le même article se vérifie dans le cas où un notaire qui a fait un acte, d'ailleurs de sa compétence, était suspendu au moment où il a fait cet acte, ou bien encore n'avait pas le droit d'instrumenter parce que l'acte concernait un de ses proches ou parce qu'il était lui-même partie intéressée ou partie contractante. Il importerait peu dans ce dernier cas que le notaire eût figuré dans l'acte en son propre nom, ou y eût été partie sous le nom d'un tiers interposé ou prête-nom (1). Dans une certaine opinion il n'y aurait pas d'acte, et le document rédigé ne pourrait valoir comme écriture privée (2). Mais quelques auteurs reconnaissent à la partie signataire le droit de se prévaloir d'un tel document (3).

Enfin, quand l'art. 1318 parle d'un acte qui n'est pas authentique *par un défaut de formes*, il est manifeste qu'il ne s'applique pas aux contrats solennels pour lesquels la forme authentique est substantielle.

Pour que l'acte dont il s'agit vaille comme écriture privée, il doit être signé, non par toutes les parties comparantes, mais par toutes les parties contractantes.

Si toutes les parties obligées n'ont pas signé, l'acte qui ne peut valoir comme authentique ne pourra valoir comme sous seing privé, quand même la partie qui aurait dû signer serait débitrice solidaire avec celle qui a signé (4). Mais si l'acte ne peut alors servir de preuve littérale la convention n'est pas moins valable, si elle était parfaite quand l'acte a

(1) Cass. 27 nov. 1876, S. 77, 1, 109.

(2) LAURENT, t. XIX, n° 125.

(3) BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1318, n° 15; Comp. Cass. 16 fév. 1886, D. 86, 1, 159.

(4) Cass. 6 mars 1889, S. 91, 1, 292.

été rédigé. Elle pourrait être prouvée par témoins et, au besoin, l'acte signé par l'une des parties pourrait servir de commencement de preuve (1).

L'art. 1318 doit s'appliquer à tout acte qui a été signé par les parties et qui a été mis au rang des minutes du notaire. C'est ce qui a été jugé relativement à un acte qui, dressé en l'absence du notaire par le clerc d'un autre notaire et signé par les parties, avait été signé plus tard par le premier et mis par lui au rang de ses minutes (2).

Dans tous les cas, pour que l'acte nul vaille comme écriture privée et ait une force probante, il faut que la signature soit reconnue ou vérifiée, car elle ne jouit pas du privilège de l'authenticité, et demeure soumise à la règle de l'art. 1322.

228. Il en est autrement dans le cas d'un acte authentique. L'acte qui a la forme authentique fait preuve par lui-même de son authenticité.

Celui qui produit un acte authentique en apparence, n'a rien à prouver; c'est à l'adversaire à établir que l'acte n'est pas authentique :

ART. 1319. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause.—Néanmoins, en cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

L'acte authentique possède par lui-même :

1° Une force probante;

2° Une force exécutoire.

En ce qui touche la force probante, c'est une notion vulgaire, et sur laquelle il n'y a pas lieu d'insister, que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux dans l'ordre des faits que l'officier public a pour mission de constater, de

(1) LAURENT, t. XIX, nos 121, 122.

(2) Arrêt précité, Cass. 10 déc. 1884, D. 85, 1, 66; *Contrà*, LAURENT, t. XIX, n° 118.

l'exactitude matérielle de ceux qu'il y a énoncés comme les ayant accomplis par lui-même, ou comme s'étant passés en sa présence, dans l'exercice de ses fonctions, et spécialement de l'observation des formalités dont il affirme l'accomplissement (1) ; de la comparution des parties et de la date de cette comparution indépendamment de l'enregistrement qui prouve seulement que l'acte a été présenté le jour où il a été enregistré ; de la numération d'une somme faite par l'une des parties et remise à l'autre, de la sincérité de la signature des parties (2) et généralement du fait des déclarations émanées de ces dernières, mais non leur sincérité.

Le notaire, en effet, n'a pas reçu mission de constater les faits moraux dont il n'a et ne peut avoir connaissance par l'organe des sens, par exemple l'état mental ou intellectuel d'une personne, eu égard à la possibilité d'exprimer un consentement valable. Il faut en dire autant des déclarations concernant le domicile des témoins ou l'état de majorité ou de minorité d'une partie ; l'acte de naissance pourra rectifier la déclaration.

Par conséquent l'acte authentique ne fait pas pleine foi des faits que l'officier public a énoncés sur le témoignage des parties, sans avoir pu en vérifier par lui-même l'exactitude.

Les déclarations de ce genre sont tenues pour vraies, seulement jusqu'à preuve contraire (3). Ces déclarations ont eu pour but, en effet, de déterminer la situation respective des parties intéressées quant aux faits sur lesquels elles ont porté. Leur insertion dans l'acte a été le résultat d'une volonté commune. Si donc l'une d'elles prétend modifier la situation qui en dérive, en soutenant, par exemple, qu'il y a eu simulation, c'est à elle de prouver son allégation, confor-

(1) Cass. 18 fév. 1889, S. 89, 1, 161.
(2) Cass. 12 janv. 1887, S. 87, 1, 206.
(3) Cass. 6 déc. 1888, S. 90, 1, 81.

mément aux principes généraux ci-dessus formulés (1).

D'après le texte de l'art. 1319, l'acte authentique fait foi de la convention qu'il renferme, non seulement entre les parties contractantes mais encore à l'égard de leurs héritiers ou ayants-cause. Il faut aller plus loin et reconnaître que cet acte fait foi de la convention à l'égard de tout le monde. Une convention considérée comme étant un fait existe nécessairement à l'égard de tous (Voy. t. VII, n° 179).

On voit maintenant quelle est la valeur de la force probante de l'acte authentique.

Un acte de cette nature, à raison de la présomption de sincérité qui le distingue, dispense de toute preuve celui qui en est porteur. Si la partie à qui on l'oppose conteste la réalité des faits que le notaire avait mission de constater et a constatés, elle doit administrer la preuve de son allégation par la voie difficile et périlleuse de l'inscription de faux (art. 214 et suiv., C. pr. civ.). L'aveu ne pourrait être invoqué contre l'acte, et le serment ne pourrait être déféré à celui qui le produit.

Si la contestation porte uniquement sur des faits que l'officier public n'a pas vérifiés par lui-même, et a simplement déclarés d'après le témoignage des parties, celle qui conteste la vérité de ces déclarations devra établir leur fausseté par les moyens ordinaires.

Au contraire, l'acte sous seing privé n'a, par lui-même, aucune force probante. Si la personne à qui on l'oppose en dénie l'écriture, celui qui invoque un tel acte porte le fardeau de la preuve; il y aura lieu à une vérification d'écriture.

229. Puisque les actes authentiques ont une telle force probante, l'intervention de la justice n'y ajouterait rien. Ils doivent donc être exécutoires par eux-mêmes. Leur force exécutoire se présente comme une conséquence de leur

(1) Cass. 14 juill. 1874, D. 75, 1, 87.

force probante. Celui qui a une créance constatée par un acte authentique n'a pas besoin de s'adresser à la justiee pour obtenir une condamnation. Il remettra directement à un huissier la grosse de son titre et fera saisir les biens de son débiteur qui refuse de payer. Il pourra néanmoins avoir intérêt à assigner son débiteur en condamnation afin d'obtenir contre lui un jugement en vertu duquel il fera inscrire une hypothèque générale sur tous les biens de son débiteur.

Tous les actes authentiques cependant ne sont pas munis de la force exécutoire. Quoique la force exécutoire soit une conséquence ordinaire de l'authenticité, on peut cependant concevoir un acte authentique sans force exécutoire. Ainsi les procès-verbaux de conciliation dressés en conformité de l'art. 54, C. pr. civ., sont des actes authentiques faisant foi jusqu'à inscription de faux, mais n'ont pas la force exécutoire.

La force exécutoire appartient seulement aux grosses des actes notariés (L. 25 ventôse an XI, art. 19). — Elle appartient aussi aux grosses des jugements et arrêts (art. 547, C. pr. civ.). Mais à l'inverse de ce qui a lieu pour les actes notariés, on ne pourrait pas, dans notre organisation actuelle, concevoir une sentence judiciaire non munie de la force exécutoire, puisqu'il n'existe pas d'autorité supérieure instituée pour accorder cette force d'exécution par *voie parée.*

230. D'après l'art. 28 de la loi du 25 ventôse an XI : « Les actes notariés seront légalisés, savoir : ceux des notaires à la résidence des tribunaux (Cour) d'appel, lorsqu'on s'en servira hors de leur ressort ; et ceux des autres notaires lorsqu'on s'en servira hors de leur département. La légalisation sera faite par le président du tribunal de première instance, de la résidence du notaire ou du lieu où sera délivré l'acte ou l'expédition. »

La force exécutoire des actes authentiques est suspendue :

1° Dans les cas de procédure criminelle (ce que le texte

appelle : plainte en faux principal), à partir du moment où est intervenu un arrêt de mise en accusation;

2° Dans le cas de procédure civile de faux (ce qu'on appelle improprement *faux incident civil* (art. 214 et suiv., C. pr. civ.), à partir du moment où le tribunal estime convenable de suspendre l'exécution de l'acte.

La fausseté d'une pièce pouvant être la conséquence d'une erreur aussi bien que d'un crime, il en résulte que l'ordonnance de non-lieu dans laquelle un juge d'instruction saisi de l'inculpation de faux, s'est borné à nier l'existence du crime, ne met pas obstacle à ce qu'il soit ensuite démontré qu'une erreur a été la cause de la fausseté de la pièce incriminée (1).

L'inscription de faux incident peut avoir lieu pour la première fois en appel contre une pièce qui a été attaquée en première instance par d'autres moyens (2); elle peut aussi avoir lieu devant la Cour de cassation contre l'arrêt objet du pourvoi (3).

231. Si l'on suppose que l'acte envisagé ne contient rien autre chose que ce qu'il doit contenir pour l'intelligence de la convention qu'il constate, il sera facile d'appliquer les règles qui précèdent; toutes les mentions de l'acte auront la même force probante. Mais il n'en sera pas toujours ainsi; bien souvent la narration consignée dans un acte authentique ou sous seing privé, peu importe, contiendra des mentions inutiles, ou des digressions dans un autre ordre d'idées. Quelle sera la force probante de ces *énonciations* ou *clauses énonciatives ?*

ART. 1320. L'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve.

(1) Cass. 25 juin 1881, D. 81, 1, 444; *Contrà*, Toulouse, 18 juin 1875, D. 78, 2, 214.

(2) Orléans, 8 mars 1883, D. 84, 2, 227.

(3) Cass. 17 août 1881, D. 82, 1, 179.

Cet article est mal rédigé quand il parle seulement des parties contractantes. Sans doute, les énonciations, pas plus que les dispositions ne peuvent avoir effet vis-à-vis des tiers. Mais, au point de vue de la force probante, les énonciations directes font foi contre les tiers. Quant aux énonciations indirectes ou étrangères à la disposition, elles ne sauraient toucher les tiers. Elles constituent seulement des déclarations unilatérales faites par les parties; à l'égard de celles-ci elles forment un commencement de preuve par écrit; les tiers peuvent s'en prévaloir contre elles. Mais les tiers ne pourraient opposer l'énonciation indirecte à la partie de qui elle n'émane pas (1).

232. Les tiers sont encore à l'abri des effets des contre-lettres rédigées soit à l'occasion d'un acte authentique, soit à l'occasion d'un acte sous seing privé. Il s'agit d'un acte ordinairement destiné à demeurer secret, et qui détruit ou modifie un acte ostensible. Ainsi, par exemple, un acte ostensible établit la vente d'un fonds de commerce par son propriétaire à un acheteur, mais une contre-lettre a été dressée pour constater au contraire que la vente qui paraît avoir eu lieu a été seulement simulée, n'a conféré à l'acheteur qu'une propriété apparente, et que tous les droits du prétendu vendeur sont demeurés intacts. Or, dans une telle hypothèse ou toute autre analogue :

ART. 1321. Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes : elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Ce qui revient à dire qu'à l'égard des tiers la convention ostensible existe seule, et que la contre-lettre, pourvu, bien entendu, qu'ils en aient ignoré l'existence, a été impuissante à substituer la situation réelle qui était demeurée cachée à la situation apparente.

(1) Comp. ARNTZ, t. III, nos 308, 311; LAURENT, t. XIX, nos 172, 173 et suiv.

Mais entre les parties contractantes elles-mêmes et leurs héritiers ou successeurs universels, la contre-lettre devra produire tout son effet, pourvu que son objet soit licite. Par conséquent, la contre-lettre par laquelle l'acquéreur d'un office ministériel s'engagerait à payer au vendeur un prix supérieur à celui qui a été porté sur le traité soumis au contrôle de la chancellerie, serait nulle même entre les parties (1).

Quand, pour frauder les droits du fisc, il y a eu dissimulation soit d'une partie du prix de vente, soit de la soulte d'un échange ou d'un partage, la loi du 22 frimaire an VII (art. 40), frappait de nullité la contre-lettre qui déterminait le chiffre réel de la soulte ou du prix. Cette disposition a été considérée comme abrogée par l'art. 1321. La fraude est aujourd'hui seulement punie d'une amende que la loi du 23 août 1871 fixe au quart de la somme dissimulée. Cette amende est prononcée solidairement contre les divers contrevenants (articles 12 et 13).

La loi du 23 août 1871 concerne seulement la dissimulation dans le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou d'un partage; on ne peut donc en étendre l'application à d'autres cas, à moins d'un texte formel. C'est ainsi que l'article 8 de la loi du 28 février 1872 rend applicables aux ventes de fonds de commerce et de clientèle les art. 12 et 13 précités de la loi de 1871.

233. L'art. 1321 a eu pour but de prémunir les tiers contre les dangers résultant pour eux d'une situation différente de celle qui est révélée par le seul acte qu'ils puissent connaître. D'une manière générale on peut considérer comme étant des tiers auxquels les contre-lettres ne sont pas opposables les ayants-cause à titre particulier et les créanciers chirographaires des parties (2). Il faut au contraire assimiler aux

(1) Cass. 17 mars 1884, D. 85, 1, 152.
(2) Cass. 8 mars 1893, S. 93, 1, 193.

parties leurs héritiers et leurs légataires et donataires universels et à titre universel.

La condition des créanciers chirographaires a cependant soulevé quelques difficultés. On a proposé de distinguer suivant que les créanciers chirographaires exercent leurs droits propres, ou qu'ils font valoir les droits de leur débiteur en vertu de l'art. 1166. Dans le premier cas et notamment quand ils agissent à raison du droit de gage général qui leur appartient sur les biens de leur débiteur, ils sont certainement des tiers dans le sens de l'art. 1321, et les contre-lettres passées par le débiteur ne leur sont pas opposables.

Quand ils font au contraire valoir les droits de leur débiteur, ils ne sauraient avoir plus de droit que celui-ci; ils cesseraient d'être des tiers pour devenir des ayants-cause du débiteur, et comme tels ils pourraient se voir opposer les contre-lettres souscrites par celui-ci (1).

Mais précisément l'art. 1321 a été édicté pour que les droits du débiteur à l'égard des tiers demeurent fixés par l'acte public qu'il a souscrit et non par l'acte secret, lequel restant personnel au débiteur ne peut être opposé à ceux qui n'ont pas figuré dans la contre-lettre. Les créanciers chirographaires seraient trompés si on pouvait leur opposer l'acte secret qui diminue le gage que l'acte ostensible permettait de supposer; ils sont donc au nombre de ceux que l'art. 1321 a pour but de protéger (2).

Il convient en outre de remarquer que les tiers, pour repousser l'application, en ce qui les concerne, d'une contre-lettre, n'ont pas besoin de prouver qu'il pourrait en résulter pour

(1) Cass. 23 mai 1870, D. 71, 1, 151; BONNIER (5e édit.), n° 517, note 1; Comp. arrêt précité du 8 mars 1893.

(2) Voy. arrêt précité de Cass. du 8 mars 1893; Cass. 3 janv. 1883, D. 83, 1, 416; AUBRY et RAU, § 757, texte et note 19; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 283 *bis* VIII; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 345; LAURENT, t. XIX, n° 190; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1226.

eux un préjudice. Il ne faut pas confondre, en effet, le droit résultant de l'art. 1321 avec celui qui a son fondement dans l'art. 1167. Il suffit que celui qui invoque l'art. 1321 n'ait pas figuré par lui-même ou par ses auteurs dans la contre-lettre.

234. La contre-lettre peut être consignée dans un acte authentique ou dans un acte sous seing privé, et elle a la force probante qui s'attache à la nature de l'acte qui la contient. Mais même quand elle a une force probante, elle ne peut former une preuve contre les tiers. Même dans le cas de fraude elle ne saurait leur être opposée puisqu'elle est censée ne pas exister à leur égard (1). Cela est manifeste pour le cas où il s'agirait d'une fraude machinée directement contre eux. Il y a au contraire quelque difficulté pour le cas où la contre-lettre a été employée dans le but d'éluder une disposition prohibitive de la loi positive.

Il a été jugé, dans cet ordre d'idées, que le fait par un notaire rédacteur d'un acte de constitution de société, de s'être rendu souscripteur, sous un prête-nom, d'actions de la dite société, constitue une *fraude à la loi* dont la preuve peut être établie par tous les moyens. Nous ferons d'abord remarquer que cette expression *fraude à la loi*, fausse en elle-même, est ici employée dans un sens tout autre que celui que lui donne ordinairement la jurisprudence, qui désigne ainsi un fait licite accompli pour atteindre un but illicite (Voy. t. I, n° 201). Dans le cas examiné, il s'agit au contraire d'une violation directe de la loi. Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation a jugé que le prête-nom du notaire, pour faire prononcer la nullité de la société, était recevable à se prévaloir, même à l'encontre des tiers, c'est-à-dire des autres actionnaires, de la contre-lettre par laquelle le notaire avait reconnu que les actions avaient été en réalité souscrites à son profit et pour

(1) BONNIER, *loc. cit.*, n°s 512 et suiv.; ARNTZ, t. III, n° 313; LAURENT, t. XIX, n° 186.

son compte personnel (1). Le motif d'une telle solution serait que *la fraude à la loi* pouvant être prouvée par tous les moyens, il doit y avoir en ce cas dérogation aux règles ordinaires sur la preuve (2), à la règle de l'art. 1321 comme aux autres.

Les tiers peuvent de leur côté invoquer la contre-lettre s'ils y ont intérêt. Par conséquent les créanciers du vendeur, en agissant en vertu de l'art. 1166 peuvent réclamer de l'acquéreur le paiement du supplément de prix qu'il a promis de payer dans la contre-lettre.

235. Le champ d'application de notre art. 1321 se trouve notablement restreint, en matière mobilière, par l'application du principe qu'en fait de meubles possession vaut titre (art. 2279). Par conséquent, dans l'espèce déjà citée de la vente apparente d'un fonds de commerce, si l'acquéreur nominal revend ce fonds à un tiers de bonne foi, c'est-à-dire à un tiers qui ignore l'existence de la contre-lettre établissant la simulation, la vente produira tout son effet.

En matière de droits réels immobiliers, c'est l'application des règles sur la transcription qui viendra restreindre la portée de l'art. 1321.

Dans le cas en effet d'une vente fictive d'un immeuble suivie d'une contre-lettre rétablissant la vérité, il est certain que la contre-lettre est un acte constatant ou reconnaissant l'existence d'un droit réel au profit du vendeur apparent. C'est donc un acte rentrant dans la catégorie de ceux qui doivent être transcrits pour pouvoir être opposés à ceux qui auront acquis des droits sur l'immeuble et les auront conservés en se conformant aux lois (L. 23 mars 1855, art. 1 et 3). Par conséquent si l'acte apparent est transcrit et que la contre-lettre ne soit pas transcrite, les tiers qui, sur la foi de l'acte trans-

(1) Cass. 11 déc. 1888, S. 89, 1, 73.
(2) Cass. 27 mars 1888, S. 88, 1, 366.

crit seront devenus concessionnaires de droits réels et se seront conformés aux lois pour les conserver, pourront repousser la contre-lettre en invoquant le défaut de transcription. Si les tiers dont il s'agit ne se sont pas conformés aux lois pour conserver les droits qu'ils ont prétendu acquérir, c'est-à-dire si eux-mêmes n'ont pas transcrit, ils pourront repousser la contre-lettre en vertu de l'art. 1321.

Ils ont, en effet, dans ce cas, tout au moins la qualité de créanciers chirographaires, car s'ils ne se trouvent pas investis du droit réel, ils ont valablement acquis le droit de créance. Or nous avons déjà vu que les créanciers simplement chirographaires n'ayant pas été parties à la contre-lettre doivent être comptés parmi les tiers que l'art. 1321 a pour but de protéger (1). Si donc le prix de vente a été dissimulé, ou porté comme payé, ou même s'il s'agit d'une vente fictive, la contre-lettre qui fait apparaître le véritable prix, ou qui était destinée à conserver les droits du vendeur apparent, ne pourra être opposée aux créanciers chirographaires de celui qui a traité avec ce vendeur (2). Néanmoins, pour qu'il en soit ainsi, il faut que les choses soient encore entières, par exemple que la partie du prix qui a été dissimulée n'ait pas encore été payée en exécution de la contre-lettre. Les créanciers de l'acheteur n'auraient pas d'action en répétition pour les sommes que leur débiteur aurait ainsi payées (3).

Remarquons, en terminant sur ce point, que l'art. 1321 est applicable en matière commerciale comme en matière civile.

(1) Arrêt précité de Cass. 8 mars 1893; Cass. 3 janv. 1883, D. 83, 1, 416.

(2) AUBRY et RAU, § 757, texte et note 19; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 283 *bis* VII; DEMOLOMBE, t. XXIX, n°s 344, 345; LAURENT, t. XIX, n° 190; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1226.

(3) Cass. 3 juill. 1882, D. 83, 1, 252.

§ 2. — De l'acte sous seing privé.

N° 1. — *Règles de forme.*

236. — Force probante de l'acte sous seing privé, art. 1322 ; comparaison avec l'acte authentique.
237. — Désaveu des actes sous seing privé, art. 1323, et vérification d'écritures, art. 1324.
238. — Règles particulières pour les sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, art. 1325.
239. — Applications diverses.
240. — Faut-il que chaque exemplaire porte la signature de toutes les parties?
241. — Nullité de l'acte sous seing privé non conforme aux prescriptions de l'art. 1325 ; conséquences.
242. — Cet acte peut-il valoir au moins comme commencement de preuve par écrit ?
243. — *Quid* si l'acte porte qu'il a été fait en double, alors qu'en réalité il n'a été rédigé qu'un seul exemplaire ?
244. — La nullité, quand elle est encourue, peut être couverte.
245. — Règles concernant les actes sous seing privé relatifs à des engagements unilatéraux, art. 1326.
246. — Exceptions.
247. — Conséquences de l'inobservation de l'art. 1326, art. 1327.

236. L'acte sous-seing privé est un écrit dressé pour constater un ou plusieurs faits juridiques, sous la seule signature des parties contre qui il doit faire preuve, sans l'intervention d'un officier public. Les actes de cette nature peuvent être écrits en n'importe quelle langue, même en chiffre, soit par la partie qui doit les signer, soit par un tiers, sauf le cas des art. 970 et 1326; ils peuvent être imprimés, lithographiés, autographiés et même photographiés. Mais dans tous les cas la signature doit être manuscrite.

Cette signature est la seule condition de forme des actes, que, pour ce motif, on dit être : sous seing privé. Elle ne pourrait être remplacée par une marque, un sceau, une croix même apposée en présence de témoins.

Les dispositions de la loi du 25 ventôse an XI sur les inter-

lignes, les surcharges, les renvois ou les apostilles ne sont pas applicables aux actes sous seing privé.

Ces actes ne peuvent donc valoir que par la signature qui les accompagne. Or quelle est la force de cette signature ? Elle est nulle, car ceux de qui elle émane n'ont pas plus qualité pour certifier leur propre signature que pour certifier celle des autres. La signature ne devient certaine que si elle est reconnue.

Et alors :

ART. 1322. L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique.

Il restera cependant cette différence entre l'acte sous seing privé et l'acte authentique, c'est que ce dernier fera toujours foi de sa date jusqu'à inscription de faux, tandis que l'acte sous seing privé, lorsqu'il est daté, ne fait foi de la sincérité de sa date que jusqu'à preuve contraire. Du reste les actes sous seing privé ne doivent pas nécessairement être datés ; il n'y a d'exception que pour les testaments olographes, la lettre de change, le billet à ordre, les connaissements, les warrants, les chèques et les polices d'assurances.

A l'égard des tiers, les actes sous seing privé n'ont date certaine que dans les conditions de l'art. 1328, plus loin expliqué.

La force probante de l'acte sous seing privé résulte uniquement de la reconnaissance dont il sera l'objet. Le texte de la loi distingue entre l'acte *reconnu* formellement, et l'acte *légalement tenu pour reconnu*. Dans tous les cas la reconnaissance doit porter tout à la fois sur l'écriture et sur la signature, s'il s'agit d'un acte devant être écrit en tout ou en partie par celui qui doit le signer (art. 970 et 1326).

La reconnaissance formelle est celle qui est faite devant notaire, ou bien devant le juge qui en aura donné acte. Une reconnaissance faite sous seing privé serait inopérante puis-

que la signature mise au bas de la reconnaissance privée n'aurait pas plus de valeur que la signature mise au bas de l'acte reconnu. Mais celui qui ne voudrait pas reconnaître l'acte sous seing privé qu'il aurait cependant reconnu dans une lettre missive à lui opposée, devrait tout à la fois dénier la lettre dont il s'agit et l'acte y mentionné.

L'acte légalement tenu pour reconnu est celui dont la reconnaissance tacite résulte soit de l'absence de désaveu, soit d'une défense au fond, soit du défaut de comparution; ou bien encore il s'agit d'un acte qui, après avoir été méconnu a été vérifié et reconnu sincère par le juge (1).

237. Voici maintenant comment les choses vont se passer dans la pratique :

ART. 1323. Celui auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature. Ses héritiers ou ayants-cause peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

Le demandeur n'est pas tenu d'assigner au préalable le prétendu signataire, en reconnaissance d'écriture ou de signature. C'est au défendeur à déclarer qu'il avoue ou désavoue formellement l'écrit qui lui est opposé. Mais il est permis de poursuivre en justice, par voie principale, la reconnaissance ou la vérification, dans un but conservatoire, d'un acte sous seing privé, même avant l'exigibilité de l'obligation qu'il constate (art. 2123).

ART. 1324. Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants-cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice.

La procédure en vérification d'écritures est réglée par les art. 193 et suiv., C. pr. civ. Mais le juge n'est pas tenu d'ordonner toujours une vérification d'écriture. Il est lui-même expert par la nature de ses fonctions ; il peut vérifier par lui-même et déclarer la vérité, ou la fausseté de l'acte, en se

(1) Voy. BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1322, n° 30.

fondant sur les présomptions déduites des circonstances de la cause ou des pièces versées au procès (1).

La vérification d'écriture a pour base la comparaison de l'écriture ou de la signature contestée avec des documents écrits émanant certainement de celui à qui est attribuée l'écriture contestée. L'écriture moderne parait en effet susceptible de revêtir un *caractère*, c'est-à-dire une sorte de physionomie qui permet d'en rechercher l'auteur. A Rome l'écriture affectant les formes *Lapidaires*, était totalement dénuée de caractère. Ce qui donnait à un écrit sa force probante, c'était l'apposition du *signum* ou cachet (*consignatio*), et le Sénat avait été obligé de recourir à de minutieuses précautions pour donner à l'écriture une autorité qu'elle ne pouvait pas avoir par elle-même (2).

La vérification d'écriture n'a donc été possible qu'à partir de l'époque où l'écriture a peu à peu revêtu le caractère personnel dont nous avons parlé. Or, ce caractère manque le plus souvent d'une suffisante précision à cause de la tendance qui pousse ceux qui écrivent à reproduire, avec plus ou moins d'exactitude, les *modèles* qui ont servi à leur éducation, modèles qui ont été à peu près les mêmes pour tout le monde; cette circonstance et les contradictions dont elle est la source dans les expertises, a fait tomber dans le discrédit la vérification d'écritures.

La loi ne soumet, en principe, les actes sous seing privé à aucune formalité particulière. Il en est cependant autrement dans le cas de conventions synallagmatiques. Si les parties n'ont rédigé qu'en un seul exemplaire l'acte sous seing privé qui le constate, celui qui possédera cet exemplaire unique, pouvant, à son gré, produire ou détruire la preuve du

(1) Cass. 4 août 1884, D. 85, 1, 209 ; Trib. Courtrai, 27 nov. 1880, *Pas.*, 81, 3, 253.

(2) Voy. PAUL, *Sent.*, V, 25, 6.

contrat, tiendra en quelque sorte l'autre partie à sa merci.

238. Pour éviter les surprises et fraudes que pourrait faciliter cette façon de procéder, et afin d'assurer, au point de vue de la preuve, l'égalité entre les parties, les rédacteurs du Code civil ont maintenu la vieille réglementation suivante :

ART. 1325. Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. — Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt. — Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits. — Néanmoins le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

L'ancienne jurisprudence allait plus loin, elle exigeait la formalité des doubles, non pas seulement pour la preuve, mais encore pour la validité des contrats synallagmatiques. Le Code aurait pu, sans grand inconvénient, supprimer la nécessité de ces formalités, et laisser à la prudence des parties, ainsi que l'a fait le Code italien (1), le soin de leurs intérêts.

La nécessité des doubles écrits n'est imposée par l'art. 1325 que pour les contrats synallagmatiques, quelle que soit d'ailleurs l'importance de leur objet, fût-il inférieur à 150 fr.

Il s'agit uniquement des conventions contenant à l'époque où elles ont été rédigées par écrit, des obligations réciproques. Pour savoir en effet dans quelle forme les parties devaient rédiger l'acte, il faut envisager leur situation respective à la date même de cet acte.

En principe, il ne peut y avoir de difficulté pour les contrats qui sont synallagmatiques de leur nature, tels que la vente, le louage, la société, la transaction, le partage.

Cependant il peut arriver qu'un contrat de ce genre se trouve transformé en contrat unilatéral, si l'une des parties a déjà rempli toutes ses obligations au moment de la rédac-

(1) Voy. notre *Code civil italien*, t. I, p. 255.

tion de l'acte, lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un acte sous seing privé constatant une vente faite sans condition ni réserve au profit du vendeur et dont l'acheteur a immédiatement payé le prix. Le vendeur reste seul tenu du chef de la délivrance et de la garantie; il suffira d'un seul exemplaire pour l'acheteur (1).

A l'inverse, un contrat unilatéral par sa nature, tel que le mandat ou le dépôt, et affranchi à ce titre de la formalité du double écrit (2), peut devenir bilatéral par la volonté des parties, quand le mandataire ou le dépositaire ont stipulé un salaire. Il faudra dans ce cas un exemplaire spécial pour chaque partie. De même l'acquiescement à un jugement est un acte unilatéral, qui devient synallagmatique s'il est consenti moyennant des délais accordés pour l'exécution.

Enfin, l'acte qui contient des conventions complexes se rattachant étroitement l'une à l'autre, et d'où résulte un ensemble d'obligations réciproques, forme un véritable contrat synallagmatique, quoique en réalité il consiste dans la réunion de deux contrats différents, également unilatéraux, par exemple un prêt d'argent et un nantissement pour sûreté de ce prêt (3). L'art. 1325 sera applicable, mais non l'art. 1326.

239. Par application des règles ci-dessus, ne sont pas soumises à l'observation de l'art. 1325 :

Les promesses unilatérales d'acheter ou de vendre (4);

Les conventions d'assurance sur la vie qui peuvent être valablement constatées par une police signée seulement par l'assureur (5);

(1) Bordeaux, 1er avr. 1889, D. 91, 2, 15.

(2) Cass. 29 avr. 1877, D. 77, 1, 366.

(3) Cass. 8 mars 1887, D. 87, 1, 264; Bruxelles, 9 août 1886, *Pas.*, 86, 2, 402.

(4) LAURENT, t. XIX, n° 220.

(5) Paris, 14 fév. 1890, D. 91, 2, 273.

Les promesses d'assurer des animaux à une société d'assurances mutuelles (1) ;

Les conventions de cautionnement (2) ;

Ou donnant mandat d'emprunter (3) ;

Les résiliations ou révocations conventionnelles de contrats synallagmatiques stipulées seulement en faveur d'une des parties.

Quand il y a lieu d'appliquer l'art. 1325, il faut rédiger autant d'originaux, c'est-à-dire d'exemplaires portant les signatures de toutes les parties qui doivent signer, qu'il y a de parties contractantes ayant un intérêt distinct.

Si plusieurs personnes ont le même intérêt, il suffit pour elles d'un seul original.

Pour savoir quelles personnes ont le même intérêt, et quelles personnes ont un intérêt distinct, il faut encore apprécier la situation respective des parties au moment même de la convention, sans se préoccuper des événements ultérieurs. Ainsi, plusieurs personnes font ensemble, sous seing privé, un contrat de société. A ce moment leurs intérêts sont distincts, il faudra un exemplaire pour chacune. Si la société ainsi formée constitue une personne civile, et traite avec un tiers, il va de soi qu'un seul exemplaire suffira pour elle. Mais il en sera de même si elle n'avait pas la personnalité civile, car dans ce contrat particulier tous les assurés ont un intérêt commun. La même solution devra être adoptée dans le cas où plusieurs copropriétaires vendraient ensemble ou loueraient une chose commune (4).

La femme qui achète conjointement avec son mari de

(1) Trib. Huy, 16 avr. 1885, *Pas.*, 85, 3, 227.

(2) Alger, 22 mai 1878, D. 79, 2, 224, et les autorités indiquées en note.

(3) Gand, 10 avr. 1886, *B. J.*, 86, 1240.

(4) AUBRY et RAU, § 756 ; DEMOLOMBE, t. XXIX, n°s 407, 408.

manière à n'être tenue que de la moitié du prix, doit être considérée comme ayant avec celui-ci un intérêt commun et n'a pas besoin d'un exemplaire spécial (1); au contraire un créancier du vendeur qui intervient à l'acte pour accepter la délégation d'une partie du prix doit être considéré comme ayant un intérêt distinct (2).

En matière commerciale les parties peuvent constater leurs conventions en choisissant les modes de preuve consacrés par le droit civil, et dans ce cas elles doivent se conformer aux dispositions du Code. Ainsi l'écrit qu'elles n'auraient pas fait en double ne pourrait servir de preuve d'une convention synallagmatique (3).

240. Chaque exemplaire devrait porter la signature de toutes les parties. On admet cependant qu'il suffit d'un échange de signatures, que le vendeur par exemple signe l'exemplaire destiné à l'acheteur, et que l'acheteur signe l'exemplaire destiné au vendeur. Chaque partie aura ainsi entre les mains un exemplaire revêtu de la signature de l'autre partie, mais ne portant pas la sienne propre. Sans doute si l'acte contient la mention qu'il a été fait en double, la circonstance que l'un des doubles produits ne serait revêtu que d'une seule signature ne saurait énerver la mention dont il s'agit, mais il pourra en résulter des inconvénients en cas de décès de l'une des parties, si l'autre, qui ne montre pas son exemplaire, allègue qu'il y a eu un simple projet de contrat.

Il a été jugé dans cet ordre d'idées que l'acte constatant un contrat de louage est dénué de force probante à l'égard du bailleur, du moment que le double dont celui-ci est en possession ne porte ni sa signature, ni celle de l'un des preneurs;

(1) Cass. 15 juill. 1879, D. 80, 1, 330.

(2) LAURENT, t. XIX, n° 211.

(3) BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1325, n° 41; Liège, 10 avr. 1878, *Pas.*, 78, 2, 187.

et il importe peu que l'autre double remplisse les conditions exigées par la loi quant à la signature des parties et à la mention du nombre des originaux (1). Dans l'espèce l'exemplaire du bailleur était vicié moins par l'absence de la signature de ce dernier que par l'absence de la signature de l'un des cocontractants.

Le défaut de conformité, quant au fond, des divers originaux, enlève sa valeur probante à la clause omise dans l'un d'eux, et qui se trouverait ainsi n'avoir pas été rédigée en double, pourvu que cette omission ne soit pas imputable au fait de la partie qui voudrait s'en prévaloir.

« Chaque original, d'après le texte de l'art. 1325, doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.» Il s'agit de prévenir la fraude à laquelle pourrait facilement se livrer l'une des parties en détruisant son double pour soutenir ensuite qu'aucun original ne lui a été remis. Malgré les termes bien précis de la loi, on admet dans la pratique la validité de la mention portant simplement que l'acte a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, sans indication du nombre réel des originaux qui ont été dressés (2).

241. Si les formalités prescrites par l'art. 1325 n'ont pas été remplies, l'acte écrit est nul, en ce sens qu'il n'a pas la force probante en vue de laquelle il a été rédigé par les parties. Mais la nullité de l'acte n'entraîne pas la nullité de la convention, car d'après l'art. 1325 lui-même, l'exécution de la convention par l'une des parties l'empêche d'opposer à l'autre le vice de forme dont l'acte est entaché.

Il suit de là :

1° Que la partie qui reconnaît par son aveu, en justice, que le contrat a été formé, ne peut se refuser à l'exé-

(1) Poitiers, 14 août 1878, D. 79, 2, 33.
(2) Voy. LAURENT, t. XIX, n° 215.

cuter sous prétexte que l'acte n'a pas été fait en double;

2° Que la partie qui veut se prévaloir de l'inobservation de la loi pourra être soumise à un interrogatoire sur faits et articles quant à l'existence même de la convention, et pourra se voir déférer le serment sur le même point;

3° Que l'aveu purement verbal de l'existence d'une convention synallagmatique constatée par un acte non rédigé en double peut être prouvé conformément au droit commun;

4° Que dès lors l'existence d'un aveu extrajudiciaire peut résulter d'un écrit original unique, puisqu'un tel écrit, ne renfermant pas des conventions synallagmatiques, n'est pas lui-même soumis à l'observation de l'art. 1325 (1);

5° Que la convention peut être prouvée par témoins lorsque son objet n'excède pas la valeur de 150 fr., et même dans tous les cas s'il y a un commencement de preuve par écrit résultant d'un document autre que l'acte qui a été irrégulièrement dressé;

6° Enfin que cet acte irrégulier peut servir lui-même de commencement de preuve par écrit.

242. Ces diverses solutions, sauf la dernière, sont admises par tout le monde excepté par Demolombe. Cet auteur, non seulement refuse à l'écrit non fait double le caractère de commencement de preuve par écrit (2), mais encore il va jusqu'à soutenir que le législateur, ayant voulu établir une parfaite égalité de position entre les parties, ce but ne serait pas atteint si l'on sépare le sort de la convention de celui de l'acte qui était destiné à en constater l'existence, et si l'on admet l'une des parties à prouver de quelque manière que ce soit la validité de la convention. Par conséquent, le porteur d'un acte non fait double sera plus maltraité que

(1) Cass. belge, 25 mai 1880, *Pas.*, 80, 1, 107.

(2) T. XXIX, n° 429; Conf. DURANTON, t. XIII, n° 164; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1203.

s'il n'avait aucune espèce de titre en sa faveur, et n'aura pas même la ressource subsidiaire de provoquer l'interrogatoire ou de déférer le serment!

Ce système repose sur une confusion entre la convention et l'acte qui en fait preuve. « Il est bien vrai, dit Bonnier, qu'on retrouve des traces de cette erreur dans l'exposé des motifs et dans le rapport au Tribunat, mais ce n'est point là une raison suffisante pour faire revivre une doctrine *déraisonnable*, qui ne trouve point d'appui dans le texte (1). »

Que deviendra, ajoute-t-on, dans ce même système, l'égalité de position entre les parties, si le porteur de l'acte irrégulier est admis à faire preuve de l'existence de la convention? Par cela seul qu'il présente un écrit revêtu de la signature des deux parties, n'obtiendra-t-il pas forcément gain de cause? Ce n'est pas un commencement de preuve qu'il produit mais bien une preuve complète.....

Il est facile de répondre à cette objection que l'absence de la mention *fait double* équivaut, dans la pensée du législateur, à l'absence de la signature de l'un des contractants. La preuve résultant de l'acte est donc imparfaite, et la partie à qui on l'oppose peut toujours répondre qu'elle a entendu subordonner son consentement à la perfection de l'acte. Mais le juge peut, *en connaissance de cause*, décider le contraire en corroborant par d'autres preuves l'acte non fait double, qui n'est en définitive qu'un simple document.

« On doit avouer, ajoute Bonnier, qu'il est singulier d'exagérer ainsi la force d'un acte pour arriver à le rejeter ensuite complètement sous prétexte qu'il prouve trop. De ce qu'un acte est nul à certain point de vue, on ne saurait conclure qu'il est nécessairement dénué de tout effet. Ainsi, un acte authen-

(1) *Revue critique*, 1876, p. 718, article bibliographique sur le XXIX^e^ volume de DEMOLOMBE. Il est à remarquer que BONNIER, dans la 1^re^ édit. de son *Traité des preuves*, avait commencé par professer l'opinion que l'évidence lui a fait rejeter plus tard.

tique nul en la forme peut, aux termes de l'art. 1318, valoir comme acte sous seing privé, s'il est signé des parties. Pourquoi ne pas admettre également que l'acte nul pour inobservation des formes spéciales prescrites par l'art. 1325, n'en constitue pas moins, suivant les conditions voulues par l'art. 1347, un acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée et qui rend vraisemblable le fait allégué (1)? »

243. La discussion qui précède est relative au cas où, malgré l'irrégularité de la mention, l'acte peut, en réalité, avoir été fait en double. On peut prévoir l'hypothèse inverse; celle où l'acte porte la mention qu'il a été rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, quoiqu'en fait il n'y ait eu qu'un seul exemplaire mis à la disposition de l'une des parties qui a voulu ainsi rester maîtresse de la situation. Quand un tel acte est représenté, il y a présomption légale, jusqu'à preuve contraire, qu'il existe un double régulier de cet acte. Mais lorsqu'il est avoué ou reconnu qu'il a été rédigé en un seul original, le sous seing privé est nul. La remise officieuse de l'unique original de cet acte entre les mains d'un notaire sans qu'il ait été dressé acte de ce dépôt ne saurait couvrir la nullité encourue que dans le cas où il serait reconnu par toutes les parties que le notaire avait mandat de conserver, dans l'intérêt commun, la preuve de l'existence de la convention (2). Il est en effet généralement décidé que l'acte est valable, malgré l'inobservation des formalités prescrites par l'art. 1325, lorsqu'il a été déposé, du consentement de toutes les parties, entre les mains d'un

(1) Liège, 5 mars 1879, *Pas.*, 79, 2, 267.

(2) BONNIER, *ibid.*, p. 715; P. PONT, *Revue critique*, t. XXV, p. 481; AUBRY et RAU, § 756, texte et note 38; MARCADÉ, sur l'art. 1347; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 288 *bis* X; LAURENT, t. XIX, n° 529; Cass. 23 avril 1877, S. 77. 1, 456; Cass. 28 nov. 1864, S. 64, 1, 5; Paris, 3 déc. 1892, S. 93, 2, 71.

notaire pour être placé au nombre de ses minutes, et même entre les mains d'un tiers (1).

244. La nullité, quand elle existe, ne peut pas être proposée par les tiers mais seulement par les parties contractantes. Elle est couverte par l'exécution totale ou partielle de la convention. Si le fait d'exécution est commun aux deux parties, la nullité est couverte à l'égard de toutes les deux; sinon l'irrégularité de l'acte ne pourra pas être opposée par celle qui a exécuté la convention (2). L'art. 1225 parle seulement du cas où la nullité résulte du défaut de mention que l'acte a été fait en double; il faut l'appliquer aussi au cas d'inaccomplissement de la formalité même des doubles, car il y a identité des motifs (3).

245. La sollicitude exagérée du législateur s'est étendue dans le but d'empêcher les abus du blanc-seing, aux actes sous seing privé, constatant certaines obligations unilatérales, ayant pour objet des choses exprimées en une quantité numérique quelconque, et contractées par une seule personne ou par plusieurs :

ART. 1326. Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un *bon* ou un *approuvé*, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose. — Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service.

La formule vague : *approuvé l'écriture ci-dessus*, ne satisferait pas au vœu de la loi. La phrase approbative doit contenir en toutes lettres, d'ailleurs en n'importe quelle langue,

(1) Pau, 1er déc. 1886, D. 87, 2, 120; Comp. Cass. 10 déc. 1884, D. 85, 1, 66; LAURENT, t. XIX, nos 236, 237; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 1207.

(2) Cass. 24 juin 1889, S. 92, 1, 492.

(3) Cass. 29 juill. 1873, D. 74, 1, 263; LAURENT, t. XIX, nos 229, 230 et suiv.

l'énonciation de la somme ou de la quantité (1). Cela suppose que la quantité ou la somme est déterminée de manière à pouvoir être exprimée par un chiffre. Il semblerait donc que la prescription de l'art. 1326 n'est pas faite pour les obligations actuellement indéterminées quant à leur *quantum* (2). Cependant la jurisprudence se prononce avec raison en sens contraire, du moins en France (3). Dès lors, en effet, que l'art. 1326 a pour but de prévenir l'abus qui pourrait être fait soit d'un blanc-seing, soit d'une signature trouvée par hasard, il faut l'appliquer à tous les cas où le corps d'écriture constate une obligation indéterminée, sinon il serait vraiment trop facile d'éluder les dispositions protectrices de la loi en écrivant au-dessus de la signature une obligation de payer une somme non encore connue, par exemple les dettes qu'un tiers désigné contracte envers un tiers ou envers le bénéficiaire de l'acte, ou une quantité non évaluée, par exemple le blé nécessaire à l'alimentation du même bénéficiaire. Il est d'ailleurs fort aisé, même au cas d'obligation indéterminée, d'indiquer par un chiffre la limite extrême de l'engagement contracté. Ainsi par exemple, si le corps de l'acte porte l'engagement de payer toutes les fournitures qui seront faites à un tiers par un commerçant, il faudrait, pour satisfaire à la prescription de l'art. 1326, que la signature fût précédée de la mention : *bon jusqu'à la somme de.....* ou *pour la somme de.....* (4).

La circonstance que le billet ou la promesse aurait été fait en double, ne dispense pas de la nécessité du *bon* ou *approuvé*, car on se trouve toujours dans les cas d'un engagement unilatéral prévu et régi par l'art. 1326. Il en est de même si

(1) Trib. Bruxelles, 19 mars 1890, *Pas.*, 3, 20.

(2) AUBRY et RAU, § 756, texte et note 69 ; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 464 ; LAURENT, t. XIX, n° 244 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1208.

(3) Cass. 16 fév. 1892, D. 92, 1, 248 ; Paris, 21 déc. 1875, D. 77, 2, 14 ; *Contrà*, Trib. Charleroi, 25 juin 1879, *Pas.*, 80, 3, 165.

(4) Comp. Liège, 29 fév. 1888, *Pas.*, 88, 2, 203.

l'engagement unilatéral se trouve inséré dans un sous seing privé contenant une convention synallagmatique, par exemple un cautionnement accessoire de l'engagement principal (1). Mais l'art. 1326 ne concerne pas les conventions synallagmatiques elles-mêmes, car la remise aux parties intéressées d'un original spécial, donne à chacune d'elles un moyen facile de s'éclairer promptement sur l'erreur ou la fraude (2). Il en serait autrement si une convention de cette nature se trouvait réduite, par l'exécution, à un simple billet ou promesse, par exemple, en matière de vente, faite sans garantie, si la livraison de l'objet vendu avait précédé la rédaction de l'acte contenant de la part de l'acheteur engagement de payer le prix, même entre les mains d'un tiers.

246. Les exceptions consacrées par l'art. 1326 permettent d'apprécier à sa juste valeur le précepte qu'il exprime.

Les marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journée et de service, sont valablement obligés par leur seule signature, sans qu'elle soit précédée d'un *bon pour* ou approuvé.

Pourquoi cela? Pour les marchands, c'est parce qu'ils sont trop pressés; et par *marchands* il faut entendre les commerçants, les banquiers, les aubergistes, les hôteliers, et il importe peu que la dette reconnue ait, ou non, un caractère commercial.

Pour les autres, c'est parce qu'on suppose que, pour la plupart, ils ne savent écrire que leur nom, et qu'il faut leur faciliter les moyens de traiter les affaires usuelles et ordinaires, sans les obliger de recourir à l'intervention d'un notaire.

Le législateur s'est donc ingénié à organiser un moyen de

(1) LAURENT, t. XIX, nos 242, 243; Trib. Bruxelles, 28 mars 1888, *Pas.*, 88, 3, 270.

(2) Cass. 8 mars 1887, D. 1, 264; LAURENT, t. XIX, n° 241; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1208.

protection qui, par la force des choses, ne peut être utilisé par les plus ignorants et les plus inexpérimentés.

Les laboureurs ou vignerons sont ceux qui se livrent personnellement aux travaux de l'agriculture, sans qu'il y ait à distinguer entre celui qui cultive la terre d'autrui, et celui qui cultive sa propre terre (1).

L'artisan est l'ouvrier qui exerce un métier ou art mécanique.

Les exceptions de l'art. 1326 ne peuvent être étendues aux militaires, ni aux matelots, ni aux propriétaires ou fermiers qui ne travaillent pas eux-mêmes aux champs (2), ni aux femmes des laboureurs ou artisans qui n'exercent pas nécessairement la même profession que leur mari.

La décision de la loi repose sur une présomption d'instruction incomplète révélée par la profession exercée au moment où l'acte a été souscrit. A ce point de vue, on peut logiquement décider qu'un individu est demeuré artisan dans le sens de l'art. 1326, s'il n'a cessé son métier que par suite de son grand âge (3). Il est en effet permis de supposer que son degré d'instruction est demeuré stationnaire.

Mais dans l'hypothèse inverse, quand un individu a d'abord exercé une profession ne rentrant pas dans les exceptions prévues par l'art. 1326, et que plus tard il est obligé par les circonstances de devenir laboureur ou artisan, il semble peu rationnel de le soumettre à une exception qui, d'abord, n'avait pas été faite pour lui. Cependant le texte de l'art. 1326 est formel.

Il a été jugé dans cet ordre d'idées que le souscripteur d'un acte sous seing privé portant un engagement de payer

(1) Gand, 16 avr. 1887, *Pas.*, 87, 2, 417.

(2) Cons. sup. de justice du Luxembourg, 14 août 1890, S. 91, 4, 32 ; LAURENT, t. XIX, n° 256.

(3) Trib. Louvain, 31 janv. 1885, *Pas.*, 85, 3, 129 ; Voy. LAURENT, t. XIX, n° 261.

une somme supérieure à 150 fr., était recevable à prouver par témoins contrairement à l'énonciation du dit acte lui attribuant la profession de laboureur, qu'il n'exerçait pas cette profession au moment de la signature de l'acte; que cette preuve n'est pas contraire à l'art. 1341, les actes sous seing privé ne faisant foi que des énonciations ayant un rapport direct avec la disposition principale, et l'énonciation de la qualité du souscripteur n'ayant pas trait au fond même de la disposition (1).

A l'inverse, et d'après la même décision, le bénéficiaire d'un billet attribuant au souscripteur la qualité de propriétaire, ne pouvant prouver contre l'acte qu'il produit, ni le diviser pour en accepter une partie et en répudier une autre, n'est pas recevable à prouver qu'au moment de signer le billet le souscripteur exerçait la profession de laboureur, et était ainsi dispensé de la formalité du *bon et approuvé* (2).

Ainsi donc un individu qui est propriétaire, militaire ou matelot ne s'oblige valablement par un billet sous seing privé que si sa signature est précédée du *bon pour* ou *approuvé*, parce qu'il est présumé, vu sa profession, être assez instruit pour écrire cette formule. Si ce même individu se fait laboureur ou artisan, ou homme de service, il pourra désormais valablement s'obliger en traçant sa seule signature.

Cela prouve que certaines dispositions de la loi ayant en vue des situations déterminées, peuvent, une fois édictées, et en vertu d'une formule trop large, s'étendre à des situations qui n'ont pas été envisagées. Cela prouve encore que l'art. 1326 devrait disparaître du Code civil comme il a disparu du Code italien.

247. Le billet irrégulier est nul; il ne pourra servir de

(1) Décision précitée du 14 août 1890, Cons. sup. Luxembourg.
(2) *Ibid.*

preuve littérale de l'engagement, mais il pourra servir contre le débiteur de commencement de preuve par écrit (1).

La nullité dont il s'agit sera couverte par une exécution totale de l'acte, et même par une exécution partielle faisant connaître le montant de la somme ou la quantité de la chose due, comme le ferait un paiement d'intérêts correspondant à la somme portée dans l'acte, ou le paiement d'un acompte sur le capital dont le chiffre serait exprimé. Mais il faut alors supposer que la quittance demeurée entre les mains du débiteur est produite par lui, ou que le fait de l'exécution partielle a pu être prouvé en dehors des quittances émanées du créancier.

L'emploi de la formule *bon pour* ou *approuvé*, peut donner lieu à une autre difficulté :

ART. 1327. Lorsque la somme exprimée au corps de l'acte est différente de celle exprimée au *bon*, l'obligation est présumée n'être que de la somme moindre, lors même que l'acte ainsi que le *bon* sont écrits en entier de la main de celui qui s'est obligé, à moins qu'il ne soit prouvé de quel côté est l'erreur.

Cette preuve pourrait se faire par témoins, l'acte constituant un commencement de preuve par écrit.

La règle ci-dessus serait applicable si, dans le corps d'un acte synallagmatique, la somme due était exprimée deux fois d'une manière différente.

N° 2. — *De la date des actes sous seing privé.*

248. — Comment elle devient certaine à l'égard des tiers, art. 1328. Quels sont les tiers dont il s'agit.
249. — Restriction résultant de l'application des règles sur la transcription.
250. — Application de l'art. 1328 à l'égard des créanciers chirographaires.
251. — Cas de saisie-arrêt, faillite, mandat, etc.
252. — Circonstances donnant date certaine à un acte d'après l'art. 1328 : 1° Enregistrement;

(1) Cass., 30 nov. 1891, S. 92, 1, 78 ; Cass. belge, 18 janv. 1875, *Pas.*, 75, 1, 85.

253. — 2° Décès de l'un des signataires;
254. — 3° Mention dans un acte public.
255. — L'art. 1328 est limitatif.
256. — Il ne s'applique pas aux conventions dont l'objet est inférieur à 150 francs. *Quid* des lettres missives et des quittances?
256 *bis*. Valeur probante des lettres missives ordinaires.

248. Entre les parties, leurs héritiers ou ayants-cause soit universels soit à titre universel, l'acte sous seing privé fait foi de sa date jusqu'à preuve contraire.

A l'égard des tiers il ne peut en être ainsi, car il faut prévoir la possibilité d'une antidate.

ART. 1328. Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire.

Les tiers dont il s'agit sont les ayants-cause à titre particulier des signataires de l'acte, c'est-à-dire ceux qui leur ont succédé seulement quant à un droit déterminé. Ainsi l'acquéreur d'un immeuble est l'ayant-cause à titre particulier du vendeur. Celui-ci ne peut lui transmettre sur l'immeuble que les droits dont il est lui-même investi. L'acheteur est donc obligé de subir les conséquences de tous les faits juridiques émanant de son vendeur qui, avant la vente, auraient modifié, amoindri ou supprimé les droits de ce dernier. Quant aux faits postérieurs à la vente, il est certain qu'il n'y a pas à s'en préoccuper.

249. Par conséquent, si le conflit existe entre deux acquéreurs successifs du même immeuble de la part du même vendeur par actes sous-seing privé dont aucun n'a été transcrit, la préférence doit appartenir au premier acquéreur, c'est-à-dire à celui dont le titre a reçu le premier date certaine. Ce sont les principes du droit commun (Voy. t. VII, n° 122).

Mais il faut tenir compte des conséquences, quelquefois différentes, que peut entraîner l'application nécessaire des

règles sur la transcription. Ainsi, dans l'espèce précédente, si l'un des deux acquéreurs avait transcrit, il devrait être préféré à l'autre, et si tous deux avaient transcrit, la préférence devrait appartenir à celui qui a transcrit le premier (L. 23 mars 1855, art. 3).

Il faudra quelquefois combiner les règles sur la date certaine avec celles concernant la transcription. Ainsi il est de règle qu'un bail ne peut être opposé à un acquéreur que s'il a date certaine avant l'acquisition (art. 1743), pourvu qu'il n'excède pas dix-huit années. Si le bail ayant d'ailleurs date certaine, excède dix-huit années, il faudra, pour que l'acquéreur soit obligé de le supporter au delà de ce terme, qu'il ait été transcrit.

Si le débat existe entre deux locataires du même immeuble se prévalant, chacun, d'un bail à lui consenti, pour moins de dix-huit ans, par le même propriétaire, la préférence appartiendra à celui dont l'acte a obtenu le premier date certaine. Il faudrait admettre la même solution, quand même, s'agissant de baux faits pour plus de dix-huit années, le second bailleur aurait transcrit avant le premier. En effet, le motif spécial qui a fait exiger la transcription des baux de longue durée seulement dans l'intérêt de l'acquéreur de l'immeuble affermé, conduit à décider que la formalité de la transcription est étrangère aux rapports des locataires entre eux, et qu'à leur égard, la question de préférence doit être tranchée d'après les principes généraux.

L'art. 1328 doit également recevoir son application dans les transmissions de propriété mobilière, dans le cas, par exemple, où le même objet mobilier a été vendu successivement sous seing privé à deux acheteurs différents dont aucun n'a été mis en possession. Celui dont l'acte d'acquisition a reçu le premier date certaine devra être préféré.

250. Que faut-il décider par rapport aux créanciers? Il n'y a pas de difficulté à l'égard des créanciers qui ont stipulé un

droit réel sur les biens de leur débiteur. Quant aux créanciers simplement chirographaires on a généralement admis une solution analogue à celle que nous avons rapportée plus haut à propos de l'effet des contre-lettres (Voy. ci-dessus, n° 233). On distingue suivant que les créanciers exercent un droit propre, ou font simplement valoir les droits de leur débiteur en vertu de l'art. 1166.

Il est certain que, dans ce dernier cas, les créanciers sont les ayants-cause de leur débiteur, et que les actes sous seing privé souscrits par leur débiteur leur sont opposables quoique ces actes n'aient pas date certaine (1). Mais cela ne peut pas vouloir dire que ces actes doivent faire foi de leur date à l'égard de ces créanciers, comme s'ils étaient enregistrés. Les créanciers dont il s'agit peuvent donc être admis à démontrer que la date de ces actes n'est pas sincère (2).

L'art. 1328 n'est donc réellement applicable que lorsque les créanciers exerçant un droit propre sont des tiers ; c'est ce qui a lieu notamment :

1° *Quand les créanciers sont en conflit entre eux.* L'un d'eux ne saurait invoquer un droit de gage à l'égard de la masse, que si ce droit résulte d'un acte ayant date certaine, ou un droit d'hypothèque résultant d'un jugement par défaut que si l'exécution de ce jugement dans les six mois est prouvée par des écrits ayant date certaine.

De même la femme n'a d'hypothèque légale à l'encontre des tiers pour l'indemnité qui lui est due à raison des dettes ou obligations par elle contractées avec son mari, lorsque ces obligations résultent d'actes sous seing privé, que du jour où ces actes ont acquis date certaine conformément à l'art. 1328 (3).

(1) AUBRY et RAU, § 756 ; DEMOLOMBE, t. XIX, n°s 542 et suiv.; Cass. 28 juin 1875, D. 1, 469.

(2) LAURENT, t. XIX, n° 325.

(3) Bordeaux, 1er mars 1887, S. 89, 2, 131.

La femme d'un commerçant failli ne peut pas davantage se prévaloir de son hypothèque légale pour se faire colloquer antérieurement aux autres créanciers à raison de sommes paraphernales perçues par le mari au cours de l'union conjugale, quand cette prétention n'est pas justifiée par des documents ayant date certaine (1).

2° Les créanciers sont encore des tiers quand ils agissent contre leur débiteur, soit par la voie de la saisie mobilière, soit par la voie de la saisie immobilière. Les actes sous seing privé par lesquels le débiteur aurait aliéné tout ou partie des objets compris dans la saisie, ne peuvent être opposés au saisissant que s'ils ont acquis date certaine avant le procès-verbal de la saisie mobilière ou avant la transcription de la saisie immobilière (art. 678, 684 et 686, C. pr. civ.). Il en est ainsi notamment pour tout acte constatant quittance ou cession d'une somme inférieure à trois années de loyer ou fermages non échus (L. 23 mars 1855, art. 2).

251. Les créanciers sont-ils encore des tiers quand ils agissent par la voie de la saisie-arrêt? La jurisprudence française ne voyant dans la saisie-arrêt qu'un mode d'application de l'art. 1166 décide généralement que le créancier qui saisit-arrête une créance de son débiteur est l'ayant-cause de ce dernier, et que par suite les actes sous seing privés reconnus par celui-ci peuvent être opposés au saisissant. Mais nous avons déjà démontré que la saisie-arrêt est une simple voie d'exécution qui n'a rien de commun avec l'art. 1166 (T. VII, n° 185). Il faut donc au contraire décider que les conventions intervenues entre le saisi et le tiers-saisi ne peuvent être opposées au saisissant que si elles ont date certaine (2).

(1) Cass. 21 nov. 1887, S. 90, 1, 471.

(2) AUBRY et RAU, § 756, note 18; LAROMBIÈRE, t. IV, sur l'art. 1328, n° 22; LAURENT, t. XIX, n° 324; Gand, 26 nov. 1890, *Pas.*, 91, 2, 85.

Quand les créanciers au lieu de saisir directement un bien de leur débiteur prétendent faire annuler un acte frauduleux de ce dernier nuisible à leur droit, ils doivent établir que leur créance avait une date certaine antérieurement à l'acte attaqué. Cependant ce point est contesté (Voy. t. VII, n° 219).

Le créancier n'est plus un tiers quand il a été représenté à l'acte où figure son débiteur (1). Le syndic représente à la fois le failli et les créanciers, ceux-ci sont des tiers à l'égard des actes où ils ne sont pas intervenus et qui créent des droits sur la masse. Mais quand il invoque un droit existant dans la masse, le syndic ne saurait être considéré comme un tiers au regard des actes faits par le failli, et ces actes lui sont opposables bien qu'ils n'aient pas acquis date certaine avant la faillite (2).

De même le mandant ne peut être considéré comme un tiers à l'égard du mandataire soit conventionnel, soit légal. L'acte sous seing privé souscrit par un mandataire fait foi de sa date à l'égard du mandant, bien qu'il n'ait acquis date certaine, dans les conditions de l'art. 1328, que depuis la révocation du mandat (3).

252. Les conditions auxquelles nous venons de faire allusion, sont, d'après l'art. 1328 :

L'enregistrement de l'acte ;

Le décès de l'un des signataires ;

La relation de sa substance dans un acte public, tel qu'un procès-verbal de scellé ou d'inventaire.

Ces trois circonstances donnent date certaine à l'acte, attendu que, par la force des choses, l'acte ne peut être pos-

(1) Comp. Bordeaux, 7 juin 1847, DALLOZ, *Répert.*, v° *Oblig.*, n° 3973 2° et la critique de cet arrêt par LAURENT, t. XIX, n° 328.

(2) Alger, 18 fév. 1888, S. 89, 2, 115.

(3) Cass. 7 mars 1893, S. 93, 1, 291, et tous les auteurs ; Comp. LAURENT, t. XIX, n° 301.

térieur ni au jour où l'acte a été présenté à l'enregistrement, ni au décès, ni à la mention suffisante qui en a été faite dans un autre acte public. Mais, au point de vue de la certitude qui en résulte quant à la date de l'acte, ces circonstances se valent, et si la loi paraît, au même point de vue, exiger quelquefois l'enregistrement, c'est-à-dire l'une de ces circonstances, ce n'est pas pour exclure les deux autres. Par conséquent, la formalité de l'enregistrement exigée pour la validité à l'égard des tiers d'un contrat de gage constaté par un acte sous seing privé (art. 2074) peut être suppléée par l'une des autres circonstances énumérées dans l'art. 1328, car l'enregistrement exigé par la loi a pour unique but d'assurer date certaine à l'acte envisagé (1). Ce point est cependant controversé.

L'enregistrement est le moyen régulier et ordinaire de donner date certaine aux actes sous seing privé. La loi n'oblige pas les receveurs de l'enregistrement à constater l'heure (*du jour*) où l'acte leur est présenté, mais déclare que la date certaine existe du *jour* de l'enregistrement. Donc si deux actes portant concession du même droit à deux personnes différentes, ont été enregistrés le même jour, les deux concessionnaires se trouveront l'un et l'autre théoriquement investis, *in solidum*, du droit concédé. Comme cela est pratiquement impossible, *concursu partes fiunt*. Si les deux intéressés ne peuvent s'entendre, ils devront procéder à une licitation, sauf, dans tous les cas, leur recours contre leur auteur; mais il n'y aura pas lieu de s'arrêter à cette circonstance que l'un des deux s'est mis ou a été en possession, s'il ne s'agit pas d'un meuble corporel (2) (Voy. t. VII, n° 131).

253. Selon la formule générale de l'art. 1328, c'est le décès *de celui ou de l'un de ceux qui ont souscrit l'acte*, et non pas

(1) Lyon, 6 juill. 1889, S. 92, 2, 37.

(2) *Contrà*, Douai, 3 août 1870, D. 71, 2, 115; Comp. LAURENT, t. XIX, n° 280.

seulement le décès de l'une des parties contractantes, qui donne à l'acte date certaine. Par conséquent un acte authentique nul comme tel, mais valable comme acte sous seing privé, acquerra date certaine du jour de la mort de l'un des témoins signataires ou du notaire rédacteur (1).

Quand l'acte envisagé a reçu date certaine par le décès de l'une des parties, il doit nécessairement être considéré comme ayant commencé d'exister antérieurement à ce décès. Spécialement les actes contenant de la part du mari disposition des biens de la communauté sont opposables à la femme comme faits durant la communauté, quoique, lors de la dissolution de cette communauté, ils n'aient pas encore acquis date certaine, si c'est précisément le décès du mari qui a entraîné cette dissolution et a donné ainsi aux actes émanés du défunt une date nécessairement contemporaine de l'existence de la communauté (2).

254. Les actes sous seing privé acquièrent encore date certaine par la relation de leur substance dans les actes dressés par des officiers publics. La loi indique à titre d'exemple les procès-verbaux de scellé et d'inventaire. Une mention sommaire de l'acte ne suffirait pas; les éléments substantiels de l'acte, c'est-à-dire ceux qui doivent permettre de le reconnaître en le distinguant de tout autre, doivent être constatés. Il s'agit de la constatation de l'existence d'un acte sous seing privé et non d'une convention verbale. La mention d'une telle convention dans un protêt faute d'acceptation serait donc insuffisante (3).

Remarquons enfin que si un acte sous seing privé ayant acquis date certaine par un des moyens indiqués dans l'ar-

(1) AUBRY et RAU, § 756, texte et note 130; DEMOLOMBE, t. XXIX, nos 542 et suiv.; LAURENT, t. XIX, n° 284; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1218.

(2) Cass. 17 fév. 1858, D. 58, 1, 125; Voy. LAURENT, *loc. cit.*, n° 283.

(3) Trib. Arlon, 13 mars 1884, *Cl. et B.* 1886, 761.

ticle 1328, contient la substance d'un autre acte sous seing privé, ce dernier n'acquerra pas également date certaine.

255. L'art. 1328 est limitatif quant à l'indication des circonstances qui peuvent donner à un acte sous seing privé date certaine à l'égard des tiers (1). La certitude légale de la date n'est attachée qu'aux trois circonstances indiquées par le texte. D'autres faits, quoique de nature à exclure toute pensée de fraude, n'auraient pas la vertu d'imprimer à l'acte une date certaine. Il en serait ainsi de la légalisation de la signature émanée d'un magistrat, d'un visa pour timbre, d'un accident qui aurait rendu un des souscripteurs incapable d'écrire, du timbre de la poste qui serait apposé sur un acte, etc. (2). Il peut arriver en effet que les parties, même quand elles rédigent un acte sous seing privé en double exemplaire, prennent la précaution de plier chaque exemplaire en forme de lettre missive, avec un emplacement réservé en blanc pour recevoir l'adresse et le timbre, et s'en fassent réciproquement l'envoi par la poste. Cette précaution pourra mettre leur bonne foi à l'abri de toute suspicion, mais sera insuffisante pour donner à l'acte date certaine (3).

256. Il est généralement reconnu que l'art. 1328 n'est pas applicable aux actes constatant des conventions dont l'objet est inférieur à 150 fr., ou bien constatant des conventions commerciales (4). Par conséquent les lettres missives, en matière de commerce, ont date certaine indépendamment de l'enregistrement, de la mort d'un signataire, ou de leur mention dans un acte authentique.

La même solution peut-elle être étendue aux lettres mis-

(1) Cass. 28 juill. 1858, D. 58, 1, 316 ; Rouen, 22 juin 1872, D. 74, 2, 38.

(2) Voy. Lyon, 3 juill. 1873, D. 74, 2, 38.

(3) Aix, 27 mai 1845, D. 45, 2, 118 ; *Contrà*, Pau, 4 juill. 1833, D. *Répert.*, v° *Vente*, n° 1831 2°.

(4) Lyon, 10 août 1888, S. 90, 2, 113.

sives échangées en matière civile ? L'affirmative est soutenue par le motif que le texte de la loi parle seulement des *actes* sous seing privé, c'est-à-dire des écrits dressés pour constater un fait juridique ; or, dit-on, les *lettres* ne sont pas des *actes* (1).

Il est certain qu'il y a un grand nombre de lettres missives qui ne peuvent être considérées comme des actes. Mais il en est d'autres qui ont certainement pour but et pour objet de constater des faits juridiques, car beaucoup d'affaires se traitent par correspondance. Ces lettres tiennent lieu, dans ce cas, des actes exigés seulement pour la preuve en matière civile (art. 1341) ; il n'y a dès lors aucune raison pour les soustraire à l'application de l'art. 1328, car leur antidate est toujours possible.

Malgré les termes absolus de l'art. 1328, les auteurs et la jurisprudence décident que ce texte n'est pas applicable aux quittances, lesquelles doivent faire foi par elles-mêmes de leur date à l'égard du tiers (2). L'unique motif de cette solution, c'est qu'elle était reçue dans l'ancien droit, et que rien n'indique, dans les travaux préparatoires, l'intention chez les rédacteurs du Code, d'innover à cet égard (2). Mais on comprend qu'un tel argument, s'il était admissible, pourrait mener bien loin.

256 *bis*. Les lettres missives ordinaires, c'est-à-dire qui n'ont pas été écrites, comme celles dont nous venons de parler, dans le but spécial de constater des faits juridiques, peuvent aussi, dans une certaine mesure, être invoquées et produites comme moyens de preuve, sous la restriction dérivant de la nécessité de respecter le secret des correspondances confidentielles.

(1) LAURENT, t. XIX, n° 291 ; Bruxelles, 29 oct. 1829, *Pas.*, 29, 2, 273.

(2) Paris, 6 juin 1885, D. 86, 2, 117.

Celui qui envoie une lettre se dessaisit évidemment de la propriété de cette lettre au profit du destinataire qui l'a fait sienne en la recevant. Mais une lettre reçue n'entre dans le domaine de celui à qui elle était adressée qu'avec le caractère que son auteur a voulu lui imprimer. Donc si la lettre est confidentielle le destinataire n'est propriétaire que d'une lettre confidentielle, c'est-à-dire d'une lettre qui ne saurait recevoir de publicité, ni être produite en justice, contrairement à l'intention de son auteur. S'il en était autrement, la confiance réciproque indispensable pour le maintien des rapports sociaux disparaîtrait complètement. C'est cette idée qu'a voulu exprimer une Cour en déclarant en termes manifestement impropres qu'une lettre missive *appartient exclusivement à son auteur* qui demeure le maître d'en étendre ou d'en limiter la publicité (1). Mais à cela se bornent les droits de l'auteur; il ne pourrait pas agir en restitution contre le destinataire lui-même. On peut cependant admettre que le caractère confidentiel d'une lettre implique, de la part de son auteur, l'intention d'en retenir soi-même la propriété pour n'en laisser au destinataire que la possession personnelle jusqu'à sa mort. En pareil cas, les lettres de cette nature n'appartenant pas à la succession peuvent être revendiquées par leur auteur; et le juge du fait statue souverainement sur le point de savoir si la lettre est ou non confidentielle (2).

Du droit de propriété retenu par l'expéditeur d'une lettre confidentielle, résulte encore cette conséquence qu'un tiers ne saurait malgré lui la produire en justice même avec l'assentiment du destinataire.

Le destinataire ne peut donc tirer parti des lettres par lui reçues, que tout autant qu'elles ne sont pas confidentielles. Dans ce cas elles lui appartiennent absolument, et il

(1) Bordeaux, 2 août 1882, D. 84, 2, 39.
(2) Cass. 9 fév. 1881, D. 82, 1, 73.

peut les invoquer pour son propre compte ou autoriser un tiers à en faire usage. Mais un tiers qui, sans avoir employé aucun moyen illicite ou seulement répréhensible, est devenu détenteur d'une lettre non confidentielle adressée à un autre ne saurait être admis à la produire en justice, comme moyen de preuve, sans le consentement du destinataire.

Il faut reconnaître cependant, que sur les points ci-dessus, la jurisprudence a une tendance marquée à adopter une doctrine beaucoup plus relâchée.

Ainsi il a été jugé : qu'une partie a le droit de se servir en justice d'une lettre confidentielle adressée à un tiers, malgré l'opposition de son auteur et du destinataire, si la lettre a trait aux faits de la cause et n'est pas arrivée entre ses mains par des moyens illicites (1);

Que le principe de l'inviolabilité du secret des lettres ne fait pas obstacle à la production de lettres missives en justice, lorsque ces lettres sont tombées par suite d'une circonstance fortuite, et sans manœuvres déloyales, entre les mains de celui qui prétend les produire (2);

Que ce principe d'ailleurs n'est pas si absolu qu'on ne puisse le faire fléchir dans l'intérêt de la vérité (en matière criminelle), lorsque le moyen employé pour se procurer ces lettres ne constitue pas un procédé délictueux rentrant dans la prohibition de la loi, alors même qu'il blesserait *certains scrupules* (3) !

En matière de divorce et de séparation de corps, de désaveu, d'adultère, etc., on n'hésite pas à blesser ces certains scrupules (4).

Les juges auront à apprécier souverainement la valeur

(1) Orléans, 9 mai 1876, D. 78, 1, 6.
(2) Rouen, 13 nov. 1878; Bordeaux, 13 janv. 1879, D. 80, 2, 190.
(3) Cass. 9 juin 1883, D. 84, 1, 89.
(4) AUBRY et RAU, § 760 *ter;* DEMOLOMBE, t. XXIX, n°s 663 et 664.

probante des lettres missives produites devant eux. Ils pourront, suivant les circonstances, soit les rejeter entièrement, soit les admettre comme faisant preuve entière, soit les considérer comme formant seulement un commencement de preuve par écrit (1).

N° 3. — *Livres des marchands et papiers domestiques.*

257. — Les livres des marchands ne font pas foi en leur faveur, art. 1329.
258. — Ils font foi contre eux, art. 1330.
259. — Du carnet des médecins.
260. — Des papiers domestiques, art. 1331 ;
261. — Peuvent faire foi contre celui qui les a tenus.
262. — Production en justice des papiers domestiques ; quand peut-elle être ordonnée.
263. — Mentions libératoires mises sur le titre par le créancier, art. 1332.
264. — Les présomptions tirées des art. 1331 et 1332 peuvent être combattues par la preuve contraire.

257. Il existe des écritures privées non signées qui, à raison des circonstances dans lesquelles elles ont été rédigées, peuvent procurer au juge une conviction suffisante pour motiver sa sentence.

Ces écritures sont :

1° Les livres des marchands ;

2° Les registres et papiers domestiques ;

3° Les mentions mises à la suite, en marge ou au dos d'un acte.

Le législateur n'avait pas à s'occuper, dans le Code civil, de la force probante des livres de commerce entre commerçants. Ce point est du ressort de la loi commerciale (Voy. art. 12, 13, C. com.). Mais il fallait prévoir le cas où les livres et registres que les commerçants sont obligés de tenir,

(1) Cass. 20 juill. 1880, D. 81, 1. 179.

seront produits dans un litige entre commerçants et non commerçants.

D'abord les commerçants ne peuvent y puiser une preuve complète :

ART. 1329. Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y seront portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Cette disposition doit être étendue aux autres obligations également portées sur les livres, et dérivant, par exemple, d'un prêt ou avance de fonds.

Si les livres sont régulièrement tenus, il pourra en résulter au profit du commerçant un rudiment de preuve autorisant le juge à déférer d'office le serment supplétoire à l'une ou à l'autre des parties (1). Le juge cependant n'est pas obligé de déférer le serment ; il a naturellement un certain pouvoir d'appréciation (2). Mais il ne pourrait pas compléter autrement que par le serment, la preuve rudimentaire résultant des livres, si ce n'est en matière commerciale.

Ainsi, d'après un arrêt, lorsqu'un envoi d'argent a été fait par un commerçant à un de ses créanciers pour règlement de compte, par lettre chargée, avec déclaration d'une valeur inférieure au montant de la somme insérée dans la lettre, le créancier n'est pas fondé à soutenir qu'il n'a reçu que la valeur déclarée, si d'une part il résulte tant des livres régulièrement tenus par l'expéditeur, que des faits de la cause, la preuve que la lettre contenait réellement la somme qu'il prétend avoir envoyée, et si, d'autre part, la lettre est parvenue en parfait état au destinataire (3). La décision est bien rendue si le destinataire était commerçant, ce qui ne résulte pas clairement de l'arrêt; elle ne l'est pas dans le cas contraire.

(1) Cass. 10 mai 1892, S. 92, 1, 577.
(2) Cass. 22 juill. 1872, D. 73, 1, 110.
(3) Rennes, 9 mai 1887, S. 89, 2, 110.

En effet, les livres dont parle l'art. 1329 n'émanant pas du particulier non commerçant à qui ils sont opposés, ne sauraient constituer vis-à-vis de lui un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale ou la prise en considération de simples présomptions.

258. Mais ces livres constituent un aveu, indivisible d'ailleurs, de la part de celui qui les a tenus.

ART. 1330. Les livres des marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage, ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

Cette disposition peut être décomposée en deux parties :

D'après la première, les livres des marchands font preuve contre eux; cette règle doit recevoir son application, même quand les livres sont irrégulièrement tenus, car le commerçant ne doit pas tirer avantage de sa faute ou de sa négligence.

D'après la deuxième partie, l'aveu résultant des livres est indivisible; mais cette règle ne peut recevoir d'application qu'aux livres régulièrement tenus. Quand les livres ne sont pas de nature à inspirer une suffisante confiance, les tribunaux peuvent diviser les énonciations qui y sont contenues.

Puisque les livres des marchands peuvent contenir des éléments de conviction utiles pour le juge, leur présentation en justice peut être ordonnée d'office ou sur la demande de l'adversaire dans les conditions des art. 14 et 15, C. com.

259. Il ne peut être question de la valeur probante des livres qu'à l'égard des marchands ou commerçants. Or il est certaines professions tout à fait étrangères au commerce, mais dont l'exercice comporte la tenue de *carnets* qui ne sauraient à aucun point de vue être assimilés aux livres des marchands, et qui par conséquent n'ont aucune valeur probante. Cependant la jurisprudence les prend quelquefois en considération.

Ainsi, il a été jugé que la nature particulière de l'exercice de l'art médical dispense les médecins soit de l'apport d'une

preuve écrite, soit d'une justification par témoins du nombre de leurs visites, du moment qu'ils produisent des *documents de comptabilité* d'un caractère probant, et si leurs livres ne peuvent au même titre que ceux des commerçants faire foi en justice, les tribunaux peuvent y puiser des présomptions suffisantes pour former leur conviction (1). On peut en effet considérer les médecins comme se trouvant dans le cas de ne pouvoir se procurer une preuve écrite de la créance engendrée à leur profit par les soins donnés à un malade à raison d'une sorte d'impossibilité morale facile à comprendre. La jurisprudence a déjà admis que l'impossibilité morale pouvait produire, au point de vue de la preuve, le même effet que l'impossibilité physique (2).

260. Les papiers domestiques se rapprochent beaucoup des carnets dont nous venons de parler :

ART. 1331. Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui, 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation (*).

Les documents dont il s'agit sont toutes les écritures, signées ou non signées, portées sur des livres, carnets, registres ou feuilles volantes, dans le but de conserver le souvenir des faits relatifs à l'administration domestique.

Les papiers domestiques ne font pas preuve en faveur de celui qui les a tenus; ils ne peuvent même pas servir de commencement de preuve par écrit pour autoriser l'emploi de la preuve testimoniale (3); ils ne pourraient pas davantage autoriser la délation du serment supplétoire, car l'art. 1331

(*) Art. 1331. — L. 5, 6, 7, C. 4, 19, *De probat.*

(1) Trib. Libourne, 13 janv. 1887; Trib. Annecy, 23 juill. 1887, S. 89, 2, 45; Trib. Bruxelles, 31 déc. 1889, S. 90, 4, 16.

(2) Rennes, 26 déc. 1879, S. 80, 2, 214.

(3) Cass. 9 nov. 1842, S. 43, 1, 704, et les autorités citées sous Cass. 31 mai 1881, S. 82, 1, 200.

ne reproduit pas l'exception admise à cet égard par l'article 1329.

Ils ne sont pas cependant destitués de toute force probante. Ils peuvent être invoqués par celui qui les a tenus pour compléter une preuve résultant déjà d'autres documents, d'une comparution des parties ou d'une enquête (1).

Cependant les registres et papiers domestiques peuvent faire titre en faveur de celui qui les a écrits, lorsque l'autre partie est convenue de s'en rapporter à ces registres (2). Mais la convention dont il s'agit devra être prouvée conformément au droit commun.

261. Au contraire les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a tenus, dans les cas indiqués par l'art. 1331.

Le premier cas est relatif aux mentions libératoires au profit de tiers c'est-à-dire constatant soit un paiement reçu, soit un fait équivalent à paiement, novation, remise, etc.

Pour que les mentions dont il s'agit produisent leur effet probant, il suffit qu'elles aient été écrites par celui à qui on les oppose; la date et la signature ne sont pas exigées. Elles pourraient aussi avoir été écrites par un secrétaire ou commis à ce préposé (3). On décide que les mentions de cette nature conservent leur force probante, quoiqu'elles soient biffées, pourvu, bien entendu, qu'elles soient lisibles. Différemment il serait trop facile à la partie de supprimer la seule preuve du paiement à elle fait. Mais comme on est obligé de reconnaître que si la mention biffée ne peut plus être lue, la preuve est anéantie, il est à supposer que l'individu assez peu scrupuleux pour raturer une mention pouvant être invo-

(1) BONNIER, 5e édit., p. 615, note; Comp. LAURENT, t. XIX, n° 348, Cass. 31 mai 1881, D. 82, 1, 58.

(2) Cass. 20 mars 1876, S. 77, 1, 338.

(3) AUBRY et RAU, § 758; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 632; LAURENT, t. XIX, n° 350; Cass. 11 juin 1872, S. 72, 1, 262.

quée contre lui, s'arrangera de manière à la rendre absolument illisible.

Le deuxième cas concerne les mentions obligatoires au profit de tiers.

Les mentions de cette nature doivent manifester, par leur formule, l'intention de celui de qui elles émanent de procurer un titre à l'autre partie. Ainsi on ne pourrait rien induire de la mention suivante : *reçu la somme de..... avancée par N.*, ni même de celle-ci : reçu la somme de..... *prêtée par N.* Il est probable que, dans ce dernier cas, le débiteur a donné un titre spécial à son créancier, et n'a écrit la mention que comme *memento*. S'il opère le remboursement il n'a pas besoin de bâtonner l'écriture, car le titre qu'il avait fourni lui sera remis ou sera détruit. La mention dont il s'agit ne peut donc rien prouver par elle-même. Il en sera autrement si celui qui l'écrit ajoute : *je fais cette mention pour servir de titre à mon créancier.*

La création d'un tel titre étant due à la seule volonté du débiteur, il en résulte que le titre disparaît s'il vient à être bâtonné, quand même il serait demeuré lisible. En effet, puisqu'il n'existait pas d'autre titre entre les mains du créancier, le débiteur s'il a payé, avait parfaitement le droit de supprimer une mention ne correspondant plus à rien. Le créancier avait d'ailleurs suivi la foi de son débiteur en n'exigeant pas la remise entre ses mains d'un titre régulier.

