

sens, que la somme est reçue à compte du principal, après les intérêts acquittés ; *l. 5, ff. fin. ff. de solut.*

Observez que si la somme payée excède ce qui est dû pour les intérêts, le surplus s'impute sur le principal, quand même l'imputation auroit été faite expressément sur les intérêts, sans parler du principal ; *l. 102, §. fin. ff. de solut.*

Cette décision doit s'entendre du sort principal exigible. Mais si le débiteur d'une rente constituée avoit par erreur payé plus qu'il ne devoit pour les arrérages de cette rente, il auroit la répétition de ce qu'il auroit payé de plus ; et il n'en pourroit pas demander l'imputation sur le principal de la rente : car, à proprement parler, le principal d'une rente constituée n'est pas dû ; il n'est qu'*in facultate luitionis*, et le créancier n'est pas présumé avoir consenti le rachat de sa rente pour partie.

571. La règle que nous avons établie, que l'imputation doit se faire sur les intérêts avant que de se faire sur le principal, n'a pas lieu à l'égard de ceux qui sont dus par un débiteur pour peine de sa demeure, du jour de la demande en justice. Ces intérêts sont adjugés comme des dommages et intérêts, et forment une dette distincte du principal ; et ce que le débiteur paye, lorsqu'il n'y a point d'imputation de faite, s'impute sur le principal plutôt que sur les intérêts, suivant le troisième corollaire ci-dessus. Telle est notre jurisprudence. Arrêt du 8 juillet 1649, au premier tome du *Journal des Audiences* ; autre arrêt du 15 juillet 1706, au *Journal des Audiences*.

Lorsque le créancier se paye par lui-même du prix

d'une chose qui lui étoit hypothéquée, et qu'il a fait vendre, on suit, pour l'imputation, d'autres règles que celles qui ont été ci-dessus établies.

PREMIÈRE RÈGLE.

La première règle est, que l'imputation doit en ce cas se faire sur la dette à laquelle la chose étoit hypothéquée, plutôt que sur celles auxquelles elle ne l'étoit pas, quelque intérêt qu'eût le débiteur de les acquitter plutôt que celle-ci; *l. 101, §. 1, ff. de solut.*

Nota. Lorsque la dette à laquelle la chose étoit hypothéquée porte intérêt, le créancier peut faire l'imputation sur les intérêts, avant de la faire sur le capital; *l. 48, dict. tit.*

SECONDE RÈGLE.

Lorsque la chose étoit obligée à différentes dettes, l'imputation se fait sur celle dont le droit d'hypothèque étoit le plus fort. Par exemple, si l'une des dettes a une hypothèque privilégiée, et que les autres n'aient qu'une hypothèque simple, l'imputation se fera d'abord sur la dette dont l'hypothèque étoit privilégiée. Entre des hypothèques simples, l'imputation se fera sur la dette dont l'hypothèque étoit la plus ancienne. Si les droits d'hypothèque étoient égaux, l'imputation doit se faire sur toutes par contribution, *pro modo debiti; l. 96, §. 3, ff. dict. tit.*

ARTICLE VIII.

De la consignation et des offres du paiement.

572. La consignation est un dépôt que le débiteur

d'une chose qui lui étoit hypothéquée, et qu'il a fait vendre, on suit, pour l'imputation, d'autres règles que celles qui ont été ci-dessus établies.

PREMIÈRE RÈGLE.

La première règle est, que l'imputation doit en ce cas se faire sur la dette à laquelle la chose étoit hypothéquée, plutôt que sur celles auxquelles elle ne l'étoit pas, quelque intérêt qu'eût le débiteur de les acquitter plutôt que celle-ci; *l. 101, §. 1, ff. de solut.*

Nota. Lorsque la dette à laquelle la chose étoit hypothéquée porte intérêt, le créancier peut faire l'imputation sur les intérêts, avant de la faire sur le capital; *l. 48, dict. tit.*

SECONDE RÈGLE.

Lorsque la chose étoit obligée à différentes dettes, l'imputation se fait sur celle dont le droit d'hypothèque étoit le plus fort. Par exemple, si l'une des dettes a une hypothèque privilégiée, et que les autres n'aient qu'une hypothèque simple, l'imputation se fera d'abord sur la dette dont l'hypothèque étoit privilégiée. Entre des hypothèques simples, l'imputation se fera sur la dette dont l'hypothèque étoit la plus ancienne. Si les droits d'hypothèque étoient égaux, l'imputation doit se faire sur toutes par contribution, *pro modo debiti; l. 96, §. 3, ff. dict. tit.*

ARTICLE VIII.

De la consignation et des offres du paiement.

572. La consignation est un dépôt que le débiteur

fait par autorité de justice, de la chose ou de la somme qu'il doit, entre les mains d'une tierce personne.

573. La consignation n'est pas proprement un paiement : car le paiement renferme essentiellement la translation de la propriété de la chose qui est payée, en la personne du créancier ; *suprà*, n. 540. Or il est évident que la consignation ne transfère pas la propriété de la chose consignée, en la personne du créancier ; le créancier ne pouvant l'acquérir qu'en recevant volontairement la chose qui lui est offerte : *Dominium non acquiritur, nisi corpore et animo*. Mais quoique la consignation qui se fait sur le refus du créancier de recevoir la chose ou la somme à lui due, qui lui est offerte, ne soit pas un véritable paiement, néanmoins lorsqu'elle est faite valablement, elle équipolle à un paiement, et elle éteint la dette, de même que l'éteindroit le paiement réel qui seroit fait au créancier : *Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter factâ, liberationem contingere manifestum est* ; l. 9 ; *Cod. de solut.*

574. Pour que cette consignation soit valable et équipolle à paiement, il faut qu'il n'ait pas tenu au débiteur de payer au créancier, et que le créancier ait été mis en demeure de recevoir, par des offres valables qui lui aient été faites.

Pour que les offres soient valables, il faut, 1^o qu'elles soient faites au créancier, s'il est capable de recevoir ; sinon, à celui qui a qualité pour recevoir à sa place, tel qu'est son tuteur, son curateur, etc.

S'il y avoit une personne indiquée par le contrat, à qui le paiement pût se faire, les offres pourroient

se faire à cette personne : car le débiteur ayant droit, par la loi de la convention, de payer à cette personne, c'est une suite de ce droit qu'il ne soit pas obligé d'aller chercher le créancier.

Il faut, 2^o qu'elles soient faites par une personne capable de payer : car celui qui n'est pas capable de payer, n'est pas capable d'offrir.

575. Il faut, 3^o que les offres soient de la somme entière, à moins que les lois de la convention n'accordent la faculté au débiteur de payer par parties : autrement les offres n'ont pu mettre en demeure le créancier, qui n'étoit pas obligé de recevoir sa dette par parties.

576. Il faut, 4^o lorsque la dette a été contractée sous une condition, que cette condition soit arrivée ; et s'il y a un terme de paiement stipulé en faveur du créancier, que ce terme soit échu : car tant que le créancier ne peut être obligé de recevoir, les offres qui lui sont faites ne peuvent le mettre en demeure.

577. Il faut, 5^o que ces offres soient faites au lieu où doit se faire le paiement : *Ità demùm oblatio debiti liberationem parit, si eo loco debetur, solutio fuerit celebrata* ; l. 9, *Cod. solut.*

C'est pourquoi, si la somme due est payable au créancier en sa maison, les offres ne peuvent lui être valablement faites qu'en sa maison. Si la somme est payable en un autre lieu, la sommation peut lui être faite au domicile par lui élu en ce lieu pour recevoir : et s'il n'en a point élu, il faudra l'assigner à sa personne ou à son domicile, devant son juge, pour faire ordonner qu'il sera tenu d'élire un domicile où le débiteur

puisse faire son paiement, sinon qu'il sera permis au débiteur de consigner.

Si la chose due est un corps certain qui doit être livré au lieu où il se trouve, il faudra faire sommation au créancier, à personne ou domicile, de l'enlever; et sur cette sommation, qui tient lieu d'offre de paiement, le débiteur pourra obtenir du juge la permission de mettre cette chose en dépôt dans quelque lieu, s'il a besoin des cénacles que cette chose occupe.

578. Enfin il doit être dressé un acte des offres et de la sommation faite en conséquence au créancier de recevoir.

Cet acte de sommation doit se faire par un huissier ou sergent, et être revêtu des formalités des autres exploits : il est d'usage qu'il soit recordé de témoins pour attester les offres.

Cette sommation contient aussi assignation devant le juge, sans délai, pour faire ordonner de la consignation : la sentence qui ordonne de la consignation; se signifie au créancier, avec assignation pour être présent à la consignation chez un tel, à tel jour, à telle heure.

Il n'est pas néanmoins nécessaire pour la validité de la consignation, qu'elle ait été précédée de l'ordonnance du juge. Quoique le débiteur, par sa sommation, n'ait pas donné d'assignation devant le juge au créancier, et qu'il ait déclaré simplement au créancier, que sur son refus il alloit consigner en tel lieu, à tel jour, à telle heure, la consignation faite en conséquence, dûment signifiée au créancier, est valable; et le jugement qui intervient par la suite, et qui la

confirme, a un effet rétroactif au temps où elle a été faite; Arrêt du 11 août 1703, au Journal des Audiences.

579. Cette consignation doit se faire au jour et à l'heure indiqués : elle doit, pour être valable, être de la somme due, à moins qu'il n'y eût faculté, par la convention, de payer par parties.

On dresse un acte de consignation, qui contient le bordereau des espèces dans lesquelles elle a été faite; et on le signifie au créancier.

580. L'effet de la consignation est que si elle est jugée valable, le débiteur est censé avoir été pleinement libéré par la consignation : et quoique, *subtilitate juris*, il demeure propriétaire des espèces consignées, jusqu'à ce qu'elles aient été retirées par le créancier, ces espèces cessent d'être à ses risques, et elles deviennent aux risques du créancier, qui, de créancier qu'il étoit d'une somme, devient créancier desdites espèces, *tanquam certorum corporum*; et il est créancier, non plus de son débiteur, qui a été pleinement libéré par la consignation; mais il est créancier du consignataire, qui, par la consignation, s'oblige, *tanquam ex quasi contractu*, à restituer lesdites espèces au créancier, si la consignation est jugée valable, ou au débiteur qui les a consignées, si la consignation est déclarée nulle.

De là il suit que l'augmentation ou diminution qui surviendrait dans les espèces doit être au profit ou à la perte du créancier, si la consignation est jugée valable; car lorsque la chose due est un corps certain, elle est aux risques du créancier. Si la consignation

n'est pas jugée valable, le débiteur retirera les espèces telles qu'elles se trouveront.

En cas d'une augmentation survenue sur les espèces depuis la consignation, le débiteur n'est pas recevable, pour profiter de cette augmentation, à vouloir retirer les espèces consignées, et à soutenir la consignation nulle : car nul n'est recevable à arguer sa propre procédure. Les formes auxquelles le débiteur auroit manqué étant établies en faveur du créancier, il n'y a que le créancier qui ait droit de se plaindre si elles n'ont pas été observées.

Il reste une question ; c'est de savoir si la consignation ayant été régulièrement faite, et le débiteur ayant retiré volontairement les espèces par lui consignées, cette consignation doit être regardée comme non avenue vis-à-vis des cautions et des coobligés de ce débiteur ; et si en conséquence les cautions et les coobligés demeurent obligés. Pour la négative, on peut dire que la consignation ayant été faite régulièrement, a éteint la dette et libéré tous ceux qui en étoient tenus ; que ces cautions et ces coobligés ayant été libérés, il ne peut être au pouvoir du débiteur de faire, en retirant les espèces consignées, revivre leur obligation qui a été éteinte. On tire argument de la loi *fin.*, ff. *de pact.*, qui décide que lorsque le débiteur a acquis à lui et à ses cautions, par le pacte *de non petendo*, intervenu entre le créancier et lui, une exception contre l'action du créancier, il ne peut plus, en renonçant à ce pacte, par une convention contraire, priver ses cautions de l'exception qui leur a été acquise : à plus forte raison, dit-on, il ne doit pas être en son pouvoir de faire reviv-

vre l'obligation de ses cautions, après qu'elles ont été libérées de plein droit par la consignation. On ajoute que de même qu'après un paiement réel qui éteint la dette, la restitution volontaire que le créancier feroit à son débiteur des espèces qu'il lui a payées, ne feroit pas revivre la dette, de même après la consignation, qui tient lieu de paiement, et qui a la même vertu d'éteindre la dette, la restitution des espèces consignées, faite au débiteur, ne peut pas faire revivre la dette. Nonobstant ces raisons, il a été jugé par un arrêt de 1624, rapporté par Basset, IV, 21, 2, que la consignation devoit être en ce cas réputée comme non avenue; et que les cautions demeuroident obligées. Basset donne pour raison de cette décision que la consignation qui éteint la dette n'est pas une consignation momentanée, mais une consignation *quæ in suo statu permanserit*, et qui n'ait pas été retirée par le débiteur qui l'a faite. Mai ne peut-on pas répliquer que c'est une pétition de principe? Car il est précisément question de savoir si le débiteur qui a fait une consignation dans les règles peut la retirer au préjudice de ses cautions. Je penserois qu'on doit distinguer si la consignation a été retirée par le débiteur avant qu'elle ait été ordonnée ou déclarée valable par le juge, ou si elle n'a été retirée que depuis. Au premier cas, je pense que la consignation doit être regardée comme non avenue, et que les cautions ne sont pas libérées: car la consignation n'étant pas en soi-même un paiement, c'est de l'autorité du juge qu'elle tient la vertu qu'elle a d'équivalloir à un paiement et d'éteindre la dette. La sentence du juge qui déclare valable une consignation, a,

je l'avoue, un effet rétroactif; et la consignation confirmée par cette sentence, est censée avoir éteint la dette dès l'instant qu'elle a été faite; mais une consignation qui n'a été ni ordonnée ni confirmée par le juge, et que le débiteur a retirée, n'a pu avoir la vertu d'éteindre la dette, ni de libérer par conséquent les cautions; et elle doit être regardée comme non avenue. Dans le second cas, lorsque le débiteur n'a retiré les deniers par lui consignés qu'après que la consignation a été déclarée valable, je ne pense pas que cela puisse préjudicier aux cautions et aux codébiteurs qui ont été libérés par cette consignation.

