

semble que la conséquence témoigne contre le principe d'où elle dérive. Pourquoi le législateur permet-il au débiteur de briser la résistance du créancier en lui faisant des offres réelles? Parce que le débiteur peut avoir intérêt à payer, intérêt légitime, puisqu'il se confond avec son droit, tandis que le créancier refuse par caprice ou mauvais vouloir. Lors donc qu'un tiers non intéressé fait des offres, on doit supposer que le débiteur a un intérêt au paiement, ce qui implique qu'il y consent. Or, dans la théorie du code, on n'exige pas que le tiers prouve qu'il paye dans l'intérêt du débiteur, et la doctrine l'autorise à payer, alors même que le débiteur s'y opposerait. On aboutit donc à cette conséquence absurde que les offres réelles qui ne se justifient que par l'intérêt du débiteur se feront malgré le débiteur, donc sans intérêt aucun, c'est-à-dire sans droit.

487. L'article 1236 ne met qu'une restriction au droit qu'il accorde à tout tiers de payer la dette, c'est « qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. » Cette rédaction est mauvaise; prise à la lettre, la disposition signifie que le tiers qui fait un paiement ne peut être subrogé; or, l'article 1250 dit le contraire. Il faut donc que l'article 1236 ait un autre sens; mais qu'est-ce que le législateur a voulu dire? A cette question nous avons deux réponses, données, l'une par l'orateur du gouvernement, l'autre par le rapporteur du Tribunat. Nous préférons l'explication de Jaubert, parce que c'est la plus simple et la plus naturelle. Un tiers se présente pour acquitter la dette du débiteur: en a-t-il le droit, en ce sens qu'il puisse forcer le créancier à recevoir ce qui lui est dû? Telle est la difficulté que l'article 1236 a pour objet de résoudre, et c'est aussi la question à laquelle Jaubert répond en ces termes: « Quoique le tiers qui offre le paiement n'ait pas un intérêt direct et civil à l'acquittement de l'obligation, le créancier ne pourra refuser de recevoir, puisque en dernière analyse le créancier n'a d'autre intérêt que d'être payé; mais, dans ce cas, le tiers ne peut forcer le créancier à le mettre à son lieu et place pour les privilèges, les hypothèques et la contrainte par corps. La loi ne veut

pas avec raison que, contre le gré du créancier, un tiers vienne s'interposer pour acquérir le droit de vexer le débiteur; le tiers qui paye n'acquiert alors qu'une action simple contre le débiteur qui est entièrement libéré de l'obligation primitive (1). »

Ainsi la loi veut dire que le tiers peut contraindre le créancier à recevoir, mais qu'il ne peut pas le contraindre à lui consentir la subrogation. Cela est si évident qu'il ne valait pas la peine de le dire. En effet, la subrogation est ou conventionnelle ou légale; il ne peut être question, dans l'espèce, que de la subrogation conventionnelle qui se fait quand le créancier subroge le tiers qui le paye dans ses droits contre le débiteur; or, le créancier doit consentir et même d'une manière expresse; comment donc pourrait-il être question d'une subrogation que le tiers contraindrait le créancier à lui accorder? Cela n'a pas de sens; le tiers peut bien payer, mais on ne conçoit pas qu'il exproprie le créancier de ses droits pour se mettre à sa place (2).

C'est précisément parce que l'article 1236 ainsi interprété est inutile, que l'on a cherché une autre interprétation, et Bigot-Préameneu la fournit: « L'obligation peut être acquittée par un tiers qui n'y a aucun intérêt lorsqu'il agit au nom et en l'acquit du débiteur. Si, agissant en son nom propre, il se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation. » Le législateur aurait donc voulu marquer la différence entre la cession et la subrogation; cela est peu probable, car tel n'est pas l'objet de l'article 1236, et le mot de cession ne s'y trouve pas. De plus, Bigot-Préameneu fait dire au législateur ce qu'il ne pouvait pas dire; il n'est pas exact que le paiement fait avec subrogation soit un transport de l'obligation, c'est toujours un paiement et non une cession, comme nous le dirons plus loin (3).

(1) Jaubert, Rapport, n° 6 (Loché, t. VI, p. 206).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 314, nos 175 bis VII et VIII, suivi par Demolombe, t. XXVII, p. 58, nos 62-65.