Il peut encore se faire que le prétendu débiteur ayant examiné les pièces relatives à d'anciennes relations d'affaires ait cru y découvrir la preuve qu'il était demeuré débiteur, et alors, pour obéir à sa conscience, il insère sur ses livres la déclaration qu'il doit une certaine somme avec la mention qu'il écrit cette déclaration pour servir de titre à son créancier. Mais un nouvel examen lui démontre qu'il s'est trompé; il doit avoir le droit de biffer utilement une déclaration erronée.

262. La production en justice des livres et papiers domestiques peut être ordonnée sans difficulté :

1° Quand leur existence et leur teneur ont été constatées dans un inventaire (Voy. art. 909 et 941, C. pr. civ.) ;

2° Quand il s'agit de registres et papiers communs aux parties en cause.

Ainsi le juge saisi d'une contestation entre une société de fait, par exemple un ordre religieux non autorisé et l'héritier d'un de ses membres, ne peut refuser à celui-ci la communication des registres ou écritures tenus par ladite société (1).

De même le juge peut ordonner la production par le mandataire ou le gérant d'affaires des livres, notes et papiers relatifs à la gestion par lui exercée, ces documents devant être considérés comme étant communs aux parties (2).

En dehors des deux situations ci-dessus indiquées, on soutient que la disposition de l'art. 1331 ne pourrait recevoir son application qu'autant que la présentation des registres serait faite volontairement (3).

Nous croyons qu'il en est ainsi, et la vérité de cette solution résulte pour nous avec évidence des objections même qu'elle a soulevées ;

« Le droit de demander la production des registres, a-t-on dit, est une conséquence *logique* de l'art. 1331... Il faut que celui en faveur duquel les registres font foi puisse s'en prévaloir, et par suite en demander la représentation ; sinon la preuve que lui offre la loi serait dérisoire ; et peut-on admet-

(1) Toulouse, 9 juin 1877, D. 78, 1, 85.

(2) Rennes, 26 fév. 1879, D. 80, 2, 91.

(3) AUBRY et RAU, § 758, texte et note 16 ; MARCADÉ, sur l'art. 1331; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 205 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 637; Cass. 9 janv. 1878, D. 78, 1, 85; arrêt précité de Toulouse du 9 juin 1877.

tre que la loi établisse une règle sage et juste sans qu'il existe des moyens de la faire exécuter (1). »

Mais on oublie que l'art. 1331 contient avant tout une règle d'interprétation faite pour le juge. La loi dit au juge : quand les papiers domestiques qui seront soumis à votre appréciation contiendront telles ou telles mentions, vous les interpréterez de telle manière, et vous n'accorderez aucune valeur aux autres mentions quelconques ne rentrant pas dans les prévisions du texte. En quoi une telle règle d'interprétation implique-t-elle *logiquement* le droit, pour les parties en cause, de demander la production de registres et papiers *qui, peut-être, n'existent pas!*

« Mais, répond-on, la partie qui demande doit être admise à prouver l'existence des registres, et elle pourrait faire la preuve par témoins et présomptions, par application de l'article 1348, car il n'a certes pas dépendu d'elle de se procurer une preuve littérale de ce fait (2). »

Or l'art. 1348 ne concerne que les faits envisagés comme pouvant établir un rapport de droit entre les parties qui plaident.

Cela étant, en quoi le fait matériel, par une partie, d'avoir tenu des registres ou papiers domestiques, pourrait-il, en soi, être considéré comme de nature à établir un rapport de droit quelconque entre cette partie et une autre personne? En définitive, dans ce singulier système, on verrait un plaideur demander à prouver par témoins ou par présomptions l'existence non pas d'une preuve qui aurait pu être anéantie par le fait de l'adversaire, mais ce qui est tout autre chose, l'existence d'un papier dans lequel, peut-être, on pourrait trouver

(1) LAURENT, t. XIX, n° 355; Conf. TOULLIER, t. VIII, n° 404; DURANTON, t. XIII, n° 210; Dijon, 19 fév. 1873, S. 74, 2, 14; Bruxelles, 14 fév. 1881, *Pas.*, 81, 2, 216.

(2) LAURENT, *loc. cit., ibid.*

quelque chose d'intéressant pour le jugement de la cause, mais dans lequel, peut-être, on ne trouverait rien.

Si une pareille énormité existait dans la loi, il faudrait se hâter d'en demander l'abrogation, car elle fournirait à un plaideur de mauvaise foi un puissant moyen de chantage.

263. Des mentions libératoires peuvent se trouver transcrites à la suite, en marge ou au dos d'un titre; elles ont une certaine force probante d'après les distinctions suivantes :

ART. 1332. L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. — Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu qne ce double soit entre les mains du débiteur.

Si la simple énonciation d'un paiement reçu portée sur un registre tenu par le créancier suffit pour établir la libération, *a fortiori* fallait-il accorder la même force probante à l'écriture non signée mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos du titre même de sa créance, pourvu que le titre soit toujours demeuré en sa possession. S'il en était autrement la mention libératoire aurait pu être portée sur le titre, d'avance, par le créancier, en le remettant à un tiers chargé d'en opérer le recouvrement. La mention libératoire s'identifie avec le titre, car le créancier ne peut produire son titre sans produire en même temps les annotations qu'il y a faites.

Dans son second paragraphe, l'art. 1332 accorde force probante aux mentions libératoires mises par le créancier sur un titre qui, par sa nature, appartient au débiteur et doit se trouver en la possession de celui-ci. Il s'agit par exemple d'une quittance, ou du double remis au débiteur d'un acte sous seing privé constatant une convention synallagmatique. Il arrive souvent en effet que le vendeur mentionne sur le double de l'acte de vente appartenant à l'acheteur les acomptes remis par ce dernier. Ces mentions feront foi pourvu qu'elles

soient écrites par le créancier, qui pourra dénier son écriture et que le titre soit entre les mains du débiteur. Si, pour un motif quelconque, le débiteur avait remis son titre au créancier, on pourrait supposer que ce dernier avait simplement préparé sur ce titre une mention libératoire, et qu'il l'a conservé parce que le débiteur n'a pas effectué le paiement annoncé.

264. Les mentions dont parlent les art. 1331 et 1332 ne sont pas des *actes* puisqu'elles ne sont pas signées. Elles ne sont donc pas protégées par l'art. 1341 qui défend de prouver outre et contre le contenu aux actes. D'un autre côté, la loi ne dénie pas l'action en justice à celui à qui ces mentions pourraient être opposées. Par conséquent les présomptions qui en découlent ne restent pas dans l'ordre de celles contre lesquelles la preuve contraire n'est pas admise. Celui à qui sont opposées les mentions dont il s'agit pourra donc prouver par toutes voies de droit, par témoins et par présomptions que ces mentions sont le résultat de l'erreur ou de l'inadvertance (1).

§ 3. — Des tailles.

265. — Force probante des tailles, art. 1333.

265. Le Code a sanctionné la preuve par *tailles* qui tend à disparaître peu à peu, même dans le commerce des fourrages et celui de la boulangerie où elle était surtout en usage.

Nous croyons inutile de procéder à une description de ce moyen connu de constater certaines fournitures :

ART. 1333. Les tailles corrélatives à leurs échantillons font foi entre les personnes qui sont dans l'usage de constater ainsi les fournitures qu'elles font ou reçoivent en détail.

Il faut d'abord, si l'usage des tailles est contesté, en fournir la preuve.

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1332, n° 10 ; Cass. 20 janv. 1891, S. 91, 1, 115 ; Voy. cep. AUBRY et RAU, § 758, note 16.

Il faut ensuite établir la valeur de chaque marque ou coche transversale. Ainsi, par exemple, il faut qu'on sache, quand c'est un boulanger qui est fournisseur, si chaque coche marque un pain et quel pain. Dans certains pays on distingue entre le *pain de marque* dont la livraison est ordinairement constatée par les tailles, et le pain de qualité supérieure dont la livraison, au même client, est constatée autrement. Le pain qui donne lieu à une coche ou marque a un poids constant déterminé, de sorte qu'on est arrivé à dire, par une interversion des termes, une *marque*, une *demi-marque* de pain, ce qui désigne un pain ayant un poids connu.

Il pourrait aussi arriver que la livraison se fît au kilo, et alors chaque coche désignerait non un pain d'un genre quelconque, mais un kilo de pain ordinaire.

On est généralement d'accord pour admettre les points suivants :

1° Si le nombre des coches n'est pas le même sur l'échantillon et sur la taille, la preuve n'est faite que pour le nombre le plus faible ;

2° Si le consommateur soutient n'avoir jamais reçu l'échantillon, la taille produite ne fera aucune preuve contre lui, si le fournisseur n'établit pas la remise de l'échantillon ;

3° Si le consommateur refuse de représenter l'échantillon, sans contester l'avoir reçu, s'il prétend l'avoir égaré, la taille fera pleine foi, car la négligence du consommateur ne peut rendre sa condition meilleure (1) ;

4° La preuve par taille est considérée comme une sorte de preuve littérale rudimentaire ; donc, même au-dessus de 150 fr. les tailles font foi entre les parties ;

5° Donc lorsque l'échantillon est représenté, les tailles doivent être considérées entre les parties comme un arrêté de

(1) Pessac (Just. Paix), 22 mars 1887, S. 87, 2, 173.

compte susceptible d'empêcher la prescription de six mois ou d'un an (art. 2274).

§ 4. — Des copies des titres.

266. — En quoi consiste un original d'acte. — Force probante des copies quand l'original existe, art. 1334.
267. — Force probante des copies quand l'original n'existe pas, art. 1335.
268. — Copies résultant de la transcription d'un acte sur les registres publics, art. 1336.
269. — Des reproductions d'un acte par la photographie.

266. Un titre original quelconque, authentique ou sous seing privé, peut être littéralement reproduit mot pour mot sur un papier distinct de celui qui a reçu l'original. Cette reproduction matérielle ne deviendra une *copie* que si sa conformité avec l'original a été certifiée par une autorité compétente.

Or les titres sous seing privé tirent leur force probante de la seule signature des parties, et il n'existe pas d'autorité ayant reçu mission de certifier la conformité avec l'original d'une reproduction textuelle d'un acte sous seing privé. Seules les parties qui ont figuré dans un acte sous seing privé pourraient se mettre d'accord afin de reproduire exactement la teneur de cet acte, en la signant toutes ensemble. Mais alors elles auraient en réalité rédigé un nouvel original et non une copie proprement dite.

Par conséquent il ne peut être question de copies que pour les actes authentiques, puisque c'est seulement pour les actes de cette nature qu'il existe des officiers ayant mission d'en dresser et certifier les copies. Donc dans les textes qui traitent de la force probante des copies de titres, il ne peut être question que des copies de titres authentiques.

On comprend que lorsque l'original a disparu ou ne peut être représenté, une certaine valeur probante soit reconnue

aux copies, et même que les copies dressées dans certaines conditions déterminées remplacent l'original. Mais il en est autrement quand l'original existe et peut être consulté :

ART. 1334. Les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que de ce qui est contenu au titre, dont la représentation peut toujours être exigée.

Dans le langage du notariat les copies d'actes authentiques portent le nom de *grosses* ou *expéditions* suivant qu'elles sont, ou non, revêtues de la formule exécutoire.

Dans la pratique des affaires, c'est ordinairement sur la production des grosses ou expéditions que les procès sont instruits, plaidés et jugés. Néanmoins la partie à qui on oppose ces copies a toujours le droit d'exiger la présentation de l'original, c'est-à-dire de la minute, pour en vérifier la conformité avec l'expédition ou la grosse (art. 852, C. pr. civ.). Le dépositaire ou notaire est tenu d'apporter la minute et le requérant doit avancer les frais.

Le juge ne pourrait en aucun cas repousser la demande en représentation du titre original, notamment sous le prétexte qu'elle ne tend qu'à entraver le cours de la justice, et qu'elle n'est en réalité qu'un moyen dilatoire.

Néanmoins si les actes originaux sont en pays étranger, le juge ne pouvant enjoindre utilement à celui qui en est dépositaire d'en effectuer l'apport, pourra rejeter la demande.

L'art. 1334 n'est pas applicable aux extraits des registres de l'état civil. Ces extraits, lorsqu'ils satisfont aux prescriptons de l'art. 45 font foi jusqu'à inscription de faux de leur conformité avec l'original, sans que celui à qui on les oppose puisse exiger la représentation du registre.

Il suffit qu'il soit reconnu que l'original n'existe plus pour que les copies commencent à faire foi. Si l'inexistence de l'original n'est pas reconnue, c'est à celui qui s'en prévaut pour invoquer la force probante des copies, de prouver préalablement que le titre original n'existe plus, ou plutôt ne se trouve

pas dans le lieu où il devait se trouver (1). Il n'est pas nécessaire, cependant, que celui qui produit la copie fournisse la preuve précisément du cas fortuit qui a fait périr l'original, et bien moins encore la teneur et la régularité de l'original.

267. En conséquence de ce qui précède,

ART. 1335. Lorsque le titre original n'existe plus, les copies font foi d'après les distinctions suivantes : — 1° Les grosses ou premières expéditions font la même foi que l'original : il en est de même des copies qui ont été tirées par l'autorité du magistrat, parties présentes ou dûment appelées, ou de celles qui ont été tirées en présence des parties et de leur consentement réciproque ; — 2° Les copies qui, sans l'autorité du magistrat, ou sans le consentement des parties, et depuis la délivrance des grosses ou premières expéditions, auront été tirées sur la minute de l'acte par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, peuvent, au cas de perte de l'original, faire foi quand elles sont anciennes. — Elles sont considérées comme anciennes quand elles ont plus de trente ans ; — Si elles ont moins de trente ans, elles ne peuvent servir que de commencement de preuve par écrit ; — 3° Lorsque les copies tirées sur la minute d'un acte ne l'auront pas été par le notaire qui l'a reçu, ou par l'un de ses successeurs, ou par officiers publics qui, en cette qualité, sont dépositaires des minutes, elles ne pourront servir, quelle que soit leur ancienneté, que de commencement de preuve par écrit ; — 4° Les copies de copies pourront, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements.

Il résulte de ce texte, dont il est inutile de paraphraser les termes, qu'il y a lieu de distinguer, quant à la force probante, trois espèces de copies :

1° Celles qui ont la même force probante que l'original ;

2° Celles qui peuvent servir seulement de commencement de preuve par écrit ;

3° Celles qui ne peuvent servir que de simples renseignements.

268. Au nombre des copies pouvant servir de commencement de preuve par écrit, il faut placer encore celles dont parle le texte suivant :

(1) Trib. Charleroi, 29 janv. 1889, *Pas.*, 90, 3, 66.

ART. 1336. La transcription d'un acte sur les registres publics ne pourra servir que de commencement de preuve par écrit ; et il faudra même pour cela, — 1° Qu'il soit constant que toutes les minutes du notaire, de l'année dans laquelle l'acte paraît avoir été fait, soient perdues, ou que l'on prouve que la perte de la minute de cet acte a été faite par un accident particulier ; — 2° Qu'il existe un répertoire en règle du notaire, qui constate que l'acte a été fait à la même date. — Lorsqu'au moyen du concours de ces deux circonstances la preuve par témoins sera admise, il sera nécessaire que ceux qui ont été témoins de l'acte s'ils existent encore, soient entendus.

L'enregistrement ne présentant pas comme la transcription une copie, mais seulement une analyse sommaire de l'acte enregistré, n'a aucune force probante et ne pourrait servir de commencement de preuve par écrit (1). Tout au plus pourrait-il, comme les copies de copies, servir de simple renseignement.

Or, quel est le caractère des *simples renseignements?* Peut-on les considérer comme des rudiments de preuve dont l'effet serait d'autoriser le juge à déférer le serment supplétoire? Cette opinion a été soutenue (2), mais elle n'est pas justifiée. Quand la loi déclare que les copies de copies peuvent, suivant les circonstances, être considérées comme simples renseignements, c'est évidemment pour qu'on en tienne compte, mais seulement dans les cas où les présomptions sont admises (3).

269. Que faut-il penser des reproductions obtenues par un procédé photographique?

Ces reproductions ne sont pas des copies, ce sont des images. Ainsi on peut concevoir qu'un habile *écrivain*, dans le sens graphique de l'expression, parvienne à reproduire, trait pour trait, avec une rigoureuse exactitude un corps d'écriture. Ce ne sera pas une copie, puisque la conformité

(1) Voy. LAURENT, t. XIX, nos 384 et 385 avec les autorités citées en note.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 304 *bis;* MARCADÉ, sur l'art. 1335 ; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 698.

(3) LAURENT, t. XIX, n° 381.

de la reproduction avec l'original ne peut résulter d'aucune certification officielle. Or il importe peu qu'une telle reproduction soit le résultat d'un dessin tracé par la main de l'homme, ou d'un cliché obtenu par la photographie ; elle ne peut donc avoir, dans aucun cas, aucune espèce de force probante. La conformité de la reproduction avec l'original ne peut en effet exister que pour les yeux, elle ne peut dériver que du rapprochement matériel de l'original et de son image, ce qui implique l'existence et la représentation de l'original lui-même.

L'image, sans l'original à côté, n'a aucune signification, puisque rien ne prouve qu'elle est le reflet de quelque chose de réel; et l'image avec l'original à côté ne sert absolument de rien comme moyen de preuve.

Les reproductions photographiques peuvent cependant être utiles pour faciliter l'étude, à distance, d'une pièce sous signature privée dont la sincérité est suspecte. Or, il n'y a pas de texte qui défende aux notaires de laisser prendre des reproductions figurées des pièces dont la garde leur a été confiée (1). Par conséquent la partie qui a introduit, par exemple, une demande en nullité d'un testament olographe déposé au rang des minutes d'un notaire, peut être autorisée à faire prendre à ses frais, dans l'étude du notaire, sous la surveillance de celui-ci, et sans déplacement, la photographie du testament (2). Le juge des référés est compétent pour autoriser cette reproduction photographique.

§ 5. — Des actes récognitifs et confirmatifs.

N° 1. — *Actes récognitifs.*

270. — Force probante de l'acte récognitif quand il relate la teneur de l'acte primordial, art. 1337.

(1) Trib. Troyes, 13 mai 1879, 80, 2, 201.

(2) Toulouse, 24 nov. 1892, S. 93, 2, 36 ; Caen, 29 juill. 1879, S. 80, 2, 65; *Contrà*, Bordeaux, 7 janv. 1869, S. 69, 2, 230 ; Gand, 29 juin 1889, S. 91, 4, 14.

271. — Des actes récognitifs qui ne relatent pas la teneur de l'acte primordial.

270. Il faut, d'après notre rubrique, distinguer entre les actes récognitifs et les actes confirmatifs.

L'*acte confirmatif*, dont nous parlerons plus loin, est celui par lequel une personne renonce au droit de faire annuler une obligation.

L'*acte récognitif* dont nous allons parler maintenant, est celui qui est rédigé dans le but de reconnaître au profit d'une autre personne l'existence d'un droit de créance déjà constaté au profit de cette dernière par un acte antérieur appelé *titre primordial*.

Les parties font faire un titre récognitif quand le titre primordial est perdu, ou lorsqu'elles craignent sa perte ou sa destruction.

La loi rattache donc le titre récognitif à la preuve littérale.

La force probante attachée à ce titre est réglementée comme suit :

ART. 1337. Les actes récognitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relatée. — Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. — Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes, soutenues de la possession, et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

Nous avons déjà eu l'occasion de faire observer que ces règles ne concernent pas les actes récognitifs de droits réels, notamment les titres récognitifs de certaines servitudes, dont parle l'art. 695 (1) (Voy. t. IV, n° 428).

L'acte récognitif s'appliquait principalement aux prestations périodiques ou perpétuelles ; il portait le nom de *titre nouvel* quand il avait pour objet d'interrompre la prescription.

La force probante des actes récognitifs varie suivant que

(1) Cass. 25 janv. 1893 (rés. par la C. d'appel), S. 93, 1, 244.

la teneur du titre primordial s'y trouve ou ne s'y trouve pas relatée.

La teneur dont il s'agit s'entend, non d'une reproduction littérale de l'acte primordial, mais d'une relation portant sur l'ensemble des dispositions de celui-ci considérées plutôt dans leur esprit que dans leur texte.

Mais cela ne peut suffire; quand un acte récognitif est produit, comment saura-t-on qu'il relate la teneur du titre primordial, si ce titre n'étant pas présenté, toute comparaison est impossible? Il ne suffit donc pas *qu'en fait* les dispositions de l'acte primordial soient relatées dans l'acte récognitif, il faut de plus qu'elles y soient relatées *in formâ speciali*, c'est-à-dire précisément comme étant la *teneur d'un acte primordial* nettement déterminé. Il faut en un mot que l'acte récognitif révèle par lui-même, par les énonciations qu'il renferme, s'il contient ou s'il ne contient pas la teneur d'un acte primordial.

Quand il en est ainsi, quand un acte récognitif indique par ses termes qu'il relate la teneur d'un acte primordial, on comprend qu'il puisse tout à fait remplacer le titre primordial s'il est perdu, et fasse foi par lui-même du fait juridique qui s'y trouve rapporté. Mais comme les parties, on le suppose, n'ont voulu faire qu'un acte simplement récognitif, ne devant produire effet que dans les limites de l'acte primordial lui-même, il en résulte que tout ce qui sera différent du contenu de l'acte primordial sera non avenu, à moins que les parties n'aient voulu faire une novation quant au titre. Par conséquent, tant que le titre primordial existe, le débiteur peut en exiger la représentation afin de vérifier si l'acte récognitif ne contient pas quelque chose de différent.

271. S'il s'agit d'un acte rédigé en la forme ordinaire, *in formâ communi*, c'est-à-dire ne portant pas l'indication qu'il prétend reproduire la teneur même d'un acte primordial, la solution ne peut être la même.

Il résulte de toute l'économie de l'art. 1337 que les actes récognitifs ne relatant pas la teneur de l'acte primordial, n'ont aucune force probante, et ne sauraient dispenser le créancier de produire le titre original.

Néanmoins plusieurs reconnaissances successives *in formâ communi* pourront procurer le résultat qu'une seule serait impuissante à produire, c'est-à-dire d'attribuer au juge le pouvoir de dispenser le créancier de la présentation de son titre primordial. Pour que ce résultat soit possible il faut que les reconnaissances soient conformes entr'elles, qu'elles soient soutenues de la possession, c'est-à-dire de l'exécution même de l'obligation reconnue, et que l'une d'elles au moins ait trente ans de date.... En ce cas le créancier *pourra* être dispensé de présenter le titre primordial, c'est-à-dire que le juge pourra tenir l'obligation pour prouvée, comme aussi et dans les mêmes circonstances, le juge pourra déclarer que l'obligation n'est pas prouvée, et que le créancier doit produire son titre. Si le créancier ne peut faire cette production, il pourra recourir à la preuve testimoniale en vertu du commencement de preuve par écrit résultant de l'acte récognitif lui-même (1).

Ce système est généralement critiqué : La reconnaissance, même ne relatant pas la teneur de l'acte primordial (*in formâ communi*) ne contient pas moins un aveu de la dette, dit-on. Sans doute cet aveu ne pouvant produire d'effet que dans les limites de l'acte primordial ne doit pas dispenser le créancier de la production de cet acte quand il existe. Mais quand ce titre primitif n'existe plus, la reconnaissance qui en est faite dans l'acte récognitif doit faire pleine foi, qu'il s'agisse d'un acte récognitif *in formâ speciali* ou d'un acte récognitif *in formâ communi* (2).

(1) AUBRY et RAU, § 760 *bis*, note 7 ; LAURENT, t. XIX, nos 391 et 392.

(2) LAURENT, *loc. cit.*, n° 393 ; Conf. DEMOLOMBE, t. XXIX, nos 704.

Ces critiques paraissent provenir de cette idée inexacte, que tous les actes récognitifs qui ne relatent pas la teneur du titre primordial ont une valeur égale, au point de vue des indices qu'ils contiennent sur l'existence de la dette reconnue. Par exemple, soit un acte récognitif ainsi conçu : *Je reconnais être obligé de servir à X... la rente constituée à son profit par acte du...* — Un acte de cette nature ne portant aucune indication quant au chiffre de la dette reconnue ni quant à son mode de paiement, etc., on comprend que le juge n'y ait aucun égard quoiqu'il y ait plusieurs reconnaissances semblables et conformes entre elles, et que des paiements aient été effectués, car l'aveu qui en résulte n'a pas une suffisante précision. Si l'acte porte au contraire : Je reconnais être obligé de servir à X... une rente annuelle de la somme de... payable de telle manière, etc., le juge pourra, si les conditions voulues par l'art. 1337 sont remplies, dispenser le créancier de présenter le titre originaire, quoique rien ne prouve que la teneur de ce titre se trouve dans l'acte récognitif. Il y a donc, en définitive, un aveu dont l'étendue et l'effet doivent être appréciés par le juge d'après la circonstance du fait. Voilà pourquoi, dans le cas envisagé, le juge devait avoir des pouvoirs assez larges.

Par la force des choses l'art. 1337 n'est pas applicable dans les matières commerciales, qui admettent, *rectâ viâ*, la preuve par témoins et par présomptions.

N° 2. — *Des actes confirmatifs.*

272. — Notion de la confirmation. Ce que doit contenir l'acte qui la constate, art. 1338.
273. — Confirmation expresse.
274. — Confirmation tacite résultant d'une exécution volontaire.

et suiv. ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1239 ; Comp. LAROMBIÈRE, sur l'art. 1337, n° 17.

275. — Des faits emportant exécution volontaire et de leur appréciation.
276. — Des actes susceptibles de confirmation ; principe et conséquences.
277. — Application aux donations nulles en la forme, art. 1339. Confirmation par les héritiers du donateur, art. 1340.
278. — Suite.

272. L'acte confirmatif est tout fait juridique emportant renonciation au droit de faire annuler une obligation.

Renoncer au droit de faire annuler une obligation, c'est vouloir que cette obligation produise ses effets ordinaires, comme si elle n'était plus atteinte d'aucun vice, sauf le droit des tiers, c'est, en d'autres termes, confirmer l'obligation.

La confirmation peut être expresse ou tacite.

Elle est tacite quand elle résulte d'une exécution volontaire, totale ou partielle de l'obligation annulable.

La confirmation expresse peut être établie par tous les modes de preuve autorisés par la loi.

Si la confirmation expresse est constatée par un acte, soit authentique, soit sous seing privé, cet acte ne pourra atteindre le but en vue duquel il a été rédigé que s'il satisfait à certaines conditions spéciales :

ART. 1338. L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. — A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée. — La confirmation, ratification, ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminées par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers (*).

On voit par ce texte qu'à l'occasion des actes confirmatifs, c'est-à-dire des actes dressés pour constater une confirmation, le législateur s'est laissé aller à traiter de la confirma-

(*) Art. 1338. — L. 30, L. 3 § 1 et 2, D. 4, 4, *De min. XXV annis.*

tion elle-même, matière étrangère à la théorie des preuves. Il eût été plus méthodique de s'en occuper, comme le font d'ailleurs quelques auteurs, dans la section *de l'action en nullité ou en rescision des conventions.*

Quoi qu'il en soit l'art. 1338 s'occupe d'abord des règles concernant l'acte rédigé pour constater la confirmation. Pour être valable, cet acte doit présenter, non la *teneur*, mais la *substance* de l'obligation, c'est-à-dire ce qui permet de la distinguer de toute autre. Il doit contenir en outre, pour éviter toute méprise, mention du *motif* soit de fait, soit de droit (1) de l'action en nullité ou en rescision, c'est-à-dire du vice qui entachait l'obligation. Enfin il doit être rédigé de manière à révéler l'*intention* de réparer ce vice.

273. La confirmation est un fait unilatéral distinct sous ce rapport de la novation et de la transaction. Par conséquent le consentement de la partie qui renonce à attaquer l'acte annulable suffit. L'intervention de la partie au profit de qui a lieu cette renonciation est donc inutile. Si néanmoins cette partie intervient, et si l'acte confirmatif est rédigé dans la forme d'une convention, cette convention demeurera unilatérale. Si l'acte qui la constate est sous seing privé, il n'aura pas besoin d'être rédigé en plusieurs originaux. La confirmation pourra également résulter d'un testament (2), ou de lettres missives dont les termes satisfont aux prescriptions de l'art. 1338 (3).

Quand cet article n'est pas observé, la confirmation n'est pas valablement prouvée. Le moyen doit être soumis aux premiers juges; il ne pourrait être pour la première fois soulevé devant la Cour de cassation (4). Du reste, si la confirmation n'est pas valablement prouvée par un acte récognitif

(1) Cass. 20 avr. 1859, D. 59, 1, 509.
(2) Caen, 26 janv. 1888, S. 89, 2, 171.
(3) Cass. 16 janv. 1882, D. 82, 1, 412.
(4) Cass. 28 nov. 1888, S. 89, 1, 80.

non conforme aux prescriptions de l'art. 1338, ce même acte pourrait, selon les cas, être considéré comme une présomption qui, jointe à l'ensemble des circonstances de la cause, serait de nature à faire rejeter les prétentions du demandeur (1).

274. A côté de la confirmation expresse se place la confirmation tacite résultant de faits impliquant de la part de celui à qui appartenait le droit d'agir en nullité, la volonté de renoncer à la nullité. Le plus significatif de ces faits est indiqué par l'art. 1338 lui-même ; il consiste dans l'exécution volontaire, totale ou partielle, du contrat annulable, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

L'exécution doit être volontaire, c'est-à-dire libre et dégagée de toute influence extérieure. Ainsi l'exécution n'est pas volontaire et, par suite, ne vaut pas confirmation, quand le débiteur a exécuté dans le but d'arrêter les poursuites du créancier (2).

Il faut de plus que cette exécution ait eu lieu en connaissance du vice dont le contrat était entaché et avec l'intention de le réparer (3).

Cette dernière condition est distincte de la précédente; un arrêt doit donc être cassé s'il se borne à dire que l'acte a été volontairement exécuté, s'il ne constate pas en outre que l'exécution a été accompagnée de la connaissance des vices et de l'intention de les réparer (4). « Mais, objecte M. Laurent, en disant que l'acte a été exécuté volontairement, ne dit-on pas, par celà même, qu'il l'a été en connaissance des vices,

(1) Cass. 21 avr. 1875, D. 75, 1, 488.

(2) Cass. 19 janv. 1830, D. 30, 1, 85 ; Comp. DURANTON, t. XIII, nos 282, 284; LAURENT, t. XVIII, no 623.

(3) Cass. 5 mars 1889, S. 90, 8, 12; Comp. Cass. 6 août 1888, S. 90, 1, 117.

(4) Cass. 25 nov. 1857, D. 57, 1, 425; Comp. Cass. 29 juill. 1856, D. 56, 1, 292.

car une exécution faite dans l'ignorance des vices n'est pas une exécution volontaire (1). » Non, car l'expression *acte volontaire* a deux significations : elle désigne d'abord un acte posé librement en dehors de toute influence extérieure ; elle peut aussi désigner seulement un acte posé avec connaissance de cause. Une précision est donc nécessaire.

Cette précision est d'autant plus nécessaire que si l'obligation est entachée de plusieurs vices, l'exécution volontaire peut n'avoir pour effet que de purger un de ces vices seulement, si la connaissance ou l'intention du confirmant a porté uniquement sur ce vice. Ainsi il a été jugé que l'exécution volontaire d'un acte qui couvre le vice résultant de ce qu'il a été fait en minorité, n'est pas un obstacle à l'action en rescision de cet acte pour cause de lésion (2).

275. Il est impossible, on le comprend, d'indiquer par une formule générale quels sont les actes d'exécution qui impliquent renonciation au droit d'agir en nullité. Tout ce que l'on peut dire c'est que ces faits doivent être non équivoques et supposer nécessairement la volonté de maintenir l'obligation.

Ces faits pouvant être douteux, on se demande si celui qui exécute peut, en faisant des réserves, conserver le droit d'agir en nullité. Oui, si l'intention de confirmer est réellement douteuse ; non quand cette intention est rendue manifeste par l'acte même ; les réserves contraires sont en pareil cas inopérantes (3).

On peut se demander encore si les actes dont il s'agit doivent être appréciés par la Cour de cassation ou si l'appréciation des juges du fond est souveraine. C'est dans ce dernier sens que la Chambre des requêtes s'est plusieurs fois pro-

(1) LAURENT, t. XVIII, n° 631.
(2) Cass. 8 fév. 1841, D. 41, 1, 113.
(3) LAURENT, t. XVIII, n° 637.

noncée (1). Mais d'autres arrêts dont la plupart émanent de la Chambre civile, décident au contraire que l'appréciation du caractère légal des faits constitutifs de l'exécution volontaire présente une question de droit rentrant dans les attributions de la Cour de cassation (2). Dans ce système, la décision portant qu'un acte nul a été confirmé par exécution volontaire doit contenir la constatation précise des prétendus faits d'exécution, de manière à permettre à la Cour de cassation d'examiner si ces faits impliquent une renonciation certaine à en invoquer la nullité (3).

Quand le demandeur en nullité a établi l'existence du vice sur lequel il fonde son action, c'est à son adversaire, qui lui oppose l'exécution volontaire de son engagement, de prouver que cette exécution réunit toutes les conditions voulues pour opérer confirmation (4). Cette preuve se fait conformément au droit commun.

276. Le Code donne improprement le nom de ratification à la confirmation dont nous venons de parler. La ratification n'est rien autre chose que l'approbation donnée par une personne aux actes antérieurement faits en son nom par un mandataire (art. 1998). Or l'art. 1338 est sans application aux actes que le mandataire a faits au delà de ses pouvoirs. Par conséquent la question de savoir quels sont les actes qui peuvent être ratifiés, n'a rien de commun avec la question de savoir quels sont les actes qui peuvent être confirmés par application des règles que nous venons d'examiner.

Les actes susceptibles de la confirmation dont l'art. 1338 détermine les conditions, sont, d'après les termes mêmes de

(1) Cass. 4 avr. 1876, 1, 380.
(2) Cass. 29 fév. 1888, D. 88, 1, 224.
(3) Cass. 3 mai 1881, D. 82, 1, 10.
(4) Cass. 26 mai 1886, D. 87, 1, 379 ; AUBRY et RAU, § 337, texte et note 22; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 773; LAURENT, t. XVIII, n° 651; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1247.

la loi : ceux contre lesquels la loi admet l'action en nullité ou en rescision.

On ne peut donc confirmer que les obligations annulables ou rescindables soit à raison d'un vice intrinsèque inhérent à la convention elle-même, soit à raison d'un vice extrinsèque se référant à l'acte destiné à la constater, s'il s'agit d'un contrat non solennel.

Il suit de là :

1° Qu'une renonciation à une nullité n'est soumise aux règles de l'art. 1338 que lorsqu'elle émane de la partie contractante. Ainsi le prêteur qui s'est engagé à ne réclamer collocation qu'à un rang postérieur à celui d'un précédent créancier, ne saurait prétendre qu'il serait recevable à invoquer la nullité de l'hypothèque de ce créancier, faute de l'avoir ratifiée conformément à l'art. 1338 (1);

2° Que la partie qui veut renoncer à son droit d'action par une confirmation, doit avoir la libre disposition de son droit. Par conséquent la question de savoir si la ratification d'un acte annulable opérée par le débiteur, alors qu'un de ses créanciers exerçait déjà en vertu de l'art. 1166, l'action qui lui appartenait, a ou non rendu irrecevable la demande de ce créancier, est subordonnée au point de savoir quel est le vrai caractère de l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier. Si l'on pense comme nous que cet exercice opère une mainmise sur le droit du débiteur et produit des effets analogues à ceux d'une saisie (Voy. t. VII, n° 186), il faut décider que le débiteur ne peut librement disposer de son droit par une ratification, durant l'instance engagée par son créancier en vertu de l'art. 1166. Il en sera autrement dans l'opinion contraire (2);

3° Qu'il n'est pas possible de confirmer les obligations inexistantes;

(1) Cass. 18 juill. 1887, S. 90, 1, 455.
(2) Bordeaux, 26 nov. 1889, S. 91, 2, 233.

4° Qu'on ne peut concevoir davantage la confirmation d'une obligation naturelle, car il n'y a pas d'action en nullité contre une obligation naturelle. Le débiteur peut seulement, avec le concours du créancier, transformer cette obligation civile imparfaite en une obligation parfaite.

Ne sont donc pas susceptibles de confirmation :

a) Les obligations sans consentement, sans objet ou sans objet licite;

b) Les obligations dites sans cause ou sur une cause illicite;

c) Les conventions contraires aux bonnes mœurs, par exemple les pactes sur successions futures;

d) Les nullités d'ordre général, comprenant celles qui ont été établies dans l'intérêt des tiers; les nullités perpétuelles (1), celles qui entachent les substitutions prohibées, les libéralités faites à des corporations incapables (2);

Mais la confirmation deviendra possible à partir du moment où les motifs d'ordre public qui y mettaient obstacle auront cessé d'exister (3);

e) Les nullités dérivant d'un vice de forme dans les contrats solennels.

277. Par conséquent,

ART. 1339. Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale.

C'est l'application spéciale aux donations du principe déjà formulé pour les conventions inexistantes en général (4). Le texte ne parle en effet que des donations nulles en la forme, il est étranger aux autres vices de la donation. Le donateur pourrait donc confirmer la donation qui serait entachée d'une

(1) AUBRY et RAU, § 337; LAURENT, t. XVIII, nos 599, 600; Paris, 22 juill. 1880, D. 83, 1, 171.

(2) Cass. 13 juin 1870, D. 70, 1, 349; Bruxelles, 22 avr. 1872, *Pas.*, 72, 2, 189.

(3) Cass. 6 fév. 1888, S. 90, 1, 49.

(4) Cass. 15 juill. 1878, D. 79, 1, 22.

autre sorte de nullité (1). S'il s'agit d'une donation nulle en la forme, le donateur qui persiste dans sa volonté de donner doit donc refaire la donation en la *forme légale*.

Il n'y a aucun inconvénient à laisser ainsi le donateur lui-même sous l'empire de la règle tant qu'il est vivant. C'est toujours lui qui fait la donation et conserve la qualité de donateur. Il n'en est plus ainsi après son décès. Les héritiers ou ayants cause ne peuvent être autorisés, quel que soit leur désir de respecter les intentions libérales du défunt, à refaire la même donation. La donation qu'ils prétendraient refaire serait toujours par la force des choses, une donation autre que celle qui était émanée de leur auteur; ce serait une donation nouvelle émanée d'eux-mêmes, faite par conséquent dans des conditions toutes différentes de capacité et de disponibilité.

Pour leur permettre de donner effet à la donation même de leur auteur, il fallait leur attribuer, contrairement à la logique juridique la plus évidente, la faculté de confirmer une libéralité que leur auteur ne pouvait confirmer lui-même.

Le législateur n'a pas hésité à le décider ainsi :

ART. 1340. La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception.

Comment expliquer une telle anomalie?

278. Pourquoi une confirmation que l'art. 1339 déclare être impossible pour le donateur est-elle déclarée possible pour ses héritiers ou ayants cause par l'art. 1340? Les auteurs ont vainement cherché dans des considérations abstraites la justification de cette étrangeté. La vérité est que le législateur s'est condamné lui-même. Ce qui est bizarre en effet, ce n'est pas que les héritiers d'un donateur puissent confirmer une donation irrégulière, en la forme, émanée de leur auteur, c'est

(1) AUBRY et RAU, § 337; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 737; LAURENT, t. XVIII, n° 587.

que ce dernier ne puisse pas la confirmer lui-même et soit condamné *à la refaire!*

Or nous avons déjà vu ce qu'il faut penser de la sévérité du législateur en ce qui touche les formes de la donation. La jurisprudence vaincue par l'esprit moderne antipathique aux réglementations non justifiées, s'est vu forcée de consacrer une *absurdité indéniable* en déclarant qu'il suffisait de déguiser une donation sous les apparences d'un contrat à titre onéreux pour être affranchie de toute espèce de formes (Voy. t. VI, n° 191). Le législateur a obéi à une semblable nécessité en édictant l'art. 1340. Mais l'absurdité n'est pas dans l'article 1340, elle est dans la règle formulée dans l'art. 1339.

Il semble que le législateur pour faire accepter la décision de l'art. 1340 ait voulu l'étendre à des cas pour lesquels elle était inutile. Ainsi le texte porte que la confirmation d'une donation par les héritiers emporte leur renonciation à opposer soit les *vices de forme*, soit *toute autre exception*. Cela était manifestement inutile à dire pour les nullités qui ne procèdent pas d'un vice de forme (1).

Les actes de confirmation expresse ou tacite émanés des héritiers ou ayants cause du donateur demeurent naturellement soumis à la règle générale de l'art. 1338 en ce qui concerne les conditions sous lesquelles ils peuvent entraîner renonciation au droit d'invoquer la nullité (2).

On peut se demander si l'art. 1340 est applicable aux autres contrats solennels? La négative est certaine si l'on admet que l'art. 1340 déroge à ce principe fondamental en matière de confirmation qu'il n'est pas possible de confirmer un acte inexistant (3). Cette solution s'impose d'autant plus que la dérogation consacrée par l'art. 1340 s'applique à un acte qui

(1) DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 747 ; LAURENT, t. XVIII, n° 595; Comp. Cass. Belge, 18 mai 1866, *Pas.*, 66, 1, 190.

(2) Cass. 9 juill. 1873, D. 74, 1, 219.

(3) LAURENT, *loc. cit.*, n° 596.

n'est inexistant que par la rigueur excessive d'une loi positive mal faite. Il y a eu cependant quelque difficulté pour la nullité de forme entachant un contrat de mariage; ce point sera examiné en son lieu.

L'art. 1340 ayant pour résultat de créer au profit des héritiers une action en annulation d'une donation qui était inexistante vis-à-vis du donateur, il faut nécessairement que cette action soit prescriptible. Il est logique d'appliquer en ce cas la prescription de trente ans (1).

SECTION II.

De la preuve testimoniale.

§ 1er. — Prohibition de la preuve testimoniale quand le litige dépasse une certaine valeur.

279. — Nécessité d'un écrit quand l'objet de la convention excède 150 fr., art. 1341.
280. — Etendue de l'injonction principale contenue dans l'art. 1341.
281. — Comment il est satisfait à cette injonction.
282. — Détermination de la valeur de la chose.
283. — Des accroissements nécessaires de la valeur demandée, article 1342.
284. — Inefficacité au point de vue de l'emploi de la preuve testimoniale des demandes réduites, art. 1343, 1344.
285. — Cas de plusieurs demandes dont le total dépasse 150 fr., article 1345.
286. — Nécessité de les réunir dans le même exploit, art. 1346.
287. — Prohibition de prouver contre le contenu aux actes, etc.
288. — Suite.

279. Deux personnes se proposent de régler ensemble, au moyen d'une convention, certains intérêts civils ordinaires. Rédigeront-elles un écrit pour conserver la preuve de cette convention, ou bien pourront-elles s'en dispenser, sauf

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 313 *bis* I; *Contrà*, MARCADÉ sur les art. 1339-1340.

à recourir, en cas de difficulté ultérieure, au témoignage de ceux qui auront eu connaissance de la convention?

Il semblerait naturel de laisser les parties intéressées libres d'agir suivant leurs appréciations communes. Mais au XVI^e^ siècle on avait déjà pris en suspicion l'honnêteté, l'indépendance et le désintéressement des témoins; en conséquence et pour protéger des intérêts qui ne réclamaient d'ailleurs aucune protection, l'ordonnance de Moulins (février 1566), complétée plus tard par l'ordonnance de 1667, exigea la rédaction d'un écrit pour toute chose excédant la valeur de 100 livres. Il s'agissait, disait-on, de diminuer le nombre des procès.

La législation moderne s'est laissée entraîner à de semblables idées de protection, et a reproduit la vieille règle du XVI^e^ siècle :

ART. 1341. Il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs; — Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

Cette dernière restriction est la condamnation de tout le système. S'il n'est pas possible de gêner la liberté des parties en matière commerciale, pourquoi et en vertu de quel droit irait-on l'entraver en matière civile?

Quoi qu'il en soit, l'art. 1341 doit être décomposé en deux parties distinctes :

1° La première contient un précepte relatif à la rédaction d'un écrit : *il sera passé acte.....*

2° La deuxième énonce la sanction de ce précepte consistant dans une prohibition de la preuve testimoniale : *et il ne sera reçu.....*

La prohibition de la preuve testimoniale, il importe de le remarquer, n'est donc pas décrétée d'une manière principale; elle est présentée uniquement comme sanction, en quelque sorte pénale, destinée à assurer l'observation de la prescrip-

tion relative à la rédaction d'un écrit. Mais cet écrit, sauf pour les contrats solennels, est seulement requis *ad probationem* et non *ad solemnitatem.*

280. Voyons d'abord quelle est l'étendue de l'injonction principale concernant la rédaction d'un écrit.

Elle s'applique à *toute chose* excédant 150 francs..... Le mot *chose* a ici une portée générale, il embrasse tous les faits juridiques obligatoires ou libératoires. Elle laisse forcément de côté les faits *matériels* ou *simples*, tels que les faits de possession et autres semblables, les griefs donnant lieu à une demande en séparation de corps, les événements de la nature, etc. Sans doute il est fort souvent facile de prévoir, au moment même où ils se produisent, que ces faits pourront donner lieu plus tard à un débat judiciaire, mais même alors il n'était pas possible de soumettre *qui que ce soit* à la nécessité de les constater ou faire constater par écrit. La rédaction d'un écrit suppose qu'il y a deux parties en présence qui sont d'accord ou peuvent se mettre d'accord à l'effet de rédiger l'écrit exigé. Par conséquent lorsque des faits matériels se rattacheront accidentellement à des faits juridiques, ils pourront être établis par témoins, quelle que soit la valeur de l'objet de la contestation à propos de laquelle il y a intérêt à en prouver l'existence (1). Il en sera ainsi notamment dans les cas d'exercice de l'action *de in rem verso* (2), dans les cas de gestion d'affaires (3), etc.

Il peut exister quelquefois une relation étroite entre un fait matériel et un fait juridique, de telle sorte que l'existence du fait matériel étant démontrée, certaines conséquences du fait juridique doivent se produire. Dans ce cas, l'existence du fait matériel pourra être établie par témoins,

(1) Cass. 1er juill. 1874, D. 75, 1, 173 ; Rennes, 5 déc. 1879, D. 81, 2, 218.

(2) Cass. 15 juin 1892, S. 93, 1, 281.

(3) Cass. 2 mai 1892, S. 92, 1, 304.

et l'existence du fait juridique ne pourra au contraire être prouvée par témoins que dans les limites de l'art. 1341. Mais comme le fait matériel tire sa signification et son importance de sa relation avec le fait juridique, il faudra que ce dernier fait soit préalablement établi.

Ainsi, notre art. 1341 a cru nécessaire, pour dissiper certains doutes qui s'étaient élevés autrefois, de déclarer que la règle concernant la nécessité d'un écrit s'appliquait au dépôt volontaire. Or le fait matériel de la violation d'un tel dépôt constitue un abus de confiance. Si ce contrat de dépôt dont l'objet dépasse, on le suppose, la valeur de 150 francs n'est pas constaté par écrit, il ne pourra être prouvé par témoins ou par présomptions, qu'autant que l'existence d'un commencement de preuve par écrit aura été préalablement reconnue (1). Il en sera de même en cas d'un mandat dont la violation constitue également un abus de confiance. Le mandat devra d'abord être établi conformément aux règles du droit civil, à moins qu'il ne soit intervenu en matière commerciale (2). Par conséquent, et d'une manière générale, lorsque la preuve d'un délit est subordonnée à l'existence d'un contrat, ce contrat doit être prouvé d'après les règles établies par le Code civil.

La relation entre un fait matériel et un fait juridique peut quelquefois influer sur la solution d'une question de propriété. Ainsi celui qui a intérêt à se prévaloir de la possession prétend qu'il a possédé par l'intermédiaire d'un fermier ; la preuve par témoins recevable pour établir les faits de possession en matière de prescription acquisitive, ne sera pas admissible pour justifier de la qualité de fermier chez celui qui a posé les faits de possession (art. 1715).

(1) Cass. 3 juin 1892, S. 92, 1, 431.

(2) Cass. 3 janv. 1890, S. 90, 1, 144; Cass. 29 avr. 1889, S. 90, 1, 119.

La même relation entre un fait matériel et un fait juridique pourra aussi se rattacher à l'existence d'un droit de créance, dans le cas, par exemple, d'une faute contractuelle, c'est-à-dire commise dans l'exécution d'un contrat. La preuve du fait matériel, c'est-à-dire de la faute, pourra être faite par témoins, quel que soit le chiffre des dommages-intérêts réclamés. Mais il faudra préalablement démontrer l'existence du contrat par application des règles ordinaires sur la preuve (1). En matière de prescription libératoire, la preuve testimoniale d'actes interruptifs de prescription sera irrecevable si le montant de la créance est supérieur au taux fixé (2).

On voit donc par les diverses précisions que nous venons de faire quel est le champ d'application de la règle imposant la nécessité d'un écrit pour toute chose excédant la valeur de 150 francs.

281. Comment doit-il être donné satisfaction à cette prescription ?

L'art. 1341 répond qu'il doit être passé acte devant notaires ou sous signature privée. L'acte sous seing privé pourra être ce qu'on appelle soit un *billet*, soit une *police ;* il pourra consister aussi en *lettres missives* ou en télégrammes échangés entre les parties. Il est vrai que le télégramme n'est qu'une copie faite par l'administration, et diffère d'une lettre missive en ce que cette dernière porte la signature de son auteur ; mais le télégraphe n'est, comme la poste, qu'un agent de transmission, et il suffit, en conséquence, que l'authenticité du télégramme ne soit pas contestée (3).

(1) Voy. sur tous ces points : AUBRY et RAU, § 761 ; COLMET DE SANTERRE, t, V, n° 315, etc.; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 10, etc.; LAURENT, t. XIX, n°s 405 et suiv., 421, etc.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1257.

(2) C. de just. civile, Genève, 14 mai 1892, S. 92, 4, 40.

(3) Alger, 7 avr. 1884, D. 85, 2, 189.

La rédaction d'un acte n'est exigée que s'il s'agit de constater un fait juridique se rapportant à une valeur supérieure à 150 francs déterminée par le juge lui-même qui pourra, s'il l'estime nécessaire, recourir à une expertise. Il y a cependant certains contrats dont la preuve par témoins est interdite même au-dessous de 150 francs; tels sont : le bail d'un immeuble quand il n'a encore reçu aucune exécution (art. 1715); la transaction (art. 2044); le nantissement (art. 2074, 2085); les ventes de navire (art. 195, C. com.).

282. Il ne faut pas confondre la détermination de valeur ayant pour objet de savoir si la preuve testimoniale est admissible, et la détermination de valeur ayant pour objet la fixation du premier ressort.

Dans ce dernier cas, il faut prendre pour base les documents de la cause tels qu'ils se présentent. En cas d'indétermination l'appel est toujours recevable et les juges ne peuvent recourir à une expertise.

Dans le premier cas, au contraire, peu importent, en principe, les prétentions des parties; la preuve testimoniale sera ou non recevable suivant que la chose considérée en elle-même, a une valeur inférieure ou supérieure à 150 francs, quelle que soit d'ailleurs l'évaluation faite par les parties elles-mêmes. Cependant, lorsque d'après les conclusions de la demande, l'objet du litige n'excède pas 150 francs, la preuve testimoniale sera admissible (1), si l'adversaire ne critique pas cette évaluation comme ayant été faite dans le but d'éluder la loi (2). Le juge pour admettre la preuve testimoniale doit donc constater la valeur de la chose, soit en vertu de son appréciation propre, soit en recourant à une expertise.

Par conséquent une autorisation ayant pour objet un droit général de construire, c'est-à-dire une valeur indéterminée,

(1) Cass. 3 janv. 1881, D. 81, 1, 256.

(2) BONNIER, t. I, n° 159; AUBRY et RAU, § 762, n° 31; LAURENT, t. XIX, n° 440.

ne peut être légalement établie au moyen de la preuve testimoniale, si le juge ne déclare pas que le droit de construire, considéré en lui-même, est d'une valeur inférieure à 150 francs; peu importe que le terrain sur lequel le droit est concédé soit d'une valeur inférieure à 150 francs (1).

De ce que la prohibition de la preuve testimoniale se présente seulement comme sanction en cas d'inobservation de l'injonction légale imposant la rédaction d'un écrit, il suit que pour savoir si cette preuve est admissible il suffit de se demander si, dans le cas proposé, la loi exigeait un écrit. Or, une telle question se réfère nécessairement à l'époque de la naissance du droit prétendu, et non à l'époque de la demande en justice. C'est donc la valeur de la chose au moment de la convention et non sa valeur au moment de la demande qui doit déterminer la recevabilité de la preuve testimoniale, quelles que soient les variations de valeur qui aient pu se produire dans l'intervalle, et sans tenir compte des augmentations ou bénéfices éventuels et incertains (2).

Ainsi, le contrat par lequel deux personnes ont acquis en commun une *obligation* d'une valeur inférieure à 150 francs, peut être prouvé par témoins, alors même que le litige porte sur le partage d'une prime supérieure à 150 francs, échue à cette obligation. En effet, cette prime indéterminée quant à son chiffre, et incertaine dans son existence future, n'a pu entrer dans la détermination de l'opération effectuée par les parties (3).

283. La valeur de l'objet du contrat doit être appréciée en

(1) Cass. 1er avr. 1890, S. 90, 1, 245; Poitiers, 6 mai 1891, S. 92, 2, 108.

(2) Cass. 5 janv. 1875, D. 77, 1, 39.

(3) Même arrêt; AUBRY et RAU, § 762, texte et note 24 et 28; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 315 *bis* II, XI et XII; DEMOLOMBE, t. XXX, nos 33 et suiv.; LAURENT, t. XIX, nos 442 et 453; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1260.

réunissant à la valeur principale celle qui résulte de faits ultérieurs qui ont été prévus par les parties lors du contrat, comme en cas de stipulation d'un intérêt ou d'une clause pénale (1).

Par conséquent :

ART. 1342. La règle ci-dessus s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs.

Pour savoir si on est tenu de rédiger un écrit, il faut donc prévoir les accroissements nécessaires qui doivent se produire dans l'avenir. Cependant l'art. 1342 ne doit-il pas demeurer étranger aux intérêts moratoires courus depuis l'introduction de l'instance? L'affirmative est généralement admise par le motif que la position du demandeur est fixée lors de l'introduction de l'instance, les lenteurs de la justice ne devant pas lui nuire (2). Mais on objecte que, s'agissant d'un prêt avec stipulation d'intérêts, il s'agit en réalité d'un fait complexe comportant un accroissement de valeur pour chaque jour; que dès lors il devait être constaté par écrit, et qu'à défaut d'acte la preuve testimoniale doit être rejetée (3). L'objection nous paraît fondée pour le cas où il s'agit d'un prêt, avec stipulation d'intérêts, d'une somme inférieure à 150 francs. Mais quand il s'agit d'un prêt de pareille somme, sans intérêts conventionnels, il n'y a pas lieu de tenir compte des intérêts moratoires dus seulement du jour de la demande et en vertu de cette demande. Ces intérêts sont en réalité des dommages-intérêts dont la demande s'ajoute à la demande principale. Ils sont dus à raison d'un fait d'inexécution de l'obligation, postérieur à la convention, et qui n'a pas été l'objet de cette convention.

(1) Même arrêt.

(2) DURANTON, t. XIII, n° 319 ; AUBRY et RAU, § 762, note 26 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 316 *bis* III; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1262.

(3) LAURENT, t. XIX.

Si une clause pénale avait été stipulée pour simple retard dans l'exécution de l'obligation, il faudrait réunir au capital la somme dont le débiteur est tenu à titre de peine pour savoir si un écrit doit être rédigé.

L'art. 1342 se place textuellement dans l'hypothèse où la demande porte à la fois sur le capital et sur des intérêts. Mais il peut arriver que le créancier d'une somme supérieure à 150 fr., se borne à invoquer le paiement partiel fait par le débiteur d'un acompte inférieur à 150 fr., soit comme fait interruptif de la prescription, soit comme fait confirmatif de l'obligation supposée annulable. Ce paiement quoique inférieur à 150 fr. ne pourra être prouvé par témoins puisqu'il tend à établir l'existence d'une obligation dont l'objet dépasse la valeur de 150 fr. Si c'est le débiteur qui invoque ce paiement dans le seul but d'établir sa libération partielle, la preuve testimoniale sera recevable.

284. Le demandeur, qui a tout d'abord manifesté la prétention de réclamer à son débiteur, de qui il n'a pas retiré un écrit, une somme ou valeur dépassant 150 fr., chercherait inutilement à éluder la loi en réduisant ensuite le chiffre de sa réclamation :

ART. 1343. Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs, ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

Il ne s'agit pas d'une demande en justice proprement dite, mais de tout document par lequel le créancier a fait connaître que sa prétention excédait le chiffre de 150 fr. Le créancier serait d'ailleurs admis à prouver que sa demande première reposait sur une erreur.

De ce qu'il faut se placer à l'origine de la créance pour savoir si elle devait être constatée par écrit, il suit encore que :

ART. 1344. La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

Par conséquent, si une créance dépassant 150 fr. se divise entre plusieurs héritiers, ceux dont la part dans la créance est inférieure à 150 fr. ne pourront en établir l'existence par témoins. Par conséquent encore si le demandeur réclame moins de 150 fr. et que l'enquête démontre qu'il lui est dû une somme supérieure, le juge ne pourra tenir compte des résultats de l'enquête pour accueillir la demande.

De même si, par l'effet d'un paiement partiel, la créance primitive était réduite à un solde inférieur à 150 fr., la dette pour solde ne pourrait être prouvée par témoins, car il n'y a pas eu novation, et le *solde* n'est rien autre chose qu'un *restant de ce qui était dû* (1). Il faudrait admettre la même solution si le débiteur ayant exécuté *tout de suite* une partie de son obligation, n'était resté, en définitive, débiteur que d'une somme égale ou inférieure à 150 fr. (2). Ainsi un objet a été vendu et livré pour 500 fr. ; l'acheteur paie immédiatement un acompte de 400 fr. On dit que le vendeur pourra prouver par témoins qu'il lui est encore dû 100 fr., car il n'a jamais suivi la foi de son acheteur que pour cette somme. Mais il ne s'agit pas de savoir pour quelle somme il a suivi la foi de l'acheteur. Avec cet argument il faudrait faire dépendre de la foi du créancier la recevabilité de la preuve testimoniale. C'est, au contraire, en se plaçant tout à fait en dehors de la volonté ou de la foi des parties, que le législateur a imposé la rédaction d'un écrit pour tout fait juridique d'une importance supérieure à 150 fr., d'où on prétend, comme dans l'espèce, faire résulter une obligation même réduite à une somme moindre. L'existence de cette obligation *réduite* ne peut, en effet, résulter que de la preuve d'un fait complexe se rattachant à une affaire de 500 fr.

(1) LAURENT, t. XIX, n° 449; *Contrà*, POTHIER, *Oblig.*, n° 790; AUBRY et RAU, § 762, note 18.

(2) *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1261.

D'ailleurs, lorsqu'on devient créancier d'une somme inférieure à 150 fr., même dans des conditions où cette créance ne se rattache à aucun fait antérieur, il faut regarder en quelque sorte le passé, et voir si l'on ne serait pas déjà créancier d'une petite somme dont l'addition à la somme actuelle formerait un total dépassant 150 fr.

Il ne faut pas croire, en effet, que l'art. 1341 s'applique seulement à l'hypothèse d'une créance unique. L'obligation de rédiger un écrit commence au moment où on devient, *en fait*, créancier de plus de 150 fr., quand même cette créance serait le résultat de plusieurs autres.

Ainsi, je vous prête une somme de 50 fr., je ne suis pas tenu de retirer un écrit; plus tard je vous prête une nouvelle somme de 50 fr., cela forme un total de 100 fr., je ne suis pas encore tenu de retirer un écrit. Je vous accorde ultérieurement un troisième prêt de 60 fr.; c'est à ce moment que commence l'obligation de retirer un écrit. Les trois prêts successifs devront être additionnés et compris dans un même billet de 160 fr.

285. Si l'on n'a pas ainsi procédé, la preuve testimoniale ne sera pas reçue :

ART. 1345. Si dans la même instance une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différents temps, si ce n'était que ces droits procédassent par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

Mais ce texte n'est pas applicable lorsqu'il existe des créances dont la loi permet, par exception, la preuve par témoins. Ainsi la preuve testimoniale sera admise si le demandeur réclame 150 fr. pour prêt, et 200 fr. pour dépôt nécessaire. Le montant du prêt peut, en effet, être établi par témoins d'après l'art. 1341, et le dépôt nécessaire rentre dans l'une des exceptions de l'art. 1348.

L'art. 1345 fait, lui-même, une exception nécessaire à la

prohibition de la preuve testimoniale lorsque les droits réclamés par le demandeur procèdent de personne différentes. Il faut aussi comprendre dans cette exception le cas où une personne étant devenu créancière ou débitrice du chef d'une autre personne, le deviendrait ensuite pour son propre compte.

En définitive, l'art. 1345 a pour but de refuser le secours de la preuve testimoniale à celui qui réclame en bloc une somme supérieure à 150 fr., qui est composée de plusieurs autres dettes plus faibles. Mais alors le demandeur pourrait, ce semble, facilement éluder la loi. Ainsi, dans l'espèce plus haut rapportée, il réclamera d'abord les 50 fr., par lui prêtés en premier lieu, sans parler du reste. Alors de deux choses l'une : ou le défendeur se bornera à nier, et alors il sera facile au créancier de prouver par témoins qu'il les a prêtés; ou bien le défendeur protestera en soutenant qu'on cherche à éluder l'art. 1345, et qu'en réalité il s'agissait de 160 fr., et alors il y aura de sa part reconnaissance de la dette entière et il sera condamné.

Aussi le défendeur s'abstiendrait-il probablement de prendre ce dernier parti, et se bornerait à nier. Le créancier prouvera donc qu'il a prêté les 50 fr. réclamés et obtiendra condamnation pour cette somme. Après cela il introduira une seconde action pour l'autre somme de 50 fr., et, enfin, une troisième pour la dernière somme de 60 fr. Il obtiendra ainsi en trois fois ce qu'il ne pourrait obtenir en une seule. Mais cela serait absurde et la loi ne pouvait autoriser un pareil procédé.

286. Le moyen de le rendre impossible n'était pas difficile à trouver :

ART. 1346. Toutes les demandes, à quelque titre que ce soit, qui ne seront pas entièrement justifiées par écrit, seront formées par un même exploit, après lequel les autres demandes dont il n'y aura point de preuves par écrit ne seront pas reçues;

C'est-à-dire que le juge devra les rejeter sans examiner si

elles sont fondées ou non. Ces demandes ne pourront pas être prouvées par l'aveu ou le serment (1).

Remarquons toutefois que la fin de non-recevoir créée par l'art. 1346, ne peut être opposée qu'après le premier procès, de sorte que le créancier aura toujours obtenu le montant de sa première demande. Par conséquent, le créancier qui aura prêté plusieurs sommes inférieures, chacune, à 150 fr., mais dont le total excède ce chiffre, fera bien, s'il a n'égligé de retirer un écrit, et si la bonne foi de son débiteur est douteuse, de réclamer seulement la somme la plus forte pour éviter le risque de tout perdre.

L'art. 1346 s'applique tout aussi bien que l'art. 1345 aux droits et créances non encore exigibles, en ce sens du moins que le demandeur doit indiquer dans l'exploit introductif d'instance, le montant des créances qu'il se réserve de réclamer plus tard. Le juge devra prendre en considération les créances exigibles et celles qui ne le sont pas pour savoir si la preuve testimoniale est ou non admissible (2). On objecte que c'est corriger la loi et non l'appliquer telle qu'elle est : Le législateur, dit-on, veut que le créancier *forme* toutes ses *demandes* par un seul exploit; on ajoute que, de plus, il doit *mentionner* dans sa demande les créances non échues qu'il prétend avoir (3). C'est, au contraire, cette opinion qui méconnaît la véritable économie de la loi et qui tend à la corriger sous prétexte de l'appliquer littéralement. Nous avons reconnu, en effet, que dans le cas de plusieurs dettes successives, chacune inférieure à 150 fr., l'obligation de reti-

(1) AUBRY et RAU, § 762, texte et note 47; LAURENT, t. XIX, n° 468; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1267; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 319 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 77.

(2) AUBRY et RAU, § 762, notes 41 et 42; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 319 *bis* III.

(3) LAURENT, t. XIX, n° 466; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1266.

rer un écrit commençait d'exister au moment où on devient, *en fait*, créancier de plus de 150 fr.; dans le système que nous repoussons, il faudrait arriver à cette conclusion absolument contraire à la loi, que l'obligation de retirer un écrit commence seulement quand on est devenu, *en fait*, créancier de plusieurs dettes formant ensemble plus de 150 fr., mais également exigibles.

L'application de l'art. 1346 doit avoir pour effet de diminuer le nombre des petits procès à juger sur enquêtes. Ce résultat utilitaire a pu entrer dans les prévisions du législateur, mais il paraît avéré que le but principal, sinon unique, de cet article, a été de devenir la sanction de l'art. 1345 (1).

De là il suit que la disposition de l'art. 1346 ne doit pas être applicable.

1° En matières commerciales;

2° Lorsque les créances procèdent de personnes différentes;

3° Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, ou que la preuve par témoins est indéfiniment admissible;

4° Quand les différentes créances réunies n'excèdent pas la somme de 150 francs.

5° Lorsque la contestation ne porte que sur le point de savoir par qui le demandeur a le droit de se faire rembourser des sommes qu'il a payées (2).

Dans les quatre cas ci-dessus la solution sera différente, si l'on considère l'art. 1376 comme ayant été édicté dans le but de diminuer le nombre des procès (3).

287. Lorsque les parties ont obéi à la loi en rédigeant un écrit, il va de soi que la foi due à cet écrit ne saurait être diminuée par une preuve testimoniale contraire, autrement

(1) LAURENT, *loc. cit.*, n° 462.
(2) Voy. LAURENT, t. XIX, n°s 464, 465, 466.
(3) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1266.

l'écrit ne servirait de rien, et la loi aurait imposé une formalité inutile. Il ne peut donc être reçu de preuve par témoin, *contre le contenu aux actes.* Mais il est logique d'admettre encore que ce contenu est complet. L'écrit n'est pas seulement rédigé pour conserver la preuve de ce qu'il contient, mais encore pour limiter à ce qu'il contient toute l'économie de la convention. Donc, il ne doit être reçu aucune preuve par témoins pour établir que l'acte est incomplet, que les parties ont oublié ou négligé de constater par écrit, telle clause, telle modalité de leur convention. C'est ce qu'exprime l'art. 1341 en disant qu'il n'est pas permis de prouver par témoin *outre le contenu aux actes.*

Or, s'il en est ainsi quand les parties ont rédigé un écrit pour obéir à la loi, il doit en être de même quand elles ont rédigé un écrit, alors qu'elles pouvaient s'en dispenser, parce qu'il s'agissait d'une somme ou valeur moindre de 150 francs. Il eût été absurde, en effet, qu'un écrit constatant une convention portant sur une valeur inférieure à 150 francs, n'eût pas la même autorité intrinsèque qu'un écrit rédigé pour une valeur supérieure.

L'art. 1341 repousse encore la preuve testimoniale en tant qu'on voudrait la faire porter *sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes.....* Qu'est-ce que cela peut vouloir dire? C'est qu'il est défendu de prouver par voie d'enquête qu'une clause modificative ou simplement additionnelle a été *verbalement* convenue avant, lors ou depuis l'acte. Par conséquent lorsque un acte a été rédigé, si les parties sont réellement d'accord pour y apporter une modification, elles doivent la constater par écrit (1).

Cela se comprend pour les clauses qu'on prétendrait être antérieures à la convention ou contemporaines de cette même convention. Mais, comment l'appliquer aux modifica-

(1) Cass. 28 mai 1888, D. 81, 1, 481.

tion qui sont le résultat d'une convention nouvelle et distincte de la première? La prohibition de la preuve testimoniale n'est que la sanction de l'injonction qui impose la rédaction d'un écrit : « Or, comment veut-on que les parties constatent dans un acte fait aujourd'hui une convention qui n'est intervenue que plus tard? Cela est absurde (1). » Il faudrait aller jusqu'à décider que lorsque les parties ont réglé par un acte une certaine nature d'intérêts, elles seront à perpétuité liées par ce précédent et ne pourront plus prouver par témoins les conventions nouvelles qui pourraient se rattacher, même d'une manière *insignifiante*, à la convention première, quoique ces conventions nouvelles soient d'ailleurs de nature à être établies par la preuve testimoniale. C'est bien ce qui semble admis par quelques auteurs (2). Les arrêts sont dans ce sens. Il faut cependant reconnaître qu'ils statuent presque toujours dans des cas où il n'y a eu en réalité qu'une seule convention. Ils décident alors que la règle envisagée ne saurait être écartée par le motif que l'acte contre lequel il s'agit de prouver vaudrait commencement de preuve par écrit (3); que le juge peut néanmoins ordonner la preuve par témoins de certains faits dans le but unique d'arriver à déterminer le véritable sens ou la portée d'une clause obscure ou ambiguë (4), et que son interprétation, à ce point de vue, est souveraine, pourvu qu'elle ne contredise pas les termes exprès de l'acte et n'ajoute rien à son contenu (5).

Il a encore été jugé, sous l'influence des idées bizarres

(1) LAURENT, t. XIX, n° 482; *adde*, n°s 481, 471; Conf. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 315 *bis* XX.

(2) AUBRY et RAU, § 763, texte et note 6; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 87; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1270.

(3) Cass. 13 juin 1883, D. 84, 1, 38.

(4) Cass. 31 mars 1886, D. 87, 1, 8; Paris, 4 mars 1887, S. 90, 2, 60; AUBRY et RAU, § 763, note 10; BONNIER, t. I, n° 143; *Contrà*, LAURENT, t. XIX, n°s 479 et 480.

(5) Cass. 20 mars 1888, S. 89, 1, 62.

ayant cours sur *la cause*, qu'une enquête peut être ordonnée, bien qu'elle ne tende *directement* à prouver que la fausseté de la cause énoncée à l'acte, lorsqu'elle a pour but de démontrer *indirectement* le caractère illicite de la cause réelle du dit acte (1).

Enfin, tout le monde reconnaît que la défense de l'art. 1341 ne s'étend pas aux faits juridiques postérieurs à la convention écrite, constituant la simple exécution de la convention par le paiement, ou son extinction par la compensation ou une remise de dette. La preuve testimoniale pourra servir à établir ces faits postérieurs, pourvu qu'ils n'offrent pas un intérêt excédant 150 fr.

288. L'art. 1341 ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a un acte proprement dit contre et outre lequel on veut prouver par témoins, c'est-à-dire un acte dressé avec le concours de toutes les parties intéressées, dans le but de servir de preuve. Il ne s'applique pas aux écrits qui ne sont pas des actes et qui cependant sont admis par la loi comme des preuves littérales, telles que les énonciations contenues dans des registres domestiques et les mentions libératoires émanées du créancier (art. 1331, 1332).

Il est, en outre, reconnu que la prohibition de prouver par témoins ou par présomptions contre et outre le contenu aux actes, ne concerne que les parties contractantes et non les tiers (2). Les tiers qui attaquent un acte comme frauduleux ou simulé peuvent également prouver par témoins la fraude ou la simulation dont ils se plaignent (3).

Si un tribunal avait ordonné par erreur une enquête dans une contestation qui ne la comportait pas, il devrait révoquer son interlocutoire par la sentence définitive, sinon la partie

(1) Cass. 28 août 1877, D. 78, 1, 164.

(2) Cass. 23 mai 1887, S. 89, 1, 407 ; Comp. Cass. 12 juill. 1888, S. 89, 1, 309.

(3) Cass. 22 mars 1876, S. 76, 1, 111.

condamnée pourait interjeter appel. Mais, si devant la Cour, le moyen tiré de ce que la preuve par témoins ou par simples présomptions a été mal à propos admise par le premier juge n'a pas été proposé, ce moyen ne pourra être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation (1).

§ 2. — Admission exceptionnelle de la preuve testimoniale, quoique la demande dépasse 150 fr.

289. — Enumération des cas d'exception.
290. — 1re *exception:* Quand les parties sont d'accord pour admettre la preuve testimoniale dans un cas où la règle générale ne l'admet pas.
291. — 2e *exception:* Matières commerciales.
292. — 3e *exception:* Commencement de preuve par écrit, art. 1347.
293. — De qui doit ou peut émaner cet écrit.
294. — Il doit rendre vraisemblable le fait allégué.
295. — 4e *exception:* Impossibilité pour le réclamant de s'être procuré une preuve écrite, art. 1348.
296. — Application aux quasi-contrats.
297. — Application aux délits, quasi-délits, dol, etc.;
298. — Aux cas de dépôt nécessaire,
299. — Ou d'accidents imprévus,
300. — Et au cas où le créancier a perdu son titre.

289. Les règles formulées dans l'art. 1341 reçoivent exception :

1° Lorsque les parties intéressées sont d'accord pour y déroger;

2° En matière commerciale;

3° Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347);

4° Lorsqu'il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite (art. 1348).

290. Première *exception.*

La première exception se produit, disons-nous, quand les

(1) Cass. 25 avr. 1893, S. 93, 1, 464.

deux parties sont d'accord pour admettre la preuve testimoniale, ou que celle dans l'intérêt de qui ce genre de preuve est repoussé ne s'oppose pas à ce qu'il y soit procédé. Nous n'admettons, bien entendu, cette dérogation volontaire, que dans les matières qui ne touchent pas à l'ordre public et sur lesquelles les parties ont la liberté de transiger.

Sans doute, les prohibitions de la preuve testimoniale ne sont pas étrangères à certaines considérations d'intérêt général, mais elles ont été inspirées, surtout, par une pensée de protection exagérée des intérêts privés. Si, pour obéir au sentiment de l'honneur, pour éviter d'injustes soupçons, les intérêts protégés estiment que la protection de la loi est trop onéreuse, ils peuvent la décliner, car le législateur n'a pas déclaré que sa disposition ne pouvait être enfreinte par la volonté des parties (1). L'opinion contraire se réfute par l'exagération de ses propres formules : Voici comment s'exprime M. Laurent : « Une loi qui interdit la preuve testimoniale par la raison que les faux témoignages corrompraient la Justice et altéreraient la conscience publique, n'intéresse-t-elle pas les bonnes mœurs *au plus haut degré?*.... Que deviendrait l'ordre social si les particuliers pouvaient impunément violer les lois concernant les bonnes mœurs ou l'ordre public (2)? » Mais c'est de la fantaisie pure; comment oser dire que la preuve testimoniale est interdite parce que les faux témoignages pourraient *corrompre* la justice et *altérer* la conscience publique....? C'est parce que les faux témoignages menacent les intérêts privés qu'on a voulu les rendre plus rares, au moins en matière civile. Il n'y a pas d'autre raison. Ce qui peut *altérer* la conscience publique, c'est le

(1) DURANTON, t. XIII, n° 308; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 325 *bis* II; ARNTZ, t. III, n° 379.

(2) T. XIX, n°s 397, 398; Conf. AUBRY et RAU, § 761, texte et note 5; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1255.

spectacle d'une partie qui fait appel au témoignage de ceux qui savent, et qui, malgré l'assentiment donné par son adversaire, est repoussée *au nom des bonnes mœurs*. C'est donc avec raison, croyons-nous, que la jurisprudence française décide que la prohibition de la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr. n'est pas d'ordre public, et que les parties peuvent y renoncer, même tacitement (1).

291. Deuxième *exception*.

Nous savons déjà qu'en matière commerciale il est convenu que l'on peut, sans danger pour l'ordre public ou les bonnes mœurs, admettre sans limites la preuve testimoniale même contre et outre le contenu aux actes (2). (Arg. *a cont.*, art. 41, C. com., au-dessus de 150 fr.). Les juges peuvent l'admettre ou la rejeter selon les circonstances (3).

Si le fait juridique en contestation a le caractère commercial envers une partie et le caractère civil envers l'autre, on applique les principes de la loi civile ou ceux de la loi commerciale suivant la qualité du fait par rapport à la personne contre qui la preuve est demandée (4). Ainsi, dans le cas d'un prêt fait par un non-commerçant à un commerçant, n'ayant un caractère commercial qu'à l'égard de ce dernier, le commerçant assigné en remboursement ne peut, même devant un tribunal de commerce, prouver sa libération que suivant les règles de l'art. 1341. Réciproquement, en matière commerciale, la preuve par témoins est toujours ad-

(1) Cass. 1er juin 1893, S. 93, 1, 285; Cass. 24 août 1880, S. 80, 1, 413; *Contrà*, Trib. de Luxembourg, 23 mars 1892, S. 93, 4, 23; Liège, 3 déc. 1879, *Pas.*, 80, 2, 94; Cass. Belge, 3 janv. 1856, *Pas.*, 56, 1, 178.

(2) Cass. 30 mai 1883, D. 84, 1, 292; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 315 *bis* XXV; AUBRY et RAU, § 763 *bis*, texte et note 3; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 100.

(3) Bruxelles, 8 juill. 1868, *Pas.*, 69, 2, 377.

(4) Cass. 31 mars 1874, D. 75, 1, 229; Liège, 26 déc. 1877, *Pas.*, 78, 2, 195.

missible, même devant la juridiction civile. — En d'autres termes, c'est la nature du fait et non le caractère de la juridiction saisie qui détermine l'admissibilité de la preuve testimoniale (1).

292. Troisième *exception.*

Il n'est pas possible de concevoir un fractionnement de la preuve, c'est-à-dire une moitié, un tiers, un quart de preuve. Mais on peut, au contraire, reconnaître des degrés dans la vraisemblance plus ou moins grande d'un fait. Or, la loi prend cette vraisemblance en considération particulière quand la cause s'en trouve dans certains documents écrits.

Les diverses règles contenues dans l'art. 1341 reçoivent en ce cas une nouvelle exception :

ART. 1347. Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. — On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Lorsqu'un tel document existe, le juge peut ordonner la preuve testimoniale, mais il n'y est pas obligé; c'est pour lui une faculté.

Ce document doit être représenté; son existence ne pourrait être prouvée par témoins. Il pourrait cependant, quoique non représenté, être invoqué comme commencement de preuve, si son existence était reconnue, de bonne foi, par celui à qui on l'oppose.

Il doit consister dans un écrit, reconnu ou vérifié; peu importe qu'il soit ou ne soit pas daté et signé de la partie à qui on l'oppose (2).

293. Si l'écrit émane d'une main étrangère, il pourra encore servir de commencement de preuve contre celui qui l'aura

(1) Gand, 28 mai 1884, *Pas.*, 84, 2, 274.
(2) Cass. 29 juill. 1872, D. 74, 1, 430.

approuvé par sa signature, ou même par son simple paraphe (1).

Nous avons déjà vu que l'acte qui n'est pas authentique par un défaut de formes pourra, s'il n'a été signé que par l'une des parties, valoir à l'égard de cette dernière comme commencement de preuve (*suprà*, nº 227); que les énonciations étrangères à la disposition principale peuvent constituer seulement un commencement de preuve en vertu de l'article 1320 (*suprà*, nº 231), et, qu'enfin, les actes sous seing privé irréguliers peuvent aussi constituer un commencement de preuve (2) (*suprà*, nºs 242, 247). Mais il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un *acte* proprement dit, c'est-à-dire d'un écrit spécialement rédigé pour conserver une preuve; une lettre missive (3), si elle est de nature à pouvoir être produite en justice, une simple note, écrite par celui à qui on l'oppose, pourront valoir comme commencement de preuve.

Il n'est même pas toujours exigé que l'écrit soit rédigé par celui-là même à qui on l'oppose (4). Ainsi, on peut puiser un commencement de preuve :

1º Dans les registres d'un notaire ou d'un marchand, quoique ces registres aient été tenus par des clercs ou employés;

2º Dans les aveux des parties résultant de leur comparution personnelle devant un tribunal, quand il en a été donné acte ou qu'un procès-verbal en a été dressé (5);

3º Dans les procès-verbaux de comparution devant le bureau de conciliation (art. 54 *in fine*, C. pr. c.) (6). Mais certains

(1) Bruxelles, 4 déc. 1879, *Pas.*, 81, 2, 328.

(2) Cass. 7 juin 1882, D. 83, 1, 194; Besançon, 1er déc. 1884, 2, 239.

(3) Cass. 9 juill. 1890, S. 92, 1, 557.

(4) Cass. 16 mars 1881, D. 82, 1, 371.

(5) Cass. 29 déc. 1879, D. 80, 1, 375.

(6) Toullier, t. V, nº 119; Baudry-Lacantinerie, t. II, nº 1275.

auteurs exigent que ces procès-verbaux soient signés de la partie (1);

3° Dans les procès-verbaux d'interrogatoires sur faits et articles (art. 326 à 336, C. pr. c.) (2);

4° Dans les réponses faites dans un interrogatoire devant un juge d'instruction (3);

5° Dans les énonciations insérées dans un exploit ou acte de procédure (4).

Mais on est allé trop loin, à notre avis, en décidant que l'allégation produite dans un inventaire après décès, que l'un des héritiers doit une certaine somme à la succession, rentre dans les prévisions de l'art. 1347, par cela seul que le mandataire de cet heritier présent à l'inventaire n'a pas protesté (5).

Dans ce cas, en effet, le silence du mandataire, qui probablement n'avait reçu aucune instruction spéciale, n'avait aucune signification, et il n'y avait aucun écrit ou aveu émané de celui qui était indiqué comme débiteur.

Il faut, en effet, et c'est la seconde condition exigee par l'art. 1347, que l'écrit produit comme contenant un commencement de preuve, émane de celui à qui on prétend l'opposer, ou de celui qu'il représente, ou de celui, ajoutons-nous, par lequel elle a été représentée (6). Si ce caractère de personnalité fait défaut, il n'y a plus qu'un document émané d'un tiers et qui ne saurait être légalement opposé à la par-

(1) DUVERGIER sur TOULLIER, *loc. cit.*, LAURENT, t. XIX, n° 512; Cass. Belge, 4 mai 1882, D. 84, 2, 90.

(2) Cass. 1er déc. 1880, D. 81, 1, 255.

(3) Cass. 19 déc. 1884, D. 85, 1, 427; Orléans, 17 nov. 1888, S. 90, 2, 91; Cass. Belge, 31 oct. 1887, *Pas.*, 88, 1, 10.

(4) Cass. 5 janv. 1883, D. 83, 1, 366; Gand, 16 mai 1883, *Pas.*, 83, 2, 372.

(5) Bruxelles, 18 avr. 1860, *B. J.*, 60, 993.

(6) Cass. 6 janv. 1891 (deux arrêts), S. 91, 1, 69; Cass. 20 mars 1888, S. 89, 1, 62.

tie qui n'en est pas l'auteur. Il importe peu, dit la Cour de cassation, que l'écrit ait été produit au procès par la partie contre laquelle on le rétorque, et qu'elle en ait fait usage à son profit. L'une et l'autre circonstance ne sauraient, à défaut d'une acceptation expresse de l'écrit, le faire considérer comme émané de la partie elle-même, et comme lui étant devenu propre (1).

Les héritiers représentent leur auteur; donc tout acte émané de ce dernier peut leur être opposé. Le document qui constituait un commencement de preuve par écrit à l'égard du *de cujus* aura nécessairement le même caractère vis-à-vis des héritiers.

De même l'écrit émané du mandataire, en cette qualité, pourra être opposé au mandant (2); peu importe qu'il s'agisse d'un mandataire conventionnel ou d'un mandataire légal.