CHAPITRE II.

De la novation.

CE chapitre sera divisé en six articles. Nous verrons dans le premier ce que c'est que la novation, et quelles en sont les différentes espèces. Dans le second, nous traiterons des dettes qui doivent servir de matière à la novation; dans le troisième, des personnes qui peuvent faire novation; dans le quatrième, comment se fait la novation; dans le cinquième, de l'effet de la novation; nous parlerons dans le sixième, de la délégation, qui est une espèce particulière de novation.

je l'avoue, un effet rétroactif; et la consignation confirmée par cette sentence, est censée avoir éteint la dette dès l'instant qu'elle a été faite; mais une consignation qui n'a été ni ordonnée ni confirmée par le juge, et que le débiteur a retirée, n'a pu avoir la vertu d'éteindre la dette, ni de libérer par conséquent les cautions; et elle doit être regardée comme non avenue. Dans le second cas, lorsque le débiteur n'a retiré les deniers par lui consignés qu'après que la consignation a été déclarée valable, je ne pense pas que cela puisse préjudicier aux cautions et aux codébiteurs qui ont été libérés par cette consignation.

CHAPITRE II.

De la novation.

CE chapitre sera divisé en six articles. Nous verrons dans le premier ce que c'est que la novation, et quelles en sont les différentes espèces. Dans le second, nous traiterons des dettes qui doivent servir de matière à la novation; dans le troisième, des personnes qui peuvent faire novation; dans le quatrième, comment se fait la novation; dans le cinquième, de l'effet de la novation; nous parlerons dans le sixième, de la délégation, qui est une espèce particulière de novation.

ARTICLE PREMIER.

Ce que c'est que la novation, et quelles sont ses différentes espèces.

581. La novation est la substitution d'une nouvelle dette à une ancienne.

L'ancienne est éteinte par la nouvelle qui est contractée en sa place : c'est pourquoi la novation est comptée parmi les manières dont s'éteignent les obligations.

582. La novation peut se faire de trois différentes manières, qui forment trois différentes espèces de novations.

La première est celle qui se fait sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, lorsqu'un débiteur contracte un nouvel engagement envers son créancier, à la charge qu'il sera quitte d'un précédent. Cette espèce de novation s'appelle simplement *novation*.

583. La seconde espèce de novation est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur, lorsque quelqu'un se rend à ma place débiteur envers mon créancier, qui l'accepte pour son débiteur, et me décharge en conséquence.

Celui qui se rend ainsi débiteur pour un autre qui est en conséquence déchargé, s'appelle en droit *expromissor* ; et cette espèce de novation s'appelle *expromissio*.

Cet *expromissor* est très différent de la caution qu'on appelle en droit *adpromissor* : car celui qui se rend caution pour quelqu'un, ne le décharge pas de son obligation ; mais il y accède, et se rend débiteur conjointement avec lui,

584. La troisième espèce de novation est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur, pour demeurer quitte envers son ancien créancier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque engagement envers un nouveau créancier.

Il y a une espèce particulière de novation qu'on appelle *délégation*, qui, assez souvent, renferme une double novation. Nous en traiterons à l'article VI.

Nous ne dirons rien de celle qui résulteroit *ex litis-contestatione*, les principes du droit romain à cet égard n'étant plus d'usage parmi nous.

ARTICLE II.

Des dettes qui font la matière nécessaire de la novation.

585. Il résulte de la définition que nous avons donnée de la novation, qu'il ne peut y avoir de novation qu'il n'y ait eu deux dettes contractées, dont l'une soit éteinte par l'autre qui lui est substituée.

De là il suit que si la dette dont on veut faire novation par un autre engagement, est une dette conditionnelle, la novation ne pourra avoir lieu que lorsque la condition existera ; *l. 8, §. 1, ff. de novat.*

C'est pourquoi si la condition vient à manquer, il n'y aura point de novation, parcequ'il n'y aura point eu de première dette à laquelle la nouvelle ait pu être substituée.

Pareillement, si la dette conditionnelle dont on a voulu faire novation par un autre engagement, étoit

584. La troisième espèce de novation est celle qui se fait par l'intervention d'un nouveau créancier, lorsqu'un débiteur, pour demeurer quitte envers son ancien créancier, de l'ordre de cet ancien créancier, contracte quelque engagement envers un nouveau créancier.

Il y a une espèce particulière de novation qu'on appelle *délégation*, qui, assez souvent, renferme une double novation. Nous en traiterons à l'article VI.

Nous ne dirons rien de celle qui résulteroit *ex litis-contestatione*, les principes du droit romain à cet égard n'étant plus d'usage parmi nous.

ARTICLE II.

Des dettes qui font la matière nécessaire de la novation.

585. Il résulte de la définition que nous avons donnée de la novation, qu'il ne peut y avoir de novation qu'il n'y ait eu deux dettes contractées, dont l'une soit éteinte par l'autre qui lui est substituée.

De là il suit que si la dette dont on veut faire novation par un autre engagement, est une dette conditionnelle, la novation ne pourra avoir lieu que lorsque la condition existera ; *l. 8, §. 1, ff. de novat.*

C'est pourquoi si la condition vient à manquer, il n'y aura point de novation, parcequ'il n'y aura point eu de première dette à laquelle la nouvelle ait pu être substituée.

Pareillement, si la dette conditionnelle dont on a voulu faire novation par un autre engagement, étoit

d'un corps certain, et qu'avant l'existence de la condition la chose fût périe, il n'y aura pas de novation, quand même la condition existeroit : car la condition ne pouvant pas confirmer la dette d'une chose qui n'existe pas, il n'y aura pas encore eu de première dette à laquelle la nouvelle ait pu être substituée.

586. *Vice versâ*, si la première dette ne dépendoit d'aucune condition, mais que le second engagement, par lequel on a voulu faire novation de cette première dette, dépende d'une condition, la novation ne pourra s'accomplir que par l'existence de la condition du nouvel engagement avant l'extinction de la première dette.

C'est pourquoi il n'y aura pas de novation, non seulement dans le cas auquel cette condition manquera, mais même dans le cas auquel, avant l'existence de cette condition, la première dette auroit été éteinte; *putà*, par l'extinction de la chose qui en faisoit l'objet : car l'existence de la condition ne peut opérer la novation d'une dette qui n'est plus; *l. 14, ff. de novat.*

587. Le simple terme de paiement est bien différent de la condition : la dette ne laisse pas d'exister, quoique le terme de paiement ne soit pas encore échu. C'est pourquoi on peut faire novation d'une dette dont le terme de paiement n'est pas encore échu, par un autre engagement pur et simple; ou d'une dette pure et simple, par un autre qui contiendra un terme pour le paiement; et dans l'un et dans l'autre cas, la novation s'accomplira d'abord, sans attendre l'échéance du terme; *l. 5; l. 8, §. 1, ff. de novat.*

588. Il est, à la vérité, de l'essence de la novation

qu'il y ait deux dettes contractées; une première, et une seconde qui lui soit substituée : mais il suffit que la première ait précédé la seconde d'un pur instant de raison. La novation de la première dette peut se faire par la seconde, dans le même instant que la première est contractée.

Par exemple, si vous me vendez un héritage pour le prix de dix mille livres; que par le même contrat un tiers s'engage à ma place à vous payer cette somme, et que vous l'acceptiez pour votre seul débiteur; on doit supposer, pendant un instant de raison, une dette que je contracte pour le prix de l'héritage que j'achète, et dont il se fait novation par l'engagement que contracte ce tiers de payer ce prix à ma place. Quoique cette dette que je contracte n'ait subsisté pendant aucun instant réel, il s'en fait novation dans le même instant que je l'ai contractée. Voyez un autre exemple en la loi 8, §. 2, ff. *de novat.*

589. La novation est valable, quelle que soit la première dette à laquelle on en substitue une nouvelle, et quelle que soit celle qu'on lui substitue : *Non interest qualis præcessit obligatio, seu civilis, seu naturalis, qualiscumque sit novari potest; dummodò sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter; l. 1, §. 1, ff. de novat.*

Il faut néanmoins que ces obligations ne soient pas de celles que la loi réprouve formellement, et déclare nulles; car ce qui est nul ne peut être susceptible d'aucun effet. Voyez *suprà, part. 2, ch. 2.*

ARTICLE III.

Quelles personnes peuvent faire novation.

590. Le consentement que donne le créancier à la novation de la dette, étant quelque chose d'équipollent, quant à l'extinction de la dette, au paiement qui lui en seroit fait, il suit qu'il n'y a que ceux à qui on peut payer valablement, qui *puissent* faire novation de la dette.

Donc, par la même raison qu'on ne peut payer valablement à un mineur, à une femme non autorisée de son mari, à un interdit, on doit décider que ces personnes ne peuvent faire novation de ce qui leur est dû; *l. 3; l. 20, §. 1, ff. d. tit.*

591. *Vice versa*, celui à qui on peut payer une dette, peut aussi ordinairement faire novation : *Cui recte solvitur, is etiam novare potest; l. 10, ff. de novat.*

Il suit de là qu'un créancier solidaire peut faire novation. Ainsi le décide Venuleius, *l. 31, §. 1, ff. de novat. et de leg.* dont la décision me paroît devoir être suivie, quoique Paul soit d'un sentiment contraire; *l. 27, ff. de pactis.* Les interprètes ont fait de vains efforts pour les concilier. Voyez Wissembach, *ad tit. de novat.* 19.

592. Pareillement un tuteur, un curateur, un mari, peuvent faire novation; *l. 20, §. 1; l. fin. §. 2, ff. d. tit.* Un fondé de procuration générale du créancier le peut aussi. Celui qui n'a qu'un pouvoir particulier pour recevoir des débiteurs ne le peut, parceque son pouvoir étant borné à recevoir, *non debet egredi fines mau-*

dati. Il en est de même de ceux qu'on appelle *adjecti solutionis gratiâ*, dont nous avons parlé au chapitre précédent, art. 2, §. 4 : ils ne peuvent faire novation, l. 10, ff. *de solut.*, quoiqu'on puisse leur payer valablement.

ARTICLE IV.

Comment se fait la novation.

§. I. De la forme de la novation.

593. Par le droit romain, la novation ne se pouvoit faire que par la stipulation. La forme de la stipulation n'est point d'usage dans notre droit ; les simples conventions y ont la même force qu'avoit par le droit romain la stipulation : c'est pourquoi la novation se fait par la simple convention.

§. II. De la volonté de faire novation.

594. Il faut pour la novation une volonté de la faire dans la personne du créancier, ou dans celle qui a pouvoir de lui, ou qualité pour faire la novation en sa place.

Par l'ancien droit romain cette volonté de faire novation se présuinoit facilement : mais suivant la constitution de Justinien en la loi dernière, *Cod. de novat.*, cette volonté de faire novation doit être expressément déclarée ; sans quoi il n'y a pas de novation ; et le nouvel engagement qui est contracté est censé fait plutôt pour confirmer le premier et pour y accéder, que pour l'éteindre.

dati. Il en est de même de ceux qu'on appelle *adjecti solutionis gratiâ*, dont nous avons parlé au chapitre précédent, art. 2, §. 4 : ils ne peuvent faire novation, l. 10, ff. *de solut.*, quoiqu'on puisse leur payer valablement.

ARTICLE IV.

Comment se fait la novation.

§. I. De la forme de la novation.

593. Par le droit romain, la novation ne se pouvoit faire que par la stipulation. La forme de la stipulation n'est point d'usage dans notre droit ; les simples conventions y ont la même force qu'avoit par le droit romain la stipulation : c'est pourquoi la novation se fait par la simple convention.

§. II. De la volonté de faire novation.

594. Il faut pour la novation une volonté de la faire dans la personne du créancier, ou dans celle qui a pouvoir de lui, ou qualité pour faire la novation en sa place.

Par l'ancien droit romain cette volonté de faire novation se présuinoit facilement : mais suivant la constitution de Justinien en la loi dernière, *Cod. de novat.*, cette volonté de faire novation doit être expressément déclarée ; sans quoi il n'y a pas de novation ; et le nouvel engagement qui est contracté est censé fait plutôt pour confirmer le premier et pour y accéder, que pour l'éteindre.

La raison de cette loi est que personne ne doit facilement être présumé abdiquer les droits qui lui appartiennent. C'est pourquoi la novation renfermant une abdication que le créancier fait de la première créance, à laquelle la seconde est substituée, cette novation ne doit pas facilement se présumer, et les parties doivent s'en expliquer.