(3) Duranton, Marcadé, Larombière adoptent cette explication (Aubry et Rau, t. IV, p. 149, note 6, § 316).

En définitive, toutes les explications laissent subsister l'inexactitude de rédaction, et la disposition est inutile dans la seconde aussi bien que dans la première. Il ne fallait pas parler, dans l'article 1236, de subrogation ni de cession, parce que le seul objet de cet article est de décider qu'un tiers peut payer. Quant à la subrogation et à la cession, le siège de cette matière est à l'article 1250, c'est là que nous retrouverons les difficiles questions auxquelles certes le législateur n'a point songé en écrivant l'article 1236.

488. Quel est l'effet du paiement fait par un tiers? Puisque le tiers a le droit de payer, même malgré le créancier, il faut dire que le paiement qu'il fait éteint la dette, comme si le débiteur payait lui-même. A l'égard du créancier, cela ne fait pas de doute. Il n'en est pas de même en ce qui concerne le débiteur. Ici il faut distinguer si c'est un tiers intéressé ou un tiers non intéressé qui fait le paiement. Quand le tiers est intéressé au paiement, en ce sens qu'il soit tenu avec le débiteur, il est subrogé aux droits du créancier en vertu de la loi; il en est de même dans les autres cas de subrogation légale. S'il n'est pas subrogé par la loi, il peut encore obtenir la subrogation par convention, conformément à l'art. 1250. Quand il n'est subrogé ni par la loi ni par une convention, la créance que le tiers a payée est éteinte à l'égard du débiteur comme à l'égard du créancier. Mais le fait du paiement par un tiers engendre une nouvelle obligation: quelle est l'action que le tiers a contre le débiteur?

Si le tiers a agi comme mandataire, il a l'action née du mandat; c'est au titre consacré à ce contrat que nous dirons quels sont les droits du mandataire contre le mandant. Si le tiers a agi au nom du débiteur, mais sans mandat, il y a gestion d'affaires, bien entendu si les conditions requises pour l'existence de ce quasi-contrat sont remplies. La condition essentielle est que le paiement ait été fait par le tiers comme le débiteur lui-même l'aurait fait. Dans ce cas, le tiers a l'action de gestion d'affaires, laquelle est identique avec l'action du mandat. Sur ce point, nous devons constater une inexactitude qui se

trouve dans un arrêt de la cour de cassation. Un tiers liquide, sans mandat, une société dissoute; il paye de ses deniers les dettes sociales. Il va sans dire qu'il n'était pas subrogé à l'action solidaire des créanciers qu'il avait désintéressés; il ne pouvait avoir que l'action de gestion d'affaires. Quelle est l'étendue de cette action? Le gérant peut-il réclamer, comme le mandataire, toutes ses avances? La cour de cassation répond que l'action de gestion d'affaires, fondée, non plus sur les principes ordinaires des contrats, mais uniquement sur cette règle d'équité naturelle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, tombe nécessairement sous l'appréciation des juges du fait, qui doivent rechercher l'utilité que celui dont l'affaire a été gérée a pu retirer de cette gestion et *mesurer à cette utilité l'indemnité réclamée contre lui* (1). Cela est trop absolu; la cour confond l'action *negotiorum gestororum* avec l'action qu'à l'école on appelle *de in rem verso*. Quand il y a gestion d'affaires, le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire que lui reconnaît la cour de cassation de décider d'après l'équité; le quasi-contrat de gestion d'affaires est réglé par la loi, aussi bien que le contrat de mandat; comme nous le dirons au titre des *Quasi-contrats*, le gérant a contre le maître les mêmes droits que le mandataire a contre le mandant (art. 1375). Il en est autrement quand le fait du tiers n'est pas une gestion d'affaires; tel serait le paiement qu'un tiers aurait fait malgré le débiteur; dans ce cas, il n'aurait pas l'action *negotiorum gestororum*, il n'aurait que l'action fondée sur l'équité dont parle la cour de cassation, action que le juge limite à l'utilité que le maître a retirée de la gestion.