Enfin un acte émané du débiteur peut être opposé à ses créanciers ordinaires. Ainsi la demande d'une femme ou de ses représentants, tendant à faire déclarer que cette femme s'est obligée solidairement avec le mari, doit être considérée comme étant dirigée contre le mari lui-même; dès lors un acte émané de celui-ci, peut servir à la femme à l'encontre des créanciers du mari, de commencement de preuve par écrit de l'existence de l'engagement solidaire (3).

294. Enfin la loi exige une troisième condition pour qu'un écrit puisse servir de commencement de preuve; il faut qu'il soit de nature à rendre vraisemblable le fait allégué. Il appartient aux juges du fond de décider si l'acte invoqué comme commencement de preuve, rend vraisemblable le fait allégué. Leur appréciation sur ce point échappe au contrôle de la Cour de cassation (4). C'est là une question de fait.

(1) Arrêt précité du 6 janv. 1891.
(2) Nancy, 4 mars 1893, S. 93, 2, 173.
(3) Cass. 19 mai 1890, S. 91, 1, 337.
(4) Cass. 2 mai 1886, S. 90, 1, 326.

Mais en décidant qu'une pièce constitue un commencement de preuve par écrit, les juges apprécient le sens et la portée de l'art. 1347; ils statuent alors sur une question de droit, et leur décision peut être déférée à la Cour de cassation (1).

Nous devons enfin remarquer que la théorie du commencement de preuve par écrit peut recevoir son application, non seulement quand il s'agit d'établir l'existence d'un droit de créance, mais encore lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un droit réel (2).

295. L'impossibilité où s'est trouvé le créancier de faire constater par écrit l'existence de son droit crée une hypothèse forcément en dehors des règles de l'art. 1347 faites seulement pour les cas où la rédaction d'un écrit est possible. En cas d'impossibilité on est en dehors de la règle et non dans l'exception comme semble le dire l'article suivant.

ART. 1348. Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique, — 1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits; — 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte et naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait; — 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit; — 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

Cette disposition s'applique non seulement à l'impossibilité physique et absolue, mais encore à l'impossibilité morale ou relative (3). Nous avons déjà indiqué un cas d'impossibilité morale à propos des médecins créanciers d'honoraires (*suprà*, n° 259). Les n°s 2 et 3 de l'art. 1348 se réfèrent encore à des cas d'impossibilité morale.

(1) Voy. Cass. 28 fév. 1887, S. 90, 1, 325; Cass. Belge, 4 mai 1882, *Pas.*, 82, 1, 121.

(2) Cass. 16 juin 1890, S. 90, 1, 385.

(3) Rennes, 26 fév. 1879, D. 80, 2, 91; Comp. TOULLIER, t. V, n° 139; AUBRY et RAU, § 765, note 3.

Il ne faut pas confondre l'impossibilité morale, avec la crainte de heurter les convenances, ou de blesser la délicatesse de celui à qui l'on devrait réclamer un écrit (1).

Ainsi il a été jugé avec raison que les rapports de parenté existant entre les parties contractantes ne créent aucune impossibilité de retirer une preuve écrite des obligations (2);

Qu'il en est de même de l'usage de ne pas réclamer un écrit pour des fournitures et pour certaines conventions (3), notamment pour louages de services (4).

Mais d'un autre côté on a jugé qu'un mari pouvait être admis à prouver par témoins, vu l'impossibilité morale où il se trouvait de retirer un écrit, la nature et la valeur des réparations faites par lui aux propres de sa femme (5);

Qu'il y a également impossibilité morale pour le marchand de confection et de modes de retirer un écrit des livraisons faites à ses clients (6).

Dans toutes ces hypothèses et bien d'autres encore il y a si peu impossibilité morale, qu'il suffit bien souvent, pour la surmonter, d'invoquer l'adage trivial : *en affaires comme en affaires.*

296. Quoi qu'il en soit, l'art. 1348 indique, pour la règle qu'il édicte, certains cas d'application à titre d'exemples qui n'ont rien de limitatif. Mais il faut toujours supposer que, même dans les cas indiqués, il y a eu impossibilité de retirer une preuve écrite (7).

La première application faite par le texte concerne les

(1) Voy. LAURENT, t. XIX, nos 577 à 579.
(2) Trib. Malines, 3 mai 1877, *Pas.*, 77, 3, 320.
(3) Louvain, 21 juin 1889, *Pas.*, 89, 3, 285.
(4) Bruxelles, 27 fév. 1889, *Pas.*, 89, 2, 349.
(5) Gand, 26 janv. 1870, *Pas.*, 70, 2, 224.
(6) Trib. Anvers, 6 mai 1884, *Cl.* et *B.*, 84, 900.
(7) AUBRY et RAU, § 765, notes 1 et 2; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 321 *bis* II; LAURENT, t. XIX, n° 545; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1277.

quasi-contrats. Par conséquent la preuve par témoins peut être autorisée pour constater les faits dont l'exécution pourrait, indépendamment d'un engagement positif, donner naissance à un droit (1).

C'est ce qui se vérifiera surtout en cas de gestion d'affaires. Ce quasi-contrat pourra être prouvé par témoins, soit sur la demande du gérant, soit sur celle du maître, soit même sur celle d'un tiers qui aurait agi avec le gérant pris en cette qualité (2).

Le paiement de l'indu donne également lieu à un quasi-contrat (art. 1376, 1381). Mais cette circonstance ne suffit pas pour que la preuve testimoniale soit indéfiniment admissible. Celui qui paie par erreur une dette dont il n'est pas tenu, ne se trouve pas dans l'impossibilité de retirer un écrit justifiant le paiement par lui effectué. Il n'y aura donc pas lieu, en ce cas, conformément à l'observation faite ci-dessus, à appliquer l'art. 1348.

Il en sera autrement en matière de rapports à succession dus par un successible. Ils pourront être établis par tous les modes de preuve, car les autres successibles n'ont pu s'en procurer la preuve écrite (3).

297. Il faut appliquer la même règle aux créances résultant d'un délit ou d'un quasi-délit, de la fraude ou du dol. La preuve testimoniale ou par présomptions sera donc toujours admissible en pareil cas.

Il en sera ainsi, notamment, des faits d'adultère, d'excès, sévices et injures graves allégués à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps (4);

Des faits constitutifs du dol ou de la fraude. Ainsi l'héri-

(1) Cass. 2 mars 1881, D. 81, 1, 410.
(2) Cass. 12 mars 1889, S. 89, 1, 249.
(3) Orléans, 2 août 1890, D. 91, 2, 210.
(4) Cass. 13 nov. 1889, S. 90, 1, 388.

tier du créancier qui conteste la libération du débiteur malgré la quittance qui lui est opposée par ce dernier, est recevable à prouver par témoins ou par présomptions, que la quittance dont il s'agit est fictive, et qu'elle n'a pu parvenir entre les mains du débiteur que par fraude ou dol (1);

De même l'héritier réservataire, pour faire déterminer le montant de sa réserve légale, à laquelle des actes simulés porteraient atteinte, est recevable par application de l'article 1348 à employer tous les modes de preuve (2).

La jurisprudence n'a pas manqué d'étendre cette solution aux hypothèses constituant ce qu'on appelle *une fraude à la loi* (3).

La fraude se confond quelquefois avec le délit, dans les cas, par exemple, d'abus de mandat (4).

Enfin il est reconnu que les juges civils, lorsque les pièces d'une procédure criminelle ou correctionnelle sont produites devant eux en vertu d'une communication *non critiquée*, ont une entière liberté pour examiner les résultats de l'information, à l'occasion des faits donnant naissance à la demande dont ils sont saisis (5).

Nous devons d'ailleurs rappeler que si le délit ou le quasi-délit présupposent l'existence d'un fait juridique, par exemple d'un contrat, comme dans le cas de violation d'un dépôt volontaire, on pourra prouver par témoins le fait de la violation du dépôt, mais non l'existence du contrat lui-même de dépôt volontaire, lequel devra être établi, préalablement, conformément aux règles ordinaires, puisque le créancier avait eu la possibilité d'en retirer une reconnaissance écrite.

(1) Cass. 8 janv. 1889, S. 91, 1, 156.
(2) Cass. 27 mai 1887, S. 89, 1, 426; LAURENT, t. XIX, n° 588.
(3) Cass. 11 déc. 1888, S. 89, 1. 73; Cass. 23 juin 1887, S. 90, 1, 291; Cass. 28 août 1877, D. 78, 1, 164.
(4) Cass. 6 août 1889, S. 91, 1, 518.
(5) Cass. 3 janv. 1888, S. 89, 1, 5, et la note.

Cependant, lorsque l'existence d'une convention dont l'objet est supérieur à 150 fr. est contestée, la preuve testimoniale admissible pour établir les manœuvres dolosives qui se rattachent à l'obligation et dont le créancier n'a pu se procurer une preuve littérale, l'est également pour prouver l'existence du contrat lui-même si le dol est concomitant avec la formation même de ce contrat (1).

298. Dans les hypothèses des dépôts nécessaires, effectués en cas d'incendie, ruine ou naufrage, etc., on admet que le déposant, par l'effet d'une impossibilité morale, n'a pu se procurer une preuve écrite du dépôt. Même solution en cas de dépôt dans une hôtellerie, *le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.* Il suffit que les effets des voyageurs aient été déposés dans l'hôtellerie; peu importe à qui ils ont été remis. On peut, à ce point de vue, assimiler à une hôtellerie les maisons publiques (2) et les établissements de bains (3). La responsabilité du dépositaire nécessaire a pour objet non seulement les effets proprement dits qui suivent la personne, mais encore les animaux placés dans les écuries de l'hôtelier ou logeur (4). La preuve testimoniale pourra donc être employée pour établir le fait en cas de contestation.

299. L'art. 1348 § 3 applique l'exception aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, c'est-à-dire au cas où l'on n'aurait pas pu faire d'actes écrits. Il pourrait en être ainsi, par exemple, en cas de discordes civiles, lorsqu'un citoyen, pour se soustraire aux poursuites d'une faction triomphante, emprunte à la hâte une somme d'argent supérieure à 150 fr.

300. D'après la disposition finale de l'art. 1348, les règles prohibitives de la preuve testimoniale reçoivent encore ex-

(1) Cass. 25 mars 1884, D. 85, 1, 205.
(2) Aix, 20 juin 1867, D. 67, 5, 332.
(3) Trib. Rouen, 21 mars 1883, D. 84, 3, 8.
(4) Bourges, 17 déc. 1877, D. 78, 2, 39.

ception lorsque le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par l'effet d'un cas fortuit imprévu et résultant d'une force majeure.

On suppose que les prescriptions légales avaient été observées, et que l'acte dressé en conséquence est détruit par cas fortuit. Sur qui doivent peser les conséquences du cas fortuit? A la fois sur le créancier et sur le débiteur. D'abord sur le créancier dont la situation est devenue plus difficile; il devra prouver en effet :

1° Qu'il existait un acte établissant ou paraissant établir une obligation déterminée;

2° Que cet acte a péri par un cas fortuit ou de force majeure imprévu;

3° Que l'obligation à laquelle l'acte dont s'agit se référait existait réellement.

La position du prétendu débiteur est aussi rendue plus mauvaise. En effet, eu égard à l'importance de la valeur réclamée, il était fondé à espérer qu'on ne pourrait agir contre lui, avec chance de succès, qu'en produisant un titre régulier. Or il va se trouver obligé de subir les conséquences de la preuve testimoniale, c'est-à-dire d'un genre de preuve que le législateur ne voit pas avec faveur.

L'art. 1348 § 4 s'applique aux actes sous seing privé, aux actes authentiques, aux testaments olographes et publics, aux obligations d'un emprunt d'État, mais non à la perte par cas fortuit de valeurs en papier-monnaie ou en billets de banque.

SECTION III.

Des présomptions.

Généralités.

301. — Caractère et définition des présomptions, art. 1349.

301. Le nom de *preuve* est ordinairement réservé aux modes

de démonstration, simples ou légaux, qui s'appuient sur la foi au témoignage.

L'induction qui repose seulement sur des indices pris dans l'ordre physique ou dans l'ordre moral donne lieu à ce qu'on appelle des *présomptions*.

ART. 1349. Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu.

Ou plutôt : tire de l'appréciation d'un fait connu à un fait inconnu.

Cette définition prise à la lettre comprendrait, comme on l'a fait remarquer (1), l'induction tout entière, et par conséquent les preuves proprement dites aussi bien que les présomptions.

Dans la preuve littérale, par exemple, on conclut d'un fait connu, l'existence d'un écrit revêtu de certaines formes, à un fait inconnu, l'existence d'une convention intervenue sur tel point entre telles personnes. Or on ne peut pas dire qu'il y a seulement présomption quand le fait connu est employé suivant son usage naturel. Mais quand le fait connu n'est pas en rapport direct avec le fait contesté, et qu'il faut un raisonnement pour conclure de l'appréciation du premier à l'existence du second, il y a réellement présomption.

Le Code divise les présomptions en *présomptions établies par la loi* et en *présomptions qui ne sont pas établies par la loi*.

ART. 1350. La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont, — 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité ; — 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ; — 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ; — 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.

§ 1er. — Des présomptions établies par la loi.

302. — Enumération, art. 1350.

302. Il va être question, sous cette rubrique, des présomp-

(1) BONNIER, n° 29.

tions légales en général, et spécialement de l'autorité de la chose jugée.

La dernière disposition est le résultat d'une équivoque. C'est mal à propos que l'art. 1350 classe parmi les présomptions l'aveu et le serment, qui fournissent directement, aussi bien que les écrits et les témoins, des preuves proprement dites. Du reste, les rédacteurs du Code n'ont pas persisté dans cette mauvaise classification, puisqu'ils consacrent ensuite à l'aveu et au serment des sections séparées. Néanmoins les arrêts continuent de parler de la *force de présomption légale attribuée à un aveu* (1)! . . . .

Une présomption légale ne peut exister qu'en vertu d'une disposition spéciale de loi déterminant strictement les faits ou les actes auxquels elle est attachée. Le juge n'a pas le pouvoir d'en créer ou d'en admettre d'autres.

Les exemples donnés par le texte se réfèrent :

1° Aux actes que la loi déclare nuls comme faits *en fraude de ses dispositions* d'après leur seule qualité.

Il ne s'agit pas des actes que la jurisprudence considère comme constituant une *fraude à la loi*, c'est-à-dire de certains actes licites ayant pour but, dans l'intention de l'agent d'éluder l'observation d'une loi spéciale (Voy. t. I, n° 201), mais d'actes qui, indépendamment de toute recherche d'intention chez leur agent, sont de plein droit considérés comme constituant une violation directe de la loi. Ainsi la loi prohibe les libéralités qui s'adressent à certaines personnes dans des conditions déterminées. Pour assurer le respect de cette prohibition, les libéralités faites à certains parents ou alliés de l'incapable sont frappées de nullité parce que la loi présume que ces libéralités sont faites en réalité à l'incapable lui-même, les bénéficiaires apparents étant personnes interposées. Il y a là une présomption légale

(1) Cass. 9 janv. 1889, S. 89, 1, 118.

contre laquelle aucune démonstration contraire n'est recevable.

La présomption légale est encore attachée : *aux cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées.* Nous en avons déjà vu des exemples dans les cas des art. 552, 553, 664, 666, 670, 1282, 1283; nous citerons encore les art. 1402, 1408, etc.

Enfin le texte indique comme présomption légale *l'autorité que la loi attribue à la chose jugée.*

Il s'agit uniquement de l'autorité de la chose jugée considérée comme étant un *moyen de preuve* destiné à réaliser la maxime : *res judicata pro veritate habetur.* En effet, quand une contestation a été terminée par un jugement, la loi présume que ce jugement est l'expression de la vérité.

Suivant les auteurs, cette présomption est fondée sur des motifs d'ordre public et d'intérêt social; cela pourrait faire croire que l'autorité de la chose jugée n'existerait pas si les motifs allégués d'ordre public et d'intérêt social n'avaient pas été pris en considération par le législateur. Il n'en est rien; l'autorité de la chose jugée s'impose comme étant d'une nécessité absolue ; il est impossible de concevoir un milieu social même rudimentaire et très imparfait, dans lequel cette autorité n'existerait pas.

La faculté pour les intéressés de soumettre leurs contestations à un tribunal, suppose en effet qu'il existe une juridiction pouvant rendre une décision *utile.* Or il importe peu que cette juridiction soit le tribunal premier saisi, ou un tribunal supérieur. Quel que soit le nombre des degrés de juridiction qu'il y en ait deux, ou qu'il y en ait trente, il faudra bien arriver toujours à une autorité qui sera chargée de dire le dernier mot. Il en est ainsi parce qu'il ne peut pas en être autrement. Voilà ce qui est nécessaire.

Ce qui est contingent, c'est la manière dont le législateur peut arrêter la réglementation d'une telle nécessité. Ainsi on

peut concevoir que le législateur attribue l'autorité de la chose jugée même aux sentences rendues par les premiers juges; on peut concevoir encore, au point de vue de l'exécution de la sentence, que le législateur accorde un effet suspensif à certaines voies de recours et le refuse à d'autres.

C'est donc en vertu de la force même des choses que l'autorité de la chose jugée est rangée au nombre des présomptions légales.

Nous devons ajouter tout de suite, sauf à revenir plus tard sur ce point, que parmi les présomptions légales, les unes peuvent être détruites par la preuve contraire; on les appelle *præsumptiones juris tantum;* les autres ne supportent pas la preuve contraire, on les appelle : *præsumptiones juris et de jure.*

N° 1. — *De la chose jugée. — Décisions auxquelles elle est attachée.*

303. — Il s'agit des sentences judiciaires envisagées uniquement sous le rapport de leur *force probante*, et non de leur *stabilité.*
304. — L'autorité de la chose jugée n'appartient qu'aux actes ayant le caractère de jugement rendu au contentieux.
305. — *Quid* des simples ordonnances ?
306. — Le jugement doit être *définitif;* distinctions.
307. — Portée de la maxime : *L'interlocutoire ne lie pas le juge.*
308. — Suite.
309. — Jugement contenant des réserves.
310. — La chose jugée réside seulement dans le *dispositif.*

303. La chose jugée (1) d'après ce qui vient d'être dit, peut être considérée sous deux aspects. Elle peut d'abord être envisagée sous le rapport de la *stabilité* de la décision rendue, c'est-à-dire de la plus ou moins grande facilité accordée aux parties pour la faire tomber. On peut, dans cet ordre d'idées, distinguer entre les voies ordinaires pour attaquer les jugements, lesquelles sont, en principe, suspensives, et les voies extra-

(1) A consulter sur la chose jugée : POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements;* GRIOLET, *Autorité de la chose jugée;* LACOSTE, *De la chose jugée*, 1894.

ordinaires, qui ne sont pas suspensives. Ainsi les jugements *passés en force de chose jugée* dont parlent les art. 1262, 2052, 2056, 2057 et 2215, C. C., ainsi que les art. 362, 496 et 478, C. pr. civ., sont des jugements contre lesquels les voies ordinaires de recours n'ont point eu lieu ou ont été infructueusement tentées.

En se plaçant à ce point de vue, les uns appellent jugements passés en force de chose jugée, ceux qui se trouvent à l'abri des recours ordinaires, mais qui peuvent encore être attaqués par les voies extraordinaires (1).

D'autres ont ainsi appelé toute décision qui n'est plus susceptible d'aucun recours, soit ordinaire, soit même extraordinaire (2).

Mais ce n'est pas sous le rapport de la *stabilité* de la sentence envisagée que nous devons nous placer. Dans une théorie de la preuve, il faut absolument faire abstraction des règles concernant la possibilité d'exécution immédiate d'une décision. Il faut s'attacher uniquement à la *force probante* de cette même décision. Il faut supposer que la partie qui a succombé devant une juridiction *quelconque*, cherche a recommencer *le même procès* devant la même juridiction ou une juridiction différente. On lui opposera alors que la difficulté soulevée de nouveau a déjà été tranchée par une sentence qui est l'expression de la vérité en vertu d'une présomption *juris et de jure*, qui n'admet pas la preuve contraire. C'est à ce point de vue, celui de la force probante, que les art. 800, C. C. et 174 *in fine*, C. pr. civ., parlent de jugements en force de chose jugée. Sans doute, si le jugement est encore susceptible d'une voie de recours, il pourra être réformé, mais ce ne pourra être que suivant certaines formes de procéder spécialement organisées; en suivant une autre

(1) DURANTON t. XIII, n°s 454 et 455 ; AUBRY et RAU, § 769.
(2) BONNIER (3e édit.), n° 861.

voie, celle d'un procès ordinaire, jamais on ne pourra faire tomber un tel jugement, et ce, par la raison unique qu'il contient une chose jugée, laquelle est l'expression de la vérité (1). Tout ce qu'on peut dire, c'est que le jugement jouit, dès qu'il est rendu, d'une autorité seulement *provisoire* qu'il ne perd qu'au moment où il est frappé d'un recours ordinaire (2).

Par conséquent, il faut attribuer l'autorité de la chose jugée non seulement aux décisions susceptibles d'être réformées par les voies extraordinaires de recours, mais encore à celles qui peuvent l'être par les voies ordinaires, telles que l'opposition et l'appel. Nous devons constater à ce sujet que, dans la pratique, on confond bien souvent l'irrévocabilité d'une décision avec la force probante de cette même décision, et que, dans les plaidoiries et dans les conclusions, on s'exprime comme si l'autorité de la chose jugée n'appartenait qu'aux jugements irrévocables.

304. L'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'aux actes ayant le caractère de jugements. Ainsi ne sauraient y prétendre les décisions prises par les comités des sociétés ayant organisé des concours de n'importe quelle nature, par exemple, des régates (3). Au contraire, les décisions rendues en matière électorale par les commissions municipales acquièrent l'autorité de la chose jugée (4). Quant aux jugements d'adjudication, ils se bornent à constater un contrat judiciaire, ils n'ont donc pas autorité de chose jugée, et leur nullité doit être demandée par action principale ou par exception, et non au moyen d'une voie de recours (5).

(1) Voy. MARCADÉ, sur l'art. 1351, n° 1 ; DALLOZ, *Jurisp. gén.*, v° *Chose jugée*, n°s 17, 53 à 58.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1285.
(3) Cass. 28 mars 1886, S. 89, 1, 330.
(4) Nîmes, 28 mars 1876, D. 77, 2, 29.
(5) Cass. 29 juill. 1890, D. 91, 1, 200.

Il faut de plus que la décision envisagée soit rendue en matière contentieuse. Les actes de juridiction gracieuse ne sont pas susceptibles d'obtenir l'autorité de chose jugée. Nous citerons comme exemples :

Les jugements et arrêts qui admettent les adoptions (art. 357, 359) (1);

Qui autorisent l'aliénation d'un immeuble dotal (art. 1558 et 1559) (2);

Qui homologuent un avis du conseil de famille (art. 458). Le recours contre ces décisions même homologuées par justice, devra donc être exercé non par voie d'appel, mais par voie d'action principale ou incidente devant le tribunal compétent (3);

Qui homologuent une transaction, un concordat ou un autre contrat.

Quid des jugements qui homologuent un partage? Ce sont, en principe, des actes de la juridiction gracieuse qui ne font pas obstacle à ce que le partage soit remis en question, notamment pour cause de lésion. Il en est autrement quand le tribunal, soit après discussion et constatations, soit sur des conclusions formelles, même non contestées, a déterminé les bases d'après lesquelles les opérations du partage devraient avoir lieu (4). Dans ce cas il fait acte de juridiction contentieuse, et l'autorité de la chose jugée doit s'attacher tant au jugement qui a fixé les bases du partage qu'à celui qui a ultérieurement prononcé l'homologation (5).

On rattache encore à la juridiction gracieuse les jugements

(1) Trib. Villefranche, 2 déc. 1880, D. 81, 3, 29.

(2) Agen, 29 mars 1892, D. 92, 2, 253; Trib. Lombez, 19 fév. 1891, S. 93, 2, 97; Comp. Cass. 7 janv. 1878, D. 79, 1, 13.

(3) Voy. AUBRY et RAU, § 769, texte et note 1.

(4) Ex. Cass. 29 mai 1888, S. 89, 1, 68.

(5) Cass. 27 oct. 1885, D. 86, 1, 37; Cass. 29 mars 1866, D. 66, 1, 494; AUBRY et RAU, § 626; DALLOZ, *Jur. gén.*, v° *Chose jugée*, n° 372.

qui prononcent l'envoi en possession des biens d'un absent (art. 120).

Les jugements convenus ou passés d'accord, appelés aussi jugements *d'expédient*, semblent présenter le caractère gracieux, puisqu'ils ont pour but de donner la forme d'une décision judiciaire à une simple transaction. Il est admis toutefois qu'on ne peut attaquer ces jugements que par les mêmes voies que les autres décisions judiciaires ordinaires, et non par l'action principale en nullité. Mais, si l'on peut concevoir l'exercice du pourvoi en cassation, de la requête civile, de la tierce-opposition, il n'est pas possible d'admettre la possibilité d'un appel, puisque la présentation aux juges du projet convenu emporte acquiescement anticipé; ce jugement obtient donc force de chose jugée (1).

Les jugements par lesquels il est donné acte d'une offre, d'une promesse ou d'une réserve, ont force de chose jugée quant à l'objet du *donné acte*. Si les réserves se trouvent contestées, la question réservée est un droit acquis protégé par l'autorité de la chose jugée.

305. Parmi les diverses ordonnances que rendent soit les présidents des tribunaux, soit les juges par eux commis, il en est qui sont simplement des actes utiles pour l'instruction de la cause, par exemple, l'ordonnance par laquelle un juge-commissaire fixe le jour d'une enquête; les autres sont de véritables jugements rendus en matière contentieuse, et ont par conséquent l'autorité qui appartient aux décisions de cette nature.

Cependant les ordonnances de référé ne statuant que provisoirement, sans faire aucun préjudice au principal, ne peuvent avoir, *quant à ce*, l'autorité de la chose jugée (2).

(1) Dalloz, v° *Jugement*, n^os^ 22 et 23; v° *Appel civil*, n^os^ 289 et suiv.

(2) Cass. 28 juin 1892, S. 93, 1, 415; Paris, 26 fév. 1892, D. 92, 2, 311.

Les ordonnances de référé se rapprochent beaucoup des jugements *provisoires*. Bien que, quant au fond, les droits des parties demeurent absolument intacts, l'appel d'une telle ordonnance peut avoir lieu immédiatement, parce que l'exécution n'étant subordonnée à la dation d'une caution que si le demandeur se trouve assujetti à en fournir une, peut causer un préjudice irréparable à la partie qui subit cette exécution.

306. On dit encore, d'une manière générale, que pour obtenir l'autorité de la chose jugée, un jugement doit être *définitif*, c'est-à-dire de nature à terminer la contestation, par opposition aux jugements simplement *provisoires*, c'est-à-dire contenant une condamnation *provisionnelle*, comme on disait autrefois (1). Mais il est incontestable que les jugements de cette nature confèrent à l'une des parties certains droits dont le retrait obtenu par les voies légales pourra seul la priver, de sorte qu'on peut dire que le jugement provisoire quant au principal est définitif quant à la provision.

Il est intéressant, même au point de vue civil, de constater qu'en droit criminel l'autorité de la chose jugée ne s'attache également qu'aux décisions définitives. Elle ne saurait appartenir aux ordonnances et aux arrêts de non-lieu qui, susceptibles de tomber, en cas de survenance de charges nouvelles, n'ont qu'un caractère provisoire. Dès lors ces décisions, quels qu'en soient les motifs, ne peuvent exercer d'influence sur l'action civile portée devant les tribunaux civils (2).

Il n'est pas nécessaire, ainsi que nous l'avons démontré en commençant, que le jugement définitif soit inattaquable, c'est-à-dire à l'abri de tout recours soit ordinaire soit extraordinaire. Ce point est aujourd'hui formellement reconnu. Un jugement rendu, même en premier ressort, est immédiate-

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 850; TOULLIER, t. X, n° 95.
(2) Cass. 28 nov. 1888, S. 89, 1, 80.

ment revêtu de la présomption de vérité qui caractérise la chose jugée. Tant que le jugement n'a pas été attaqué par la voie de l'appel, celui contre qui il a été rendu n'est pas recevable à élever en justice une prétention contraire à ce qui a été jugé (1).

Il en est de même, soit en matière civile, soit en matière commerciale, d'un jugement rendu par défaut, contre le défendeur, tant qu'il n'a pas été attaqué par la voie de l'opposition (2). Que faut-il penser d'un jugement de défaut-congé prononcé contre le demandeur? Il faudrait, dit-on, admettre la même solution si le juge était obligé de vérifier les conclusions du demandeur, comme il doit vérifier celles du défendeur (art. 150, 154, C. pr. civ.). Comme il n'en est pas ainsi, il faut décider, ce semble, que la sentence de défaut-congé ne produit pas l'effet de la chose jugée, et met seulement le demandeur hors d'instance, sans que le tribunal statue sur le fond de la demande (3). Mais dans ce système le demandeur pourrait reproduire indéfiniment sa demande, ce qui suppose qu'il ne peut pas faire opposition. Or, la loi lui permet de faire opposition, donc tant pis pour lui s'il n'a pas fait opposition et a ainsi laissé le jugement passer en force de chose jugée (4). Par conséquent un arrêt rendu par défaut contre l'appelant et devenu définitif faute d'avoir été attaqué par opposition dans le

(1) Cass. 7 juill. 1890, S. 91, 1, 25; POTHIER, *Oblig.*, nos 852, 853; MARCADÉ, sur l'art. 1351; BONNIER, 5e édit., par LARNAUDE; GARSONNET, *Précis de proc.*, t. III, p. 329, V; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II; Comp. AUBRY et RAU, § 760; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 288; *Contrà*, DURANTON, t. III, nos 454 et 455; ARNTZ, t. II, n° 404; LAURENT, t. XX, n° 17.

(2) Poitiers, 3 mai 1886; Trib. Seine, 6 mars 1886, cités en note sous l'arrêt précité du 7 juill. 1890; Paris, 18 mars 1875, 78, 2, 49.

(3) FAVARD, *Rép.*, v° *Jugement;* BONCENNE, t. III, p. 161; TALANDIER, *De l'appel*, n° 75; Trib. Charleroi, 26 mars 1888, *Pas.*, 89, 3, 97.

(4) LAURENT, t. XX, n° 19; MERLIN, *Quest.*, v° *Appel*, § 1; DALLOZ, *Appel civil*, n° 245; Chambéry, 12 janv. 1863, D. 64, 2, 43.

délai, n'a pas seulement pour résultat de faire considérer l'appel comme non avenu, mais encore communique l'autorité de la chose jugée à la décision des premiers juges, et fait obstacle, par suite, à ce que cette décision soit frappée d'un nouvel appel principal, alors même que le délai de l'appel ne serait pas encore expiré. Les arrêts s'efforcent parfois d'éluder la difficulté en consacrant des solutions hybrides favorables au plus intolérable arbitraire; ainsi il a été décidé qu'un jugement de défaut-congé déclarant le demandeur *mal fondé* dans sa demande et l'en déboutant, n'a pas *forcément* l'autorité de la chose jugée sur le fond du droit; que, par suite, on peut, *par interprétation des motifs de ce jugement*, devenu pourtant définitif, admettre le demandeur à renouveler ultérieurement sa demande (1)!

Les jugements préparatoires sont plutôt des actes de procédure destinés à faciliter la marche de l'instruction que des décisions proprement dites (art. 452, C. pr. civ.). Ils n'emportent donc pas chose jugée.

307. On dit la même chose des jugements interlocutoires, à cause de la maxime mal comprise : *l'interlocutoire ne lie pas le juge*. Quelques auteurs avaient conclu de cette formule que les juges n'étaient pas liés en ce sens qu'ils pouvaient n'avoir aucun égard à l'interlocutoire par eux ordonné, qu'ils pouvaient le modifier à leur gré et même le rétracter tant qu'ils demeuraient saisis de l'affaire (2). Cela est absolument faux; quand le juge a ordonné une enquête, une expertise, une prestation de serment, il n'a plus le droit de déclarer inadmissibles, cette même enquête, cette même expertise, cette prestation de serment. Les parties peuvent interjeter appel, si elles le veulent, et obtenir ainsi la réformation de la sen-

(1) Orléans, 14 août 1880, D. 81, 2, 134.

(2) POUJOL, *Traité des oblig. sur les art.* 1349 *à* 1352; BERRIAT-SAINT-PRIX, *Cours de proc.*, p. 233, note 40.

tence, mais le juge ne saurait se réformer lui-même, et décider que telle mesure d'instruction par lui ordonnée n'aura pas lieu. On peut dire en ce sens, que *l'interlocutoire lie le juge*, ou plutôt que *le juge est lié à l'interlocutoire*. Mais comme l'interlocutoire est ordonné pour éclairer la religion du juge, en tant que de besoin, le juge n'est pas lié par le préjugé qu'il pourrait jeter sur la décision ultérieure du fond; il n'est pas lié au résultat de la mesure d'instruction qui a été ordonnée. En ce sens, *l'interlocutoire ne lie pas le juge* qui conserve jusqu'à la fin une liberté complète d'appréciation, et pourra décider sans tenir compte des résultats de la mesure d'instruction, ou par des motifs différents de ceux qui ont été fournis par cette mesure elle-même (1).

308. Certaines précisions sont nécessaires sur ce point.

Il peut se faire qu'un jugement ou arrêt ordonnant un interlocutoire statue en même temps sur le point même qui fait l'objet du litige. A ce point de vue, il a tous les caractères d'un jugement définitif susceptible, faute d'un recours légal dans les délais de droit, d'acquérir l'autorité de la chose jugée. Il s'agissait, par exemple, de déterminer les limites d'un fleuve soumis au flux et au reflux. La contestation portait, principalement, sur le point de savoir d'après quelle méthode et à quelle époque il fallait calculer soit la *hauteur moyenne*, soit *la plus grande hauteur* des eaux. Un arrêt interlocutoire donna cette mission à des experts en leur indiquant la méthode à suivre, et l'époque qu'ils devaient envisager pour rechercher les limites, en prenant pour base *la plus grande hauteur des eaux*, avec exclusion de toute autre méthode. Tous ces points étaient définitivement jugés. Or, c'est par application d'une méthode toute différente que la décision rendue sur le fond fixa les limites du fleuve d'après *la hauteur moyenne* des eaux

(1) Cass. 18 déc. 1889, S. 90, 1, 344; Cass. 6 nov. 1888, S. 89, 1, 302.

envisagée à une époque différente. Il y avait là évidemment une violation de chose jugée (1).

De même, lorsqu'en ordonnant une expertise les juges indiquent particulièrement les titres et documents sur lesquels les experts pourront s'appuyer en excluant d'autres titres, la décision est définitive quant à l'inadmissibilité des titres exclus (2).

Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a décidé que le jugement non frappé d'appel qui a subordonné l'allocation d'une indemnité à une expertise prescrite pour rechercher l'étendue d'un certain préjudice, avait force de chose jugée en ce sens que l'attribution d'une indemnité restait subordonnée à la constatation d'un dommage (3). Mais c'est là une sorte de sentence conditionnelle qu'il est impossible d'approuver. Il ne saurait être permis de subordonner ainsi une condamnation à la preuve de l'un des faits allégués par le demandeur, de telle sorte que la partie condamnée, *en principe*, puisse se trouver, plus tard, gagner définitivement le procès (Voy. t. VII, n° 146). C'est une conséquence de la doctrine erronée, plus haut réfutée (Voy. t. VII, n° 145), d'après laquelle les tribunaux peuvent prononcer, à titre purement comminatoire, des dommages-intérêts, et finalement débouter le demandeur de sa demande, sans porter atteinte à la chose jugée (4). Le Conseil d'État a consacré avec raison la doctrine contraire (5).

309. Le jugement qui réserve les droits des parties n'est pas susceptible, quant aux droits réservés, de passer en force de chose jugée, et aucune partie ne peut s'en prévaloir comme d'une solution définitive (6).

(1) Cass. 5 nov. 1890, D. 91, 1, 149.
(2) Cass. 19 nov. 1888, S. 89, 1, 62.
(3) Cass. 5 avr. 1892, S. 93, 1, 178.
(4) Cass. 28 nov. 1888, S. 89, 1, 369 et la note.
(5) Cons. d'Etat, 31 mai 1889, S. 91, 3, 71.
(6) Cass. 31 janv. 1876, D. 77, 1, 230; LAURENT, t. XX, n° 29.

Dans le cas précité il n'y a pas eu de décision sur les droits *réservés*. Mais, quand un jugement rejette une demande ou une exception faute de preuve, il y a réellement décision, et il ne saurait dépendre du juge de restreindre, par une clause quelconque, l'autorité que la loi attache aux jugements définitifs (1). Cependant, la Cour de cassation permet de reproduire une demande ou une exception rejetée par le tribunal faute de preuve, si le juge a manifesté, expressément ou tacitement, son intention de ne statuer que *quant à présent* ou *en l'état* (2). C'est du pur arbitraire; les juges ne peuvent ainsi laisser la porte ouverte à toutes les chicanes de l'avenir, contrairement, d'ailleurs, aux conclusions précises dont ils sont saisis.

310. C'est une notion vulgaire que l'autorité de la chose jugée s'attache uniquement au dispositif des jugements (3) et ne doit pas être recherchée dans les motifs (4). Donc, quelle que soit la netteté avec laquelle les motifs d'un jugement indiquent dans quel sens doit être conçue la solution à intervenir, cette solution ne pourra pas passer en force de chose jugée, si elle n'a pas fait l'objet d'une décision véritable, et si le dispositif est resté muet à cet égard (5).

Cette déduction à la fois simple et logique est facile à comprendre. Mais elle suppose que le dispositif, s'il paraît incomplet et ne pas contenir tout ce qu'il devrait contenir, peut, du moins, se suffire à lui-même quant à l'intelligence de ce qu'il contient. Or, il n'en est pas toujours ainsi; le dispositif peut n'être pas suffisamment clair. En conséquence,

(1) Voy. TOULLIER, t. X, nos 121 et s.; AUBRY et RAU, § 769, note 13; GARSONNET, § 461, texte et note 11; LACOSTE, nos 112 et suiv.; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1351, n° 24.

(2) Cass. 20 juill. 1885, D. 86; Cass. 17 juin 1872, D. 72, 1, 461.

(3) Cass. 10 fév. 1891, S. 91, 1, 248.

(4) Cass. 21 juill. 1890, D. 91, 1, 15.

(5) Cass. 16 fév. 1876, S. 76, 1, 207 et les renvois; Douai, 28 avr. 1874, D. 75, 2, 49.

tous les auteurs proclament la nécessité de consulter les motifs du jugement, soit pour expliquer le véritable sens d'un dispositif obscur (1), soit même pour en déterminer l'étendue (2). La jurisprudence n'a pas eu de peine à suivre ce conseil, et la Cour de cassation a plusieurs fois déclaré qu'il est permis, pour compléter le sens d'une décision judiciaire, et donner une plus grande précision à la chose jugée, d'en interroger les motifs, alors que le dispositif ne contient rien qui leur soit contraire (3). Dans le même sens, on a décidé que l'autorité de la chose jugée s'applique non seulement à ce qui se trouve compris dans le sens littéral des termes du dispositif, mais aussi à toutes les conséquences directes ou nécessaires du principe posé dans les motifs (4). Il a même été jugé en Belgique que les déclarations mentionnées dans les motifs d'une décision judiciaire ont l'autorité de la chose jugée quand elles sont *virtuellement comprises* dans le dispositif dont elles sont inséparables, et dont, par une conséquence nécessaire, elles déterminent la portée (5). Il suivrait de là qu'il doit y avoir chose jugée, lorsque les motifs indiqués dans un jugement et les termes du dispositif impliquent le rejet d'une demande, bien que le dispositif ne fasse aucune mention de la chose demandée (6).

Il est certain que toutes ces restrictions, ou *tempéraments* comme on le dit par euphémisme, apportés à la règle que

(1) Voy. MARCADÉ, sur l'art. 1351; AUBRY et RAU, § 769; LAURENT, t. XX, nos 30, 34 et suiv.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1286; Voy. DALLOZ, *Codes annotés*, art. 1351, n° 284.

(3) Cass. 7 mars 1876; Cass. 23 mars 1871, D. 71, 1, 212; DALLOZ, *Répert.*, v° *Chose jugée*, nos 21 et 22.

(4) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1351, n° 82.

(5) Cass. Belge, 12 août 1883, *Pas.*, 83, 1, 290; Comp. Besançon, 3 août 1861; Cass. 24 avr. 1872, D. 73, 1, 67; AUBRY et RAU, § 769, texte et note 15; DALLOZ, v° *Chose jugée*, n° 122.

(6) Liège, 18 juin 1885, *B. J.*, 85, 1430.

la chose jugée réside seulement dans le dispositif, sont la complète négation de la règle elle-même. Déclarer que l'autorité de la chose jugée appartient seulement au dispositif, et admettre en même temps que ce dispositif peut être éclairé, interprété et complété par les motifs, n'est pas autre chose que conférer cette autorité aux motifs eux-mêmes. Pourquoi donc, dès lors, créer une règle en théorie, pour la démentir à chaque pas dans la pratique?

Quoi qu'il en soit, la théorie assez peu consistante qui semble résulter des décisions souvent difficiles à concilier entre elles, d'une jurisprudence flottante, est la suivante :

Les motifs et le dispositif sont deux parties intégrantes d'une même décision qui sont rattachées l'une à l'autre et se complètent mutuellement. Si les deux parties se pénètrent ainsi l'une l'autre, il est difficile d'accorder la chose jugée à l'une d'elles et de la refuser absolument à l'autre. Néanmoins, il faut distinguer entre les motifs : les uns, pour employer le langage de Savigny, sont *objectifs*, ils se confondent avec les éléments constitutifs des rapports de droit; les autres sont *subjectifs*, ce sont les mobiles qui influent sur l'esprit du juge et l'engagent à affirmer ou à nier l'existence de ces éléments. Les premiers pourraient seuls participer à l'autorité de la chose jugée. Mais, comme il s'agit de rechercher en définitive ce que le juge a voulu décider, cette métaphysique ne sert pas à grand chose.

En définitive, les motifs devraient se trouver toujours en parfaite harmonie avec le dispositif, mais s'il n'en est pas ainsi, il faudra s'attacher au dispositif seul. Il importe peu, d'ailleurs, qu'une décision contienne des motifs qui ne seraient pas absolument conformes à une autre décision antérieure, si la nouvelle décision fait, dans son dispositif, une application exacte de la décision passée en force de chose jugée (1). De

(1) Cass. 18 oct. 1887, S. 89, 1, 151.

même un arrêt peut, sans violer la chose jugée, rappeler dans ses considérants des arrêts antérieurs à la cause actuelle et étrangers aux parties, à la condition de ne pas emprunter sa décision à ces arrêts (1).

Quant au dispositif considéré en lui-même, il ne faut pas confondre la substance de la décision qu'il renferme, avec ce qui s'y trouve simplement indiqué sous forme d'énonciation, et qui a trait à des faits ou à des questions qui n'étaient pas spécialement soumis à l'examen du juge : *tantum judicatum quantum litigatum.* Ainsi, la simple désignation d'un titre de créance sous le nom de billet à ordre, dans un jugement interlocutoire, sans qu'aucun débat ait eu lieu sur la nature de ce titre, n'a pas l'autorité de la chose jugée (2).

N° 2. — *Conditions requises pour l'exception de chose jugée ; identité des parties.*

311. — A quelles conditions l'autorité de la chose jugée peut être opposée à une demande, art. 1351.
312. — Identité des parties ayant figuré dans deux demandes distinctes, personnellement,
313. — Ou par un représentant quelconque. Situation à ce point de vue des héritiers ou successeurs, soit universels,
314. — Soit à titre particulier.
315. — De ceux qui ont été représentés par un mandataire légal ou conventionnel.
316. — *Quid* en matière de question d'état, d'élections?
317. — Théorie de la représentation imparfaite.
318. — Rôle de la tierce opposition dans les cas où il est soulevé une question d'identité de personnes.

311. C'est dans le but d'éviter la perpétuité des contestations entre les mêmes parties, et la contrariété des jugements sur les mêmes questions, que les décisions rendues dans les conditions qui viennent d'être indiquées ont été investies de l'autorité relative de la chose jugée.

(1) Cass. 7 juill. 1890, S. 93, 1, 524.
(2) Cass. 17 déc. 1878, D. 79, 1, 255.

Mais ces conditions ne suffisaient pas; il en est d'autres qui concernent la demande considérée en elle-même, et qui doivent être vérifiées afin de savoir si cette demande n'a pas déjà fait l'objet d'une décision antérieure; c'est ce qui résulte de la disposition suivante :

ART. 1351. L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.

Il faut, en un mot, qu'il y ait identité entre la demande précédemment jugée, et la demande actuelle à laquelle on oppose la chose jugée. Or, l'identité entre deux demandes ne peut résulter que de l'identité entre les éléments essentiels qui les constituent. Cela avait déjà été dit en droit romain avec une médiocre précision :

Inspiciendum est an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum, et quæ nisi omnia concurrunt, alia res est (1).

C'est de là que les modernes ont tiré, pour notre matière, la règle concernant la nécessité :

1° De l'identité de l'objet;

2° De l'identité des parties;

3° De l'identité de cause.

312. L'identité des parties s'impose tout d'abord avec une évidente nécessité. La chose jugée ne peut avoir qu'une force relative. Il serait inique et absurde qu'une décision terminant un procès eût un effet quelconque à l'égard d'une personne qui n'aurait pas figuré dans l'instance et n'y aurait pas été représentée. C'est un point qui n'a plus besoin d'être justifié ou expliqué. Il est certain que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à celui qui n'a pas été partie au jugement ni être invoquée par lui (2), quand même on trouverait dans

(1) L. 12, 13, 14, D. *44, 2, De except. rei judic.*

(2) Cass. 4 fév. 1889, S. 90, 1, 21.

la décision rendue des motifs ou des constatations de faits pouvant se référer au second procès (1).

La Cour de cassation a prétendu faire application de ces principes en décidant que : l'adjudication faite à la suite d'une instance en partage ou en licitation, n'est pas opposable aux copropriétaires qui n'ont pas été appelés dans cette instance (2). Mais cela n'est pas exact; la même Cour déclare qu'un jugement d'adjudication se bornant à constater un contrat n'est pas susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée (Voy. *suprà*, n° 304); donc s'il n'est pas opposable à ceux qui n'y ont pas figuré, c'est en vertu de l'art. 1165 et non en vertu de l'art. 1351.

La qualité de parties appartient seulement à ceux qui ont été appelés dans un débat judiciaire, et ont eu la faculté d'y conclure soit au fond soit sur des exceptions, à titre de demandeurs ou de défendeurs, peu importe qu'ils aient ou non usé de cette faculté (3).

Il faut donc qu'il y n'ait aucune ambiguïté dans la désignation de la personne condamnée. La disposition d'un jugement qui prononcerait des condamnations contre X..., par exemple, serait ambiguë, si l'instance avait été introduite contre les époux X...; une telle disposition, en effet n'indiquerait pas si les condamnations prononcées frappent la dame X..., ou au contraire son mari (4).

L'identité des personnes exigée par la loi s'entend de l'identité des personnes juridiques; il faut donc qu'il y ait identité des qualités en lesquelles elles figuraient dans la première instance, et des qualités qui leur appartiennent dans la seconde. Ainsi, une veuve après s'être présentée comme *créancière* et avoir obtenu des héritiers du mari la restitution de sa dot

(1) Lyon, 6 fév. 1890, D. 91, 2, 378.
(2) Cass. 14 mai 1888, S. 89, 1, 221.
(3) LAURENT, t. XX, n° 92; Cass. 21 mai 1855, D. 56, 1, 258.
(4) Cass. 8 mars 1893, D. 93, 1, 148.

que celui-ci était censé avoir reçue par application de la présomption de paiement édictée en l'art. 1569, peut être condamnée à son tour, en qualité *d'héritière* du constituant à payer aux héritiers du mari la dot dont le constituant était resté débiteur (1). On peut encore citer le cas où un plaideur a figuré comme tuteur dans un premier procès et en une qualité différente dans un second (2).

Il faut observer à cet égard que lorsqu'une personne a figuré dans une instance en une certaine qualité, le jugement qui mentionne cette qualité n'a, sur ce point, autorité de chose jugée, que s'il y a eu sur cette même qualité un débat spécial ayant donné lieu à un article du dispositif (3). Sinon, il faut n'y voir qu'une simple énonciation sur laquelle n'a pas porté l'examen du juge.

313. Ceux qui, sans avoir personnellement figuré dans une instance, y ont cependant été représentés, doivent avoir la qualité de parties.

La représentation dont il s'agit peut avoir pour principe, soit la notion du mandat, soit, d'après une certaine opinion, celle de la gestion d'affaires, soit le principe de succession.

Quant au principe de succession, nous savons que les successeurs universels et à titre universel, tels que les héritiers, donataires ou légataires universels ou à titre universel ont été représentés par leur auteur (4). Si les successeurs universels ont des droits à eux personnels, ils peuvent les exercer sans qu'on puisse leur opposer les jugements rendus avec le défunt.

Le principe s'applique aux héritiers bénéficiaires. Mais

(1) Cass. 17 mars 1890, D. 91, 1, 316; Voy. encore : Cass. 15 avr. 1893, D. 93, 1, 407.
(2) Cass. 21 janv. 1889, S. 91, 1, 76.
(3) Douai, 17 mai 1890, D. 91, 2, 93.
(4) Cass. 7 mai 1884, D. 85, 1, 53.

l'héritier bénéficiaire n'étant tenu des obligations du défunt que dans les limites fixées par les règles relatives au bénéfice d'inventaire, il s'ensuit que si la valeur des biens recueillis par l'héritier est épuisée, ou si celui-ci consent à faire le délaissement de ces biens, le jugemeut rendu avec son auteur deviendra pour lui comme non avenu. D'un autre côté, l'héritier bénéficiaire administrant en même temps dans son intérêt et dans celui des créanciers de la succession, représente aussi ces derniers comme le ferait un mandataire (Voy. t. V, n^{os} 231, 232). Le principe s'applique également à l'héritier apparent, dans les limites restreintes que nous avons indiquées ci-dessus (Voy. t. V, n^{os} 270 à 276).

314. Quant aux successeurs à titre particulier, ils auront été représentés par leur auteur dans les jugements rendus avec celui-ci antérieurement à la naissance de leurs droits (1) ou plus exactement avant que leurs droits soient devenus opposables aux tiers par l'accomplissement, le cas échéant, des formalités requises à cet effet (Comp. art. 939 ; L. 23 mars 1855, art. 1, art. 1690 (2).

Si la transmission a eu lieu avant la demande, le jugement qui s'en est suivi ne sera pas opposable au successeur. Il en est des décisions judiciaires comme des conventions qui ne sauraient avoir effet à l'égard des tiers en possession de droits réels, que si elles sont antérieures à l'époque où ces droits sont devenus opposables à ceux qui n'ont pas concouru à leur établissement. C'est ce qui est admis sans difficulté pour les droits de propriété, d'usufruit et autres démembrements de ce genre. Mais il y a controverse pour l'hypothèque, et on a soutenu que le résultat d'un procès postérieur à la constitution de ce droit réel, qui est en réalité un démembrement du *jus abutendi*, nuira au créancier hypothécaire qui n'a pas

(1) Cass. 16 avr. 1889, D. 90, 1, 276.
(2) LAURENT, t. XX, n^{os} 98, 99; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 351.

été partie dans ce procès (1). La raison de décider paraît cependant être la même. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

Enfin, la transmission peut se placer entre la demande et le jugement. Il semble que cette hypothèse doive rentrer dans la première, puisque le jugement ayant un effet seulement déclaratif remonte en réalité au jour de la demande (2). Par conséquent il suffit que le titre d'acquisition de l'ayant cause à titre particulier soit postérieur à l'introduction de l'instance liée avec son auteur, ou que ce titre n'ait produit d'effet à l'égard du tiers qu'après l'introduction de l'instance, pour que la chose jugée entre l'auteur et le tiers puisse être opposée à l'ayant cause, acquéreur, donataire, créancier hypothécaire ou privilégié, usufruitier ou possesseur d'une servitude (3).

Dans la situation inverse, la chose jugée contre l'ayant cause à titre particulier n'est pas, en principe, opposable à son auteur ou aux héritiers de celui-ci (4).

Les créanciers chirographaires sont en général représentés par leur débiteur dont ils ont suivi la foi, sauf le cas de collusion frauduleuse entre ce débiteur et les tiers, et le cas où les créanciers excipent de moyens qui leur sont personnels (5).

315. On peut poser en principe que le jugement rendu avec un mandataire soit légal, soit conventionnel, qui s'est renfermé dans les limites de son mandat, peut être opposé

(1) MERLIN, *Rép.*, v° *Tierce-opp.*, § 2, art. 3; PROUDHON, *Usuf.*, n°s 1300 à 1307; BONNIER, n° 776; *Contrà*, MARCADÉ, sur l'art. 1351, n° 12; VALETTE, *Rev. de Dr. fr. et étr.*, t. I (1844), p. 27 et suiv.; AUBRY et RAU, § 769, note 28; LAURENT, t. XX, n° 105.

(2) DURANTON, t. XIII, n° 506; AUBRY et RAU, § 769; MARCADÉ, sur l'art. 1351, n° 11; COLMET DE SANTERRE, t. V, n°s 328 *bis*, XVII et XIX; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXX, n°s 352, 353.

(3) ARNTZ, t. III, n° 413.

(4) Cass. 16 avr. 1889, S. 90, 1, 260; POTHIER, *Oblig.*, n° 905; LAURENT, t. XX, n° 107.

(5) Cass. 25 oct. 1893, D. 94, 1, 34.

au mandant. Ce principe reçoit fréquemment application en matière de tutelle ; le tuteur représentant le mineur ou interdit.

De même ce qui a été jugé avec le mari, lorsque la loi lui accorde l'exercice des actions de sa femme, est censé jugé avec celle-ci, quoiqu'elle n'ait pas été mise en cause. Les cas où le mari peut agir pour sa femme varient suivant les régimes, ainsi que nous le verrons plus loin.

En matière de faillite, les créanciers sont représentés par les syndics ; la chose jugée avec les syndics sera donc opposable aux créanciers, excepté dans le cas où ceux-ci auraient des intérêts contraires à ceux de la masse (1). En matière de société, les actionnaires sont quelquefois représentés par les liquidateurs (2).

Nous avons encore trouvé des cas de représentation en matière d'absence (Voy. t. I, n° 434) et en matière d'exécution testamentaire, au moins dans quelques cas assez restreints (t. VI, n° 363).

Nous avons déjà vu que les personnes morales sont représentées par des administrateurs spéciaux. La chose jugée avec le représentant d'une personne morale, le maire d'une commune par exemple, pourra être opposée à tout habitant qui voudrait faire revivre la même question. Mais il en serait autrement s'il s'agissait de droits particuliers que la commune ne saurait représenter. Tel serait le cas où une commune aurait plaidé sur une question de propriété des biens d'un hameau réuni à elle. La commune n'ayant pas qualité pour représenter le hameau, la chose jugée avec elle ne serait pas opposable au hameau (3).

316. On s'est demandé s'il fallait appliquer le principe de la chose jugée en matière de questions intéressant l'état des personnes, ou s'il ne convenait pas, au contraire, d'admettre

(1) Cass. 28 mai 1889, S. 92, 1, 397.
(2) Cass. 6 fév. 1893, D. 93, 1, 322.
(3) Cass. 30 juill. 1873, D. 74, 1, 22.

sur ce point une dérogation au droit commun reposant sur l'existence d'un prétendu contradicteur légitime? Nous avons examiné cette difficulté en son lieu (Voy. t. III, n° 60), et nous avons reconnu qu'en l'absence d'un texte quelconque il n'était pas possible d'admettre, pour les questions d'état, l'existence d'un contradicteur ayant qualité pour représenter tous les intéressés.

Il en est autrement en matière électorale. Celui qui demande une radiation ou une inscription sur une liste électorale n'agit point en vertu d'un droit privé, mais exerce au contraire une action publique, dans un intérêt public. Dès lors la question jugée avec ce contradicteur légal se trouve jugée à l'égard de tous (1).

317. D'après une certaine opinion, la représentation d'une personne par une autre dans un débat judiciaire peut encore dériver d'une gestion d'affaires. Ainsi il peut arriver qu'un individu, d'ailleurs sans procuration ni mandat, ait agi pour un autre avec lequel il était lié par une certaine communauté d'intérêts, sans que l'adversaire ait songé à lui opposer le défaut de qualité. La chose jugée, dans cette hypothèse, profitera, a-t-on dit, à celui qui a été ainsi représenté lorsque le jugement lui sera favorable, mais ne pourra pas lui nuire si le jugement a été rendu contre elle. L'efficacité de la représentation sera donc subordonnée au résultat obtenu (2). C'est ce qu'on appelle la théorie du *mandat restreint* ou de la *représentation imparfaite*.

Nous avons déjà rencontré cette singulière doctrine à propos de la solidarité, soit active, soit passive, et nous avons reconnu que le jugement rendu avec l'un des créanciers ou

(1) Cass. 3 mai, 28 juin et 19 juill. 1893, S. 93, 1, 527.

(2) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1351, n° 101; Comp. PROUDHON, *Usufruit*, t. III, n° 1314; MARCADÉ, art. 1351, n° 13; BONNIER, n° 878; AUBRY et RAU, § 769; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXX, n° 370; LAURENT, t. XX, n° 118; LACOSTE, n°s 583, 596 et suiv.

l'un des débiteurs, est toujours opposable aux autres cointéressés, quel qu'ait été le résultat du procès (Voy. t. VII, n°s 306, 328, 329) (1). Nous ne reviendrons pas sur ce qui a déjà été dit à cet égard. Nous ferons seulement remarquer que lorsque des codébiteurs solidaires sont poursuivis tous ensemble devant le même tribunal par le créancier, et que la condamnation passe en force de chose jugée pour un seul d'entre eux, celui-ci ne peut plus se prévaloir des décisions plus favorables qui interviennent ultérieurement entre ses coobligés et le créancier, par l'effet d'un exercice séparé des voies de recours (2).

Nous croyons qu'il faut rejeter complètement la théorie de la *représentation imparfaite.*

Comme le dit fort bien Demolombe, de deux choses l'une :

Ou la personne qui n'a pas figuré dans l'instance y a été représentée par l'une des parties qui y figurait ;

Ou elle n'y a pas été représentée.

Dans le premier cas, si la chose jugée au profit de la partie qui l'a représentée peut lui *profiter*, la chose jugée contre cette partie doit pouvoir lui nuire ;

Dans le second cas, la chose jugée, soit pour cette partie, soit contre elle, ne peut pas plus lui profiter que lui nuire (3). C'est *res inter alios judicata.*

Il n'est pas possible d'admettre une solution qui serait, non pas intermédiaire, mais hybride.

318. Suivant une certaine opinion, la voie de la tierce opposition aurait été destinée, dans l'intention du législateur, à mettre en pratique les règles ci-dessus en donnant aux parties les moyens de faire discuter devant les juges les questions d'identité de personnes à laquelle se trouve subordonnée l'autorité de la chose jugée. La tierce opposition serait

(1) *Adde* Agen, 28 août 1891, D. 93, 2, 54.

(2) Cass. 27 mai 1893, D. 94, 1, 378 ; Comp. Cass. 9 mai 1894, D. 94, 1, 476.

(3) *Loc. cit.*

donc une voie obligatoire pour les parties qui soutiendraient n'avoir pas été représentées dans l'instance terminée par un jugement dont elles veulent écarter les conséquences nuisibles à leurs intérêts (1).

S'il en est ainsi, la tierce opposition n'est plus un mode de recours exclusivement destiné à faire réformer, au profit des tiers, les décisions qu'ils prétendent avoir été rendues au préjudice de leurs intérêts. Elle devient une sorte de voie interprétative de la chose jugée pouvant être employée toutes les fois qu'il y aurait nécessité, soit pour une des parties, soit pour un tiers, de faire déclarer commun ou étranger le jugement antérieurement obtenu.

Aussi, a-t-on soutenu au contraire que la tierce opposition était seulement facultative, et que le tiers peut toujours repousser l'effet du jugement en invoquant la règle : *res inter alios judicata* (2).

Mais s'il suffit de décliner ainsi l'autorité d'un jugement, la tierce opposition ne sert plus à rien, car nul ne sera assez mal avisé pour recourir à une procédure difficile et chanceuse. Il faut donc nécessairement admettre un système intermédiaire fondé sur cette idée que, dans certains cas, il suffira aux tiers d'invoquer la règle : *res inter alios judicata,* et que dans d'autres cas, les tiers devront recourir à la voie de la tierce opposition. La difficulté consistera à distinguer ces cas nécessairement différents.

Il semble qu'il faille prendre pour base de la décision à adopter la manière suivant laquelle le jugement devra ou pourra être exécuté (3).

Supposons d'abord le cas assez rare où une sentence judiciaire est rendue *personnellement* contre un individu qui n'a

(1) PROUDHON, *Usuf.*, nos 1284 à 1286.

(2) MERLIN, *Répert.*, vo *Tierce oppos.*, § 6, et *Quest.*, vo *Chose jugée*, § 2; CHAUVEAU-CARRÉ, q. 1722.

(3) Voy. THOMINE-DESMAZURES, *Comment. sur le C. de. Pr. civ.*, no 525.

pas été appelé au procès et qui n'y a pas été représenté. Il faut bien que cet individu ait une voie de recours. Or l'opposition, l'appel, la requête civile, le pourvoi en cassation lui sont fermés puisqu'il n'était pas partie au procès; c'est la tierce opposition qui lui permettra de faire tomber le jugement.

Il faudra admettre la même solution chaque fois qu'un individu, sans avoir été personnellement condamné par un jugement lors duquel il n'était ni partie ni représenté, subira néanmoins un préjudice par l'effet de la condamnation prononcée. Si la décision est de nature à être exécutée directement contre lui, il n'aura, pour la faire tomber, d'autre moyen que la tierce opposition. Il en sera encore ainsi dans certains cas où l'exécution est limitée entre les seules parties en cause (art. 873), et généralement lorsqu'il y a eu fraude ou collusion entre les parties litigantes (1).

Mais quand il s'agit de décisions n'étant pas de nature à recevoir une exécution indépendamment d'un fait personnel au tiers, le tiers pourra décliner cette exécution en invoquant la règle : *res inter alios judicata*. La jurisprudence paraît être en ce sens (2).

Cependant, même dans cette hypothèse, le tiers qui ne voudrait pas attendre que cette exécution soit tentée contre lui, pourrait prendre l'initiative et user de la tierce opposition.

N° 3. — *Identité d'objet.*

319. — De l'identité d'objet dans la théorie de la chose jugée.
320. — De l'objet principal, et des accessoires ou éléments secondaires.
321. — Il faut tenir compte de l'époque à envisager pour apprécier la demande.
322. — Y a-t-il identité entre les demandes ayant porté l'une sur le tout et l'autre sur partie, ou réciproquement ?

(1) Cass. 22 août 1871, D. 71, 1, 136; Grenoble, 28 déc. 1880, D. 82, 2, 188.

(2) Alger, 30 mai 1892, D. 93, 2, 511.

323. — Des demandes plus amples et des demandes moins amples; applications diverses.
324. — Cas où les juges ont omis de statuer sur un chef de conclusions.

319. Il faut encore, pour qu'il y ait chose jugée, que la chose demandée soit la même, et que la demande soit fondée sur la même cause.

C'est ce qu'on exprime en disant qu'il faut qu'il y ait identité d'objet et identité de cause.

D'après les définitions généralement reçues, l'objet est le bénéfice juridique immédiat que l'on réclame. La cause est le fondement légal attribué à la réclamation.

La chose demandée dans une seconde instance devra donc être la même que celle qui a fait l'objet du premier jugement.

Cela, d'après Demolombe, implique nécessairement que la cause de la demande est la même (1).

Mais quelques précisions sont nécessaires :

Pour obtenir une chose, ou, plus généralement, la constatation à son profit d'un droit quelconque, on ne peut agir que de deux manières :

Soit comme propriétaire, ou investi d'un droit réel ;

Soit comme créancier.

Or, dans tous les cas, l'exploit d'ajournement doit contenir à peine de nullité, l'indication de l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens (art. 61 § 2, C. pr. civ.). Nous verrons en outre qu'il est impossible de mentionner les moyens sans indiquer en même temps la cause de la demande. D'un autre côté, la demande, la cause et les moyens peuvent être développés et expliqués dans les conclusions signifiées en cours d'instance. Par conséquent lorsque le jugement aura été rendu, il sera facile, en rapprochant le dispositif et les conclusions déposées par les parties, de savoir sur quoi a porté le débat, et quelle est *la chose* qui a été réellement jugée.

(1) T. XXX, n° 298.

Dans ces conditions, si l'une des parties tente de remettre en question, par une action nouvelle, ce qui a été décidé, la question d'identité, quant à l'objet, sera tranchée par une comparaison nécessaire. L'autorité de la chose jugée étant limitée à ce qui a été demandé, délibéré et décidé dans la première instance, il faudra vérifier quelle est véritablement la chose demandée dans la seconde instance. Si le juge, par l'effet du second procès, est placé dans l'alternative de confirmer purement et simplement le premier jugement, ou de le détruire en tout ou en partie, c'est qu'il y aura eu identité d'objet entre les deux demandes (1). Il en serait ainsi, par exemple, si la deuxième demande tendait à faire modifier le chiffre d'une créance déjà fixé par des décisions judiciaires passées en force de chose jugée (2).

320. Dans une pareille hypothèse et autres analogues ou semblables qu'il serait possible d'imaginer, l'identité d'objet entre la deuxième demande et ce qui a été jugé ensuite de la première, est manifeste et porte sur le principal même de la décision.

Quelquefois l'atteinte à la chose jugée est moins apparente, d'abord parce qu'elle ne vise qu'un point secondaire ou accessoire, par exemple les dépens, et en outre parce qu'au lieu de se produire sous la forme d'une demande tout à fait distincte de la première, elle se dissimule en quelque sorte dans des conclusions prises, en instance d'appel. L'appel, en effet, peut ne point porter sur tous les chefs de la décision rendue par les premiers juges. Dans ce cas les points sur lesquels il n'a pas été appelé acquièrent définitivement l'autorité de la chose jugée, et ne peuvent plus être réformés en appel. Ainsi, il a été décidé avec raison que le juge d'appel ne peut mettre les dépens de première instance à la charge de l'appelant, lors-

(1) AUBRY et RAU, § 769; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 299; LAURENT, t. XX, n° 40; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1288; LACOSTE, n° 256.
(2) Cass. 25 juin 1890, S. 91, 1, 437.

que le jugement de première instance en a ordonné l'emploi en frais privilégiés de partage, et que l'intimé, n'ayant pas interjeté appel du chef des dépens de première instance, ce chef a ainsi acquis l'autorité de la chose jugée au profit de l'appelant (1).

Dans le même ordre d'idées, il faut remarquer que les juges du second degré ne peuvent pas réformer la décision des premiers juges, dans l'intérêt de l'intimé, quand celui-ci n'a pas relevé appel incident. Ils ne peuvent pas davantage aggraver les condamnations prononcées contre l'appelant, sur l'unique appel de ce dernier.

Y aurait-il aggravation des condamnations déjà prononcées, si un arrêt, sans réformer d'ailleurs le jugement de première instance, non frappé d'appel incident, substituait à une condamnation au paiement d'un capital, à la charge de l'appelant, une condamnation au service d'une rente viagère, avec certaines conditions de réversibilité? La Cour de cassation s'est prononcée dans le sens de la négative (2). Peut-être, en effet, dans l'espèce jugée, n'y avait-il pas aggravation des condamnations prononcées contre l'appelant; mais il y avait certainement atteinte portée aux droits résultant pour l'intimé de la chose jugée en sa faveur.

321. L'époque à laquelle il faut se placer pour apprécier le bien fondé d'une demande, peut constituer l'un des éléments de l'identité d'objet, de sorte que cette identité n'existera pas si l'époque à envisager pour la seconde demande n'est pas la même que celle qui a été prise en considération pour la première. Ainsi la sentence rendue au possessoire en vue de la possession annale reconnue alors existante au profit d'une partie, ne peut rien préjuger sur l'état de la possession à une époque postérieure de plusieurs années. Le tribunal saisi d'une seconde instance possessoire doit donc refuser d'appliquer à

(1) Cass. 22 oct. 1889, S. 90, 1, 55.
(2) Cass. 24 oct. 1893, D. 93, 1, 14.

cette instance l'autorité de la chose jugée dans la première (1).

Pareillement, supposons qu'un jugement passé en force de chose jugée ait rejeté la demande d'un acheteur de suspendre le paiement du prix, par le motif que la prétention d'un tiers à la propriété des biens vendus ne s'était révélée par aucun acte constituant un véritable trouble de droit; il n'y aura pas violation de la chose jugée dans l'arrêt ultérieur qui accueillera la demande de l'acheteur par le motif que, postérieurement au jugement, le tiers a occupé réellement partie des biens vendus, ce qui constitue un trouble de droit sur lequel il n'avait pas encore été statué (2).

Dans toutes ces hypothèses, il y aura lieu de rechercher, d'après les conclusions des parties, quel est le point précis sur lequel les premiers juges étaient appelés à statuer.

322. C'est encore la détermination exacte de la question soumise aux premiers juges, qui permettra de résoudre les difficultés plutôt théoriques que réelles, soulevées pour savoir si une demande de *partie* de la chose est encore admissible après rejet d'une demande ayant porté sur la *totalité* et réciproquement. Les anciens auteurs partaient de ce principe, incontestable assurément, que le tout comprend la partie, et que la partie ne comprend pas le tout. On décidait en conséquence que celui qui avait réclamé l'intégralité d'une chose ne pouvait plus en exiger une partie quelconque, et on tenait en sens contraire que lorsqu'on avait commencé par demander une partie, le jugement qui avait rejeté la demande ne mettait pas obstacle à ce qu'on pût ensuite demander la totalité.

Mais il faut tout simplement rapprocher le dispositif de la sentence des conclusions des parties (3). Si on a perdu le pro-

(1) Cass. 19 juin 1889, S. 90, 1, 292.

(2) Cass. 23 mai 1892, S. 93, 1, 76; Comp. Cass. 27 janv. 1892, S. 93, 1, 17.

(3) Voy. AUBRY et RAU, § 769, texte et notes 80, 83; BONNIER, n° 872; DEMOLOMBE, t. XXX, n°s 315 et suiv.; LAURENT, t. XX, n°s 57 et suiv.; LACOSTE, n°s 267 et suiv.

ces sur la partie parce qu'il a été jugé qu'on n'avait aucune espèce de droit sur le tout, on ne pourra plus rien réclamer. Dans le cas contraire, on pourra réclamer le tout, sauf déduction de la partie sur laquelle on a spécialement succombé.

323. Cela met en lumière l'importance que peuvent avoir, dans certains procès, les conclusions reconventionnelles prises par le défendeur. Ainsi, pour qu'il y ait chose jugée, soit sur la demande générale d'un droit illimité, soit sur la demande spéciale d'un droit quelconque, il faudrait non seulement que la prétention absolue du demandeur ait été rejetée, mais encore qu'il ait été déclaré, sur les conclusions de la partie adverse, n'avoir aucune espèce de droit. Il est certain que, dans ce cas, aucune action nouvelle ne saurait être intentée, sans que l'objet ne fût évidemment le même, et toute demande ultérieure, même partielle, serait, par suite, en opposition avec le précédent jugement.

Les observations qui précèdent donnent lieu aux principales applications suivantes :

1° Celui qui a succombé dans la demande en revendication de la pleine propriété d'un immeuble, pourra réclamer plus tard, en vertu du même titre, l'usufruit de cet immeuble;

2° L'exception de chose jugée ne sera pas opposable à celui qui réclamera un droit d'usage sur un immeuble, après avoir échoué dans une demande en usufruit de cet immeuble;

3° Après avoir demandé sans succès la servitude de passer à pied (*iter*), peut-on réclamer ultérieurement un passage pour bêtes de somme ou pour voitures? On dit généralement que pour résoudre la question, il faut d'abord se demander si ce sont là des droits de même nature, plus étendus l'un que l'autre, et pour lesquels on peut admettre que l'un contient l'autre, ou s'il s'agit de servitudes d'espèces différentes, auquel cas le rejet de l'une n'impliquerait pas le rejet de l'autre. Mais de même qu'il faut avant tout rechercher quelle a été l'intention des parties dans les termes de l'acte consti-

tutif de la servitude (Voy. t. IV, n° 443); de même il faut voir, dans les conclusions du demandeur, comment la question a été soumise aux juges;

4° Après avoir succombé dans la demande d'un capital, on ne saurait réclamer les intérêts. Après avoir succombé dans la demande des intérêts, par le motif que le capital même n'était pas dû, on ne peut réclamer le capital. Mais on le pourra si les intérêts ont été refusés par le motif que la demande ne produisait pas d'intérêts, ou que ceux-ci étaient payés ou se trouvaient prescrits;

5° Les jugements rendus au pétitoire n'ont pas l'autorité de la chose jugée, quant au possessoire, et réciproquement.

324. Si le juge a omis de statuer sur un chef de conclusions, la demande qui aura pour objet de faire statuer sur cette omission ne sera pas évidemment la même que la première. Il faudra en effet vérifier d'abord si la première demande contenait véritablement le chef prétendûment omis, et ensuite si le dispositif ne contient rien sur ce chef (1).

Les juges, en cas pareil, ont une tendance à trouver, par voie d'interprétation, que la décision rendue est complète. Mais la faculté qu'ont les juges d'interpréter leurs décisions quand elles présentent un sens douteux, ou quelque obscurité sur leur portée ou sur leurs conséquences, est limitée par l'interdiction absolue de restreindre, d'étendre ou de modifier les droits que ces décisions consacrent (2).

N° 4. — *De l'identité de cause.*

325. — Notion de la cause en matière de chose jugée.
326. — De l'expression de la cause.
327. — Coexistence de plusieurs causes au profit de la même personne.

(1) Voy. note de M. BOISTEL, sous Cass. 17 janv. 1893, D. 93, 1, 542.
(2) Cass. 16 mars 1891, S. 92, 1, 10; Cass. 27 mars 1889, S. 92, 1, 399.

328. — De la maxime : *una via electa, non datur regressus ad alteram ;* — Applications diverses.
329. — De la diversité des moyens ; — Causes prochaines et éloignées.
330. — Suite.
331. — *Quid* si le débiteur condamné comme n'ayant pas payé découvre ultérieurement une quittance ?

325. Une troisième condition exigée par l'art. 1351 pour qu'il y ait chose jugée, c'est que la demande soit fondée sur la même cause. Les définitions de la cause données par les auteurs reviennent à peu près à cette formule : que la cause est le fait juridique qui constitue le fondement du droit (1), objet de la demande (2) ou qui engendre le droit qu'on peut avoir à une chose (3). Ces définitions ont le tort d'envisager la cause en elle-même, indépendamment de la manière dont il a plu au demandeur de la présenter. La cause dont il s'agit ici est le fait qui est invoqué *par le demandeur* comme constituant le fondement de son droit (4). Si, donc, le fait allégué peut et doit être considéré comme étant la cause *de la demande*, c'est uniquement parce qu'il a plu au demandeur de la présenter ainsi, et non parce que ce même fait aurait, en réalité, engendré le droit réclamé.

La cause n'est en définitive qu'une détermination ou délimitation précise du champ de la demande. C'est toujours ainsi d'ailleurs que la cause a été entendue.

La *causa petendi*, en matière de chose jugée, n'est pas en effet différente de ce qu'était, en droit romain, la *causa petendi* en matière de plus-pétition. Or, il résulte des textes que, dans ce dernier cas, la *causa petendi* n'était rien autre chose que l'indication faite par l'*actor* d'une modalité de la *peti-*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 328 *bis* IX ; AUBRY et RAU, § 769 ; LAURENT, t. XX, n° 63.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1289.
(3) DEMOLOMBE, t. XXX, n° 320.
(4) Cass. 20 nov. 1885, S. 89, 1, 23.

tio (1). On peut donc bien dire, d'une manière générale, que la *causa petendi* est l'indication d'une modalité de la demande, ou en d'autres termes d'une circonstance de nature à permettre de distinguer une demande de toute autre ayant d'ailleurs le même objet et produite entre les mêmes parties.

C'est cette *causa petendi* qui, lorsqu'elle est exprimée dans deux procès successifs, doit faire repousser la seconde demande par l'autorité de la chose précédemment jugée.

326. Or, cette cause est-elle toujours exprimée, ou doit-elle être toujours exprimée?

Il faut distinguer, à cet égard, entre les demandes ayant pour objet un droit de créance et les demandes relatives à un droit réel.

Pour les droits de créance, comme une même chose ou valeur peut être due au même créancier en vertu de rapports de droit différents (Voy. t. IV, n° 5), ce n'est absolument rien dire que se prétendre créancier, sans indiquer en même temps la circonstance dans laquelle le droit de créance allégué a pris naissance. Il faut donc, par la force même des choses, énoncer dans une action personnelle, la cause de la demande, c'est-à-dire la circonstance qui empêchera de confondre cette demande avec toute autre.

Dans une action réelle, au contraire, cette indication ne paraît pas aussi nécessaire : Si on se prétend propriétaire, on ne peut pas l'être en même temps plusieurs fois. Donc toutes les circonstances qui ont pu donner naissance au droit réel, étaient, en droit romain, de plein droit contenues dans la demande (2).

Il n'y avait que deux exceptions :

(1) *Velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis jure*, GAIUS, IV, 53; *Inst.*, IV, 6; Comp. PAUL, I, 10.

(2) L. 14, § 2, D. 44, 2, *De except. rei jud.*; L. 150, D. 50, 17, *De reg. jur.*; L. 18, D. 44, 7, *De oblig.*; *Adde* GAIUS, IV, 55.

1° Si le titre de propriété invoqué par le demandeur dans la seconde action avait une origine postérieure à la fin du premier litige (1) (*causa superveniens*);

2° Lorsque le demandeur avait rapporté son action à une origine exclusivement déterminée (*expressa causa*), car alors le rejet de sa prétention n'aurait pas fait obstacle à une action nouvelle intentée à un autre titre (2). Toutefois ce dernier point est controversé parmi les interprètes.

Théoriquement, la même doctrine pourrait être admise en droit français (3). Mais en fait, la nécessité de rédiger l'exploit de demande, conformément aux prescriptions du Code de procédure, a pour conséquence que la cause est toujours exprimée (*expressa*).

Le débat se trouve donc restreint à cette cause, et une seconde action peut être intentée en vertu d'un autre titre (4). C'est pour ce motif que dans la théorie moderne on ne distingue plus entre les cas où la demande est fondée sur un droit de créance, et les cas où elle est fondée sur un droit réel; ni entre les causes de demande qui existaient déjà lors de la première contestation, et les causes de demande qui ne sont nées que depuis (5).

327. Par conséquent la chose jugée sur une première demande formée en vertu d'une cause déterminée, ne doit pas, en principe, faire obstacle à une seconde demande fondée sur

(1) L. 11, §§ 4 et 5; D. 44, 2, *De except. rei jud.*

(2) Voy. SAVIGNY, t. VI, *append.* XVII; *Contrà,* VANGEROW, *Pand.*, § 173, rem. V, n° 4, etc.

(3) AUBRY et RAU, § 336, n° 3; Voy. cepend. BONNIER, n° 874.

(4) Cass. 30 juin 1880, S. 82, 1, 465. Cet arrêt présente le cas assez rare d'un procès dans lequel la demande a été formée et le jugement rendu sans indication d'une cause d'acquisition. Mais il fut reconnu que la question de propriété avait été tranchée d'une manière générale par un contrat judiciaire sanctionné par les premiers juges.

(5) Voy. DEMOLOMBE, t. XXX, n°s 321 à 326.

une autre cause, lors même que cette cause existait déjà, quand la première demande a été introduite.

Il faut supposer que, dans deux instances successives sur le même objet, une seule et même personne se présente en son propre nom, mais avec deux qualités différentes dans chacune d'elles, réunies sur sa tête dès le principe, et correspondant à deux causes différentes.

Il faut distingner suivant que les droits résultant des deux causes coexistantes sont incompatibles les uns avec les autres, ou ne le sont pas.

D'abord ces droits peuvent être incompatibles entre eux : ainsi un individu a deux qualités distinctes, il est à la fois donataire de son père et donataire de sa mère, ce qui lui donne des droits contradictoires. Il peut réclamer du chef de sa mère le remboursement de la dot de cette dernière, et prétendre du chef de son père que cette dot a déjà été payée. « Tout ce qu'on peut en induire, dit la Cour de cassation, c'est qu'il est obligé d'opter entre ces deux prétentions contraires; qu'en choisissant l'une il renonce forcément à l'autre, et qu'après cette option il ne lui est plus possible de revenir sur une renonciation nécessaire et de plaider successivement, par lui ou par ceux qui le représentent, deux systèmes diamétralement opposés (1). »

Il peut arriver au contraire que les droits résultant des deux causes coexistantes, ne soient pas incompatibles entre eux. Ainsi un individu vend successivement le même fonds à deux personnes; mais avant la délivrance le premier acheteur décède en laissant le second pour héritier. Celui-ci est désormais investi de l'action qui lui advient du chef du premier acheteur, et de celle qui lui appartenait de son chef propre, sans que l'une des deux actions absorbe l'autre (2).

(1) Cass. 30 juin 1856, S. 57, 1, 259.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1351, n° 9 ; AUBRY et RAU, § 769, 2e texte et note 51.

De ce que ces deux actions tendent à procurer la même chose, il en résulte qu'elles sont *semblables*, mais elles ne sont pas *identiques* au sens de l'art. 1351 (1). Donc si l'acheteur n'a agi qu'en vertu de l'une des deux causes, il pourra, s'il succombe, invoquer l'autre dans un second procès. De même le légataire repoussé dans une action en délivrance de son legs, peut reproduire la même demande s'il la fonde sur un autre testament (2).

Si la seconde cause n'avait pas coexisté avec la première, il n'y aurait aucune difficulté. Nous nous bornerons à citer le dernier exemple fourni par la jurisprudence : Il a été décidé qu'il n'y avait pas identité de cause permettant d'invoquer l'autorité de la chose jugée, entre la décision qui déboute un liquidateur de la demande en versement de parts d'actions non libérées, intentée à une femme mariée, par le seul motif que cette femme n'aurait pas été autorisée de son mari, et une nouvelle demande contre la dite femme devenue veuve, fondée sur des actes postérieurs à son veuvage, et considérés comme étant de nature à l'engager comme propriétaire des actions sur lesquelles un versement est réclamé (3). Y aurait-il pareillement une seconde cause postérieure à la première et distincte de celle-ci, dans le cas où un individu, après avoir obtenu des dommages en réparation du préjudice résultant d'un délit ou d'un quasi-délit voudrait réclamer ultérieurement d'autres dommages à raison d'une aggravation nouvelle des suites du fait dont il a été victime? L'affirmative a été jugée (4). Il faudrait donc, si les dommages avaient consisté en une rente viagère, admettre que la partie

(1) *Contrà*, TOULLIER, t. X, nos 169 et 214; Comp. L. 10, D. 19, 1, *De act. empti*.

(2) Cass. 3 mai 1841, S. 41, 1, 720.

(3) Cass. 15 avr. 1893, S. 93, 1, 248; Comp. Cass. 20 janv. 1886, S. 89, 1, 224.

(4) Cass. 10 déc. 1861, D. 62, 1, 123; Aix, 2 avr. 1870, D. 71, 2, 241.

condamnée peut demander ultérieurement à être déchargée du service de la rente, par le motif que la victime est complètement guérie! Mais cela n'est pas possible (1); les juges apprécient en bloc et à forfait le montant des dommages. Si les dommages sont alloués sous forme de rente, il ne faut voir là qu'un mode particulier de paiement. Il faut vérifier, d'ailleurs, ce que les premiers juges ont voulu faire (2).