Nous ne nous sommes pas néanmoins attachés dans notre jurisprudence d'une manière tellement littérale à cette loi, qu'il faille toujours que le créancier déclare en termes précis et formels, qu'il entend faire novation : il suffit que, de quelque manière que ce soit, sa volonté de faire novation paroisse si évidente, qu'elle ne puisse être révoquée en doute. C'est ce qu'établit d'Argentré, sur l'article 273 de l'ancienne Coutume de Bretagne.

En voici un exemple. Je suis créancier de Pierre d'une somme de mille livres : il se passe un acte entre Jacques, débiteur de Pierre, et moi, par lequel il est dit que Jacques s'oblige envers moi à me payer la somme de mille livres qui m'est due par Pierre; et il est ajouté que j'ai bien voulu, *pour faire plaisir à Pierre*, me contenter de la présente obligation qui m'est subie par Jacques. On doit décider dans cette espèce qu'il y a novation, et que Pierre est déchargé envers moi, quoiqu'il ne soit pas dit en termes formels et précis que je décharge Pierre, et que j'accepte l'obligation de Jacques en faisant novation de celle de Pierre : car les termes dont je me suis servi, que je me *contentois* de l'obligation de Jacques, *pour faire plaisir à Pierre*, déclarent suffisamment que j'ai voulu

décharger Pierre, et me contenter de Jacques pour débiteur à sa place.

Mais, à moins qu'il ne paroisse évidemment que le créancier a eu intention de faire novation, la novation ne se présume pas. C'est pourquoi si, dans la même espèce, ayant fait une saisie et arrêt sur Jacques, pour le fait de Pierre mon débiteur, Jacques s'est obligé envers moi purement et simplement, par un acte, à me payer la somme de mille livres qui m'est due par Pierre, et pour laquelle j'ai fait arrêt, sans qu'il ait été ajouté, comme dans l'espèce ci-dessus, *que j'ai bien voulu, pour faire plaisir à Pierre, me contenter de l'obligation de Jacques*, ou quelque autre chose semblable, qui feroit connoître évidemment que j'ai voulu décharger Pierre, je ne serai point censé avoir fait de novation, et Jacques sera censé avoir accédé à l'obligation de Pierre, qui demeure toujours mon obligé. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse, rapporté par Catalan, *tom. 2, l. 5, ch. 38.*

Pareillement si, depuis la dette contractée, il a été passé quelque acte entre le créancier et le débiteur, par lequel on auroit accordé un terme pour le paiement, ou par lequel on seroit convenu d'un nouveau lieu pour le paiement, ou par lequel on auroit accordé la faculté au débiteur de payer à une autre personne que le créancier, ou de payer une chose à la place de celle qui est due, ou même par lequel le débiteur se seroit obligé de payer une plus grande somme, ou d'en payer une moindre à laquelle le créancier auroit bien voulu se restreindre; dans tous ces cas et autres

semblables, suivant notre principe, que la novation ne se présume pas, il faut décider qu'il n'y a pas de novation, et que les parties ont seulement voulu modifier, diminuer ou augmenter la dette, plutôt que de l'éteindre pour y en substituer une nouvelle, si elles ne s'en sont pas expliquées.

§. III. Si la constitution d'une rente, pour le prix d'une somme due par le constituant, renferme essentiellement une novation.

595. Lorsque, par une convention entre le créancier et le débiteur d'une somme d'argent, le débiteur a constitué une rente à son créancier pour la somme qu'il lui devoit, y a-t-il nécessairement en ce cas novation? Plusieurs prétendent qu'il n'y a pas en ce cas novation, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, et à plus forte raison lorsqu'elles ont déclaré expressément par la constitution de rente qu'elles n'entendoient faire aucune novation. Ils prétendent que par l'acte de constitution de rente, le créancier ne donne pas quittance de la somme qui lui est due; qu'il consent seulement de ne pas exiger la somme qui lui est due, tant qu'on lui paiera les intérêts de cette somme; conséquemment que c'est toujours l'ancienne dette qui subsiste, quoique sous une nouvelle modification, c'est-à-dire, que d'exigible qu'elle étoit, elle est devenue une dette dont le principal est aliéné, et qui ne peut plus s'exiger tant que le débiteur en paye les arrérages. Cette opinion me paroît souffrir beaucoup de difficulté : il est de l'essence du contrat de constitution de rente, qui est un contrat réel, que celui

qui constitue la rente reçoive le prix de la constitution. Lorsque mon débiteur d'une certaine somme, *putà*, de mille livres, me constitue pour cette somme cinquante livres de rente, il faut donc qu'il reçoive la somme de mille livres pour le prix de la rente qu'il me constitue, et il ne peut être censé la recevoir que par la quittance que je lui en donne en paiement de la rente qu'il me constitue. Cette constitution de rente renferme donc une quittance que je lui donne de cette somme : elle renferme une compensation de la dette de cette somme dont il m'étoit débiteur, avec pareille somme que je devois lui donner pour prix de la rente qu'il me constitue : or, il est évident que cette quittance et cette compensation éteignent cette dette, et forment une novation.

On ne peut pas dire que le principal de la rente qui m'est constituée, est mon ancienne créance de mille livres contre Pierre, qui continue de subsister sous une nouvelle modification de principal de rente, au lieu de créance exigible qu'elle étoit : car outre qu'elle a été éteinte par la constitution de rente, comme nous venons de le faire voir, c'est que la créance d'une rente est proprement la créance des arrérages qui en courent à perpétuité jusqu'au rachat, plutôt que du principal, qui, ne pouvant pas être exigé, n'est pas proprement dû, et est *in facultate hutionis, magis quàm in obligatione*.

Ces raisons paroissent concluantes pour décider qu'un acte par lequel le débiteur d'une certaine somme constitue une rente à son créancier pour cette somme, renferme essentiellement une novation, quand même

il seroit porté expressément par l'acte, que les parties n'ont pas entendu faire une novation; car une protestation ne peut empêcher l'effet nécessaire et essentiel d'un acte. C'est pourquoi cette clause me paroît ne pouvoir avoir d'autre effet que d'empêcher l'extinction des hypothèques de l'ancienne dette, et de les transférer à la nouvelle, comme cela se peut, suivant la loi 12, §. 5, ff. *qui potior*.

Quoique ces raisons me paroissent très fortes pour décider que l'acte par lequel une dette exigible est convertie en une constitution de rente, contient essentiellement une novation, néanmoins l'opinion contraire paroît avoir en sa faveur le suffrage des auteurs. On l'autorise par deux arrêts qu'on prétend avoir jugé la question : le premier, qui est du 13 avril 1683, est rapporté au Journal du Palais, tom. 2 de l'édition in-fol.

Dans l'espèce de cet arrêt, Ligondez, débiteur solidaire avec Sablon d'une somme de six mille livres, en avoit depuis constitué rente, tant en son nom, qu'en se faisant fort de Sablon; et le contrat portoit réserve de l'obligation et des hypothèques. Le créancier ayant assigné Sablon, pour qu'il passât contrat de constitution, ou payât ladite somme de six mille livres, Sablon a été condamné. L'arrêtiste infère de cet arrêt, qu'il a été jugé qu'un débiteur d'une somme d'argent pouvoit constituer rente pour cette somme, sans qu'il se fit novation de sa dette. Mais je crois la conséquence mal tirée, et que les moyens respectifs des parties qui sont rapportés au journal ne touchent pas au point de décision de la cause. La raison décisive pour laquelle Sablon a été condamné par cet arrêt à payer ou à passer cou-

trat de constitution, me paroît être que Ligondez ayant passé contrat, tant en son nom que se faisant fort de Sablon, et par conséquent le créancier n'ayant consenti à la conversion de sa créance de six mille livres en un contrat de constitution, que sous la condition que le contrat seroit passé par ses deux débiteurs, la conversion de la créance de six mille livres en un contrat de constitution, la novation, et l'extinction de cette créance qui devoit en résulter, dépendoient de cette condition. C'est pourquoi le refus de Sablon de passer le contrat, faisant manquer la condition, il n'y avoit point de novation ; la créance subsistoit, et Sablon a été bien condamné par l'arrêt à payer.

L'autre arrêt est du 6 septembre 1712, et est rapporté au tome sixième du Journal des Audiences. Dans l'espèce de cet arrêt, plusieurs personnes avoient subi solidairement l'obligation de payer une certaine somme : deux avoient payé réellement chacun leur tiers, et le créancier, en le recevant, avoit réservé la solidité. Lebégue et de Villemenard avoient, par un billet, promis de passer contrat de constitution de rente pour le tiers restant, et il étoit dit par le billet, *sans que cela pût nuire à la solidité*. Long-temps après le créancier assigna Montpensier, l'un de ceux qui avoient payé leur tiers sous la réserve de la solidité, pour qu'il eût à payer le restant, ou à accéder au contrat de constitution, et l'arrêt l'y a condamné. Donc, dit-on, il a été jugé qu'un contrat de constitution de rente, fait par un débiteur pour la somme qu'il devoit, n'emportoit pas nécessairement novation et extinction de la dette de cette somme : autrement, dans

l'espèce proposée, Montpensier, codébiteur solidaire de la somme qui restoit due, et pour laquelle la rente a été constituée, auroit été libéré de cette dette par la constitution de rente, et n'auroit pas été condamné par l'arrêt à payer.

Je ne sais pas quelle a été la raison sur laquelle a été fondée la décision de l'arrêt; mais pour sauver les principes, on pourroit dire que l'arrêt n'a pas jugé ce qu'on en infère; mais qu'il a plutôt jugé que par la clause de réserve de solidité le créancier étoit censé avoir apposé à la conversion de sa créance en un contrat de constitution de rente, cette condition, que tous les débiteurs solidaires de cette dette accédroient au contrat de constitution; et qu'en conséquence le refus de Montpensier d'y accéder, faisant défaillir cette condition, la créance subsistoit.

§. IV. De la nécessité qu'il y a que quelque chose différencie la nouvelle dette de l'ancienne.

596. Lorsqu'il se fait une nouvelle convention entre le même créancier et le même débiteur, sans l'intervention d'aucune nouvelle personne, quoiqu'il soit expressément déclaré par l'acte qui contient le nouvel engagement, que les parties entendent faire novation, il faut, pour que la novation soit valable, que cet acte contienne quelque chose de différent de la première obligation qui a été contractée; soit dans la qualité de l'obligation, comme si la première étoit déterminée, et la seconde alternative, *aut vice versâ*; soit sur les accidents accessoires de l'obligation, comme sur le temps ou sur le lieu du paiement. C'est aussi une dif-

férence suffisante, si la première obligation avoit été contractée sous la caution d'une autre personne, ou sous l'hypothèque de mes biens, et que par la nouvelle je m'engage sans caution et sans hypothèque, *aut vice versâ*.

Si le nouvel engagement fait sans l'intervention d'une nouvelle personne, ne contient rien de différent du premier, il est évident que ce nouvel engagement est inutilement contracté; *Instit. tit. quid. mod. toll. obl. §. 4.*

597. Lorsque la novation se fait avec l'intervention d'un nouveau débiteur ou d'un nouveau créancier, la différence de créancier ou de débiteur est une différence suffisante pour rendre la novation utile, sans qu'il soit nécessaire qu'il en intervienne d'autre.

§. V. Si le consentement de l'ancien débiteur est nécessaire pour la novation.

598. La novation qui se fait par l'intervention d'un nouveau débiteur peut se faire entre le créancier et ce nouveau débiteur, sans que le premier, dont la dette doit s'éteindre par la novation, y ait aucune part, et sans qu'il y consente: *Liberat me is qui quod debeo promittit, etiamsi nolim; l. 8, §. 5, ff. de novat.* La raison est que la novation, à l'égard du premier débiteur, ne renferme autre chose que l'acquiescement de sa dette, par la nouvelle que le tiers contracte en sa place : or on peut acquitter la dette d'un autre sans qu'il y consente, comme nous l'avons vu au chapitre précédent : *Ignorantis enim et invitæ conditio melior fieri potest; l. 53, de solut.*

ARTICLE V.

De l'effet de la novation.

599. L'effet de la novation est que la première dette est éteinte de la même manière qu'elle le seroit par un paiement réel.

Lorsque l'un de plusieurs débiteurs solidaires contracte seul un nouvel engagement avec le créancier pour faire novation du premier, la première dette étant éteinte par la novation, comme elle le seroit par un paiement réel, tous ses codébiteurs sont libérés aussi bien que lui. Pareillement, comme l'extinction de l'obligation principale entraîne celle de toutes les obligations accessoires, la novation qui se fait de la dette principale éteint toutes les obligations accessoires, telles que celles des cautions.

Si le créancier vouloit conserver l'obligation des autres débiteurs et des cautions, il faudroit qu'il mît pour condition à la novation, que les codébiteurs et les cautions accéderaient à la nouvelle dette; auquel cas, faute par eux d'y vouloir accéder, il n'y auroit pas de novation, et le créancier conserveroit son ancienne créance.

Du principe que la novation éteint l'ancienne dette, il suit aussi qu'elle en éteint les hypothèques qui en étoient accessoires: *Novatione legitimè factâ liberantur hypothecæ*; l. 18, ff. de novat.