489. Nous venons de supposer que le tiers qui paye malgré le débiteur a néanmoins une action contre lui limitée à l'avantage que le paiement a procuré au débiteur. La question est très-controversée. Si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que le tiers n'a point le droit de payer malgré le débiteur, il est difficile de lui accorder une action contre le débiteur, car celui-ci en s'y

(1) Rejet, chambre civile, 8 janvier 1862 (Daloz, 1863, 1, 75).

opposant a précisément voulu empêcher que le tiers n'acquiesce un droit contre lui.

Toullier dit que le tiers qui paye malgré le débiteur et contre sa défense n'a aucune action pour répéter ce qu'il a payé, parce que l'obligation qui résulte du quasi-contrat est fondée sur le consentement tacite ou présumé du débiteur. Cela est vrai de l'action de gestion d'affaires; cela ne s'applique pas à l'action *de in rem verso* qui est entièrement réglée par l'équité naturelle. Toullier ajoute que celui qui paye contre le gré du débiteur est censé vouloir le gratifier; il oublie qu'il n'y a pas de libéralité sans le consentement du donataire (1).

Duranton hésite, il n'ose pas se décider et s'en rapporte aux juges. C'est ne rien décider, car c'est dire que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire en cette matière. Et sur quoi ce pouvoir serait-il fondé? Après tout, les tribunaux ont besoin d'un principe aussi bien que les auteurs; c'est donc ne rien dire que de renvoyer les questions au juge (2).

Colmet de Santerre dit très-bien que l'on ne peut supposer que le tiers ait voulu faire une libéralité, les donations ne se présument pas et ne pouvant pas s'accomplir sans la volonté du donataire. D'après lui, le recours du tiers, fondé sur l'équité, doit être borné à ce dont le débiteur a profité. Demolombe semble dire que c'est une action de gestion d'affaires (3).

Nous citons ces opinions diverses et contradictoires parce qu'elles viennent à l'appui de ce que nous avons dit du droit que l'on reconnaît au tiers de payer malgré le débiteur. S'il avait un droit, il devrait avoir une action; et si les auteurs hésitent tant sur l'action qui lui appartient, cela prouve que le droit même est très-contestable.

490. Il y a encore une difficulté dans une matière qui paraît si simple. Le tiers peut payer dans un esprit de

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 11, n° 12.

(2) Duranton, t. XII, p. 29, n° 19.

(3) Colmet de Santerre, t. V, p. 316, n° 175 bis XI. Demolombe, t. XXVII, p. 75, n° 80. Comparez Mourlon, qui a encore une opinion différente, t. II, p. 595.

libéralité. A-t-il dans ce cas une action? Le donateur n'a jamais d'action, sauf quand la donation est faite avec charge. Reste à savoir s'il y a donation. D'après l'article 896, on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes que la loi prescrit. Or, la donation est un contrat pour l'existence duquel il faut le consentement du donataire. Si le débiteur accepte la libéralité que le tiers lui fait, la donation sera valable. Sera-t-elle aussi valable en la forme? Nous avons examiné la question au titre des *Donations*. En supposant que la libéralité soit valable, tout est décidé, le tiers n'a aucune action contre le débiteur. Mais si le débiteur refuse d'accepter la libéralité que le tiers veut lui faire, il n'y aura pas de donation, ce sera un paiement, et l'on rentre dans l'hypothèse que nous venons d'examiner (1).

491. Un tiers paye la dette, aucun écrit n'est dressé; on ne sait à quel titre, sous quelles conditions il a fait le paiement. Est-ce un simple acte de libération? est-ce un paiement fait avec subrogation? est-ce une cession de créance? Que faut-il décider? C'est une question de fait, dit la cour de cassation, que les juges décideront souverainement d'après les circonstances de la cause. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour, il a été jugé que le paiement avait eu lieu à titre de transport; mais comme il n'y avait aucun écrit, aucune signification, le créancier primitif était resté propriétaire apparent de la créance. La cour en a conclu qu'il avait pu, sans fraude et sans préjudice pour personne, se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué à la créance. En effet, le cessionnaire, n'étant pas régulièrement saisi à l'égard des tiers, ne pouvait pas se présenter à l'ordre; le seul qui avait qualité c'était le cédant qui, à l'égard des tiers, était toujours le créancier (2).

La cour d'appel ne dit pas sur quoi elle s'est fondée pour décider qu'il y avait cession plutôt que subrogation,

(1) Comparez Mourlon, t. II, p. 596. Cour de cassation de Belgique, Rejet, 6 mai 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 336).