328. Les solutions diverses qui précèdent sont faites pour attirer l'attention sur une prétendue règle ainsi formulée : *una via electa, non datur regressus ad alteram.*

Il faut supposer qu'à l'occasion d'un même fait juridique, la loi accorde au sujet investi deux actions distinctes pour obtenir satisfaction. En pareil cas le brocard précité signifierait, non pas qu'une première demande introduite en justice serait par elle-même, avant tout jugement, renonciation, désistement ou prescription, un obstacle à une seconde demande, mais que si l'une des actions étant exercée, a ou n'a pas procuré au demandeur l'émolument ou l'avantage qu'il réclamait, il ne pourra plus intenter valablement l'autre. Cette maxime n'est écrite dans aucun texte et n'a en réalité jamais existé. Elle a été formulée par les interprètes (3), comme une tentative, inexacte d'ailleurs, de généralisation, pour relier certaines solutions particulières du droit romain sur des cas de concours d'action (4).

La Cour de cassation, tout en paraissant admettre l'existence de cette maxime, en a en réalité proclamé la parfaite inanité. Elle a décidé en effet que la maxime : *electa una via.....* n'est applicable que si les deux demandes formées par la même partie ont à la fois la même cause et le même objet. De son côté le conseiller rapporteur, dans l'affaire qui a

(1) Nancy, 10 juill. 1875, D. 76, 2, 63.
(2) LACOSTE, n° 443.
(3) *Le Présid.* FAVRE, *Ration. ad* L. 9 § 1, *De Trib. act.*
(4) Voy. ces textes cités par MERLIN, *Quest.*, v° *Option*, § 1, n°s 1 et 8.

donné lieu à cette décision, déclarait : « qu'en examinant cette maxime dans son véritable esprit, on reconnaîtra qu'elle appartient à la théorie de la chose jugée, que c'est un principe de droit analogue, soumis aux mêmes règles (1). »

S'il en est ainsi, la prétendue maxime est absolument inutile, elle surcharge abusivement la doctrine juridique, et doit être rangée parmi ces fastidieux brocards qui, sous la fausse apparence d'une généralité trompeuse, n'ont jamais été vrais que dans un très petit nombre de cas.

Il est facile de fournir la rigoureuse justification de ces aperçus : ainsi, quand la chose vendue est entachée d'un vice rédhibitoire, l'acheteur a le choix entre l'action rédhibitoire *(actio redhibitoria)* et l'action en diminution du prix *(actio quanti minoris)*, ou en d'autres termes estimatoire *(æstimatoria)* (art. 1644, 1646).

Dans le premier cas, l'acheteur demande la restitution du prix, augmenté des intérêts à partir du jour du paiement, et le montant des frais occasionnés par la vente.

Dans le second cas, il garde la chose et demande seulement la restitution d'une portion du prix qui devra être arbitrée par experts.

Il est manifeste que *la chose demandée*, suivant le texte même de l'art. 1351, *n'est pas la même*.

Il est certain que l'acheteur peut, après avoir intenté l'action rédhibitoire, l'abandonner pour s'en tenir à l'action en diminution de prix, et *vice versâ*. Le fait d'intenter une de ces actions n'implique pas une renonciation à l'autre, et la maxime *electa una via...* qu'on a quelquefois invoquée en sens contraire, ne peut avoir ici aucune portée.

La véritable difficulté est celle de savoir si l'acheteur, après avoir exercé l'action *quanti minoris* et avoir échoué, peut encore demander la résolution de la vente.

(1) Cass. 10 juill. 1854, S. 54, 1, 423.

Non, dit Pothier, suivi sur ce point par la plupart des auteurs; il y a chose jugée, *quoique la seconde demande ait un autre objet que la première;* l'action est différente, mais dans la seconde aussi bien que dans la première, il s'agit de savoir s'il y a un vice rédhibitoire et si le vendeur en est garant. Or, le premier juge a décidé qu'il n'y avait pas de vice rédhibitoire et que le vendeur n'était pas garant; donc l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'un second juge décide qu'il y avait un vice rédhibitoire et que le vendeur en était garant. Ainsi, les deux actions se confondent en une seule et même cause, donc il y a chose jugée (1).

Par conséquent la chose jugée peut avoir lieu quoique la chose demandée ne soit pas la même! M. Laurent répond : c'est le motif juridique qui fait l'*objet du débat*, et ce motif est le même (2). Mais c'est confondre la cause avec l'objet et faire jouer le même rôle à ces deux éléments que la loi prend soin de distinguer.

Il ne s'agit pas d'ailleurs de ce qui fait l'objet du débat, mais de ce qui fait l'objet de la demande. Donc, s'il s'agissait uniquement d'appliquer les principes de la chose jugée, il faudrait admettre qu'après avoir échoué dans l'action en *quanti minoris*, l'acheteur pourrait demander la résolution. Merlin, après avoir quelque peu hésité sur le point qui nous occupe, finit par abandonner le terrain de la chose jugée, pour présenter l'art. 1644 comme un cas d'application de la maxime : *electa una via...* (3). Mais comme cette maxime ne repose sur rien, nous préférons considérer l'art. 1644, non comme un cas d'application des principes de la chose jugée, ni de la maxime *una via electa...*, mais comme motivé par.

(1) POTHIER, *Oblig.*, n° 898; DURANTON, t. XIII, n° 480; AUBRY et RAU, § 769, note 85; LAURENT, t. XX, n° 81; Voy. Cass. 21 janv. 1856, S. 56, 1, 865.

(2) *Loc. cit.*

(3) MERLIN, *Quest.*, v° *Option*, § 1, n° 1 *in fine*, n° 3, n° 8.

des considérations particulières à la situation envisagée. Il doit en être ainsi quand différentes actions sont offertes alternativement à une partie pour atteindre son but.

C'est ce que fait encore l'art. 1638 qui, pour le cas d'éviction partielle, donne à l'acheteur lésé le choix entre la résolution et la réduction du prix. Il est vrai que ces actions sont fondées sur une même cause, mais leur objet est manifestement différent. Il ne peut donc être question de chose jugée pour justifier la décision de la loi qui n'accorde qu'une option. Par conséquent les distinctions proposées par les auteurs (1) pour admettre ou rejeter la chose jugée suivant que le débat s'est produit de telle ou telle manière devant les premiers juges, doivent être repoussées.

En définitive si les art. 1644 et 1638 n'accordent qu'une option entre deux actions possibles, c'est parce que les principes seuls de la chose jugée, en ce qui touche l'identité d'objet, n'auraient pas pu mettre obstacle à leur emploi successif. Si, pour expliquer ce résultat, on fait remarquer que : *una via electa non datur regressus ad alteram*, on le peut à la condition de limiter strictement la formule aux deux cas prévus par les textes, sans prétendre lui reconnaître une portée générale.

329. Les questions d'identité de cause soulèvent encore d'autres difficultés, quand on veut rapprocher la *cause* d'une demande des *moyens* à l'aide desquels on voudra en établir l'existence. Ces moyens peuvent consister, par exemple, soit dans une preuve testimoniale, soit dans une preuve littérale. Ainsi une personne ayant demandé la nullité d'une convention pour cause de dol, a succombé après avoir employé la preuve testimoniale, elle ne pourra pas reproduire son action en offrant d'en établir le bien fondé au moyen d'une preuve littérale. La cause de la demande demeure en effet la même ;

(1) AUBRY et RAU, § 769, note 85 ; LAURENT, t. XX, n° 83.

les moyens seulement ont changé, mais la diversité des moyens importe peu ; celui qui produit une prétention, doit faire valoir tous les moyens propres à son soutien, tant pis pour lui s'il en néglige ou s'il en oublie quelques-uns.

Supposons maintenant que celui qui a ainsi succombé sur une action de dol, veuille intenter une nouvelle action en nullité de la même convention fondée sur la violence, devra-t-il être écouté ou sera-t-il repoussé par l'autorité de la chose jugée?

Il devra être repoussé, disent certains auteurs, parce que, dans les deux cas, la cause est la même; c'est la nullité du consentement qui est invoquée. Le dol, la violence, l'erreur ne sont que des moyens différents produits à l'appui d'une cause qui demeure toujours la même.

Cette doctrine repose sur une distinction assez difficile à comprendre entre le fait qui forme *le fondement direct et immédiat* de la demande, et les circonstances alléguées à l'appui qui forment seulement le fondement *indirect et médiat* de la demande. Le premier seul devrait être considéré comme la cause prochaine de la demande; les autres ne seraient que des moyens. Si on veut en faire des causes, ce ne sont que des causes médiates et éloignées, des causes de causes (1).

On prétend justifier cette distinction entre les causes *prochaines* et les causes *éloignées* par un texte de Nératius, ainsi conçu :

Quum de hoc, an eadem res est, quæritur, hæc spectanda sunt, persona, id ipsum de quo AGITUR, CAUSA PROXIMA *actionis; nec jam interest qua ratione quis* EAM CAUSAM *actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, postea quam contra eum*

(1) TOULLIER, t. X, n° 165; AUBRY et RAU, § 769 ; MARCADÉ, sur l'article 1351, n° 6; Pau, 21 avr. 1868, sous Cass. 13 avr. 1869, D. 70, 1, 124.

judicatum esset, nova instrumenta causæ suæ reperisset (1).

Il est certain que ce texte admet une distinction entre la cause prochaine et la cause éloignée d'une action. Mais en quoi consiste une cause prochaine? N'est-ce pas dans la circonstance particulière, le dol, par exemple, qui a engendré directement pour le demandeur un intérêt immédiat à produire sa demande? Dans le cas de revendication, la cause prochaine n'est-elle pas dans le titre invoqué par le demandeur, plutôt que dans le droit abstrait de propriété qui ne peut constituer qu'une cause éloignée? C'est ainsi, d'ailleurs, que l'entendaient la plupart des interprètes anciens dont l'opinion était ainsi résumée : *Rei vindicationis causa proxima, titulus, puta emptionis et vindicationis, una cum rei traditione; remota dominium* (2). Ce qui prouve du reste que tel est le véritable sens du texte de Nératius, c'est que le jurisconsulte assimile à une *causa proxima* un titre nouvellement découvert, opinion qu'il pouvait professer puisqu'il n'était pas sans exemple, quoique cela parût excessif, qu'on pût recommencer valablement un procès sur le fondement d'un titre nouvellement découvert (3).

330. Néanmoins certains commentateurs ayant donné au texte de Nératius une interprétation différente, ont été suivis par les auteurs dont nous avons parlé, qui ont appelé *moyens* les circonstances qui nous paraissent rentrer dans la notion de la *causa proxima*, et ont considéré comme étant la *causa proxima* ou prochaine, ce qui est en réalité la *causa remota* ou éloignée, c'est-à-dire le droit abstrait considéré en lui-même.

Dans cette opinion qui, d'ailleurs, tend à être abandonnée,

(1) L. 27, D. 44, 2, *De except. rei jud.*

(2) Voy. Les notes sur le texte précité dans l'édition glosée des *Pandectes*, Lyon, 1612.

(3) L. 4, C. 7, 52.

on distribue en divers groupes les vices multiples dont un acte peut être atteint.

Ainsi :

La nullité pour incapacité ;

La nullité pour défaut de pureté du consentement ;

La nullité pour irrégularité de forme, seront trois causes générales et prochaines de nullité, constituant trois groupes dans lesquels viendront s'absorber, en quelque sorte, les causes spéciales et éloignées qui seront de simples moyens.

Ainsi la nullité générale pour incapacité absorbera les cas de minorité, interdiction, état de femme mariée, etc. ;

La nullité pour défaut de pureté du consentement, absorbera les cas d'erreur, de dol, de violence ;

La nullité pour irrégularité de forme, comprendra et absorbera tous les cas particuliers pouvant être rattachés à cet ordre d'idées.

On comprend maintenant comment un tel système fonctionnera : celui, par exemple, qui demandera la nullité d'un contrat en alléguant le dol de la partie adverse sera considéré, contrairement à toute évidence, comme invoquant en réalité, d'une manière générale, l'absence d'un consentement valable. C'est cette absence de consentement valable qui constituera la cause de la demande. Par conséquent, s'il succombe dans son action, il ne pourra pas la reproduire en alléguant la violence ou l'erreur, car la cause serait la même ; le dol, la violence et l'erreur ne sont plus que des moyens.

Or, si les juges n'ont pas la faculté de suppléer d'office une cause de demande, il est reconnu qu'ils peuvent suppléer d'office un moyen (1). Par conséquent le demandeur qui, pouvant invoquer le dol, la violence et l'erreur, aura seulement invoqué le dol, est exposé à perdre son procès même

(1) DEMOLOMBE, t. XXX, n° 319 ; Cass. 19 juill. 1888, D. 89, 1, 345 ; Cass. 13 déc. 1842, D. 45, 1, 127.

sur la violence et l'erreur qu'il n'a pas voulu invoquer. De son côté l'adversaire qui croyait n'avoir à se défendre que sur le dol, pourra perdre son procès par suite d'une violence ou d'une erreur dont il n'avait pas été parlé, mais que le juge a cru devoir admettre d'office.

Néanmoins, dans ce même système, on reconnaît qu'après avoir attaqué un acte à raison d'un vice du consentement, on pourrait, en cas d'échec, alléguer dans une nouvelle instance un vice de forme ou un cas d'incapacité, parce que, alors, la cause ne serait pas la même.

Mais pourquoi s'arrêter ainsi dans la voie qu'on a arbitrairement ouverte? Quel texte autorise cette constitution fantaisiste d'un nombre limité de groupes? Du moment que les diverses causes spéciales de nullité ne sont que des moyens, il n'y a pas à hésiter. La logique veut qu'on les mette tous sur le même plan, c'est-à-dire qu'ils doivent tous constituer un groupe unique!

Et en effet, cette opinion *simpliste*, conséquence naturelle du système des groupes, a été produite. La nullité, a-t-on dit, est non pas l'objet, mais la cause de la demande; donc, lorsqu'une demande en nullité a été repoussée, une nouvelle action n'est plus recevable quel que soit le vice dont on voudrait se prévaloir. Ainsi, après avoir allégué la minorité d'une partie, on ne pourrait pas, dans une nouvelle instance, alléguer un vice de forme ou un vice du consentement (1).

Tout cela prouve au contraire que chaque vice de consentement, chaque vice d'incapacité, chaque vice de forme constitue une cause spéciale et distincte de nullité. Ce sont toujours les conclusions des parties qui déterminent le point débattu devant le juge et la question sur laquelle le jugement a statué. Quand un vice différent a été allégué dans deux instances successives, la question n'est pas la même, et il

(1) BONNIER, n° 876; GRIOLET, p. 109 et suiv.

ne saurait être question de chose jugée. La doctrine tend de plus en plus à se prononcer dans ce sens (1).

Quant à la Cour de cassation, elle a certainement abandonné le système qui n'admet qu'une seule demande en nullité (2); mais, après quelques hésitations (3), elle semble vouloir consacrer la solution qui prévaut dans la doctrine (4).

Il ne faut pas d'ailleurs confondre la nullité dont un droit est affecté dès sa formation, avec la résolution ou révocation qui dérive d'un fait postérieur à la naissance du droit. Par conséquent, celui qui a succombé dans un procès en nullité peut ensuite former une demande en résolution ou se prévaloir d'une résolution opérée (5).

Les règles sur la cause doivent s'appliquer indistinctement au défendeur comme au demandeur, en ce qui touche les exceptions qu'il croit devoir produire, ou les modes de libération qu'il invoque. Chaque mode de libération constitue une cause distincte d'exception et non un simple moyen. Par conséquent le débiteur qui a succombé après avoir invoqué un certain mode de libération peut, dans une autre instance, en invoquer un second (6).

331. On s'est demandé si, après un jugement qui a reconnu l'existence d'une dette et l'a déclarée valable, le débiteur condamné à payer peut exciper d'une cause de libération qui existait dès le premier procès, mais qu'il ignorait ou qu'il avait oubliée, ou dont il n'avait pas alors la preuve. On donne pour exemple, le cas d'un débiteur qui avait perdu sa quit-

(1) DEMOLOMBE, t. XXX, n° 334 ; LAURENT, t. XX, n°s 72 et suiv. ; GARSONNET, t. III, § 418, texte et note 1 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1289 ; LACOSTE, n° 400.

(2) Cass. 20 oct. 1885, D. 86, 1, 253.

(3) 13 avr. 1869, D. 70, 1, 124.

(4) Cass. 31 janv. 1893, D. 94, 1, 279.

(5) Cass. 10 août 1885, D. 86, 1, 163.

(6) GARSONNET, § 468, texte et note 20; LACOSTE, n° 416.

tance et qui la retrouve; peut-il l'opposer au créancier et se prévaloir du paiement opéré?

En droit romain cela aurait paru excessif (1). Mais Bartole et, d'après lui, Duparc-Poullain (2), pensaient que toute condamnation au paiement d'une somme s'entend toujours d'un paiement par argent ou par quittance.

Aujourd'hui on distingue suivant que, lors du jugement de condamnation, le débiteur a ou non invoqué une cause de libération, le paiement par exemple. Dans le cas où le paiement a été allégué, le jugement a statué et sur la demande en condamnation, et sur le moyen tiré du paiement; la chose jugée porte sur les deux points. Le débiteur qui prétend avoir retrouvé une quittance ne pourrait donc s'en prévaloir sans se mettre en contradiction avec la chose jugée. Mais s'il s'est laissé condamner sans opposer le fait du paiement, il pourra provoquer une instance nouvelle pour tirer parti de la quittance découverte, car l'admissibilité de l'exception tirée d'un paiement sur lequel il n'a pas été statué, n'implique aucune contradiction avec le jugement de condamnation déjà rendu (3).

N° 5. — *Effets de la chose jugée et généralement des présomptions légales.*

332. — La chose jugée couvre les vices de la sentence.
333. — Action *judicati* et exception.
334. — Présomption attachée à la chose jugée.
335. — Cette présomption a-t-elle effet à l'égard des tiers, spécialement dans les questions de propriété ?

(1) *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari exemplo grave est*, L. 4, C. 7, 52; Comp. L. 19, C. 2, 4.

(2) T. XVI, p. 161.

(3) Cass. 5 août 1873, D. 74, 1, 470; Cass. 2 juill. 1861, D. 61, 1, 479, etc.; BONNIER, n° 875; AUBRY et RAU, § 769; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 338; LAURENT, t. XX, n° 154; LACOSTE, n° 413; Voy. notre *Dissert.* sur la question : *Journ. des Avoués*, année 1856; *Contrà*, GRIOLET, p. 107 et 172; Comp. Cass. 25 mars 1863, D. 64, 1, 37.

336. — Suite ; exceptions préjudicielles. — Influence au criminel de la chose jugée au civil. Applications diverses.
337. — Influence au civil de la chose jugée au criminel ;
338. — D'abord en cas de condamnation,
339. — Ensuite en cas d'acquittement en Cour d'assises,
340. — Ou en police corroctionnelle.
341. — La maxime : *una via electa*..... a-t-elle ici quelque application ?
342. — Des actions autres que l'action en dommages pouvant être intentées à l'occasion d'un fait délictueux.
343. — Règle générale sur l'effet des présomptions légales au point de vue de la preuve, art. 1352.

332. Les effets de la chose jugée doivent être envisagés à plusieurs points de vue.

D'abord l'autorité qui s'y attache couvre certaines irrégularités, telles que l'incompétence, même à raison de la matière (1). Si les délais d'appel ne sont pas expirés, l'existence du jugement rendu engendre une fin de non-recevoir contre une demande identique formée entre les mêmes parties pour la même cause (2).

La même autorité couvre les vices qui rendent une décision irrégulière, sans néanmoins la rendre inexistante (3).

333. La chose jugée donne à la partie qui a obtenu la condamnation, l'action *judicati*, dont le nom n'est pas passé dans notre droit, et qui a pour but l'exécution de la mesure ordonnée, ou en d'autres termes de procurer l'utilité effective des droits adjugés ou consacrés par la décision. Cette action se prescrit par trente ans à dater du jugement, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la durée de la prescription à laquelle se trouvait soumis le droit sur lequel a porté la condamnation (ex. art. 189, C. com.).

La chose jugée produit aussi au profit de chacune des deux

(1) Cass. 29 juin 1892, S. 93, 1, 29 ; Cass. 28 janv. 1889, S. 89, 1, 120 ; Liège, 7 nov. 1889, *B. J.*, 89, 1490.
(2) Bordeaux, 9 avr. 1886, cité sous Cass. 7 juill. 1890, S. 91, 1, 25.
(3) Cass. 21 juill. 1890, D. 91, 1, 15.

parties (1) une exception, et au besoin une réplique, dans le sens qu'on doit attacher à ces expressions en droit français, pour repousser incidemment toute demande qui tendrait à remettre en question l'objet d'un litige antérieurement jugé.

Le bénéfice résultant de la chose jugée étant d'intérêt privé, une partie peut y renoncer en faveur de l'autre. Ce bénéfice consiste dans un titre qui désormais peut servir de base à une demande (2). C'est donc plus qu'un simple moyen, et le juge ne pourrait le suppléer d'office (3), excepté dans les matières où la loi n'admet pas le consentement des parties, par exemple en cas de séparation de biens (4).

La partie intéressée peut se prévaloir de la chose jugée en tout état de cause. Si elle n'en a excipé ni en première instance, ni en appel, elle ne pourra pas l'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation (5), quand même elle aurait allégué le jugement qui la contient, à titre de simple argument (6). Elle n'aura alors aucun recours, excepté dans le cas unique où la décision d'où résulte la chose jugée a été rendue par le même tribunal que la seconde, circonstance qui lui permettra d'user de la requête civile (art. 480 6°, C. pr. civ.) (7). Le demandeur en cassation qui invoque l'autorité de la chose jugée, ne pourra réussir qu'en produisant l'arrêt dont il se prévaut (8).

334. La chose jugée crée, entre les parties, une présomption *juris et de jure* qui exclut toute preuve du contraire.

(1) Cass. 22 avr. 1850, D. 50, 1, 126; Comp. Cass. 11 mai 1846, D. 47, 4, 81.

(2) Orléans, 23 juill. 1841, cité par M. LACOSTE, n° 770.

(3) Cass. 26 août 1861, D. 61, 1, 427.

(4) Rennes, 23 mars 1874, D. 75, 2, 213.

(5) Cass. 4 août 1891, S. 93, 1, 10 et de nombreux arrêts antérieurs.

(6) Cass. 30 avr. 1894, D. 94, 1, 279.

(7) AUBRY et RAU, § 769, note 126 ; LACOSTE, n°s 778 et 779.

(8) Cass. 30 janv. 1893, 1, 224.

Par conséquent lorsqu'un créancier a été débouté de sa demande par un jugement définitif, le débiteur est définitivement libéré, et ne reste pas tenu d'une obligation naturelle. Il serait inadmissible en effet que le créancier pût exciper avec succès d'une prétendue créance naturelle, pour s'opposer à une répétition de la part du débiteur ou de son héritier qui aurait payé par erreur une dette qu'il ne devait plus. Une telle prétention aboutirait à détruire la chose jugée, puisqu'elle forcerait les juges à examiner la validité de cette obligation naturelle, alors qu'ils déclarent que le prétendu débiteur était libéré ou n'était pas tenu. Mais, d'après la distinction que nous avons déjà faite (t. VII, nos 234, 236), ce dernier peut être tenu d'une obligation de conscience qui, si elle a été volontairement acquittée, mettra obstacle à toute répétition. L'acquittement d'une telle obligation sera maintenu à titre de libéralité, et non à titre de paiement (1).

Il entre dans l'office du juge devant qui est invoquée l'autorité de la chose jugée, d'appliquer, d'après l'ensemble de sa rédaction, la sentence sur laquelle repose ce moyen de droit, sans qu'il y ait lieu de renvoyer devant la juridiction qui a rendu cette même sentence (2).

335. La présomption *juris et de jure* qui s'attache à la chose jugée, peut-elle avoir quelque effet à l'égard des tiers? La négative semble s'imposer; la chose jugée ne peut avoir qu'un effet relatif, limité aux parties en cause. Cependant la jurisprudence admet depuis quelque temps que, dans les questions de propriété, la chose jugée produit effet à l'égard des tiers. Supposons, par exemple, un jugement rendu à la suite d'une instance à laquelle le possesseur de l'immeuble litigieux serait resté étranger; si ce possesseur est plus tard

(1) Voy. Massol, *Oblig. nat.*, p. 260; Comp. Saturnin Vidal, *Oblig. natur.*, *Revue étrang.*, t. VIII, p. 368; *Contrà*, Aubry et Rau, § 769; Larombière, sur l'art. 1311, n° 144.

(2) Cass. 7 juin 1893, D. 94, 1, 124.

actionné par la partie qui a eu gain de cause, celle-ci pourrait invoquer à l'encontre de son adversaire le jugement par elle précédemment obtenu. Avant l'adoption de cette jurisprudence, le défendeur n'aurait eu qu'à se tenir sur la défensive et attendre la preuve du demandeur; désormais il sera obligé de faire lui-même, contrairement aux principes les plus certains, la preuve de son droit de propriété! Voilà donc la règle : *res inter alios judicata*, mise de côté!

Voici en quels termes péniblement contradictoires, est motivé l'arrêt *de principe* (1) rendu sur ce point par la Cour de cassation le 17 décembre 1865 :

« Attendu, en droit, que la propriété étant un droit réel, *l'arrêt qui déclare un individu propriétaire équivaut nécessairement à un titre*, susceptible, comme tout autre titre, d'être opposé à tous par celui qui l'a obtenu; que, sans doute, l'autorité de la chose jugée étant limitée par l'art. 1351 aux seules parties en cause, un tel arrêt ne saurait être opposé aux tiers avec le caractère de chose jugée; mais qu'il n'en est pas moins un titre, et que les tiers, contre lesquels il est invoqué, s'ils peuvent l'attaquer au moyen de la tierce opposition, ou même directement, ne peuvent, du moins, détruire la preuve qui en résulte qu'à la charge de faire la preuve contraire et d'établir à leur profit, soit un droit de propriété, soit une possession antérieure légalement acquise (1). »

Sans doute les droits réels existent contre tous, mais c'est une véritable confusion que faire intervenir dans la question de la preuve d'un droit le caractère que ce droit pourrait avoir s'il était prouvé. D'un autre côté, l'affirmation que *l'ar-*

(1) Cass. 17 déc. 1865; Cass. 20 juill. 1874, S. 74, 1, 863; Bordeaux, 18 déc. 1879, S. 80, 2, 109; Conf. BONNIER, nos 508 et 877; AUBRY et RAU, §§ 219 et 769; DEMOLOMBE, t. XXIX, nos 286 et 296; t. XXX, n° 375; NAQUET, *Revue critique*, 1872-1873, p. 351; *Contrà*, LAURENT, t. VI, n° 159; TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opp.*, n° 43; LACOSTE, nos 739 et suiv.

rêt déclarant un individu propriétaire équivaut nécessairement à un titre repose sur une autre confusion, véritablement puérile, entre un titre de propriété qui doit se suffire à lui-même, et les éléments particuliers qui peuvent, isolément, concourir à la formation de ce titre. Nous avons déjà fait remarquer, à propos de la même question (t. IV, n° 115), que la preuve résultant du titre n'est efficace qu'autant qu'il est établi que l'auteur de la transmission (constatée par jugement ou par convention) était propriétaire lui-même. Une preuve semblable doit être fournie pour chaque transmission successive, en remontant à une époque suffisante pour fonder la prescription au profit du revendiquant. On peut conclure hardiment que celui qui est dans l'impossibilité de fournir cette preuve n'est pas propriétaire.

A cette observation la Cour de cassation fait la réponse suivante, utilitaire peut-être, mais certainement non juridique :

« Le droit de propriété serait perpétuellement ébranlé si les contrats destinés à l'établir (ou les jugements) n'avaient de valeur qu'à l'égard des personnes qui y auraient été parties, puisque de l'impossibilité de faire concourir les tiers à des contrats (ou jugements) ne les concernant pas, résulterait l'impossibilité d'obtenir des titres protégeant la propriété contre les tiers (1). »

336. Tout ce qu'on peut concéder, c'est que le jugement dont il s'agit sera un *titre apparent* pouvant servir de base à une exception préjudicielle si, dans une instance en réparation d'un délit forestier, le prévenu excipe d'un droit de propriété ou autre droit réel (art. 182, C. forest.).

On peut généraliser cette solution pour toutes les questions de propriété immobilière (2). Il peut arriver que celui qui invoque un jugement déclaratif d'un droit réel rendu en sa

(1) Cass. 22 juin 1864, D. 64, 1, 412.
(2) Cass. 4 août 1881, D. 82, 1, 196.

faveur ou en faveur de son auteur, ait cessé d'être investi du droit réel depuis la date du jugement. Remarquons encore que l'exception préjudicielle de propriété n'est admissible que lorsqu'elle est fondée sur un droit personnel à celui qui la propose. Un fermier poursuivi pour avoir indûment passé sur le champ d'autrui ne pourrait exciper de l'enclave du fonds qu'il exploite; le propriétaire seul ayant ce droit (1) (Voy. t. IV, n° 392).

Les mêmes principes semblent devoir être appliqués en matière de propriété mobilière. On soutient cependant que si un individu s'empare d'un meuble dont il a été reconnu propriétaire sur sa revendication contre un détenteur, le tribunal correctionnel, sur une poursuite pour vol, pourra déclarer que le meuble soustrait appartenait à un tiers, et même au défendeur qui a succombé dans l'instance en revendication (2).

En ce qui touche spécialement les brevets d'invention, la Cour de cassation attribue effet au criminel, à toute décision du tribunal civil qui reconnaît la validité d'un brevet (3), ou en prononce la nullité ou déchéance du moins entre les personnes qui étaient parties devant ce tribunal (4).

En matière de faillite, il est reconnu que le juge correctionnel appelé à connaître d'une poursuite en banqueroute simple, a qualité pour constater que le commerçant poursuivi est en faillite, bien que cette faillite n'ait pas été déclarée par le tribunal de commerce (5), ou que ce tribunal ait refusé de la déclarer (6). Le prévenu n'a donc pas, en ce cas, de question préjudicielle à soulever.

(1) Cass. 25 mars 1882, D. 82, 1, 275.
(2) BONNIER, n° 907; LACOSTE, n° 1320; *Contrà*, GRIOLET, *Revue pratique*, 1867, p. 248.
(3) Cass. 8 août 1857, D. 57, 1, 408.
(4) Cass. 28 janv. 1881, S. 84, 1, 715.
(5) Cass. 8 juill. 1885, D. 85, 1, 279.
(6) Cass. 10 août 1878, S. 79, 1, 481.

En matière de suppression d'état, il est connu que le civil tient le criminel en état (art. 327). Nous avons déjà examiné cette situation, et nous n'avons pas à y revenir (Voy. t. III, nos 52, 53 et 54).

La juridiction répressive devant laquelle une question préjudicielle a été soulevée, ne doit surseoir à statuer sur la prévention qu'autant que cette question est de nature, si elle est résolue dans un sens favorable au prévenu, à enlever au fait poursuivi tout caractère délictueux (1).

Dans le cas ci-dessus, la décision rendue par la juridiction civile lie la juridiction répressive. Dans les autres cas le juge criminel conserve sa pleine liberté; il est juge de l'action et de l'exception (2).

337. Les principes doivent être différents quand on envisage la situation inverse, et qu'on recherche quelle est l'influence, au civil, de la chose jugée au criminel. L'ordre public exige que le jugement sur l'action civile soit subordonné à la décision du tribunal de répression. Le conflit qu'il s'agit d'éviter est tout à fait en dehors des prévisions de l'art. 1351, puisqu'il ne pourrait s'élever qu'entre juridictions d'un ordre différent, et il serait oiseux de reproduire les vieilles discussions qui ont eu lieu sur ce point (3).

C'est l'art. 3 du Code d'instruction criminelle qui doit servir en cette matière de point de départ à la doctrine à appliquer (4).

D'après ce texte : « L'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action pu-

(1) Cass. 10 mai 1879 (deux arrêts), D. 79, 1, 237.

(2) Cass. 4 août 1881, D. 82, 1, 186.

(3) Voy. MERLIN, *Répert.*, v° *Chose jugée*, § 15; TOULLIER, t. VIII, n° 30; t. X, nos 240 et suiv.

(4) AUBRY et RAU, § 769 *bis*, texte et note 2; MARCADÉ, sur l'article 1351, nos 15 et 16; BONNIER, nos 909 et suiv.; DEMOLOMBE, t. XXX, nos 408 et suiv., etc.

blique. — Elle peut aussi l'être séparément : dans ce cas l'exercice en est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. »

Le législateur a voulu ainsi assurer l'indépendance du juge chargé de prononcer sur un fait punissable considéré uniquement comme tel.

La chose jugée au criminel a donc une influence certaine sur le sort de l'action civile proprement dite. Peut-elle avoir également quelque influence sur les autres actions à fins civiles pouvant appartenir à la partie lésée? — C'est une question spéciale qui demande un examen particulier.

Dans tous les cas il importe de retenir qu'il s'agit seulement des décisions émanées des juridictions du jugement et non des décisions des juridictions d'instruction, lesquelles sont sans influence sur le civil (1), quand même il s'agirait d'une ordonnance de non-lieu, intervenue après constitution d'une partie civile devant la juridiction d'instruction (2).

Le principe général doit être ainsi formulé : Les décisions de jugement de la justice criminelle ont au civil l'autorité de la chose jugée, à l'égard de tous même de ceux qui n'y ont pas été parties, en ce sens seulement qu'il n'est jamais permis au juge civil de méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement jugé par le juge criminel (3).

338. Parlons d'abord des jugements de condamnation. Il résulte d'un tel jugement que l'individu poursuivi est l'auteur responsable du fait incriminé. Le juge de l'action civile est lié sur ces points par la décision du tribunal criminel. Le condamné ne pourra donc pas contester devant la juridiction

(1) Cass. 28 nov. 1888, D. 90, 1, 102.
(2) Cass. 12 déc. 1877, D. 79, 1, 470.
(3) Cass. 31 mai 1892, S. 92, 1, 292; Orléans, 15 juill. 1892, D. 93, 2, 148.

civile le fait qui a engagé sa responsabilité (1), ni soutenir qu'il n'en est pas l'auteur (2).

Le juge de l'action civile n'aura donc à se prononcer que sur l'existence et l'étendue des dommages, en tenant compte uniquement des circonstances admises par la sentence de condamnation qui, par exemple, peut avoir retenu ou écarté le fait que la mort aurait été le résultat des blessures faites (3), et s'il s'agit d'un vol de somme d'argent, sans pouvoir modifier le chiffre déterminé par la juridiction pénale (4).

339. Pour les sentences d'acquittement, il faut distinguer suivant qu'elles émanent d'un verdict négatif du jury, ou d'une autre juridiction pénale.

Les décisions du jury n'étant pas motivées peuvent s'expliquer aussi bien parce que le fait incriminé n'a pas eu lieu, ou que l'accusé n'en était pas l'auteur, que parce qu'il n'y a pas eu chez lui intention coupable. Un verdict de non-culpabilité n'est donc nécessairement exclusif, ni de l'existence du fait matériel, ni d'une faute pouvant résulter soit de l'imprudence, soit même d'une volonté dépourvue de criminalité et engageant néanmoins la responsabilité civile de l'agent (5).

Les juges civils conservent donc leur entière liberté d'appréciation, toutes les fois qu'ils ne décident rien d'inconciliable avec ce qui a été jugé par le jury (6). Ainsi le verdict de non-culpabilité rendu au profit d'un individu accusé de complicité par recel pour avoir acquis à vil prix des marchandises provenant de vol, ne fait pas obstacle à ce que le juge de

(1) Cass. 11 juill. 1882, D. 83, 1, 362.
(2) Grenoble, 17 nov. 1846, S. 47, 2, 547.
(3) Paris, 13 avr. 1872, D. 73, 2, 150.
(4) Cass. 18 nov. 1878, D. 78, 1, 462; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 425; LACOSTE, n° 1087.
(5) Cass. 27 janv. 1875, D. 77, 5, 76; Cass. 3 déc. 1891, D. 92, 1, 366.
(6) Cass. 3 mars 1879, D. 79, 1, 472; Cass. 18 août 1879, D. 80, 1, 179; Toulouse, 30 juin 1890, D. 91, 2, 328; Cass. 31 mai 1892, D. 92, 1, 381.

l'action civile déclare que le dit individu a commis une imprudence en ne s'informant pas, alors qu'il achetait d'un individu non marchand, de la provenance des objets vendus, et à ce qu'il le condamne, par suite, à des dommages-intérêts, envers le propriétaire victime du vol (1).

Il importe peu, quand il s'agit d'appliquer les règles ci-dessus, que l'action civile soit soumise avec l'action publique à la Cour d'assises, ou qu'elle soit intentée séparément devant une juridiction civile.

340. Les juges de l'action civile n'ont pas une latitude aussi grande en présence d'une sentence d'acquittement rendue par un tribunal correctionnel ou un tribunal de simple police. Ces sentences ne se bornent pas en effet à déclarer que l'individu poursuivi n'est pas coupable, elles expliquent cette déclaration. Ces tribunaux peuvent donc décider que le fait incriminé n'a pas eu lieu ou que la personne poursuivie n'en est pas l'auteur, ou qu'il n'y a absolument aucune faute à lui reprocher. Le juge de l'action civile sera lié par ces décisions et, par conséquent, ne pourra pas condamner le prévenu à des dommages-intérêts (2), quand même le fait incriminé aurait été écarté seulement comme n'étant pas établi (3), ou suffisamment établi (4). Quand un individu est acquitté faute de preuves suffisantes, il l'est définitivement, et il n'est pas plus permis de produire un supplément de preuve au civil, qu'il ne serait permis d'en fournir au criminel (5).

(1) Cass. 8 nov. 1878, D. 79, 1, 387.

(2) Cass. 9 janv. 1877, D. 77, 1, 475 ; Cass. 2 déc. 1861, D. 62, 1, 71 ; AUBRY et RAU, § 769 *bis ;* BONNIER, n° 914 ; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 431 ; LACOSTE, n°s 1107 et suiv. ; *adde*, Cass. 22 nov. 1892, D. 93, 1, 87.

(3) Cass. 10 janv. 1877, D. 77, 1, 197.

(4) Orléans, 4 juill. 1884, D. 86, 2, 94.

(5) BONNIER, n° 914 ; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 432 ; LACOSTE, n°s 1116, 1117, 1118.

Cependant lorsque les jugements d'acquittement d'un jugement correctionnel ou de simple police se bornent à écarter la culpabilité pénale, la partie lésée peut encore saisir la juridiction civile d'une action en dommages-intérêts fondée sur les faits constitutifs d'un quasi-délit, à la condition que ces faits ne soient pas les mêmes que ceux qui ont fait l'objet de la poursuite correctionnelle, ou puissent être envisagés à un point de vue exclusif de tout caractère délictueux (1).

Cette dernière précision est importante pour les délits à raison desquels l'intention criminelle n'étant pas exigée, la simple imprudence ou négligence est punissable. L'acquittement pourra laisser place à une action en dommages-intérêts, car la faute d'imprudence ne s'apprécie pas de la même manière au criminel et au civil (2).

Mais il faut, en toute hypothèse, que le jugement soit rédigé de façon qu'on puisse voir si la faute qui donne lieu aux dommages-intérêts diffère en réalité de celle que le tribunal de répression a écartée (3).

La partie civile a le choix de porter sa demande en indemnité, soit principalement devant le tribunal civil, soit accessoirement à l'action publique devant le tribunal de répression. Dans tous les cas, le juge de répression ne peut statuer au civil sans le concours de la partie civile. S'il s'agit d'une Cour d'assises, le droit de statuer sur les dommages réclamés par la partie civile demeure intact, quoique l'accusé soit acquitté (art. 358, C. inst. crim.). S'il s'agit d'un tribunal correctionnel ou autre juridiction, il faut admettre que le droit de statuer sur les dommages est épuisé quand le prévenu a été acquitté. La jurisprudence décide néanmoins le contraire, quand la

(1) Cass. 10 janv. 1893, S. 93, 1, 200.

(2) Cass. 16 mai 1887 (deux arrêts), D. 87, 1, 265; Comp. Cass. 22 nov. 1892, D. 93, 1, 87.

(3) Cass. 18 juin 1885, D. 87, 1, 193.

partie civile ayant fait défaut a le droit, dont elle ne peut être privée, de faire opposition. Il a été jugé en ce sens que, lorsque sur le double appel du ministère public et de la partie civile d'un jugement correctionnel acquittant le prévenu, il intervient un arrêt confirmatif, contradictoire avec le ministère public, par défaut à l'égard de la partie civile, l'acquittement du prévenu n'a d'autre effet que de l'exonérer définitivement de la peine, unique objet de l'action publique éteinte, et la partie civile demeure recevable à former opposition à l'arrêt pour faire juger de nouveau, aux fins civiles, contradictoirement avec elle, la question du délit restée entière à son égard (1).

341. Le droit d'option appartenant à la partie civile, soulève encore la question de savoir si, après avoir essayé de la voie criminelle, cette partie peut encore, dans la même affaire, user de la voie civile, et *vice versâ*. Il faudrait, suivant une certaine opinion, appliquer purement et simplement la maxime : *electa una via*... dont nous avons parlé déjà (Voy. *suprà*, n° 328) ; une partie après avoir suivi une voie ne pourrait plus prendre l'autre. Mais où est le texte qui contient une semblable prohibition? Une autre opinion distingue suivant que la partie veut passer du criminel au civil ou du civil au criminel. L'option faite ne serait définitive que dans ce dernier cas. La solution présente le même arbitraire, avec un peu plus de complication. Enfin une troisième opinion, qui semble devoir être suivie, ne prohibe la transition d'une juridiction à l'autre, que dans les cas prévus par la loi, ou quand l'une de ces juridictions a déjà prononcé sur le litige à elle soumis, ce qui n'est, à vrai dire, qu'une application des principes de la chose jugée (2).

342. Les motifs qui ont servi de base à l'art. 3 § 3 du Code

(1) Cass. 14 janv. 1892, S. 92, 1, 173.
(2) Voy. SOURDAT, *De la responsabilité*, t. I, nos 232 et suiv.

d'instruction criminelle ne sont pas absolument limités à l'action civile en dommages-intérêts pour réparations du préjudice résultant d'un fait illicite. La question de savoir quelle est l'influence du criminel sur le civil peut encore se poser à l'égard de plusieurs autres actions, car un fait délictueux peut être la source de droits divers.

« Ainsi l'adultère est le fondement d'une demande en séparation de corps ou en divorce, la bigamie est le fondement d'une action en nullité de mariage, l'escroquerie est le fondement d'une action en nullité d'une convention pour dol. Ou bien le juge pénal a dû, pour résoudre la question de culpabilité, résoudre d'une manière expresse ou implicite certaines questions civiles: par exemple, sur une poursuite pour vol, le voleur ayant opposé l'exception de propriété, le tribunal a tranché cette question, et a déclaré que l'objet appartenait à la personne à laquelle il a été soustrait, ou a déclaré au contraire qu'il appartenait à l'inculpé; sur une poursuite pour abus de confiance, l'existence du dépôt ayant été contestée, la juridiction pénale a déclaré que le dépôt existait ou qu'il n'existait pas; sur une poursuite pour destruction, par des délits de faux ou lacération de registres, de la preuve de la célébration d'un mariage, le tribunal de répression constate que la preuve a été réellement détruite et que le mariage a été célébré. Dans les hypothèses multiples où des intérêts civils se rattachent de la sorte au procès pénal, quel sera l'effet du jugement rendu par le tribunal de répression? Le tribunal civil sera-t-il lié par ce jugement, et dans quelle mesure sera-t-il lié (1)? »

Diverses opinions ont été produites à cet égard (2). D'après celle qui a prévalu, le jugement criminel a, d'une manière

(1) LACOSTE, n° 1159.

(2) Elles sont analysées dans l'ouvrage précité de M. LACOSTE, n°s 1160 à 1183.

générale, autorité au civil, sans que cette influence excède, bien entendu, la mesure de l'influence du criminel sur l'action civile proprement dite. Son autorité existe, non seulement pour les contestations où est en jeu un droit engendré par le délit, mais encore pour les contestations dans lesquelles seront visées les questions résolues par le tribunal criminel à propos de l'action publique, et la chose jugée au criminel aura autorité au civil à l'égard de toute personne (1).

Cette opinion est suffisamment justifiée par cette considération que l'ordre public exige que ce qui a été décidé par une juridiction de répression ne puisse plus être remis en question devant une autre autorité. C'est vouloir l'affaiblir que de prétendre l'étayer sur des textes, dont la portée est d'ailleurs contestée et qui n'ont absolument aucun rapport avec la difficulté à résoudre, tels que l'art. 198 et l'ancien art. 235 (Voy. t. II, nos 186 et 313).

343. La force probante des présomptions légales est caractérisée comme suit :

ART. 1352. La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. — Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

Ces derniers mots signifient, que la présomption légale, quelle qu'elle soit, ne forme pas obstacle à l'efficacité de l'aveu du fait contraire ni à la délation du serment litisdécisoire sur ce fait, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'affaires dans lesquelles l'aveu est inopérant et la délation du serment inadmissible; quand il y a lieu, par exemple, d'appliquer les principes de la chose jugée.

Les présomptions légales, en matière d'obligations, sont

(1) MERLIN, *Quest.*, v° *Faux*, § 6, n° 7; AUBRY et RAU, § 769 *bis*, texte et notes 5 et 6; MARCADÉ, sur l'art. 1351, n° 15; GARSONNET, §§ 475 et 476; LACOSTE, n° 1184; Cass. 23 déc. 1863, D. 65, 1, 81; Nîmes, 31 déc. 1878, S. 79, 2, 135.

en effet des moyens de preuve offerts par la loi à une partie; mais ces moyens ne lui sont pas imposés. Par conséquent la partie peut, soit en refusant de prêter le serment déféré, soit par un aveu, reconnaître que, dans le cas proposé, la présomption de la loi serait inexacte, quand même, d'ailleurs, elle serait douée d'une force probante absolue, c'est-à-dire quand même elle rentrerait dans la catégorie qu'il est convenu d'appeler *juris et de jure* (1).

La présomption de la loi est *juris et de jure*, c'est-à-dire exclusive de la preuve contraire, dans deux cas :

1° *Lorsque sur le fondement de cette présomption la loi annule certains actes.* C'est une référence à l'art. 1350, n° 1, qui parle des actes que la loi déclare nuls comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité. Voy. art. 911 et 1100.

2° *Lorsque sur le fondement de la présomption, la loi dénie l'action en justice*, ou plutôt accorde au défendeur une exception péremptoire pour faire tomber la demande dirigée contre lui, sans que le juge ait à l'examiner quant au fond. Ex. : art. 1282.

§ 2. — Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.

344. — Dans quelles limites il faut admettre les présomptions du juge, art. 1353.
345. — Applications diverses.

344. En dehors des présomptions *légales*, fallait-il admettre des présomptions de l'homme? Fallait-il, en d'autres termes, autoriser le juge à tirer lui-même, de certains faits connus,

(1) AUBRY et RAU, § 750, texte et note 11; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 329 *bis;* MARCADÉ, sur l'art. 1352; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 277; LAURENT, t. XIX, n° 621; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1283; Cass. 13 janv. 1875, D. 75, 1, 117.

des conséquences pour l'appréciation du fait inconnu que les débats avaient pour but de dégager?

L'affirmative est certaine. Il faut remarquer, toutefois, qu'une telle faculté laissée aux juges a, pour limite nécessaire, les limites mêmes de la preuve testimoniale, soit dans les cas ordinaires, soit dans les cas exceptionnels. Il est, en effet, manifeste que, dans un système qui soumet à la nécessité d'un écrit les conventions dont l'importance dépasse une certaine valeur, sous peine, pour les parties, de ne pouvoir recourir à la preuve testimoniale, il faut pareillement prohiber, dans les mêmes hypothèses, le recours aux présomptions de l'homme. Différemment les règles restrictives de la preuve testimoniale seraient, en fait, comme non avenues, car les présomptions dont il s'agit prendraient bientôt la place de la preuve testimoniale.

C'est donc avec raison que le législateur a complété son système en déclarant que :

ART. 1353. Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.

Cette dernière précision était inutile, puisque le dol et la fraude peuvent toujours être prouvés par témoins, celui qui en souffre ayant été dans l'impossibilité de s'en procurer une preuve écrite (art. 1348).

Les présomptions, pour être admissibles, doivent être *précises*, c'est-à-dire en relation directe avec le fait contesté, et *graves*, c'est-à-dire de nature à déterminer la conviction. Quand il y en a plusieurs, elles doivent encore être *concordantes*, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas se contrarier l'une l'autre. Mais le juge pourrait fonder sa conviction sur une seule présomption grave et précise.

Le champ de la preuve par présomption étant le même que celui de la preuve par témoins, il faut décider que le com-

mencement de preuve par écrit qui rend possible la preuve par témoins, rend, par là même, possible la preuve par la présomption (1). On pourra donc en ce cas prouver par présomptions tout ce qu'on pourrait prouver par témoins, soit en ce qui concerne les droits réels, soit pour ce qui concerne les droits de créance, par exemple l'existence d'une novation (2).

345. Ainsi encore les faits de possession qui servent de base à la prescription peuvent être prouvés par présomptions (3). En matière de revendication d'immeuble, lorsqu'aucune des parties n'a en sa faveur ni titre, ni prescription, ni possession certaine, les juges peuvent et doivent se décider d'après les présomptions de fait prises des documents et circonstances de la cause (4). Dans cet ordre d'idées, les indications du cadastre, qui ne sauraient jamais équivaloir à un titre, peuvent servir de renseignement et de présomption (5).

Les tribunaux ont pareillement le droit de chercher la preuve d'une insuffisance d'évaluation pour une déclaration de succession, dans des présomptions tirées des faits constants au procès ou parvenus à la connaissance de l'administration de l'enregistrement, soit par l'enregistrement de l'acte qui les relate, soit par les modes d'investigation que lui donne la loi (6). La même administration peut prouver encore par simples présomptions, l'existence des documents dont les lois spéciales qui régissent la matière lui permettent d'exiger la communication (7).

En matière de vente d'offices, les dissimulations de prix

(1) Cass. 30 nov. 1891, D. 93, 1, 285 ; Cass. 27 juin 1894, D. 94, 1, 371.
(2) Cass. 27 mars 1893, D. 94, 1, 60.
(3) Voy. LAURENT, t. XIX, n° 626.
(4) Cass. 22 déc. 1891, S. 92, 1, 24.
(5) Arrêt précité ; *adde*, Grenoble, 13 fév. 1891, S. 93, 2, 221.
(6) Cass. 19 juill. 1892, S. 92, 1, 533.
(7) Cass. 14 mai 1889, S. 90, 1, 274.

peuvent aussi être prouvées par présomptions (1), ainsi que le dol et la violence dans les contrats en général, l'abus du blanc-seing (2), etc.

En matière commerciale la preuve par témoins et conséquemment par présomptions est admissible quel que soit l'intérêt du litige (3). En toute matière l'appréciation des présomptions est abandonnée à la conscience du juge, et celui-ci pourrait, à l'occasion d'une instance civile, les puiser dans les documents d'une procédure criminelle (4).

L'effet d'une présomption admise par le juge peut se traduire de deux manières différentes. Elle peut d'abord faire gagner son procès à la partie en faveur de qui elle existe, même après une enquête accordée à son adversaire. Elle peut encore avoir pour résultat de faire immédiatement repousser l'enquête proposée par l'autre partie. Ainsi, la présomption qui résulte de la détention par le voyageur du bulletin de bagages à lui délivré contre remise de ses colis, n'a pas évidemment le caractère de présomption *juris et de jure*. Elle peut néanmoins suffire à écarter l'offre de preuve faite par la compagnie de transport et tendant à établir que le bulletin a été laissé par erreur entre les mains du voyageur après remise de ses bagages. C'est ce qui a été jugé dans une espèce où l'éloignement des lieux où devait se faire l'enquête, mettait le voyageur à peu près hors d'état d'opposer ses moyens de défense aux allégations de la compagnie (5).

Les tiers pouvant toujours invoquer l'exception résultant de l'art. 1348 au profit de ceux qui n'ont pu se procurer une preuve écrite du fait allégué, ont le droit d'invoquer l'art. 1353

(1) Bourges, 18 nov. 1890, S. 92, 2, 241.
(2) Cass. 20 mai 1889, S. 92, 2, 517.
(3) Cass. 5 mars 1894, D. 94, 1, 168.
(4) Cass. 29 nov. 1893, D. 94, 1, 351.
(5) Alger, 7 déc. 1891, S. 92, 2, 116.

chaque fois que la fraude ou la simulation sont concertées entre les parties à leur préjudice.

SECTION IV.

De l'aveu de la partie.

346. — Notion de l'aveu; division, art. 1354.
347. — Aveu extrajudiciaire; son champ d'application; art. 1355, son utilité.
348. — Aveu judiciaire, art. 1356. Quand a-t-il ou conserve-t-il ce caractère?
349. — De qui il doit émaner.
350. — Comment il est constaté.
351. — Il est irrévocable indépendamment de toute acceptation.
352. — Il est indivisible. Pourquoi et en quel sens.
353. — L'aveu qualifié ou complexe n'est qu'une forme de la dénégation.
353 *bis*. — Démonstration : exemples tirés de la jurisprudence.
354. — Cas où le défendeur oppose la compensation.
355. — Cas en dehors de la règle de l'indivisibilité de l'aveu.

346. L'aveu, considéré comme moyen de preuve, est la reconnaissance d'un fait personnel (1) de nature à produire contre celui de qui il émane, des conséquences juridiques (2).

ART. 1354. L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

Dans tous les cas l'aveu doit se rapporter directement et exactement au fait qu'il s'agit d'établir même lorsqu'il est extrajudiciaire; il suppose une contestation née et actuelle, et la volonté, de la part de celui de qui il émane, de faire au sujet de cette contestation, une déclaration destinée à servir de preuve à la partie adverse (3).

347. L'aveu est extrajudiciaire; quand il est fait hors justice,

(1) Trib. Quimperlé, 28 mars 1877, D. 79, 1, 459.
(2) Cass. 10 mai 1893, D. 94, 1, 259.
(3) AUBRY et RAU, § 751; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 450; LAURENT, t. XX, n° 158; Paris, 18 nov. 1867, D. 67, 2, 210; Gand, 4 avr. 1885, *Pas.*, 86, 2, 175.

soit dans une conversation, soit lorsqu'il est incidemment consigné dans un acte qui n'a pas été expressément passé pour le constater. Il peut aussi résulter d'un écrit original unique sans contrevenir à la disposition de l'art. 1325, car il constitue une déclaration unilatérale (1), et c'est bien à tort que Demolombe a prétendu l'assimiler à une convention (2). Il peut donc être contenu dans une lettre missive.

L'aveu extrajudiciaire soit écrit, soit oral, a évidemment par lui-même une force probante, quoique la loi le classe parmi les moyens de preuve.

Néanmoins,

ART. 1355. L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes les fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait point admissible.

Sauf cette restriction, l'allégation d'un aveu extrajudiciaire est certainement utile.

En quoi consiste cette utilité ?

Suivant la majorité des auteurs, l'utilité de l'aveu consisterait uniquement en ce que :

1° Le juge serait libre d'admettre, suivant les cas, la preuve résultant de l'aveu extrajudiciaire ; il pourrait aussi la rejeter ;

2° Le juge resterait libre de ne pas se conformer à la règle de l'indivisibilité de l'aveu, et sa décision, sur ce point, échapperait à la censure de la Cour suprême ;

3° Enfin le juge pourrait admettre la rétractation de l'aveu extrajudiciaire indépendamment d'une erreur de fait.

En résumé, l'appréciation de la forme probante d'un aveu extrajudiciaire serait, à tous les points de vue, abandonnée à l'arbitraire des tribunaux (3), et les règles de l'aveu judiciaire ne lui seraient pas applicables (4).

(1) Cass. Belge, 25 mars 1880, *Pas.*, 80, 1, 107.

(2) T. XXX, n° 548.

(3) DURANTON, t. XIII, n° 540 ; AUBRY et RAU, § 751 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 332 *bis* III ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1304.

(4) Cass. 25 janv. 1893, S. 93, 1, 244.

Dans ces conditions, l'aveu ne serait plus un moyen spécial de preuve contrairement au texte formel de la loi. Il constituerait simplement une de ces circonstances pouvant avoir la valeur d'une simple présomption, *abandonnée*, comme dit l'art. 1353, *aux lumières et à la prudence du magistrat.* Mais, il convient de le remarquer, pour soutenir une telle théorie, les auteurs se placent presque toujours en présence d'hypothèses équivoques ou mal définies. On peut, sans doute, reconnaître au juge un certain pouvoir discrétionnaire pour apprécier le caractère plus ou moins sérieux de l'aveu fait hors justice. Mais quand le juge estime que l'aveu est sérieux, cet aveu doit faire pleine foi, et ne saurait être divisé, ni révoqué, s'il n'est pas établi qu'il a été la conséquence d'une erreur de fait (1).

348. Les arrêts et même les auteurs, trompés par l'art. 1350 parlent quelquefois de la *force de présomption légale attribuée par la loi à l'aveu judiciaire* (2). Cette formule est absolument inexacte. L'aveu n'est pas une présomption, c'est un mode direct de preuve, admissible en toute matière, tant civile que commerciale, sauf les exceptions spécialement prévues par la loi, et quelle que soit la valeur du litige ou sa nature, en dehors de toute autre preuve écrite, ou de commencement de preuve par écrit (3).

La loi résume comme suit son caractère et ses effets :

ART. 1356. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial. — Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. — Il ne peut être divisé contre lui. — Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit (*).

L'aveu judiciaire doit d'abord être fait en justice, devant un

(*) Art. 1356. — L. 1, D. *De confessis;* L. unic., C. *De confessis.*

(1) Voy. LAURENT, t. XX, nos 218 à 221; Comp. MERLIN, *Quest.*, v° *Confession*, §§ III et IV.

(2) Voy. Cass. 9 janv. 1889, S. 89, 1, 118.

(3) Cass. 3 juill. 1889, D. 90, 1, 250.

juge compétent à raison de la matière (1), c'est-à-dire au cours d'une instance pendante devant un juge appelé à statuer au contentieux. Peu importe qu'il soit fait spontanément à l'audience, ou dans un interrogatoire sur faits et articles (art. 324 et suiv., C. pr. civ.), ou dans des conclusions, pièces ou actes de procédure.

Il suit de là que l'aveu fait devant un juge de paix, saisi par une citation en conciliation, n'est pas un aveu judiciaire (2). Le juge conciliateur n'a pas qualité pour constater les aveux qui ont été faits devant lui. Il pourrait, il est vrai, constater une transaction, c'est-à-dire une convention synallagmatique ; mais il ne faudrait pas qualifier d'aveu judiciaire une telle convention. Il appartient à la Cour de cassation de rectifier la qualification erronée donnée par un arrêt à cette transaction. Cette rectification opérée, il n'y aura plus lieu d'examiner les critiques soulevées contre l'arrêt attaqué, en tant que ces critiques reposeraient uniquement sur l'hypothèse ou l'accord dont il s'agissait constituait un aveu judiciaire (3).

Au contraire, le juge de paix qui aurait été délégué par un tribunal de commerce, en vertu de l'art. 428, C. pr. civ., pour entendre les parties et dresser procès-verbal de leurs déclarations, aurait qualité pour mentionner les aveux faits devant lui. A plus forte raison en serait-il ainsi d'un des juges du même tribunal qui aurait reçu semblable mission (4).

On s'est demandé si l'aveu fait dans une instance demeure judiciaire quand il est invoqué dans une autre instance pendante entre les mêmes parties, ou si, dans ce cas, il ne peut avoir que la qualité d'aveu extrajudiciaire? La question est à

(1) Cass. 19 déc. 1877, D. 78, 1, 176.

(2) Cass. Belge, 4 mai 1882, D. 84, 2, 90; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXX, n° 491.

(3) Cass. 11 nov. 1884, D. 85, 1, 116.

(4) Bruxelles, 15 nov. 1845, *Pas.*, 47, 2, 337; à rapprocher, Cass. 20 mai 1885, D. 86, 1, 65.

peu près dénuée d'intérêt pratique, dans l'opinion qui assimile, quant à ses effets, l'aveu extrajudiciaire à l'aveu judiciaire. Dans tous les cas, suivant la remarque de M. Colmet de Santerre : « Le juge étant maître d'attacher une importance décisive à l'aveu extrajudiciaire, la partie qui invoque l'aveu en sa faveur, ne perdra pas grand chose à ce changement de nature de l'aveu (1). »

Quoi qu'il en soit, certains auteurs soutiennent que, dans le cas envisagé, l'aveu demeure toujours judiciaire, lors même qu'il est invoqué dans une autre instance, l'art. 1356 déclarant judiciaire, sans exception, tout aveu fait en justice (2).

Mais c'est là une équivoque : déclarer qu'un aveu est judiciaire, c'est dire avec évidence qu'il ne peut être invoqué comme tel que dans l'instance même où il a été fait (3); la Cour de cassation, qui avait d'abord jugé autrement, a fini par le reconnaître (4).

349. L'aveu ne peut émaner que d'une personne capable de disposer de la chose ou du droit qui fait l'objet de l'aveu. Les représentants d'un incapable ne pourraient faire un aveu opposable à ce dernier que sur des faits personnels de leur administration ne dépassant pas les limites de leurs pouvoirs.

Les mandataires conventionnels peuvent faire un aveu quand ils ont un pouvoir spécial à cet effet (5). Cette règle est applicable aux avoués. Néanmoins l'aveu fait par un avoué au nom de la partie à laquelle il est opposé, fait foi contre elle bien qu'il ait été fait sans pouvoir spécial, si la partie n'a

(1) T. V, n° 333 *bis* II.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1356; LAURENT, t. XX, n° 164; Cass. 16 mars 1868, D. 72, 1, 137.

(3) DEMOLOMBE, t. XXX, n° 498; AUBRY et RAU, § 751, texte et note 7; COLMET DE SANTERRE, *loc.; cit.* BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1296.

(4) Cass. 25 janv. 1893, S. 93, 1, 244; Cass. 9 janv. 1889, D. 90, 1, 125.

(5) Cass. 10 mai 1893, D. 94, 1, 259.

pas formulé un désaveu contre cet avoué dans les formes prescrites par la loi (art. 352 et suiv., C. pr. civ.). D'après l'art. 357, C. pr. civ., il sera sursis à toute procédure et au jugement de l'instance principale jusqu'à celui du désaveu. Il arrive parfois qu'une partie ne pouvant obtenir un sursis dont elle croit avoir besoin, utilise cette disposition au moyen d'un désaveu, sans motif réel, et surmonte ainsi, sauf à payer des dommages, la résistance de son adversaire et le refus du tribunal.

La mission de plaider donnée à un avocat, n'emporte pas le mandat de faire un aveu. Néanmoins l'aveu de l'avocat, fait sans mandat spécial et sans l'assistance de son avoué, pourrait avoir une certaine valeur dans les cas où la preuve par présomptions est admissible. Le juge pourrait admettre qu'il résulte des documents de la cause et des plaidoiries que tel fait est reconnu et qu'il est constant. Il a été jugé cependant que si un avocat, non assisté de son avoué, avoue un fait, et que l'adversaire demande acte d'un tel aveu, le tribunal pourra refuser l'acte sollicité en motivant sa décision sur le défaut de conséquences juridiques de la constatation demandée (1).

350. Ceci nous conduit à rechercher comment l'aveu doit être constaté. La loi ne prescrit à cet égard aucune forme, il peut donc être écrit ou verbal.

Il est écrit lorsqu'il est consigné dans les pièces ou actes de procédure signifiés au cours de l'instance.

Il est verbal quand il est fait soit dans un interrogatoire sur faits et articles, soit dans une plaidoirie de l'avocat assisté de l'avoué dûment autorisé, soit lors d'une comparution personnelle à l'audience. Les juges ne sauraient d'ailleurs faire état d'un aveu qui ne résulterait d'aucune des pièces de la procédure (2).

(1) Voy. BELTJENS, sur l'art. 1356, n° 34.
(2) Cass. 13 mars 1893, D. 93, 1, 209.

Dans la pratique, les parties ne manquent pas, en général, de demander acte des aveux faits par leur adversaire, afin d'en bien préciser les termes et l'étendue.

Mais sont-elles obligées d'en demander acte, et l'aveu dont acte formel n'aurait pas été donné, mais qui se trouverait d'ailleurs énoncé dans le jugement lui-même, pourrait-il être considéré comme non avenu?

Il faut, à cet égard, faire certaines précisions :

D'abord, les énonciations contenues dans l'exposé des faits, aux qualités d'un jugement, ne sauraient être opposées à une partie comme valant, à son égard, aveu judiciaire, lorsque d'ailleurs ces énonciations ne se trouvent pas dans les conclusions prises par cette partie devant le tribunal (1).

Il en serait autrement des énonciations contenues dans les motifs du jugement, quand même il n'y aurait pas eu *acte donné*. Néanmoins, d'après une Cour d'appel, à défaut par une partie d'avoir demandé acte des aveux faits par son adversaire, et par le juge d'en avoir donné acte, la constatation qui en serait faite par le juge, dans les motifs de son jugement, n'aurait pas le caractère d'un aveu judiciaire, et ne saurait prévaloir contre les conclusions contraires prises par cette partie (2). On lit dans une note sous cette décision, que le jugement ne constatant pas que l'aveu eût été accepté, et la partie de qui émanait la reconnaissance se rétractant virtuellement par le fait des conclusions qu'elle prenait en appel, la Cour pouvait, sans encourir aucune critique, ne pas tenir compte de cet aveu.

351. Cela revient à dire qu'un aveu, non accepté, n'engage nullement celui de qui il émane et peut être toujours rétracté par lui, soit formellement, soit virtuellement. On prétend appliquer à l'aveu la doctrine qui a cours en France sur les

(1) Cass. 30 mai 1888, S. 89, 1, 299.
(2) Aix, 28 nov. 1886, S. 89, 2, 145 et la note.

offres unilatérales qui ne sauraient lier celui de qui elles émanent tant que celui à qui elles sont faites n'a pas manifesté la volonté d'en profiter (Voy. t. VII, nos 12 et suiv.). Mais l'aveu, simple reconnaissance d'un fait préexistant, n'est pas une offre, c'est une preuve et pas autre chose qu'une preuve, et il serait ridicule de subordonner l'efficacité d'une preuve à une acceptation (1).

Reconnaissons donc que l'aveu pur et simple est irrévocable par lui-même, qu'il n'a pas besoin d'être accepté, à moins qu'il ne soit mélangé de quelque renonciation; qu'il peut être révoqué dans les cas, seulement, d'une erreur de fait, et jamais en cas d'erreur de droit.

352. Voyons maintenant quelle est la signification d'une autre règle formulée dans notre art. 1356, d'après laquelle l'aveu ne peut être divisé.

Les déclarations faites en justice par une partie peuvent se traduire par un aveu pur et simple, ou reconnaissance du fait tel qu'il a été allégué contre elle. Dans ce cas il n'y a pas de difficulté; la question de divisibilité ou d'indivisibilité de l'aveu ne peut pas même se poser.

Ces déclarations peuvent aussi contenir la reconnaissance du fait principal, non pas tel qu'il a été allégué, mais avec certaines modifications faites pour en altérer la nature juridique; par exemple quand l'une des parties prétend avoir prêté à intérêts, et que l'autre ne conteste pas avoir reçu la somme à titre de prêt, mais soutient qu'il n'y a pas eu promesse d'intérêts. C'est ce qu'on appelle fort improprement un *aveu qualifié*. En réalité il n'y a pas eu aveu.

(1) AUBRY et RAU, § 751, texte et note 19; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 335 *bis* I; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1356, n° 30; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 536; LAURENT, t. XX, n° 168; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1303; ARNTZ, t. III, n° 422; *Contrà*, BONNIER, n° 354; NAQUET, sous l'arrêt précité de la Cour d'Aix; Cass. 8 juin 1863, S. 65, 1, 184; Voy. cepend. Cass. 20 mars 1877, D. 77, 1, 128.

Enfin les déclarations dont il s'agit peuvent présenter d'abord la reconnaissance du fait principal allégué par l'autre partie, et finalement l'affirmation d'un fait distinct devant anéantir les conséquences juridiques du fait reconnu.

Ce fait nouveau peut être connexe avec le fait principal dont il suppose nécessairement l'existence. C'est ce qui a lieu quand celui à qui on réclame une dette, ne conteste pas que la dette ait existé, mais affirme l'avoir payée.

Le fait nouveau peut aussi n'avoir aucune connexité avec le fait principal, et ne pas impliquer nécessairement l'existence de ce dernier. Ainsi, par exemple, celui à qui le paiement d'une somme est réclamée ne conteste pas que la dette a existé, mais il oppose une compensation opérée à son profit, par l'effet d'une créance dont il serait lui-même titulaire contre son adversaire.

Dans les deux hypothèses ci-dessus et autres semblables, on dit qu'il y a *aveu complexe*.

Or, dit-on, dans les cas d'aveu qualifié et d'aveu complexe, le demandeur ne saurait avoir la prétention, pour faire sa preuve, de scinder les déclarations de celui contre qui il plaide, de prendre la partie de ces déclarations qui reconnaît l'existence (originelle) de son droit et de repousser l'autre partie. Cela paraît tout naturel, et on ajoute que c'est pour empêcher qu'une pareille prétention se produise qu'a été imaginée la règle qui proclame l'indivisibilité de l'aveu. Celui qui veut se prévaloir d'un aveu doit le prendre tel qu'il se produit, dans son ensemble, sinon il doit le rejeter en entier, et faire sa preuve comme si l'aveu qualifié ou complexe n'avait jamais été fait.

Cette solution ne paraît présenter, au moins dans sa généralité, rien d'excessif. On affirme cependant que cette courte phrase : *l'aveu ne peut être divisé*, « soulève l'une des difficultés les plus ardues de la science du droit (1). » Cela

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1299.

tient, peut-être, à ce que l'on a eu tort, dès le principe, d'appeler aveu ce qui n'a jamais été un aveu.

353. Ce n'est pas, en effet, pour procurer une preuve à l'adversaire que les reconnaissances dont nous parlons ont été faites (Voy. ci-dessus, n° 346). Le prétendu aveu *qualifié* ou *complexe,* n'est en réalité qu'une forme de la dénégation. Le demandeur affirme être créancier et doit dire pourquoi. Le débiteur répond qu'il ne doit rien, et quoiqu'il ne soit pas obligé de dire pourquoi, il lui plaît d'expliquer sa déclaration, voilà tout. Donc cette dénégation ne doit rien changer, au point de vue de la preuve, à la situation respective des parties. On reconnaît, pour l'aveu qualifié, que les principes généraux sur la preuve conduisent à ce résultat (1). S'il en est ainsi en cas d'aveu qualifié, à plus forte raison en doit-il être de même en cas d'aveu complexe. D'après les principes généraux, le demandeur, dans tous les cas, demeure tenu de prouver la légitimité de sa demande, en dehors des déclarations faites par l'autre partie, puisque la demande n'est pas reconnue dans les termes où elle s'est produite. Si cette preuve est faite, le défendeur demeure tenu de prouver le fondement de sa dénégation. Il serait absurde que le demandeur pût invoquer la dénégation de son adversaire pour se soustraire au fardeau de la preuve et le rejeter tout entier sur l'autre partie. Il était superflu, pour expliquer ce résultat, d'imaginer une théorie de l'indivisibilité de l'aveu, dans une hypothèse où il n'y a jamais eu aveu.

Il faut, d'ailleurs, se rendre compte du procédé qui a permis aux anciens auteurs d'appeler aveu (qualifié ou complexe) ce qui n'est qu'une dénégation. Ils ont commencé par décomposer une déclaration qu'ils reconnaissaient d'ailleurs devoir être prise dans son ensemble. Le résultat de l'opération semblait faire apparaître un élément partiel et tout à

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1300.

fait secondaire constituant une certaine reconnaissance du fait allégué par le demandeur. Ils ont alors appliqué à l'ensemble de la déclaration envisagée, la dénomination d'aveu tirée de l'existence de cet élément secondaire et négligeable. Ils ont ainsi créé l'aveu qualifié ou complexe ; cette création étant faite, ils ont voulu reconstituer la déclaration qu'ils venaient de décomposer, et pour cela ils ont finalement conclu que cette déclaration était indivisible. Mais il n'est pas vrai de dire que, dans les dénégations dont nous parlons, l'analyse puisse faire apparaître un aveu comme élément distinct d'un ensemble réellement indécomposable. L'aveu prétendu dont il s'agit se rattache toujours à la déclaration principale par un lien que l'analyse est impuissante à détruire, et dont la persistance suffit pour lui enlever précisément le caractère d'aveu.

La Cour de cassation pose comme principe général, soit en matière d'aveu complexe, soit en matière d'aveu qualifié, que l'aveu, quand il est la seule preuve invoquée à l'appui de la demande, ne peut être divisé contre celui qui l'a fait (1). Or, dans les espèces à propos desquelles ce principe est formulé, la dénégation apparaît avec la dernière évidence.

353 *bis*. On voit donc ce qu'il faut penser de l'indivisibilité de l'aveu; c'est une manière obscure et pédantesque d'expliquer certaines conséquences des principes ordinaires sur la preuve. C'est maintenant ce que nous allons démontrer principalement avec les documents fournis par la jurisprudence.

On rencontre d'abord le cas d'une demande formée par un père contre son fils en remboursement d'une somme qu'il lui aurait prêtée à l'occasion de son mariage. Le fils répond que cela n'est pas vrai, que cette somme lui a été remise à

(1) Cass. 21 oct. 1890, D. 91, 1, 174; Cass. 10 nov. 1879, D. 80, 1, 390; Cass. 11 avr. 1877, D. 77, 1, 343.

titre de pure libéralité, mais qu'il reconnaît devoir les frais du contrat de mariage. La Cour de cassation a décidé que si les juges du fond constatent qu'aucune preuve n'existe au procès, à l'appui de la prétention du père en dehors de l'aveu du fils, c'est à bon droit qu'ils déclarent cet aveu indivisible, et, en conséquence, rejettent la demande (1). N'était-il pas plus simple de débouter purement et simplement le demandeur faute par lui d'apporter une justification de sa demande, au lieu d'alléguer l'indivisibilité d'un prétendu aveu qui n'est qu'une dénégation manifeste, et d'user d'expressions qui sont en parfait désaccord avec la réalité?

Il s'agissait, dans le cas examiné, de ce qu'on appelle un aveu qualifié, aveu qui se rencontre souvent en matière de dons manuels (Voy. t. VI, n° 186). La détention matérielle de valeurs au porteur par une personne qui prétend les avoir reçues à titre de don manuel ne fait présumer un titre légitime au profit de cette personne que tout autant que sa possession est paisible, publique et à titre de propriétaire. Il appartient en pareil cas au juge du fond d'apprécier souverainement les caractères de clandestinité ou de précarité de la possession invoquée (2). Mais pour que le juge du fond puisse faire ainsi porter son examen sur les caractères de la possession du défendeur, il faut supposer que le réclamant a d'abord justifié, en dehors de la réponse faite par celui à qui il s'adresse, de son intérêt à introduire la demande.

On dit encore qu'il y a aveu qualifié dans le cas suivant : Le demandeur réclame une certaine somme avec l'intérêt ordinaire à cinq pour cent, remboursable dans deux ans. Le défendeur admet-il le bien fondé de cette réclamation, considérée, dans son ensemble et non divisée? Pas du tout, il soutient que les intérêts n'ont été promis qu'à un taux inférieur

(1) Arrêt précité du 10 nov. 1879.
(2) Cass. 15 avr. 1890, D. 91, 1, 388.

et que le capital n'est exigible qu'à une époque plus reculée. Si le demandeur veut se prévaloir de cette réponse pour le capital de la dette, il devra l'accepter en même temps pour les intérêts et l'époque d'exigibilité (1). Pour admettre une solution différente, il faudrait non seulement scinder la réponse du défendeur, mais encore, ce qu'on ne remarque pas assez, la réclamation du demandeur, c'est-à-dire sortir de l'hypothèse envisagée.

Il faut admettre une solution analogue dans les cas où on dit qu'il y a aveu complexe, par exemple, quand le demandeur se prétendant créancier pour une certaine cause, comme prêteur de deniers, ou comme bailleur, etc., le défendeur soutient qu'il n'est pas débiteur, soit parce qu'il a payé, soit parce que remise lui a été faite, soit parce que sa dette a été transformée par novation. Il est manifeste qu'une telle réponse, absolument négative, n'est pas faite pour procurer au demandeur une preuve du bien fondé de sa prétention; ce dernier ne pourra donc pas s'en prévaloir pour faire considérer sa demande comme justifiée, sauf à l'adversaire à établir de son côté le bien fondé de sa défense (2). Ainsi, dit la Cour de cassation, le juge ne peut, dans le cas où un locataire a reconnu le fait de la location qui l'a constitué débiteur, mais a déclaré en même temps s'être libéré de ses loyers, diviser cet aveu et condamner la partie au paiement des loyers réclamés, alors qu'aucune autre preuve n'est invoquée à l'appui de la demande ni retenue par le juge (3). Mais une telle solution n'aurait-elle pas été forcée quand même il n'aurait jamais été question de l'indivisibilité de l'aveu? N'est-il pas manifeste que le demandeur, s'il ne peut invoquer aucune preuve ne saurait en trouver dans une réponse qui n'est qu'une dénégation! . . . .

(1) Cass. 13 mai 1874, D. 75, 1, 83; Cass. 18 fév. 1873, D. 73, 1, 135.
(2) Cass. 19 janv. 1874, D. 74, 1, 141.
(3) Cass. 21 oct. 1890, D. 91, 1, 174.

Il faut en dire autant du cas où un créancier reconnaît avoir reçu un paiement, imputable seulement d'une certaine manière; la décision qui, tout en admettant la preuve du paiement, porterait qu'il doit être imputé d'une autre manière, violerait évidemment la règle de l'indivisibilité (1).

354. Lorsque le défendeur allègue un paiement, une remise de dette, une novation, on justifie l'indivisibilité de l'aveu par cette considération que le fait allégué implique l'existence du fait principal, et qu'il y a dès lors connexité entre les deux faits. Mais, dit-on, il n'en est plus ainsi quand le défendeur oppose la compensation résultant d'une créance dont il serait lui-même investi contre le réclamant. Le fait allégué par le défendeur n'impliquant en aucune façon l'existence du fait principal, est absolument distinct de ce dernier qui demeure avoué d'une manière complète, sans qu'il existe aucune connexité entre ce fait et la créance opposée en compensation. L'aveu dans ce cas pourrait donc être divisé, c'est-à-dire que le demandeur n'aurait rien à prouver, son droit étant établi par la reconnaissance émanée de l'adversaire, et ce dernier devrait au contraire prouver l'existence de la créance opposée en compensation (2). On invoque à l'appui de cette solution l'autorité de la doctrine traditionnelle déjà consacrée par les jurisconsultes romains (3).

Cet argument pourrait avoir quelque valeur si les règles nouvelles admises par le Code civil en matière de compensation n'avaient pas rompu avec le droit romain comme avec les anciennes traditions. Tant que la compensation produisait son effet *officio judicis* et avait besoin d'être opposée, il

(1) Cass. 25 juill. 1892, D. 92, 1, 484.

(2) AUBRY et RAU, § 751, note 26; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 334 *bis* IV; MOURLON, t. II, n° 1642; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 521; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1300 *b*; *Contrà*, LAURENT, t. XX, n° 195.

(3) L. 26, § 2, D. 16, 3, *Depositi vel cont.*

était vrai de dire que la créance réclamée et la créance opposée en compensation constituaient deux faits absolument distincts, sans connexité ni relation entre eux. Mais comment peut-on persister à soutenir qu'il n'existe aucune relation entre ces deux faits, dans un système où la compensation produit de plein droit, comme le feraient deux paiements réciproques, ses conséquences extinctives? Comment ne pas reconnaître qu'opposer la compensation, ou dire qu'on a payé, ou dire qu'on ne doit rien, c'est tout un....

La solution que nous repoussons ne serait donc admissible que dans les cas où la compensation n'a pas lieu de plein droit, car c'est seulement dans ces hypothèses qu'il n'existe aucune relation entre les deux créances coexistantes (Voy. ci-dessus, n^os^ 172, 173).

355. L'art. 1356, en formulant d'une manière générale la règle de l'indivisibilité de l'aveu, n'autorise aucune exception. Les cas dans lesquels on prétend que cette règle doit recevoir exception, sont plutôt des cas en dehors de la règle elle-même.

C'est ce qui a lieu :

1° Quand une contestation porte sur plusieurs faits distincts; les déclarations relatives à ces faits sont autant d'aveux différents dont chacun est indivisible. Il en est spécialement ainsi en cas d'interrogatoires sur faits et articles relatifs à plusieurs faits. Ce sont les branches diverses de l'interrogatoire qui doivent être divisées eu égard aux faits qu'elles concernent (1), sauf l'application, s'il y a lieu, des règles concernant le commencement de preuve par écrit (2);

2° Quand le fait sur lequel porte l'aveu est prouvé ou

(1) AUBRY et RAU, § 751, note 27; LAURENT, t. XX, n^os^ 199 et 201; DEMOLOMBE, t. XXX, n^os^ 523 à 525.

(2) Cass. 22 août 1864, D. 65, 1, 64; Rennes, 26 fév. 1879, D. 80, 2, 91; Voy. cependant Cass. 9 déc. 1884, D. 85, 1, 365.

susceptible d'être prouvé indépendamment de l'aveu (1);

3° La jurisprudence décide encore que le principe de l'indivisibilité de l'aveu souffre exception, dans le cas où l'aveu portant sur des faits distincts, l'inexactitude de l'un de ces faits est établie soit par une impossibilité, soit par les preuves existant au procès (2), soit par l'invraisemblance et le caractère contradictoire des déclarations faites (3), soit parce qu'une partie de l'aveu est reconnue fausse (4). Mais l'exception n'est qu'apparente. Même dans les hypothèses qui viennent d'être prévues, l'aveu ne cesse pas d'être indivisible, et on ne divise pas l'aveu quand on demande à le combattre conformément aux règles du droit commun, dans l'un de ses éléments. Mais le juge n'a pas le droit d'écarter lui-même l'aveu qui fait pleine foi, sous prétexte qu'il lui paraît suspect. « L'invraisemblance, dit M. Laurent, de même que la fausseté d'une partie de la déclaration n'empêche pas l'aveu d'être indivisible; seulement la partie qui s'en prévaut est admise à combattre la déclaration accessoire comme n'étant pas conforme à la vérité. Un des moyens qu'elle pourra faire valoir c'est l'invraisemblance si, à raison de l'objet de la demande, les présomptions sont admissibles (5). »

Du reste, il appartient aux juges d'interpréter l'aveu, d'en fixer le sens et de déterminer les conséquences juridiques qu'il comporte. La règle que l'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait, ne met point obstacle à ce que les conventions dont les termes sont établis par cet aveu soient interprétées par les juges du fond, dans les limites de leurs pouvoirs ordinaires, et puissent, par conséquent, rece-

(1) Cass. 5 déc. 1881, D. 83, 1, 206; Paris, 25 mars 1876, D. 77, 2, 9.

(2) Cass. 17 avr. 1877, D. 78, 1, 133.

(3) Cass. 4 janv. 1892, S. 92, 1, 84; Cass. 1er déc. 1880, D. 81, 1, 255; Cass. 12 déc. 1881, D. 82, 1, 152; Bordeaux, 25 mai 1892, D. 92, 2, 563.

(4) Cass. 5 déc. 1881, D. 83, 1, 206.

(5) Voy. Laurent, t. XX, n° 209; Comp. nos 206 à 212.

voir d'eux une interprétation différente de celle que leur a prêtée l'auteur de l'aveu (1).

SECTION V.

Du serment.

Généralités.

356. — Notion du serment. Critique de cette institution.
357. — Division, art. 1357.

356. D'après la définition généralement admise : « Le serment est un acte à la fois civil et religieux par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse, et l'invoque comme vengeur du parjure (2). »

Quelques auteurs suppriment cette dernière partie de la définition (3), mais l'invocation d'un Dieu vengeur est, d'après la tradition, implicitement contenue dans le serment, et seule lui donne sa vraie signification et sa force (4).