Mais le créancier peut, par l'acte même qui contient la novation, transférer à la seconde dette les hy-

pothèques qui étoient attachées à la première; *l. 12, §. 5, ff. qui potior.*

Par exemple, si par acte de 1760 vous m'avez emprunté une somme de mille livres sous l'hypothèque de vos biens, et que par un autre acte passé entre nous en 1770, vous ayez contracté envers moi une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par l'acte, qu'au moyen de cette nouvelle obligation, vous demeurerez quitte de celle de 1760, *dont les parties ont entendu faire novation sous la réserve des hypothèques*, je serai, par cette clause, conservé dans mon ordre d'hypothèque pour ma nouvelle créance, du jour de la date de l'ancienne; *l. 3, l. 21, ff. dicto titulo.*

Observez que si la nouvelle créance étoit plus forte que la première, je ne serois conservé dans mon rang d'hypothèque que jusqu'à concurrence de la somme qui m'étoit due par l'acte de 1760, cette translation des hypothèques, de l'ancienne créance à la nouvelle, ne devant pas être préjudiciable aux créanciers intermédiaires.

Observez aussi que cette translation des hypothèques, de l'ancienne créance à la nouvelle, ne peut se faire qu'avec le consentement de la personne à qui les choses hypothéquées appartiennent. Dans l'espèce ci-dessus rapportée, il est clair que vous avez consenti à cette translation d'hypothèque, puisque vous êtes partie à l'acte où la réserve de ces hypothèques est stipulée. Mais si un tiers, par acte de 1770, s'est obligé envers moi à me payer la somme que vous me deviez par l'acte de 1760, et qu'il soit dit qu'au moyen des présentes, la dette de 1760 demeure acquittée sous li

réserve des hypothèques, quoique la novation puisse se faire sans que vous interveniez à l'acte; la translation de l'hypothèque de vos biens attachée à votre dette de 1760 ne peut se faire à la nouvelle dette de 1770, si vous n'intervenez à l'acte pour la consentir; le nouveau débiteur à qui les choses hypothéquées n'appartiennent pas, ne pouvant pas, sans vous à qui elles appartiennent, les hypothéquer à la nouvelle dette. C'est ce que décide Paul en la loi 30, ff. *de novat. Paulus respondit, si creditor à Sempronio, animo novandi stipulatus esset, ita ut à primâ obligatione in universum discederetur, rursùm easdem res à posteriore debitore, sine consensu debitoris prioris, obligari non posse.*

Suivant les mêmes principes, si l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires contracte envers le créancier une nouvelle obligation, et qu'il soit porté par l'acte, que les parties ont entendu faire novation de la première dette, *sous la réserve des hypothèques*, cette réserve ne peut avoir d'effet que pour l'hypothèque des biens de ce débiteur qui contracte la nouvelle dette, et non pour les hypothèques des biens de ses codébiteurs; leurs biens ne pouvant pas être hypothéqués à cette nouvelle dette sans leur consentement.

Quelque réserve que fasse le créancier par l'acte qui contient la novation, les cautions de l'ancienne dette ne peuvent être obligées à la nouvelle, si elles n'y consentent.

ARTICLE VI.

De la délégation.

§. I. Ce que c'est que la délégation, et comment elle se fait.

600. La délégation est une espèce de novation par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne, qui à sa place s'oblige envers ce créancier, ou envers la personne qu'il indique.

Delegare est vice suâ alium reum dare creditori, vel cui jusserit; l. 11, ff. de novat.

Il résulte de cette définition, que la délégation se fait par le concours de trois personnes, et qu'il en intervient quelquefois une quatrième.

1^o Il faut le concours du déléguant, c'est-à-dire, de l'ancien débiteur qui donne à son créancier un autre débiteur en sa place.

2^o De la personne du délégué qui s'oblige envers le créancier, à la place de l'ancien débiteur, ou envers la personne indiquée par le créancier.

3^o Du créancier, qui en conséquence de l'obligation que la personne déléguée contracte envers lui, ou envers la personne qu'il lui indique, décharge le déléguant.

Quelquefois il intervient dans la délégation une quatrième personne; savoir, celle que le créancier indique, et envers qui, sur l'indication du créancier, et de l'ordre du déléguant, la personne déléguée s'oblige.

Pour qu'il y ait délégation, il faut que la volonté du

créancier, de décharger le premier débiteur, et de se contenter de l'obligation de ce nouveau débiteur qui s'oblige envers lui à la place du premier, soit bien marquée. C'est pourquoi si Pierre, l'un des héritiers de mon débiteur, pour se décharger d'une rente envers moi, a, par un partage, chargé Jacques son cohéritier, de me la payer à sa décharge, il n'y aura pas de délégation; et Pierre ne sera pas déchargé envers moi, si je n'ai pas, par quelque acte, déclaré formellement que je déchargeois Pierre : sans cela, quoique j'aie reçu de Jacques seul les arrérages pendant un temps considérable, on n'en pourra pas conclure que je l'ai accepté pour mon seul débiteur à la place de Pierre, et que j'ai déchargé Pierre, *arg. l. 40, §. 2, ff. de pact.*

§. II. De l'effet de la délégation.

601. La délégation renferme une novation; savoir, l'extinction de la dette du délégant, et l'obligation que la personne déléguée contracte en sa place. Ordinairement même la délégation contient une double novation : car ordinairement la personne déléguée est un débiteur du délégant, lequel, pour s'acquitter envers le délégant de son obligation, contracte, de l'ordre du délégant, une nouvelle obligation envers le créancier du délégant. Il se fait en ce cas une novation, et de l'obligation du délégant envers son créancier à qui le délégant donne un autre débiteur en sa place, et de l'obligation de la personne déléguée envers le délégant, en conséquence de celle qu'elle contracte de son ordre envers son créancier.

602. Si la personne déléguée n'étoit pas débitrice du déléguant, quoiqu'elle ne se fût obligée en sa place envers son créancier que dans la fausse persuasion qu'elle étoit débitrice du déléguant, l'obligation qu'elle auroit contractée envers ce créancier n'en seroit pas moins valable, et elle ne pourroit se défendre de le payer; sauf à elle son recours contre le déléguant, pour qu'il fût tenu de l'acquitter. Le créancier, qui par l'obligation que contracte envers lui la personne déléguée, ne fait que retirer ce qui lui étoit dû par son ancien débiteur qu'il a déchargé, ne doit point souffrir de cette erreur : *Si per ignorantiam promiserit, nullâ quidem exceptione uti poterit adversus creditorem, quia ille suum recepit; sed is qui delegavit, tenetur conditione; l. 12, ff. de novat.*

Il en seroit autrement, si celui envers qui la personne déléguée s'est obligée, n'étoit point créancier du déléguant, soit que le déléguant fût lui-même dans l'erreur, et qu'il crût être débiteur, soit qu'il voulût lui faire donation. En l'un et l'autre cas, la personne déléguée qui s'est obligée envers lui par erreur, dans la fausse persuasion qu'elle étoit débitrice du déléguant, ne sera pas valablement obligée, et pourra se défendre de payer, l'erreur étant découverte; *l. 7, ff. de doli except.; l. 2, §. 4, ff. de donat.*

La raison de cette différence est que, dans cette espèce-ci, celui envers qui la personne déléguée s'est obligée, *certat de lucro captando*; pendant que la personne déléguée, qui s'est par erreur obligée envers lui, *certat de damno vitando*. Or on doit plutôt subvenir à celui qui *certat de damno*, qu'à celui qui *certat de*

lucro. C'est pourquoi on doit non seulement le décharger de son obligation contractée par erreur, mais même lui accorder la répétition de ce qu'il auroit payé en conséquence, suivant cette règle de droit, *Melius est favere repetitioni, quàm adventitio lucro*. Au contraire, dans l'espèce précédente, le créancier envers qui la personne déléguée s'est obligée, *versaretur in damno*, si la personne déléguée étoit déchargée de son obligation.

603. Si la personne déléguée ne s'oblige que sous une condition, tout l'effet de la délégation sera en suspens, jusqu'à l'échéance de la condition : et de même qu'en ce cas il dépend de l'échéance de la condition que la personne déléguée soit obligée, de même il dépend de l'échéance de la même condition que le déléguant soit libéré de son obligation, laquelle ne peut être éteinte que par la nouvelle obligation de la personne déléguée, qui doit être substituée en sa place. L'obligation de la personne déléguée envers le déléguant dépend pareillement de cette condition : car la personne déléguée ne peut être libérée envers le déléguant qu'autant qu'elle s'oblige en sa place envers le créancier.

Quoique la personne déléguée ne soit pas libérée envers le déléguant jusqu'à l'échéance de cette condition, néanmoins le déléguant, par l'ordre duquel elle s'est obligée sous condition, ne peut faire aucune poursuite contre elle, jusqu'à ce que cette condition soit faillie : car tant qu'elle peut exister, il est incertain si elle demeurera obligée envers lui, ou si elle le sera envers le nouveau créancier : c'est la décision de la loi 36, ff. de reb. cred.

§. III. Si le déléguant est tenu de l'insolvabilité du délégué.

604. Régulièrement, lorsque la personne déléguée s'est obligée valablement envers le créancier à qui elle a été déléguée, le déléguant est pleinement libéré envers ce créancier, et ce créancier n'a aucun recours contre lui, dans le cas auquel le nouveau débiteur à lui délégué deviendrait insolvable : ce créancier, en acceptant la délégation, a suivi la solvabilité du débiteur qui lui étoit délégué ; *nomen ejus secutus est*.

Ce principe souffre exception, dans le cas auquel il auroit été convenu que le déléguant donneroit à ses risques un nouveau débiteur à sa place. Paul décide qu'en ce cas le créancier peut agir *actione mandati contrariâ*, contre le déléguant, pour être indemnisé de la somme dont il n'a pu être payé par l'insolvabilité du nouveau débiteur à lui délégué. Car lorsqu'à la prière de mon ancien débiteur, j'accepte à ses risques un autre débiteur à sa place, c'est un contrat de mandat qui intervient entre nous ; je suis son mandataire en acceptant la délégation, et par conséquent je dois être par lui indemnisé de ce qu'il m'en coûte pour l'avoir acceptée. Or il m'en coûte la somme dont je n'ai pu être payé par le débiteur délégué : j'en dois donc être indemnisé par lui.

Observez qu'il faut pour cela qu'on ne puisse me reprocher de n'avoir pas fait les diligences qui auroient pu me procurer mon paiement, pendant que le débiteur délégué étoit solvable : car en ce cas c'est ma faute si je n'ai pas été payé. Or, selon les règles du

contrat de mandat, un mandataire n'a d'action pour être indemnisé, que de ce qu'il lui en a coûté sans sa faute : *Venit in actione mandati quod mandatorio ex causâ mandati abest inculpabiliter.*

Comme ce n'est pas la délégation par elle-même, mais le contrat de mandat qu'on suppose intervenu entre le déléguant et le créancier, qui rend le déléguant responsable de l'insolvabilité du débiteur délégué, c'est au créancier qui prétend se servir de ce contrat de mandat, à faire voir par écrit qu'il est intervenu, et qu'il n'a accepté la délégation qu'aux risques du déléguant. Cette convention ne se suppose point; c'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bouvot.

Cujas, *ad l. 26, §. 2, ff. mand. ad libr. 33, Paul ad edic.* rapporte une seconde exception à notre principe, qui est que, quoique la délégation n'ait pas été faite à la charge qu'elle seroit aux risques du déléguant, néanmoins si, dès le temps de la délégation, l'insolvabilité du débiteur délégué étoit arrivée, et ignorée du créancier, le déléguant en devoit être tenu. Cette décision de Cujas est fondée en équité : la délégation renferme entre le déléguant et le créancier une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre, dans lesquelles chacun entend recevoir autant qu'il donne. L'équité de ces conventions consiste dans l'égalité : elles sont iniques, lorsque l'une des parties donne beaucoup, et reçoit peu à la place. Suivant ces principes, la délégation que vous me faites d'une créance de mille livres que vous doit Pierre insolvable, à la place d'une pareille somme dont vous m'êtes débiteur, est manifestement inique : car par

cette délégation vous recevez la remise de votre dette de mille livres, laquelle remise a une valeur réelle et effective de mille livres; et pour cette valeur de mille livres que vous recevez de moi, vous me donnez une créance sur un débiteur insolvable, qui n'a aucune valeur, ou n'en a presque aucune : il faut donc que, pour réparer l'iniquité de la convention, vous soyez tenu envers moi de l'insolvabilité de ce débiteur que j'ai accepté par erreur pour mon débiteur à votre place.

Il en seroit autrement, si, lors de la délégation que vous m'avez faite de ce débiteur à votre place, j'avois connoissance de l'insolvabilité. La délégation ne renferme pas en ce cas une convention de la classe de celles qui sont intéressées de part et d'autre; mais elle renferme un bienfait que j'ai bien voulu vous faire, en acceptant ce débiteur à votre place, quelque insolvable qu'il fût. Vous ne m'avez fait aucun tort, puisqu'en connoissance de cause, j'ai bien voulu l'accepter : *Volenti non fit injuria*.

Despeisses rejette le sentiment de Cujas, et prétend qu'à moins qu'il n'ait été expressément convenu que le déléguant déléguoit à ses risques, *suo periculo*, le créancier ne peut jamais se plaindre de l'insolvabilité du débiteur qui lui a été délégué, et qu'il a bien voulu accepter, quelque ignorance qu'il allègue en sa faveur. Sa raison est qu'autrement la délégation n'auroit jamais l'effet de libérer le déléguant, qui est l'effet qu'elle doit avoir par sa nature, puisque le créancier diroit toujours qu'il a ignoré l'insolvabilité du débiteur qu'on lui a délégué.