(2) Rejet, chambre civile, 22 février 1858 (*Dalloz*, 1858, 1, 116).

ou paiement pur et simple. Dans une autre espèce, il a été jugé qu'il y avait simple paiement. La cour dit que ni la subrogation ni la cession ne se présument; l'article 1250 veut que la subrogation consentie par le créancier soit *expresse*. On en doit dire autant de la cession, c'est une vente, et aucun contrat ne se présume. Reste le paiement; l'arrêt dit que la loi présume que le paiement est extinctif de la créance. A vrai dire, il n'y a aucune présomption, car il ne peut y avoir de présomption légale sans loi. S'il est constant qu'il y a eu un paiement, ce paiement produira son effet ordinaire, celui d'éteindre la dette, sauf à la partie intéressée à prouver qu'il y a soit subrogation, soit cession (1).

492. Le principe que tout tiers peut payer reçoit une exception. Aux termes de l'article 1237, « l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même. » Il résulte de là une différence entre l'obligation de faire et l'obligation de donner. Pothier dit que le principe que le paiement peut être fait pour le débiteur, par quelque personne que ce soit, n'est vrai qu'à l'égard des obligations qui ont pour objet de donner quelque chose, et il en donne la raison: il n'importe jamais au créancier par qui la chose due lui soit donnée, pourvu qu'elle lui soit effectivement donnée. Est-ce à dire que l'obligation de faire doit toujours être remplie par le débiteur et qu'un tiers ne puisse jamais prêter le fait à sa place? L'article 1237 ne dit pas cela, il implique, au contraire, une distinction. La règle générale s'applique lorsqu'il est indifférent au créancier par qui le fait est presté, pourvu que la chose soit faite. Par exemple, dit Pothier, si j'ai fait marché avec un vigneron pour me façonner un arpent de vignes, tout autre vigneron pourra acquitter mon débiteur en le façonnant pour lui. Il n'en est pas de même quand il s'agit de faits dans lesquels on considère le talent et l'habileté de l'ouvrier qui a contracté l'obligation: le débiteur seul pourra l'ac-

(1) Rouen, 20 juillet 1871 (Dalloz. 1873, 1, 367).

quitter. Nous croyons inutile de donner des exemples(1).

Ces principes s'appliquent à tout tiers: au tiers intéressé aussi bien qu'au tiers étranger à la dette. La caution ne pourrait pas s'offrir à faire ce que le débiteur principal s'est obligé à faire, car c'est la capacité du débiteur principal que le créancier a prise en considération. Tous les auteurs le disent (2); et la chose est si évidente, qu'il ne vaut presque pas la peine de le dire.

N° 3. CAPACITÉ DU DÉBITEUR.

493. L'article 1238 dit que « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner. » Cette disposition a été vivement critiquée; Toullier dit qu'elle a été empruntée au droit romain sans que les auteurs du code eussent réfléchi qu'eux-mêmes avaient dérogé au droit traditionnel. Dans l'ancien droit, la propriété ne se transférait que par la tradition, c'est-à-dire par le paiement; c'est donc lors de la tradition que le débiteur était obligé de transmettre la propriété au créancier, et pour la transmettre il devait naturellement être propriétaire et capable d'aliéner. Toullier conclut que c'est à la précipitation avec laquelle le projet de code fut rédigé qu'il faut attribuer une disposition qui est dans une contradiction frappante avec l'esprit du code. Marcadé, qui aime à critiquer, a encore renchéri sur ce blâme: il accuse les auteurs du code d'être de mauvais copistes; ils ont copié l'article 1238 dans Pothier sans discernement, sans réflexion; peut-on dire que le depositaire qui rend la chose déposée et qui, en restituant, fait un paiement, doit être propriétaire de la chose et capable de l'aliéner? Non, certes; mais aussi on ferait bien de supposer aux auteurs du code un peu de bon sens et un peu d'intelligence aux lecteurs; alors on ne fera pas la leçon au législateur pour avoir dit ce qu'il ne songeait pas à dire (3).

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 500.

(2) Duranton, t. XII, p. 33, n° 21. Colmet de Santerre, t. V, p. 318, n° 176 bis II.