Le serment suppose donc chez celui qui le prête, la croyance à l'existence d'un Dieu vengeur. Comme cette croyance peut ne pas se rencontrer toujours, nous préférons à la définition qui précède, la *description* suivante :

« Le serment est un acte civil (hybride) par lequel une personne affirme la vérité d'un fait ou la sincérité d'une promesse en se servant d'une formule religieuse consacrée par la tradition. »

Ce mode de preuve, à raison des objections diverses qu'il soulevait, faillit disparaître durant la législation intermé-

(1) Cass. 3 juill. 1889, D. 90, 1, 250.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 103; AUBRY et RAU, § 752; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 558.
(3) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1306.
(4) Voy. LAURENT, t. XX, n° 222.

diaire. Le premier projet de Code civil élaboré par ordre de la Convention, portait : « *Le serment judiciaire n'est pas admis* (art. 65, I, 2). » Un second et un troisième projet conservèrent cette abrogation. Mais la commission nommée sous le Consulat le rétablit en lui donnant le nom d'*affirmation judiciaire*. Le mot *serment* finit par être substitué au mot affirmation comme étant plus respectable, et aussi parce que faux serment et fausse affirmation présentaient un sens différent.

Le Code n'a rien prescrit quant au mode de prestation du serment.

Le Conseil d'Etat ayant été appelé en 1870 à délibérer sur un projet de réforme du Code de procédure civile, la section de législation proposa la rédaction suivante (1) : « Art. 178 (du projet). Le serment est prononcé par la partie en personne.

« Le président donne lecture à haute et distincte voix du dispositif du jugement en y joignant les observations qu'il croit convenables.

« Il rappelle à celui qui doit le prêter que le serment est placé sous la garantie de sa foi religieuse et que le parjure est puni de peine criminelle.

« Art. 179. Debout, la main haute, la personne qui prête le serment répond : *je le jure* aux questions posées par le président conformément au jugement.

« Si elle déclare que sa conscience religieuse exige l'observation d'un rit particulier, elle est admise à le suivre, pourvu qu'il soit compatible avec la forme judiciaire et la tenue de l'audience. »

L'assemblée générale du Conseil d'Etat ne fut pas appelée à discuter cette proposition de la section de législation.

(1) *Revue critique*, 1871-1872, p. 683, article de M. MIGNERET, rapporteur de la section de législation.

Aujourd'hui il est probable qu'une telle proposition serait écartée, et qu'on reviendrait au principe proclamé par la Convention : *Le serment judiciaire n'est pas admis.* Nous n'avons pas à reproduire ici ce qui a été dit en faveur de cette solution (1). Nous nous bornerons à constater que la suppression du serment est réclamée même par des hommes dont les sentiments sincèrement religieux sont indiscutables, et qu'elle serait combattue seulement par ceux qui estiment qu'il existe pour l'homme une obligation de croire *extérieurement* (2).

Les Chambres ont d'ailleurs été saisies de diverses propositions tendant à modifier la loi actuelle sur le serment. Ces propositions n'ont abouti jusqu'à ce jour qu'à un rapport concluant à l'adoption d'une formule *laïque* du *serment* (3) !

357. Le serment est judiciaire ou extrajudiciaire suivant qu'il intervient dans le cours d'une instance ou en dehors de toute instance. Ainsi le serment prêté devant le juge de paix quand il siège en conciliation n'est pas un serment judiciaire, alors même qu'il aurait été déféré par une partie à l'autre; c'est un serment extrajudiciaire.

ART. 1357. Le serment judiciaire est de deux espèces : — 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause : il est appelé *décisoire;* — 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Il ne peut être déféré que sur une question de fait et jamais sur une question de droit.

§ 1er. — Du serment décisoire.

357 *bis.* — Capacité de celui qui le défère;
358. — Et de celui à qui il est déféré. Que faut-il penser de l'assimilation de ce serment à une transaction?
359. — Sur quoi il peut être déféré; art. 1358.

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 256.
(2) Voy. *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1873, p. 512.
(3) *Off.* Chambre : texte transmis, doc. 1889 (session extraordinaire), p. 219; rapport, doc. 1890, p. 1389.

360. — A qui il peut être déféré. Des faits personnels à celui qui doit le prêter, art. 1359.
361. — Quand il peut être déféré, art. 1360.
362. — Droit de référer le serment déféré, art. 1361 ; modifications à la formule du serment; pouvoirs du juge.
363. — Sur quoi il peut être référé, art. 1362.
364. — De l'accord des parties sur une prestation de serment, et de cette prestation elle-même.
365. — Effets du serment prêté considéré en lui-même, art. 1363.
366. — Celui qui défère ou réfère le serment ne peut plus se rétracter, art. 1364.
367. — Effets du serment prêté quant aux coobligés, art. 1365.
368. — Effet déclaratif du serment.

357 *bis*. Le serment décisoire, sur l'autorité de quelques anciens textes, est généralement assimilé à une transaction (1). On dit qu'en effet, d'après les termes de l'art. 1357 § 1, la délation du serment par l'une des parties à l'autre, constitue l'offre d'une transaction conditionnelle sur le litige qui les divise (2). Il est vrai que la transaction a pour but, comme le serment, de terminer un procès (art. 2044). Mais la transaction implique une réciprocité de sacrifices qui n'existe pas dans le serment.

Dans cette dernière hypothèse, c'est tout ou rien pour chaque partie suivant que le serment sera prêté ou refusé. Le seul point de contact qu'il y ait entre le serment et la transaction, c'est qu'ils mettent fin l'un et l'autre à une contestation. Sous ce rapport la délation de serment pourrait aussi bien être rapprochée d'un acquiescement ou d'un désistement conditionnels. D'un autre côté les art. 1316, 1350 et 1365 mettent le serment au nombre des preuves. On pourrait, avec plus de raison, assimiler la délation de serment à un pari. Ce qu'il y a de certain c'est que la délation de serment engendre une convention particulière.

(1) L. 2, D. 12, 2, *De jurejur.;* Toulouse, 25 mai 1885, S. 89, 2, 41.
(2) AUBRY et RAU, § 753, texte et note 1; BONNIER, n° 409; LAURENT, t. XX, n°s 230, 240; DEMOLOMBE, t. XXX, n°s 580, 586.

« Lorsqu'une des parties, dit Pothier, défère à l'autre le serment sur ce qui fait l'objet de la contestation qu'elles ont ensemble, pour en faire dépendre la décision, et que celle des parties à qui le serment est déféré accepte la condition et en conséquence rend son affirmation, ou déclare être prête à la rendre, il en résulte une convention par laquelle ces parties conviennent de s'en tenir à ce que la partie aura affirmé; de laquelle convention naît une obligation qui contraint la partie qui a déféré le serment de s'en tenir à ce qui aura été affirmé; ce qui l'exclut de pouvoir demander à faire aucune preuve du contraire (1). »

La convention dont il s'agit se traduit en définitive par un acte de disposition du droit sur lequel le serment est déféré. « Comme on fait dépendre du serment la décision de la contestation et du droit des parties, il s'ensuit, dit Pothier, qu'il n'y a que ceux qui ont la disposition de leurs droits qui puissent déférer ce serment (2). »

Pothier est sur ce point taxé d'inexactitude (3), et les auteurs comme les arrêts, décident que pour déférer le serment décisoire, il faut avoir non seulement la capacité d'aliéner, mais encore celle de transiger (4).

358. En vertu du même principe, le serment ne pourrait être déféré qu'à ceux qui peuvent transiger sur l'objet de la contestation.

Voici quelles seraient les conséquences de cet aperçu (5) :

1° Le tuteur ne pourrait déférer le serment au nom du mineur, même dans les procès qui portent sur des actes d'administration pure et simple, qu'en remplissant

(1) *Oblig.*, n° 916.
(2) *Oblig.*, n° 914.
(3) LAURENT, t. XX, n° 234.
(4) Trib. Brignolles, 17 déc. 1870; sous Aix, 25 fév. 1880, S. 82, 2, 97.
(5) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1313.

les formalités prescrites par l'art. 467 pour la transaction;

2° L'observation des mêmes formalités s'imposerait au mineur émancipé qui veut déférer le serment, même sur des droits dont il a la libre disposition; la transaction ne pouvant jamais être considérée comme un acte de pure administration;

3° Les mandataires ne pourraient d'une manière absolue déférer le serment qu'avec un pouvoir exprès du mandant même lorsque le mandat serait conçu en termes généraux, bien que, dans ce cas, il emporte le droit d'administrer (article 1988. Cpr. art. 352, C. pr. civ.);

4° Les syndics de faillite devraient pour déférer un serment comme pour transiger, se conformer à l'art. 487, C. com.;

5° Enfin si celui à qui le serment a été déféré devenait, avant de l'avoir prêté, incapable de transiger, la délation du serment serait non avenue (1).

Mais nous avons vu que l'assimilation du serment à la transaction repose sur une analogie plus apparente que réelle et ne résulte d'ailleurs d'aucun texte. Aussi quelques-uns de ceux qui adoptent une assimilation aussi contestable, n'osent pas la pousser jusqu'à ses dernières conséquences. Ils enseignent que dans certaines causes de peu d'importance et d'une pratique journalière dans l'administration de la tutelle, on peut permettre au tuteur de déférer le serment au nom du mineur. On fait remarquer que ces matières, à raison même de leur peu d'importance, demandent célérité; que d'ailleurs il n'y a pas, à proprement parler, transaction vis-à-vis du mineur, puisque quelle que soit l'issue du procès du moment qu'il ne s'agit que d'intérêts minimes, la responsabilité du tuteur sera suffisante pour empêcher le mineur d'éprouver un préjudice (2). Toutes ces cavillations mettent

(1) Toulouse, 25 mai 1885, S. 85, 2, 41.
(2) DALLOZ, *Répert.*, v° *Tutelle*, n° 5225.

en relief le peu de fondement de la règle qu'il s'agit d'atténuer.

Il faut en outre observer que le serment déféré à un incapable ne pourra jamais procurer le moindre avantage au *deferens*. En effet, de deux choses l'une, ou l'incapable prêtera le serment, et alors il aura rendu sa condition meilleure puisque le procès sera terminé en sa faveur, et le *deferens* ne pourra lui opposer son incapacité (art. 2125); ou l'incapable refusera de jurer, et ce refus ne pourra produire contre lui aucune conséquence fâcheuse, puisqu'il s'agit d'un acte d'aliénation qui lui est interdit.

La loi, en matière de serment, n'établit d'ailleurs aucune cause particulière d'incapacité. Par conséquent le serment décisoire déféré à un individu qui, antérieurement, a encouru une condamnation à l'emprisonnement pour vol, n'est entaché d'aucun vice, et fait preuve complète contre celui qui l'a déféré (1).

De ce que le serment décisoire implique une certaine manière de disposer du droit faisant l'objet de la contestation qu'il a pour but de terminer, il suit qu'il peut seulement porter sur les droits patrimoniaux dont les particuliers ont la libre disposition.

359. Le serment ne peut donc être déféré sur les droits qui sont en dehors du patrimoine, tels que les droits de famille, ni en matière de divorce, de séparation de corps et de filiation.

Il en serait de même s'il avait pour objet l'existence d'une convention que la loi ne reconnaît que lorsqu'elle est revêtue de certaines formes essentielles à sa validité, par exemple une donation entre vifs (2).

Sauf ces exceptions

(1) Riom, 11 déc. 1885, D. 86, 2, 199.
(2) Bruxelles, 2 déc. 1880, *Pas.*, 81, 2, 90.

ART. 1358. Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (*),

même, sans commencement de preuve par écrit, sur des contestations excédant 150 fr., ou contre et outre le contenu aux actes (1). Mais comme le serment n'a d'autre but que de terminer une contestation, il ne saurait être employé pour paralyser les effets d'une preuve déjà acquise à l'adversaire, et de nature à empêcher toute persistance d'une contestation sérieuse.

Ainsi :

1° Le demandeur justifie sa demande par la production d'un acte authentique ; le défendeur ne pourra déférer le serment sur les faits qui sont prouvés par cet acte jusqu'à inscription de faux. L'inscription de faux est en effet le seul moyen de combattre la preuve résultant d'un acte authentique (2). Mais il ne suffirait pas de s'inscrire en faux pour être admis à déférer le serment (3), autrement il serait trop facile d'éluder la prohibition dont nous parlons. Le serment pourrait au contraire être déféré sans difficulté sur les faits qui, ne s'étant pas passés en présence de l'officier public, ne sont pas établis jusqu'à inscription de faux;

2° Une partie invoque à l'appui de ses prétentions certaines présomptions légales, l'adversaire pourra déférer le serment contre ces présomptions légales, mais non contre la présomption résultant de la chose jugée, ni contre celles qui ont pour effet, dans un but d'ordre public, de dénier l'action en justice (4);

3° Si l'une des parties invoque la prescription, le moyen est péremptoire et empêche toute continuation sérieuse de a contestation. Le serment ne pourra donc lui être déféré,

(*) Art. 1358. — L. 34, D. 12, 2, *De jurejur.*

(1) Cass. 7 nov. 1893, D. 94, 1, 15.

(2) AUBRY et RAU, § 753; LAURENT, t. XX, n° 244; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 608; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 337, *bis* VI.

(3) *Contrà*, Bruxelles, 10 déc. 1884, *Pas.*, 85, 2, 61.

(4) LAURENT, t. XX, n°s 246, 247; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 600 et tous les auteurs.

sauf ce qui est décidé pour certaines courtes prescriptions (art. 2275).

360. Le serment décisoire ne peut être déféré qu'à celui qui plaide en son nom personnel, et non à celui qui, en sa qualité de directeur ou d'administrateur d'une société, ne fait que la représenter en justice (1). La même règle doit s'appliquer aux administrateurs des communes ou établissements publics; aux maris qui ne figurent dans une instance que pour autoriser leur femme et aux tuteurs, excepté dans le cas particulier prévu par l'art. 2275.

D'ailleurs,

ART. 1359. Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle on le défère (*).

Or il est évident qu'un fait émané de l'auteur d'une partie n'est pas un fait personnel à cette même partie. Il est donc certain qu'on ne peut pas déférer le serment à quelqu'un sur le fait d'une personne à laquelle il a succédé. Mais ne pourrait-on pas, du moins, déférer le serment aux veuves et aux héritiers sur un fait personnel au défunt pour qu'ils aient simplement à déclarer s'ils en avaient ou non connaissance? Oui, si la loi le permet. Or la négative résulte de la formule générale de l'art. 1359. C'est seulement par exception que les art. 2275, C. C., et 189, C. com., admettent, dans les cas qu'ils prévoient, ce serment de *crédulité* ou de *crédibilité*, comme on disait autrefois. On soutient cependant, par amour pour la tradition et l'opinion de Pothier, que les dispositions précitées doivent être considérées comme étant seulement l'application d'une règle générale dont elles prouveraient l'existence (2). Mais c'est dépasser

(*) Art. 1359. — L. 34, §§ 1 et 3, D. 12, 2, *De jurejur.*, PAUL, *Sent.*, 2, 1, § 4.

(1) Lyon, 12 fév. 1890, D. 91, 2, 247; Trib. comm. Bruxelles, 11 avr. 1890, *B. J.*, 90, 682.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 913; AUBRY et RAU, § 753, texte et note 22;

de beaucoup la limite permise de l'interprétation surtout dans une matière de droit étroit où l'on a prétendu trouver les caractères d'une transaction *forcée*. On est même allé plus loin; certains auteurs enseignent que le serment de crédibilité peut être déféré même à des personnes autres que la veuve et les héritiers d'un défunt (1). La Cour de cassation n'a pas osé aller jusque-là (2).

Les faits personnels sur lesquels peut être déféré le serment doivent être litigieux, peu importe d'ailleurs qu'ils soient de nature à nuire à la réputation ou à l'honneur de celui qui doit le prêter. Ainsi le serment peut être déféré sur des faits de fraude, de séduction, d'attentat à la liberté de tester, etc. (3). L'important, c'est que les faits soient *relevants* et formulés de manière que la prestation de serment qui aura lieu en conséquence ait pour résultat de mettre fin au procès (4). Le serment doit donc porter à la fois tant sur l'élément juridique que sur l'élément matériel d'un fait décisif (5). Les juges ont, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire d'appréciation; ils peuvent, par exemple, refuser d'admettre le serment quand les faits allégués leur paraissent confus, non pertinents. Mais la Cour de cassation ajoute qu'il en est de même si les faits sont déjà contredits, ou si le serment n'est requis que dans un pur esprit de vexation (6).

Cette solution est inadmissible : c'est à la partie et non au juge que le serment est déféré, et le juge ne saurait mettre obstacle à l'exercice d'un droit sous prétexte d'en empêcher

COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 337, *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 606; BAUDRY-LACANTINERIE, n° 1315.

(1) COLMET DE SANTERRE et DEMOLOMBE, *loc. cit.*

(2) Cass. 7 juill. 1876, D. 77, 1, 276.

(3) Voy. LAURENT, t. XX, n° 250.

(4) Cass. 5 mai 1886, D. 86, 1, 467.

(5) Trib. Dinant, 7 déc. 1878, *Pas.*, 80, 3, 222.

(6) Cass. 22 juill. 1884, D. 85, 1, 253; AUBRY et RAU, § 753, note 24; *adde*, Cass. 31 oct. 1893, D. 94, 1, 108; Dijon, 7 oct. 1893, D. 94, 2, 99.

l'abus, alors surtout qu'il peut accorder des dommages-intérêts à la partie qui, dans son opinion, devait gagner son procès sans être soumise à l'épreuve du serment (1).

361. Voyons maintenant dans quelle phase de l'instance le serment décisoire peut être déféré.

ART. 1360. Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (*).

De là dérivent les conséquences suivantes :

1° Le serment peut être déféré à une partie défaillante ; mais la délation doit être portée à la connaissance de cette dernière ;

2° La délation ne peut être faite après les plaidoiries, c'est-à-dire quand la cause est entendue et qu'il ne reste plus que le jugement à prononcer ;

3° Mais elle peut avoir lieu en instance d'appel, quoique les moyens principaux proposés par le demandeur ou par le défendeur aient été rejetés ;

4° Donc le serment décisoire peut être déféré par des conclusions subsidiaires pour le cas où les moyens principaux seraient rejetés (2).

La jurisprudence décide cependant le contraire (3) ; elle admet que le serment déféré en de telles conditions constitue seulement un serment supplétif qu'il appartient au juge de recevoir ou de rejeter ; ce qui revient à dire fort arbitrairement, que la partie qui veut user de son droit de déférer un serment décisoire doit, au préalable, renoncer à tous les

(*) Art. 1360. — L. 34, § 6 ; LL. 35, 38, D. 2, 2, *De jurejur.*

(1) BONNIER, n° 413 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 337, *bis* V ; LAURENT, t. XX, n° 261 ; DEMOLOMBE, n° 615.

(2) AUBRY et RAU, § 753, notes 20 et 22 ; MARCADÉ, sur l'art. 1359 ; LAROMBIÈRE, *ibid.*, n°s 6-9 ; LAURENT, t. XX, n° 257 ; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 620 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1316.

(3) Cass. 13 juin 1881, D. 82, 1, 474 ; Toulouse, 25 mai 1885, S. 89, 2, 41 et la note ; Besançon, 29 juin 1892, D. 93, 2, 555 ; Comp. Cass. 7 nov. 1893, D. 94, 1, 15.

moyens qu'elle peut avoir, le serment décisoire devant se présenter tout seul (1) ! Cette opinion directement contraire au texte de la loi, méconnaît ouvertement le but même du serment décisoire, ressource extrême ménagée au plaideur qui craint de succomber sur les moyens principaux.

362. Si la partie à laquelle le serment est déféré accepte l'offre et fait le serment, le fait auquel le serment se rapporte est censé établi en sa faveur. Si elle refuse le serment, le fait contesté est censé établi en faveur de la partie adverse; si elle se borne à affirmer qu'elle a perdu le souvenir de ce fait, elle devra être considérée comme ayant refusé le serment (2). Elle peut cependant éviter le serment en le référant à l'autre partie, si le fait, qui en est l'objet, leur est commun à toutes deux.

ART. 1361. Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception (*).

Les faits ou propositions sur lesquels le serment est déféré doivent être formulés avec précision et clarté, de telle manière qu'une simple réponse affirmative ou négative puisse mettre fin au débat.

Dans ces conditions il sera facile à celui à qui le serment est déféré, de voir tout de suite s'il peut le prêter ou le référer à l'adversaire absolument dans les mêmes termes retournés. Le demandeur, par exemple, défère le serment en ces termes : jurez que je ne vous ai pas prêté telle somme. Le défendeur qui préfère référer le serment devra le faire dans les mêmes termes : jurez vous-même que vous m'avez prêté telle somme.

Mais la délation de serment ne se produit pas toujours dans une formule aussi simple. Ainsi, dans une liquidation, une personne demande qu'il lui soit tenu compte de l'apport qu'elle aurait fait d'une certaine somme. L'adversaire lui

(*) Art. 1361. — L. 34, §§ 6 et 7; L. 38, D. 12, 2, *De jurejur.*
(1) Voy. note sous un arrêt de Cass. du 7 nov. 1838, S. 38, 1, 875.
(2) Dijon, 27 oct. 1893, D. 94, 2, 99.

défère le serment à la fois sur la réalité de l'apport et sur la nature des valeurs apportées; il lui dit, par exemple : jurez que vous avez versé telle somme en pièces de cinq francs. Le réclamant refuse d'affirmer que l'apport a eu lieu en pièces de cinq francs, mais il offre de jurer que l'apport a réellement été effectué en valeurs différentes (1).

La question est alors de savoir si le refus de prêter le serment sans modifications doit entraîner la perte du procès, et si le juge a le pouvoir de modifier la formule proposée par celui qui défère le serment.

Il faut répondre que le juge a parfaitement le droit d'admettre les modifications proposées par la partie à laquelle le serment a été déféré quand elles lui paraissent justes et raisonnables; mais la partie qui a déféré le serment purement et simplement demeure libre de repousser ou d'accepter ces modifications, et par conséquent de rétracter la délation qu'elle a faite.

Si elle repousse les modifications proposées et persiste dans sa délation telle qu'elle a cru devoir la formuler, le refus par l'autre partie de prêter le serment sans modifications entraînera la perte du procès quand les modifications portent sur le fait principal, et n'entraînera pas la perte du procès quand les modifications porteront seulement sur des circonstances accessoires ou indifférentes (2).

Celui à qui le serment est déféré peut expliquer les motifs qui le déterminent à accepter le serment, sans pour cela modifier en rien le serment déféré. S'il offre simplement de jurer n'avoir aucun souvenir de la convention ou du fait allégué, il devra être considéré comme refusant le serment (3).

363. Tout ce que nous venons de dire sur le droit de ré-

(1) Voy. Cass. 18 août 1830, DALLOZ, v° *Oblig.*, n° 5250.
(2) Voy. LAURENT, t. XX, n°s 265, 266 et 267.
(3) Dijon, 27 oct. 1893, D. 94, 2, 99; Trib. Tournai, 3 déc. 1881, *Cl. et B.*, 81-82, 990.

férer un serment déféré, suppose que le fait sur lequel doit porter le serment est commun aux deux parties :

ART. 1362. Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré (*).

Celui à qui le serment est référé, ne peut à son tour le référer à l'autre partie; il doit prêter le serment sous peine de perdre son procès. Cela est logique, car lorsqu'il s'agit de faits communs aux deux parties la délation du serment implique de la part de celui de qui elle émane l'offre de prêter lui-même le serment si l'adversaire le requiert.

364. La délation (ou la relation) d'un serment suivie d'acceptation, constitue une convention dont le juge doit donner acte. Le jugement qui ordonnera le serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu (art. 120, C. pr. civ.).

Dans tous les cas le serment sera fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée par acte d'avoué à avoué, et, s'il n'y a pas d'avoué constitué, par exploit contenant l'indication du jour de la prestation (art. 121 *in fine*, C. pr. civ.).

Il faut donc distinguer entre la convention ayant pour objet une prestation de serment, et cette prestation qui n'est que l'exécution de la convention elle-même.

La convention considérée en soi pourra être attaquée pour toutes les causes qui sont de nature à faire prononcer la nullité ou la rescision des conventions ordinaires. Néanmoins comme cette convention revêt la forme d'un jugement, on ne pourra la faire tomber qu'à l'aide des voies de recours admises contre les jugements, c'est-à-dire l'appel ou la requête civile (art. 480 10°, C. pr. civ.), suivant les cas.

Il est admis que le délai de l'appel court du jour de la signification de ce jugement, et non du jour de la prestation

(*) Art. 1362. — L. 34, §§ 1 et 3, D. 12, 2, *De jurejur.*; PAUL, *Sent.*, 2, 1, § 4.

de serment (1). Il peut arriver que les délais d'appel ne soient pas encore expirés au moment de la prestation du serment. Quelle sera, dans ce cas, la condition respective des deux parties ?

Si le serment est prêté à l'audience même où le jugement a été rendu, et immédiatement après, la partie adverse qui y assiste ne peut être réputée y acquiescer, quelque silencieuse que soit son attitude; car elle n'a eu ni le temps ni le moyen de s'opposer à l'exécution de ce jugement par un appel régulièrement formé, et on ne peut appeler à la face du juge.

Mais si elle y assiste après une sommation à elle donnée pour cet effet, son silence ne peut manquer d'être approbatif, car autrement qu'y viendrait-elle faire (2) ?

Au regard de la partie qui est appelée à jurer, la prestation du serment est une exécution volontaire du jugement qui l'a ordonné, et par conséquent une confirmation de la convention résultant de la délation ou de la relation du serment. Néanmoins il sera possible, dans certaines circonstances, de revenir sur la prestation de serment; lorsque, par exemple, le serment aura été précisément déterminé par un dol caractérisé. C'est ce qui aura lieu dans le cas où l'un des plaideurs aurait amené l'autre à lui référer le serment en produisant au procès des pièces fausses par lui fabriquées (3).

On peut donc faire tomber la convention qui a précédé la prestation du serment, et arriver ainsi, indirectement, à faire tenir pour non avenu le serment qui a été prêté en vertu d'un jugement réformé.

365. Mais quant au serment considéré en lui-même, au point de vue de sa force probante, il n'est pas possible de

(1) CHAUVEAU-CARRÉ, q. 1561.

(2) MERLIN, *Quest.*, v° *Appel*, § 6, n° 3; CHAUVEAU-CARRÉ, t. IV, p. 18-19, note 5.

(3) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1322.

faire tomber la présomption de vérité qui s'attache à sa prestation.

ART. 1363. Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté (*).

Il ne pourrait même pas se porter partie civile dans une poursuite exercée par le ministère public du chef du faux serment (1). Il faut remarquer à ce propos que la preuve testimoniale n'est pas admissible au criminel à l'effet d'établir, sur les poursuites du ministère public, la fausseté d'un serment décisoire prêté devant la juridiction civile, alors que la somme ou valeur au sujet de laquelle ce serment a été prêté excédait 150 fr. ou faisait partie d'une valeur supérieure à ce chiffre (2).

La délation ou la relation du serment ne vise généralement que les faits litigieux entre les parties; il demeure entendu que le serment doit être prêté suivant la formule d'usage. Néanmoins on décide généralement que les anabaptistes et les quakers, professant une religion interdisant le serment ne sont point assujettis à la formule ordinaire. Quant aux personnes pratiquant une religion qui entoure le serment de formalités particulières, on avait d'abord pensé que l'on pouvait les contraindre à prêter serment dans la forme voulue par leur culte. Mais depuis 1846 la Cour de cassation a condamné cette prétention (3).

Il n'y a pas de raison cependant qui fasse obstacle à ce que les parties se mettent d'accord sur ce point, pourvu que leur accord soit compatible avec la forme judiciaire et la tenue de l'audience. Par conséquent la partie qui, en première ins-

(*) Art. 1363. — LL. 2, 5, § 2; L. 9, § 1, D. 12, 2, *De jurejur.*

(1) Bruxelles, 8 déc. 1880, *Pas.*, 81, 2, 72.

(2) Cass. 12 déc. 1878, D. 79, 1, 439; Cass. 22 mars 1878, D. 78, 1, 442; Rennes, 8 mars 1882, D. 84, 2, 143.

(3) Cass. 16 juin 1869, S. 69, 1, 377; Cass. 3 mars 1846, S. 46, 1, 193.

tance, aurait accepté de prêter le serment *more judaïco*, serait liée par son acquiescement et ne pourrait obtenir en appel de pouvoir le prêter dans la forme ordinaire (1).

366. De cet acquiescement en effet résulte, entre les parties, un lien de droit ayant pour objet le serment tout entier envisagé quant au fond et quant à la forme :

ART. 1364. La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment (*).

Cette acceptation n'a pas besoin d'être expresse; elle peut résulter de la présence à l'audience, pour prêter serment, de la partie à qui le serment a été déféré ou référé.

Quand elle est expresse et que le tribunal en donne acte, il faut, pour qu'elle engendre le lien de droit, qu'elle soit en concordance parfaite avec l'offre faite; elle ne doit présenter ni modifications, ni conditions, ni réserves. Si le juge a modifié les termes de la relation, celui qui a déféré le serment n'est plus lié et pourra se rétracter. Il importe peu que la partie qui a demandé et obtenu une modification déclare consentir à prêter le serment modifié, lorsque l'autre partie déclare user de son droit de rétractation (2).

Le lien de droit ne se sera pas davantage formé si celui qui a accepté la délation de serment décède avant de l'avoir prêté. On ne peut dire qu'il y a eu refus, mais la convention tombe.

367. Si la partie prête le serment tel qu'il lui a été proposé, il résultera de ce serment une présomption *juris et de jure* quant à la vérité de la chose sur laquelle il aura porté. Mais cette présomption n'a et ne peut avoir qu'un effet purement relatif aux parties litigantes :

(*) Art. 1364. — LL. 6, 9, § 1, D. 12, 2, *De jurejur.*
(1) Liège, 28 nov. 1885, *Pas.*, 86, 2, 120.
(2) Bruxelles, 6 nov. 1884, *B. J.*, 84, 1554.

ART. 1365. Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux. — Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier; — Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions; — Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs; — Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. — Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

On fait observer que le premier paragraphe de ce texte présente une incorrection : jamais le serment prêté ne pourra faire preuve au profit de celui qui l'a déféré; c'est le refus de l'adversaire de prêter serment qui aura ce résultat. Il faut donc comprendre le texte comme s'il disait : Le serment fait ou refusé ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui. Ce cas de refus de serment, dit Marcadé, dont ne s'occupe aucune partie de notre article, devait cependant être prévu comme celui de sa prestation (1).

Il faut voir dans l'art. 1365 une application de la présomption de l'art. 1122 : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause. » Les ayants cause dont parle l'art. 1365 sont ceux qui ont succédé aux parties, à titre universel ou à titre particulier, postérieurement à la prestation de serment. Ceux qui ont succédé aux parties antérieurement ont des droits distincts et indépendants, en sorte que le serment ne saurait avoir aucun effet à leur égard.

Il faut donc appliquer simplement l'art. 1165 d'après lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

L'art. 1365 fait une première application de ces principes en déclarant que le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur commun ne libère ce dernier que pour la part de ce créancier. Il en était autrement en droit romain et Pothier décidait de même. Aussi la première rédaction de

(1) Sur l'art. 1361, n° 1.

l'art. 1365 § 2 était conforme à ces données, et c'est pour ce motif qu'elle portait le mot « néanmoins » qui indique une exception. Les rédacteurs du Code ont dû modifier cette rédaction pour la mettre d'accord avec la théorie nouvelle consacrée par les art. 1198 et 1199 (Voy. t. VII, nos 304-306), mais ils conservèrent par inadvertance le mot « néanmoins » qui n'offre plus aucune signification.

Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires, non sur le fait de l'engagement personnel de celui qui le prête, mais sur l'existence même de la dette engendre une exception commune qui profite à ses codébiteurs (Voy. t. VII, nos 323 et 325).

Il faut en dire autant, en matière indivisible, du serment déféré à l'un des codébiteurs sur l'existence de la dette. S'il y a plusieurs cocréanciers, la prestation du serment par l'un des créanciers, ou le refus par le débiteur de prêter le serment déféré profitera à tous les créanciers. Le refus du créancier ou la prestation de serment faite par le débiteur ne pourra nuire aux autres créanciers lesquels pourront toujours réclamer l'exécution de l'obligation, déduction faite de la part virile de l'héritier contre lequel le serment a été prêté (Voy. t. VII, nos 360 et 361).

L'art. 1365 s'occupe aussi des effets du serment dans les rapports entre le débiteur principal et la caution : « Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions. » La caution en effet ne saurait demeurer obligée, quand le débiteur principal est libéré lui-même par la volonté du créancier. Si le débiteur principal a refusé le serment ou l'a référé au créancier, cet acte ne portera aucun préjudice à la caution qui pourra toujours opposer tous les moyens appartenant au principal obligé et inhérents à la dette.

Enfin le serment de la caution profitera au débiteur principal s'il a été déféré sur l'existence même de la dette.

368. De ce que les effets du serment se trouvent, comme nous venons de le voir, restreints entre les parties en cause,

il suit encore que le serment ne saurait fonder une juste cause d'usucapion ou de prescription; c'est ce qu'on exprime en disant que le serment a un effet purement *déclaratif*, et qu'il serait impossible de concevoir comment il pourrait être *translatif*.

Comme dans les cas d'acquiescement ou de désistement, celui qui défère le serment n'entend pas transmettre les droits qu'il peut avoir; il se borne à s'interdire, moyennant que le serment soit prêté, à faire prévaloir ses prétentions sur celles de l'adversaire.

De son côté celui qui prête le serment n'entend rien acquérir; il veut seulement s'assurer le paisible exercice du droit qu'il affirme être sien.

Le serment est donc purement *déclaratif*. C'est là, dit-on, un nouveau point de ressemblance avec la transaction qui, elle aussi, aurait un caractère simplement déclaratif (1). Mais celà est absolument inexact. Nous démontrerons plus tard que la transaction a un effet translatif et a toujours été considérée comme étant une juste cause d'acquisition pour l'usucapion (2). Le prétendu caractère déclaratif de la transaction n'a été imaginé que pour expliquer comment il se faisait que les parties n'étaient pas tenues à la garantie, comme si la chose n'était pas tout expliquée par cette considération que, dans la transaction, les droits abandonnés sont transmis *tels quels*....

Il est si vrai que la transaction a un effet translatif, que certains auteurs, voyant aussi dans le serment une sorte de transaction, ont été conduits à soutenir que le serment, comme la transaction, devait être une *juste cause* d'usucapion ou de prescription (3)! Celui qui a juré, font-ils observer,

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1320.

(2) L. 29, D. 41, 3, *De usurp. et usucap.*; L. 8, C. 7, 26, *De usucap. pro empt.*; PELLAT, *Propr. et usuf.*, p. 474.

(3) Voy. PELLAT, *loc. cit.*, p. 501.

peut se dire : quand même mon adversaire aurait été le véritable propriétaire, en me déférant le serment, il a consenti à me céder son droit sous la condition que je prêterais ce serment. Mais cette façon d'analyser la situation ne paraît pas conforme à la réalité.

Celui qui a déféré le serment n'ayant rien transmis à la partie adverse demeure donc investi des droits qui lui appartenaient, mais ne pourra jamais les invoquer contre cette partie. Voici alors ce qui pourra arriver :

Primus ayant actionné Secundus en revendication d'un immeuble, défère le serment à ce dernier. Secundus ayant prêté serment est reconnu propriétaire de l'immeuble. Postérieurement, Tertius actionne en revendication Secundus détenteur de l'immeuble. Celui-ci ne pourra opposer le serment par lui prêté à Tertius, ni faire valoir contre ce dernier les droits de Primus, puisque nous venons de voir qu'ils ne lui ont pas été transmis. Il ne peut donc invoquer que ses droits personnels, et il succombe.

Mais plus tard Primus, qui n'a pas cédé ses droits à Secundus et qui s'est borné à s'interdire la faculté de les opposer à ce dernier, actionne Tertius en revendication du même immeuble, et triomphe contre lui.

Alors reparaît Secundus qui, en conséquence du serment par lui prêté, pourra se faire délivrer l'immeuble, puisque Primus ne peut lui opposer ses propres droits. Mais alors Tertius, en vertu de son jugement, viendra s'en emparer, sauf a être à son tour dépouillé par Primus qui se prévaudra du jugement qui lui a donné gain de cause. Secundus reviendra avec son serment..., et les parties tourneront indéfiniment dans le même cercle.

Le moyen de trancher la difficulté ne serait-il pas de reconnaître au serment un effet translatif? de décider, par suite, que Secundus, dans sa lutte avec Tertius, excipe des droits de Primus, et que par conséquent Tertius pourra op-

poser à ce dernier le jugement qui lui a donné gain de cause ?

Nous ne le pensons pas; celui qui défère le serment s'oblige uniquement à ne pas troubler dans sa possession l'adversaire qui va le prêter; mais il ne s'interdit pas de faire valoir contre d'autres personnes les droits qu'il conserve. Par conséquent, s'il parvient à rentrer en possession de l'immeuble litigieux en vertu d'un fait juridique étranger à la partie adverse, et qui n'a pas été produit en contradiction du serment prêté, la partie adverse ne pourra plus agir contre lui en vertu du serment.

§ 2. — Du serment déféré d'office.

369. — But du serment déféré d'office, art. 1366.
370. — Quand il peut être déféré, art. 1367; applications diverses.
371. — Il ne peut être référé, art. 1368; c'est un interlocutoire; conséquences.
372. — Du serment estimatoire, art. 1369.

369.

ART. 1366. Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation (*).

Ce serment est déféré *d'office*, dit la rubrique de notre paragraphe, ce qui signifie qu'il n'est pas laissé, comme le serment décisoire, à l'arbitrage de l'une des parties. Mais cela n'empêche pas les parties d'en prendre au besoin l'initiative, et de provoquer, par leurs conclusions, l'emploi par le juge de cette mesure d'instruction.

Quand le serment dont il s'agit doit porter sur le fond même du litige, il est purement et simplement *supplétif* ou *supplétoire;* quand il doit porter sur le montant de la condamnation, il est estimatoire ou *in litem*.

(*) Art. 1366. — L. 31, D. 12, 2, *De jurejur.*

370. Voyons d'abord dans quelles circonstances le serment supplétoire peut être déféré :

ART. 1367. Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes : il faut, — 1° Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée; — 2° Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. — Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter purement et simplement la demande (*).

Il ne peut ordonner le serment qu'à la condition de constater, dans son jugement, l'existence des deux conditions exigées par la loi (1). Par conséquent, un jugement ne justifierait pas suffisamment la délation du serment d'office et la condamnation qu'il en fait dépendre, s'il se bornait à constater les affirmations et les dénégations respectives des parties (2).

La disposition de notre art. 1367 repose donc sur cette idée qu'il peut exister une preuve complète et une preuve incomplète.

Il y a preuve complète lorsqu'une partie présente un acte authentique, ou un acte sous seing privé, sauf exception, lesquels actes font pleine foi entre les parties, leurs héritiers ou ayants cause (art. 1319, 1322). La preuve testimoniale est encore une preuve complète jusqu'à 150 fr.

On voit donc dans quels cas il est permis de dire d'une demande qu'elle n'est pas totalement dénuée de preuves, en sorte qu'il sera loisible au juge de déférer le serment supplétoire. Ainsi, lorsque le demandeur produit un commencement de preuve par écrit (art. 1347); cet acte qui serait suffisant pour faire admettre, dans tous les cas, la preuve testimoniale, suffira pour faire admettre le serment, pourvu qu'il ne doive par porter sur l'existence d'un contrat solennel.

L'acte sous seing privé non conforme aux prescriptions

(*) Art. 1367. — L. 31, D. 12, 2, *De jurejur.*
(1) LAURENT, t. XX, n° 284.
(2) Cass. 13 avr. 1885, D. 85, 1, 413.

des art. 1325 ou 1326, forme aussi un commencement de preuve par écrit (Voy. *suprà*, nos 242 et 247), susceptible de faire admettre la délation du serment supplétoire.

Nous avons encore vu (*suprà*, n° 257), que l'art. 1329 fournit un cas d'application du serment supplétoire. Les livres des marchands lorsqu'ils sont invoqués contre un non commerçant ne font pas preuve du fait qui s'y trouve énoncé, mais constituent un commencement de preuve par écrit qui autorise le juge à faire usage du serment. Cela paraît singulier puisque le commencement de preuve exigé par l'art. 1367 émane dans ce cas du demandeur lui-même contrairement au principe de l'art. 1347 ; néanmoins la décision s'explique par la créance que méritent les livres des marchands à cause des formalités spéciales auxquelles ils sont soumis (art. 8 et 10, C. com.).

L'art. 17, C. com., présente encore un cas où il existe une présomption spéciale autorisant la délation de ce serment; c'est celui d'un commerçant aux livres duquel on offre d'ajouter foi et qui refuse de les présenter : ce refus fait naître une présomption qui ne suffit pas à elle seule pour faire triompher la partie adverse, mais qui suffit pour autoriser le serment.

Enfin on peut conclure, d'une manière générale, que si le fait litigieux est de nature à être prouvé par témoins, comme cette circonstance rend les simples présomptions admissibles, des présomptions de ce genre suffiront pour permettre au juge de faire usage du serment supplétoire. Dans le cas contraire, le juge ne peut déférer le serment supplétif que s'il existe un commencement de preuve par écrit, à moins qu'une disposition spéciale ne déclare tel indice suffisant pour autoriser la délation de serment. La jurisprudence est en ce sens, il a été jugé notamment que l'art. 1367 en n'autorisant le serment supplétoire qu'autant que la demande n'est pas totalement dénuée de preuves, entend parler de preuves légalement

admissibles; par suite les juges ne peuvent déférer d'office le serment après avoir reconnu qu'il n'existait point, dans la cause, de commencement de preuve par écrit, en se fondant sur de simples présomptions, lorsque la valeur de l'objet de la demande excède 150 francs (1).

Il n'y a donc pas lieu à serment lorsque la demande est totalement dénuée de preuve, ou est complètement établie. Il a été jugé cependant que lorsque, sur une demande pleinement justifiée, le serment supplétoire a été déféré à une partie, son adversaire ne saurait se prévaloir de cette irrégularité, qui constitue pour lui une garantie de plus; qu'en tout cas ce moyen ne saurait être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

Le serment supplétoire n'étant qu'un moyen d'instruction et n'ayant pas pour but de mettre fin nécessairement à un différend, peut porter sur un fait accessoire ou sur une circonstance secondaire, mais il faut toujours qu'il s'agisse d'un fait personnel à celui qui sera appelé à le prêter. La jurisprudence admet que le serment d'office peut être déféré lorsque la partie déclare qu'elle a connaissance du fait bien qu'il ne lui soit pas personnel. C'est une espèce de serment de *crédibilité*, mais ce n'est pas ce serment lui-même tel qu'il est prévu par la loi (3). On peut au contraire admettre que le juge a le droit de déférer à une partie, comme héritier d'un prétendu débiteur, un serment de crédibilité suivant la formule des art. 2275, C. C., et 189, C. com., quand la demande n'est ni pleinement justifiée, ni totalement dénuée de preuve (4).

(1) Cass. 6 juin 1883, D. 83, 1, 454; Besançon, 29 juin 1892, D. 93, 2, 555; AUBRY et RAU, § 767; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 343 *bis*; MARCADÉ, sur l'art. 1367; LAURENT, t. XX, n° 285; DEMOLOMBE, t. XXX, n°s 693 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1326.

(2) Cass. 6 mars 1878, D. 79, 5, 381; Comp. LAURENT, t. XX, n° 284.

(3) Voy. LAURENT, t. XX, n° 291 et les notes.

(4) Cass. 19 nov. 1878, D. 80, 1, 63.

371. Le juge défère le serment supplétif à celle des deux parties qu'il lui plaît de choisir; il se décide d'après la confiance que lui inspirent la probité et les qualités personnelles de celle qu'il désigne;

D'où la conséquence que :

ART. 1368. Le serment déféré d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

Ce serment n'est pas, comme le serment décisoire, le résultat d'une convention. C'est, nous l'avons dit souvent, une simple mesure d'instruction ordonnée par le juge pour compléter sa conviction.

D'après cette singulière conception, il faut traiter le serment supplétoire comme un simple interlocutoire.

Par conséquent le juge demeure libre de ne point y conformer sa sentence; il pourra rétracter son jugement si, avant que le serment ait été prêté, il se trouve suffisamment informé de toute autre manière.

L'appel de la décision intervenue sur le serment supplétif fera tomber le jugement et le serment prêté, et le juge d'appel pourra ordonner un nouveau serment en le déférant à l'autre partie.

Enfin tant que le jugement rendu en conséquence du serment ne sera pas passé en force de chose jugée, l'intéressé pourra être admis à prouver que le serment a été faussement prêté, la partie qui a succombé pourra porter plainte en parjure et se constituer partie civile (1).

Les auteurs enregistrent toutes ces conséquences avec l'indifférence la plus complète; il leur suffit qu'elles soient des déductions logiques du principe qui reconnaît au serment supplétoire le caractère d'un interlocutoire, et ne paraissent pas apercevoir l'étrange immoralité des résultats

(1) AUBRY et RAU, § 767, notes 17, 18, 21 et 22; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 345 *bis;* LAURENT, t. XX, n°s 297, 298; DEMOLOMBE, t. XXX, n° 713; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1328.

constatés. Ainsi donc on pourra, dans la même cause, voir successivement l'une des parties prêter, devant les premiers juges, un serment dans un certain sens, et en appel l'autre partie prêter un serment en sens opposé. On pourra voir un juge, après avoir reçu un serment, proclamer la fausseté de ce serment en rendant une sentence en sens contraire.... Il était difficile, dira-t-on, que le Code statuât différemment! mais il était possible, même en conservant le serment décisoire, de repousser le serment supplétoire contre lequel les jurisconsultes les plus autorisés n'ont cessé de protester depuis le XVIe siècle.

Remarquons enfin que le refus de prêter serment n'entraîne pas nécessairement la condamnation de la partie à laquelle il a été déféré.

372. Nous allons maintenant supposer une demande en restitution d'une chose, demande pleinement justifiée. La condamnation du défendeur est résolue; mais ce dernier se trouve, par sa faute ou par cas fortuit, dans l'impossibilité de restituer en nature la chose même qui fait l'objet du litige; il devra donc en restituer la valeur. Mais comment procéder pour établir cette valeur, si on se place dans un cas où le demandeur a seul connaissance de la valeur de la chose?

ART. 1369. Le serment sur la valeur de la chose demandée, ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. — Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment (*).

On admet que le juge peut fixer un chiffre absolument arbitraire, en tenant compte de la nature de la cause, de la qualité du demandeur et du plus ou moins de vraisemblance qui paraît dans ses allégations (1), sauf à s'éclairer lui-même,

(*) Art. 1369. — L. 64, D. 5, 1, *De judiciis*.

(1) POTHIER, n° 931; AUBRY et RAU, § 768, note 2; LAURENT, t. XX, n° 302.

au moyen de la preuve par commune renommée, pour se procurer les éléments nécessaires à une évaluation que la loi lui enjoint de faire (1). Mais comme on suppose que toute évaluation est impossible, le moyen indiqué demeure inefficace.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que, dans les hypothèses où la question se présentera, il y a toujours de la part du défendeur une faute positive telle, qu'il n'a pas à se plaindre d'être ainsi exposé à subir les conséquences d'une sentence arbitraire.

Il en est manifestement ainsi en cas de vol d'une chose dont le propriétaire réclame la valeur à l'auteur du vol lui-même.

On peut faire le même raisonnement pour le cas où des objets confiés à un voiturier ont été perdus, et encore pour les cas de dépôt nécessaire par suite d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage (art. 1348, 1349).

Dans les cas de dépôts faits par les voyageurs logeant dans une hôtellerie, il y a eu imprudence de la part de l'hôtelier qui n'a pas exigé que les objets précieux pouvant être contenus dans la valise du voyageur, lui soient spécialement donnés en garde.

Enfin on décide que, non seulement le juge saisi de la contestation en instance d'appel peut, sans avoir égard au serment prêté devant le premier juge, déférer de nouveau le serment d'après d'autres bases d'évaluation; mais que le juge lui-même, soit en première instance, soit en appel, qui a déféré le serment que le demandeur a prêté, peut soit augmenter, soit diminuer le montant de la condamnation, si de nouveaux renseignements produits au procès lui démontrent la nécessité de cette modification (2).

(1) DEMOLOMBE, t. XXX, n° 727.
(2) DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 729.

TITRE QUATRIÈME.

DES ENGAGEMENTS QUI SE FORMENT SANS CONVENTION.

Généralités.

373. — Classification des engagements dont il s'agit, art. 1370.
374. — Suite.

373. Il va être question dans ce titre des obligations dérivant d'une source autre que la convention. Le législateur donne à ces obligations un nom particulier; il les appelle des *engagements*. Mais souvent il revient à la dénomination ordinaire, car au fond c'est la même chose.

Ces engagements naissent de faits absolument indépendants d'un concours de volonté, et qui ne présupposent aucune convention antérieure quant au temps, au lieu et autres circonstances au milieu desquelles ils se sont produits.

Il suit de là que ces engagements ne peuvent jamais être affectés d'autant de modalités que les obligations conventionnelles. Ainsi ils ne comporteront jamais d'*alternative*, et rarement ils seront affectés d'un terme ou d'une condition.

La loi dans le texte suivant qui affecte une allure doctrinale, présente tout d'abord une classification des engagements dont il s'agit :

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

(*) Art. 1370. — L. 5, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

Les faits obligatoires qui se produisent en dehors des conventions ou contrats, se trouvent ainsi divisés en faits *personnels* et faits *impersonnels*. La loi sanctionne les seconds aussi bien que les premiers. Mais comme l'intervention de l'homme est inutile dans les seconds, on dit que l'engagement en résultant dérive directement de la loi.

Les faits personnels se subdivisent :

En faits volontaires et licites; ce sont les quasi-contrats;

Et en faits illicites constituant la violation d'un devoir légal, et non d'une obligation préexistante. Ce dernier point a été déjà examiné à l'occasion de la théorie des dommages-intérêts.

Les faits illicites, envisagés au point de vue des rapports privés, se divisent à leur tour en délits civils et quasi-délits, suivant qu'il y a eu, chez l'agent, *intention de nuire*, ou simplement *faute*, dérivant d'une négligence.

En droit romain on ne distinguait pas entre les dettes naissant *de la loi*, et les dettes naissant d'un fait personnel.

Toutes fois qu'un fait posé en dehors d'une convention, était licite, on disait que l'obligation en résultant naissait *quasi ex contractu*. Si le fait était illicite, on disait que l'obligation naissait *quasi ex delicto*. Mais Gaius ne méconnaissait pas qu'on pouvait trouver encore d'autres sources d'obligation, et il disait :

Obligationes nascuntur aut ex contractu, aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris (1).

Ce qu'il faut traduire de la manière suivante :

« Les obligations dérivent d'un contrat ou d'un délit, ou en vertu d'un droit spécial, de certaines catégories ou classes de faits groupés selon leurs affinités (2). »

(1) L. 1, pr. D. 44, 7.

(2) Certains auteurs ont voulu traduire *figura* par *figure* ou représentation. Employé au singulier le mot *figura* peut, en effet, avoir

374. Pothier présentait une autre division qui a servi de base à celle adoptée par le Code ; ainsi, en l'absence de tout fait d'une des parties, il considérait la loi comme cause immédiate d'obligation. Tel était le cas pour les groupes ou catégories d'engagements se formant entre propriétaires voisins, par exemple : l'obligation de contribuer au bornage (art. 646), à la réparation du mur mitoyen (art. 655), à la réparation et reconstruction quand les étages d'une maison appartiennent à des propriétaires différents (art. 664), etc.

Il semble résulter des art. 639 et 649 que les charges dont nous venons de parler constituent des *servitudes légales*, plutôt que des *obligations*. Que faut-il en penser? La question présente de l'intérêt au point de vue de la compétence. Le tribunal compétent sera celui de la situation de l'immeuble, ou celui du domicile du défendeur, suivant le point de vue qui sera adopté. Dans la pratique c'est la compétence du tribunal de la situation qui prévaut, à cause de la facilité plus grande qu'elle donne aux parties pour les expertises, descentes sur les lieux, etc. (Voy. t. IV, n° 261).

Le texte de l'art. 1370 indique une autre catégorie d'obligations dérivant de la loi ; ce sont celles des tuteurs et autres

cette signification. Voy. L. 60 *in fine*, D. 28, 5, *De hered inst.* — Mais chaque fois qu'il s'agissait d'établir une division ou classification, on appelait *figuræ*, les diverses catégories, groupes ou espèces comprenant des choses ou éléments réunis d'après leurs affinités; c'est ce qui résulte des textes suivants : *Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra quidem propositam materiam videtur; nam loquimur de iis juris figuris quibus per universitatem res nobis adquiruntur. Inst.* Just., *De legatis*, 1, 20 § 1. — *Mortis causâ capitur cum*, etc., *exceptis his capiendi figuris quæ proprio nomine appellantur*, L. 31, pr. D. 39, 6, *De mortis causa donat.* D'un autre côté quelques auteurs ont cru que le mot *causa* employé dans le texte de Gaius avec le sens de *negotium* (Voy. t. VII, n° 65), avait la signification abstraite de *causa efficiens*, ce qui a produit la traduction suivante absolument inintelligible : *Les figures ou représentations variées des causes d'obligation.*

administrateurs quand ils ne peuvent refuser les fonctions qui leur sont déférées.

Ces diverses catégories correspondent assez bien aux *variæ causarum figuræ* de Gaius, qui ont leur fondement dans une disposition spéciale de la loi positive (*ex proprio quodam jure*).

Les cohéritiers ou colégataires peuvent aussi être considérés comme tenus d'obligations nées de la loi, à moins qu'on ne préfère rattacher ces obligations à un fait à eux personnel, l'acceptation de la succession ou du legs, ce qui serait tout à fait conforme au point de vue romain.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUASI-CONTRATS.

375. — Définition, art. 1371.

375. Le Code s'occupe d'abord des quasi-contrats dont il donne ainsi la définition :

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

Les faits dont il s'agit doivent être licites, sinon ils rentreraient dans la classe des délits ou des quasi-délits.

Le Code n'a réglementé que deux quasi-contrats :

La gestion d'affaires ;

Le paiement de l'indû.

C'est, dit-on, parce que ces deux quasi-contrats ont été plus étudiés que les autres, et forment l'objet de deux titres spéciaux au Digeste.

On donne aussi une raison plus simple : le Code n'a étudié que ces deux quasi-contrats parce qu'il n'y en a pas d'autres (1). On considère cependant comme rentrant dans la classe des quasi-contrats : l'acceptation d'une tutelle par une personne qui aurait pu la refuser, l'acceptation d'une succession, l'administration par un copropriétaire, qui n'a pas reçu mandat des autres à cet effet, de la chose qui leur appartient en commun, quand il n'est pas intervenu entre eux un contrat de société.

§ 1er. — Quasi-contrat de gestion d'affaires.

376. — Notion de ce quasi-contrat, art. 1372. — Intention que doit avoir le gérant; applications.
377. — Comparaison avec le mandat tacite. Intérêt de la distinction.
378. — Suite.

(1) LAURENT, t. XX, n° 309.

379. — Conditions de capacité que doit remplir le gérant.
380. — Il n'y a pas à s'enquérir de la capacité du maître. *Quid* des gestions opérées dans l'intérêt d'une personne morale administrative?
381. — Obligations du gérant, art. 1373, 1374.
382. — Obligations du maître, art. 1375. — Utilité de la gestion.
383. — Intérêts des avances faites.
384. — Gratuité de la gestion d'affaires.
385. — Ratification de la gestion par le maître; effet à l'égard des tiers.
386. — Conclusion.

376. On peut supposer qu'un individu est absent ou se trouve, pour quelque autre cause, dans le cas de ne pouvoir administrer lui-même sa propre chose ou prendre certaines mesures nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts parce qu'il n'a pas constitué un mandataire ou représentant à cet effet. Si un tiers intervient spontanément et sans mandat pour prendre les mesures utiles à l'intéressé, on dit qu'il y a de sa part *gestion d'affaires :*

ART. 1372. Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire. — Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire (*).

Il faut d'abord que le gérant gère l'affaire d'autrui en dehors de toute convention (1), et avec l'intention de s'obliger et d'obliger envers lui la personne dont l'affaire a été gérée.

Si cette intention n'existait pas, le service rendu constituerait une libéralité.

Que décider, cependant, quand il s'agit de personnes qui se sont constituées en commission pour recueillir des fonds en vue de secourir les victimes d'un accident? Il a été jugé qu'il y avait de leur part gestion d'affaires dans l'intérêt des

(*) Art. 1372. — L. 11, D. 3, 5, *De neg. gest.*
(1) Cass. 13 juin 1893, D. 93, 1, 525.

victimes, et que les fonds devant être intégralement consacrés au but spécial pour lequel ils ont été obtenus, les personnes secourues ou leurs héritiers avaient action pour exiger que les fonds dont il s'agit leur soient directement attribués (1).

Cela est fort contestable; les membres de la commission n'ont pas entendu obliger à leur égard les victimes de l'accident, même à l'effet de leur faire supporter, par voie de déduction sur les sommes recueillies, les frais généraux occasionnés par la souscription. Ils ne peuvent pas non plus être leur *negotiorum gestores*, car le fait de recueillir pour quelqu'un des souscriptions, c'est-à-dire des aumônes, n'est pas un *negotium juris*. Ils sont plutôt les mandataires des souscripteurs et ne peuvent être comptables que vis-à-vis d'eux (2).

Si l'intention de s'obliger et d'obliger envers lui la personne de l'intéressé existe chez le gérant, il y a quasi-contrat de gestion d'affaires, quand même il y aurait erreur sur l'individualité du maître de l'affaire.

La loi admet en effet que l'intervention du gérant est principalement déterminée par le désir louable de veiller aux intérêts d'un individu non présent, quel qu'il soit. Sans doute la considération de la personne sera d'un grand poids en cette matière, et tel qui a géré les affaires d'un ami, n'aurait peut-être pas entrepris cette gestion dans l'intérêt d'un indifférent, mais cela n'est pas absolument certain : *sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa*, c'est-à-dire le désir de rendre service. La Cour de cassation n'a pas hésité à reconnaître que les actions de gestion d'affaires prenaient naissance entre le gérant et le maître véritable. Elle a décidé par un arrêt ancien que, lorsqu'un jugement qui attribue une succession à tel ou tel successible, vient à être cassé dans l'in-

(1) Trib. Mons, 4 avr. 1873, *B. J.*, 73, 38.
(2) Voy. Cass. 3 mars 1885, D. 85, 1, 411.

térêt d'un autre successible, c'est à ce dernier successible et non au premier que le gérant des affaires de la succession doit rendre ses comptes (1). Mais il n'y aurait pas *negotiorum gestio* de la part de celui qui, en gérant, en fait, les affaires d'autrui, a cru gérer les siennes, car dans ce cas il n'a voulu obliger personne vis-à-vis de lui (2).

377. Supposons maintenant qu'une personne a géré les affaires d'une autre, sans qu'il soit intervenu un mandat exprès. Il s'agit de savoir quel est le rapport de droit intervenu entre les parties. Il n'y a pas de milieu; ou bien il faudra appliquer les règles du mandat, s'il y a eu contrat de mandat tacite, ou bien il faudra appliquer les règles du quasi-contrat de gestion d'affaires.

La question présente un certain intérêt :

1° Dans le cas de mandat, le mandataire doit être indemnisé de toutes les dépenses utiles à l'exécution du mandat (art. 1999), quand même l'affaire n'aurait pas réussi. Au contraire, le maître n'est tenu envers le gérant qu'autant que la gestion a été utile (art. 1375);

2° Le gérant est obligé de continuer la gestion après la mort du maître, jusqu'à ce que l'héritier en puisse prendre la direction (art. 1373); le mandataire, au contraire, n'est obligé, au décès du mandant, d'achever la chose commencée que s'il y a péril en la demeure (art. 1991);

3° D'une manière générale, la responsabilité du gérant est plus étendue que celle du mandataire (art. 1374 et 1992);

4° La solidarité établie par l'art. 2002 pour le mandat ne s'applique pas à la gestion d'affaires;

5° L'art. 2001 d'après lequel les intérêts des avances faites

(1) Cass. 14 oct. 1812, *Bull.* Cass. civ. 1812, p. 275; Comp. Cass. 18 juin 1872, D. 71, 1, 471; AUBRY et RAU, § 441; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 349 *bis* VI; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 79; *Contrà*, LAURENT, t. XX, n° 325.

(2) L. 14 § 1, D. 10, 3, *Comm. divid.*

par le mandataire lui sont dues à partir du jour des avances constatées n'est pas applicable au gérant. Cependant la question est controversée ;

6° Enfin la preuve du mandat se fait d'après le droit commun (art. 1985) ; si le mandat est donné verbalement, il ne peut être établi que lorsque la preuve testimoniale est admissible, tandis que la gestion d'affaires peut être prouvée indéfiniment et par présomption (art. 1348).

La controverse qui s'est produite sur le véritable caractère de l'acte envisagé, vient de ce que, d'après l'art. 1372, il peut y avoir gestion d'affaires, *soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore*. Or, a-t-on dit, le cas où le maître connaît la gestion et ne s'y oppose pas est le seul dans lequel on pourrait trouver les éléments d'un mandat tacite ; donc, puisque le législateur a déclaré que, dans ce cas, il y avait quasi-contrat de gestion d'affaires, c'est qu'il n'a pas voulu reconnaître le mandat tacite, et qu'il a transformé un contrat en quasi-contrat (1).

Mais cette solution est incompatible avec les dispositions des art. 1983 et 1578 qui reconnaissent l'existence du mandat tacite.

Or, quand, dès avant la gestion, le maître sait qu'une personne va gérer son affaire, son silence, dit-on, équivaut à un consentement, et par suite il y a concours de consentement au moment même où la gestion commence, donc il y a contrat : c'est le mandat tacite. Mais le maître peut ignorer le fait de la gestion au moment où la gestion commence ; alors il n'y a pas concours de consentement : c'est le quasi-contrat de gestion d'affaires, et le fait reste un quasi-contrat, quand même le maître apprendrait plus tard que

(1) TOULLIER, t. XI, nos 25, 26 ; PROUDHON, *De l'usufruit*, t. III, n° 1347 ; DELAMARRE et LEPOITEVIN, *Contrat de comm.*, t. I, nos 70 et suiv.

l'on gère son affaire; tel serait le sens de l'art. 1372 (1).

378. Mais, objecte-t-on (2), c'est dans les termes les plus absolus que l'art. 1372 déclare qu'il y a quasi-contrat de gestion d'affaires, *soit que le maître connaisse la gestion*, soit qu'il ne la connaisse pas, sans distinguer si cette connaissance a eu lieu dès le début ou seulement après coup. Il faudrait donc conclure que les actes de gestion, quand même ils auraient été faits à la connaissance évidente du maître, ne constituent que le quasi-contrat de gestion d'affaires.

Nous croyons que cette solution doit être suivie; mais Demolombe, après l'avoir justifiée, propose une restriction qui nous paraît inacceptable :

Il y aurait d'après lui, dans l'art. 1372, une innovation législative, une abrogation, mais seulement partielle, d'une vieille règle de droit romain ainsi formulée :

Semper, qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur (3),

Règle que Pothier paraphrasait de la manière suivante :

« Toutes les fois que je fais, au vu et su de quelqu'un, quelqu'une de ses affaires, il est censé, par cela seul, intervenir entre nous un contrat de mandat par lequel il me charge de cette affaire (4). »

On avait même fini par substituer au texte primitif la formule suivante :

Is qui potest prohibere et non prohibet, consentire et mandare videtur (5).

Dans cette opinion mitigée, il faudrait dire : qu'il y a gestion d'affaires lorsque le maître, connaissant la gestion, s'est trouvé, par une circonstance quelconque, dans l'impossibilité

(1) LAURENT, t. XX, n° 311.
(2) DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 65.
(3) L. 60, D. 50, 17, *De reg. juris.*
(4) *Cont. de mand.*, n° 29; *Quasi-contrat neg. gest.*, n° 180.
(5) Voy. MOURLON-DEMANGEAT, t. III, p. 472-473.

de s'y opposer; sinon il y aurait mandat tacite. Il y aurait encore gestion d'affaires, si le gérant avait cru que le maître ignorait sa gestion (1).

Mais il n'est pas possible d'admettre qu'on doive considérer comme emportant un mandat tacite, le silence d'une personne qui, ayant connaissance de la gestion de ses affaires par un tiers, ne s'oppose pas à cette gestion (2).

Il faut d'ailleurs remarquer que la prétendue règle du droit romain qui a pesé d'un grand poids dans la controverse, n'a jamais eu la signification que lui ont attribuée quelques auteurs. Quand on disait : *semper qui non prohibet pro se intervenire mandare creditur*, il s'agissait uniquement des formes du cautionnement, *interventio* ou *intercessio* (3). Pour des motifs que nous n'avons pas à examiner ici, on avait décidé en droit romain que celui qui, connaissant l'*intercessio* d'un tiers en sa faveur et pouvant l'empêcher ne l'avait pas fait, était censé avoir donné mandat. C'était un cas de mandat tacite; mais jamais on n'avait songé à généraliser une telle solution.

379. Les actions attachées au quasi-contrat de gestion d'affaires ne prendront naissance, comme nous le verrons bientôt, que si la gestion entreprise a été *utile* (4). Le gérant est donc exposé à subir éventuellement une perte. D'un autre côté, même dans le cas de gestion utile, le gérant se soumet, par le fait même de sa gestion, à certaines obligations nettement définies par la loi. Mais il s'expose à cette perte et se soumet à ces obligations par un fait libre et volontaire de sa part.

De ces aperçus naît la question de savoir s'il ne faut pas

(1) DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 64 et 66; Comp. Cass. 29 avr. 1877, S. 76, 1, 215.

(2) AUBRY et RAU, § 411, notes 1 et 2.

(3) Voy. LL. 24 et 27, D. *De fidejuss. et mandat.*

(4) Douai, 11 nov. 1891, D. 92, 2, 352.

exiger pour la formation du quasi-contrat de gestion d'affaires la capacité d'aliéner ou de s'obliger chez celui qui, spontanément, s'immisce dans les affaires d'autrui ou prenant le rôle de gérant? On peut formuler autrement la question et se demander si l'incapacité du gérant ne doit pas restreindre, dans une certaine mesure, les droits du géré?

Puisque le gérant se soumet aux conséquences de sa gestion, en vertu d'un acte personnel et volontaire, il est logique de décider, avec Pothier (1), que les incapables qui gèrent les affaires d'autrui ne sauraient subir les conséquences obligatoires de leur gestion, si cette gestion n'a pas été valablement entreprise en vertu des autorisations qui leur étaient nécessaires (2). Nous avons déjà remarqué que la femme mariée qui s'est ingérée, sans l'autorisation de son mari, dans l'administration des affaires d'autrui, n'est tenue d'aucune obligation comme gérant, mais qu'elle pourra être tenue des suites de sa mauvaise gestion, considérée comme fait volontaire dommageable, c'est-à-dire comme un quasi-délit (3) (Voy. t. II, n° 248). En outre, par application du principe général que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, les incapables doivent compte au maître du profit qu'ils ont retiré de leurs actes, par l'action *de in rem verso* qui a précisément pour but de suppléer à l'action *negotiorum gestorum* lorsque, pour une cause quelconque, celle-ci ne peut prendre naissance.

Ainsi donc, par cela seul qu'il entreprend une gestion d'af-

(1) *Traité de la puissance du mari*, n° 50.

(2) AUBRY et RAU, § 441, note 1; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 347 *bis* II; LAURENT, t. XX, n° 312; DEMOLOMBE, t. XXXI, n°s 92 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1334; *Contrà*, DURANTON, t. II, n° 497 et t. XIII, n°s 662 et suiv.; VALETTE, *Cours*, t. I, p. 336; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1374, n° 9.

(3) Voy. GUÉNÉE, *Cap. de s'obliger dans les quasi-cont.*, *Revue critique*, 1887, p. 326, 334.

faires, l'incapable engage sa responsabilité, non plus au titre de *negotiorum gestor*, mais par application de l'art. 1382. Il a commis une faute quasi-délictuelle qui devra être appréciée en conformité de ce texte et non d'après les art. 1136, 1137, 1146 et suiv. lesquels ne régissent que les fautes en matière de contrats ou de quasi-contrats.

Il faut observer toutefois que l'interdit judiciairement ne saurait être soumis à une responsabilité quasi-délictuelle, à propos d'un acte qui, de la part d'un individu capable, serait constitutif d'une gestion d'affaires, que tout autant qu'au moment de cet acte, il jouirait de ses facultés mentales.

380. Quand la gestion est envisagée au regard de la personne du géré, la doctrine ci-dessus développée n'a plus d'application. Il n'y a pas à s'enquérir de la capacité du maître, puisque ses obligations ont pour origine, non son fait personnel, mais l'autorité de la loi (1).

Faut-il appliquer la même solution quand des tiers ont fait des avances ou fournitures ou exécuté des travaux pour le compte d'une personne morale administrative, d'une commune, par exemple?

Quelques auteurs n'y voient aucune difficulté et admettent l'affirmative, soit d'une manière absolue (2), soit avec une limitation aux dépenses obligatoires (3).

Il suffirait donc à un maire ou à un particulier de prouver qu'il a matériellement effectué une dépense dans l'intérêt de la commune pour qu'il ait droit à se la faire rembourser. Les règles qui prohibent les comptabilités occultes, qui exigent,

(1) Cass. 19 déc. 1877, S. 78, 1, 57; AUBRY et RAU, § 441, note 10; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 347 *bis* II; LAURENT, t. XX, n° 339; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 100; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1334.

(2) AUBRY et RAU, § 441, note 10; LAURENT, t. XX, n° 339; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 100 *bis*; DARESTE, *Just. admin.*, p. 601 à 613; GUÉNÉE, *loc. cit.*, p. 338.

(3) SIMONET, *Traité de Dr. publ. et admin.*, n° 1025.

suivant les cas, soit une autorisation du tuteur administratif, soit un vote du conseil municipal, pourront donc être impunément éludées! Il s'agit en réalité de sauvegarder le droit des contribuables. Ce qui est en jeu, comme on l'a fait remarquer avec raison, c'est le principe, qui est la base de notre droit public, de l'adhésion des contribuables à l'impôt et à l'emploi de l'impôt (1).

Il faut donc décider que les règles sur la gestion d'affaires ne sauraient recevoir aucune application, quand le maître dont on prétend que l'affaire a été utilement gérée est une personne morale administrative (2). Il serait absurde en effet que des particuliers puissent venir s'immiscer dans l'administration d'un service public.

Mais il serait odieux qu'une personne morale administrative pût s'enrichir aux dépens d'autrui. Par conséquent l'action *de in rem verso*, qui a sa base dans l'équité, pourra être accordée au gérant à concurrence de l'enrichissement qu'il aura procuré à l'établissement dont il a voulu sauvegarder les intérêts (3).

La jurisprudence sur ce point est encore indécise (4).

Le Conseil d'Etat, après avoir refusé d'abord toute espèce de recours (5), semble vouloir admettre aujourd'hui l'action *de in rem verso* (6).

Les tribunaux judiciaires ont aussi commencé par rejeter toute action (7); ils ont admis ensuite, non seulement l'action

(1) BEQUET, v° *Comptabilité de fait*, n° 32.

(2) DUCROCQ, n°s 1335 et 1525.

(3) MICHOUD, *Gest. d'aff. appliquée aux services publics; Ann. de l'enseig. sup. de Grenoble*, t. V, n° 1; BRÉMOND, *Examen doct., Revue critique*, 1893, p. 636, n° 4.

(4) Voy. BRÉMOND, *loc. cit.*

(5) Cons. d'État, 8 avr. 1842.

(6) Cons. d'État, 15 fév. 1889, D. 90, 3, 38; 6 fév. 1885, D. 86, 3, 36, etc.

(7) Cass. 18 juill. 1860, D. 60, 1, 309.

de in rem verso, mais même l'action *negotiorum gestorum* (1); mais un arrêt de la Cour de cassation du 6 juin 1893, fait retour au système primitif de tout refus d'action (2).

Ces variations s'expliquent par le conflit qui existe entre ce que veut l'équité et ce qu'exigent les règles sur la comptabilité publique. Or il ne peut y avoir aucune difficulté quand ce conflit est impossible. C'est ce qui aura lieu, par exception, toutes les fois qu'il s'agira d'une dépense, imposée par une force majeure, et devant être effectuée sans délibération du conseil municipal, ni approbation de l'autorité supérieure, dans le cas, par exemple, où un particulier paierait seul des réquisitions faites par l'ennemi et imposées à la commune toute entière. Dans ce cas il y aurait véritablement quasi-contrat de gestion d'affaires (3), donnant lieu, s'il s'agit des réquisitions faites durant la guerre de 1870, à une action soumise par la loi du 27 juin 1881 à une prescription spéciale de six mois, à compter de la promulgation de la dite loi.

381. Le quasi-contrat de gestion d'affaires engendre des obligations à la charge du gérant envers le maître, et des obligations à la charge du maître envers le gérant.

Le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le maître. Nous renvoyons donc au titre *du mandat,* le détail de ces obligations. Le gérant doit d'abord continuer la gestion commencée, envisagée dans son ensemble et ses dépendances, mais il peut se décharger de la gestion quand le maître peut y pourvoir lui-même, quelle que soit d'ailleurs l'aptitude personnelle de celui-ci. Si ce dernier est mineur et n'a pas de tuteur, le gérant, comme partie intéressée, pourra dénoncer

(1) Cass. 12 déc. 1881, D. 82, 1, 131 et les renvois; Chambéry, 13 août 1891, D. 93, 2, 316.

(2) D. 93, 1, 385.

(3) GAUTIER, *Précis des matières admin.*, p. 87.

au juge de paix le fait donnant lieu à la nomination d'un tuteur (art. 406).

Si le non présent dont l'affaire a été gérée ne reparaît pas et se trouve en état de présomption d'absence, le gérant n'est pas tenu de continuer la gestion commencée jusqu'à la déclaration d'absence. Il pourra, comme partie intéressée, présenter requête au président du tribunal, pour être statué suivant les exigences du cas (art. 112, C. C., et art. 59, C. pr. civ.).

Le gérant a encore d'autres obligations :

ART. 1373. Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction (*).

Si c'est le gérant qui vient à mourir avant que l'affaire soit terminée, ses héritiers doivent, en attendant que le propriétaire reprenne la direction de ses affaires, pourvoir à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci.

L'obligation du gérant de continuer sa gestion se justifie par cette considération, qu'en se chargeant de l'affaire, il a pu empêcher un autre de s'en charger.

ART. 1374. Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille. — Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant (**).

Le gérant est tenu de rendre compte de sa gestion. Le juge peut ordonner la production de ses livres, notes et papiers relatifs à sa gestion, ces documents étant communs aux deux parties (1).

Le gérant, comme le mandataire, ne doit les intérêts des sommes touchées pour le maître, que dans les cas énoncés en l'art. 1996. Il ne doit même pas, de plein droit, l'intérêt des sommes par lui perçues après notification d'un exploit lui faisant défense de continuer la gestion. Il a même été

(*) Art. 1373. — LL. 3 et 12, etc., D. 3, 5, *De neg. gest.*
(**) Art. 1374. — L. 11, D. 3, 5, *De neg. gest.*
(1) Rennes, 26 fév. 1879, D. 80, 2, 91.

jugé que la citation en reddition de compte ne faisait pas courir les intérêts, et que le reliquat du compte devait être déterminé pour que les intérêts puissent courir (1).

A ce point de vue, celui qui a perçu pour le compte d'autrui des sommes qu'il doit restituer, a intérêt à soutenir qu'il les a reçues en qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor*. Mais comme le quasi-contrat de gestion d'affaires ne peut exister qu'en vertu de l'intention du gérant, celui qui a perçu les fonds en une certaine qualité, qui depuis a disparu, ne sera pas fondé à soutenir que, par la force des choses, il s'est trouvé rétroactivement transformé en gérant d'affaires. Ainsi quand une association est déclarée nulle à raison de son caractère illicite, l'associé qui a reçu des sommes pour le compte de ses associés devra les restituer avec les intérêts du jour de leur réception (art. 1378), et on ne saurait conclure de la nullité de la convention, que l'associé a touché les sommes en qualité de *negotiorum gestor* ou de mandataire et que, par suite, il n'en doit pas les intérêts (2).

Au contraire, le quasi-contrat de gestion d'affaires peut être transformé rétroactivement, au moins entre les parties, par une ratification émanée du maître. La question de savoir si cette ratification peut avoir effet rétroactif à l'égard des tiers, est controversée.

382. Voyons donc quelles sont les obligations du maître, indépendamment de toute ratification de la part de celui-ci. En ce cas, les obligations du maître dépendent de l'utilité de la gestion :

ART. 1375. Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites (*).

(*) Art. 1375. — LL. 2 et 3, etc., D. 3, 5, *De neg. gest.*
(1) Trib. Verviers, 5 avr. 1882, *Pas.*, 82, 3, 352.
(2) Cass. 14 mai 1888, S. 89, 1, 12.

Pour décider si l'affaire a été bien administrée, il faut considérer l'époque où la gestion a commencé. Le gérant doit être complètement indemnisé, s'il a fait à ce moment ce que le maître, agissant en bon père de famille, aurait fait lui-même; peu importe que le profit résultant pour le maître, de la gestion entreprise, ait péri plus tard.

L'administration utile du gérant peut s'être traduite :

Soit par des engagements par lui contractés, au nom du maître, envers des tiers;

Soit par des engagements par lui contractés envers des tiers, mais en son nom personnel;

Soit par des avances ou dépenses.

Ces trois modes d'opérer peuvent se trouver réunis dans une gestion complexe. On peut aussi les concevoir comme réalisés à propos d'une gestion relative à un objet unique.

Lorsque le gérant a traité avec un tiers au nom du maître, sans vouloir prendre un engagement personnel, le maître a été représenté par le gérant comme un mandant l'est par son mandataire. On donne comme exemple le cas d'un gérant qui fait marché avec un entrepreneur ou architecte pour une réparation urgente à faire à la maison d'un ami absent. Mais il est bien expliqué que le gérant traite au nom du maître de la maison, et non pas en son nom personnel, car il n'entend pas s'engager. Si l'architecte ou entrepreneur traite dans ces conditions, on décide qu'il aura action contre le maître de la maison, mais non contre le gérant (1).

Est-il bien vrai que, dans le cas envisagé, il y ait quasi-contrat de gestion d'affaires entre le prétendu gérant et le maître de la maison? Nous ne le pensons pas : le prétendu gérant n'a voulu s'obliger vis-à-vis de personne, ni obliger personne vis-à-vis de lui-même; il s'est borné à don-

(1) LAURENT, t. XX, n° 332; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 191; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1337.

ner une *indication* à l'architecte ou entrepreneur; donc il n'y a pas eu gestion d'affaires. Si l'architecte, en exécution de la convention ci-dessus, répare la maison, y aura-t-il gestion d'affaires de sa part vis-à-vis du propriétaire? Non, puisqu'il a voulu tout simplement exécuter la convention. Le maître aura-t-il action contre lui pour le contraindre à exécuter la convention? Non, car la stipulation faite au nom du maître ne répond pas aux exigences de l'art. 1121. Que reste-t-il donc? un acte de l'architecte qui pourra lui permettre d'agir *de in rem verso* s'il a procuré un enrichissement au maître.

Aussi les tiers exigeront-ils le plus souvent que celui qui vient leur proposer de travailler pour un autre, s'engage personnellement lui-même. Il y aura alors quasi-contrat de gestion d'affaires, car le gérant n'a contracté une obligation personnelle qu'en entendant obliger le maître à le relever lui-même de cette obligation. Le maître devra donc procurer au gérant la décharge de cette obligation.

383. Le maître devra donc tenir compte au gérant des indemnités ou des garanties qui peuvent lui être dues, soit en raison des engagements qu'il a contractés au nom du maître, soit en raison des engagements personnels qu'il a pris.

Il devra lui rembourser aussi toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. Mais l'art. 2001, d'après lequel les intérêts des avances faites par le mandataire sont dues à ce dernier à dater du jour où elles ont été constatées, ne paraît pas devoir être appliqué au gérant, sauf le cas de ratification ultérieure par le maître. L'art. 1153 pose en effet la règle générale d'après laquelle les intérêts ne sont dus qu'à partir de la demande en justice, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit. Or, il n'existe aucun texte qui, par dérogation à cette règle, fasse courir de plein droit, contre le maître, les intérêts des sommes avancées par le gérant pour la chose gérée. Le silence sur ce point de l'art. 1375 est d'autant plus significatif, que le législateur accorde ces intérêts au

mandataire par l'art. 2001 et à la caution par l'art. 2028. On ne peut soutenir l'opinion contraire sans se mettre en dehors de la règle qui ne permet pas d'étendre une disposition exceptionnelle, telle que celle qui résulte de l'art. 2001, en dehors du cas spécial qu'elle prévoit (1).

384. La gestion d'affaires est essentiellement gratuite; le maître ne saurait donc jamais être tenu de payer au gérant un honoraire ou un salaire quelconque (2).

Demolombe soutient, néanmoins, que le gérant serait fondé à réclamer un salaire dans le cas où, vivant de son travail, l'affaire dont il s'est chargé rentrerait dans l'exercice de sa profession. « C'est, dit-il, un ouvrier, un maçon, qui a relevé lui-même le mur écroulé d'un propriétaire absent, ou un couvreur qui a réparé la couverture du château enlevée par un ouragan, et qui l'a réparée en toute hâte, laissant là ses autres travaux, pour empêcher l'eau d'envahir les appartements..... Est-ce que le maître qui doit payer le prix des matériaux, pourrait se refuser au paiement des journées de travail employées par l'ouvrier (3)? »

On objecte que l'art. 1375 admet le gérant à réclamer seulement l'indemnité des dépenses utiles, et qu'il n'est pas possible de qualifier de dépenses ce que le gérant n'a point dépensé.

Au contraire, répond Demolombe : « Il y a eu dépense en ce sens qu'il y a eu, de la part du gérant, perte du salaire qu'il aurait obtenu ailleurs en travaillant pour un autre propriétaire. Est-il équitable qu'il soit en perte? »

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 354 *bis* II; LAURENT, t. XX, n° 330; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1339; Lyon, 29 janv. 1870, D. 70, 2, 92; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 441 texte et note 12; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 169; Rennes, 12 fév. 1880, D. 80, 2, 221; Pau, 30 nov. 1869, S. 70, 2, 85.

(2) LAURENT, t. XX, n° 331.

(3) T. XXXI, n° 174.

On se récrie : l'équité ne permet pas de créer des obligations !

« Non, répond encore Demolombe; l'équité purement instinctive, sentimentale ou cérébrine. Mais l'équité que nous invoquons, c'est l'équité juridique, celle qui s'éclaire à la lumière des textes de la loi et des principes du droit (1) ! »

Nous nous bornerons à demander si la solution préconisée en faveur de l'ouvrier vivant d'un travail manuel, le serait également en faveur de celui qui vit d'un travail non manuel, de l'architecte, par exemple ou de l'ingénieur qui, dans l'intérêt d'un propriétaire absent, a utilement dirigé, surveillé et, finalement réglé, des travaux importants, la réparation par hypothèse, ou reconstruction, d'un barrage, d'une digue emportée par les eaux, etc. *La lumière des textes* ne permettrait certainement pas de fournir ainsi à certaines professions l'occasion de s'exercer aux dépens du patrimoine de ceux qui s'absentent; et on ne pourrait le tolérer arbitrairement en faveur de ceux-là seulement, qui vivent d'un travail manuel, qu'en suivant les inspirations d'une équité *purement instinctive, sentimentale ou cérébrine*.

385. Quand on s'immisce dans les affaires d'autrui sans nécessité, sans utilité; quand on fait ce que le propriétaire n'aurait pas fait, il n'y a pas quasi-contrat de gestion d'affaires. Le gérant n'aura pas l'action *negotiorum gestorum* qui équivaut à l'action *mandati*, mais il aura l'action *de in rem verso*, à concurrence de ce dont le maître se trouve enrichi au moment de la demande.