Ces raisons peuvent faire rejeter, dans le for exté-

rieur, l'opinion de Cujas; mais elle me paroît indubitable dans le for de la conscience.

§.IV. Différence entre la délégation, le transport et la simple indication.

605. Il nous reste à observer que la délégation est quelque chose de différent du transport, aussi bien que de la simple indication.

Le transport que fait un créancier à quelqu'un de sa créance, ne contient aucune novation : c'est la même créance qui passe du cédant au cessionnaire, lequel même n'est, à proprement parler, que le *procurator in rem suam* du créancier qui la lui a cédée. D'ailleurs ce transport ne se passe qu'entre deux personnes, le cédant et le cessionnaire, sans qu'il soit besoin que le consentement du débiteur intervienne.

Nous traiterons du transport dans notre traité du Contrat de Vente, *part. 6, chap. 3.*

La novation diffère aussi de la simple indication.

Lorsque j'indique à mon créancier une personne de qui il recevra le paiement de la somme que je lui dois, et sur laquelle, pour cet effet, je lui donne une rescription, cet acte ne contient qu'un simple mandat. Il ne contient ni un transport, ni une novation; je demeure toujours le débiteur de mon créancier; la personne que je lui indique, et sur qui je lui donne une rescription, ne le devient pas à ma place.

Pareillement, lorsqu'un créancier indique à son débiteur une personne à qui il pourra payer, cette indication ne contient aucune novation; le débiteur ne devient pas le débiteur de la personne à qui on lui in-

dique de payer, il demeure toujours le débiteur de l'indiquant. Voyez sur cette espèce d'indication, *suprà*, *ch. 1, art. 2, §. 4.*

CHAPITRE III.

De la remise d'une dette.

606. LA remise que fait le créancier de la dette, est aussi une des manières dont s'éteignent les obligations ; car elle libère de plein droit.

ARTICLE PREMIER.

Comment se fait la remise d'une dette.

§. I. Si la remise d'une dette peut se faire par une simple convention.

607. Selon les principes du droit romain, il y avoit sur ce point une différence entre les obligations civiles qui résultoient des contrats consensuels, et qui se contractoient par le seul consentement des parties ; et entre les autres obligations civiles qui résultoient des contrats réels, ou de la stipulation. A l'égard de celles qui se contractoient par le seul consentement des parties, la remise pouvoit s'en faire par une simple convention, par laquelle le créancier convenoit avec le débiteur de l'en tenir quitte ; et cette convention éteignoit de plein droit l'obligation ; *l. 35, ff. de R. J.* A l'égard des autres obligations civiles, pour que la re-

dique de payer, il demeure toujours le débiteur de l'indiquant. *Voyez* sur cette espèce d'indication, *suprà*, *ch. 1, art. 2, §. 4.*

CHAPITRE III.

De la remise d'une dette.

606. LA remise que fait le créancier de la dette, est aussi une des manières dont s'éteignent les obligations ; car elle libère de plein droit.

ARTICLE PREMIER.

Comment se fait la remise d'une dette.

§. I. Si la remise d'une dette peut se faire par une simple convention.

607. Selon les principes du droit romain, il y avoit sur ce point une différence entre les obligations civiles qui résultoient des contrats consensuels, et qui se contractoient par le seul consentement des parties ; et entre les autres obligations civiles qui résultoient des contrats réels, ou de la stipulation. A l'égard de celles qui se contractoient par le seul consentement des parties, la remise pouvoit s'en faire par une simple convention, par laquelle le créancier convenoit avec le débiteur de l'en tenir quitte ; et cette convention éteignoit de plein droit l'obligation ; *l. 35, ff. de R. J.* A l'égard des autres obligations civiles, pour que la re-

mise que le créancier en faisoit au débiteur pût éteindre de plein droit l'obligation, il falloit avoir recours à la formalité de l'acceptation, ou *simple*, si l'obligation résultoit d'une stipulation, ou *aquillienne*, si elle résultoit d'un contrat réel; voyez *tit. de acceptil. in Instit. et Pandect.* La simple convention par laquelle le créancier étoit convenu avec le débiteur de le tenir quitte, n'éteignoit pas de plein droit ces obligations; mais elle donnoit seulement au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre l'action du créancier qui auroit demandé le paiement de la dette, contre la foi de la convention.

Cette distinction et ces subtilités ne sont pas reçues dans notre droit françois : nous n'y connoissons pas la forme de l'acceptation; et toutes les dettes, quelles qu'elles soient, et de quelque façon qu'elles aient été contractées, s'éteignent de plein droit par la simple convention de remise entre le créancier et le débiteur, pourvu que le créancier soit capable de disposer de son bien, et que le débiteur ne soit pas une personne à qui il soit défendu au créancier de donner.

C'est pourquoi tout ce qui est dit au titre du *ff. de accept.* sur la forme de l'acceptation, ne reçoit aucune application dans notre droit françois, et notamment que l'acceptation ne peut se faire sous une condition; *l. 4, ff. de acceptilat.*

Parmi nous rien n'empêche qu'un créancier puisse faire dépendre d'une condition la remise qu'il fait de la dette; et l'effet d'une telle remise est de rendre la dette conditionnelle, de même que si elle eût été contractée sous une condition contraire.

§. II. En quel cas présume-t-on une remise tacite.

608. La remise de la dette peut se faire non seulement par une convention expresse, mais aussi par une convention tacite qui résulte de certains faits qui la font présumer. Par exemple, si le créancier a rendu au débiteur son billet, ou le brevet d'obligation, il est présumé lui avoir remis la dette : *Si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem; l. 2, §. 1, ff. de pact.*

Si le billet étoit souscrit par plusieurs débiteurs solidaires, et que le créancier l'eût rendu à l'un d'eux, quelques docteurs cités par Bruneman, *ad l. 2, ff. de pact.*, ont pensé que la restitution du billet ne devoit en ce cas faire présumer qu'une décharge personnelle de la dette, que le créancier a bien voulu accorder à celui à qui il a remis le billet. Il me paroît au contraire qu'on doit présumer qu'il a entendu remettre et éteindre entièrement la dette : car s'il n'eût voulu décharger que l'un des débiteurs, il auroit retenu le billet, qui lui auroit été nécessaire pour faire payer les autres.

609. La possession en laquelle le débiteur se trouve du billet fait-elle présumer que le créancier le lui a rendu? Boiceau, après quelques anciens docteurs, fait une distinction : il dit que si le débiteur allégué qu'il a payé, la possession en laquelle il est du billet fait présumer le paiement, et que le billet lui a été rendu comme acquitté, à moins que le créancier ne prouve le contraire : mais s'il allégué que le créancier lui a

remis la dette, la possession en laquelle il est du billet n'est pas, selon lui, suffisante, et il doit prouver que le créancier lui a volontairement remis et rendu son billet; parceque la remise est une donation qui ne se présume point, suivant cette règle, *Nemo donare facile præsumitur*; et que d'ailleurs c'est une convention qui doit, suivant l'ordonnance, s'établir par écrit. Je ne crois pas cette distinction solide, et je pense qu'on doit indistinctement décider que la possession du billet par le débiteur doit faire présumer qu'il lui a été rendu par le créancier, ou comme acquitté, ou comme remis; à moins que le créancier ne justifie le contraire; *putà*, que le billet lui a été volé. En vain dirait-on que la donation ne se présume pas; car cela veut dire qu'elle ne se présume pas facilement, et sans qu'il y ait un sujet suffisant pour la présumer: or, suivant la loi citée, il y a un sujet suffisant de présumer la donation et remise de la dette, lorsque le créancier a remis le billet au débiteur; et la possession du billet par le débiteur doit aussi faire présumer que le créancier le lui a rendu, puisque c'est la voie naturelle par laquelle la possession en a pu passer de la personne du créancier en laquelle il étoit, en celle du débiteur. L'argument tiré de l'ordonnance, qui veut que les conventions dont l'objet excède cent livres, se prouvent par écrit, n'est pas meilleur. L'ordonnance n'a voulu exclure par là que la preuve testimoniale, et non pas les présomptions résultantes des faits avoués par les parties.

La distinction de Boiceau sur la qualité de la personne du débiteur est plus plausible. Si le débiteur

étoit le facteur du créancier, ou autre domestique à portée de se saisir du billet, la possession en laquelle il seroit du billet pourroit n'être pas une présomption suffisante, ni de la remise, ni même du paiement de la dette. *Idem*, si c'étoit un voisin chez lequel le créancier eût porté ses effets, dans le cas d'un incendie.

Ce qui est décidé à l'égard d'un billet ou d'un brevet d'obligation ne doit pas s'étendre à la grosse d'un contrat de constitution, ou d'une obligation dont il y a une minute. Quoique cette grosse se trouve entre les mains du débiteur, il n'en résulte pas une présomption suffisante du paiement ou de la remise de la dette, à moins que d'autres circonstances ne concourent : car la minute qui demeure chez le notaire, et qui n'est pas quittancée, réclame en faveur du créancier à qui la grosse a pu être volée, ou qui, se fiant à la minute, a pu s'en dessaisir, et la confier au débiteur.

610. La restitution que le créancier a faite au débiteur, des choses qu'il lui avoit données en nantissement de sa dette, ne fait pas non plus présumer la remise ni le paiement de la dette ; *l. 3, ff. de pact. : car il a pu en cela n'avoir d'autre intention que de lui remettre le nantissement, et non de lui remettre la dette.*

611. Un créancier est présumé avoir remis la solidaire à des débiteurs solidaires, lorsqu'il les a admis à payer seulement leur part ; *v. supra, n. 277, et suiv.*

612. Lorsqu'après un contrat synallagmatique fait entre nous, avant qu'il ait été exécuté ni de part ni d'autre, il intervient entre nous une nouvelle conven-

tion, par laquelle il est dit que je vous décharge de ce contrat, vous êtes censé pareillement m'avoir déchargé tacitement de l'obligation réciproque que j'avois contractée envers vous. Par exemple, si, après que vous m'avez vendu une chose, nous convenons que je vous décharge de la vente que vous m'avez faite, vous êtes censé m'avoir pareillement déchargé de mon achat; *l. 23, ff. de accept.*

613. Le défaut de réserve d'une dette, dans la quittance que le créancier donne d'une autre dette, ne forme point de présomption de la remise de la dette dont il n'a point fait de réserve; *l. 29, ff. de oblig. et act.*

Pareillement, si dans un compte entre deux parties qui étoient en relation de commerce, l'une d'elles n'a pas compris un article de créance qu'elle avoit contre l'autre; il n'en résulte aucune présomption de la remise de cette créance: on présumera au contraire que c'est une omission faite par oubli, qui n'empêchera point le créancier d'exiger sa dette, nonobstant le compte dans lequel elle n'a point été comprise.

Néanmoins il peut résulter une présomption de la remise de la dette non employée dans les comptes, lorsque trois circonstances concourent; 1^o lorsque le créancier et le débiteur étoient unis par les liens du sang, ou d'une amitié très étroite; 2^o lorsqu'il ne s'est pas fait pour un seul compte entre les parties, mais plusieurs, dans aucun desquels la dette n'a été employée; 3^o Enfin lorsque le créancier est mort sans l'avoir demandée. Du concours de ces trois circonstances, Papinien fait résulter une présomption suffi-

sante de la remise de la dette. C'est la décision de la célèbre loi *Procula*, 26, ff. *de probat.*

- §. III. Si la remise peut se faire par la seule volonté du créancier, sans convention.

614. Nous avons vu que la remise d'une dette peut se faire valablement par une convention expresse ou tacite entre le créancier et le débiteur : quelques auteurs pensent qu'elle peut se faire par la seule volonté du créancier, qui déclareroit qu'il fait la remise, pourvu qu'il soit capable de disposer de ses biens. C'est le sentiment de Barbeyrac en ses notes sur Pufendorf. Sa raison est que toute personne qui a la disposition de ses biens peut, par sa seule volonté, répudier les droits qui lui appartiennent; et qu'elle les perd en les répudiant. Paul, en la loi 2, §. 1, ff. *pro derel.*, décide expressément que nous pouvons par notre seule volonté répudier et perdre le droit du domaine d'une chose corporelle qui nous appartient. Par la même raison, nous pouvons par notre seule volonté répudier le droit de créance que nous avons contre notre débiteur : et comme il ne peut y avoir de dette sans un droit de créance au profit de celui envers qui elle est contractée, la répudiation et l'abandon que le créancier fait de son droit de créance entraîne nécessairement l'extinction de la dette. Suivant ces principes, si un créancier d'Orléans a écrit à son débiteur de Marseille une lettre, par laquelle il lui marque qu'il lui fait remise de sa dette; quoique le débiteur soit mort depuis la lettre écrite, mais avant qu'elle lui soit parvenue, et qu'ainsi on ne puisse dire qu'il soit inter-

venu aucune convention entre le créancier et lui ; néanmoins, suivant les principes de Barbeyrac, il faudra décider que la dette est éteinte, et que le créancier qui a par cette lettre déclaré sa volonté de répudier sa créance, n'est pas recevable à la demander aux héritiers du débiteur.