(3) Toullier, t. IV, 1, p. 7, n° 6. Marcadé, t. IV, p. 523, art. 1238, n° I.

Ce n'est pas que nous entendions justifier en tout l'article 1238 comme on a essayé de le faire, un peu, nous le supposons, par réaction contre les critiqueurs à outrance (1). Le débiteur qui paye doit-il être propriétaire de la chose qu'il donne en paiement? Oui, quand le paiement a pour objet de transférer la propriété. C'est ce que disait Pothier. Lorsque l'obligation est de *donner* quelque chose, le paiement est la translation de la propriété d'une chose. Si c'est une obligation de donner que le débiteur paye, il faut que le débiteur soit propriétaire et capable d'aliéner au moment où le paiement se fait; car c'est à ce moment que, dans l'ancien droit, la propriété se transmettait. Cela n'est-il plus vrai dans le droit moderne? Non, quand la propriété se trouve déjà transmise par le contrat; ce qui arrive lorsque le contrat a pour objet une chose certaine et déterminée. Oui, quand la propriété n'est pas transmise par le contrat; ce qui n'est pas, comme on paraît le croire, une rare exception, mais on peut hardiment affirmer que c'est le cas le plus fréquent. A la vérité, s'il s'agit d'une vente, on peut dire que régulièrement elle a pour objet un corps certain et que, par conséquent, la propriété est déjà transférée à l'acheteur au moment où se fait la délivrance, c'est-à-dire le paiement; et certes, dans cette hypothèse, il serait absurde d'exiger que le vendeur fût encore propriétaire et capable d'aliéner la chose. Mais ce n'est pas à la vente que les auteurs du code ont pensé en formulant l'article 1238, c'est au paiement en général. Et quel est le cas ordinaire du paiement? n'est-ce pas celui où l'on paye une somme d'argent? et le paiement n'a-t-il pas alors pour objet de transférer la propriété des deniers au créancier? et pour transférer la propriété ne faut-il pas être propriétaire et capable d'aliéner? C'est en ce sens que l'orateur du gouvernement dit que le paiement est un transport de propriété. Cela est vrai avec une réserve qui est si évidente, qu'il ne valait pas la peine de la faire: c'est que le paiement n'est pas un transfert de

(1) Mourlon, t. II, p. 596. Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 318-320. Demolombe, t. XXVII, p. 80, n° 86.

propriété, lorsque la propriété est déjà acquise au créancier et que le paiement n'a plus pour objet de *donner*, mais de *délivrer*, ce qui est une obligation de *faire*. En un mot, aujourd'hui comme sous l'ancien droit, il faut être propriétaire pour payer et capable d'aliéner lorsque le paiement a pour objet de *donner*, c'est-à-dire de transmettre la propriété de la chose. Reste à savoir quel sera l'effet du paiement lorsque le débiteur n'est pas propriétaire ou lorsqu'il n'est pas capable d'aliéner.

I. *Du paiement fait par un non-propriétaire.*

494. La loi ne dit pas en termes formels que le paiement est nul lorsqu'il est fait par celui qui n'était pas propriétaire de la chose qu'il paye; toutefois, la nullité n'est pas douteuse, et tout le monde l'admet sans même discuter la question. Aux termes de l'article 1238, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement pour payer *valablement*. Donc le paiement fait par celui qui n'est pas propriétaire n'est pas valable; c'est dire qu'il est nul. Le deuxième alinéa de l'article 1238 confirme cette interprétation: il admet que le paiement peut être répété lorsque celui qui l'a fait n'était pas propriétaire de la chose qu'il a payée; or, le droit de répétition implique la nullité du paiement, il en est la conséquence. Ainsi il résulte du texte même de la loi que le paiement est nul.

Reste à savoir qui peut demander la nullité. Rappelons d'abord le principe qui régit les nullités (1). Quand la nullité est d'ordre public, toute partie intéressée peut s'en prévaloir; lorsqu'elle est d'intérêt privé, il n'y a que la partie dans l'intérêt de laquelle elle est établie qui puisse l'invoquer. Dans l'espèce, l'ordre public est hors de cause; il faudrait donc décider que la nullité du paiement ne peut être demandée que par celle des parties dans l'intérêt de laquelle la loi exige que, pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement. Nous allons voir que la loi déroge à ce principe.

(1) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 107, n° 72.