Cette action peut se trouver transformée en action de gestion d'affaires ou de mandat par une ratification émanée du maître, soit expressément, soit tacitement.

Cette ratification pour laquelle aucune forme spéciale n'est requise, sera utile et efficace lorsque les conditions

(1) *Loc. cit.*

voulues pour qu'il y ait lieu à l'action *negotiorum gestorum* ne se trouveront pas réunies. Entre les parties intéressées, c'est-à-dire entre le maître et le gérant, elle produit un effet rétroactif.

A l'égard des tiers, il en est autrement (1); la ratification ne peut rétroagir qu'à l'égard de celui qui ratifie, et ne peut pas nuire aux tiers qui ont acquis des droits dans l'intervalle. Ainsi le gérant a vendu ou hypothéqué au profit d'un tiers un immeuble du maître. Le maître ignorant ce fait, vend plus tard ou hypothèque le même immeuble au profit d'un autre. Pourra-t-il, après cela, ratifier rétroactivement la première vente ou la première hypothèque au préjudice de celui avec qui il a personnellement traité? De même, le gérant a fait assurer la chose du maître, et la chose périt avant que le maître ait ratifié l'assurance; la ratification du maître, postérieurement au sinistre, aura-t-elle contre l'assureur un effet rétroactif? Dans toutes ces hypothèses, sur lesquelles nous aurons plus tard l'occasion de revenir, nous croyons qu'il faut adopter la négative, ainsi que pour certaines autres qui n'ont d'ailleurs qu'une importance purement théorique (2).

386. Il faut du reste remarquer que le type de la gestion d'affaires à propos duquel dissertent les jurisconsultes, le fait de gérer spontanément les intérêts d'un ami absent, est purement idéal et ne s'est peut-être jamais réalisé. La gestion d'affaires est presque toujours provoquée par certaines circonstances particulières. C'est par exemple un mandataire qui excède les limites de son mandat; un notaire qui reçoit des fonds pour le compte d'un client, et qui en fait

(1) *Contrà*, LABBÉ, *Dissert. sur les effets de la ratif. des actes d'un gérant d'affaires.*

(2) MERLIN, *Répert.*, v° *Ratif.*, DELAMARRE et LEPOITEVIN, t. I, p. 173 et suiv.; LAROMBIÈRE, t. V, art. 1375, n° 13; DEMOLOMBE, t. XXXI, n°s 218 à 229.

emploi, ou qui lui procure certaines sommes dont il a besoin, qui ne se renferme pas, en un mot, dans le rôle qui lui est imparti par la loi (1) ; c'est un patron qui assure ses ouvriers contre les accidents professionnels, sans la participation de ceux-ci (2), etc. ; on a même voulu trouver les éléments d'une gestion d'affaires dans le fait, par un locataire, d'avoir, en vertu de son bail, élevé des constructions dont profite le propriétaire (3) !

§ 2. — Quasi-contrat résultant de la réception de l'indû.

387. — Quand il peut y avoir réception de l'indû, art. 1376, 1377.
388. — Il faut, dans tous les cas, qu'il y ait eu erreur de la part du *solvens*.
389. — On ne saurait présumer, dans les cas de l'art. 1376, que celui qui a payé sans être dans l'erreur, a eu une intention de libéralité.
390. — Applications diverses.
391. — De celui qui a payé plus qu'il ne doit. Cas de dettes alternatives.
392. — Paiements faits en vertu de conventions illicites.
393. — De la répétition en matière de douanes, de taxes municipales et autres.
394. — De la preuve en matière de répétition.
395. — Qui doit restituer.
396. — Cas où le créancier a supprimé son titre ; la répétition cesse.
397. — Recours du *solvens* dans cette hypothèse.
398. — De la bonne ou de la mauvaise foi de celui qui a reçu l'indû.
399. — Étendue de l'obligation de restituer en cas de mauvaise foi, art. 1376 ; fruits et intérêts, prestations personnelles.
400. — Des immeubles ou meubles corporels, art. 1379 ; *Quid*, en cas d'aliénation, art. 1380.
401. — Impenses faites par celui qui doit restituer, art. 1381.

387. Le paiement est une opération qui consiste, de la part

(1) Cass. 27 avr. 1877, D. 77, 1, 399.
(2) Cass. 1er juill. 1885, D. 86, 1, 201.
(3) Cass. 16 juill. 1890, D. 91, 1, 49, note de M. PLANIOL.

d'un débiteur, à procurer à son créancier précisément ce que ce dernier avait le droit d'exiger.

Régulièrement, le paiement ne peut intervenir qu'entre personnes liées ensemble par le même rapport obligatoire, sauf les cas de paiement pour autrui.

Mais, en mettant cette dernière hypothèse de côté, il peut arriver qu'une prestation soit effectuée à titre de paiement :

1° Par un individu qui n'était pas débiteur au profit d'un individu qui n'était pas créancier ; dans ce cas il n'y avait en réalité, ni dette ni créance ;

2° Par un individu qui était véritablement débiteur, mais au profit d'un autre qui n'était pas créancier ;

3° Par un individu qui n'était pas le véritable débiteur, au profit d'un autre qui était le véritable créancier ;

Dans toutes ces hypothèses, la prestation effectuée à titre de paiement ne saurait être maintenue, si elle a eu lieu par erreur de la part du *solvens*.

Tout paiement, en effet, suppose une dette (art. 1235). C'est-à-dire que le paiement n'est rien autre chose que la *contre-partie* ou *contre-valeur* de la dette qu'il s'agit d'éteindre. Il doit donc y avoir concordance entre le paiement et sa contre-valeur qui est la dette, contre-valeur que les auteurs désignent fort improprement par la dénomination de cause (Voy. t. VII, n° 65). Dans les trois hypothèses ci-dessus indiquées, cette concordance n'existe pas ; donc le *solvens*, en principe, doit être admis à réclamer.

ART. 1376. Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu (*).

ART. 1377. Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier. — Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur (**).

(*) Art. 1376. — L. 7, D. 12, 6, *De condict. indeb.*
(**) Art. 1377. — LL. 1, 10, 17, D. 12, 6, *De condict. indeb.*

Dans cette dernière hypothèse, l'art. 1377 n'accorde positivement l'action en répétition à celui qui a payé, que s'il l'a fait par erreur, non sciemment.

388. Dans les deux premiers cas, l'art. 1376 ne distingue pas si celui qui a payé l'a fait ou non sciemment.

De là certains auteurs ont cru pouvoir tirer la conclusion que, dans le cas où la dette n'existait pas, comme dans celui où le paiement a été fait à un autre qu'au véritable créancier, la recevabilité de l'action en répétition n'est pas subordonnée à la preuve que le paiement dont s'agit a été fait par erreur (1).

Cette solution contraire à une tradition constante, soit en droit romain, soit dans l'ancien droit français, est formellement repoussée par les déclarations faites au Corps législatif lors de l'élaboration du texte :

« L'erreur de la part de celui qui paie, disait le tribun Tarrible, peut seule autoriser la répétition de la chose; il doit avoir cru faussement, ou que la chose était due au prétendu créancier qui n'y avait réellement aucun droit, ou qu'il la lui devait personnellement, tandis que dans la vérité elle était due par un autre (2). »

Il n'était pas possible d'être plus explicite; mais l'orateur ajoutait :

« Sans cette fausse opinion, il serait censé, au premier cas, avoir voulu donner ce qu'il savait fort bien ne pas être dû; au second cas, avoir voulu payer une dette légitime à la décharge du véritable débiteur, et toute voie de répétition lui serait justement fermée. »

La majorité des auteurs, admettant l'exactitude de ce point de vue, décide en effet, que le *solvens*, dans les cas envisagés

(1) COLMET DE SANTERRE, V, n° 357 *bis;* MARCADÉ, sur l'art. 1377; MOURLON, *Revue pratique*, 1864, t. XVIII, p. 196.

(2) LOCRÉ, t. VI, p. 285 et 286.

n'a pu avoir d'autre intention que de gratifier l'*accipiens*. Donc, si la chose remise à titre de paiement est un meuble, l'opération constitue un don manuel qui se parfait par la tradition. Si c'est un immeuble, la solution sera la même, pour ceux qui admettent, avec la jurisprudence, la validité des donations déguisées, sous la forme d'un acte à titre onéreux (1).

389. Nous croyons aussi que toute répétition doit être refusée au *solvens* qui, dans les cas prévus par l'art. 1376, n'aurait pas été dans l'erreur. Mais il nous paraît inadmissible de poser en principe que le *solvens*, qui a agi sciemment, ne peut avoir eu d'autre intention que celle d'adresser une libéralité à l'*accipiens*. Quand même cela serait vrai, il faudrait encore, pour que la donation existât juridiquement, l'acceptation de l'*accipiens*.

Il n'en sera pas toujours ainsi. On peut supposer, par exemple, que le *solvens* a seulement voulu faire un dépôt d'argent chez une personne qui n'aurait pas voulu consentir à s'en charger, mais qui n'a pas hésité à recevoir cette même somme à titre de paiement. On peut supposer encore qu'une personne voulant mettre certains objets à l'abri des poursuites de ses créanciers, les livre à un tiers sous prétexte d'acquitter un legs fait à son profit; de sorte que le tiers reçoit comme légataire une chose dont, en réalité, il ne doit être que dépositaire. Nous reconnaissons tout ce qu'il y a d'improbable dans l'éventualité de telles hypothèses. Nous le produisons uniquement pour montrer que celui qui se présente pour effectuer le paiement d'une prétendue dette qu'il sait ne pas exister, ne peut pas être nécessairement

(1) Voy. AUBRY et RAU, § 442, texte et note 3; DEMANTE, t. V, n° 357; LAURENT, t. XX, n° 352; DEMOLOMBE, t. XXI, n°s 276 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1343; Comp. Cass. 11 mars 1885, S. 86, 1, 49 et la note.

considéré comme ayant voulu faire une donation à l'*accipiens*. Cet aperçu presque toujours contraire à la réalité, entraînerait nécessité d'appliquer, suivant les cas, les règles du rapport, de la réduction, etc. Ce qui ne serait probablement admis par personne. C'est donc par d'autres motifs que nous lui refusons l'action en répétition.

Nous lui refusons cette action parce qu'en réalité il a suivi la foi de celui à qui il a spontanément livré à titre de paiement une chose non due. En plaçant cette chose dans le patrimoine de l'*accipiens*, il a, en connaissance de cause, autorisé celui-ci à se gérer désormais, et à toujours, comme propriétaire, non seulement vis-à-vis des tiers, mais encore et spécialement vis-à-vis de lui-même *solvens;* il a placé entre ses mains une exception péremptoire, avec la faculté de s'en servir indéfiniment. Mais pourquoi a-t-il ainsi agi, s'il savait que la dette n'existait pas? On doit présumer l'existence d'une cause ou contre-valeur quelconque que l'auteur du paiement a voulu dissimuler; c'est-à-dire que la prestation effectuée n'est plus censée dénuée de cause (1), et cela suffit pour empêcher toute demande en restitution.

Donc, si le *solvens* veut agir en répétition, il doit lui-même détruire cette présomption en faisant la preuve directe de l'erreur qui a déterminé son paiement (2). L'erreur de droit pourra du reste, aussi bien que l'erreur de fait, donner lieu à la répétition de l'indû. La maxime que nul n'est censé ignorer la loi n'est, en effet, vraie, d'une manière absolue, qu'en matière pénale. Quand la loi a voulu prohiber la répétition, en cas d'erreur de droit, elle a pris soin de le déclarer (ex. art. 1356, 2052).

390. Les règles qui précèdent doivent d'abord recevoir

(1) Comp. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 343.
(2) Cass. 11 mars 1885, D. 85, 1, 417.

leur application à l'hypothèse où il n'y avait, à aucun point de vue, ni dette, ni créance.

La présence d'une obligation naturelle empêcherait donc l'action en répétition (Voy. *suprà*, n^os^ 4 et 5).

Il n'en serait pas de même d'une obligation annulable ou rescindable engendrant au profit du débiteur une exception péremptoire, ou d'une obligation dont le débiteur aurait le droit de demander la résolution (1). Dans toutes ces hypothèses il y aurait eu paiement d'une chose non due, et le *solvens* pourrait agir en répétition s'il a été dans l'erreur (2).

On applique les mêmes principes, quand des opérations sur des valeurs cotées ont été faites en bourse sans l'intermédiaire d'un agent de change. Le client ne peut pas exciper de leur nullité pour demander le remboursement des sommes par lui versées, lorsque, ayant provoqué ou accepté l'intervention d'un intermédiaire sans qualité, il a touché, après examen préalable, le solde du compte détaillé où figuraient les opérations, et en a donné quittance définitive en parfaite connaissance de cause. Au contraire le client peut agir en répétition des sommes employées à ces mêmes opérations, nonobstant tous règlements de compte intervenus entre lui et son mandataire, s'il est établi qu'au moment où il a consenti ces règlements, il ignorait que les opérations avaient été faites sans l'intermédiaire d'un agent de change (3).

On a également jugé que l'agent de change qui a vendu sur l'ordre et pour le compte d'un client des promesses d'actions d'une société non ensuite constituée, et qui, en raison de l'annulation ultérieure de la négociation, n'a rien touché de l'acheteur, a le droit de réclamer de son client la somme qui, par erreur, a été portée au crédit de celui-ci comme représen-

(1) Cass. 28 déc. 1885, D. 86, 1, 433.
(2) Voy. LAURENT, t. XX, n^os^ 345, 346.
(3) Cass. 8 fév. 1892; 20 juill. 1891, D. 92, 1, 294.

tant le prix de la dite vente de titres. Une telle réclamation a pour fondement, non le mandat accepté à tort par l'agent de change de vendre des titres non susceptibles de négociation, mais le quasi-contrat résultant du paiement de l'indû fait par erreur (1).

Il faut encore accorder la répétition à celui qui paie une obligation conditionnelle pendant que la condition est en suspens. Mais si la condition vient à s'accomplir avant que la répétition soit exercée, le débiteur ne peut plus répéter.

391. Celui qui paie plus qu'il ne doit peut répéter l'excédent qui était non dû. Il s'agit, par exemple, d'un légataire universel qui a délivré par erreur à des légataires particuliers des parcelles qui n'étaient pas comprises dans le legs fait à ces derniers (2). De même lorsque les quantités de travaux et fournitures prévus par le devis d'une construction n'ont pas été atteintes, le maître a l'action en répétition pour réclamer ce qu'il a payé indûment, et on ne peut induire une fin de non recevoir contre cette action, ni des paiements effectués entre les mains de l'entrepreneur, ni de la prise de possession de la maison avant l'achèvement des travaux (3).

Quand deux parties sont ainsi en compte, l'apurement définitif du compte fera clairement connaître si l'une des parties a trop payé et peut répéter. Cela suppose que les opérations pouvant alimenter le compte ont pris fin des deux côtés. Il peut se faire qu'il n'en soit pas ainsi. Dans le règlement des comptes existant entre deux commerçants qui se prétendent respectivement créanciers, il peut arriver que l'un d'eux soit encore porteur de traites souscrites à son ordre par l'autre. En ce cas le juge peut condamner ce dernier au paiement immédiat de ces traites, tout en prescrivant la vérification de

(1) Cass. 20 juin 1888, S. 91, 1, 463.
(2) Gand, 11 avr. 1885, *Pas.*, 85, 2, 297.
(3) Liège, 27 avr. 1876, *Pas.*, 76, 2, 306.

l'ensemble des opérations, sauf à la partie qui paie le droit d'exercer ultérieurement la répétition de l'indû, pour le cas où il serait démontré, toute conpensation établie, qu'elle a trop payé (1).

Il est en effet de principe que le paiement fait en exécution d'une décision judiciaire ne peut pas être considéré comme ayant été fait volontairement et sans erreur. Le paiement fait dans de telles conditions pourrait être répété, si la décision était plus tard annulée par la Cour de cassation, sauf le cas où il serait établi que ce paiement a servi à l'extinction d'une dette incontestée (2).

Celui qui paie par erreur avant l'échéance du terme, n'est pas considéré, dans la théorie du Code, comme ayant payé ce qu'il ne devait pas, ni même, pensons-nous, comme ayant payé plus qu'il ne devait, en ce qui touche l'escompte de la valeur payée depuis la dette du paiement jusqu'à l'échéance (Voy. t. VII, n^{os} 384 et 385).

Si, dans le cas de dettes alternatives, le débiteur croyant devoir les deux choses, les livre en même temps au créancier, on demande laquelle des deux il pourra répéter. En droit romain, Ulpien accordait le choix à l'*accipiens* comme étant devenu débiteur (art. 1190). Cette solution subtile est contraire à la justice; celui qui paie ne doit éprouver aucun préjudice par suite de son erreur, et celui qui reçoit ne peut profiter de cette même erreur. Le *statu quo ante* doit être rétabli. Aussi d'autres jurisconsultes accordaient le choix au *solvens*, et c'est dans ce sens que la question fut tranchée par Justinien.

Autre difficulté : un débiteur devant deux choses sous l'alternative, en a presté une, croyant ne devoir que celle-là.

(1) Cass. 1er avr. 1887, S. 90, 1, 507.

(2) Cass. 4 août 1880, D. 81, 1, 438; Comp. Besançon, 22 juill. 1891, D. 92, 2, 413.

Pourra-t-il la répéter pour prester l'autre qui a une moindre valeur? Non, d'après quelques textes, car la chose payée était *in obligatione*. D'autres textes plus favorables accordent la *condictio*, et il faut les suivre en droit français, car le créancier ne peut s'enrichir par l'effet de l'erreur du débiteur.

392. On admet par exception que la répétition est possible, indépendamment de toute erreur, quand le paiement a été effectué en vertu d'une convention illicite, alors même que le débiteur aurait participé sciemment à l'acte illicite, par exemple quand il s'agit de la cession d'une part d'office ministériel (1). La question est cependant controversée, en ce sens que, selon plusieurs auteurs, l'action en répétition ne devrait pas être accordée à celui qui a payé, quand la cause du paiement est illicite des deux côtés (2). Les raisons données à l'appui de cette solution, sont tirées principalement de la prétendue maxime : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qu'on ne trouve écrite nulle part, et de ce que celui qui se porte demandeur dans de pareilles conditions serait *indigne* d'être écouté par la justice (3).

Quant à la question de savoir dans quels cas on doit considérer la cause d'un paiement comme illicite, elle se rattache à la théorie générale sur la cause, que nous avons déjà exposée (Voy. t. VII, nos 75 et suiv.) et spécialement à l'article 1131, d'après lequel l'obligation sur cause illicite ne peut avoir aucun effet.

(1) Cass. 8 avr. 1889, S. 89, 1, 212; Cass. 11 déc. 1888, S. 89, 1, 212; Comp. Orléans, 21 juill. 1893, D. 94, 2, 342; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 49 *bis* IV; LAURENT, t. XVI, n° 164; DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 431 à 440, et les autorités citées.

(2) AUBRY et RAU, t. IV, p. 741; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1133, n° 10; Cass. 13 déc. 1873, S. 74, 1, 241 et observ. de M. DUBOIS.

(3) DEMOLOMBE, t. XX, n° 436; Cass. 25 janv. 1887, S. 87, 1, 224; Caen, 18 janv. 1888, S. 90, 2, 97 et les notes de M. MEYNIAL; *Contrà*, Paris, 6 nov. 1888, S. 91, 2, 89, note de M. MEYNIAL.

393. La répétition est applicable à la perception des droits de douane; par suite l'importateur peut répéter les droits qu'il a payés indûment, bien qu'ils aient été perçus d'après sa propre déclaration, si celle-ci a eu pour cause l'erreur de l'administration (1).

Les taxes d'importation dans les colonies, dites *octroi de mer*, constituent de véritables droits de douane. Celles qui ont été illégalement perçues en vertu d'un simple arrêté du gouverneur sous l'empire d'une législation qui réservait au pouvoir législatif métropolitain le droit de régler la matière, peuvent être répétées (2).

Il faut en dire autant pour les taxes de location à payer dans certains entrepôts constitués à Paris pour les vins et eaux-de-vie. Elles doivent être restituées, quand elles ont été perçues en vertu de tarifs n'émanant pas du chef de l'État (3).

Les surtaxes perçues par les compagnies de chemin de fer peuvent également être répétées (4).

394. Celui qui réclame la restitution d'une somme qu'il prétend avoir payée indûment, doit justifier, non seulement du paiement par lui effectué, mais aussi de l'erreur qui en aurait été la cause déterminante (5). L'erreur, en effet, ne saurait être présumée, puisqu'il n'existe pas de texte qui en fasse une présomption légale. Il est vrai que, dans les cas où le juge peut décider la contestation par des présomptions ordinaires dites de l'homme, il pourra décider, en se fondant sur les circonstances de la cause, qu'il y a erreur; mais ce sera toujours au demandeur que la preuve incombera, en ce sens qu'il devra établir les présomptions graves, précises

(1) Cass. Belge, 18 avr. 1883, D. 83, 2, 149; *Pas.*, 83, 1, 164.
(2) Cass. 11 mars 1885, D. 86, 1, 105, etc.
(3) Cass. 16 fév. 1886, D. 86, 1, 169.
(4) Poitiers, 14 déc.; Bordeaux, 16 déc. 1891, D. 92, 2, 455.
(5) Cass. 11 mars 1885, D. 85, 1, 417.

et concordantes d'où résulte qu'il a fait le paiement par erreur (1). Le défendeur n'aura donc rien à prouver (2). Si ce dernier commence par nier de mauvaise foi avoir reçu la chose réclamée par le demandeur, et si celui-ci prouve que le défendeur l'a reçue, il n'a plus rien à prouver, ni l'inexistence de la dette, ni l'erreur, en ce sens que la dénégation mensongère du défendeur deviendra une présomption qui permettra au juge de décider contre ce dernier (3).

Le fait matériel du paiement effectué sera établi d'après les règles du droit commun; celui qui paie pouvant toujours demander une quittance, l'art. 1348 ne sera pas applicable à ce point de vue.

Mais cela ne suffira pas; il devra prouver aussi que ce paiement était indû, c'est-à-dire qu'il n'existait aucune obligation naturelle ou civile pouvant le motiver. Cette preuve se fera encore d'après le droit commun.

Si le demandeur soutient qu'il n'était pas le débiteur de la dette par lui payée, laquelle existait d'ailleurs, il ne pourra établir sa prétention qu'en prouvant que la dette existait à la charge d'un autre, c'est-à-dire qu'il devra, en réalité, établir l'existence d'une dette à laquelle il était étranger et dont il n'a pu retirer une preuve écrite; il pourra donc se prévaloir de l'art. 1348.

Mais s'il ne conteste pas être débiteur; s'il soutient seulement avoir payé entre les mains d'un autre que le créancier, il devra faire sa preuve d'après les règles ordinaires, sans pouvoir recourir à l'art. 1348.

Si la matière est commerciale, la preuve à faire par le demandeur pourra être administrée par tous les moyens. Ainsi,

(1) TOULLIER, t. VI, I, n° 64; LAURENT, t. XX, n° 368; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1343.

(2) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 442, notes 10 et 11.

(3) LAURENT, t. XX, n° 369; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 357 *bis* VIII; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 289.

dans le cas précité, d'une demande en répétition d'une surtaxe perçue par une compagnie de chemin de fer, la recevabilité de l'action ne sera pas subordonnée à la production du récépissé délivré à l'expéditeur; ni à la production du récépissé délivré au destinataire, et le tribunal pourra ordonner la production des livres, même auxiliaires, tenus par la compagnie (1).

395. La réception de l'indû n'oblige l'*accipiens* à une restitution proprement dite que s'il a eu la capacité civile de recevoir; sinon, il n'est tenu que dans les limites du profit par lui réalisé. Néanmoins s'il y a eu de sa part délit ou quasi-délit, il devra réparer tout le préjudice qu'il a ainsi causé (2).

Dans ces conditions, l'obligation de rembourser engendrée par la réception de l'indû, ne peut être mise à la charge de nul autre que de celui qui a reçu directement ou indirectement, ou à qui l'indû paiement a profité (3). Par conséquent si plusieurs ont touché partie de la somme réclamée, l'action en répétition sera utilement dirigée contre chacun d'eux (4). Il importe peu, d'ailleurs, que l'*accipiens* ait reçu par lui-même ou par l'intermédiaire d'un mandataire (5).

396. Lorsque, de bonne foi, celui qui est réellement créancier reçoit le paiement de la part d'une personne, qui agit par erreur comme étant débitrice, il se croit désintéressé et par conséquent n'a plus de raison pour conserver son titre. Il peut donc arriver qu'il le supprime. Quelle sera sa position si plus tard le *solvens* intente contre lui l'action en répétition? Il se

(1) Poitiers, 14 déc. 1891; Bordeaux, 16 déc. 1891 (deux arrêts), D. 92, 2, 455.

(2) AUBRY et RAU, § 442, note 8; LAURENT, t. XX, n° 355; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 239; GUÉNÉE, *loc. cit.*, p. 340.

(3) Cass. 13 juill. 1881, D. 81, 1, 456.

(4) Pau, 29 mars 1890, D. 91, 2, 152.

(5) Cass. 29 juill. 1890, S. 93, 1, 521.

retrouvera en face du véritable débiteur, mais sans avoir la possibilité d'établir contre ce dernier sa qualité de créancier. Il a détruit lui-même la preuve de son droit de créance... Pour le restituer contre les effets de cette destruction de preuve, la loi déclare que : *le droit de répétition cesse quand le créancier a supprimé son titre par l'effet du paiement.*

Il n'y a rien de plus clair qu'une telle déclaration. La loi par une disposition exceptionnelle a voulu déroger à la règle générale sur la répétition de l'indû, dans le but de restituer le créancier, non pas contre une disparition de sûretés ou de garanties, mais uniquement contre une disparition de preuve.

On ne peut pas dire d'un créancier qui donne mainlevée d'une inscription garantissant sa créance, ou qui néglige de la renouveler en temps utile, ou qui se dessaisit d'un gage dont il était nanti, ou qui laisse s'accomplir une prescription au profit du débiteur, qu'il *supprime* son titre. Ces expressions ont, en français, un sens nettement déterminé sur lequel il n'est pas possible d'équivoquer.

Cependant on a soutenu que notre art. 1377 § 2 doit s'appliquer, non seulement à la destruction matérielle du titre de la créance, mais aussi à la suppression des garanties destinées à en assurer le recouvrement (1). Cette solution ne tient pas compte du sens naturel des expressions employées par le législateur, et méconnaît la règle qui ne permet pas d'étendre les dispositions exceptionnelles d'un cas à un autre (2).

La jurisprudence qui semblait d'abord se prononcer dans ce dernier sens (3), a inventé un système mixte qui pourrait

(1) DURANTON, t. XIII, n° 685; AUBRY et RAU, § 442, note 21; DEMOLOMBE, t. XXXI, n°s 321 à 326.

(2) LAURENT, t. XX, n° 363; Comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1341.

(3) Voy. Riom, 28 juin 1855, D. 56, 2, 136; Cass. 4 août 1859, D. 59, 1, 362; Comp. Cass. 8 fév. 1848, D. 48, 1, 214.

être défendu en législation, mais qui, dans l'état actuel des textes est absolument arbitraire. La Cour de Caen n'admet, comme exception à l'action en répétition, en dehors de la suppression matérielle, que la suppression des garanties accessoires résultant du titre ou s'y rattachant : hypothèques, nantissement, transport, etc. Mais elle refuse de tenir compte des autres circonstances étrangères au titre, par exemple des chances plus ou moins grandes que le créancier aurait eues de se faire payer de son véritable débiteur, si le paiement indû qu'il a reçu, et qu'il croyait définitif, n'avait pas eu lieu. Ainsi, la déconfiture du débiteur ou sa faillite survenue depuis le paiement indû, ne feraient pas obstacle à sa répétition, fût-il établi que, cessant la fausse sécurité que lui a donné le paiement, le créancier serait arrivé à se faire payer avant que son débiteur ne fût devenu insolvable (1).

397. Celui qui a payé, en fait, la dette d'un autre, et qui ne peut agir en répétition contre le créancier parce que ce dernier a supprimé son titre, doit naturellement avoir un recours contre le débiteur. Ce recours, qui ne peut se traduire par une action de gestion d'affaires, puisque le *solvens* n'a pas eu l'intention de gérer l'affaire du débiteur, donnera lieu à l'action *de in rem verso* (2).

Le *solvens* pourrait-il agir contre le débiteur, à ses risques et périls, comme légalement subrogé aux droits du créancier désintéressé par lui? Mais comment le pourrait-il en l'absence de texte (3), alors surtout que la subrogation étant la fiction d'un transport-mandat (Voy. ci-dessus, n° 47) ne saurait être admise dans les hypothèses forcément exclusives de tout mandat? N'importe; on a soutenu que la subrogation devait s'opérer de plein droit dans les termes du n° 3 de l'art. 1251,

(1) Caen, 20 mars 1891, D. 92, 2, 177 et la note de M. LEBRET.
(2) LAURENT, t. XX, n° 364; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 327.
(3) LAURENT, t. XX, n° 364.

attendu que le tiers qui a payé la dette ne pouvait pas répéter, il en résulte qu'il est tenu de cette dette *sous forme de répétition* (1) !..... Demolombe, qui accepte cette énormité, consent néanmoins à reconnaître que l'argumentation qui y conduit *pourrait bien ne point paraître exempte d'une certaine recherche, si ce n'est même de quelque subtilité* (2)!....

398. L'obligation de restituer est assumée par toute personne qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, qu'elle soit de bonne ou de mauvaise foi.

Mais la bonne ou la mauvaise foi de l'*accipiens* entraîne certaines différences relativement :

1° Aux intérêts et aux fruits de la chose qui a fait l'objet du paiement (art. 1378);

2° Aux dégradations ou à la perte que cette chose aurait pu subir, et aux impenses qui auraient pu y être employées (art. 1379 et 1381);

3° A l'aliénation qui en aurait été faite par celui auquel elle a été indûment payée (art. 1380).

399. Quand celui qui a reçu un capital était de bonne foi, il n'est tenu de restituer que le capital, et a le droit de conserver les intérêts et les fruits, ou du moins il ne doit les intérêts que du jour de la demande (3).

ART. 1378. S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement (*).

N'est-il pas logique d'admettre que les fruits et intérêts sont dus à partir de la mauvaise foi, si celle-ci survient après le paiement, mais avant la demande (4)? Oui pour les fruits si la chose payée produit des fruits (arg. art. 550); non

(*) Art. 1378. — LL. 15 et 65, § 5, D. 12, 6, *De condict. indeb.*
(1) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1377, n° 11.
(2) DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 331.
(3) Cass. 22 juin 1892, D. 92, 1, 565.
(4) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1375, n° 6.

pour les intérêts à l'égard desquels, d'après le texte, il faut envisager la *fides* au moment du paiement.

Les paiements reçus en vertu d'un traité consenti en violation d'une loi d'ordre public, sont assimilés aux paiements reçus de mauvaise foi (1).

On soutient que celui qui, de bonne foi, reçoit des intérêts ou des arrérages qui ne lui sont pas dus, ne saurait être tenu de les restituer, par le motif que les parties, dans leur égale bonne foi, entendaient payer et recevoir ces intérêts ou arrérages avec le caractère de fruits annuels (2). On argumente en ce sens de l'art. 588 aux termes duquel : l'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution. Mais cette disposition, dont nous avons eu à indiquer la véritable signification (Voy. t. IV, n° 188), n'a aucune espèce de rapport avec la difficulté que nous examinons. Il s'agit d'une action en restitution intentée par celui qui a payé ce qu'il ne devait pas, et qui a incontestablement le droit d'obtenir cette restitution; or il n'obtiendra rien : « La seule chose qu'il puisse demander, d'après Demolombe, serait *sa libération* de la dette principale, dont celui qui a reçu les intérêts ou les arrérages *se croyait* de bonne foi créancier (3). » Comprend-on qu'un individu qui n'est pas débiteur aille faire un procès à celui qui n'est pas son créancier, à l'effet d'en obtenir *sa libération !* La jurisprudence a repoussé cette singulière opinion (4).

Dans le même ordre d'idées, le paiement d'intérêts ou de dividendes fictifs qui aurait été fait aux actionnaires d'une

(1) Cass. 11 déc. 1888, S. 89, 1, 80; Orléans, 21 juill. 1893, S. 93, 2, 237.

(2) DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 341.

(3) *Loc. cit.*

(4) Cass. 4 août 1859, D. 59, 1, 362; Gand, 20 juill. 1889, *Pas.*, 90, 2, 102; AUBRY et RAU, § 442, note 28; LAURENT, t. XX, n° 373.

société alors qu'aucun bénéfice n'a été réalisé, doit être restitué, non pas, comme on l'a affirmé (1), en vertu de principes spéciaux au contrat de société, mais par application des règles sur le paiement de l'indû, et notamment de l'article 1376 (2).

Si la chose reçue consiste en choses fongibles, denrées ou marchandises, il ne saurait être question d'une restitution proprement dite, puisque l'individualité de la chose reçue n'existe plus. Néanmoins celui qui l'a reçue de mauvaise foi ne peut, à aucun point de vue, s'enrichir aux dépens du *solvens*. Il doit donc bonifier les intérêts à partir de la valeur estimative au moment du paiement (3).

Il faut en dire autant si des services ou des prestations personnelles ont été payés indûment. Celui qui les a reçus les restituera sous forme d'indemnité. S'il a été de bonne foi, il ne devra payer qu'en raison du bénéfice qu'ils lui ont procuré; s'il a été de mauvaise foi, il devra payer suivant leur valeur intrinsèque et absolue (4).

ART. 1379. Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi (*).

400. S'il l'a reçue de bonne foi, il ne répond pas de la perte ou de la détérioration, car il a pu, sans engager sa responsabilité, la négliger comme sienne. Mais la *mala fides superveniens* le placera dans la même situation que s'il avait été de mauvaise foi lors du paiement (5).

(*) Art. 1379. — L. 15, § 3; L. 60 in pr. et § 1, D. 6, 1, *De rei in vind.*

(1) DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 342.

(2) Cass. 22 juin 1880, D. 81, 1, 18.

(3) AUBRY et RAU, § 442; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 351.

(4) BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1379, n° 5.

(5) AUBRY et RAU, § 442, texte et note 30; LAURENT, t. XX, n° 376; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 360 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 372.

ART. 1380. Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente (*).

Cette solution doit être étendue à toute espèce d'aliénation, même gratuite. Dans ce cas, s'il a été de bonne foi, il ne devra rien restituer, car il ne s'est pas enrichi. Mais il devra faire compte des actions quelconques qui peuvent lui appartenir à raison de la donation ou des charges imposées au donataire.

Il faut observer que la bonne foi doit exister non seulement au moment de la réception de la chose, mais encore au moment de l'aliénation, sinon il y aurait fraude.

On se demande si l'action qui appartient au *solvens* ne peut pas être utilement dirigée contre les tiers, c'est-à-dire si elle est personnelle ou réelle. En droit romain l'action était strictement personnelle; c'était une *condictio*. L'*accipiens* était considéré uniquement comme débiteur, grevé de l'obligation de retransférer la propriété au *solvens*, car lui-même était devenu propriétaire. Or, en droit français, il est impossible de concevoir que l'*accipiens* soit devenu propriétaire. Donc le *solvens* n'a pas cessé de l'être, et par suite il peut agir en revendication contre les tiers, sauf à faire compte à l'*accipiens* de bonne foi tenu de la garantie envers le tiers évincé, de tout ce qu'il serait obligé de payer en sus du prix de vente (1).

L'*accipiens* de bonne foi n'est tenu que *quatenùs locupletior factus est*. C'est pour cela qu'il ne doit que le prix par lui perçu. Il ne devrait donc rien s'il avait fait une donation, à moins qu'il ne fût prouvé qu'il eût donné *de suo*, par exemple pour une dot. Sans doute, l'action en revendication serait possible contre le tiers donataire, mais on raisonne

(*) Art. 1380. — L. 26, § 12, 6, *De condict. indeb.*

(1) AUBRY et RAU, § 442, texte et note 37; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 361 *bis* III et IV; LAURENT, t. XX, n°s 378 et 379; DEMOLOMBE, t. XXXI, n°s 413 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1344.

dans l'hypothèse où la chose ayant péri entre les mains de ce dernier, la revendication deviendrait inutile.

401. Celui qui est obligé de restituer peut avoir de son côté un compte à présenter.

ART. 1381. Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose (*).

On peut rayer le mot *utile* mal à propos inséré dans le texte. On a voulu dire tout simplement que les dépenses faites pour la conservation de la chose doivent toujours être restituées au possesseur soit de bonne, soit de mauvaise foi, sans distinction, et sans tenir compte de l'augmentation de valeur pouvant en résulter.

Les dépenses utiles, mais non nécessaires, seront aussi remboursées même au possesseur de mauvaise foi, mais dans les limites de son enrichissement.

Quant aux dépenses voluptuaires ou de pur agrément, elles ne peuvent donner lieu à aucune réclamation, sauf pour celui qui les a faites la faculté d'enlever ce qui est susceptible d'enlèvement, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (1).

Le droit de réclamer les impenses peut être exercé par voie d'action ou d'exception, et même au moyen de la rétention de la chose.

(*) Art. 1381. — L. 14, D. 12, 6, *De condict. indeb.*

(1) AUBRY et RAU, § 442, texte et note 34; LAURENT, t. XX, nos 382 et 383; DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 381 et suiv.

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

§ 1er. — Règles générales.

402. — Sens des expressions : délit et quasi-délit.
403. — Formule générale de l'art. 1382.
404. — Eléments constitutifs du délit civil : fait dommageable ou atteinte au droit d'autrui ; faute intentionnelle.
405. — Jusqu'où on peut aller dans l'exercice de son droit sans porter atteinte au droit d'autrui; exemples fournis par la jurisprudence.
406. — Un fait n'est dommageable que s'il a été la cause d'un préjudice certain.
407. — Notion du quasi-délit, art. 1382. Caractères de l'action engendrée par le délit ou le quasi-délit.

402. Notre chapitre s'occupe des délits et quasi-délits envisagés et dénommés au point de vue purement civil, c'est-à-dire considérés comme source d'obligations. Il s'agit encore, suivant la rubrique générale du titre IV, *d'engagements qui se forment sans convention*, c'est-à-dire qui naissent de faits absolument indépendants d'un concours de volonté, et qui ne présupposent aucune convention antérieure quant au temps, au lieu et autres circonstances au milieu desquels ils se sont produits.

En droit romain on entendait par *délit :* tout fait illicite prévu et puni par une loi expresse, et par *quasi-délit* tout fait illicite non prévu par la loi et réprimé seulement par l'intervention prétorienne; abstraction faite, dans tous les cas, de la présence ou de l'absence d'une intention de nuire.

La loi moderne a conservé les mêmes dénominations, mais en leur donnant une autre signification.

Les anciens auteurs avaient admis, en effet, que le délit seul supposait une intention de nuire, qui n'existait pas dans

le quasi-délit, le fait étant d'ailleurs, dans tous les cas, illicite et constitutif de la violation dommageable d'un droit.

Par conséquent le délit civil est tout fait par lequel une personne lèse sciemment le droit d'autrui.

Le quasi-délit est tout fait par lequel une personne lèse le droit d'autrui sans avoir l'intention de nuire.

Le délit dont parle la rubrique de notre chapitre est donc *le délit civil*.

En droit criminel, le mot *délit* a une signification tout autre : *sensu lato*, il désigne toute infraction punissable; *sensu stricto* il désigne spécialement toute infraction punissable correctionnellement.

Il peut y avoir délit civil sans délit criminel, par exemple dans le cas de divertissement ou recel d'objets dépendant d'une succession (art. 792, 801); dans le cas de stellionat (art. 2059). A l'inverse, il peut y avoir délit criminel sans délit civil, par exemple dans la tentative d'escroquerie. Dans ce cas il n'y a même pas quasi-délit. Dans le cas d'homicide par imprudence, il y a délit criminel (art. 319, C. pén.); il n'y a pas délit civil, mais seulement quasi-délit

403. Le droit moderne part de cette idée rationnelle que la conséquence normale de tout délit civil est une dette d'indemnité, et que, par suite, il doit y avoir indemnité dans tous les cas où sera constaté un dommage causé par un fait illicite. Le caractère délictuel du fait devra résulter non d'une disposition légale, mais des conditions générales constitutives du délit civil (1). De là cette formule extrêmement large :

ART. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (*).

Cette généralité de la conception du délit civil constitue la

(*) Art. 1382. — L. 17, § 2; L. 23, D. 19, 5, *De præscriptis verb.*

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 302.

différence la plus visible qui le sépare du délit pénal. Ce dernier devant aboutir à une peine, la loi a seule qualité pour décider quand il y aura lieu de prononcer une peine. L'autre supposant la violation d'un intérêt privé et obligation d'indemnité, il suffira pour que le caractère délictuel existe, que le fait matériel de cette violation soit démontré, et que ce fait résulte d'une faute, c'est-à-dire d'un élément de l'ordre moral impliquant responsabilité de l'agent. La seule question sera de déterminer à quelles conditions cet élément d'imputabilité sera considéré comme existant. Mais les éléments matériels du délit civil n'ont pas besoin d'être fixés législativement; ils résultent de toute violation d'un intérêt privé tombant sous la protection du droit (1).

404. La principale difficulté de la matière consiste à déterminer les éléments constitutifs du délit civil. L'art. 1382 n'en signale textuellement que deux :

1° Un élément matériel qui est le fait dommageable, étant observé que la simple omission n'entraîne de responsabilité qu'autant qu'il y avait obligation d'accomplir le fait omis (2);

2° Un élément subjectif qui est la faute.

La faute consiste dans l'intention de commettre un acte illicite, ou dans la connaissance des caractères délictuels du fait accompli, ou enfin dans la négligence que l'on a mis à ne pas en découvrir les conséquences ou ses caractères. Mais, de toutes façons, l'élément délictuel de la volonté dérive du caractère délictuel de l'acte lui-même, de sorte que si l'acte envisagé en lui-même était innocent, l'intention qu'on a de l'accomplir serait, en elle-même, également innocente. Or, a-t-on fait observer (3), l'art. 1382 ne désigne l'acte

(1) *Ibid.*

(2) PROUDHON, *Usufruit*, t. III, nos 1489 et 1490; AUBRY et RAU, § 444, texte et note 1, § 446; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 479; PLANIOL, *Revue critique, Examen doctrinal*, p. 283.

(3) SALEILLES, n° 305.

matériel que comme fait dommageable; d'où il faudrait conclure que tout fait susceptible de causer dommage à autrui est, en lui-même, un fait contraire au droit, et que la faute consiste à savoir qu'il peut résulter dommage de l'acte qu'on entreprend; ce qui aboutirait à cette formule que quiconque sait ou doit savoir que l'acte entrepris, et cela qu'il s'agisse d'un fait quelconque, est susceptible d'avoir des suites dommageables pour autrui, est coupable de délit civil et tenu à réparation. On décide dans ce sens que pour justifier une condamnation à des dommages-intérêts, il faut que l'acte dommageable constitue un délit où un quasi-délit (1).

Pour démontrer que telle ne peut être la signification de l'art. 1382, on cite l'exemple d'un propriétaire qui, sans profit pour lui, et dans la seule intention de nuire, enlève à son voisin, par une construction élevée à la distance réglementaire, la vue dont ce dernier jouissait. Il commet, dit-on, un acte qu'il sait susceptible de nuire; a-t-il donc commis un délit civil? Assurément non (2). Il faudrait donc arriver à cette conclusion : d'abord que la circonstance qu'un acte peut-être dommageable ne suffit pas à en faire un délit, ensuite que ce seul fait qu'il rentre dans l'exercice d'un droit ne suffit pas pour l'exclure de la catégorie des délits civils, car tout droit absolu trouvant sa limite dans le droit des autres, il faut savoir jusqu'où peut aller l'exercice du droit individuel. Par conséquent la formule de l'art. 1382 ne fournirait pas un *criterium* bien sûr du fait délictuel.

Il y a, sans doute, dans cette critique, quelque chose de fondé. Cependant nous devrons remarquer que, dans l'exemple allégué d'un propriétaire qui élève des constructions pour priver un voisin de la vue dont ce dernier jouissait, il n'y a pas en réalité dommage causé, car le droit du

(1) Cass. 19 avr. 1886, S. 89, 1, 302.
(2) SALEILLES, *ibid.*

voisin n'a été en rien diminué, il y a eu seulement privation d'un agrément accidentel dont rien ne garantissait le maintien indéfini. En second lieu, l'affirmation que la construction a été élevée dans le but de nuire au voisin ne saurait jamais être prouvée, car la Cour de cassation dans une espèce tout à fait analogue, a déclaré avec raison qu'on n'a pas le droit de s'enquérir des motifs qui déterminent un propriétaire à user de son droit d'une certaine manière plutôt que de telle autre (1). Voy. t. IV, n° 336.

Il est d'ailleurs assez facile; en cas de conflit, de déterminer la limite extrême du droit individuel, et de vérifier si le fait allégué comme dommageable a été véritablement dirigé contre le droit d'autrui. Il s'agit bien entendu de la violation d'un droit absolu appartenant à autrui, c'est-à-dire d'un droit opposable à tous, et que tous ont le devoir de respecter, par exemple : la propriété, la liberté, l'intégrité de la personne civile, l'intégrité de la personne morale, c'est-à-dire l'honneur, etc. (Voy. t. VII, n° 2).

On peut aussi concevoir une atteinte portée à un droit relatif, c'est-à-dire au droit d'un créancier. Mais tout ce qui touche à l'inexécution fautive d'une obligation a été rattaché par le Code à la théorie générale des dommages-intérêts (article 1149).

405. Il ne s'agit donc, en matière de délits civils, que de savoir jusqu'où peut aller une personne dans l'exercice de son droit, sans faire subir un véritable dommage au droit d'autrui.

Dans cet ordre d'idées, la jurisprudence a eu quelquefois à se prononcer sur des espèces où la limite cherchée n'apparaissait pas tout d'abord avec netteté.

Ainsi, dans l'intérêt de la circulation des biens, la loi réprime toute entrave à la liberté des enchères. Mais le fait par

(1) Cass. 26 mars 1862, S. 62, 1, 673.

plusieurs personnes de s'être concertées pour acquérir en commun les biens mis en adjudication, sans qu'il y ait eu manœuvres frauduleuses pour écarter les enchérisseurs, ne saurait motiver une action en nullité de l'adjudication, avec dommages-intérêts (1).

La liberté du travail doit également être protégée. Mais depuis la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels, il n'y a plus de délit pénal dans le fait de mise à l'interdit ou de proscription d'atelier, ni, par suite, dans la simple menace, sans violence, de mise à l'interdit adressée au patron par un syndicat professionnel ouvrier. Une Cour a décidé qu'il devait en être ainsi lors même que cette menace aurait eu pour but le renvoi d'un ouvrier dissident et de déterminer cet ouvrier à se faire réintégrer dans l'association du syndicat à laquelle il avait cessé d'appartenir. Les actes de cette nature rentrant désormais dans ceux que la loi autorise, ne sauraient donc, d'après l'arrêt, constituer un délit civil à l'égard de l'ouvrier visé dans la menace; la pression morale exercée dans un but licite par des moyens licites, ne pouvant constituer une faute, ni entraîner une responsabilité (2). Mais cette décision a été cassée par la Cour suprême qui a décidé au contraire que les menaces dont il s'agit sont illicites quand elles ont pour but d'imposer au patron le renvoi d'un ouvrier parce qu'il s'est retiré de l'association syndicale ou qu'il refuse d'y entrer. Dans ce cas, dit la Cour de cassation, il y a une atteinte au droit d'autrui qui, si ces menaces sont suivies d'effet, rend le syndicat passible de dommages-intérêts envers l'ouvrier congédié (3). Il est certain que, dans l'espèce, le syndicat avait dépassé les limites de son droit qui se bornait à la défense des intérêts profes-

(1) Cass. 16 avr. 1889, S. 89, 1, 374.
(2) Grenoble, 28 oct. 1890, D. 91, 2, 241 et la note.
(3) Cass. 22 juin 1890, S. 93, 1, 41 et la note.

sionnels. Mais il ne faudrait pas généraliser la solution de la Cour de cassation, car on peut concevoir une semblable menace d'interdit adressée à un patron dans un intérêt professionnel, s'il s'agit, par exemple, d'obtenir le renvoi d'ouvriers appartenant à une nationalité étrangère et faisant au travail local une concurrence ruineuse.

406. En résumé, pour qu'il y ait délit civil, il faut d'abord un fait, soit positif, soit d'omission, ne rentrant à aucun point de vue dans l'exercice d'un droit et de nature à entraîner un dommage actuel et certain (1). Si le fait, quel qu'il soit, n'est pas dommageable, il ne saurait jamais constituer soit un délit civil, soit un quasi-délit (2). Cela n'a pas besoin d'être démontré pour le cas où l'absence de dommage ou de préjudice provient de l'innocuité du fait considéré en lui-même. Mais l'absence de préjudice actuel et certain, peut quelquefois résulter d'une circonstance particulière au plaignant. On sait, par exemple, que les noms constituant des dénominations de fantaisie, appartiennent privativement à ceux qui en ont fait usage les premiers, pour désigner un établissement, un journal, etc. Ces dénominations sont la propriété de leur auteur, non en vertu d'un droit de création, mais en vertu d'une possession liée à l'existence d'une clientèle quelconque. Par conséquent, celui qui a acheté un journal ou un établissement désigné par un nom de fantaisie, s'il ne fait pas paraître le journal, s'il n'exerce dans l'établissement aucun commerce, aucune industrie, s'il ne s'y livre à aucune exploitation, n'est pas fondé, sous prétexte d'un préjudice éventuel et incertain, à se plaindre qu'un autre journal, qu'un autre établissement a usurpé ce nom de fantaisie (3).

(1) Pau, 15 mars 1892, S. 93, 2, 133.

(2) Cass. 27 janv. 1885, D. 85, 1, 363; Cass. 19 janv. 1881, D. 81, 1, 245.

(3) Voy. Trib. Bordeaux, 2 déc. 1889, *la Loi* du 15 juin 1890 et la note; Comp. Cass. 4 avr. 1887, D. 88, 1, 414.

A l'inverse, il pourra arriver qu'une circonstance particulière à la victime augmente l'étendue du dommage. Ainsi, le commerçant qui ferme son magasin au moyen d'un vitrage de luxe use de son droit et ne commet aucune imprudence. Donc, si ce vitrage est brisé par le fait d'un accident, l'auteur de l'accident devra être condamné à réparer en totalité le dommage occasionné (1).

Il faudra encore qu'il y ait un rapport de cause à effet entre l'acte envisagé et le dommage qu'on prétend en être résulté. Il a été jugé, par exemple, qu'un avoué chargé de produire dans un ordre et ayant négligé de le faire, ne doit être condamné à des dommages-intérêts vis-à-vis de son client, que si le juge reconnaît qu'il y aurait eu collocation utile en cas de production (2).

407. Dans cette dernière hypothèse il n'y avait pas eu mauvaise intention, mais seulement négligence; si un dommage quelconque en avait été la conséquence, la réparation aurait pu en être poursuivie contre l'agent. En effet :

ART. 1383. Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence (*).

C'est la formule générale du quasi-délit.

L'action en dommages peut donc être engendrée par un délit civil et par un quasi-délit émané d'une personne responsable de ses actes. Ceux qui ont l'usage de leur raison sont seuls capables d'un délit ou d'un quasi-délit, c'est-à-dire d'un fait dommageable dans le sens des art. 1382-1383. Si un insensé ou un enfant cause du tort à quelqu'un, il n'est pas obligé de le réparer, sauf l'action contre

(*) Art. 1383.—L. 132, D. 50, 17, *De div. reg. juris;* LL. 7, 8, etc., D. 9, 2, *Ad leg. aquil.*

(1) Trib. Avignon, 27 nov. 1888, S. 89, 2, 143 et la note.

(2) Cass. 26 nov. 1890, D. 91, 1, 18; LAURENT, t. X, n° 391; *adde,* 7 mars 1892, S. 92, 1, 271.

ceux que la loi déclare responsables du fait d'autrui (1).

L'action en dommages peut aussi être engendrée par un délit criminel.

Dans les deux premiers cas, l'action en dommages est de la compétence exclusive des tribunaux civils.

Si le fait envisagé constitue à la fois un délit criminel et un délit civil ou un quasi-délit, nous savons que la partie lésée peut porter son action soit devant la juridiction civile, soit devant la juridiction répressive accessoirement à l'action du ministère public, et même, en matière correctionnelle ou de police agir par voie de citation directe.

La prescription de l'action résultant d'un délit purement civil ou d'un quasi-délit s'accomplit par trente ans (art. 2262). La prescription de l'action résultant d'un délit criminel, se prescrit au contraire par le même laps de temps que l'action publique (2) (art. 637, 638, 640, C. instr. crim.). Mais les prescriptions établies par les lois criminelles ne s'appliquent aux actions civiles en responsabilité d'un dommage, qu'autant que ces actions ont réellement et exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention ; par conséquent, si une demande en dommages comprend plusieurs chefs, par exemple, l'un pour des dégâts matériels pouvant compromettre l'exploitation ultérieure d'un fonds, l'autre pour le vol de certains produits que les dégâts dont il s'agit avaient permis d'effectuer, l'exception tirée de la prescription triennale pourra faire rejeter ce dernier chef, mais laissera subsister le premier (3).

Il suit encore de là que les prescriptions criminelles ne sauraient s'appliquer aux autres actions civiles qui sont indé-

(1) POTHIER, *Oblig.*, nos 118, 120 ; AUBRY et RAU, § 444, notes 6 et 8, § 446 ; LAURENT, t. XX, n° 445 ; DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 485 et suiv.; Lyon, 22 fév. 1871, D. 72, 2, 133.

(2) Cass. 4 août 1886, D. 88, 1, 411.

(3) Cass. 10 oct. 1890, D. 91, 1, 102.

pendantes du délit comme ayant leur source dans un droit antérieur. Ainsi l'action en restitution d'un dépôt dure trente ans, parce qu'elle a sa base dans le contrat de dépôt et non dans le délit du dépositaire.

On fait encore remarquer que l'art. 55 du Code pénal établit la solidarité pour les dommages et intérêts entre les diverses personnes condamnées pour un même crime ou un même délit, tandis qu'aucun texte n'établit cette solidarité entre les personnes condamnées pour un même délit civil ou un même quasi-délit.

L'exécution des condamnations accordant des dommages à raison d'un fait incriminé par la loi pénale peut donner lieu à la contrainte par corps (L. 22 juillet 1867, art. 2 à 5), alors qu'il n'en est pas ainsi des condamnations prononcées à raison d'un délit civil qui n'est pas en même temps un délit criminel.

Enfin dans les obligations résultant d'un délit ou d'un quasi-délit, la responsabilité de celui qui doit une réparation est appréciée plus sévèrement que dans les obligations contractuelles; il est tenu de la faute la plus légère, car l'article 1283 déclare expressément qu'il répond de son *imprudence* ou de sa simple *négligence*. Dans les obligations conventionnelles, au contraire, la faute se mesure en principe sur les habitudes d'un bon père de famille (art. 1137). Il faut donc distinguer entre la faute *délictuelle* et la faute *contractuelle*. Nous avons déjà examiné le fondement et les effets de cette distinction (Voy. t. VII, n° 95); nous n'avons pas à y revenir.

Telles sont les règles générales dont nous allons maintenant faire l'application aux diverses catégories de faits dommageables qui se présentent le plus souvent.

§ 2. — Applications diverses.

408. — Concurrence déloyale.
409. — Des renseignements fournis sur un tiers.

410. — Des agences constituées dans le but ci-dessus.
411. — Du droit de se défendre en justice.
412. — Dommage résultant d'un article de journal; prescription spéciale.
413. — Du préjudice moral.
414. — Du préjudice causé par certains fonctionnaires.
415. — Les art. 1382 et 1383 sont inapplicables aux faits dommageables qui se sont produits à l'occasion de l'exécution d'une convention antécédente.
416. — Application à la responsabilité des notaires.
417. — Suite.
418. — Suite.
419. — Des autres officiers ministériels; des avocats, des médecins.

408. Quand un fait dommageable se produit, la première question à résoudre est, nous l'avons déjà dit, celle de savoir si l'auteur du fait a agi dans la plénitude de son droit, s'il n'en a pas dépassé les limites en empiétant sur le droit d'autrui. Celui, par exemple, qui a fait prononcer la nullité d'une société pour inexécution des formalités prescrites par la loi, ne saurait être passible de dommages-intérêts, soit à raison de cette action, soit à raison de son refus vis-à-vis de son coassocié, d'exécuter les obligations résultant pour lui de l'acte déclaré nul, notamment de compléter son apport (1).

La liberté commerciale a des limites qu'il n'est pas permis de franchir. On peut abaisser, même temporairement, le prix d'une marchandise, dans le but de faire disparaître un concurrent; mais on ne peut se livrer à des actes de concurrence déloyale.

Suivant une définition assez répandue, la concurrence déloyale résulte de tout acte pratiqué de mauvaise foi à l'effet d'établir une confusion entre les produits de deux fabricants (2); mais le fait qui entraînerait un détournement de

(1) Cass. 24 juin 1885, D. 87, 1, 212.

(2) Nancy, 18 avr. 1893, S. 93, 2, 255; Nancy, 26 mai 1883, D. 84, 2, 182; Trib. Seine, 8 mai 1878, D. 79, 3, 61 et les renvois.

clientèle serait constitutif de concurrence déloyale, quand même il se produirait par des actes de dénigrement des produits d'un concurrent, actes destinés à établir l'infériorité des produits de ce dernier. Pourrait constituer un dénigrement indirect le fait par un commerçant d'avertir le public qu'il ne doit pas confondre sa maison avec celle d'un concurrent qu'il désigne.

La concurrence déloyale n'est pas nécessairement exercée vis-à-vis d'un commerçant individuellement envisagé. On peut encore la concevoir comme dirigée à l'encontre de toute une catégorie de commerçants, ainsi que cela a été jugé pour certaines ventes de remèdes faites par des épiciers au préjudice des droits des pharmaciens (1), ou pour l'usurpation de la qualification : *vin de Champagne*, appliquée à des vins mousseux récoltés et fabriqués dans une autre région (2).

La jurisprudence est même allée quelquefois très loin dans cet ordre d'idées. D'après un arrêt : des promesses fallacieuses, des récits chimériques, une mise en scène et des affirmations mensongères sur la provenance de certaines marchandises et les motifs de leur prétendu bon marché, peuvent, quand ces manœuvres ont eu pour but et pour résultat de surprendre la confiance du public et de le détourner des commerçants soucieux de maintenir la loyauté de leurs relations avec leurs clients, constituer des faits de concurrence déloyale (3). Mais en décidant ainsi on s'expose à protéger, contrairement aux intérêts du public, les prétentions exagérées du commerce local, contre les audaces ou si l'on veut contre le charlatanisme des vendeurs cosmopolites.

409. Une faute de nature à engendrer gravement la res-

(1) Grenoble. 7 juill. 1892, S. 93, 1, 84.
(2) Paris, 18 nov. 1892, S. 93, 2, 74.
(3) Orléans, 29 mars 1889, S. 89, 2, 93.

ponsabilité peut souvent résulter du fait d'avoir fourni des renseignements défavorables sur le compte d'un tiers. Mais il faut faire certaines distinctions.

Ainsi, il existe un usage entre banquiers de se fournir réciproquement des renseignements sur la solvabilité des personnes habitant leur localité. Ces renseignements ne tombent sous l'application des art. 1382 et 1383 que s'ils ont été donnés de mauvaise foi et pour nuire au crédit de quelqu'un (1).

De même, il faut décider que le fait d'un maire qui, sur la demande d'un tiers, a donné, relativement à une personne déterminée, des renseignements défavorables, ne saurait engager sa responsabilité, alors même que ces renseignements seraient inexacts, s'ils ont été donnés de bonne foi et ne font que relater la notoriété publique (2).

D'une manière générale on peut dire qu'il n'y a ni quasi-délit ni délit civil quand on se borne à donner verbalement ou par écrit, mais avec prudence et discrétion des renseignements confidentiels sur un tiers, quand même ces renseignements seraient défavorables. C'est là un droit qui appartient à tout le monde et qui rentre dans les conditions nécessaires des rapports sociaux (3). D'ailleurs, alors même qu'une lettre confidentielle pourrait constituer un quasi-délit, elle ne pourrait être produite en justice, à l'appui d'une action en dommages-intérêts intentée par celui sur qui elle contient des appréciations défavorables et à qui elle aurait été communiquée par le destinataire (4). (Voy. ci-dessus, n° 256 *bis*).

410. Mais la solution ne saurait être la même pour ceux

(1) Trib. comm. Anvers, 21 mai 1890, *Cl.* et *B.*, 1890, 1022.
(2) Orléans, 5 août 1892, S. 92, 2, 312 et les renvois.
(3) Trib. Libourne, 19 fév. 1892, S. 92, 2, 262.
(4) Voy. note sous une décision contraire du trib. d'Anvers, 18 juill. 1891, S. 92, 4, 12; Comp. Cass. 13 nov. 1876, S. 78, 1, 201; Cass. 5 déc. 1881, S. 83, 1, 459 et la note, etc.

qui font profession de fournir, moyennant argent, des renseignements sur la solvabilité et l'honorabilité des personnes qui leur sont indiquées par leurs correspondants. Il est en effet reconnu que les notes, ou fiches ou bulletins délivrés par les agences de renseignements, ne sauraient à raison de leur caractère même, être considérés comme confidentiels (1). Une agence de cette nature avait émis la singulière pensée que le demandeur qui l'avait actionné en dommages-intérêts, devait lui révéler le nom des personnes de qui il avait obtenu communication des fiches, afin de pouvoir exercer des poursuites. La justice a naturellement repoussé une telle prétention (2).

Il est inutile de dire que si les renseignements défavorables transmis par une agence sont inexacts, le particulier ainsi atteint dans son crédit ou dans son honneur peut invoquer les art. 1382 ou 1383. Mais que décider si les renseignements dont il s'agit paraissent exacts? Est-il admissible que le premier venu puisse, sous prétexte de la liberté de l'industrie, s'immiscer dans les affaires d'un particulier, pour vendre à des tiers les résultats de son espionnage? Prenons d'abord le cas où un syndicat de créanciers ou autre association commerciale publie un bulletin ou circulaire périodiquement envoyé aux négociants d'une place ou d'un marché spécial et contenant le nom des commerçants réputés mauvais payeurs. Il est difficile d'imaginer une atteinte plus grave portée au crédit d'une personne. Si, dans les circulaires dont il s'agit, on a fait figurer des personnes qui ne sont pas réellement débitrices, ces dernières auront l'action en dommages, cela n'est pas douteux (3). Mais est-ce que le demandeur sera, en pareil cas, tenu d'établir qu'il ne doit rien à

(1) Paris, 6 mai 1886, S. 87, 2, 229 et les renvois; Trib. comm. Bruxelles, 6 juill. 1891, *B. J.*, 1891, 975.

(2) Paris, 23 mars 1893, S. 93, 2, 171 et la note.

(3) LAURENT, t, XX, n° 481; Bruxelles, 16 fév. 1874, *Pas.*, 74, 2, 98.

personne; conçoit-on qu'un débat puisse s'établir sur ce point entre lui et les auteurs de la circulaire qui lui fait grief? Il a été jugé que le fait seul, par le gérant d'un journal, de publier le nom d'un débiteur dans une liste de mauvais payeurs, remise au journal par un syndicat de créanciers, constituait un fait illicite donnant lieu à des dommages-intérêts (1). C'est la solution commandée par les vrais principes.

On ne concevrait donc pas que le succès de l'action en dommages, dans les cas envisagés, fût subordonné à une preuve que les faits révélés au public étaient inexacts. Il doit en être de même, à plus forte raison, des agences proprement dites de renseignements. Non seulement ces agences affirment, dans les fiches qu'elles délivrent, des faits positifs à la charge de ceux qui leur sont désignés, mais encore elles expriment une appréciation, dont les éléments demeurent insaisissables, sur la limite extrême du crédit qui peut leur être accordé. Sur ce point, pas plus que sur les autres, il n'est pas possible de concevoir qu'un débat contentieux puisse s'élever. Une agence a déclaré qu'il n'y a pas lieu d'accorder à tel négociant un crédit dépassant 10.000 fr.; ce dernier sera-t-il obligé d'établir qu'il pouvait prétendre à un crédit dépassant 20.000 fr.? Mais à côté du crédit réel qui peut, à la rigueur, être mesuré, il y a le crédit personnel dont la détermination exacte est impossible. Par conséquent les agences dont nous parlons se sont fait une situation bien difficile : vis-à-vis de leurs clients, elles engagent leur responsabilité si les renseignements qu'elles fournissent sont inexacts; vis-à-vis des tiers sur lesquels elles sont consultées, elles engagent leur responsabilité, quand même les renseignements fournis sur eux seraient exacts. Tout cela prouve qu'elles doivent exercer, à leurs risques et périls, une

(1) Voy. Trib. fédéral suisse, 3 sept. 1891, S. 92, 4, 12; Cour de justice Genève, 13 déc. 1886, S. 87, 4, 14.

industrie mal définie, dont le caractère douteux n'est pas à l'abri de toute contestation. On dit que cette industrie rend quelques services au commerce (1). Nous ne le contestons pas, et c'est uniquement pour ce motif utilitaire qu'elle n'a pas été déclarée illicite, car elle empiète directement sur le droit d'autrui.

411. La défense en justice est encore un droit dont l'exercice peut dégénérer en faute donnant ouverture à des dommages-intérêts, lorsqu'une demande est repoussée comme ayant été introduite sans aucun intérêt légitime et dans un but uniquement vexatoire (2). Mais il faut que cet abus soit constaté; une allocation de dommages-intérêts, indépendamment des dépens, manquerait de base légale si le juge s'était borné à arguer « des agissements pratiqués sans droit » par le demandeur (3).

412. Quand le préjudice éprouvé résulte d'un article de journal, il faut observer que la prescription de trois mois édictée par l'art. 65 de la loi du 29 juillet 1881, s'applique uniquement aux actions civiles en responsabilité d'un dommage causé par un fait délictueux, crime, délit ou contravention réprimé par cette loi. Donc, lorsqu'une action en dommages-intérêts est portée en justice à raison d'un article paru dans un journal, tant contre le gérant que contre l'auteur de l'article, la prescription de trois mois n'est pas applicable, si cet article ne contient ni diffamation, ni injure à l'adresse du demandeur, mais était seulemeut de nature à lui causer un préjudice dont il poursuit la réparation (4).

413. Le dommage subi peut être simplement moral (5), comme dans le cas où un individu a été porté malgré lui sur

(1) Voy. note de M. CHAVEGRIN sous Cass. 23 oct. 1886, S. 87, 1, 411.
(2) Cass. 9 mai 1893, S. 93, 1, 357; 3 août 1891, S. 92, 1, 166, etc.
(3) Cass. 14 avr. 1891, D. 91, 1, 356.
(4) Nancy, 14 mai 1892, S. 93, 2, 20.
(5) Besançon, 6 juill. 1892, S. 94, 2, 61.

une liste de candidats. Celui qui a fait imprimer et distribuer la liste sera passible de justes dommages (1).

L'électeur dont le nom a été porté à tort sur le tableau des retranchements, sous prétexte qu'il était failli non réhabilité, est également en droit de demander des dommages au maire (2).

Le préjudice moral ou matériel résultant de la violation d'une promesse de mariage peut, d'après la jurisprudence, donner lieu à une action en dommages (3). Nous avons déjà examiné la difficulté, et il nous a paru que cette solution devait être limitée aux dépenses motivées par la promesse de mariage (Voy. t. II, nos 6, 7, 8).

414. Dans les diverses hypothèses qui viennent d'être prévues, le fait dommageable est émané d'un simple particulier, agissant comme tel, et pour son propre compte, sans qu'on ait à se préoccuper du point de savoir s'il a ou non prétendu agir comme mandataire d'un tiers. En effet, si en principe, le mandataire représente son mandant, il n'en est plus de même en matière de délits ou de quasi-délits; il est tenu personnellement de réparer le dommage causé par sa faute (4).

Mais il est certains faits dommageables qui ne peuvent émaner que de personnes investies de certaines fonctions ou exerçant des professions déterminées et résultant d'une faute commise dans l'exercice de la fonction ou de la profession.

Sur ce point, quelques précisions sont nécessaires.

Dans certains cas, il ne saurait y avoir de difficulté quant à l'application du principe.

Ainsi, les officiers de l'état civil sont responsables des

(1) Nancy, 8 mars 1893, S. 93, 2, 103.
(2) Trib. Corbeil, 13 mai 1888, S. 89, 2, 118.
(3) Cass. 25 fév. 1890, S. 93, 1, 423; Dijon, 6 fév. et 27 mai 1892, S. 92, 2, 197.
(4) Cass. 25 juin 1889, S. 91, 1, 123.

délits ou quasi-délits commis dans l'exercice de leurs fonctions (art. 51, 52); (Voy. t. I, n° 331).

De même les conservateurs des hypothèques sont responsables, dans les termes de l'art. 2197, des omissions que présentent les états ou certificats par eux délivrés. Il importe peu que l'omission ait été commise par suite d'une insuffisance de recherches ou d'une erreur dans la tenue du répertoire des formalités hypothécaires. C'est l'application des principes généraux affirmés par les art. 1382 et 1383 (1).

Il a été encore jugé que l'agent de change ou intermédiaire qui a effectué des opérations de jeu considérables pour le compte d'un employé dont les ressources limitées à un traitement modeste étaient manifestement en disproportion notable avec les opérations engagées, avait commis une faute engageant sa responsabilité, attendu que cette situation aurait dû attirer son attention sur l'origine des fonds. Or comme ces fonds avaient été détournés par l'employé au préjudice de son patron, l'intermédiaire a été déclaré responsable des détournements (2).

415. Dans les hypothèses qui précèdent, le fait dommageable n'a pu émaner que d'une personne investie d'une certaine fonction; mais, il faut le remarquer, le fait dont il s'agit s'est produit en dehors de toute convention antérieure entre celui qui doit répondre du dommage et celui qui en a souffert.

Or, il n'en est pas toujours ainsi : bien souvent le fait dommageable imputable à une personne remplissant une fonction déterminée, à un officier ministériel, par exemple, se produit à l'occasion de l'exécution d'une convention passée avec cette personne. Il faut, du reste, généraliser l'hypothèse, et se demander si les art. 1382 et 1383 devront être appli-

(1) Cass. 25 oct. 1890, D. 91, 1, 419; Pau, 30 déc. 1890, S. 91, 2, 65.
(2) Paris, 25 août 1890 ; Paris, 10 janv. 1891, S. 92, 2, 138.

qués lorsque le fait dommageable sera commis à l'occasion de l'exécution d'une convention antécédente.

La règle sur ce point peut être considérée comme certaine : il ne peut y avoir délit ou quasi-délit que lorsque l'obligation résultant de la faute naît en dehors d'un contrat. Les articles 1136, 1137, 1146 et suivants qui déterminent les conséquences des fautes en matière de contrats, sont inapplicables en matière de délits et de quasi-délits, lesquels sont uniquement régis par les art. 1382 et 1383.

D'autre part, les art. 1382 et 1383, en matière de délits et de quasi-délits, sont inapplicables en matière de contrats et de quasi-contrats, lesquels sont uniquement régis par les art. 1136, 1137, 1146 et suivants.

Il faut donc ne jamais confondre la faute délictuelle avec la faute contractuelle. En matière de délits et de quasi-délits, la faute la plus légère engage la responsabilité de l'agent. En matière de contrats et de quasi-contrats, l'agent n'est tenu que de la faute légère *in abstracto*.

Dans un seul cas, une faute contractuelle pourrait rendre simultanément applicables, soit les art. 1136, 1137, 1146 et suiv. en matière de contrats, soit les art. 1382 et 1383 en matière de délits et de quasi-délits. C'est ce qui a lieu quand la faute contractuelle présente ce double caractère de constituer la violation d'un contrat, et en même temps un délit criminel, prévu et réprimé comme tel par la loi pénale, comme dans le cas d'un mandataire ou d'un dépositaire qui dissipent les choses à eux confiées (1).

416. Toutes ces distinctions sont faciles à comprendre, mais leur application aux situations diverses n'est pas sans difficulté.

C'est ce que nous allons voir, d'abord, pour la responsabilité des notaires.

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XXXI, nos 472 et 478.

Cette responsabilité a fait, en premier lieu, l'objet d'une disposition spéciale dans la loi du 25 ventôse an XI, dont l'art. 68 est ainsi conçu :

« Tout acte fait en contravention aux dispositions contenues aux art. 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66 et 67 est nul, s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties; et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signature privée; sauf, dans les deux cas, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le notaire contrevenant. »

Plus tard est venu le Code civil, avec les art. 1382 et 1383. Il est reconnu que ces articles n'ont point abrogé le droit spécial relatif au notariat, et n'obligent pas le juge à rendre les notaires responsables dans tous les cas et intégralement de la nullité de leurs actes (1).

Par conséquent, en outre des responsabilités spéciales que la loi leur impose, les notaires sont soumis aux règles de droit commun, et ils doivent répondre, dans les termes des art. 1382 et 1383, des fautes par eux commises dans l'exercice de leur profession (2).

La responsabilité d'un notaire peut donc se trouver engagée dans des conditions bien différentes.

Il peut être tenu de payer des dommages :

1° A raison d'actes par lui commis en sa qualité d'officier public, et prévus par l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI;

2° A raison d'actes également commis par lui en sa qualité d'officier public, mais non prévus par l'art. 68 précité, et tombant sous l'application des art. 1382 et 1383;

3° A raison d'actes émanés de lui en qualité de mandataire ou de gérant d'affaires de ses clients.

Dans ces trois hypothèses, la responsabilité du notaire ne devra pas être mesurée de la même manière :

(1) Cass. 24 déc. 1888, S. 90, 1, 103.
(2) Cass. 18 nov. 1885, S. 89, 1, 55.

Pour les cas prévus par l'art. 68 de la loi de ventôse, la jurisprudence admet que les notaires ne sont pas responsables d'une manière absolue; que cet article ne les assujettit à des dommages-intérêts que *s'il y a lieu;* d'où la conséquence, qu'en cette matière, les dommages-intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochées au notaire, et sont surbordonnés à l'appréciation équitable des tribunaux (1). C'est là un véritable *jus singulare* dérogeant au droit commun.

Mais pour les cas non prévus par cet art. 68, il faudrait revenir au droit commun, c'est-à-dire à l'application des articles 1382 et 1383; et le notaire sera tenu, même de la faute la plus légère.

Enfin quand le notaire a agi seulement comme mandataire ou gérant d'affaires, il n'est tenu que de la faute légère *in abstracto.*

417. Telle est la doctrine qui résulte des textes. Elle n'est cependant pas généralement admise : Les uns semblent penser que l'appréciation discrétionnaire des magistrats peut s'exercer, en vertu de l'art. 68, dans tous les cas où il y a eu dol, impéritie ou simple négligence de la part du notaire (2).

Les autres estiment au contraire que la responsabilité des notaires est fondée sur l'inexécution de la convention qui intervient entre l'officier public et son client, qu'il s'agit d'une faute contractuelle; que par suite le notaire, comme d'ailleurs les avoués et les huissiers, serait seulement tenu de la faute légère *in abstracto*, en vertu de l'art. 1137, et jamais de la faute la plus légère, en vertu des art. 1382 et 1383, sauf disposition contraire résultant d'une loi spéciale (3).

(1) Voy. Cass. 27 nov. 1837, S. 37, 1, 945.
(2) DEMOLOMBE, t. XXXI, n^{os} 517, 528, 530.
(3) LAURENT, t. XX, n° 509.

Mais est-il bien vrai qu'il intervienne une véritable convention entre le notaire et le client qui requiert son ministère pour dresser un acte déterminé? Le notaire soumis aux règles générales qui gouvernent l'exercice de sa profession, n'entend contracter aucune obligation distincte envers le client qui s'adresse à lui, et ce client se borne à fournir les indications nécessaires pour la rédaction de l'acte demandé, absolument comme il s'adresserait à l'officier de l'état civil ou à un conservateur des hypothèques, sans avoir la pensée de contracter d'autre obligation que celle de payer les frais suivant le tarif.

Si les indications fournies par le client sont insuffisantes, c'est un devoir professionnel pour le notaire de réclamer les documents et éclaircissements nécessaires. En outre les notaires institués pour donner aux conventions des parties les formes légales de l'authenticité, ont également pour mission d'éclairer leurs clients sur les conséquences de leurs engagements et de suppléer à leur ignorance des règles du droit (1); ils sont investis à cet égard d'une sorte de magistrature domestique (2). S'ils manquent aux devoirs que cette fonction leur impose ils sont obligés de réparer le préjudice qui en résulte, non en vertu d'une sorte de convention dont il serait difficile de trouver les éléments certains (3), mais en vertu des art. 1382 et 1383.

C'est ce qui a été reconnu :

Pour le cas où un notaire n'a pas signalé à l'acquéreur, homme illettré et étranger aux affaires, le danger de payer son prix avant l'accomplissement des formalités de transcription et de purge (4);

(1) Cass. 6 août 1890, S. 92, 1, 252; Limoges, 7 déc. 1892, sous Cass. 7 mars 1894, S. 94, 1, 355 et la note.

(2) Nancy, 23 avr. 1864, D. 65, 2, 219.

(3) *Contrà*, LAURENT, t. XX, n° 511.

(4) Arrêt de Cass. précité du 6 août 1890.

Pour celui où le notaire n'a pas dénoncé à un prêteur sur hypothèque, l'existence d'une inscription déjà opérée et qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer (1); comme aussi pour le cas où il a inexactement désigné l'immeuble grevé (2);

Pour le cas où le notaire a retenu le contrat de mariage d'un mineur n'ayant pas d'ascendant, sans exiger que ce mineur soit assisté par son conseil de famille (3).

Mais le notaire qui commet une erreur relativement à la validité de la garantie hypothécaire offerte à son client sur des biens dotaux, est excusable lorsque la constitution de l'hypothèque a été autorisée par le tribunal civil dont il n'a fait que partager l'erreur (4). Nous reviendrons plus loin sur ce point qui n'est pas sans difficulté.

Si le notaire s'est rendu complice d'une fraude, il ne peut y avoir aucun doute sur sa responsabilité d'après l'article 1382 (5).

418. Le notaire agit souvent, non seulement comme officier public, mais encore comme mandataire privé de la partie, surtout lorsqu'il s'agit de placement de fonds.

S'il s'est borné à indiquer un placement de fonds à son client, il ne saurait être responsable du défaut de solidité de ce placement, si le client le réalise lui-même après examen personnel (6).

Au contraire, il pourra être déclaré responsable des suites d'un prêt hypothécaire négocié par son entremise, quand il devait, comme mandataire, en assurer l'efficacité (7). Par suite ce sera au notaire, lorsque la réalisation du gage hypo-

(1) Cass. 19 juill. 1892, S. 92, 1, 560; Cass. 11 mai 1891, S. 92, 1, 254.
(2) Cass. 24 oct. 1893, S. 94, 1, 226.
(3) Pau, 15 mars 1892, S. 93, 2, 133.
(4) Cass. 24 juill. 1891, S. 92, 1, 251 et la note.
(5) Cass. 14 janv. 1889, S. 89, 1, 216.
(6) Cass. 20 oct. 1891, S. 92, 1, 385.
(7) Cass. 9 juill. 1890, D. 91, 1, 381.

thécaire n'aura pas produit somme suffisante pour le remboursement du créancier, à rapporter la preuve, pour dégager sa responsabilité, qu'il avait, par exemple, vérifié la valeur vénale des biens hypothéqués avant le prêt, et que leur insuffisance est provenue d'une dépréciation subie depuis cette époque (1).

La responsabilité du notaire agissant comme mandataire ou comme gérant d'affaires, est celle qui résulte du contrat ou du quasi-contrat, et non celle qui dérive des art. 1382 et 1383. Cependant les arrêts citent bien souvent, pour déterminer la responsabilité des notaires en cas de mandat ou de gestion d'affaires, l'art. 1382 et en même temps soit l'article 1374, soit l'art. 1992, ce qui est contradictoire. « Au barreau, fait observer M. Laurent, on cite régulièrement les art. 1382 et 1383, alors qu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'un contrat; cette habitude, ajoute-t-il, est si enracinée que les arrêtistes, dans le résumé qu'ils font, citent les art. 1382 et 1383, alors que les arrêts ne parlent que de la responsabilité résultant du mandat (2). »

419. Les règles ci-dessus sont applicables aux avoués et aux huissiers. Mais l'avocat, à moins de dol ou de fraude, ne répond pas des avis qu'il donne.

Les médecins et ceux qui pratiquent à un titre quelconque l'art de guérir, sont évidemment responsables de leur imprudence, de leur impéritie ou de leur négligence. L'étendue de leur responsabilité est réglée par l'art. 1137 quand ils ont été appelés auprès du malade, car alors il y a eu convention (3); elle doit être réglée par les art. 1382 et 1383, quand ils sont intervenus spontanément. D'après certaines décisions le médecin devrait toujours être condamné d'après les prin-

(1) Cass. 21 juin 1893, S. 93, 1, 339.
(2) T. XX, n° 514.
(3) Voy. LAURENT, t. XX, n° 516.

cipes qui régissent non la faute contractuelle, mais la faute délictuelle (1).

§ 3. — De l'action en dommages.

420. — A qui appartient l'action en dommages. *Quid* des créanciers ?
421. — Contre qui est donnée l'action en dommages.
422. — Peut-elle avoir lieu contre un État étranger; contre l'État français ?
423. — De la compétence.
424. — Ce que doit prouver le demandeur. Distinction à établir entre la faute délictuelle et la faute contractuelle ; intérêt de la distinction.
425. — Application aux accidents survenus au cours de l'exécution d'un contrat de transport.
426. — Application aux accidents du travail survenus au cours de l'exécution d'un contrat de louage de services. Jurisprudence sur ce point.
427. — Opinion de MM. Sainctelette et Sauzet généralement adoptée par la doctrine actuelle.
428. — Justification de cette opinion.
429. — Suite.
430. — La dette d'indemnité n'est pas une dette de garantie ; le maître ou patron n'est pas un assureur.
431. — Objections diverses contre les solutions qui précèdent.
432. — Y aurait-il une lacune dans la loi ? Réponses contradictoires données par la jurisprudence.
433. — Projets de réforme.
434. — Moyens de défense contre l'action en dommages.
435. — Condamnation à des dommages. Relation de cause à effet entre le préjudice éprouvé et le fait allégué.
436. — Confusion à éviter entre la cause du préjudice et la cause de l'accident.
437. — De la faute *spécialisée* ou *non spécialisée*.
438. — Répartition du dommage entre les divers coauteurs responsables.

420. Selon la formule de la Cour de cassation : « Le fait dommageable ouvre une action en dommages-intérêts au

(1) Trib. fédéral suisse, 9 déc. 1892, S, 93, 4, 16.

profit de toute personne qui a souffert un préjudice direct résultant de ce fait (1) », qu'elle soit ou non héritière de la victime (2).

L'action appartient donc au mari et à la veuve, aux père et mère d'un enfant légitime (3) ou naturel reconnu (4), ou même non reconnu (5), aux enfants (6), aux frères et sœurs (7).

Dans une espèce, un arrêt a attribué exclusivement à la communauté existant entre les père et mère de la victime, les dommages-intérêts alloués, attendu que la mort de la victime avait entraîné pour la communauté la perte des salaires de l'enfant commun. Il a en même temps refusé d'allouer des dommages aux frères et sœurs mineurs de la victime, par ce motif que ces derniers ne justifiaient d'aucun dommage direct (8). Il résulterait de cette décision que le dommage matériel, à l'exclusion du dommage moral, pourrait seul donner ouverture à indemnité. Mais le contraire a été jugé avec raison, aussi bien pour les père et mère (9) que pour les frères (10).