Je ne crois pas que ce sentiment de Barbeyrac puisse être suivi dans la pratique. Je conviendrai volontiers avec lui qu'en supposant un cas métaphysique, un créancier qui auroit une volonté absolue d'abdiquer son droit de créance pourroit par sa seule volonté l'éteindre : mais lorsqu'un créancier déclare qu'il fait remise à son débiteur de sa dette, ce n'est pas cette volonté absolue d'abdiquer sa créance qu'on doit supposer en lui, mais plutôt la volonté d'en faire don à son débiteur. Or, comme tout don exige une acceptation du donataire, on doit penser que ce créancier n'a entendu vouloir abdiquer son droit que lorsque la remise et le don qu'il entend faire à son débiteur auroient reçu leur perfection par l'acceptation de ce débiteur. C'est pourquoi dans l'espèce proposée, je pense qu'on doit décider, contre le principe de Barbeyrac, que la remise d'une dette portée par une lettre ne doit avoir aucun effet, si le débiteur à qui on faisoit la remise est mort avant que la lettre lui soit parvenue.

Quand même le principe de Barbeyrac devoit être suivi, ce ne pourroit être que lorsque la remise est pure et simple. Lorsqu'elle est faite sous certaines conditions, il est évident qu'elle ne peut avoir d'effet avant que le débiteur ait accepté les conditions.

§. IV. Si la remise peut se faire pour partie.

615. La remise d'une dette peut se faire pour le total ou pour partie. Les lois romaines exceptoient, à l'égard de l'acceptilation, le cas auquel la chose due n'étoit pas susceptible de parties. Par exemple, si je m'étois obligé envers vous d'imposer sur mon héritage un certain droit de servitude pour l'utilité du vôtre, l'acceptilation de cette dette ne pouvoit se faire par parties; *l. 13, §. 1, ff. de acceptil.* Mais parmi nous rien n'empêche qu'une pareille dette ne puisse être remise pour partie, *putà*, pour la moitié, le tiers, etc.; et l'effet de cette remise fera que vous ne pourrez exiger de moi ce droit de servitude qu'en me faisant raison de la moitié du prix, ou du tiers.

ARTICLE II.

Des différentes espèces de remises.

On peut distinguer deux différentes espèces de remises qu'un créancier peut faire de sa dette; l'une, que nous appelons *remise réelle*; l'autre, que nous appelons *décharge personnelle*.

§. I. De la remise réelle.

616. La remise réelle est lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée; ou lorsqu'il en donne quittance, comme s'il en avoit reçu le paiement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu.

Cette remise équipolle au paiement, et fait que la

§. IV. Si la remise peut se faire pour partie.

615. La remise d'une dette peut se faire pour le total ou pour partie. Les lois romaines exceptoient, à l'égard de l'acceptilation, le cas auquel la chose due n'étoit pas susceptible de parties. Par exemple, si je m'étois obligé envers vous d'imposer sur mon héritage un certain droit de servitude pour l'utilité du vôtre, l'acceptilation de cette dette ne pouvoit se faire par parties; *l. 13, §. 1, ff. de acceptil.* Mais parmi nous rien n'empêche qu'une pareille dette ne puisse être remise pour partie, *putà*, pour la moitié, le tiers, etc.; et l'effet de cette remise fera que vous ne pourrez exiger de moi ce droit de servitude qu'en me faisant raison de la moitié du prix, ou du tiers.

ARTICLE II.

Des différentes espèces de remises.

On peut distinguer deux différentes espèces de remises qu'un créancier peut faire de sa dette; l'une, que nous appelons *remise réelle*; l'autre, que nous appelons *décharge personnelle*.

§. I. De la remise réelle.

616. La remise réelle est lorsque le créancier déclare qu'il tient la dette pour acquittée; ou lorsqu'il en donne quittance, comme s'il en avoit reçu le paiement, quoiqu'il ne l'ait pas reçu.

Cette remise équipolle au paiement, et fait que la

chose n'est plus due; et par conséquent elle libère tous ceux qui en étoient débiteurs, ne pouvant plus y avoir de débiteurs, lorsqu'il n'y a plus de chose due.

§. II. De la décharge personnelle.

617. La remise ou décharge personnelle est celle par laquelle le créancier décharge simplement le débiteur de son obligation. Cette décharge *magis eximit personam debitoris ab obligatione quàm extinguit obligationem* : elle n'éteint la dette qu'indirectement, dans le cas auquel le débiteur à qui elle seroit accordée seroit le seul débiteur principal; parcequ'il ne peut y avoir de dette sans débiteur.

Mais s'il y a deux ou plusieurs débiteurs solidaires, la décharge accordée à l'un n'éteint pas la dette; elle ne libère que celui à qui elle est accordée, et non son codébiteur. La dette est éteinte néanmoins pour la part de celui à qui la décharge est accordée, et l'autre ne demeure obligé que pour le surplus. La raison est, que si chacun devoit le total, ce n'étoit qu'à condition que le créancier lui céderoit ses droits et actions contre l'autre. Le créancier s'étant mis par son fait hors d'état de les céder contre celui qu'il a déchargé, l'autre n'en doit pas souffrir, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 557, pag. 51.

La décharge accordée au débiteur principal emporte celle de ses cautions; car il seroit inutilement déchargé, si les cautions ne l'étoient pas; puisque les cautions, étant obligées de payer, auroient recours contre ce débiteur : d'ailleurs il ne peut y avoir de

caution sans un débiteur principal. Cette règle reçoit néanmoins une espèce d'exception à l'égard des contrats d'atermoiement ; *suprà*, n. 380.

Contra vice versâ, la décharge accordée à la caution ne décharge pas le débiteur principal : car l'obligation de la caution dépend bien de celle du débiteur principal, mais celle du débiteur principal ne dépend pas de celle de la caution : il ne peut y avoir de caution sans débiteur principal ; mais il peut y avoir un débiteur principal sans qu'il y ait de caution.

La décharge personnelle accordée à une caution ne décharge pas non plus ses cofidėjusseurs ; *l. 23, ff. de pact.* ; *l. 15 §. 1, ff. de fidejus.* Néanmoins si les cofidėjusseurs ont pu compter sur le recours qu'ils auroient, en payant, contre cette caution que le créancier a déchargée, ayant contracté leurs cautionnements avec elle ou depuis elle, il est équitable que la décharge accordée à cette caution les libère, quant à la part pour laquelle, en payant, ils auroient eu recours contre cette caution, si elle n'eût pas été déchargée. Le créancier n'ayant pu, en déchargeant cette caution, et en les privant de ce recours, leur préjudicier, ils peuvent en ce cas opposer pour cette part au créancier l'exception *cedendarum actionum*, comme nous l'avons vu, *suprà*, n. 557.

Cette décision, que la décharge accordée à une caution ne libère ni le débiteur principal ni les cofidėjusseurs, a lieu, quand même le créancier auroit reçu une somme d'argent de la caution pour la décharger de son cautionnement. Le débiteur principal ne sera pour cela déchargé de rien : car cette somme n'est pas donnée

en paiement et pour venir en déduction de la dette ; mais elle est donnée pour le prix de la décharge du cautionnement.

§. III. Si le créancier peut licitement recevoir quelque chose d'une caution pour la décharger, sans l'imputer sur la dette ; et plusieurs questions qui en dépendent.

618. Ce que nous venons de dire conduit à la célèbre question de savoir si, lorsqu'une personne s'est rendue caution envers moi pour un débiteur à qui j'ai prêté une somme d'argent, je puis, non seulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conscience, recevoir quelque chose de la caution pour la décharge de son cautionnement, et exiger ensuite du débiteur principal la somme entière que je lui ai prêtée, sans rien imputer de ce que j'ai reçu de la caution ? Dumoulin, en son traité *de usur.* q. 34, décide que je le puis licitement, pourvu que, lorsque j'ai déchargé la caution, il y eût sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur principal. Je ne commets en cela aucune usure ; car l'usure consiste à recevoir quelque chose au-delà de la somme prêtée, pour le prix et la récompense du prêt ; elle consiste à tirer un lucre d'un office qui doit être gratuit. Mais dans cette espèce la somme que j'ai reçue de la caution, et que je me trouve avoir outre la somme que j'ai prêtée, qui m'a été depuis rendue en entier, n'est pas une somme que j'ai reçue pour le prix et pour la récompense du prêt que j'ai fait : je l'ai reçue pour une cause toute différente. Le risque de l'insolvabilité du débiteur, qui étoit à craindre, étoit un risque qui devoit tomber sur la caution, et non sur

moi. Je veux bien prendre ce risque sur moi, et en décharger la caution : je ne suis pas obligé de le faire pour rien. Ce risque est appréciable, et je puis licitement recevoir une somme pour le prix de ce risque. *Finge.* J'étois créancier de Pierre d'une somme de 12,000 liv. ; vous étiez sa caution. Les affaires de Pierre se dérangoient, et il y avoit lieu de craindre qu'il n'y eût moitié à perdre sur ce qu'il devoit, et peut-être plus. Ce risque vous regardoit. Vous m'offrez 3,000 liv. pour que je me charge de ce risque en vous déchargeant de votre cautionnement ; j'accepte vos offres. Il arrive depuis que les affaires de Pierre se rétablissent, et qu'il me paye entièrement ; je gagne les trois mille livres que j'ai reçues de vous. Ce gain est très licite ; il est le prix du risque dont j'ai bien voulu me charger à votre place, d'en perdre six, et peut-être davantage ; le débiteur principal ne peut s'en plaindre, ni vous. Le débiteur principal ne le peut ; car il n'y a aucun intérêt ; il n'a payé que ce qu'il m'e devoit, et rien au-delà : vous ne pouvez pas non plus vous en plaindre, car si vous m'avez donné 3,000 liv., excédant la somme qui m'étoit due, je vous en ai donné l'équivalent en me chargeant à votre place du risque d'en perdre six, ou plus : c'est un contrat aléatoire qui est intervenu entre nous, qui est aussi licite que les contrats d'assurance de mer. On opposera peut-être que c'est un principe, en matière de prêt, que le risque de l'insolvabilité du débiteur ne peut donner droit au créancier de recevoir rien au-delà du principal qui lui est dû. Je réponds que ce principe n'est vrai que vis-à-vis du débiteur ; le risque qu'un créancier court de perdre la somme

qu'il lui prête, par son insolvabilité, ne peut lui donner droit d'exiger de lui rien au-delà de cette somme, parce que le débiteur paieroit cela en pure perte pour lui, il ne reçoit rien à la place : d'ailleurs sa pauvreté doit être une raison pour le soulager, plutôt que pour le charger. Mais le risque de l'insolvabilité du débiteur peut donner droit au créancier de recevoir quelque chose d'un tiers qui est chargé de ce risque, lorsque le créancier s'en est chargé en sa place ; car ce tiers reçoit quelque chose pour ce qu'il donne, savoir, la décharge du risque.

Lorsqu'il n'y a aucun sujet de craindre l'insolvabilité du débiteur, en ce cas Dumoulin décide, *ibidem*, que le créancier ne peut licitement rien recevoir de la caution, pour la décharger de son cautionnement. On opposera contre cette décision, que le droit que j'avois contre la caution étoit un droit qui étoit *in bonis*, qui faisoit partie de mes biens. Je lui donne ce droit, lorsque je lui en fais remise ; pourquoi ne me sera-t-il pas permis de recevoir d'elle quelque chose à la place de ce que je lui donne ? Je réponds que, selon les règles de la justice commutative, je ne puis exiger à la place de la chose que j'ai donnée, que l'équivalent de cette chose, c'est-à-dire, ce à quoi elle est appréciable : si elle n'est appréciable à rien, je ne puis rien exiger pour cette chose. Or tel est, dans cette espèce, le droit que j'ai contre la caution, et dont je lui fais don et remise. *Finge*. J'ai une bonne créance de cent pistoles contre Pierre : il n'y a aucun sujet de craindre son insolvabilité ; il a des biens fonds de la valeur de plus dix fois autant, qui y sont hypothéqués. Vous étiez sa

caution, je vous décharge de votre cautionnement : à quoi peut s'apprécier le droit qui résulteroit de ce cautionnement? Ma créance, avec tous les droits qui en résulteroit, valoit cent pistoles, et rien de plus : sans votre cautionnement dont je vous ai fait don et remise, ma créance vaut encore la somme entière de cent pistoles, puisqu'on la suppose bien assurée ; par conséquent le droit dont je vous ai fait remise n'est appréciable à rien ; en vous le remettant, je ne souffre aucune diminution dans mes biens, et par conséquent je ne puis licitement rien recevoir à la place.

Observez que lorsqu'une caution a donné quelque chose au créancier pour être déchargée de son cautionnement, on doit présumer dans le for extérieur qu'il y avoit lieu de craindre l'insolvabilité du débiteur : car on n'est pas présumé donner sans sujet ce qu'on donne : *Nemo res suas jactare facillè præsumitur.*

Quand même il seroit pleinement justifié qu'il n'y avoit aucun sujet de craindre que le débiteur devint insolvable lorsque la caution a donné de l'argent pour être déchargée de son cautionnement, la caution, dans le cas auquel la dette ne seroit pas encore acquittée, n'auroit la répétition de ce qu'elle a donné qu'aux offres qu'elle feroit de demeurer obligée, comme elle l'étoit avant la décharge qui lui a été donnée ; *Molin. ibidem.*

La caution pourroit aussi en ce cas offrir de payer la dette, en imputant et faisant déduction de ce qu'elle a donné sans sujet pour être déchargée de son cautionnement ; et si c'étoit d'une rente qu'elle fût caution, cette imputation se devoit faire d'abord sur les arrérages

qui en sont dus, et ensuite sur le principal. Elle peut, en faisant le paiement, exiger la subrogation aux droits du créancier : car quoiqu'elle ait été déchargée, elle ne doit pas être regardée comme une personne entièrement étrangère, puisqu'elle fait le paiement pour se faire faire raison de ce qu'elle a déjà donné pour être déchargée; *Molin. ibidem.*

A l'égard du débiteur principal, il ne peut jamais répéter contre le créancier ce que le créancier a reçu indûment pour décharger la caution; ni en rien retenir sur la somme qu'il doit, lorsqu'il la paiera : car la caution n'ayant aucun recours contre le débiteur principal pour la somme qu'elle a donnée indûment pour la décharge de son cautionnement, le débiteur principal est sans intérêt.