Les actions en dommages sont transmissibles aux héritiers, comme le sont, en général, tous les biens, droits et actions d'une personne (art. 724) Voy. t. V, n° 34 *bis*. Néanmoins les actions en dommages pour cause d'injure ne

(1) Cass. 21 juill. 1869, D. 72, 5, 386 n° 1.
(2) Alger, 23 mai 1892, S. 94, 2, 62.
(3) Arrêt d'Alger du 21 juill. 1869 précité.
(4) Besançon, 6 juill. 1892, S. 94, 2, 61.
(5) Paris, 16 nov. 1871, D. 72, 2, 62.
(6) Angers, 9 août 1872, 5, 386 n° 2.
(7) Bourges, 16 déc. 1872, D. 73, 2, 197 ; Douai, 28 déc. 1892; Lyon, 11 juin 1892, S. 94, 2, 22.
(8) Douai, 7 juill. 1892, S. 94, 2, 20, note.
(9) Bordeaux, 30 nov. 1881, S. 82, 2, 183; Cass. Belge, 17 mars 1881, S. 82, 4, 9.
(10) Arrêt précité, note et renvois; Besançon, 1er déc. 1880, S. 81, 2, 20; LABORDE, *Revue crit.*, 1894, p. 25.

deviennent transmissibles que lorsque leur existence dans le patrimoine du sujet investi a été déterminée par une demande émanée du sujet lui-même (1).

Les créanciers peuvent exercer les actions en dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit commis contre le patrimoine de leur débiteur (Voy. t. VII, n° 202). Mais nous avons démontré qu'ils ne pouvaient pas exercer l'action en dommages pour réparation du préjudice causé par un délit ou quasi-délit commis contre la personne physique de ce même débiteur (Voy. t. VII, n° 201).

Cette distinction n'a pas d'application à la cessibilite. L'action en dommages-intérêts qui appartient à celui qui a été lésé soit dans son patrimoine, soit dans sa personne physique peut être cédée, et le cessionnaire est recevable à se constituer partie civile. Au contraire, la cession d'une action en dommages à raison du préjudice résultant d'une injure demeurerait inefficace parce que son objet, qui est la réparation de l'honneur offensé, ne rentre pas dans le patrimoine (2).

421. L'action doit être intentée contre l'auteur du fait dommageable ou contre celui qui est responsable des actes de ce dernier, ou encore contre leurs héritiers ou autres successeurs universels.

Le défendeur peut donc être :

Une femme dotale qui, à l'occasion d'un quasi-délit constaté à sa charge, peut encourir une condamnation à des dommages exécutoire sur ses biens dotaux (3) ;

Une commune dans les cas où sa responsabilité peut se trouver engagée, c'est-à-dire quand elle a agi comme personne civile, en pratiquant, par exemple, sur son propre terrain des fouilles qui ont porté atteinte aux droits des voisins,

(1) V. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 49.
(2) Voy. même *Traité*, t. I, n°s 164 et 165.
(3) Cass. 19 janv. 1886, S. 89, 1, 212.

mais non lorsqu'elle a agi comme pouvoir public en décidant, par exemple, l'ouverture d'une voie de communication (1);

Une fabrique d'église, à l'occasion, par exemple, de mesures dommageables prises en matière de location des chaises dans l'église (2);

L'administration de l'assistance publique, quand sa responsabilité se trouve engagée, par exemple, à l'occasion du placement des enfants en nourrice (3);

Un syndicat professionnel (4);

Une société en liquidation (5);

Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme (6), dans tous les cas où ces diverses personnes morales sont poursuivies à raison d'un fait dommageable.

422. On peut concevoir encore que des Etats étrangers, ou leurs représentants, commettent, en France, des fautes préjudiciables aux intérêts français, mais le principe de l'indépendance réciproque des Etats mettra obstacle à l'exercice de toute action judiciaire. Ainsi les souscripteurs d'un emprunt émis en France par un gouvernement étranger ne pourront actionner en responsabilité, devant les tribunaux français, à raison des fautes commises par eux dans l'accomplissement de leur mandat, les agents financiers et banquiers, membres de la commission de surveillance instituée par le dit gouvernement, qui ont participé à l'émission de cet emprunt (7).

Pour l'Etat français, au contraire, il ne peut y avoir aucun

(1) Liège, 24 juin 1886, *Pas.*, 86, 2, 302; Comp. Cass. 4 fév. 1890, S. 93, 1, 463.
(2) Cass. 18 oct. 1892, S. 93, 1, 453.
(3) Paris, 24 fév. 1893, S. 93, 2, 72.
(4) Voy. Cass. 22 juin 1892, S. 93, 1, 41.
(5) Voy. Cass. 13 mai 1890, S. 93, 1, 468.
(6) Voy. Cass. 16 déc. 1891, S. 93, 1, 81.
(7) Cass. 21 avr. 1886, S. 89, 1, 459.

doute sur le principe de la responsabilité qui lui incombe pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes employées dans un service public. Mais cette responsabilité, suivant la doctrine fort contestable du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits, ne serait pas régie par les articles 1382 et 1383, qui auraient trait seulement aux rapports des particuliers entre eux. Cette responsabilité qui n'est ni générale, ni absolue, aurait ses règles spéciales variant suivant les besoins du service, et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés; ce serait donc à l'autorité administrative et non aux tribunaux ordinaires qu'il appartiendrait de l'apprécier (1) (*infrà*, n° 447). Cest ce qui a été décidé, notamment pour les dommages provenant des erreurs commises dans leurs opérations par les agents de l'administration des forêts (2).

423. Sauf la précision qui vient d'être faite, les demandes de dommages-intérêts sont des demandes civiles par leur nature et de la compétence des tribunaux civils ordinaires ou des tribunaux de commerce, selon les espèces (3). La connaissance n'en est attribuée aux tribunaux correctionnels que dans les cas limitativement déterminés par la loi.

Par conséquent, les art. 191, 212, C. instr. crim., qui autorisent les juges correctionnels à statuer sur la demande de dommages formée par le prévenu qu'ils ont acquitté, ne peuvent être étendus aux cas où les juges se sont déclarés incompétents (4).

424. Le demandeur doit prouver l'existence d'un fait dommageable dans le sens des art. 1382 et 1383, c'est-à-dire qu'il y a eu délit ou quasi-délit, et par conséquent qu'il y a eu tout

(1) Trib. conflits, 15 fév. 1890, S. 92, 3, 73; Voy. BRÉMOND, *Revue crit.*, 1894, *Exam. doctr.*, p. 326.

(2) Trib. conflits, 10 mai 1890, S. 92, 3, 105.

(3) Paris, 9 août 1894, *Gaz. Pal.*, 94, 2, 433; Trib. comm. Seine, 4 avr. 1895, *Gaz. Pal.*, 13 juin 1895.

(4) Cass. 27 déc. 1889, S. 91, 1, 42.

au moins faute, soit par négligence, soit par imprudence. Il doit établir aussi le montant et la quotité du dommage souffert.

La preuve se fait conformément à la règle générale écrite dans les art. 1348 n° 1, et 1353. Les juges peuvent aussi former leur conviction sur l'aveu comme sur de simples présomptions (1).

Il est tout naturel que la preuve du fait dommageable soit à la charge du demandeur, puisqu'on se trouve en dehors de toute convention, et que le lien de droit entre les parties résulte uniquement du délit ou quasi-délit allégué, c'est-à-dire d'une faute délictuelle.

La décision ne serait plus la même s'il s'agissait d'une faute contractuelle. La distinction entre la faute délictuelle et la faute contractuelle n'est pas sérieusement contestable. La Cour de cassation proclame que la règle d'après laquelle toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage qui en résulte, ne s'applique qu'en matière de délits ou quasi-délits, et ne concerne pas les fautes qui peuvent être commises dans l'exécution d'une convention (2). Il est certain qu'il y a entre le domaine du contrat et celui du délit une séparation complète, et que l'existence d'un contrat entre l'auteur et la victime d'un dommage exclut l'application de l'art. 1382. C'est un point que nous avons déjà établi (Voy. t. VII, n° 95).

Or, il convient de le remarquer, la différence qui existe entre la faute aquilienne ou délictuelle et la faute contractuelle, ne doit pas être cherchée seulement dans l'étendue plus ou moins grande de la responsabilité qui en découle. Cette différence, à ce point de vue, pourrait être singulièrement atténuée par les clauses que les parties voudraient insérer dans

(1) Cass. 15 nov. 1887, S. 90, 1, 471.
(2) Cass. 21 janv. 1890, D. 91, 1, 380; Voy. Pau, 18 déc. 1891, S. 92, 2, 297, et la note de M. MICHOUD, p. 299, III.

une convention pour rendre le débiteur tenu de la faute la plus légère. La véritable différence, la différence essentielle consiste en ce que la faute délictuelle se produisant en dehors de toute relation entre les intéressés, doit être directement prouvée par le demandeur en dommages-intérêts, tandis que la faute contractuelle peut être présumée, ou, pour employer une formule plus exacte, la faute sera toute prouvée, puisqu'elle consistera précisément dans l'inexécution d'une obligation qui subsiste, et qu'on était en état de remplir; il y aura eu faute réalisée plutôt que faute présumée (1). Le fait seul de la non-exécution de la convention, rend donc le débiteur responsable, à moins qu'il ne prouve que ce défaut d'exécution provient d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Le droit commun, par conséquent, peut se résumer dans les deux règles suivantes :

1° Quand il n'a existé entre les parties en cause aucune relation contractuelle, c'est au demandeur en dommages à prouver directement le fait dommageable, c'est-à-dire la faute délictuelle par application des art. 1382 et 1383;

2° Au contraire, quand les parties étaient liées par un contrat, le dommage éprouvé au cours du fonctionnement du contrat, et à propos de ce fonctionnement, se traduit soit par une non-exécution du contrat lui-même, soit par une exécution insuffisante; la victime du dommage n'a qu'à prouver le fait matériel d'où résulte l'inexécution ou l'exécution insuffisante, la faute de l'autre partie est ainsi établie (art. 1147).

425. L'application de ces principes a donné lieu cependant à certaines difficultés, dans les cas notamment de contrat de transport et d'accidents du travail.

D'après l'art. 1784, les voituriers sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 333.

par cas fortuit ou force majeure. Cette disposition ne présente rien d'exceptionnel; c'est une application pure et simple des art. 1302 et 1137, et quand même l'art. 1784 n'existerait pas, la solution qu'il consacre n'en serait pas moins vraie.

Mais de ce que cet article, parfaitement inutile, ne parle que des choses, on a voulu en conclure qu'il n'était nullement applicable au transport des voyageurs! Dans cette dernière hypothèse, a-t-on dit, le voiturier n'est pas responsable de plein droit des accidents arrivés aux voyageurs qui devront faire la preuve de sa faute ou de sa négligence s'ils entendent le faire déclarer responsable (1). Par conséquent supposons qu'un voyageur traite avec un voiturier, d'abord pour le transport de sa propre personne dans un lieu déterminé, ensuite pour le transport au même lieu et par la même voiture d'un colis particulier dont le contenu est indiqué; s'il se produit un accident entraînant à la fois la perte du colis et la mort du voyageur, l'héritier de ce dernier n'aura aucune preuve à faire pour être indemnisé de la perte du colis, mais il devra faire la preuve de la faute du voiturier pour obtenir des dommages du chef de la mort de son auteur. Cela n'est pas admissible; les vrais principes sur ce point ont été posés par la Cour de Paris quand elle a statué de la manière suivante : Le voiturier qui se charge de transporter une personne contracte l'obligation d'effectuer le transport de manière que la personne arrive saine et sauve à sa destination. Le voyageur se trouve donc protégé, en cas d'accident, par la loi même de son contrat en dehors des dispositions des art. 1382 et suiv. et de l'art. 1784 qui ne protège que le transport des choses. La survenance d'un accident constituant une inexécution du contrat rend le transporteur passible de dommages-intérêts conformément à l'ar-

(1) GUILLOUARD, *Traité du louage*, t. II, n° 765; Amiens, 29 décembre 1881, D. 82, 2, 163.

ticle 1147, s'il ne justifie pas que cette inexécution provient d'une cause qui lui est étrangère (1).

La même Cour a été moins bien inspirée en décidant qu'une compagnie de remorquage n'étant pas à proprement parler un voiturier (ce qui est controversé), la responsabilité qui lui incombe est régie, non par l'art. 1784, mais par l'article 1382 (2).

426. Dans le cas de transport des voyageurs il était difficile de nier que le voiturier eût assumé l'obligation de rendre le voyageur sain et sauf à sa destination. Mais dans les contrats de louage de services on a soutenu que le patron ne contractait aucune obligation de ce genre vis-à-vis de l'ouvrier employé, que, pour parler comme les derniers arrêts rendus sur la question : « L'art. 1710 qui régit le louage d'ouvrage et celui d'industrie, n'impose pas au patron d'autre obligation que de payer à l'ouvrier le prix convenu (3); » que : « Le contrat de louage de services n'implique pas, à la charge du patron, une obligation contractuelle de garantir la sécurité de l'ouvrier en cas d'accident survenu dans le cours de son travail; que le patron n'est responsable que s'il a commis une faute, conformément aux art. 1382 et suiv. (4). »

Par conséquent, l'ouvrier victime d'un accident, qui intente une action en justice, n'aurait droit à des dommages-intérêts que s'il peut faire la preuve que l'accident a été le résultat d'une faute spéciale commise par le patron.

427. Les décisions précitées résument en quelque sorte toute la jurisprudence antérieure sur la matière. Cette jurisprudence était inadmissible.

(1) Paris, 23 juill. 1894, *Gaz. Pal.*, 19 déc. 1894; Paris, 27 juillet 1893, S. 93, 1, 93.

(2) Paris, 26 nov. 1892, S. 93, 2, 91; Conf. Poitiers, 24 déc. 1888, S. 89, 2, 161.

(3) Rennes, 20 mars 1893, S. 94, 2, 36.

(4) Bordeaux, 9 nov. 1892, S. 93, 2, 148.

En 1883, un ancien ministre belge, M. Sainctelette (1), et en France M. Sauzet (2) ont soumis la question à un nouvel examen, et, sans s'être consultés, arrivèrent à la même conclusion.

Leur doctrine peut être résumée de la manière suivante :

Le contrat de louage de services engendre de part et d'autre des droits et des obligations. L'ouvrier d'un côté, est tenu de fournir son travail, et il doit, si une chose lui a été confiée, la préserver de tout dommage, et en user selon sa destination. Le patron doit d'autre part donner les salaires promis, fournir à l'ouvrier des outils, engins ou machines propres à procurer les résultats recherchés; comme l'ouvrier ne peut choisir ni sa machine, ni la place qu'il doit occuper dans l'atelier, c'est au patron, directeur du travail, à garantir à l'ouvrier qui obéit, une sécurité entière. Cela résulte des principes généraux : « Les conventions, dit l'art. 1135, obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Donc, l'ouvrier victime d'un accident est fondé à réclamer une indemnité, sans avoir à faire la preuve d'une faute spéciale commise par le patron; il lui suffira de prouver le fait matériel de l'accident, c'est-à-dire de l'inexécution de l'obligation contractée vis-à-vis de lui par le patron. C'est le fait de cette inexécution qui constitue la faute de ce dernier: non pas une faute présumée, mais une faute actuellement réalisée.

Cette doctrine a immédiatement obtenu l'énergique adhésion de MM. Labbé, Demangeat, Saleilles et de beaucoup d'autres (3).

(1) *La responsabilité et la garantie.*

(2) *Revue critique*, 1883, *Responsabilité des patrons*, p. 596.

(3) Voy. note de LABBÉ, sous Cass. belge, 8 janv. 1886, S. 86, 4, 25 et les renvois; Voy. encore : GANDOUIN, *Les accidents du travail*,

Sans doute, la thèse de M. Sauzet et de M. Sainctelette emprisonnée dans les textes étroits d'un Code qui, sur ce point, n'a pas encore trouvé sa formule définitive, se présente sous la forme d'un principe trop absolu et ne pouvait tenir compte des nuances et des détails que le législateur seul a la mission de définir. Mais, selon la juste appréciation de M. Saleilles, ce n'est pas un mince mérite que d'avoir enfin quitté le terrain de la faute délictuelle et le domaine de l'art. 1382 pour revenir à celui du contrat (1).

428. Il sera difficile en effet de soutenir désormais qu'il ne saurait y avoir deux espèces de fautes, l'une contractuelle, l'autre délictuelle, et que toute faute est nécessairement délictuelle (2).

Si l'on veut dire par là, fait observer M. Saleilles (3), que toute faute, en soi, est un délit, c'est-à-dire un empiètement sur le droit d'autrui, on ne dit rien de bien nouveau ; mais si l'on entend qu'il n'y ait aucune différence entre le délit civil commis à l'occasion d'un contrat, et celui qui est né en dehors d'un contrat, on se heurte à toutes les traditions juridiques, romaines et françaises, autant qu'allemandes (4).

Ce qui est vrai, c'est qu'on ne peut devenir responsable vis-à-vis d'autrui, que lorsqu'on viole le droit d'autrui, ou, ce qui revient au même, quand on manque à une obligation dont on est tenu vis-à-vis d'autrui, que cette obligation soit née de la loi ou de la convention. Dans le cas de violation

respons. des patrons, Paris, 1891, et un système intermédiaire proposé par M. STAES, avocat général à Bruxelles, *Les accidents du travail*.

(1) *Loc. cit.*, n° 336, p. 400, note 2.

(2-3) Voy. cep. LEFÈVRE, *Revue critique, De la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 1886, p. 485; Arth. DESJARDINS, *Revue des Deux-Mondes*, 15 mars 1888, p. 350, *Le Code civil et les ouvriers*. Cet article qui contient la meilleure défense de la jurisprudence a été réfuté par M. Marc GÉRARD, *Revue critique*, 1888, p. 485.

(4) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 331.

d'une obligation conventionnelle, la responsabilité encourue ne trouve dans le contrat qu'une cause médiate et indirecte; elle a sa source dans l'inexécution du contrat par la faute ou la négligence de l'obligé. C'est là un fait et non un acte juridique. A ce point de vue on peut dire que toute responsabilité a son fondement dans l'art. 1382.

« Mais, fait justement observer M. Marc Gérard (1), il n'est pas indifférent de savoir si le droit à l'indemnité est né de l'inexécution d'un contrat, ou de tout autre fait, et notamment au point de vue suivant : celui qui s'est obligé par contrat à faire ou à ne pas faire une chose, est tenu d'indemniser son cocontractant, si par sa faute ou sa négligence il n'exécute pas son obligation. Mais tandis que, dans le cas où la responsabilité est engagée par un fait autre que l'inexécution de l'obligation contractuelle, la faute ne se présume pas et doit être prouvée. Dans notre hypothèse, au contraire, la faute se présume et le cas fortuit doit être prouvé.... Donc si l'accident arrivé à l'ouvrier constituait de la part du patron une inexécution des obligations résultant à sa charge du contrat de louage, l'ouvrier n'aurait, pour établir son droit à une indemnité, qu'à faire la preuve de l'accident, et le patron ne pourrait se libérer qu'en démontrant le cas fortuit, ou la force majeure, ou la faute de l'ouvrier. »

C'est pour ce motif que les accidents du travail rentrent dans ce qu'il est convenu d'appeler : la *faute contractuelle.*

429. La nécessité de rattacher les accidents du travail à une faute contractuelle est tellement évidente, qu'elle s'impose même à ceux qui persistent à mettre la preuve à la charge de l'ouvrier.

Ainsi, M. Planiol reconnaît que le système de la doctrine est supérieur à celui de la jurisprudence parce qu'il considère le patron comme tenu d'une obligation contractuelle, ce qui

(1) *Loc. cit.*, p. 427.

autorise à le déclarer responsable même d'une simple négligence. La jurisprudence arrive en fait, au même résultat, mais au prix d'une inconséquence, car l'art. 1382 qu'elle prétend appliquer, ne le permet pas, puisqu'une simple omission n'entraîne de responsabilité qu'autant qu'il y avait obligation préexistante d'accomplir le fait omis.

Le même auteur estime néanmoins que la jurisprudence a raison de maintenir à la charge de l'ouvrier l'obligation de prouver une faute du patron et une faute ayant causé l'accident :

Il ne faut pas, dit-il (1), confondre l'obligation de *restituer* ou de *rendre* avec l'obligation de faire. Quand un créancier se présente pour demander la livraison ou la restitution d'un corps certain, il n'a rien à prouver que l'existence de sa créance, sauf au débiteur à prouver le cas fortuit ou la force majeure qui le libère. Si cette preuve est à sa charge, c'est parce qu'elle découle de son obligation de *restituer* et non de son obligation de surveiller.

Or, le patron n'est pas tenu de ces deux obligations, il n'en a qu'une. Il n'est pas tenu de rendre l'ouvrier sain et sauf à sa famille ou à lui-même après l'achèvement des travaux, il n'est pas son assureur. Il est seulement tenu de ne pas compromettre sa sécurité par un défaut de précaution. Mais ce serait exagérer l'étendue de cette obligation que de déclarer le patron responsable par cela seul qu'il ne réussit pas à prouver que la cause de l'accident ne lui est pas imputable, car alors même que certaines mesures de prudence auraient été omises par le patron, cela ne fait pas qu'il soit l'auteur de l'accident; toutes les imprudences commises n'aboutissent pas en effet à des catastrophes, et celle qui est arrivée peut tenir à une autre cause.

L'inaccomplissement de l'obligation du patron, même

(1) *Revue critique*, 1888, *Examen doctrinal*, p. 281-282.

démontrée, ne suffit donc pas pour engager sa responsabilité, et l'ouvrier n'est pas dispensé, conclut M. Planiol, de prouver que l'accident dont il a été victime a eu pour cause la négligence commise. Pour arriver au renversement de la preuve, il faudrait établir une double présomption contre le patron en vertu de laquelle on admettrait jusqu'à preuve contraire : 1° que le patron est en faute; 2° que la faute commise par lui a provoqué l'accident. Or cette présomption n'est pas dans la loi.

L'objection ainsi formulée est spécieuse; mais elle ne tient pas un compte suffisant de la manière dont les choses se passent.

D'abord on n'a jamais raisonné comme si l'ouvrier était comparable à un corps certain que le patron reçoit, garde un temps et doit rendre. Si l'on rencontre quelquefois, chez les auteurs dont nous adoptons la doctrine, des expressions analogues, ces expressions se réfèrent uniquemeut à l'obligation d'assurer la sécurité de la personne considérée comme partie contractante, et nul ne saurait s'y tromper.

La thèse est celle-ci (1) : d'abord le patron doit prendre, dans l'intérêt de son ouvrier, les précautions que commandent à la fois l'expérience professionnelle et la nature du travail (2). C'est dans cet esprit qu'il doit fournir les engins divers destinés au travail, les cordages, les instruments, les machines, tout un milieu artificiel. Les cordages cassent, les instruments fonctionnent mal, la machine éclate, une blessure *en résulte*. Cela est démontré par l'ouvrier. Au patron incombe la preuve que le cordage était en bon état, proportionné à son service, d'une bonne fabrication et bien entretenu, et non d'une vétusté à faire craindre un malheur. S'il ne prouve pas le cas fortuit, c'est-à-dire

(1) Voy. note de LABBÉ sous Gand, 18 janv. 1887, S. 89, 4, 1.
(2) Voy. Cass. 7 mars 1893, S. 93, 1, 292.

l'événement qui défie la prudence humaine, il doit être responsable. Dans de telles hypothèses ainsi précisées, la relation de cause à effet entre l'accident et l'outillage que le maître est obligé de fournir en bon état est manifeste. Il a été jugé en ce sens que le maître en concluant avec l'ouvrier un contrat de louage de services, lui garantit nécessairement la bonne qualité des engins qu'il met à sa disposition (1) ; il promet, en d'autres termes, que l'engin fourni ne sera pas nuisible à l'ouvrier qui doit s'en servir. S'il y a plusieurs ouvriers travaillant dans le même atelier, le patron a promis à chacun que les engins mis à leur disposition ne deviendraient nuisibles ni pour celui qui doit s'en servir personnellement, ni pour ceux qui travaillent à côté de lui. Si donc un ouvrier est blessé par le fait d'un engin, le patron n'a pas rempli son obligation. Mais comme le patron n'est pas un assureur, il sera admis à prouver le cas fortuit ou la force majeure.

430. Nous reconnaissons néanmoins que l'expression de garantie souvent employée pour désigner l'obligation née de l'inexécution d'un contrat a l'inconvénient de paraître écarter l'idée de faute et de responsabilité. Elle pourrait peut-être faire croire que la dette d'indemnité est, en ce cas, comme une sorte de dette accessoire née d'une clause de garantie tacite, en dehors et à côté de la dette principale. Il n'en est rien ; la responsabilité du débiteur est engagée directement par la violation de son contrat, en dehors de toute garantie tacite ; seulement l'action en responsabilité est l'action même du contrat (2), prescriptible comme l'action du contrat, et susceptible d'être écartée par les mêmes exceptions que l'action née du contrat.

(1) Trib. comm. Anvers, 21 sept. 1885, S. 88, 4, 6 et la note ; Trib. Charleroi, 16 juill. 1885, *Pas.*, 86, 3, 51 ; Liège, 5 nov. 1890, *Pas.*, 91, 111, 90.

(2) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 231, p. 387 et 388, note 1.

Ainsi que nous l'avons déjà dit, le maître n'est pas un assureur. On ne pourrait donc, en l'absence de stipulation expresse, induire ni de l'usage, ni de l'équité, ni de l'intention commune des parties, que le maître serait *indistinctement* responsable de toutes les conséquences quelconques que peut entraîner pour l'ouvrier le travail dont celui-ci s'est chargé, et notamment d'une maladie contractée par ce dernier, maladie ne résultant d'aucun accident, et par conséquent d'aucune violation du contrat (1). Prendre le contrat comme règle de décision ce n'est donc pas exposer le patron à une condamnation inévitable, toutes les fois que l'ouvrier est devenu infirme par suite de l'exécution du travail (2).

431. On a alors objecté que cette solution peut tourner contre l'ouvrier lui-même, puisque le patron qui, avec le système de la jurisprudence ne pouvait échapper à l'application de l'art. 1382, va pouvoir maintenant se décharger de toute responsabilité en insérant dans le contrat de louage de services une clause rédigée dans ce sens. Mais une clause de cette nature ne serait pas valable, car l'intérêt général, ou ce qu'on appelle l'ordre public, est directement engagé quand il s'agit d'éviter les accidents de personnes et de veiller à la sécurité d'autrui (3).

On fait une autre objection tirée de ce que l'opinion que nous soutenons affranchit de la preuve l'ouvrier qui, cependant, est demandeur. « L'ouvrier a été blessé par un éclat de machine, dit M. Glasson. Le maître affirme qu'elle était en bon état au moment où il l'a livrée et l'ouvrier soutient le

(1) Gand, 18 juin 1887, D. 89, 4, 1 et la note; comp. Rouen, 29 juin 1888, S. 89, 2, 140.

(2) Voy. note de LABBÉ sur l'arrêt précité, S. 89, 4, 1.

(3) SAINCTELETTE, *Responsabilité et garantie*, chap. IV, nos 15 et suiv.; DEMANGEAT, *Revue pratique*, 1884, p. 558; SALEILLES, *loc. cit.*, no 332, p. 391; PLANIOL, *Revue critique*, 1888, *Exam. doctr.*, p. 285; Trib. Saint-Etienne, 10 août 1886, S. 86, 2, 48.

contraire. Entre ces deux affirmations laquelle doit être préférée. Là est tout le litige. », et il conclut en déclarant que la faute ne se présumant pas, c'est à l'ouvrier de prouver que son maître l'a commise (1). Mais il n'est pas possible de dire que le maître a exécuté son obligation. Son obligation consistait, il ne faut pas l'oublier, à maintenir entre les mains de son ouvrier un engin déterminé, devant bien fonctionner chaque fois que l'ouvrier s'en servirait, et ne devant pas le blesser. Or, il est manifeste que cette obligation n'a pas été remplie. C'est en cela que consiste la faute, non pas une faute présumée, mais une faute d'ores et déjà réalisée. Le maître ne peut donc échapper à la responsabilité qu'en établissant le cas fortuit.

432. On objecte encore que : « Le système : *le patron débiteur contractuel de la sécurité de l'ouvrier,* ne saurait s'appuyer sur le texte de la loi. Si le titre du Code relatif au louage d'industrie détermine la nature de ce contrat, ses modalités et sa durée, il ne parle nulle part d'une garantie spéciale attachée à son fonctionnement, pouvant paralyser les dispositions de l'art. 1382, ou fonctionner parallèlement avec elles; que l'on peut regretter cette lacune, mais qu'il n'appartient pas au juge d'y suppléer (2). »

Mais au contraire; si véritablement il y a une lacune, c'est un devoir pour les juges de la combler (art. 4), et c'est ce qu'ils font en voulant toujours appliquer l'art. 1382. Or, la logique juridique exige que pour combler une lacune qui se trouverait dans les règles concernant une certaine convention, on ait recours aux textes concernant les obligations conventionnelles en général, et non à un article fait pour les engagements qui se forment sans convention.

(1) Académie des sciences morales et politiques, juill. 1886; *Le Code civil et la question ouvrière;* Conf. Orléans, 20 déc. 1888, S. 90, 2, 14.

(2) Bordeaux, 9 nov. 1892, S. 93, 2, 148.

Mais la lacune signalée existe-t-elle réellement? Cela est contesté par d'autres arrêts qui affirment au contraire que le silence du législateur a été intentionnel!

Voici ce que nous lisons dans une décision récente bien singulièrement motivée :

« Attendu que l'art. 1710 n'impose pas au patron d'autre obligation que de payer à l'ouvrier le prix convenu; qu'à moins d'admettre qu'au moment de la promulgation du Code civil, l'ouvrier était, comme autrefois l'esclave, assimilé à une chose dont le patron serait le preneur, il faut reconnaître avec la grande majorité des jurisconsultes (?), que le législateur a intentionnellement gardé le silence sur la responsabilité des accidents dont l'ouvrier peut être la victime, par ce double motif qu'entre des hommes libres, égaux en droits, le contrat de louage d'ouvrage ou d'industrie porte exclusivement sur la quantité, la qualité, la rémunération du travail à exécuter, et que l'art. 1382 est général, absolu, applicable dans tous les cas, que le dommage ait été causé au cours de l'exécution d'un contrat quelconque, à l'un des contractants par son cocontractant, ou qu'il ait été le fait d'un tiers juridiquement étranger à la personne lésée..... Attendu que la loi morale et la conscience publique imposent incontestablement aux patrons d'autres devoirs envers leurs ouvriers que celui de payer le salaire convenu, mais que la disposition de l'art. 1135 dont l'appelant se prévaut pour faire produire au contrat de louage d'ouvrage des effets que sa nature ne comporte pas nécessairement est inapplicable aux opérations du for intérieur... (1). »

Telle est l'une des dernières expressions et ce n'est pas la moins curieuse, de la jurisprudence que nous croyons devoir combattre.

433. Pour arriver à obtenir ce qu'on a appelé fort impro-

(1) Rennes, 20 mars 1893, S. 94, 2, 36.

prement le *renversement de la preuve*, alors qu'il s'agissait plutôt de son *redressement* par application des règles ordinaires sur les contrats, il n'était donc pas nécessaire de recourir à l'intervention législative. Néanmoins la résistance des tribunaux a rendu cette intervention nécessaire. Il y avait d'ailleurs d'autres points à réglementer (1). Ainsi presque tout le monde est d'accord pour reconnaitre que les *risques professionnels* résultant de l'outillage moderne, ont totalement changé les conditions du travail dans certaines industries; c'est donc à la profession de réparer elle-même les conséquences d'un danger qu'elle a créé par ses innovations. D'un autre côté pour rendre cette charge moins lourde, on a pensé qu'il était expédient de recourir à l'assurance, et de déterminer avec la plus grande précision possible la base des indemnités à accorder. Tel a été le but d'un projet de loi adopté par la Chambre des députés en 1893 et actuellement soumis au Sénat (2), concernant *les responsabilités des accidents du travail* et l'organisation de l'*assurance obligatoire*. Un texte définitif aura probablement été adopté quand nous aurons à traiter du *contrat de louage*, et alors nous compléterons l'étude que nous venons de faire sur les accidents du travail.

434. Reprenons maintenant la suite des règles concernant l'action en dommages, et voyons quels moyens de défense peut opposer le défendeur.

Ce dernier peut d'abord être admis à prouver que l'accident dont il s'agit est dû à un cas fortuit ou de force majeure, non précédé d'une faute sans laquelle il ne se serait pas produit (3) ; ou bien qu'il est dû à une imprudence commise par

(1) Voy. LAMBRET, *Les accidents du travail et l'assurance obligatoire*, Paris, 1895.

(2) Chambre : discussion 18 mai, 3, 5, 6, 8 et 10 juin 1893; Sénat; texte transmis, doc. 1893, p. 448.

(3) Caen, 9 nov. 1880, D. 82, 2, 23; Cass. 22 janv. 1872, D. 72, 1, 302.

la victime elle-même (1), ou tout au moins qu'une imprudence commise par cette dernière doit faire partager la responsabilité dans une proportion à arbitrer par les juges (2).

Mais il ne pourrait pas opposer qu'il était couvert par les termes d'un règlement ou d'une autorisation administrative. Il a été jugé, par exemple, qu'une compagnie de chemin de fer demeure responsable des accidents occasionnés par des dispositions défectueuses existant dans l'aménagement de ses wagons, bien que le type de ceux-ci ait été approuvé par l'autorité administrative (3). Il en est de même pour les dommages causés par un établissement insalubre. Le propriétaire en est responsable alors même qu'une autorisation régulière lui aurait été donnée par l'autorité compétente (4). Les autorisations de ce genre ne sauraient porter aucune atteinte aux droits des tiers.

Que faut-il décider si au lieu d'une simple autorisation donnée à un tiers, il s'agit d'un ordre qui a été formellement donné par un supérieur? Le fonctionnaire qui a exécuté cet ordre sera-t-il personnellement responsable du dommage qui en est résulté? La négative est certaine (5). Ainsi le commandant de la gendarmerie qui, en conformité des ordres de ses supérieurs et en acquit de ses devoirs exécute un ordre illégal d'expulsion ne doit pas en répondre (6).

Au contraire, l'auteur d'un quasi-délit ne serait pas recevable à prétendre pour échapper à toute responsabilité personnelle, qu'il a agi pour le compte d'un mandant et par son ordre (7).

(1) Cass. 17 nov. 1884, D. 85, 1, 368; Paris, 13 avr. 1892, S. 93, 2, 93.
(2) Cass. 17 mars 1880, S. 80, 1, 215 et les renvois.
(3) Pau, 30 juill. 1892, S. 92, 2, 316.
(4) Cass. 18 nov. 1884, D. 85, 1, 71.
(5) LAURENT, t. XX, nos 447, 448.
(6) Bruxelles, 4 juill. 1846, *Pas.*, 47, 2, 44.
(7) Cass. 25 juin 1889, S. 91, 2, 123; SOURDAT, *De la responsabilité*, t. II, n° 908; LAURENT, t. XX, n° 449.

Il ne pourrait pas davantage objecter que la partie lésée a déjà été indemnisée par une compagnie d'assurance ou par une société de secours mutuels; il ne saurait y avoir aucune difficulté sur ce point, car l'indemnité perçue dans ces conditions par l'ouvrier est calculée seulement sur la cotisation ou la prime par lui versée (1). Quelquefois le patron pratique une retenue sur le salaire de ses ouvriers, sur le fondement d'une promesse d'assurances ayant été ou devant être contractée dans l'intérêt de ces derniers. Dans ce cas, si un accident se produit, le patron doit à l'ouvrier blessé l'indemnité d'assurance telle que la retenue le faisait supposer, alors même qu'il n'aurait contracté aucune assurance (2).

435. Les juges doivent accorder des dommages suffisants pour réparer le préjudice éprouvé. Ils doivent constater non seulement le préjudice éprouvé, mais encore l'existence du lien rattachant le préjudice à un fait engageant la responsabilité du défendeur (3). Ainsi, en cas d'acquittement de l'accusé du crime de coups ayant entraîné la mort sans intention de la donner, il ne suffit pas pour justifier légalement la condamnation à des dommages envers la partie civile, de constater que le préjudice éprouvé résulte d'un fait matériel émané de l'autre partie; il faut de plus qu'il soit expressément constaté que ce dommage est arrivé par la faute de l'auteur de ce fait, sinon l'arrêt devrait être cassé pour fausse application de l'art. 1382 et insuffisance de motifs (4).

La jurisprudence applique cette doctrine non seulement quand le fait dommageable se produit en dehors de toute convention, mais encore lorsqu'il se produit au cours de l'exécution d'un contrat de louage de services. Or, nous avons

(1) LAURENT, t. XX, n° 537.

(2) Paris, 25 fév. 1887, S. 89, 2, 73 et la note.

(3) Cass. 13 janv. 1892, S. 93, 1, 257; Cass. 14 mars 1892, S. 92, 1, 523.

(4) Cass. 28 juill. 1887, S. 93, 1, 198; Cass. 22 juin 1892, S. 93, 1, 51.

soutenu que le fait seul de la non-exécution de la convention constitue une faute imputable au patron, et que ce dernier ne peut échapper à la responsabilité qui lui incombe et à l'obligation de réparer le préjudice, qu'en établissant le cas fortuit ou la force majeure. Comment faut-il dans cette opinion appliquer la règle voulant que la relation de cause à effet soit constatée entre l'accident qui a entravé l'exécution du contrat et le préjudice éprouvé par la victime?

436. La question est obscurcie parce que l'on confond souvent la recherche de la cause du préjudice avec la recherche de la cause de l'accident, ce qui peut conduire à des solutions difficilement admissibles. Ainsi un ouvrier carrier avait été blessé par l'explosion d'une mine qu'il avait été chargé de bourrer, et le maître lui avait fourni un bourroir non conforme aux prescriptions réglementaires, et avait même été condamné à raison de ce chef pour infraction à un arrêté préfectoral. Il a été jugé cependant que l'ouvrier n'avait pas d'action contre le maître, parce qu'il était impossible d'affirmer que l'explosion avait été déterminée plutôt par la faute du patron que par l'imprudence de l'ouvrier lui-même, et que le patron bien que condamné pour infraction à un arrêté préfectoral, avait été acquitté du chef de blessures involontaires pour lequel il était également poursuivi, attendu qu'il n'avait pas été suffisamment établi que les blessures avaient été occasionnées par l'infraction dont le patron était reconnu coupable (1).

Dans une autre espèce où l'ouvrier avait été blessé par un engin sans pouvoir se rendre compte de la manière dont le fait s'était produit, une Cour a statué de la manière suivante :

« Attendu que tous les moyens d'investigation auxquels le tribunal a eu recours, n'ont pu faire connaître les véritables causes de l'accident, ni même les conditions dans lesquelles

(1) Cass. 2 déc. 1884, D. 85, 1, 428.

il s'est produit; que l'intimé lui-même appelé à les faire connaître devant la Cour, n'a pu donner aucune explication satisfaisante; attendu que c'est donc à tort que, dérogeant aux règles du droit commun, et créant contre le patron une présomption légale qui n'existait pas, les premiers juges ont affranchi l'ouvrier de la preuve qui lui incombait, comme à tout demandeur, et consacré le principe de la responsabilité du maître de la chose, indépendamment de toute faute prouvée contre lui (1). »

D'abord il ne s'agissait pas, dans cette espèce, d'appliquer la règle concernant la responsabilité du maître de la chose (art. 1384); ce n'est pas comme maître de la chose que le patron devait être considéré, mais comme partie contractante et comme débiteur en vertu d'un contrat. A ce titre il avait fourni à l'ouvrier un engin qui avait blessé celui-ci. En fait, il n'avait pas exécuté son obligation, et c'est en cela que consistait sa faute d'ores et déjà établie, et il n'y avait pas lieu de parler de présomption de faute. Seulement dans cette espèce, comme dans l'espèce précédente, il était demeuré quelque chose d'incertain, c'est le fait d'où dérivait la faute du débiteur, ou en d'autres termes la cause de l'accident.

437. Suivant une formule fort exacte, il y avait eu faute, dans les cas précités, mais non faute *spécialisée*. « On ne sait pas quelle est la faute exacte que le débiteur a commise, mais il reste acquis, faute de preuve contraire (d'un cas fortuit ou de force majeure), qu'il en a commis une, puisqu'il n'exécute pas une obligation dont il n'a pas établi l'extinction. Or il y a intérêt à dire qu'il y a faute sans que l'on sache de quel fait elle dérive, car la mesure de l'indemnité se règle d'après celle du dommage, et pour établir le dommage il faut qu'il y ait rapport de causalité entre le préjudice dont on se plaint, et le fait concret auquel on l'attribue, et ici, par

(1) Orléans, 20 déc. 1888, S. 90, 2, 14.

supposition, ce fait n'a pu être établi. Donc, en cas de faute non spécialisée on ne pourra en général réclamer indemnité que pour le dommage direct résultant de l'inexécution de l'obligation, et non pour celui qui, en dehors du défaut de prestation de l'objet dû, pourrait se rattacher au fait qui a rendu cette dernière impossible (1). »

Ainsi, par exemple, il s'agit d'un déraillement et le train, passant en remblai, se déverse, en blessant un voyageur, sur un terrain appartenant précisément au voyageur blessé. C'est le même fait qui a blessé le voyageur et endommagé sa propriété, cependant le voyageur sera dispensé de preuve en ce qui touche l'indemnité pour dommage à sa personne et devra prouver la faute pour le dommage à sa propriété. Pour ce qui est du premier point, en effet, il s'agit d'une faute d'inexécution du contrat de transport laquelle existe de droit, mais n'existe que par rapport à l'inexécution du contrat, et ne permet de réclamer que la réparation du préjudice qui en résulte directement (2).

438. Lorsque plusieurs personnes ont participé comme coauteurs à l'accomplissement d'un même fait dommageable, il appartient aux juges du fait d'indiquer d'après quelles appréciations et dans quelles proportions les dommages seront supportés par elles. Mais devra être cassé comme manquant de bases légales, l'arrêt qui, après avoir modifié les éléments de responsabilité déterminés par le jugement de première instance, maintient cependant, sans s'expliquer à cet égard, la répartition faite dans la décision partiellement réformée (3).

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 333.

(2) Voir un autre exemple à peu près analogue rapporté par LABBÉ, *Revue critique*, 1886, *Examen doctrinal*, p. 439; Voy. une application importante de la distinction en matière d'incendie, SAUZET, *Respons. des locat. au cas d'incendie*, *Revue critique*, 1885, p. 177; SALEILLES, *loc. cit.*, n° 332, p. 390, note 1.

(3) Cass. 22 juill. 1890, D. 91, 1, 176.

Quand cette répartition ne peut être faite, c'est-à-dire quand il y a entre la faute de chacun des auteurs du fait et la totalité des dommages une relation directe et nécessaire, la réparation du préjudice doit être mise pour le tout à la charge de chacun de ceux qui sont reconnus responsables (1). Nous renvoyons d'ailleurs à ce que nous avons déjà dit touchant l'obligation *in solidum* pouvant exister entre les auteurs d'un délit civil ou d'un quasi-délit. (Voy. t. VII, n^os^ 313 et 314).

§ 4. — De la responsabilité du fait d'autrui.

439. — Principe général, art. 1384 § 1. Responsabilité du dommage causé par une chose inanimée mobilière.
440. — Responsabilité des actes commis par une personne : 1° En ce qui touche les père et mère, art. 1384, § 2;
441. — 2° En ce qui touche les instituteurs et artisans, art. 1384, § 4.
442. — Jurisprudence sur ce point.
443. — La présomption de faute dans les cas ci-dessus peut être combattue par la preuve contraire, art. 1384, § 5;
444.— 3° En ce qui touche les maîtres et commettants, art. 1384, § 3. Que faut-il pour qu'une personne ait la qualité soit de commettant, soit de préposé?
445. — Jurisprudence sur ce point.
446. — Application aux personnes morales administratives; responsabilité des communes.
447. — Responsabilité de l'Etat; actes qui ne sauraient engager cette responsabilité.
448. — Actes qui engagent cette responsabilité.
449. — Le fait du préposé doit avoir été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la fonction.

439. La responsabilité de ceux qui sont chargés, n'importe à quel titre, d'exercer une surveillance quelconque soit sur certaines personnes, soit même sur des choses inanimées, peut se trouver engagée, par suite du défaut ou de l'insuffisance de cette surveillance.

(1) Cass. 11 juill. 1892, S. 92, 1, 505.

Telle est la règle dont le Code nous donne la formule suivante :

ART. 1384, § 1. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde (*).

La loi indique deux cas généraux d'application :

D'abord la responsabilité du fait d'autrui;

Ensuite la responsabilité du dommage causé par une chose inanimée.

Occupons-nous d'abord de cette dernière hypothèse envisagée spécialement quant aux meubles; nous verrons plus loin, sous l'art. 1386, ce qui concerne les immeubles.

Il faut d'abord éliminer du champ d'application de l'article 1384, toutes les hypothèses dans lesquelles un ouvrier travaillant pour un patron, a été victime d'un accident produit par le fonctionnement d'un engin appartenant au patron. Nous avons déjà vu qu'en pareille hypothèse, ce n'est pas comme maître de la chose que le patron doit être recherché, mais comme partie contractante, comme débiteur en vertu d'un contrat (*suprà*, n° 436). Les parties intéressées et même les juges se trompent quelquefois sur ce point (1).

En second lieu, la responsabilité du dommage causé par une chose mobilière inanimée est attachée par la loi, non à la qualité de propriétaire, mais à celle de gardien de la chose. Sans doute le propriétaire sera le plus souvent gardien de la chose, mais il peut arriver qu'il n'en soit pas ainsi. Il a été jugé, par exemple, que la compagnie qui s'est chargée de la garde et de l'entretien d'un poteau-signal d'une gare placé pour compte de l'Etat et sur une ligne appartenant à l'Etat, est seule responsable de l'accident ayant eu pour cause le défaut d'entretien du poteau. Le droit de propriété de l'Etat

(*) Art. 1384 § 1. — L. 5 § 3, D. 9, 3, *De his qui effud.*

(1) Ex. : Orléans, 20 déc. 1888, S. 90, 2, 14 et la note; comp. STAES, *Des accidents du travail.*

ne suffisait pas, en ce cas, pour le rendre responsable des suites de la négligence commise (1).

Enfin, dans le cas de dommage causé par des choses inanimées, comme du reste dans tous les autres cas de quasi-délit prévus par les art. 1384 et 1385, la loi établit une présomption légale de faute qui dispense le demandeur de toute preuve; l'art. 1386, qui dans le cas de ruine d'un bâtiment met la preuve à la charge du demandeur, doit être restreint aux immeubles. Par conséquent, si un accident est occasionné par une machine qui fait explosion, le demandeur n'aura rien à prouver, sinon le fait du dommage; ce sera au défendeur à établir, s'il y a lieu, qu'il n'y a pas de faute à lui reprocher (2).

440. La responsabilité personnelle peut encore se trouver engagée par le fait d'autrui. Cette responsabilité ne peut provenir que d'un défaut de surveillance, lorsque cette surveillance constituait un devoir pour celui qui l'a négligée.

Tantôt ce devoir de surveillance dérive de la qualité ou de l'état de la personne; ainsi les parents, les tuteurs dans certains cas, et les instituteurs sont les surveillants légaux de leurs enfants mineurs, pupilles ou élèves.

Tantôt ce devoir dérive uniquement de ce que celui qui confie à autrui l'accomplissement d'un fait, a, par là même, accepté volontairement une charge de surveillance quant à l'exécution de ce fait. Dans ce dernier cas, il pourra y avoir un second élément de responsabilité, en dehors du défaut de surveillance, ce sera la négligence dans le choix, *culpa in eligendo* (3).

(1) Bruxelles, 13 janv. 1890, *Pas.*, 90, 2, 137.

(2) Bruxelles, 16 avr. 1872, *Pas.*, 72, 2, 176; LAURENT, t. XX, n° 639; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 559; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1351; Voy. cep. BELTJENS, *loc. cit.*, sur l'art. 1384, n°s 241 et 242; Bruxelles, 3 mai 1880, *Pas.*, 80, 2, 318; Comp. Cass. 19 juill. 1870, D. 70, 1, 361; STAES, *loc. cit.*

(3) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 323.

La loi mentionne d'abord la responsabilité des parents :

ART. 1384, § 2. Le père, et la mère après de décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux (*).

La responsabilité est le corollaire nécessaire de l'autorité. Le père, durant le mariage, ayant seul l'exercice de l'autorité sur les enfants (art. 373), et la mère ne l'ayant pas, il était logique d'affranchir cette dernière de toute responsabilité à l'occasion des faits dommageables commis par les enfants communs. Voilà pourquoi l'art. 1384 déclare la mère responsable seulement *après le décès du mari*. Par conséquent, la mère, du vivant du père, ne serait pas responsable de l'accident causé par un cheval, même vicieux, lui appartenant, pendant qu'il était monté par son fils mineur, si aucune faute personnelle n'était imputable à elle-même, et si, d'ailleurs, son fils n'agissait ni comme son domestique, ni comme son préposé (1).

En déclarant la mère responsable seulement après la mort du mari, le texte se borne à indiquer l'hypothèse la plus ordinaire. Il faut reconnaître que la mère deviendra responsable dans tous les cas où, durant le mariage, elle sera investie de l'exercice de l'autorité paternelle (Voy. t. III, n° 166); elle ne serait donc pas responsable durant un voyage du mari.

En cas de séparation de corps ou de divorce, la responsabilité pèse sur celui des parents auquel a été confié la garde de l'enfant.

Les père et mère naturels sont également soumis à la présomption de faute de l'art. 1384. La responsabilité pèse sur celui qui exerce la puissance paternelle.

La responsabilité des parents est subordonnée à cette première condition, que l'enfant soit mineur et non émancipé.

(*) Art. 1384, § 2. — C. 2, *Decr. Greg.*, 5, 23, *De delictis puerorum.*
(1) Cass. 13 août 1877, D. 79, 1, 182.

Elle ne saurait donc être étendue à l'hypothèse d'un dommage causé par un enfant majeur, atteint d'aliénation mentale. On a jugé cependant que leur responsabilité pourrait être engagée en pareil cas, si connaissant l'état moral de leur enfant, ils n'ont pas pris les mesures que son état comportait (1). Est-ce que les parents sont tenus de prendre des mesures quelconques à l'égard d'un enfant majeur atteint d'aliénation mentale? Il est certain que non. Mais si, négligeant de prendre les mesures nécessaires, ils gardent cet enfant auprès d'eux, ils assument par ce fait l'obligation de le surveiller, et sont dès lors responsables, dans les termes de l'art. 1383, en cas de négligence de leur part (2).

Il faut, avons-nous dit, pour que les parents puissent être déclarés responsables, que l'enfant ne soit pas émancipé. Cela est d'évidence quand il s'agit de l'émancipation tacite résultant du mariage. Mais on soutient que l'émancipation expresse laisse subsister la responsabilité dont il s'agit, parce que l'autorité morale, source de la responsabilité édictée par l'art. 1384 survit à l'émancipation (3). Mais on oublie que la responsabilité ayant sa mesure dans l'autorité, il est tout simple qu'une responsabilité effective corresponde à une autorité effective; mais une autorité morale ne peut produire qu'une responsabilité morale, c'est-à-dire dénuée de sanction civile. On répond que les parents ont commis une imprudence démontrée par l'événement, en émancipant un enfant qui n'était pas digne de cette faveur. Mais c'est un droit pour les père et mère d'accorder l'émancipation à leur enfant. Ils exercent ce droit dans des conditions normales n'impliquant

(1) Chambéry, 29 oct. 1889, S. 91, 2, 10.

(2) Arg. Rouen, 18 nov. 1878, D. 80, 2, 38; Voy. LAURENT, t. XX, n° 559; Trib. Hasselt, 10 janv. 1878, *Pas.*, 78, 3, 195.

(3) AUBRY et RAU, § 447, texte et note 4; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 365 *bis*, II; MARCADÉ, sur l'art. 1384; DEMOLOMBE, t. XXI, n° 578; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1352.

aucune prescience infaillible de l'avenir. Les rendre responsables ce serait créer à leur égard un intérêt à n'accorder jamais l'émancipation contrairement au vœu de la loi qui les a constitués seuls juges de l'opportunité d'une telle mesure (1).

Il faut noter cependant que dans certains cas prévus par des lois spéciales, notamment par l'art. 27, tit. II, de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, par l'art. 206, C. for. et par l'art. 18 de la loi du 3 mai 1844 sur la chasse, les père et mère sont déclarés civilement responsables des délits commis, dans les conditions envisagées, par leurs enfants mineurs *non mariés*, ce qui implique leur responsabilité pour le cas où ces enfants auraient bénéficié d'une émancipation expresse. Ces dispositions exceptionnelles ne sauraient être généralisées.

Les deux dernières lois précitées et la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, admettent encore la responsabilité du tuteur. Mais, sauf ces cas spéciaux, la loi ne présume pas la faute du tuteur. La partie lésée devra donc prouver que le tuteur est en faute dans le sens des art. 1382 et 1383.

La responsabilité suppose que les père ou mère qui l'ont encourue ont eu la possibilité d'exercer la surveillance exigée d'eux par la loi. Il faut donc que l'enfant ait été maintenu dans l'obligation de résider chez ses parents. La responsabilité de ces derniers doit donc cesser, lorsque l'enfant, durant sa minorité, passe sous une autre surveillance. C'est ce qui a lieu, par application de la loi du 24 juillet 1889 quand des mineurs, dont les parents ne sont pas déchus de leur autorité, sont placés, avec ou sans intervention de ceux-ci, dans des établissements charitables ou chez des particuliers (Voy. t. III, nos 221 et suiv.), ou lorsque sont prises les mesures concernant les enfants assistés ou abandonnés (Voy. t. III, nos 291-294).

(1) Voy. TOULLIER, t. VI, n° 277 ; LAURENT, t. XX, n° 559.

441. Les parents seront encore exonérés, du moins en principe, de leur responsabilité ordinaire, quand ils ont placé l'enfant chez un tiers comme serviteur ou apprenti, ou comme élève dans un établissement d'instruction; l'obligation de surveiller, et par suite la responsabilité passerait à la personne chez laquelle l'enfant a été placé (1).

La loi en effet déclare responsables

ART. 1384, § 4. Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

Peu importe que l'enfant soit majeur ou mineur; le texte ne distingue pas (2). Quand l'enfant est mineur, l'autorité en vertu de laquelle s'exerce la surveillance des instituteurs et artisans est une délégation de l'autorité paternelle; quand il s'agit d'un majeur, l'obligation de surveiller résulte, dans l'intérêt des tiers, de la loi elle-même, et non du contrat par lequel le majeur a accepté d'être placé chez un instituteur ou artisan; donc la clause pour laquelle le majeur serait exonéré de toute surveillance serait inopérante.

Du reste, l'obligation de surveiller n'existe pour les instituteurs ou artisans que pendant la durée du travail, lorsqu'ils ne sont chargés de l'éducation que pour quelques heures de la journée (3).

Quand un fait préjudiciable émane d'un mineur soumis à la surveillance d'autrui, mais parvenu à l'âge de discernement, le mineur demeure obligé principalement dans les termes des art. 1382 et 1383; mais la responsabilité peut remonter au père ou instituteur sous la garde et la surveillance de qui était le mineur au moment de l'acte. La partie lésée peut alors exercer l'action en responsabilité fondée sur

(1) Montpellier, 12 fév. 1887, D. 88, 2, 19; Besançon, 30 juill. 1884, S. 85, 2, 44.

(2) LAURENT, t. XX, n° 566; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1352; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 607.

(3) *Contrà*, AUBRY et RAU, § 447, note 27.

l'art. 1384 isolément contre la personne civilement responsable, sans s'adresser à l'auteur du fait dommageable (1). Elle peut aussi rechercher l'auteur du fait, et alors l'action sera intentée, s'il y a lieu, contre le père en tant qu'administrateur légal des biens de son fils (2).

Elle peut, comme nous l'avons dit, s'en tenir à l'une des deux actions, et par suite dans le cas où, en première instance, elle a actionné le père en sa double qualité, comme administrateur et comme responsable aux termes de l'art. 1384, elle peut restreindre sa demande en appel à la condamnation de celui-ci, en tant que personnellement responsable, auquel cas le père n'est pas admis à opposer que son fils est, depuis, arrivé à sa majorité, et devrait être seul poursuivi (3).

442. D'après une jurisprudence assez sévère la responsabilité personnelle du père peut se trouver engagée quand même le fait dommageable aurait été commis dans un établissement industriel où le père ne pouvait surveiller la conduite de son fils, s'il n'ignorait pas le mauvais caractère de ce dernier qu'il aurait dû réprimer dès sa première jeunesse (4), ou si le fait reproché au fils était le propre d'une éducation mal soignée et supposait chez ce dernier de pernicieux instincts (5). Le patron pourrait donc dans une certaine mesure, recourir contre le père à raison de la mauvaise éducation ou direction donnée au fils par ce dernier, et qui serait la cause première des faits reprochés au fils. S'il s'agit d'un fait dommageable posé par le mineur vis-à-vis du patron, la responsabilité paternelle ne serait pas écartée par celle du patron. Dans tous les cas, la responsabilité de ce

(1) Cass. 2 déc. 1881, D. 82, 1, 191.
(2) 13 janv. 1890, S. 91, 1, 49.
(3) Bordeaux, 18 mars 1878, D. 80, 2, 37.
(4) Liège, 16 déc. 1891, *B. J.*, 92, 246; Trib. Liège, 24 déc. 1890, *Pas.*, 90, 3, 135.
(5) Trib. Charleroi, 12 nov. 1874, *Pas.*, 75, 3, 63.

dernier est limitée au dommage causé par le mineur à l'occasion de l'emploi qu'il occupe.

Il peut encore arriver que l'enfant déjà en faute à raison de l'accident originaire, commette une nouvelle faute en n'essayant pas d'arrêter la progression du mal qu'il a causé. Il suit de là que le chef d'institution ou le patron doit, au moment où l'enfant engagé dans les suites d'une faute à réparer, va rentrer dans sa famille, avertir le parent sous la surveillance duquel l'enfant sera désormais placé, afin que les deux autorités qui se succèdent soient, par leur entente, en mesure de veiller à l'accomplissement de ce devoir continu (1).

Il faut considérer comme apprentis tous ceux qui apprennent sous un maître un art ou un métier (2). Le patron ou artisan est donc celui qui est chargé d'enseigner pratiquement à l'enfant cet art ou ce métier.

Il est certain que les rapports qui existent entre le chef d'une grande usine et ses jeunes ouvriers, ne peuvent être assimilés aux rapports de l'artisan avec son apprenti. Néanmoins le patron commet une faute et s'expose à la responsabilité de l'art. 1382 lorsqu'il n'exerce pas ou ne fait pas exercer dans son établissement une surveillance destinée à protéger les jeunes ouvriers que leurs parents ne peuvent protéger ni surveiller dans l'intérieur de l'usine, contre la méchanceté et les attentats de leurs compagnons de travail (3).

443. La présomption de faute qui entraîne la responsabilité des père et mère, comme celle des instituteurs et artisans, peut être combattue par la preuve contraire :

ART. 1384, § 5. — La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

(1) Note de LABBÉ, sous Cass. 13 janv. 1890, S. 91, 1, 49.
(2) Cass. Belge, 27 avr. 1885, *Pas.*, 85, 1, 133.
(3) Liège, 16 déc. 1891, *B. J.*, 92, 246.

Cette preuve peut être faite par simples présomptions. Les parents doivent établir que, même en exerçant la surveillance la plus active, ils n'auraient pas empêché le fait dommageable. Cette preuve ne résulterait donc pas de la seule circonstance que le fait s'est produit hors de leur présence.

444. Sont encore responsables :

ART. 1384 § 3. — Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.

La présomption de faute consiste, en ce cas, à être réputé avoir mal choisi ses domestiques ou préposés et cette présomption ne saurait, comme dans les autres cas de responsabilité, être détruite par la preuve contraire.

Le fait de choisir est tout à fait personnel à celui qui l'exerce. Donc on ne saurait qualifier de préposés du maître les préposés de son préposé. Ainsi l'entrepreneur est le préposé du patron qui le charge de certains travaux, mais les ouvriers employés par l'entrepreneur paraissent être les préposés de ce dernier et non les préposés du maître (1). Ils ne sauraient donc, par leurs actes, engager la responsabilité de ce dernier.

Le commettant est donc responsable de son préposé uniquement parce qu'il l'a choisi. Telle est la règle générale; c'est par application de cette règle que le maître est responsable des actes de son domestique. Le maître et le commettant, disait Bernard de Greville, dans son rapport au Tribunat, « n'ont-ils pas à se reprocher d'avoir donné leur confiance à des hommes méchants, maladroits ou imprudents? »

Mais cette détermination du motif de la loi ne suffit pas pour faire apparaître le caractère spécial qui permettra de reconnaître dans une personne le caractère de *préposé*. Or, d'après la jurisprudence, par *préposé* dont le maître ou

(1) LAURENT, t. XX, nos 571 et 572.

commettant est responsable selon l'art. 1384, on ne peut entendre que ceux auxquels le maître ou commettant a le droit de donner des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il les emploie (1).

« Cette doctrine, a-t-on dit, introduit dans le texte une distinction qui est en opposition avec la tradition et avec les motifs sur lesquels la responsabilité de commettant est fondée. Il s'agit d'une présomption de faute: la loi présume-t-elle que le commettant est en faute parce qu'il a mal dirigé le préposé, ou parce qu'il ne l'a pas surveillé? Non;..... Il y a plus d'un maître qui ne dirige pas ses domestiques et ne les surveille point; néanmoins, la loi déclare le maître responsable d'une manière absolue; or, elle met le commettant sur la même ligne que le maître; donc le principe doit être le même. Conçoit-on qu'une seule et même disposition établisse deux principes différents, l'un à l'égard du maître, l'autre à l'égard du commettant? Si le maître est responsable parce qu'il choisit ses domestiques, celui qui choisit l'ouvrier doit aussi être responsable par cela seul qu'il le choisit, peu importe qu'il le dirige ou qu'il ne le dirige pas (2). »

N'y a-t-il pas là quelque équivoque? Sans doute, le commettant comme le maître, est responsable de l'ouvrier, qui est son préposé, par cela seul qu'il l'a choisi, peu importe qu'il le dirige ou ne le dirige pas. Mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir si *tout individu choisi* a la qualité de *préposé*. Or, la négative est certaine. Celui-là seul est préposé que le maître *pourrait* diriger, peu importe qu'*en fait* il le dirige ou ne le dirige pas. Si le rapport de subordination n'existe pas, la responsabilité doit cesser (3).

(1) Cass, 4 fév. 1880, D. 88, 1, 392; Conf. AUBRY et RAU, § 447, notes 25 et 26; DEMOLOMBE, t. XXXI, n°s 822 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1352, *c*.

(2) LAURENT, t. XX, n° 578; Conf. LAROMBIÈRE, sur l'art. 1384, n° 10.

(3) Bruxelles, 31 oct. 1888, *Pas.*, 89, 2, 133.

445. Par conséquent, l'entrepreneur lié par le contrat de louage d'industrie, ne peut être considéré comme le préposé du propriétaire lorsqu'il demeure complètement maître de la direction des travaux de son entreprise; mais il en est autrement quand celui pour le compte de qui il travaille conserve la surveillance et la direction de ces travaux (1).

Par application de cette distinction, il faut décider que le propriétaire n'est plus responsable des actes des ouvriers, quand il a traité à forfait avec un entrepreneur, ou qu'il produit une convention, l'exonérant lui-même de la responsabilité de ces actes (2).

On voit donc quelles sont les personnes à qui appartient la qualité de préposé.

Quelquefois il ne saurait y avoir aucun doute. Le concierge, par exemple, est incontestablement le préposé du propriétaire. Par conséquent le locataire peut, à raison du préjudice à lui causé par les mauvais procédés du concierge, obtenir la condamnation du propriétaire à des dommages-intérêts (3).

Le gérant d'une société peut aussi être considéré comme son préposé, et engager à ce titre la responsabilité de la société. Il a même été jugé qu'une société est responsable du fait d'un de ses membres ayant agi dans un intérêt social (4). Cela n'est pas douteux, pourvu que le sociétaire dont il s'agit ait été réellement investi de la qualité de préposé. Mais on ne pourrait faire résulter chez lui la qualité de préposé, de cette seule circonstance qu'il a agi dans un

(1) Douai, 6 mars 1883, D. 85, 2, 135; conf. Cass. 15 janv. 1889, S. 89, 1, 74.

(2) LAURENT, t. XX, n° 581 ; Comp. Riom, 14 janv. 1884, D. 85, 2, 216; Liège, 7 déc. 1887, *B. J.*, 88, 141

(3) Lyon, 21 déc. 1887, S. 89, 2, 31 ; Trib. Seine, 2 fév. 1889, S. 89, 2, 71.

(4) Cass. 14 nov. 1888, S. 91, 1, 459; Comp. LAURENT, t. XX, n° 575; Cass. 15 janv. 1872, 1, 165.

intérêt social. Il peut arriver que les agents d'une société ou compagnie cessent d'être ses préposés, même dans l'exercice des fonctions qui leur sont confiées. Ainsi la police des cours dépendant des stations de chemins de fer n'appartenant pas aux compagnies, les employés assermentés de celles-ci, ne sont pas, dans les agissements relatifs à la police de ces cours, leurs préposés, et ne les obligent pas dans les termes de l'art. 1384; ils rentrent dans la catégorie des officiers de police judiciaire (1).

Le mari, considéré comme gérant de la société conjugale, a été déclaré responsable des contraventions de police rurale et des délits forestiers ou de pêche, commis par la femme (2). Mais, sauf dans ces cas particuliers, le mari n'est pas responsable des actes de sa femme, dans les conditions de l'art. 1384, car la femme n'est pas sa préposée. Il en serait autrement si le mari en avait fait sa préposée (3), il serait alors tenu comme commettant et non comme mari.

446. Les mêmes principes sont applicables aux personnes morales administratives telles que le département et la commune.

Un entrepreneur de travaux communaux, même à forfait, peut donc être considéré comme étant le préposé de la commune, quand celle-ci s'est réservé une part dans la direction des travaux exécutés pour son compte, avec pouvoir d'imposer le renvoi des ouvriers. La commune est dès lors responsable des fautes de ce préposé et des agents de ce préposé (4).

D'une manière générale la commune est responsable, dans

(1) Cass. 24 juin 1890, D. 91, 1, 439.

(2) L. 6 oct. 1791 (art. 7, t. II) sur la police rurale; Art. 206, C. for., L. 15 avr. 1829, art. 74, sur la pêche fluviale, décret du 9 janvier 1852 sur la pêche cotière (art. 12).

(3) Voy. LAURENT, t. XX, nos 607 et suiv.

(4) Cass. 15 janv. 1889, S. 89, 1, 74.

les termes de l'art. 1884, des actes du maire et des employés nommés par lui, toutes les fois qu'ils commettent une faute donnant lieu à une action en dommages-intérêts (1).

Cela est évident pour les cas dans lesquels le maire agit comme administrateur des biens de la commune, mettant à exécution les délibérations du conseil municipal. Faut-il admettre la même solution pour le cas où le maire prend des mesures en qualité de chef de la police municipale? On ne peut pas dire que le maire agit alors en vertu de pouvoirs qui lui sont propres, puisqu'il est nommé par le conseil municipal lui-même. Serait-il, dans cet ordre de faits, un délégué du pouvoir central? Non, puisque l'art. 91 de la loi du 5 avril 1884, conforme d'ailleurs aux précédents législatifs, place les attributions qui lui appartiennent comme chef de la police municipale et de la police rurale, non sous l'autorité, mais sous la surveillance de l'administration supérieure (2).

Quant aux agents de police, ils sont les préposés de la commune dans laquelle ils sont établis, même quand ils ont été nommés par le préfet, s'ils l'ont été sur une liste de candidats dressée par le maire, sous l'autorité duquel ils demeuraient placés (3).

Les communes sont encore responsables de certains délits commis sur leur territoire, en vertu du principe formulé dans la loi du 10 vendémiaire an IV, conservé, mais atténué par la loi du 5 avril 1884. D'après les art. 106 et 107 de cette loi, les communes sont responsables des dégâts et dommages résultant des crimes ou délits commis à force ouverte ou par violence sur leur territoire, par des attroupements ou rassem-

(1) GAUTIER, *Précis des mat. admin.*, p. 87.

(2) Voy. Cass. 15 janv. 1866, D. 66, 1, 75; Comp. Cass. 3 nov. 1885, D. 86, 1, 397.

(3) Aix, 24 fév. 1880, D. 80, 2, 243, et sur pourvoi Cass. 16 mars 1881, D. 81, 1, 194; Cass. 11 avr. 1881, D. 81, 5, 325.

blements armés ou non armés, soit envers les personnes, soit contre les propriétés publiques ou privées.

D'après l'art. 108 de la même loi, ces dispositions ne sont pas applicables :

1° Lorsque la commune peut prouver que toutes les mesures qui étaient en son pouvoir ont été prises à l'effet de prévenir les attroupements ou rassemblements, et d'en faire connaître les auteurs;

2° Dans les communes où la municipalité n'a pas la disposition de la police locale ni de la force armée;

3° Lorsque les dommages causés sont le résultat d'un fait de guerre.

Il ne s'agit pas évidemment d'un fait de guerre civile, ni d'un cas où les attroupements se sont formés dans le but de changer la forme du gouvernement (1).

Une commune sera donc responsable lorsque, en dehors des cas d'exception précités, *ses agents n'auront pas pris des mesures de police suffisantes pour prévenir des manifestations populaires qui auraient compromis la sécurité d'un particulier*. Si, dans la même hypothèse, la commune n'avait pas la disposition de la police locale, sa responsabilité cesserait, mais devrait, ce semble, être remplacée par la responsabilité de l'État, dont les agents avaient la disposition de la police et de la force armée.

447. Cependant il a été décidé par le Conseil d'État, que *le fait, par les agents de l'administration de ne pas avoir pris des mesures de police suffisantes pour prévenir des manifestations populaires ayant compromis la sécurité d'un particulier*, n'est pas de nature à donner lieu à une action en indemnité contre l'État par la voie contentieuse (2)!

Ainsi donc, dans des circonstances absolument identiques,

(1) Cass. 23 fév. 1875, D, 75, 1, 201.
(2) Cons. d'Etat, 5 mars 1880, D. 80, 3, 115.

l'État sera exonéré de toute responsabilité, et une commune sera au contraire déclarée responsable!.... La raison de pareilles *incohérences* est bien connue. C'est l'existence d'une juridiction administrative, et les conflits incessants entre cette juridiction et celle des tribunaux ordinaires...

Le tribunal des conflits persiste à déclarer « que la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par le Code civil pour les rapports de particulier à particulier; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés (1). » (Voy. *suprà*, n° 422).

Sur quoi reposent ces affirmations à la fois vagues et tranchantes? « Il n'y a pas deux droits, l'un pour les particuliers, l'autre pour l'État; il n'y en a qu'un : c'est le Code civil qui en trace les règles. Si des lois spéciales ont déclaré l'État responsable, il faut les considérer comme une application du principe de responsabilité écrit dans l'art. 1384 (2). »

Faudrait-il donc conclure avec Aubry et Rau que : « L'État représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leurs services (3)? »

Une telle formule est évidemment trop générale, et ne peut trouver d'application que pour les services à l'égard desquels les qualifications de commettant et de préposés peuvent être employées.

(1) Trib. Conflits, 15 fév. 1890, S. 92, 3, 73; Trib. Conflits, 8 février 1873, D. 73, 3, 20.

(2) LAURENT, t. XX, n° 592.

(3) § 447, note 15; Comp. SOURDAT, t. II, 1299.

Organisé d'après la constitution politique du pays, expression plus ou moins exacte, suivant les époques, de la volonté nationale, l'Etat a seul le droit de diriger la gestion et l'administration des services publics, au moyen d'un personnel déterminé.

Dans le langage usuel, tous ceux qui font partie de ce personnel, sont des fonctionnaires. Mais tout fonctionnaire n'est pas un préposé. Ceux qui sont chargés de l'exercice public d'un culte, de la distribution de la justice ou de l'enseignement ne sont pas des préposés de l'Etat, et l'Etat n'est pas leur commettant. Ce n'est pas l'Etat, en effet, qui pratique un culte, qui juge ou qui enseigne par l'intermédiaire de ses fonctionnaires. Ces derniers, une fois nommés, exercent leurs fonctions, non comme des préposés auxquels le commettant donne ses ordres ou instructions, mais comme des organes de la souveraineté nationale (1).

Les agents de tout ordre chargés d'assurer l'exécution d'un acte de gouvernement ou de haute police, ou bien d'un acte diplomatique (2), ne peuvent, quoique ayant la qualité de préposés, engager la responsabilité civile de l'Etat, c'est-à-dire du gouvernement. Pourquoi? Parce que si un tribunal quelconque pouvait apprécier et juger les actes gouvernementaux, c'est ce tribunal lui-même qui serait *le gouvernement*. Mais les ministres demeurent solidairement responsables, devant les Chambres, de la politique générale du gouvernement, et, individuellement de leurs actes (L. 25 février 1875, art. 6), ils peuvent, en cas de crime, être mis en accusation par la Chambre des députés et jugés par le Sénat (L. 24 février 1875, art. 12; L. 16 juillet 1875, art. 9). Quant aux agents d'exécution, ils sont à raison de leurs actes, soumis à un recours devant le Conseil d'Etat, en cas d'excès

(1) Voy. LAURENT, n° 591.
(2) Cons. d'Etat, 5 déc. 1884, D. 86, 3, 83.

de pouvoir et même à un recours devant les tribunaux judiciaires en cas de *faute personnelle* de leur part.

448. Après avoir éliminé les hypothèses qui viennent d'être indiquées, on voit que la qualification de préposé, pouvant engager la responsabilité de l'Etat, doit être restreinte :

1° Aux agents chargés de l'administration et de la gestion du domaine soit privé, soit public (1) de l'Etat;

2° Aux agents des diverses administrations publiques constituées en vue d'une exploitation industrielle ou d'un monopole (2);

3° Et généralement aux agents des diverses administrations publiques (3), telles que:

L'administration des contributions indirectes (4);

L'administration des postes (5);

L'administration militaire dans certains cas (6);

L'administration des forêts (7);

L'administration des douanes (L. 6-22 août 1791, tit. VIII, art. 19);

L'administration d'un chemin de fer exploité pour le compte de l'Etat (L. 15 juillet 1845, art. 22).

En résumé, la Cour de cassation décide que l'art. 1384 est applicable à l'Etat considéré comme commettant, quant aux actes émanés des agents des diverses administrations, sauf les exceptions signalées, considérés comme des préposés (8).

(1) Ex. : Cons. d'État, 28 mars 1885, D. 86, 3, 113; Trib. d'Espalion, 23 fév. 1882, D. 84, 1, 301.
(2) Voy. LAROMBIÈRE, sur l'art. 1384, n° 15, etc.
(3) Cass. 30 juill. 1877, D. 78, 1, 421.
(4) Arrêt précité.
(5) Voy. Cons. d'Etat, 7 août 1883, D. 85, 3, 53.
(6) Cons. d'Etat, 25 fév. 1881, D. 82, 3, 83.
(7) Trib. conflits, 10 mai 1890, S. 92, 3, 105.
(8) Arrêt de Cass. précité du 30 juill. 1877, D. 78, 1, 421.

Le Conseil d'Etat et le tribunal des conflits repoussent ce principe, mais c'est surtout à cause de la question de compétence, et pour soustraire à la juridiction ordinaire la connaissance des actions en responsabilité dirigées contre le gouvernement (1). En effet, lorsque l'action est portée devant un tribunal administratif, le Conseil d'Etat applique facilement les règles du droit commun, même dans des cas où il semble qu'un intérêt politique ou d'ordre supérieur soit en jeu ; ainsi il a déclaré l'Etat responsable de l'accident survenu à un particulier atteint d'une balle partie d'un détachement de troupe qui s'exerçait au tir sous la conduite de ses chefs (2).

D'une manière générale, lorsque l'Etat est actionné comme responsable des actes commis par ses agents, c'est devant le ministre que l'action doit être portée et non devant le conseil de préfecture, surtout en matière de travaux publics (3).

449. L'art. 1384 exige encore comme une condition de son application que le fait dommageable commis par le domestique ou le préposé, l'ait été *dans l'exercice* de la fonction à laquelle il était employé, ou tout au moins *à l'occasion* de cet exercice (4).

Ainsi, par exemple, le propriétaire d'un bois est civilement responsable de l'homicide par imprudence commis par son garde au cours d'une battue organisée dans sa propriété par l'autorité administrative, lorsqu'il est établi que c'est en sa qualité de garde et pour constater les délits qui pourraient être commis, que le garde a assisté à la battue (5).

(1) Ex. : Trib. des conflits, 8 août 1891, S. 93, 3, 113 ; Voy. BREMOND, *Revue crit.*, 1894, *Exam. doctr.*, p. 326.

(2) Cons. d'État, 11 mai 1883, D. 85, 33.

(3) Cons. d'État, 28 mars 1885, D. 86, 3, 113.

(4) AUBRY et RAU, § 447 ; LAURENT, t. XX, n^{os} 583 et 584; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1352; *Contrà*, MOURLON, t. II, n° 1694; Comp. DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 615.

(5) Rouen, 1er mars 1893, S. 93, 2, 215.

Mais le maître sera déchargé de toute responsabilité si le fait du préposé s'est produit en dehors des fonctions auxquelles il était employé; spécialement le domestique qui interrompt le travail qui lui avait été assigné dans une maison, pour mettre, en l'absence de ses maîtres, le feu à la toiture d'où l'incendie s'est ensuite communiqué à l'habitation voisine, et reprend ensuite son travail, n'engage pas la responsabilité de ses maîtres (1).

On peut concevoir que le commettant, au moyen d'une convention passée avec certaines personnes, soit exonéré, vis-à-vis de ces dernières, de toute responsabilité à raison d'un fait dommageable commis par son préposé, c'est ce qui a souvent lieu en matière de transport maritime. Le propriétaire d'un navire peut valablement stipuler, dans le connaissement, qu'il ne répondra pas des barateries, fautes, ou négligences du capitaine et des gens de l'équipage; une pareille stipulation n'a rien de contraire à la loi, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs (2). Cependant la question est controversée et demeure douteuse en jurisprudence (3).

Le maître ou commettant assigné en responsabilité peut faire valoir les exceptions appartenant à l'auteur du fait, et notamment la prescription que ce dernier pourrait invoquer (4). S'il succombe et est déclaré responsable, il aura son recours contre son domestique ou préposé, si ce dernier est en faute (5).

§ 5. — Responsabilité du dommage causé par un animal.

450. — Règle de l'art. 1385. La responsabilité ne saurait atteindre celui qui a la simple garde de l'animal.

(1) Cass. 3 mars 1884, D. 85, 1, 63.
(2) Cass. 11 juill. 1892, S. 92, 1, 344; Cass. 12 juill. 1892, S. 92, 1, 441, et la note.
(3) Voy. TAMBOUR, *Revue crit.*, 1869, *Exam. doctr.*, p. 193.
(4) Lyon, 30 juin 1887, S. 89, 2, 65.
(5) Cass. 24 fév. 1886, D. 87, 1, 31.

451. — Quand cesse la responsabilité édictée par l'art. 1385.
452. — Cas où l'animal s'est égaré ou échappé; L. 4 avril 1889.
453. — Du dommage causé par le gibier.

450. L'art. 1384 établit le principe d'une responsabilité non seulement à raison du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre, mais encore à raison de celui qui est causé par les choses que l'on a sous sa garde.

Les choses dont il s'agit peuvent être des animaux ou des objets inanimés.

Parlons d'abord des animaux :

ART. 1385. Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé (*).

Cette disposition concerne seulement le dommage causé par les animaux dont on est propriétaire, c'est-à-dire les animaux domestiques, les bêtes de ménagerie, et certains animaux maintenus artificiellement à l'état sauvage, comme les taureaux de course.

La loi établit une présomption de faute contre le propriétaire de l'animal, ou contre celui qui s'en est servi *pendant qu'il était à son usage*, mais non contre tous les deux à la fois (1). Par conséquent la responsabilité du propriétaire, comme tel, cesse dans le cas seulement où le tiers, à qui l'animal a été confié, avait, d'après son titre, le droit de se servir de l'animal, en était, par conséquent, usufruitier, locataire ou commodataire.

Il suit de là que la responsabilité du propriétaire demeure entière lorsqu'il a confié l'animal à un tiers, non pour s'en servir, mais seulement pour le garder (2). Que faudrait-il décider si l'animal ayant été vendu, a causé des dégâts pen-

(*) Art. 1385. — L. 1 §§ 4 et 7; L. 5, D. 9, 1, *Si quadrupes*.
(1) Bourges, 7 déc. 1885, S. 86, 2, 107.
(2) Cass. 4 janv. 1893, S. 93, 1, 80; Paris, 10 mars 1892, S. 92, 2, 255.

dant le temps qui s'écoule entre la conclusion de la vente et la tradition réelle de l'animal? Le cas s'est présenté, et il a été jugé que le vendeur, quoique ayant cessé d'en être le propriétaire, doit être déclaré responsable (1). Pourquoi? C'est probablement parce qu'il avait conservé la garde de l'animal, mais il n'avait plus le droit de s'en servir. Par conséquent l'acheteur, devenu propriétaire, s'était volontairement placé, en n'exigeant pas une tradition immédiate, dans la situation de celui qui laisse temporairement à un tiers la simple garde d'un animal.

La décision qui consacre la persistance de la responsabilité du propriétaire pendant que l'animal a été confié à la garde d'un tiers qui n'en a pas l'usage, a été évidemment déterminée, dans une certaine mesure, par la considération de l'intérêt des victimes d'un accident possible. Il ne fallait pas, en exonérant le propriétaire de toute responsabilité, les laisser en présence d'individus presque toujours absolument insolvables. On comprend donc que le juge soit porté à admettre une solution différente lorsque, par exception, celui qui a eu simplement la garde d'un animal présentait ce qu'on appelle vulgairement une certaine surface. Ainsi il a été jugé qu'une société concessionnaire de la garde et de la surveillance des chevaux et voitures en stationnement près d'un marché doit être assimilée à une personne ayant momentanément l'usage des chevaux confiés à ses soins, et doit par conséquent être responsable dans les termes de l'art. 1385, à l'exclusion du propriétaire (2). On a également décidé que l'aubergiste qui reçoit un cheval dans son écurie peut être assimilé à une personne qui en a momentanément l'usage (3). Mais cela revient à dire qu'une personne *n'ayant pas l'usage*

(1) Trib. Nivelles, 7 août 1867, *Pas.*, 78, 3, 254.
(2) Paris, 13 janv. 1892, S. 92, 2, 200.
(3) Trib. Bruxelles, 9 nov. 1881, *Pas.*, 82, 3, 15.

d'un animal, et par conséquent en dehors des termes de l'art. 1385, peut être assimilée à une personne ayant l'usage d'un animal. Il aurait mieux valu motiver la décision sur les art. 1382 et 1383, ce qui aurait obligé le demandeur à prouver la faute. Quant à l'art. 1384, il consacre une présomption de faute, et les présomptions légales ne peuvent s'étendre par voie d'analogie (1).

451. La responsabilité édictée par l'art. 1385 cesse :

1° Quand celui contre qui elle est invoquée établit qu'il est demeuré dans l'exercice normal de son droit; par exemple en plaçant un chien de garde pendant la nuit dans les dépendances de sa maison d'habitation, de manière à ce que ce chien, attaché à un arbre, ne puisse atteindre que ceux qui pénètrent dans les parties closes de la propriété (2);

2° Lorsque le dommage causé par l'animal n'a eu lieu que par suite d'un événement de force majeure ou d'une faute ou imprudence imputable à la victime (3). Mais on ne saurait considérer comme une imprudence le fait de celui qui a été tué ou blessé en cherchant, par dévouement et pour empêcher un malheur imminent, à arrêter un animal échappé (4);

3° Lorsque le propriétaire de l'animal prouve l'absence de faute, en établissant, par exemple, qu'il lui a été impossible d'empêcher le fait dommageable (5).

Cette dernière opinion est aujourd'hui repoussée par la Cour de cassation et par quelques auteurs (6), principalement par

(1) LAURENT, t. XX, n° 627.

(2) Bordeaux, 6 avr. 1892, S. 92, 2, 183.

(3) Cass. 1er fév. 1892, S. 92, 1, 128.

(4) Paris, 10 mars 1892, S. 92, 2, 255; Bruxelles, 12 mai 1838, *Pas.*, 38, 2, 308.

(5) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 366 *bis* II; LAURENT, t. XX, n° 626; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1355; Cass. 23 déc. 1879, D. 80, 1, 134; Bourges, 14 mars 1881, D. 81, 2, 111.

(6) AUBRY et RAU, § 448, texte et note 10; MARCADÉ, sur l'art. 1385; DEMOLOMBE, t. XXXI, n° 654; Cass. 1er fév. 1892, S. 92, 1, 128; Cass. 9 mars 1886, D. 86, 1, 244.

ce motif que le texte de l'art. 1385 est absolu et sans condition. Une Cour a donné son expression la plus énergique à ce système, en décidant que le propriétaire d'un animal est responsable du dommage causé par ce dernier, quand même il établirait qu'aucune faute ne lui est imputable, *et qu'il est impossible d'assigner une cause au fait de l'animal* (1).

Mais s'il en est ainsi, cela prouve que la responsabilité dont nous parlons est attachée uniquement à la qualité de propriétaire indépendamment de toute idée de faute, et qu'elle est comme une charge de la propriété. Il vaudrait mieux adopter franchement cette idée, comme l'a fait une décision du tribunal de l'empire d'Allemagne (2) et comme l'a déjà fait la Cour de cassation elle-même pour le cas prévu par l'article 1386 (3), que de continuer à mettre en avant des aphorismes qui ne sauraient satisfaire la raison.

452. L'art. 1385 déclare que la responsabilité qu'il édicte est encourue, *soit que l'animal fût sous la garde* du propriétaire, *soit qu'il fût égaré ou échappé*.

L'art. 1er de la loi du 4 avril 1889 contient un complément de cette disposition; il est ainsi conçu :

« Lorsque des animaux non gardés, ou dont le gardien est inconnu, ont causé du dommage, le propriétaire lésé a le droit de les conduire sans retard au lieu de dépôt désigné par le maire, qui, s'il connaît la personne responsable du dommage aux termes de l'art. 1385, lui en donnera immédiatement avis. Si les animaux ne sont pas réclamés, et si le dommage n'est pas payé dans la huitaine du jour où il a été commis, il est procédé à la vente, sur ordonnance du juge de paix, qui évalue les dommages. Cette ordonnance sera affichée sur papier libre et sans frais à la porte de la mairie.

(1) Besançon, 3 déc. 1881, D. 82, 2, 151.
(2) Voy. S. 87, 4, 18.
(3) Cass. 19 avr, 1887, D. 88, 1, 27.

Le montant des frais et des dommages sera prélevé sur le produit de la vente. En ce qui concerne la fixation du dommage, l'ordonnance ne deviendra définitive, à l'égard du propriétaire de l'animal, que s'il n'a pas formé opposition par simple avertissement dans la huitaine de la vente. Cette opposition sera même recevable après le délai de huitaine, si le juge de paix reconnaît qu'il y a lieu, en raison des circonstances, de relever l'opposant de la rigueur du délai. »

Nous avons déjà commenté les dispositions de la même loi du 4 avril 1889, concernant *les pigeons des colombiers* et les *abeilles* (Voy. t. IV, nos 28 et 30), et mentionné le droit, pour les propriétaires lésés, de tuer sur place les pigeons et volailles auteurs du dégât (1).

453. Nous avons également parlé (t. IV, no 29), des lapins de clapier et de garenne.

Mais l'art. 1385 n'est pas applicable au dommage causé par le gibier qui n'appartient à personne. Les propriétaires des bois où se tient le gibier ne seront donc responsables des dégâts commis par le gibier, qu'en vertu des art. 1382 et 1383 s'ils ont une faute à se reprocher (2), par exemple, s'ils en ont favorisé la multiplication par leur fait ou leur négligence (3). Cela s'applique surtout aux lapins des bois, sangliers, etc.

Pour dégager sa responsabilité vis-à-vis des propriétaires riverains, il ne suffit pas au propriétaire d'un bois de ne pas y attirer les lapins, sangliers, etc. Il est encore tenu d'employer tous les moyens nécessaires pour prévenir le dommage pouvant résulter du nombre excessif de ces animaux (4), et notamment de faire procéder à des chasses ou battues

(1) Voy. cep. Cass. 11 août 1890, S. 91, 1, 169, une restriction concernant les pigeons voyageurs.

(2) Cass. 16 janv. 1889, S. 89, 1, 176.

(3) Cass. 28 oct. 1891, S. 92, 1, 438.

(4) Cass. 7 janv. 1891, S. 91, 1, 64.

sérieuses (1); il serait en faute s'il ne faisait que des chasses insuffisantes, telles que des chasses à courre (2), ou négligeait de concourir aux battues ordonnées par le préfet (3).

Il a cependant été jugé que le propriétaire d'un bois pouvait se borner, avant tout dommage, à donner aux voisins le droit de détruire eux-mêmes les lapins (4). Mais il n'est pas admissible qu'on puisse ainsi échapper à une responsabilité, en chargeant ceux qui doivent souffrir de la faute du soin de la réparer.

La faute à prouver contre celui qui a le droit de chasse dans les bois d'où sont sortis les lapins, sangliers, etc., est suffisamment précisée par le jugement qui, après avoir constaté que les récoltes du demandeur en indemnité ont été dévorées pour partie, déclare que le défendeur ne justifie d'aucune mesure par lui prise afin de prévenir le dommage (5).

Les solutions qui viennent d'être indiquées s'appliquent non seulement aux propriétaires des bois, mais encore aux locataires, adjudicataires ou cessionnaires d'un droit de chasse. Si le défendeur n'a été actionné que comme cessionnaire des droits d'un tiers, locataire lui-même ou fermier d'un droit de chasse, le juge de paix saisi de la demande peut statuer sans excéder les limites de sa compétence, s'il n'a pas eu à interpréter ni à appliquer l'acte de cession, le cédant n'ayant pas été mis en cause (6).

§ 6. — Responsabilité du dommage causé par un édifice.

454. — Principe de l'art. 1386. Le propriétaire seul est responsable; peut-il combattre la présomption sur laquelle repose sa responsabilité?

(1) Cass. 6 mars 1893, S. 93, 1, 232.
(2) Cass. 20 mars 1888, S. 89, 1, 56.
(3) Cass. 8 juill. 1890, S. 91, 1, 8.
(4) Cass. 19 mars 1883, D. 84, 1, 56.
(5) Cass. 3 déc. 1890, D. 91, 1, 106.
(6) Cass. 3 août 1891, D. 92, 1, 566.

455. — Application aux édifices consacrés à un culte public.
456. — Droit des voisins d'une maison menaçant ruine.
457. — De la ruine arrivée au cours d'une construction.
458. — Cas où l'immeuble appartenait à plusieurs.

454. La responsabilité d'un propriétaire peut encore être encourue à l'occasion d'un dommage causé par sa chose. Nous avons déjà vu sous l'art. 1384 (*suprà*, n° 439), ce qui concerne le dommage causé par un meuble. Le Code s'occupe spécialement dans le texte suivant du dommage causé par un immeuble :

ART. 1386. Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction (*).

Le demandeur en indemnité doit prouver que la ruine est arrivée ou par un vice de construction ou par un défaut d'entretien. Le propriétaire ne serait donc pas responsable de l'écroulement de l'immeuble survenu par suite d'un tremblement de terre ou autre accident, si d'ailleurs l'édifice avait été construit suivant les règles de l'art et entretenu normalement (1). Mais, dit la Cour de Toulouse, lorsqu'il est établi que la ruine du bâtiment est due au vice de la construction ou au défaut d'entretien, le propriétaire ne saurait être exonéré de la responsabilité, en invoquant sa bonne foi et l'absence de toute négligence ou imprudence *personnelle*. L'art. 1386 édicte, en effet, en cas de ruine par vice de construction ou défaut d'entretien, une présomption de faute de laquelle le propriétaire de l'édifice *au moment de la ruine* ne peut être relevé par aucune considération étrangère au fait de l'écroulement (2).

Sans doute ce propriétaire pourra exercer un recours, soit contre son vendeur, s'il y a lieu; soit contre son archi-

(*) Art. 1386. — LL. 6, 7, 8, 9, etc., D. 39, 2, *De damno infecto*.
(1) Toulouse, 25 mai 1892, S. 92, 2, 221.
(2) Arrêt précité.

tecte ou entrepreneur si la ruine se produit dans les dix ans de l'achèvement du bâtiment (art. 1792 et 2270), soit contre l'usufruitier, si la ruine provenait du défaut de réparations usufructuaires (art. 605), ou si l'usufruitier connaissant le danger de ruine avait omis de l'en avertir (art. 614). Mais il peut arriver aussi qu'il n'ait aucun recours. Il se trouvera dans ce cas définitivement responsable sans qu'il y ait aucune faute personnelle à lui reprocher, et il est alors contraire à la justice et à la logique de lui refuser de faire la preuve qu'il n'y a eu aucune faute de sa part, sous prétexte que la présomption de faute sur laquelle reposerait l'art. 1386, n'admet pas la preuve contraire (1).

La Cour de cassation déclare aussi que le propriétaire ne peut s'exonérer de la responsabilité invoquée contre lui, en offrant de prouver qu'il n'a pu empêcher la ruine du bâtiment... Mais pourquoi? Ce n'est pas à raison d'une présomption de faute qui n'admettrait pas la preuve contraire; c'est parce qu'il s'agit d'une responsabilité *attachée à la propriété elle-même* (2).

Cet aperçu expliquerait pourquoi le propriétaire seul est déclaré responsable, vis-à-vis des tiers, et par conséquent même dans le cas où il y aurait un usufruitier. C'est contre lui seul que la partie lésée peut agir, sauf à lui à recourir, le cas échéant, contre l'usufruitier.

455. Il y a lieu de faire l'application de ces principes aux immeubles appartenant aux départements (3) et aux communes, spécialement quant aux églises et édifices consacrés à un culte public, et appartenant aux communes (Voy. t. IV, n° 69). L'art. 136, § 12, de la loi du 5 avril 1884, classe parmi les dépenses obligatoires des communes : « Les grosses ré-

(1) Voy. LAURENT, t. XX, n° 642.
(2) Cass. 19 avr. 1887, D. 88, 1, 27.
(3) Voy. arrêt de la Cour de Tarbes, cité dans *Gaz. Pal.*, 2, 3 et 4 juin 1895.

parations aux édifices communaux, sauf, lorsqu'ils sont consacrés aux cultes, l'application préalable des revenus et ressources disponibles des fabriques à ces réparations ». Donc, en cas d'accident causé par la ruine d'une église, la commune propriétaire est responsable en cette qualité; la responsabilité de la fabrique ne serait engagée que s'il était établi contre elle que la ruine est la conséquence d'une faute par elle commise, défaut de contribuer dans la mesure de ses ressources aux dépenses d'entretien, négligence à avertir la commune du mauvais état de l'édifice (1).

456. Les voisins d'une maison qui menace ruine, n'ont plus, comme autrefois, le droit d'exiger que le propriétaire la répare ou la démolisse (2). Ils n'ont qu'à signaler à la municipalité une situation qui paraît inquiétante. L'art. 97 de la loi du 7 avril 1884 place en effet dans les attributions de la police municipale « tout ce qui intéresse..... la démolition ou réparation des édifices menaçant ruine », et l'article 471 n° 5 du Code pénal édicte une peine de simple police contre ceux qui auront négligé ou refusé de réparer ou démolir les édifices menaçant ruine. Si le maire averti ne croyait pas devoir prendre des mesures immédiates, le voisin menacé pourrait faire signifier au propriétaire un acte extrajudiciaire portant sommation d'avoir à faire le nécessaire pour éviter tout accident. Cette sommation aurait pour résultat, en cas d'accident, de mettre hors de doute la faute du propriétaire (3).

457. Si la ruine arrive pendant le cours d'une construction, on est en dehors du cas prévu par l'art. 1386. La responsabilité pèsera sur le propriétaire s'il s'est réservé la direction

(1) Conseil d'État, 9 août 1893.

(2) Voy. LAURENT, t. XX, n° 646; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1356.

(3) HUDELOT et METMAN, *Des oblig.*, n° 336.

du travail, et dans le cas contraire sur l'entrepreneur ou architecte.

458. Si l'édifice écroulé appartenait à plusieurs, ou s'il s'agissait d'un mur mitoyen, on décide que les divers propriétaires sont responsables solidairement du dommage causé (1). C'est une application de la doctrine qui prévaut en cas de quasi-délit imputable à plusieurs personnes. (Voy. t. VII, nos 313 et suiv.).

L'art. 1386 parle seulement de la ruine d'un bâtiment. Mais il est certain que le propriétaire d'un immeuble serait également responsable du dommage causé par la chute d'un arbre, un éboulement vers un fonds inférieur, etc., si ces événements avaient été causés par sa faute ou sa négligence.

(1) Toulouse, 15 mai 1892, S. 92, 2, 221.

APPENDICE

AUX MATIÈRES TRAITÉES DANS LE TOME HUITIÈME.

N° 1. — *Règles de droit international privé.*

459. — Loi applicable aux divers modes d'extinction des obligations ; paiement.
460. — Subrogation.
461. — Compensation, confusion, novation, remise de dette.
462. — Action en nullité ou en rescision ; en résolution.
463. — Confirmation.
464. — Quasi-contrats ; délits civils, quasi-délits.
465. — Questions de preuve
466. — Chose jugée.
467. — Du serment.

459. La loi qui a présidé à la formation de l'obligation doit, en principe, régir également son extinction. Mais on peut concevoir qu'une obligation conventionnelle née dans un certain pays, ait été envisagée comme devant être exécutée dans un autre. C'est donc, suivant les cas, soit à la loi nationale des contractants, soit à la *lex contractus* qu'il faudra se référer pour déterminer les différents modes d'extinction des obligations (Voy. t. I, n° 159).

Le paiement doit donc être soumis, en règle générale, à la loi du lieu où il doit être effectué, non seulement en ce qui touche la manière dont il doit être fait, mais en ce qui concerne les personnes qui ont le devoir ou le droit de l'effectuer.

Par application de cette règle, le créancier ne peut refuser le papier-monnaie qui a cours forcé dans le lieu fixé pour le paiement, même dans le cas où la substitution du papier à la monnaie métallique aurait eu lieu postérieurement à la

convention (1). Les parties peuvent cependant convenir que le paiement sera effectué en une monnaie déterminée (Voy. *suprà*, n° 41).

460. A la matière du paiement se rattache celle de la subrogation. Nous avons démontré que la subrogation conventionnelle n'est pas la fiction d'un transport-cession, mais seulement la fiction d'un transport-mandat (Voy. *suprà*, n^os^ 47 à 54). Le subrogé, vis-à-vis du débiteur et des tiers agit comme *procurator in rem suam*. De là il suit que les effets de la subrogation conventionnelle doivent être déterminés par la loi qui fixe les droits du créancier, c'est-à-dire par la loi même qui régit le contrat duquel est née la créance (2). Nous avons déjà indiqué certaines conséquences pratiques de cet aperçu (*suprà*, n° 55). On soutient néanmoins que lorsque la subrogation résulte d'un emprunt fait par le débiteur, la loi du pays où elle est invoquée doit être observée; ainsi en France la subrogation ne saurait être invoquée si elle avait eu lieu après le paiement, attendu que les formalités exigées par la loi territoriale, sont motivées par des considérations d'utilité générale (Voy. *suprà*, n° 65).

Ce sont également des considérations d'intérêt général qui limitent les circonstances dans lesquelles peut se produire une subrogation légale. Il faut donc admettre que cette subrogation dépend de la loi du lieu où le paiement doit être effectué par celui qui est subrogé.

461. En matière de compensation, faudra-t-il admettre aussi l'application de la loi en vigueur au lieu où s'est accompli le fait permettant de l'alléguer, c'est-à-dire la naissance de la seconde obligation? Ainsi, lorsqu'un débiteur qui s'est obligé en pays étranger devient créancier en France, faudra-t-il, s'il se porte demandeur de ce qui lui est dû, lui appliquer

(1) Cass. 11 fév. 1873, S. 73, 1, 97, note de M. LABBÉ.
(2) Conf. DESPAGNET, n° 434.

la compensation produisant son effet de plein droit, quand même la loi de son pays le repousserait? La raison de douter vient de ce que le fait entraînant la compensation est étranger au contrat et ne peut être entré dans les prévisions normales des parties. D'un autre côté, s'il est rationnel que le paiement soit régi par la loi du lieu où il doit être effectué, il n'en est plus ainsi quand il s'agit d'un paiement idéal, résultant d'une compensation de plein droit. Nous pensons donc que la compensation ne peut s'opérer que s'il est satisfait à chacune des deux lois (1). Il faut en dire autant de la confusion.

Dans le cas de novation c'est la loi régissant le contrat nouveau qui doit être consultée pour savoir si une novation régulière a pu se produire et quelles doivent être ses conséquences.

Pour la remise de dette dont l'effet extinctif est équivalent à celui d'un paiement, on admet généralement que la loi du lieu du paiement doit être observée quand il s'agit de savoir de quels faits elle peut résulter.

462. Le point de savoir quelle loi doit être suivie pour l'exercice des actions en nullité, en rescision ou en résolution, a donné lieu à certaines difficultés.

Si l'action en nullité est fondée sur l'incapacité de l'une des parties contractantes, elle est régie par la loi nationale de cette dernière, comme tout ce qui a trait à son statut personnel.

Si elle est fondée sur un vice du consentement il semble logique d'adopter la même solution. Il n'est pas possible en effet d'appliquer la loi du contrat comme ayant été présomptivement acceptée par le demandeur en nullité, car ce serait préjuger l'existence du consentement qui est justement en question. Il faut donc appliquer la loi nationale du deman-

(1) Brocher, *Nouveau traité*, etc., t. II, n° 170.

deur en nullité (1). La même décision devrait être appliquée à l'action en rescision, puisque la lésion se rattache aux vices du consentement (Voy. t. VII, n° 40).

Les actions en résolution fondées sur une condition résolutoire expresse ou tacite, ayant en réalité leur source dans le contrat, doivent être régies par la loi même du contrat (2). Il y a un cas cependant où l'exercice de l'action résolutoire peut dépendre de la loi territoriale. Ainsi, d'après l'art. 1er de la loi du 23 mars 1855, l'action résolutoire est perdue pour le vendeur quand il n'a pas conservé son privilège par une inscription prise en temps utile. C'est là une règle intéressant le crédit public applicable à tout immeuble situé en France.

463. La confirmation considérée comme fin de non-recevoir contre l'action en nullité ou en rescision, est régie, en ce qui concerne les formes de l'acte qui la constate, par la loi du pays où cet acte a été dressé.

Quant au fait juridique de la confirmation envisagée en elle-même, il faut distinguer :

En principe, la confirmation se présente, non comme un contrat nouveau, mais comme un fait unilatéral exclusivement personnel à celui qui le réalise (Voy. *suprà*, n° 273). Il faut donc, à ce point de vue, appliquer la loi nationale de l'auteur de la confirmation, à moins que ce dernier, se trouvant dans un autre pays que le sien, puisse être supposé, d'après les circonstances, avoir voulu se référer à la *lex loci*.

Néanmoins si, en fait, l'acte confirmatif se présente dans la forme d'une convention, il sera envisagé comme un contrat nouveau et régi par la *lex loci contractus*.

464. Les obligations dérivant des quasi-contrats, des délits civils et des quasi-délits, sont régies par la loi du lieu où

(1) LAURENT, *Dr. int. pr.*, t. VIII, p. 228; DESPAGNET, n° 418; *Contrà*, BROCHER, t. II, p. 81.

(2) LAURENT, t. VII, n° 472; DESPAGNET, n° 418; BROCHER, t. II, p. 123.

s'est produit le fait obligatoire. C'est un point que nous avons déjà établi (Voy. t. I, n° 165).

Que faut-il décider si le fait obligatoire, un quasi-contrat de sauvetage, s'est produit en mer?

Pour déterminer le montant de l'indemnité revenant aux sauveteurs, il faudra appliquer la *lex loci*, quelle que soit la nationalité des navires engagés dans la contestation, si le sauvetage a eu lieu dans les eaux territoriales d'un certain pays. Si le sauvetage a eu lieu en pleine mer, il faudra appliquer la loi nationale des navires sauveteurs et de leur équipage (1), car il n'y a pas à tenir compte de la nationalité du vaisseau abandonné.

En matière d'abordage, si le fait s'est produit dans les eaux territoriales d'un certain pays, c'est la loi de ce pays qui sera appliquée (2). Si l'abordage a eu lieu en pleine mer entre deux navires de pavillon différent, on ne peut pas recourir aux règles de police édictées dans les règlements d'un État, pour apprécier au point de vue juridique si l'un des capitaines est en faute. Il faut alors décider que les responsabilités doivent être jugées d'après cette règle universelle que les capitaines dont les navires parcourent les mers sont tenus de prendre toutes les précautions nécessaires pour ne point gêner l'usage public et libre de ces eaux et pour ne point nuire aux navigateurs (3). Cette solution ne serait pas évidemment applicable entre deux navires appartenant à des nations ayant adhéré au règlement international sur les abordages, en date du 12 mars 1863, modifié en 1879, et inséré dans un décret du 4 novembre 1879.

(1) Voy. Trib. comm. Anvers, cité par VINCENT et PENAUD, *Dr. int. pr.*, Revue de l'année 1889, v° *Assistance maritime*, n° 2.

(2) Voy. LABBÉ, S. 75, 1, 97; LYON-CAEN, *Journ. de Dr. int. pr.*, 1882, p. 598; 1885, p. 604.

(3) Aix, 23 déc. 1857, D. 58, 2, 39; Comp. H. C. Amirauté, 11 mai 1881, *Journ. de Dr. int. pr.*, 1883, 1, 175.

Le tribunal compétent pour connaître de l'action en indemnité, est, en dehors du tribunal du domicile du défendeur, celui qui est le plus voisin du lieu du sinistre, et celui du port de destination ou de débarquement du navire abordé (1).

465. Pour ce qui concerne la preuve des obligations, ou des faits opérant libération, nous renvoyons à la distinction que nous avons déjà formulée (Voy. t. I, n° 174). Le plus souvent ce sera donc la loi du lieu où l'acte a été passé qui devra être observée. Il en sera ainsi, par exemple, de la date certaine qui sera établie d'après la loi du pays où l'écrit a été rédigé (2).

466. Mais c'est surtout en matière de chose jugée que s'élèvent les difficultés les plus sérieuses.

Il s'agit d'abord de savoir si les jugements rendus par les tribunaux étrangers, sauf en matière de questions d'état (Voy. t. I, n° 158) (3), doivent obtenir en France l'autorité de la chose jugée, même avant d'avoir été déclarés exécutoires par un tribunal français?

L'affirmative a été soutenue par le motif qu'il ne faut pas confondre les actes matériels d'exécution pour lesquels l'*exequatur* est nécessaire, avec une application pure et simple de l'art. 1351. L'autorité de la chose jugée résulte d'ailleurs du quasi-contrat judiciaire par lequel les parties ont implicitement accepté la décision du tribunal étranger qui a tranché leur différend, et les juges français doivent respecter ce quasi-contrat comme ils seraient tenus de respecter une convention extrajudiciaire passée en pays étranger. D'où la conséquence que le tribunal fran-

(1) Rouen, 4 mai 1880, D. 81, 2, 121 ; Comp. Rennes, 28 juill. 1875, D. 77, 2, 237.

(2) Cass. 23 mai 1892, S. 92, 1, 521.

(3) Trib. Seine, 28 mars 1893, *Revue critique*, 1894, *Examen doctrinal*, p. 259.

çais n'aurait pas le droit de réviser le jugement au fond (1).

La théorie de l'*intérêt français* (Voy. t. I, n° 152) adopte la même solution, excepté quand il s'agit d'un jugement rendu contre un Français (2).

Mais il n'est pas possible d'assimiler ce qu'on appelle le quasi-contrat judiciaire à une convention libre, et quand les art. 2123, C. C., et 546, C. pr. civ., parlent de l'exécution des jugements étrangers, ils entendent cette exécution dans un sens large se référant aussi bien à l'effet dérivant de l'autorité de la chose jugée, qui constitue une exécution juridique, qu'aux actes de la force publique destinés à procurer une exécution matérielle. Il faut donc, et c'est l'opinion qui prévaut dans la doctrine comme dans la jurisprudence, décider que le jugement rendu en pays étranger n'a pas en France autorité de la chose jugée, tant que l'*exequatur* n'a pas été obtenu, et nous verrons, sous l'art. 2123, que le juge à qui l'*exequatur* est demandé, a le droit de réviser le fond (3).

Il suit de là que, tant que l'*exequatur* n'est pas délivré, si la partie contre laquelle le jugement a été rendu porte devant un tribunal français, sous forme de demande ou d'exception, le litige tranché par le tribunal étranger, l'autre partie ne peut pas s'opposer à un nouvel examen de l'affaire en invoquant l'art. 1351. Par conséquent le Français qui aura été,

(1) BERTAULD, *Quest. prat.*, n° 156; BONFILS, *Comp. des trib. fr.*, n° 264; LABBÉ, note sous Douai, 22 déc. 1863 et Paris, 22 avr. 1864, S. 65, 2, 60; DUBOIS, note sous Paris, 7 mars 1878, S. 79, 2, 164; WEISS, p. 957.

(2) VALETTE, *Revue de Dr. fr. et étr.*, 1849, p. 597; GRIOLET, p. 101; Angers 4 juill. 1866, S. 66, 2, 300.

(3) MERLIN, *Quest.*, v° *Jug.*, § 14, n° 2; COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 89 *bis* IV; LAURENT, t. XX, 3; GLASSON, sur BOITARD, t. II, n° 804, p. 202, note 1; BAUDRY-LACANTINERIE, t. III, n° 1268; LACOSTE, n° 1428; Rouen sous Cass. 28 juin 1881, S. 82, 1, 33; Paris, 19 fév. 1881; *Journ. de Dr. int. pr.*, 1881, p. 155; Comp. Amiens, 26 nov. 1891, S. 92, 2, 97; Comp. AUBRY et RAU, § 769 *ter*.

en pays étranger, débouté de sa demande contre un prétendu débiteur étranger, pourra reproduire cette demande devant un tribunal français (1).

467. Si devant la juridiction étrangère l'une des parties a déféré le serment à l'autre qui a affirmé l'existence ou la non existence d'un fait allégué, on admet que le serment ainsi prêté fera preuve devant le juge français, parce que ce serment a eu lieu en vertu d'une sorte de convention librement intervenue entre les parties. Mais le fait de la prestation de ce serment ne peut être établi que par le jugement étranger qui en a, en quelque sorte, dressé le procès-verbal. Il faut donc reconnaître que si le jugement rendu à l'étranger, n'a pas l'autorité de la chose jugée avant l'*exequatur*, il doit cependant avoir, comme document, une certaine force probante. Il doit, à ce point de vue, valoir comme acte authentique, et faire foi des aveux, déclarations, etc., qu'il contient (2).

Nous aurons à compléter cette matière quand nous expliquerons l'art. 2123.

N° 2. — *Règles fiscales.*

468. — Paiement et droit de quittance.
468 *bis*. — Droit d'enregistrement.
469. — Paiement effectué par un tiers sans subrogation.
470. — Paiement effectué avec subrogation.
471. — Des offres.
472. — De la novation.
473. — De la délégation.
474. — Remise de la dette.
475. — Compensation.

(1) Cass. 11 déc. 1860, S. 61, 1, 331; Lyon, 1er juin 1872, S. 72, 2, 174; AUBRY et RAU, § 769 *ter*.

(2) AUBRY et RAU, § 769 *ter*; Pau, 30 juin 1840; MOREAU, *Effets des jug. étr.*, n° 81; *Contrà*, trib. Seine, 10 mars 1880, *Journ. de Dr. int. pr.*, 1880, p. 192.

476. — Confusion. — Effets de la nullité des actes enregistrés.
477. — Preuve. — Droits de titre sur jugements de condamnation.

468. En ce qui concerne la constatation des causes d'extinction des obligations, nous rappelons la distinction à établir entre le droit de timbre et le droit d'enregistrement.

D'après l'art. 1er de la loi du 13 brumaire an VII, le droit de timbre est imposé et tarifé, soit en raison de la dimension du papier dont il est fait usage, soit, pour les effets négociables ou de commerce, en raison des sommes y exprimées, sans égard à la dimension du papier.

L'art. 12 assujettit au timbre de dimension tous les papiers à employer pour les actes et écritures soit publics, soit privés. Les quittances proprement dites et les reçus rentraient dans cette formule générale.

La loi du 23 août 1871 a voulu, principalement pour les quittances, affranchir les parties de l'obligation du timbre de dimension, remplacé désormais par un droit de 0 fr. 10, acquitté au moyen d'un timbre mobile.

L'art. 18 de la loi précitée, vise : « les quittances pures et simples, les reçus et décharges de sommes et objets, pourvu qu'ils soient faits sous signature privée et ne contiennent pas d'autres dispositions que celles spécifiées au présent article. »

Voici quelles sont, en cette matière, les principales décisions de la jurisprudence (1) :

1° Les mots « quittances, reçus et décharges » sont synonymes ; ils désignent tous des écrits libératoires, remis au débiteur par le créancier, pour prouver l'extinction de l'obligation. Les simples reçus qui constatent uniquement des remises de sommes ou valeurs et qui ne se réfèrent pas à un *vinculum juris* antérieur ne se trouvent pas compris dans la prévision de la loi (2) ;

(1) Voy. Testoud, *Revue critique*, 1889, *Examen doctrinal*, p. 167.
(2) Cass. 7 mars 1887, *J. P.*, 1884, 647.

2° La quittance n'est passible de l'impôt que lorsqu'elle a été remise au débiteur. Tant qu'elle se trouve entre les mains du créancier, elle ne constitue qu'un projet, et la loi ne saurait l'atteindre (1).

Il suit des solutions qui précèdent que la taxe de 0 fr. 10 n'est pas due sur les reçus d'objets à expédier, délivrés aux expéditeurs par les entrepreneurs de transport. On trouve cependant des décisions contraires (2).

468 *bis*. En ce qui concerne le droit d'enregistrement :

Les actes de quittance et tous autres actes et écrits portant libération de sommes et valeurs mobilières sont assujettis au droit proportionnel de 0 fr. 50 pour 100, exigible sur le total des sommes ou capitaux dont le débiteur se trouve libéré (L. 22 frim. an VII, art. 14, n° 3).

Si, dans la quittance de remboursement d'une créance ou d'une rente, on énonce que *tous les intérêts et arrérages échus ont été payés*, le droit doit être perçu sur cinq années d'arrérages, à moins que la date du titre ne soit plus récente, ou que le paiement des arrérages ait eu lieu par quittances enregistrées. Il en serait de même s'il était dit que le créancier décharge le débiteur de toutes choses quelconques relatives au capital remboursé.

En cas de vente, la quittance donnée *par le même* acte pour tout ou partie du prix entre les contractants, n'est point sujette à un droit particulier d'enregistrement (L. précitée, art. 10). Il en est de même de la quittance du loyer ou fermage d'un bail, dans l'acte même de bail, de la quittance de la dot dans un contrat de mariage.

469. Lorsque le paiement est fait par un tiers sans subrogation, et que le débiteur n'a pas été présent au paiement,

(1) Cass. (Chambres réunies), 4 juin 1880, *J. d. P.*, 1880, 758; *Revue critique*, 1881, p. 718.

(2) Trib. Seine, 25 mars 1881; Trib. Rouen, 13 avr. 1881, *J. P.*, 81, 1262.

le seul droit exigible est celui de quittance à 0 fr. 50 pour 100. En effet, le paiement sans subrogation a éteint l'obligation, et le recours du tiers contre le débiteur ne résulte point d'une convention mais d'un quasi-contrat (art. 1375).

Au contraire, lorsque le débiteur a été présent au paiement, c'est comme s'il empruntait du tiers les fonds nécessaires pour sa libération. Le droit d'obligation est par conséquent exigible (1 pour 100) (1).

470. Dans le cas de paiement avec subrogation, on distingue :

1° En cas de subrogation légale, la convention des parties est purement libératoire; la libération étant un effet direct de la loi ne donne ouverture à aucun droit particulier; il n'y a donc à payer que le droit de 0 fr. 50 pour 100 (2);

2° En cas de subrogation conventionnelle opérée par la volonté du créancier, on considère qu'à l'égard du créancier subrogeant, l'opération produit les effets d'un paiement, mais qu'à l'égard du subrogé elle produit ceux d'une cession; le droit de cession de 1 pour 100 est donc exigible;

3° En cas de subrogation conventionnelle opérée par la volonté du débiteur, un emprunt préalable étant supposé, le droit de 1 pour 100 est encouru (3).

471. D'après l'art. 68 § 1er, n° 30, de la loi du 22 frim. an VII : « Les offres ne faisant pas titre au créancier et non acceptées » sont soumises à un droit fixe porté à 3 fr. par la loi du 28 fév. 1872, art. 4.

Elle suppose que la somme offerte est due en vertu d'un titre enregistré. Mais s'il n'est pas justifié de l'enregistrement de la convention ou de l'acte qui notifie les offres, le droit proportionnel est exigible sur le procès-verbal lorsqu'il forme

(1) Trib. Auch, 19 août 1873, *Le contrôl.*, n° 15171.
(2) Cass. 24 déc. 1839, S. 40, 1, 181.
(3) Voy. DEMANTE, t. II, n° 546.

titre en faveur du créancier. La possibilité d'une rétractation des offres ne saurait mettre obstacle à la perception du droit proportionnel, car cette rétractation n'empêcherait pas l'aveu de subsister avec son caractère définitif de preuve littérale (1).

Quand les offres sont acceptées par le créancier, le procès-verbal donne ouverture au droit de quittance de 0 fr. 50 pour 100. Le droit de titre ne peut alors être perçu concurremment avec le droit de quittance, quand même le titre ne serait pas enregistré, attendu que quand un acte constate en même temps une créance et l'extinction de cette créance, la régie ne peut exiger l'impôt que pour la libération qui est la seule disposition utile (2). Il en est autrement et les deux droits doivent être perçus quand la libération n'entraîne pas l'extinction du titre de créance, comme dans le cas où les offres acceptées sont relatives aux termes échus d'une pension viagère due sans titre enregistré.

Le droit fixe ne peut être exigé sur un procès-verbal d'offres cumulativement avec le droit proportionnel.

472. La novation n'a pas été spécialement tarifée, mais comme elle se traduit par une convention nouvelle, elle se trouve nécessairement soumise au droit de cette convention. Ce sera le droit d'obligation, de constitution de rente, de vente, etc., selon le but de la convention nouvelle. (L. 22 frim. an VII, art. 4 et 69).

Lorsqu'une obligation conditionnelle est remplacée par une obligation pure et simple, mais pour le cas seulement où la condition se réaliserait, le droit fixe est seul exigible sur la seconde convention, sauf la perception du droit proportionnel lors de la réalisation de la condition. Si, au contraire, on a entendu nover définitivement en substituant une obligation

(1) Trib. Seine, 15 juin 1883; GARNIER, *Répert. pér.*, n° 6196.
(2) Cass. 26 janv. 1885, D. 85, 1, 323; *Instr.* du 15 juill. 1885, n° 2716 § 6.

pure et simple à une obligation conditionnelle, la seconde convention donne ouverture au droit proportionnel.

Lorsqu'une obligation pure et simple a été novée par une obligation conditionnelle, le droit fixe est seul dû pour cette nouvelle obligation, que la novation soit ou non subordonnée à la réalisation de l'événement prévu.

Les auteurs et la jurisprudence voient une novation dans la transformation d'un dépôt en prêt, d'un prêt en dépôt, etc. Suivant cette doctrine, le droit proportionnel est exigible quand un dépôt de sommes effectué chez un particulier, et qui a été assujetti au droit de 1 pour 100, est converti en prêt ou réciproquement (1). A plus forte raison doit-il en être ainsi dans l'opinion que nous avons exposée (*suprà*, n° 113), et suivant laquelle il n'y aurait pas une véritable novation dans les hypothèses envisagées.

Pareillement, en cas de transformation d'un prêt en une rente viagère, l'objet et la nature de la dette sont changés, et le droit de 2 pour 100, pour constitution de rente viagère, devient exigible.

Si la rente viagère est convertie en un capital exigible à terme, il s'opère comme une rétrocession faisant rentrer le capital aliéné en la possession du débiteur, et le droit de 1 pour 100 devient exigible.

473. En cas de délégation, le droit de 1 pour 100 est applicable à la délégation, soit qu'elle opère, soit qu'elle n'opère pas novation, du moment où elle intervient entre le délégant, le délégué et le délégataire (2).

En l'absence du délégataire ou du délégué, la convention intervenue entre le délégant et l'autre partie se traduit par une indication de paiement. Si le délégant a traité avec le délégataire seulement, on applique sans difficulté l'art. 69 § 3,

(1) GARNIER, *Rép. gén.*, v° *Novation*, n° 23; *Contrà*, CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. II, n° 978.

(2) Voy. DEMANTE, t. II, n° 423.

n° 3, de la loi du 22 frim. an VII qui assujettit au droit de 1 pour 100 : les transports, cessions et *délégations de créances à terme; les délégations de prix stipulées dans un contrat...*

Si le délégant a traité avec le délégué seulement, cette simple indication du paiement ne crée ou ne transporte aucune obligation. Il n'y a pas de contrat puisque l'on ne rencontre pas la personne qui doit bénéficier de l'opération. Cette indication n'étant pas tarifée par la loi ne devrait donc être assujettie qu'au droit fixe des actes innomés. La plupart des auteurs se prononcent dans ce sens. La Cour de cassation avait d'abord partagé cette manière de voir; mais elle n'a pas tardé à admettre la perception du droit proportionnel en se fondant sur les termes généraux de l'art. 69 précité, et sur ce que l'art. 68 §1er, n° 3, de la même loi, édicte un droit fixe particulier pour les acceptations de délégation, ce qui implique que le droit proportionnel doit être perçu avant l'acceptation. En vertu du même raisonnement, on a soumis au droit proportionnel la délégation même faite par le débiteur seul (1).

La délégation faite à titre de nantissement ou en garantie donne lieu seulement au droit fixe quand l'acte ne confère au créancier qu'un simple droit de préférence pour se faire payer sur le prix, sans lui donner le droit de poursuite, ni d'être payé directement sans le concours du délégant. Mais il peut arriver qu'une telle délégation rende exigible le droit proportionnel sur un acte enregistré provisoirement au droit fixe comme acte de commerce (2).

En vertu du principe que toute personne figurant dans un acte comme partie est tenue des droits auxquels cet acte donne lieu, l'administration peut réclamer tant les droits de délégation que ceux du contrat principal au délégant, au

(1) Cass. 7 janv. 1839, S. 39, 1, 77; Cass. 11 nov. 1822, S. 23, 1, 218.
(2) Cass. 22 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 7-8 juin 1895.

délégué ou au créancier délégataire s'il a assisté à la délégation (1).

474. La remise de dette est passible soit du droit de quittance, soit du droit de donation, suivant que le créancier qui l'a consentie a été déterminé soit par l'impossibilité d'obtenir ce qui lui était dû ou tout autre motif équivalent, soit par une intention de libéralité (2). Mais pour qu'elle donne lieu à la perception du droit de donation, la remise de dette doit être acceptée par le débiteur.

Quant aux déclarations ne constituant ni libération, ni donation, elles ne peuvent donner lieu qu'au droit fixe. Telles sont les déclarations du tuteur qui, ayant dépensé pour ses pupilles au delà de leur revenu, les dispense dans le compte de tutelle de lui payer l'excédent; les déclarations par lesquelles un père renonce à réclamer les frais d'éducation, etc. Dans aucun de ces cas, en effet, le renonçant n'était investi d'une action.

475. Le droit de quittance étant établi sur tous actes portant libération de sommes et valeurs mobilières, est naturellement exigible en matière de compensation conventionnelle ou facultative. Il faut remarquer toutefois qu'il n'est dû qu'un seul droit de quittance quoiqu'il y ait une double libération, parce que chaque libération est la conséquence de l'autre dont elle forme une disposition dépendante. Mais en cas de compensation légale la libération étant l'œuvre de la loi elle-même qui anéantit la dette, les constatations que les parties où les jugements font à cet égard n'opérant aucun changement dans la situation des choses, doivent demeurer affranchies du droit proportionnel de quittance. C'est ce que la Cour de cassation a reconnu, suivant en cela l'opinion à peu près générale de la doctrine (3). La régie

(1) Trib. Rouen, 29 juill. 1874, *Dict. enr.*, v° *Délégation*, n° 351.
(2) Cass. 28 fév. 1870, D. 70, 1, 417.
(3) Cass. 16 mai 1870, S. 71, 1, 60; Comp. Cass. 25 mars 1885, S. 85, 1, 457.

continue cependant à percevoir le droit proportionnel!...

D'une manière générale celui qui a une créance sur l'Etat ne peut l'opposer en compensation avec les droits d'enregistrement dont il est redevable.

Mais l'imputation par voie de compensation des droits d'enregistrement, antérieurement perçus, sur des droits reconnus depuis exigibles, est autorisée soit dans le cas où la seconde perception est le complément de la première, soit dans le cas où, opérée sur les diverses perceptions auxquelles a donné lieu un même acte, elle a pour résultat de contrebalancer les perceptions exagérées par les perceptions insuffisantes. L'imputation doit être écartée au contraire, si elle doit avoir pour effet de faire opérer la restitution de droits régulièrement perçus (1).

476. La libération qui résulte de la confusion découle directement de la loi. Le droit de quittance ne peut donc être réclamé sur les actes qui constatent une confusion. Mais cela n'est vrai que s'il s'agit de la simple constatation d'une confusion préexistante, car la confusion résultant de l'acte lui-même, et qui est l'effet de cet acte, constitue une convention passible de son droit particulier (2).

Supposons maintenant qu'un acte ayant été soumis à la formalité de l'enregistrement, soit ensuite annulé; la régie pourra-t-elle encore, après cette annulation, réclamer les droits que le receveur a omis de percevoir lors de l'enregistrement? La négative semble résulter d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1881 (3), si la nullité a été régulièrement constatée, par exemple au moyen d'un jugement. L'art. 60 de la loi du 22 frim. an VII, invoqué en sens con-

(1) GARNIER, *Rép. gén.*, v° *Compensation*, n°s 81 et suiv.; Voy. Cass. 30 janv. 1855, S. 55, 1, 130.

(2) Voy. DEMANTE, t. II, n° 537; sur la compensation et la confusion, voy. TESTOUD, *Revue critique*, 1886, *Examen doctr.*, p. 89.

(3) Voy. TESTOUD, *Revue critique*, 1883, *Examen doctr.*, p. 398.

traire, ne concerne que les droits régulièrement *perçus*. Quand la régie n'a rien perçu, elle ne saurait, en l'absence d'un texte prévoyant cette situation, être autorisée à réclamer une créance qui n'a plus d'objet.

477. Les règles fiscales que nous avons indiquées ci-dessus, peuvent toutes se référer à la théorie générale de la preuve littérale qu'elles complètent à certains égards. Les autres modes de preuve ne peuvent, par leur emploi, donner lieu à la perception de droits spéciaux. Ils doivent, en effet, aboutir finalement à un jugement statuant sur les points litigieux, et c'est sur l'enregistrement de ce jugement que seront perçus les droits de condamnation, de titre et autres reconnus exigibles (V. L. 22 frim. an VII, art. 69 § 2, n° 9). La Cour de cassation décide que le droit est dû sur tout ce qui est compris dans les constatations soumises au juge par les conclusions respectives des parties, et par conséquent non pas seulement sur le solde formant l'objet de la *demande*, mais sur la totalité même de la valeur formant l'objet de la *convention*. Mais cette solution est vivement contestée (1).

(1) Cass. 20 nov. 1893, *J. de l'Enreg.*, art. 24240; BINET, *Revue critique*, 1894, *Examen doctr.*, p. 208.

FIN DU TOME HUITIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME HUITIÈME.

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE TROISIÈME.

Des contrats ou obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE V.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Pages.

1. — Il ne peut pas y avoir d'obligations perpétuelles. 5
2. — Enumération des modes d'extinction des obligations; art. 1234. 6

SECTION PREMIÈRE. — *Du paiement.*

§ 1er. — **Du paiement en général.**

N° 1. — *Caractère du paiement; par qui il peut être effectué.*

3. — Tout paiement volontaire implique une reconnaissance de dette ou aveu, art. 1235. 9
4. — Du paiement sciemment effectué des obligations naturelles; non répétition. 10
5. — Application; l'acquittement d'une obligation civile imparfaite ou naturelle est maintenu à titre de paiement; l'acquittement d'une obligation morale, ou de convenance, ou de conscience est maintenu à titre de libéralité 12, 14, 16
6. — Qui peut payer, art. 1236. 16
7. — Du paiement effectué par un tiers non intéressé ou intéressé. 17
8. — Suite. Paiement effectué par un tiers au nom du débiteur ou en son nom propre, avec ou sans subrogation. 18
9. — Du recours appartenant à celui qui a payé la dette d'autrui, même en cas d'opposition du débiteur 20
10. — Mode et conditions d'exercice de ce recours. 21
11. — Restrictions de la faculté de payer pour autrui, art. 1237; obligations de faire. 40
12. — Signification des clauses des cahiers de charges, en matière de

Pages.

travaux publics ou autres, interdisant l'emploi de sous-traitants 22

N° 2. — *Conditions à remplir par celui qui paie.*

13. — Cas où le créancier est déjà propriétaire de la chose à livrer . 24
14. — Cas où le créancier n'est pas encore propriétaire, art. 1238 § 1. 25
15. — Cas où la chose mobilière corporelle n'appartenait pas au *solvens* 26
16. — *Quid* si elle a été consommée? art. 1238 § 2. 27
17. — Capacité civile du *solvens*. 28

N° 3. — *A qui le paiement doit être fait.*

18. — Indication générale, art. 1239. 29
19. — Mandataires légaux pour recevoir le paiement. 31
20. — Mandataires conventionnels 32
21. — Révocabilité du mandat conventionnel. 34
22. — Circonstances d'où peut résulter un mandat tacite de recevoir, remise des titres, élection de domicile, notaire, etc. . . . 35
23. — Du paiement fait au possesseur de la créance, art. 1240, tel qu'un héritier apparent. 37
24. — Ou un possesseur à titre particulier. 39
25. — Champ d'application de l'art. 1240. 40
26. — Capacité de celui qui reçoit le paiement, art. 1241. . . . 41
27. — Cas où des oppositions ont été faites entre les mains du débiteur, art. 1242. 41
28. — Jusqu'à quel moment les saisies-arrêts ou oppositions sont-elles possibles? Caractère de la saisie-arrêt. 42
29. — Suite. Paiements effectués en cas de saisie-arrêt. 44

N° 4. — *Comment doit être effectué le paiement.*

30. — Ce qui doit être offert au créancier, art. 1243; de la *dation en paiement* 46
31. — *Quid* si le créancier est évincé de la chose reçue en paiement? 48
32. — Le paiement doit être intégral et non partiel, art. 1244; applications diverses 49
33. — Exceptions au principe ci-dessus. 51
34. — Du délai de grâce accordé par le juge. 52
35. — Effets de ce délai 54

N° 5. — *De la matière du paiement.* 56

36. — Obligation du débiteur d'un corps certain, art. 1245. . . . 57
37. — Obligation ayant pour objet une chose déterminée seulement par son espèce, art. 1246, spécialement d'une somme d'argent. 57
38. — De l'étalon monétaire; monométallisme, bimétallisme . . . 61
39. — Valeurs en papier, billets de banque et autres. 62
40. — Application de l'art. 1895. 63
41. — Des monnaies étrangères. 64
42. — Lieu du paiement, art. 1247. 66
43. — Frais du paiement, art. 1248. . . . . .

§ 2. — Du paiement avec subrogation.

N° 1. — *Généralités.*

Pages.

44. — Base utilitaire de la subrogation. 68
45. — La subrogation qui n'est plus aujourd'hui judiciaire, art. 1249, serait, d'après Pothier, une cession fictive 69
46. — Controverse des auteurs modernes sur ce point 70
47. — Solution proposée : La subrogation est une espèce de *transport-mandat*. 72
48. — Conséquences : 1° L'art. 1690 n'est pas applicable en matière de subrogation 73
49. — 2° Le subrogeant n'est pas garant de l'existence de la créance. 74
50. — 3° Le subrogeant prime le subrogé pour ce qui lui reste dû. 75
51. — 4° La capacité pour subroger n'est pas la même que pour céder. 75
52. — 5° Les règles sur la prescription ne sont pas applicables de la même manière à la subrogation et à la cession. 76
53. — 6° Le subrogeant a deux actions ; le cessionnaire n'en a qu'une. 77
54. — Conclusion 77
55. — Applications pratiques 77

N° 2. — *De la subrogation conventionnelle.*

56. — Subrogation facultative émanée du créancier, art. 1250 § 1er. 79
57. — Conditions du paiement effectué par le tiers qui intervient. . 80
58. — Comment cette subrogation doit être faite et prouvée. . . . 81
59. — Subrogation émanée du débiteur ; sa base juridique. . . . 83
60. — Comment elle s'opère, art. 1250 § 2 ; qui peut ainsi, en qualité d'obligé, consentir la subrogation 84
61. — *Quid* d'un tiers détenteur, ou d'un créancier primé par un autre ? 85
62. — Suite 87
63. — Règles de forme concernant la subrogation autorisée par l'article 1250 § 2 88
64. — Suite 89
65. — Sanction 90

N° 3. — *De la subrogation légale.*

66. — Cas de subrogation légale, art. 1251. 91
67. — 1er *cas* de subrogation légale au profit d'un créancier ; condition de cette subrogation 92
68. — *Quid* si le créancier à désintéresser est titulaire de plusieurs créances ? 93
69. — Cas de concours entre hypothèques générales et hypothèques spéciales 95
70. — 2e *cas* de subrogation légale au profit d'un acquéreur d'immeubles ; — quels acquéreurs peuvent l'obtenir 96
71. — Du paiement à effectuer par l'acquéreur qui veut être subrogé. 99
72. — Etendue de la subrogation dans le cas envisagé 100

Pages.

73. — 3e *cas* de subrogation légale au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres; conditions de cette subrogation 101
74. — Qui peut obtenir cette subrogation; des tiers détenteurs . . 102
75. — De ceux qui sont personnellement obligés à la dette . . . 103
76. — 4e *cas* de subrogation légale, au profit de l'héritier bénéficiaire. 105

N° 4. — *Des effets de la subrogation.*

77. — Effets contre les cautions et autres, art. 1252 § 1 106
78. — La subrogation ne peut procurer au subrogé une situation privilégiée 108
79. — Elle ne peut nuire au subrogeant, art. 1252 § 2. 109
80. — Du droit de préférence accordé au subrogeant qui n'a reçu qu'un paiement partiel. 111

§ 3. — De l'imputation des paiements.

81. — En principe c'est le débiteur qui dirige l'imputation, art. 1253. 112
82. — D'après quelles règles, art. 1254 113
83. — De l'imputation faite par le créancier, art. 1255. 115
84. — Imputation faite par la loi, art. 1256 116

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

85. — Le Code civil n'a pas organisé une *mise en demeure* du créancier, quant à la réception du paiement. Système du Code, art. 1256 119
86. — Des offres réelles en cas d'obligations de sommes, art. 1258; à qui et par qui elles doivent être faites 120
87. — Ce qu'elles doivent comprendre. 121
88. — La dette doit être échue 122
89. — Du lieu où les offres doivent être faites 123
90. — Règles de forme 124
91. — Contestations sur la validité des offres. — Cas dans lesquels les offres sont inutiles. 124
92. — De la consignation, art. 1259 et 1260. — Des instances en validité ou en nullité. 125
93. — Effets des offres, spécialement quant à la demeure du débiteur il n'y a pas de demeure du créancier; les offres autorisent seulement le débiteur à consigner. 127
94. — Effet libératoire de la consignation. 127
95. — Faculté pour le débiteur de retirer la consignation non acceptée, art. 1261 130
96. — Règles concernant ce retrait, art. 1262 et 1263. 131
97. — Des dettes de corps certain, art. 1264 132
98. — Dettes de choses indéterminées. 133
99. — Frais des offres. 133
100. — Obligations de faire ou de ne pas faire 134

§ 5. — De la cession de biens.

101. — Définitions, art. 1265, 1266, 1267. Règles concernant la cession volontaire. 134

Pages.

102. — De la cession judiciaire, art. 1268, 1269, 1270 137

SECTION II. — *De la novation.*

§ 1er. — **Généralités.**

103. — La novation se rattache au paiement; son utilité est contestable. 138
104. — Comment s'opère la novation, art. 1271; novation objective et novation subjective. 139
105. — Règles générales applicables à toutes les novations; *Quid* en cas d'obligations naturelles, rescindables, conditionnelles? 140
106. — Si la deuxième obligation est annulée, la première demeure-t-elle éteinte? 142
107. — Capacité pour nover, art. 1272 143
108. — De l'intention de nover, art. 1273; il ne peut y avoir de novation virtuelle. 144
109. — La jurisprudence admet à tort la novation dans des espèces donnant lieu seulement à des traditions *brevi manu*. . . 145
110. — Facilités de la jurisprudence à admettre l'intention de nover; pouvoirs du juge en cette matière. De la preuve. . . . 146

§ 2. — **De la novation objective.**

111. — La nouvelle dette doit être créée pour procurer l'extinction de l'ancienne 148
112. — D'après la doctrine et la jurisprudence, il y a au contraire toujours novation dans toute substitution d'une dette à une autre. 150
113. — Changements dans la cause de l'obligation, ou dans son titre, ou dans sa nature, ... 150 152
114. — Ou seulement dans une modalité 153
115. — De la clause : sans novation. 154

§ 3. — **Novation subjective.**

116. — Novation par changement de débiteur. Le concours du premier débiteur est inutile, art. 1274. 156
117. — De la délégation, art. 1275; délégation parfaite et imparfaite. 157
118. — Du consentement en cette matière 158
119. — Pour qu'il y ait novation, ou délégation parfaite, l'ancien débiteur doit être déchargé en termes exprès 159
120. — *Quid* si le délégué s'est cru, par erreur, débiteur du délégant? 159
121. — Cas où le délégué devient insolvable, art. 1276. 161
122. — Condition respective des parties en cas de délégation imparfaite 161
123. — Novation par changement de créancier. 162
124. — Des simples indications faites soit par le créancier, soit par le débiteur, art. 1277 162

Pages.

§ 4. — **Effets de la novation.**

125. — Effet quant aux codébiteurs solidaires et aux cautions, article 1281 163
126. — Effet quant aux privilèges et hypothèques : 1er *cas*, novation objective ; réserve autorisée par l'art. 1278 164
127. — 2e *cas*, novation par changement du débiteur ; les anciennes hypothèques ne passent pas sur les biens du nouveau débiteur, art. 1279. 167
128. — 3e *cas*, novation entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, art. 1280 167
129. — Conclusion 168

SECTION III. — *De la remise de la dette.*

130. — Distinction entre la remise du titre et celle de la dette . . . 169
131. — Présomption résultant de la remise du titre privé, art. 1282. . 170
132. — Présomption moins forte résultant de la remise de la grosse, art. 1283. 171
133. — Les art. 1282 et 1283 concernent-ils les conventions synallagmatiques ? 171
134. — Champ d'application de l'art. 1282. 172
135. — Champ d'application de l'art. 1283. 173
136. — La délivrance du titre doit émaner du créancier et être volontaire ; conséquences en cas de perte, vol, etc. 173
137. — Règles concernant la preuve contraire aux présomptions ci-dessus 175
138. — Effets à l'égard des coobligés de la remise de dette résultant de la délivrance du titre, art. 1284 et 1285 177
139. — Effets de la remise du gage, art. 1286. 179
140. — Effets de la remise relativement aux cautions, art. 1287 . . 179
141. — Rachat du cautionnement par la caution, art. 1288. . . . 180

SECTION IV. — *De la compensation.*

§ 1er. — **Généralités.**

142. — Hypothèse donnant lieu à la compensation, art. 1289. — Principaux systèmes législatifs sur la matière. . . . 181
143. — Système du Code civil, art. 1291. — Subrogation légale, facultative ; reconvention, déduction. 184

§ 2. — **Conditions requises pour la compensation légale.**

1° *En ce qui concerne les personnes.*

144. — Réciprocité personnelle des deux dettes entre parties principalement intéressées. 185
145. — Dettes du mari envers les débiteurs de la femme. . . . 187
146. — Dettes de la femme. 189
147. — Dettes intéressant les sociétés et les associés. 191
148. — Dettes intéressant les successions et les héritiers ; 192

Pages.
149. — Spécialement en cas d'acceptation bénéficiaire. 193
150. — Renvoi. 194

§ 3. — Conditions requises pour la compensation légale.

2° En ce qui concerne les dettes.

151. — Autres conditions requises pour la compensation, art. 1291. — Fongibilité réciproque des deux dettes. 195, 197
152. — Leur liquidité; d'abord quant à leur existence; 199
153. — Ensuite quant à leur quotité. 199
154. — Jurisprudence quant aux dettes non liquides mais facilement liquidables. 201
155. — Exigibilité des deux dettes. — Du délai de grâce, art. 1292. 202
156. — *Quid* de l'exigibilité résultant de la faillite ou de la déconfiture ? 203
157. — Jurisprudence, dans cette situation, en ce qui touche les dettes connexes. 205
158. — Peut-on admettre une compensation par voie de déduction? . 206

§ 4. — Cas dans lesquels la compensation n'a pas lieu ou subit des restrictions.

159. — 1er *cas* d'exception prévu par l'art. 1293. 207
160. — 2e *cas* prévu par le même texte. 208
161. — 3e *cas* prévu par le même texte. 208
162. — Dettes envers l'État, et autres semblables. 209
163. — Compensation intéressant les cautions, art. 1294, ... 211
164. — Ou les débiteurs solidaires. 212
165. — Cas où le créancier a cédé une créance qui était compensable avant la cession, art. 1295. 215
166. — Suite. 216
167. — Dettes non payables au même lieu, art. 1296. Application des règles sur l'imputation des paiements, art. 1297. . . . 216
168. — Réserve du droit des tiers, art. 1298. 217
169. — Renonciation anticipée à la compensation. 218
170. — Renonciation à une compensation acquise, art. 1299. . . . 219
171. — Cas où la créance compensable était ignorée du créancier qui a payé. 219
172. — De la compensation facultative. — Application. 221
173. — Compensation judiciaire. — Reconvention. 222

Section V. — *De la confusion.*

174. — Notion de la confusion, art. 1300; elle résulte ordinairement d'un titre universel. 223
175. — Elle peut encore résulter d'une transmission à titre particulier. 224
176. — La confusion paralyse la créance, mais ne l'éteint pas réellement. 225
177. — Conséquences; cas de l'art. 1301. 226

Pages.

178. — Cas où la confusion se produit après une cession de la créance. 226
179. — La confusion peut n'être que temporaire. 227

SECTION VI. — *De la perte de la chose due.*

180. — Règle générale sur l'effet de la perte de la chose due, article 1302 § 1. 229
181. — Cas où il y a plusieurs obligés. 230
182. — *Quid*, si le débiteur était déjà en demeure, art. 1302 § 2. . 231
183. — De la preuve en cette matière, art. 1302 § 3. 231
184. — Disposition concernant le voleur, art. 1302 § 4. 231
185. — De la cession d'actions prescrite par l'art. 1303. 232
186. — Suite. 233

SECTION VII. — *De l'action en nullité ou en rescision des conventions.*

§ 1er. — **Durée de l'action.**

187. — Précédents historiques sur la matière. 235
188. — Prescription de dix ans applicable à l'action dont il s'agit, art. 1304. 238
189. — Caractère du délai décennal. — La règle : *Quo temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* est-elle encore en vigueur? 239
190. — Solution affirmative. 241
191. — L'art. 1304 est applicable seulement aux actions en nullité ou en rescision concernant les conventions, ... 243
192. — Et lorsque la confirmation est possible. 244
193. — Point de départ de la prescription décennale : c'est, en principe, la date de l'acte attaqué. Applications diverses, notamment aux personnes morales. 245
194. — Pour l'action en nullité fondée sur l'incapacité, c'est la date du jour où l'incapacité a disparu. 246
195. — Application aux femmes mariées; 247
196. — Aux mineurs; 248
197. — Aux interdits; 248
198. — Aux aliénés non interdits; 249
199. — Aux aliénés placés dans un établissement; 250
200. — Aux individus pourvus d'un conseil judiciaire. 250
201. — Point de départ de la prescription pour l'action résultant d'un vice du consentement. 251
202. — Du champ de la preuve en cette matière. 251
203. — La prescription décennale ne déroge pas à la prescription trentenaire. 252

§ 2. — **Règles générales concernant l'action en nullité et l'action en rescision.**

204. — Principe de la matière, art. 1305. Distinction entre l'action en rescision accordée au mineur et l'action en nullité. . . . 253

Pages.

205. — Du choix pouvant appartenir au mineur émancipé entre ces deux actions. 255
206. — Conditions d'exercice de l'action en rescision appartenant aux mineurs 255
207. — La lésion doit être imputable à la partie adverse; cas de l'article 1306. 256
208. — Des déclarations de majorité faites par le mineur, art. 1307. 257
209. — Des obligations contractées par le mineur à raison de son commerce, art. 1308, ou de son contrat de mariage, art. 1309, ou de son délit, art. 1310, ou d'autres causes spéciales . 258

§ 3. — Règles spéciales concernant le mineur non émancipé et le mineur émancipé.

210. — Distinction à établir; cas où le mineur non émancipé a agi seul. 260
211. — *Quid* si l'acte a été fait par le tuteur seul, ou par le tuteur et le mineur? 261
212. — Actes des mineurs émancipés. 261
213. — De la ratification en majorité, art. 1311 262
214. — Ce que l'incapable a reçu à l'occasion d'un acte annulé n'est pas restituable, art. 1312. — Exceptions 264
215. — De la lésion subie par les majeurs, art. 1313. — Quand les formalités voulues sont observées, l'acte du mineur est assimilé à l'acte du majeur, art. 1314. 265

CHAPITRE IV.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS ET DE CELLE DU PAIEMENT.

Généralités.

216. — Notion de la preuve 267
217. — Diverses espèces de preuve; leur champ d'application. . . 268
218. — Qui doit porter le fardeau de la preuve, art. 1315. . . . 269
219. — Application au contrat d'assurances en cas de suicide de l'assuré 270
220. — A la solidarité. 271
221. — Au louage de services. 272
222. — Pourquoi la règle générale de l'art. 1315 semble-t-elle reproduite dans certains textes spéciaux.—Des pouvoirs du juge. 272
223. — Sur quoi doit porter la preuve. 274
224. — Transition, art. 1316 275

SECTION PREMIÈRE. — *De la preuve littérale.*

§ 1er. — Du titre authentique.

225. — Que faut-il pour qu'un acte soit authentique, art. 1317. . . 275
226. — En quelle langue doit être rédigé l'acte authentique passé en France ou dans les colonies. 277

Pages.

227. — L'écrit nul comme acte authentique, peut valoir comme sous seing privé, art. 1318. 279
228. — Force probante de l'acte authentique, art. 1319. 281
229. — Force exécutoire de l'acte authentique 283
230. — Suite. De l'inscription de faux et de ses effets. 284
231. — Valeur probante des clauses simplement énonciatives insérées dans un acte soit authentique, soit privé, art. 1320. . . 285
232. — Des contre-lettres, art. 1321 ; leur effet à l'égard des parties; à l'égard du fisc; 286
233. — A l'égard des tiers, notamment des créanciers chirographaires. 287
234. — Suite. Force probante des contre-lettres 289
235. — Restrictions apportées à l'art. 1321, soit par application de l'article 2279, soit par application de la loi du 23 mars 1875 . 290

§ 2. — **De l'acte sous seing privé.**

N° 1. — *Règles de forme.*

236. — Force probante de l'acte sous seing privé, art. 1322; comparaison avec l'acte authentique. 292
237. — Désaveu des actes sous seing privé, art. 1323, et vérification d'écritures, art. 1324 294
238. — Règles particulières pour les sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, art. 1325 296
239. — Applications diverses 297
240. — Faut-il que chaque exemplaire porte la signature de toutes les parties ? 299
241. — Nullité de l'acte sous seing privé non conforme aux prescriptions de l'art. 1325; conséquences 300
242. — Cet acte peut-il valoir au moins comme commencement de preuve par écrit? 301
243. — *Quid* si l'acte porte qu'il a été fait en double, alors qu'en réalité il n'a été rédigé qu'un seul exemplaire ? 303
244. — La nullité quand elle est encourue peut être couverte . . . 304
245. — Règles concernant les actes sous seing privé relatifs à des engagements unilatéraux, art. 1326. 304
246. — Exceptions 306
247. — Conséquences de l'inobservation de l'art. 1326, art. 1327 . . 308

N° 2. — *De la date des actes sous seing privé.*

248. — Comment elle devient certaine à l'égard des tiers, art. 1328. Quels sont les tiers dont il s'agit. 310
249. — Restriction résultant de l'application des règles sur la transcription 310
250. — Application de l'art. 1328 à l'égard des créanciers chirographaires. 311
251. — Cas de saisie-arrêt, faillite, mandat, etc. 313
252. — Circonstances donnant date certaine à un acte d'après l'article 1328 : 1° Enregistrement. 314
253. — 2° Décès de l'un des signataires. 315

Pages.

254. — 3° Mention dans un acte public. 316
255. — L'art. 1328 est limitatif. 317
256. — Il ne s'applique pas aux conventions dont l'objet est inférieur à 150 francs. *Quid* des lettres missives et des quittances? . 317

N° 3. — *Livres des marchands et papiers domestiques.*

257. — Les livres des marchands ne font pas foi en leur faveur, article 1329. 321
258. — Ils font foi contre eux, art. 1330. 323
259. — Du carnet des médecins. 323
260. — Des papiers domestiques, art. 1331. 324
261. — Peuvent faire foi contre celui qui les a tenus. 325
262. — Production en justice des papiers domestiques; quand peut-elle être ordonnée? 327
263. — Mentions libératoires mises sur le titre par le créancier, article 1332. 329
264. — Les présomptions tirées des art. 1331 et 1332 peuvent être combattues par la preuve contraire. 330

§ 3. — **Des tailles.**

265. — Force probante des tailles, art. 1333. 330

§ 4. — **Des copies des titres.**

266. — En quoi consiste un original d'acte. — Force probante des copies quand l'original existe, art. 1334. 332
267. — Force probante des copies quand l'original n'existe pas, article 1335. 334
268. — Copies résultant de la transcription d'un acte sur les registres publics, art. 1336. 334
269. — Des reproductions d'un acte par la photographie. 335

§ 5. — **Des actes récognitifs et confirmatifs.**

N° 1. — *Des actes récognitifs.*

270. — Force probante de l'acte récognitif quand il relate la teneur de l'acte primordial, art. 1337. 337
271. — Des actes récognitifs qui ne relatent pas la teneur de l'acte primordial. 338

N° 2. — *Des actes confirmatifs.*

272. — Notion de la confirmation. Ce que doit contenir l'acte qui la constate, art. 1338. 341
273. — Confirmation expresse. 342
274. — Confirmation tacite résultant d'une exécution volontaire. . . 343
275. — Des faits emportant exécution volontaire et de leur appréciation. 344
276. — Des actes susceptibles de confirmation; principe et conséquences. 345

Pages.

277. — Application aux donations nulles en la forme, art. 1339. Confirmation par les héritiers du donateur, art. 1340. . . 347
278. — Suite. 348

SECTION II. — *De la preuve testimoniale.*

§ 1er. — Prohibition de la preuve testimoniale quand le litige dépasse une certaine valeur.

279. — Nécessité d'un écrit quand l'objet de la convention excède 150 fr., art. 1341. 350
280. — Étendue de l'injonction principale contenue dans l'art. 1341. 352
281. — Comment il est satisfait à cette injonction. 354
282. — Détermination de la valeur de la chose. 355
283. — Des accroissements nécessaires de la valeur demandée, art. 1342. 356
284. — Inefficacité au point de vue de l'emploi de la preuve testimoniale des demandes réduites, art. 1343, 1344. 358
285. — Cas de plusieurs demandes dont le total dépasse 150 fr., article 1345. 360
286. — Nécessité de les réunir dans le même exploit, art. 1346. . 361
287. — Prohibition de prouver contre le contenu aux actes, etc. . 363
288. — Suite. 366

§ 2. — Admission exceptionnelle de la preuve testimoniale, quoique la demande dépasse 150 fr.

289. — Énumération des cas d'exception. 367
290. — 1re *exception*. Quand les parties sont d'accord pour admettre la preuve testimoniale dans un cas où la règle générale ne l'admet pas. 367
291. — 2e *exception*. Matières commerciales. 369
292. — 3e *exception*. Commencement de preuve par écrit, art. 1347. 370
293. — De qui doit ou peut émaner cet écrit. 370
294. — Il doit rendre vraisemblable le fait allégué 373
295. — 4e *exception*. Impossibilité pour le réclamant de s'être procuré une preuve écrite, art. 1348. 374
296. — Application aux quasi-contrats. 375
297. — Application aux délits, quasi-délits, dol, etc. 376
298. — Aux cas de dépôt nécessaire. 378
299. — Ou d'accidents imprévus. 378
300. — Et au cas où le créancier a perdu son titre. 378

SECTION III. — *Des présomptions.*

Généralités.

301. — Caractère et définition des présomptions, art. 1349. . . . 379

§ 1er. — Des présomptions établies par la loi.

302. — Énumération, art. 1350. 380

Pages.

N° 1. — *De la chose jugée. — Décisions auxquelles elle est attachée.*

303. — Il s'agit des sentences judiciaires envisagées uniquement sous le rapport de leur *force probante*, et non de leur *stabilité*. 383
304. — L'autorité de la chose jugée n'appartient qu'aux actes ayant le caractère de jugement rendu au contentieux. 385
305. — *Quid* des simples ordonnances? 387
306. — Le jugement doit être *définitif*; distinctions. 388
307. — Portée de la maxime : *L'interlocutoire ne lie pas le juge.* . 390
308. — Suite. 391
309. — Jugement contenant des réserves. 392
310. — La chose jugée réside seulement dans le *dispositif*. . . . 393

N° 2. — *Conditions requises pour l'exception de chose jugée; identité des parties.*

311. — A quelles conditions l'autorité de la chose jugée peut être opposée à une demande, art. 1351. 396
312. — Identité des parties ayant figuré dans deux demandes distinctes, personnellement. 397
313. — Ou par un représentant quelconque. Situation à ce point de vue des héritiers ou successeurs, soit universels. . . . 399
314. — Soit à titre particulier. 400
315. — De ceux qui ont été représentés par un mandataire légal ou conventionnel. 401
316. — *Quid* en matière de question d'état, d'élections. 402
317. — Théorie de la représentation imparfaite. 403
318. — Rôle de la tierce opposition dans les cas où il est soulevé une question d'identité de personnes. 404

N° 3. — *Identité d'objet.*

319. — De l'identité d'objet dans la théorie de la chose jugée . . 407
320. — De l'objet principal, et des accessoires ou éléments secondaires. 408
321. — Il faut tenir compte de l'époque à envisager pour apprécier la demande. 409
322. — Y a-t-il identité entre les demandes ayant porté l'une sur le tout et l'autre sur partie, ou réciproquement? 410
323. — Des demandes plus amples et des demandes moins amples; applications diverses 411
324. — Cas où les juges ont omis de statuer sur un chef de conclusions. 412

N° 4. — *De l'identité de cause.*

325. — Notion de la cause en matière de chose jugée 413
326. — De l'expression de la cause. 414
327. — Coexistence de plusieurs causes au profit de la même personne. 415
328. — De la maxime : *una via electa, non datur regressus ad alteram;* — Applications diverses. 418
329. — De la diversité des moyens. — Causes prochaines et éloignées. 421
330. — Suite. 423

Pages.

331. — *Quid* si le débiteur condamné comme n'ayant pas payé découvre ultérieurement une quittance? 426

N° 5. — *Effets de la chose jugée et généralement des présomptions légales.*

332. — La chose jugée couvre les vices de la sentence. 428
333. — Action *judicati* et exception. 428
334. — Présomption attachée à la chose jugée 429
335. — Cette présomption a-t-elle effet à l'égard des tiers, spécialement dans les questions de propriété?. 430
336. — Suite; exceptions préjudicielles. — Influence au criminel de la chose jugée au civil. Applications diverses. 432
337. — Influence au civil de la chose jugée au criminel. 434
338. — D'abord en cas de condamnation 435
339. — Ensuite en cas d'acquittement en Cour d'assises. 436
340. — Ou en police correctionnelle 437
341. — La maxime : *una via electa*..... a-t-elle ici quelque application?. 439
342. — Des actions autres que l'action en dommages pouvant être intentées à l'occasion d'un fait délictueux 439
343. — Règle générale sur l'effet des présomptions légales au point de vue de la preuve, art. 1352 441

§ 2. — Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.

344. — Dans quelles limites il faut admettre les présomptions du juge, art. 1353. 442
345. — Applications diverses. 444

SECTION IV. — *De l'aveu de la partie.*

346. — Notion de l'aveu; division, art. 1354. 446
347. — Aveu extrajudiciaire ; son champ d'application, art. 1355 ; son utilité 446
348. — Aveu judiciaire, art. 1356. Quand a-t-il ou conserve-t-il ce caractère? 448
349. — De qui il doit émaner. 450
350. — Comment il est constaté. 451
351. — Il est irrévocable indépendamment de toute acceptation . . 452
352. — Il est indivisible. Pourquoi et en quel sens. 453
353. — L'aveu qualifié ou complexe n'est qu'une forme de la dénégation. 455
353 *bis*. — Démonstration : exemples tirés de la jurisprudence. . . 456
354. — Cas où le défendeur oppose la compensation. 459
355. — Cas en dehors de la règle de l'indivisibilité de l'aveu. . . 460

SECTION V. — *Du serment.*

Généralités.

356. — Notion du serment. Critique de cette institution. 462
357. — Division, art. 1357 464

Pages.

§ 1er. — **Du serment décisoire.**

357 *bis*. — Capacité de celui qui le défère. 465
358. — Et de celui à qui il est déféré. Que faut-il penser de l'assimilation de ce serment à une transaction? 466 468
359. — Sur quoi il peut être déféré, art. 1358 470
360. — A qui il peut être déféré. Des faits personnels à celui qui doit le prêter, art. 1359. 472
361. — Quand il peut être déféré, art. 1360 473
362. — Droit de référer le serment déféré, art. 1361; modifications à la formule du serment; pouvoirs du juge. 474
363. — Sur quoi il peut être référé, art. 1362. 475
364. — De l'accord des parties sur une prestation de serment, et de cette prestation elle-même 476
365. — Effets du serment prêté considéré en lui-même, art. 1363. . 478
366. — Celui qui défère ou réfère le serment ne peut plus se rétracter, art. 1364. . . . . 478 480
367. — Effets du serment prêté quant aux coobligés, art. 1365 . .
368. — Effet déclaratif du serment 483

§ 2. — **Du serment déféré d'office.**

369. — But du serment déféré d'office, art. 1366. 484
370. — Quand il peut être déféré, art. 1367; applications diverses . 487
371. — Il ne peut être référé, art. 1368; c'est un interlocutoire; conséquences 488
372. — Du serment estimatoire, art. 1369 491

TITRE QUATRIÈME.

Des engagements qui se forment sans convention.

Généralités.

373. — Classification des engagements dont il s'agit, art. 1370 . . 493
374. — Suite 495

CHAPITRE PREMIER.

DES QUASI-CONTRATS.

375. — Définition, art. 1371. 496

§ 1er. — **Quasi-contrat de gestion d'affaires.**

376. — Notion de ce quasi-contrat, art. 1372. — Intention que doit avoir le gérant; applications. 498
377. — Comparaison avec le mandat tacite. Intérêt de la distinction. 500
378. — Suite. 501
379. — Conditions de capacité que doit remplir le gérant. . . .
380. — Il n'y a pas à s'enquérir de la capacité du maître. *Quid* des

Pages.

gestions opérées dans l'intérêt d'une personne morale administrative? 503
381. — Obligations du gérant, art. 1373, 1374. 505
382. — Obligations du maître, art. 1375. — Utilité de la gestion. . 507
383. — Intérêts des avances faites. 509
384. — Gratuité de la gestion d'affaires. 510
385. — Ratification de la gestion par le maître; effet à l'égard des tiers. 511
386. — Conclusion. 512

§ 2. — Quasi-contrat résultant de la réception de l'indû.

387. — Quand il peut y avoir réception de l'indû, art. 1376, 1377.
388. — Il faut, dans tous les cas, qu'il y ait eu erreur de la part du *solvens*. 515
389. — On ne saurait présumer, dans les cas de l'art. 1376, que celui qui a payé sans être dans l'erreur, a eu une intention de libéralité. 516
390. — Applications diverses. 517
391. — De celui qui a payé plus qu'il ne doit. Cas de dettes alternatives. 519
392. — Paiements faits en vertu de conventions illicites. 521
393. — De la répétition en matière de douanes, de taxes municipales et autres. 522
394. — De la preuve en matière de répétition. 522
395. — Qui doit restituer. 524
396. — Cas où le créancier a supprimé son titre; la répétition cesse. 524
397. — Recours du *solvens* dans cette hypothèse. 526
398. — De la bonne ou de la mauvaise foi de celui qui a reçu l'indû. 527
399. — Étendue de l'obligation de restituer en cas de mauvaise foi, art. 1376; fruits et intérêts, prestations personnelles. . . 527
400. — Des immeubles ou meubles corporels, art. 1379; *Quid*, en cas d'aliénation, art. 1380. 529
401. — Impenses faites par celui qui doit restituer, art. 1381. . . 531

CHAPITRE II.

DES DÉLITS ET DES QUASI-DÉLITS.

§ 1er. — Règles générales.

402. — Sens des expressions : délit et quasi-délit. 532
403. — Formule générale de l'art. 1382. 533
404. — Éléments constitutifs du délit civil : fait dommageable ou atteinte au droit d'autrui; faute intentionnelle. . . . 534
405. — Jusqu'où on peut aller dans l'exercice de son droit sans porter atteinte au droit d'autrui; exemples fournis par la jurisprudence. 536
406. — Un fait n'est dommageable que s'il a été la cause d'un préjudice certain. 538

Pages.

407. — Notion du quasi-délit, art. 1382. Caractères de l'action engendrée par le délit ou le quasi-délit. 539

§ 2. — **Applications diverses.**

408. — Concurrence déloyale. 542
409. — Des renseignements fournis sur un tiers. 543
410. — Des agences constituées dans le but ci-dessus. 544
411. — Du droit de se défendre en justice. 547
412. — Dommage résultant d'un article de journal; prescription spéciale. 547
413. — Du préjudice moral. 547
414. — Du préjudice causé par certains fonctionnaires. 548
415. — Les art. 1382 et 1383 sont inapplicables aux faits dommageables qui se sont produits à l'occasion de l'exécution d'une convention antécédente. 549
416. — Application à la responsabilité des notaires. 550
417. — Suite. 552
418. — Suite. 554
419. — Des autres officiers ministériels; des avocats, des médecins. 555

§ 3. — **De l'action en dommages.**

420. — A qui appartient l'action en dommages. *Quid* des créanciers? 556
421. — Contre qui est donnée l'action en dommages. 558
422. — Peut-elle avoir lieu contre un État étranger; contre l'État français? 559
423. — De la compétence. 560
424. — Ce que doit prouver le demandeur. Distinction à établir entre la faute délictuelle et la faute contractuelle; intérêt de la distinction 560
425. — Application aux accidents survenus au cours de l'exécution d'un contrat de transport. 562
426. — Application aux accidents du travail survenus au cours de l'exécution d'un contrat de louage de services. Jurisprudence sur ce point. 564
427. — Opinion de MM. Sainctelette et Sauzet généralement adoptée par la doctrine actuelle 564
428. — Justification de cette opinion 566
429. — Suite. 567
430. — La dette d'indemnité n'est pas une dette de garantie; le maître ou patron n'est pas un assureur 570
431. — Objections diverses contre les solutions qui précèdent. . . 571
432. — Y aurait-il une lacune dans la loi? Réponses contradictoires données par la jurisprudence 572
433. — Projets de réforme 573
434. — Moyens de défense contre l'action en dommages 574
435. — Condamnation à des dommages. Relation de cause à effet entre le préjudice éprouvé et le fait allégué. 576
436. — Confusion à éviter entre la cause du préjudice et la cause de l'accident. 577

Pages.

437. — De la faute *spécialisée* ou *non spécialisée*. 578
438. — Répartition du dommage entre les divers coauteurs responsables. 579

§ 4. — **De la responsabilité du fait d'autrui.**

439. — Principe général, art. 1384 § 1. Responsabilité du dommage causé par une chose inanimée mobilière. 580
440. — Responsabilité des actes commis par une personne : 1° En ce qui touche les père et mère, art. 1384 § 2; 582
441. — 2° En ce qui touche les instituteurs et artisans, art. 1384 § 4. 586
442. — Jurisprudence sur ce point. 587
443. — La présomption de faute dans les cas ci-dessus peut être combattue par la preuve contraire, art. 1384 § 5; . . . 588
444. — 3° En ce qui touche les maîtres et commettants, art. 1384 § 3. Que faut-il pour qu'une personne ait la qualité soit de commettant, soit de préposé? 589
445. — Jurisprudence sur ce point. 591
446. — Application aux personnes morales administratives; responsabilité des communes. 592
447. — Responsabilité de l'État; actes qui ne sauraient engager cette responsabilité. 594
448. — Actes qui engagent cette responsabilité. 597
449. — Le fait du préposé doit avoir été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de la fonction. 598

§ 5. — **Responsabilité du dommage causé par un animal.**

450. — Règle de l'art. 1385. La responsabilité ne saurait atteindre celui qui a la simple garde de l'animal. 600
451. — Quand cesse la responsabilité édictée par l'art. 1385. . . 602
452. — Cas où l'animal s'est égaré ou échappé; L. 4 avril 1889. . 603
453. — Du dommage causé par le gibier. 604

§ 6. — **Responsabilité du dommage causé par un édifice.**

454. — Principe de l'art. 1386. Le propriétaire seul est responsable; peut-il combattre la présomption sur laquelle repose sa responsabilité? 606
455. — Application aux édifices consacrés à un culte public. . . 607
456. — Droit des voisins d'une maison menaçant ruine. 608
457. — De la ruine arrivée au cours d'une construction. 608
458. — Cas où l'immeuble appartenait à plusieurs. 608

APPENDICE

Aux matières traitées dans le tome huitième.

N° 1. — *Règles de droit international privé.*

459. — Loi applicable aux divers modes d'extinction des obligations; paiement. 611

Pages.

460. — Subrogation. 612
461. — Compensation, confusion, novation, remise de dette. . . 612
462. — Action en nullité ou en rescision; en résolution. 613
463. — Confirmation. 614
464. — Quasi-contrats; délits civils, quasi-délits. 614
465. — Questions de preuve 616
466. — Chose jugée. 616
467. — Du serment. 618

N° 2. — *Règles fiscales.*

468. — Paiement et droit de quittance. 619
468 *bis*. — Droit d'enregistrement. 620
469. — Paiement effectué par un tiers sans subrogation. 620
470. — Paiement effectué avec subrogation. 621
471. — Des offres. 621
472. — De la novation. 622
473. — De la délégation. 623
474. — Remise de la dette. 625
475. — Compensation 625
476. — Confusion. — Effets de la nullité des actes enregistrés. . . 626
477. — Preuve. — Droits de titre sur jugements de condamnation. . 627

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE GRENOBLE

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.