Mais si la caution avoit un recours contre le débiteur principal, pour la somme qu'elle a donnée pour la décharger de son cautionnement; *putà*, si le débiteur principal s'étoit obligé envers elle à payer la dette dans un certain temps, et qu'on fût convenu qu'après que le débiteur auroit été mis en demeure de le faire, il seroit permis à la caution d'acheter du créancier la décharge de son cautionnement à la meilleure condition que faire se pourroit, dont elle seroit indemnisée par le débiteur principal; en ce cas, il n'est pas douteux que le débiteur principal pourroit retenir cette somme sur la dette, lorsqu'il la paieroit au créancier : car au moyen du recours que la caution a contre lui, c'est comme si c'étoit lui qui l'eût payée au créancier; *Molin. ibidem.*

ARTICLE III.

Quelles personnes peuvent faire remise, et à qui.

§. I. Quelles personnes peuvent faire remise.

619. Il n'y a que le créancier, lorsqu'il a le pouvoir de disposer de ses biens, qui puisse remettre la dette, ou une personne fondée de son pouvoir spécial pour faire cette remise.

Un procureur général de toutes les affaires, un tuteur, un curateur, un administrateur, n'ont pas ce droit; *l. 37, ff. de pact.; l. 22, ff. de adm. tut. et passim*; car toutes ces personnes n'ont pouvoir et qualité que pour administrer, et non pas pour donner : or la remise est une donation.

Il faut excepter la remise qui se fait de partie de la dette à un débiteur en cas de faillite. Comme elle ne se fait pas tant *animo donandi*, que dans l'intention de s'assurer par ce moyen le paiement du surplus de la dette, et de ne pas tout perdre ; cette remise peut passer pour un acte d'administration dont ces personnes sont capables.

Les remises qui se font d'une partie des profits seigneuriaux à une personne qui vient composer desdits profits avant que de conclure le marché de l'héritage qu'elle se propose d'acheter, sont aussi des actes d'administration que les tuteurs et autres administrateurs peuvent faire : car ces remises sont en ce cas des compositions plutôt que des donations : elles ne sont pas tant *animo donandi*, que pour ne pas laisser échapper

le profit, le refus de la remise pouvant faire manquer le marché de l'héritage.

Les tuteurs et autres administrateurs peuvent faire remise d'une partie des profits, même après le marché conclu, et dans le cas des mutations nécessaires, pourvu qu'elles ne soient pas excessives, et qu'elles soient conformes à celles que les seigneurs sont dans l'usage de faire. Car quoiqu'on ne puisse disconvenir que de telles remises soient de vraies donations, *liberalitas nullo jure cogente facta*, néanmoins l'usage a fait de ces remises, non pas à la vérité une obligation, mais une espèce de devoir de bienséance : or les donations qui sont de bienséance ne sont pas interdites aux tuteurs et autres administrateurs, *Arg. l. 12, §. 3, ff. de adm. tut.*

C'est sur ce fondement que les receveurs des domaines du roi sont autorisés à faire la remise du quart qui leur est passé à la chambre des comptes, pourvu que les acquéreurs déclarent leur acquisition, et payent dans les trois mois; lettres-patentes de 1556, citées par Rivonière en son traité des Fiefs.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers solidaires, *correi credendi*, l'un d'eux peut sans les autres faire remise de la dette; et cette remise décharge le débiteur envers tous les créanciers; de même que le paiement réel qui lui auroit été fait l'auroit déchargé envers tous; *l. 13, §. 12, ff. de accept.*

§. II. A qui la remise peut-elle être faite.

620. Il est évident que la remise d'une dette ne peut

être faite qu'au débiteur : au reste elle est censée faite au débiteur, soit que la convention qui contient cette remise intervienne avec la personne même du débiteur ; soit qu'elle intervienne avec la personne de son tuteur, de son curateur, de son procureur, ou des autres administrateurs de ses biens.

Les parents de la ligne ascendante ayant, par l'ordonnance de 1731, *art. 7*, qualité pour accepter les donations faites à leurs enfants mineurs, quoiqu'ils ne soient pas sous leur tutelle, c'est une conséquence qu'ils peuvent accepter valablement la remise que les créanciers de leurs enfants veulent leur faire.

621. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires, le créancier peut, par la remise de la dette qu'il fait à l'un d'eux, éteindre la dette et libérer tous les autres ; *l. 16 ; ff. d. tit.* Mais il faut qu'il paroisse que le créancier a eu intention d'éteindre la dette ; car s'il n'a eu intention que de décharger la personne du débiteur, ses codébiteurs ne sont pas libérés, si ce n'est pour la part de celui qui a été déchargé, comme il a été dit au paragraphe précédent.

622. La remise étant une donation, il faut, pour qu'elle soit valable, que le débiteur à qui elle est faite ne soit pas une personne à qui les lois défendent de donner. La remise qu'une femme feroit à son mari de ce qu'il lui doit, celle qu'un malade feroit à son médecin, ne seroient pas valables.

Cela ne doit pas être étendu aux remises qui se font plutôt par composition que par donation ; telles que celles qui se font en cas de faillite, et les compositions pour les profits seigneuriaux.

Quoique la remise d'une partie d'un profit seigneurial, faite à une personne à qui les lois ne permettent pas de donner, n'ait pas été faite par forme de composition, mais par pure libéralité, *putà*, dans le cas d'une mutation nécessaire, elle doit être valable, et ne doit pas passer pour donation prohibée, lorsqu'elle n'excède pas celles que le seigneur est dans l'usage de faire à des étrangers, *putà*, lorsque ce n'est qu'une remise d'un quart.

CHAPITRE IV.

De la compensation.

623. LA compensation est l'extinction qui se fait des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, par les créances dont elles sont créancières réciproquement l'une de l'autre : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio; l. 1, ff. de compens.* Par exemple, si je vous dois une somme de 500 liv., *putà*, pour cause du prêt que vous m'avez fait de cette somme; et que, d'un autre côté, je sois votre créancier de pareille somme de 500 livres, *putà*, pour le loyer de ma maison, qui a couru depuis; la dette dont je suis tenu envers vous sera éteinte par droit de compensation, par la créance de pareille somme que j'ai contré vous; et *vice versá*, la dette dont vous êtes tenu envers moi sera éteinte par la créance que vous avez contre moi.

L'équité de la compensation est évidente; elle est

Quoique la remise d'une partie d'un profit seigneurial, faite à une personne à qui les lois ne permettent pas de donner, n'ait pas été faite par forme de composition, mais par pure libéralité, *putà*, dans le cas d'une mutation nécessaire, elle doit être valable, et ne doit pas passer pour donation prohibée, lorsqu'elle n'excède pas celles que le seigneur est dans l'usage de faire à des étrangers, *putà*, lorsque ce n'est qu'une remise d'un quart.

CHAPITRE IV.

De la compensation.

623. LA compensation est l'extinction qui se fait des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, par les créances dont elles sont créancières réciproquement l'une de l'autre : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio; l. 1, ff. de compens.* Par exemple, si je vous dois une somme de 500 liv., *putà*, pour cause du prêt que vous m'avez fait de cette somme; et que, d'un autre côté, je sois votre créancier de pareille somme de 500 livres, *putà*, pour le loyer de ma maison, qui a couru depuis; la dette dont je suis tenu envers vous sera éteinte par droit de compensation, par la créance de pareille somme que j'ai contré vous; et *vice versá*, la dette dont vous êtes tenu envers moi sera éteinte par la créance que vous avez contre moi.

L'équité de la compensation est évidente; elle est

établie sur l'intérêt commun des parties entre qui la compensation se fait. Il est évident qu'elles ont chacune intérêt de compenser, plutôt que d'être obligées à tirer de la poche pour payer ce qu'elles doivent, et à faire des poursuites pour se faire payer de ce qui leur est dû. C'est la raison qu'apporte Pomponius en la loi, ff. de compens. *Idèd compensatio necessaria est, quia interest nostrá potius non solvere, quàm solutum repetere.* Ajoutez que la compensation évite un circuit inutile. *Quod potest brevius per unum actum expediri compensando, incassum protraheretur per plures solutiones et repetitiones.* C'est la raison que Balde rend du droit de compensation.

Nous verrons, sur cette matière, 1^o contre quelles dettes la compensation peut être opposée; 2^o quelles dettes peuvent être opposées en compensation; 3^o comment se fait la compensation, et quels en sont les effets.

§. I. Contre quelles dettes peut-on opposer la compensation.

624. On peut régulièrement opposer la compensation contre les dettes de toutes les choses qui en sont susceptibles.

Les dettes des choses susceptibles de compensation sont les dettes d'une certaine somme d'argent, d'une certaine quantité de blé, de vin, et autres choses *fongibles*.

La dette d'une chose indéterminée d'un certain genre, quoiqu'elle ne soit pas du nombre des choses fongibles, est aussi susceptible de compensation. Par exemple, si par un marché fait entre nous, vous vous

êtes obligé de me donner un cheval *indeterminatè*, sans dire quel cheval; cette dette d'un cheval, dont je suis créancier par notre marché, est susceptible de compensation; et si par la suite, avant que j'en eusse été payé, je devenois l'héritier unique d'une personne qui vous auroit légué un cheval *indeterminatè*, et, en cette qualité, votre débiteur d'un cheval, il est évident que vous pourriez m'opposer en compensation cette dette d'un cheval dont je suis débiteur envers vous par le testament de celui à qui j'ai succédé, contre la dette d'un cheval dont vous êtes débiteur envers moi par notre marché.

Au contraire, lorsqu'une chose, quoique de sa nature chose fongible, est due comme corps certain et déterminé, la dette n'est pas susceptible de compensation. Par exemple, si je vous ai acheté les six pièces de vin que vous avez recueillies cette année dans votre vigne de Saint-Denis, et que d'un autre côté, avant que vous me les ayez livrées, je sois devenu héritier unique d'une personne qui vous a légué six pièces de vin par son testament, et, en cette qualité, votre débiteur de cette quantité de six pièces de vin, vous ne pouvez pas m'opposer contre la dette de six pièces de vin de votre récolte que je vous ai achetées, celle de six pièces de vin dont je suis débiteur envers vous; et je serai fondé à demander que, sans avoir égard à cette compensation, vous soyez tenu de me livrer les six pièces de votre récolte que je vous ai achetées, aux offres que je ferai de vous donner six autres pièces de vin bon et loyal, telles que je voudrai. La raison est que la compensation étant un paiement réciproque

que se font les deux parties, un créancier ne peut être obligé de recevoir en compensation autre chose que ce qu'il seroit obligé de recevoir en paiement : or, suivant la règle, *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest, supra, n. 530*, le créancier d'un corps certain et déterminé ne peut être obligé de recevoir autre chose en paiement que le corps certain et déterminé qui lui est dû; et l'on ne seroit pas recevable à lui offrir en paiement une autre chose, quoique du même genre que le corps certain et déterminé qui lui est dû. Par la même raison, on ne peut l'obliger à accepter, en compensation de la dette d'un corps certain et déterminé qui lui est dû, la dette de choses d'un même genre dont il est débiteur : la dette d'un corps certain et déterminé, quoique du nombre des choses fongibles, n'est donc pas susceptible de compensation.

Il y a un cas néanmoins auquel la dette d'un corps certain et déterminé pourroit être susceptible de compensation : car si j'étois votre créancier d'une part indivise d'un corps certain; *putà*, si vous m'aviez vendu une part indivise que vous aviez dans un certain héritage, et qu'avant que vous me l'eussiez livrée, je fusse devenu l'héritier d'une personne qui étoit votre débiteur d'une autre part indivise dans le même héritage, vous pourriez opposer contre la dette de la part de cet héritage, dont vous êtes tenu envers moi, la compensation de la dette d'une part dans le même héritage, dont je suis tenu envers vous; *Sebast. de Medicis, tract. de compens., p. 1, §. 3.*

625. Lorsque la chose due est susceptible de compensation, on peut opposer la compensation contre la

dette de cette chose, de quelque cause que cette dette procède.

On peut l'opposer même contre la dette d'une somme due en vertu d'une condamnation judiciaire; *l. 2, Cod. de compens.*

Il y a néanmoins quelques dettes contre lesquelles le débiteur n'est pas écouté à proposer aucune compensation.

1° En matière de spoliation, on ne peut opposer aucune compensation contre la demande pour la restitution des choses dont quelqu'un a été dépouillé, suivant cette maxime si connue : *Spoliatus ante omnia restituendus*. Voyez *Sebast. de Medicis, tract. de compens.*, p. 2, §. 28.

2° Un dépositaire n'est pas admis à opposer aucune compensation contre la demande qui lui est faite pour la restitution du dépôt qui lui a été confié : *In causâ depositi compensationi locus non est*. *Paul, sent.* 11, 12, 13.

Ce texte de Paul doit être entendu principalement du dépôt irrégulier, tel que celui dont il est parlé dans les lois 24, 25, §. 1; et 26, §. 1, ff. *depos.*, par lequel on donne en garde à quelqu'un une somme d'argent, pour la mêler avec d'autres sommes qui sont déposées par d'autres personnes, et rendre, non les mêmes espèces, mais la même somme. Si le dépôt étoit un dépôt ordinaire, tel que celui d'un sac d'argent cacheté et étiqueté, il n'y auroit pas lieu à la compensation, non pas seulement parceque c'est un dépôt, mais par la règle générale que les dettes de corps certains n'en sont pas susceptibles.

Le dépositaire ne peut, à la vérité, opposer contre la restitution du dépôt qui lui est demandé la compensation des créances qu'il auroit contre celui qui le lui a confié, lorsque ces créances ont une cause étrangère au dépôt; mais lorsque la cause pour laquelle le dépositaire est créancier de celui qui lui a confié le dépôt, procède du dépôt même, comme lorsqu'il est créancier pour les dépenses qu'il a été obligé de faire pour la conservation du dépôt, non seulement il a en ce cas le droit de compensation, lorsque le dépôt est un dépôt irrégulier; mais même, lorsque c'est un corps certain qui est l'objet du dépôt, il a le droit de le retenir, *quasi quodam jure pignoris*, jusqu'à ce qu'il soit payé de sa créance. C'est la décision commune des docteurs cités par *Seb. Med., tract. de compens., p. 1, §. 19.*

C'est suivant ces principes que les receveurs des consignations retiennent sur les sommes consignées les droits de consignations attribués à leurs offices.

3° La dette d'une somme qui m'a été donnée ou léguée pour servir à mes aliments, et avec la clause qu'elle ne pourroit être saisie par mes créanciers, est une dette contre laquelle on ne peut m'opposer aucune compensation : car de même que cette clause empêche qu'elle ne puisse être saisie par des tiers, et qu'elle ne puisse être employée au paiement de ce que je devois à des tiers; elle empêche, par la même raison, que cette somme ne puisse, par le moyen de la compensation, être employée au paiement de ce que je devois à celui qui en est le débiteur. *Sebast. de Medicis, tract. de comp., p. 1, §. 14,* apporte une autre raison de cette décision; savoir, que les aliments

tant une chose nécessaire à la vie, ce seroit une espèce d'homicide que commettrait celui qui est chargé de les fournir, s'il les refusoit, sous quelque prétexte que ce fût, même de compensation : *Necare videtur qui simonia denegat* ; l. 4, ff. de agnosc. liber.

4° Un censitaire ne peut opposer la compensation d'une somme qui lui seroit due par son seigneur de censive, pour le décharger de l'obligation en laquelle est d'aller ou d'envoyer, au jour et au lieu accoutumés, lui payer le cens qu'il lui doit. La raison est que la dette du cens ne renferme pas seulement la dette d'une somme d'argent, mais celle de la reconnaissance de la seigneurie directe, qui est quelque chose d'inescissible, et n'est pas par conséquent susceptible de compensation.

Le cens n'est pas susceptible de compensation, même contre une dette de pareille nature. *Fingé.* Je vous dois pour un héritage situé dans votre censive trois deniers de cens, payables en votre hôtel seigneurial, le jour de la Saint-Martin, à peine de cinq sous de défaut. Vous me devez, pour un héritage situé dans la mienne, pareille somme de trois deniers de cens payables le même jour, sous la peine de trois autres deniers seulement de défaut. La compensation ne peut avoir lieu dans cette espèce, et nous décharger l'un envers l'autre d'aller payer le cens. La raison est que la compensation, pour qu'elle puisse avoir lieu, doit donner à chacune des parties ce qui lui appartient. Par exemple, si je vous dois 500 liv., et que vous m'en deviez autant, la compensation, par la décharge qu'elle me procure des 500 liv. que je vous devois, me donne véritablement

les 500 liv. qui m'étoient dues par vous ; car la libération de 500 livres que je devois vaut véritablement 500 liv. Mais dans notre espèce, la décharge de reconnoître votre seigneurie pour l'héritage que je tiens de vous ne peut faire que je sois reconnu de la mienne pour celui que vous tenez de moi : il ne peut donc pas y avoir lieu en ce cas à la compensation, puisqu'elle ne peut nous donner à chacun ce qui nous appartient : d'ailleurs *monumenta censuum inturbarentur*; Molin., *in cons. par. ad. art. 85, gl. 1, n. 38.*

Observez que le cens n'est pas susceptible de compensation en ce sens, que le censitaire ne peut être déchargé d'aller ou d'envoyer payer le cens : mais il peut en être susceptible en ce sens, que le censitaire, qui est créancier d'une somme d'argent de son seigneur, peut aller, aux jour et lieu auxquels le cens est payable, offrir à son seigneur, à la place de la somme d'argent qu'il doit pour le cens, une quittance de pareille somme sur celle qui lui est due par son seigneur ; car il satisfait, en se transportant sur le lieu et en faisant ces offres, à l'obligation de reconnoître la seigneurie. Cette compensation ne doit néanmoins être permise que lorsque le cens consiste dans une somme un peu considérable, et ne doit point avoir lieu pour les menus cens ; *Molin., ibid.*

On a mis autrefois en question si le débiteur qui s'est obligé par serment au paiement de la dette, peut, dans le for de la conscience comme dans le for extérieur, opposer la compensation de ce qui lui est dû par son créancier. Plusieurs docteurs, sur-tout les canonistes, ont tenu la négative, par une raison frivole,

que le serment doit être accompli *in formâ specificâ*. L'opinion de ceux qui tiennent l'affirmative est la meilleure. Le serment ajouté à une obligation ne sert à autre chose qu'à rendre plus coupable le débiteur lorsqu'il y contrevient, et à le porter, par la crainte de se rendre coupable de parjure, à n'y pas contrevenir : mais l'obligation, quoique confirmée par serment, demeure la même, et le serment ne peut empêcher qu'elle ne puisse être acquittée par toutes les manières dont les obligations peuvent être acquittées, et conséquemment par la compensation ; *Seb. Medicis, tract. de comp., p. 2, §. 25.*

On peut opposer la compensation non seulement contre des dettes qui sont dues à des particuliers, mais même contre les dettes qui sont dues à des villes, ou à des corps ou communautés. La loi 3, *cod. de compens.* excepte néanmoins certaines espèces de dettes dues aux villes, contre lesquelles elle ne permet pas au débiteur d'opposer aucune compensation de ce que la ville lui devoit.

La loi 1, *cod. d. tit.* admet la compensation, même contre le fisc, pourvu néanmoins que tant la dette dont on se défend par la compensation, que celle qu'on oppose en compensation, dépendent l'une et l'autre de la même régie ou bureau : *Rescriptum est compensationi in causâ fiscali locum esse, si eadem statio quid debeat quæ petit : de leg. 1.* Par exemple, je ne pourrois pas opposer en compensation de ma capitation que je dois à Orléans, les arrérages de rente qui me sont dus sur les tailles de Paris.

§. II. Quelles dettes peuvent être opposées en compensation.

626. Pour qu'une dette puisse être opposée en compensation, il faut, 1^o que la chose due soit du même genre que celle qui fait l'objet de la dette contre laquelle on oppose la compensation : *Compensatio debiti ex pari specie, licet ex causâ dispari, admittitur* : *Paul. sent.* II, v, 3. Par exemple, je veux opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une pareille somme d'argent que vous me devez : ces dettes sont *ex pari specie*. Mais je ne puis opposer en compensation d'une somme d'argent que je vous dois, la dette d'une certaine quantité de blé que vous me devez.

La raison est que la compensation étant un paiement, de même que je ne puis payer à mon créancier malgré lui autre chose que ce que je lui dois, *infra*, n. 630, je ne puis, par la même raison, l'obliger à recevoir en compensation d'une somme d'argent que je lui dois, le blé qu'il me devoit : car ce seroit l'obliger à recevoir du blé pour de l'argent qui lui est dû, par conséquent à recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû.

Quoiqu'on ne puisse opposer contre la dette d'un corps certain et déterminé, la dette d'une quantité, quoique de choses de même genre, comme nous l'avons vu en l'article précédent, n. 624, *contra vice versâ*, on peut, contre la dette d'une quantité, opposer la compensation d'un corps certain et déterminé de même genre. Par exemple, si je suis votre créancier de six pièces de vin de votre récolte que vous m'avez vendues, et en même temps votre débiteur de six pié-

ces de vin *in genere*, qu'une personne à qui j'ai succédé vous a légués, vous ne pouvez pas m'opposer contre la dette de six pièces de vin que vous m'avez vendues, celle de six pièces *in genere* que je vous dois; parcequ'il ne vous est pas permis de me payer autre chose que ces six mêmes pièces de vin. Au contraire, si vous me demandez le paiement des six pièces de vin *in genere* que je vous dois, je puis vous opposer en compensation la dette de six pièces de vin que vous m'avez vendues; parceque si vous me les aviez livrées, je pourrois vous les donner en paiement des six pièces de vin que je vous dois.

Observez néanmoins que cette compensation *speciei mihi debitæ ad quantitatem*, dépendant de mon choix, elle n'a lieu que du jour que je déclare mon choix, et que j'oppose cette compensation; au lieu que les compensations qui se font *quantitatis ad quantitatem*, ont lieu dès l'instant que le créancier est devenu débiteur, comme nous le verrons par la suite.

627. Il faut, 2^o que la dette qui est opposée en compensation soit une dette dont le paiement soit échu: *Quod in diem debetur, non compensabitur antequàm dies veniat; l. 7, ff. de compens.* La raison est évidente. La compensation est un paiement réciproque que les parties se font: or le débiteur de la dette dont le terme de paiement n'est point encore échu, n'étant point encore tenu de la payer, n'est point encore tenu d'en admettre la compensation contre sa créance.

Le terme de paiement, dont l'échéance est nécessaire pour la compensation, est le terme dont le débiteur jouit de droit, en vertu de la convention. Il en est

autrement d'un terme de grâce qui lui auroit été accordé. Par exemple, si j'ai fait condamner mon débiteur à me payer la somme de 1,000 liv. que je lui ai prêtée, et que le juge lui ait accordé, par la sentence, terme de trois mois pour la payer; qu'un mois après cette sentence, ce débiteur étant devenu héritier de mon créancier, à qui je dois pareille somme de 1,000 liv. me demande cette somme, je pourrai lui opposer en compensation la dette de 1,000 liv. qu'il me doit, quoique le terme de trois mois qui lui a été accordé ne soit pas expiré: car ce terme n'est qu'un terme de *grâce*, accordé seulement à l'effet d'arrêter la rigueur des contraintes, mais qui ne peut arrêter la compensation: *Aliud est diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratiâ tempus indulgeri solutionis*; l. 16, §. 1, ff. de compens.

628. Il faut, 3^o que la dette qu'on oppose en compensation soit liquide; l. fin. §. 1, Cod. de compens.

Une dette est liquide lorsqu'il est constant qu'il est dû, et combien il est dû, *cùm certum est an et quantum debeatur*.

Une dette contestée n'est donc pas liquide, et ne peut être opposée en compensation, à moins que celui qui l'oppose n'en ait la preuve à la main, et ne soit en état de la justifier promptement et sommairement.

Quand même il seroit constant qu'il est dû, tant qu'il n'est pas constant combien il est dû, et que la liquidation dépend d'un compte pour lequel il faille une longue discussion, la dette n'est pas liquide, et ne peut être opposée en compensation.

629. Il faut, 4^o que la dette soit déterminée. C'est

pourquoi si quelqu'un a chargé son héritier de me donner cent pistoles ou ses deux chevaux de carrosse, et que je doive pareille somme de cent pistoles à cet héritier, je ne pourrai lui opposer en compensation de cent pistoles que je lui dois, les cent pistoles qui m'ont été léguées, tant qu'il aura le choix des cent pistoles ou des chevaux; parceque cette somme n'est pas due *determinatè*. Mais si le testament m'en avoit donné le choix, je pourrois opposer la compensation, qui néanmoins n'auroit lieu que du jour que j'aurois fait mon choix: *Si debeas decem millia aut hominem, utrum volet adversarius; ita compensatio admittitur, si adversarius palàm dixisset, utrum voluisset; l. 22.*

630. Il faut, 5^o que la dette soit due à la personne même qui en oppose la compensation: *Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest; l. 9, Cod. d. tit.*

C'est pourquoi je ne pourrai opposer contre ce que je dois, la compensation de ce que mon créancier doit à mon père, à mes enfants, à ceux dont je suis tuteur, curateur ou administrateur, à ma femme qui est séparée de biens, etc.

Si je suis en communauté avec elle, ce qui lui est dû m'est vraiment dû; par conséquent je puis l'opposer en compensation.

Papinien, en la loi 18, §. 1, ff. *de compens.* porte si loin ce principe, qu'il va jusqu'à décider que mon créancier n'est pas obligé d'accepter la compensation de ce qu'il doit à un autre qu'à moi, quoique ce tiers, son créancier, intervienne, et offre de compenser pour moi ce qui lui est dû: *Creditor compensare non cogi-*