

qui incombe au débiteur à raison de la perte de la chose. Mais le débiteur principal ne répond pas des faits de la caution; si donc la chose périssait par le fait de la caution, le créancier n'aurait d'action que contre elle, le débiteur serait libéré comme il l'est par le fait d'un tiers, car ce fait est pour lui un cas fortuit (1).

N° 5. DE LA DEMEURE DU DÉBITEUR.

522. Le débiteur qui est en demeure répond de la perte de la chose, quand même elle arriverait par cas fortuit (art. 1302 et 1138). C'est un des effets de la demeure. La loi suppose que si la chose eût été livrée au créancier, elle n'aurait pas péri chez lui; la demeure implique donc que la perte est due à la faute du débiteur, ce qui le rend responsable. De là l'article 1302 conclut que le débiteur ne répond pas du cas fortuit, quoiqu'il soit en demeure, au cas où la chose eût également péri chez le créancier, si elle lui avait été livrée; dans ce cas, la demeure ne cause aucun dommage au créancier, et le débiteur ne doit répondre que du dommage qu'il cause. Quand peut-on dire que la chose aurait péri chez le créancier? C'est une question de fait. Elle permet au juge de prendre en considération toutes les circonstances de la cause. Le créancier peut dire qu'à la vérité le cas fortuit aurait fait périr la chose chez lui si elle s'y était encore trouvée, mais qu'il l'aurait aliénée si elle lui avait été livrée. Le juge tiendra compte de cette exception si elle est justifiée; Pothier dit que l'on présumera facilement que la chose ne serait pas également périée chez le créancier si celui-ci était un marchand qui l'achetait pour la revendre (2). Le juge peut décider la contestation par des présomptions, puisqu'il s'agit de cas fortuits et de faits dont le créancier n'a pas pu se procurer une preuve littérale.

(1) Pothier, n° 665. Mourlon, t. II, p. 775, nos 1474 et 1475.

(2) Pothier, n° 664. Duranton, t. XII, p. 606, n° 503.

523. L'article 1302 ajoute : « De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite de la restitution du prix. » De là suit que le cas fortuit ne libère pas le débiteur. En ce sens, on dit que le voleur est toujours en demeure; il est inutile de lui faire une sommation, le délit qu'il a commis l'obligeant à restituer ce qu'il a soustrait. Mais le voleur peut-il opposer l'exception que la loi accorde au débiteur ordinaire, en l'admettant à prouver que la chose eût également péri chez le propriétaire? La question est controversée. Elle doit être décidée négativement, à notre avis. C'était l'opinion de Pothier. « On n'entre point, dit-il, dans la discussion de savoir si la chose serait périée également chez le créancier, à l'égard de la restitution des choses dues par ceux qui les ont volées; ils sont tenus *indistinctement* du prix de la chose lorsqu'elle est périée entre leurs mains. » Les auteurs du code ont suivi la doctrine de Pothier sur ce point, comme sur tous les autres qui concernent la perte de la chose due; l'ensemble de l'article 1302 le prouve. Il est dit d'abord que la perte de la chose libère le débiteur, à moins qu'il ne soit en demeure; et alors même qu'il est en demeure, son obligation est éteinte s'il prouve que la chose eût également péri chez le créancier. Puis l'article ajouté : « *de quelque manière* que la chose volée ait péri, le voleur doit restituer le prix. Ces mots *de quelque manière* rendent l'idée que Pothier exprimait par le mot *indistinctement*; la loi dit qu'il n'y a pas de distinction à faire, ce qui décide la question. On fait cependant une objection, et elle est sérieuse. Il est contraire à l'équité et au droit, dit-on, que le propriétaire s'enrichisse aux dépens du voleur; or, n'est-ce pas s'enrichir à ses dépens que de lui demander le prix d'une chose qui aurait péri chez le propriétaire si elle n'avait pas été volée? On devrait le décider ainsi en théorie; cela n'est pas douteux; mais la théorie est en opposition avec la tradition et avec le texte de la loi qui la confirme. On peut, du reste, justifier la décision de Pothier : il n'appartient pas au voleur de s'excuser en invoquant le cas fortuit pour sa libération;

le plus souvent le propriétaire volé n'a qu'une action dérisoire, le voleur étant insolvable et la chose volée ayant disparu : n'est-il pas équitable que le propriétaire ait une compensation quand la chose périt entre les mains du voleur et que celui-ci, par hasard, se trouve solvable (1)?

N° 6. CONTRAT PUR ET SIMPLE.

524. La question de l'extinction des obligations par la perte de la chose due se lie à celle des risques. Nous avons développé ailleurs le principe établi par l'art. 1238 : le créancier supporte le risque. Aux divers titres qui traitent des contrats, nous examinerons les difficultés qui se présentent dans l'application du principe.

525. Le principe de l'article 1302 ne s'applique qu'aux contrats purs et simples, en ce sens que dans les contrats conditionnels la chose périt pour le débiteur. Que faut-il décider si le contrat est fait sous condition résolutoire ou sous une alternative? Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'effet de la condition résolutoire et de l'alternative.

SECTION VII. — De l'action en nullité ou en rescision des conventions.

ARTICLE 1. Notions générales.

§ 1^{er}. *Y a-t-il une différence entre l'action en nullité et l'action en rescision?*

526. Le code place parmi les causes qui éteignent les obligations l'action en nullité ou en rescision. Cela suppose qu'il s'agit d'une obligation annulable ou rescindable. Y a-t-il une différence entre une obligation annulable et une obligation rescindable? Il y avait dans l'ancien droit des différences assez notables entre l'action en nullité et l'action en rescision (2). Nous allons les exposer briève-

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 352, n° 468. Marcadé, t. IV, p. 647 et suiv. Mourlon, t. II, p. 775, n° 1478. Colmet de Santerre, t. V, p. 488, n° 259 bis. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 608, n° 506; Aubry et Rau, t. IV, p. 244, note 6, § 331.

(2) Argou, *Institution au droit français*, t. II, p. 478 (chapitre XIV du titre IV). Merlin, *Répertoire*, aux mots *Rescision* et *Nullité* (Aubry et Rau, t. IV, § 332).

ment, cette matière n'ayant plus qu'un intérêt historique.

Il y avait lieu à l'action en nullité lorsque la nullité était prononcée par les ordonnances ou les coutumes; tandis que l'action en rescision était donnée dans les cas où aucune loi positive ne déclarait la convention nulle. Valable d'après la rigueur du droit, l'obligation était néanmoins rescindable, parce qu'elle blessait l'équité : telles étaient les conventions viciées par l'erreur, la violence, le dol, la lésion. Voici quel était l'intérêt pratique de cette distinction. Les actions en nullité se portaient immédiatement devant les tribunaux compétents, tandis que le demandeur en rescision devait, avant de saisir la justice, se pourvoir de lettres de rescision, lesquelles se délivraient, au nom du roi, par les chancelleries attachées aux parlements. C'est en ce sens que l'on disait : *Voies de nullité n'ont point de lieu en France* (1).

Quelle est la raison de cette distinction? Avait-elle un fondement rationnel? On lit dans le Répertoire de Merlin que l'on peut faire prononcer en justice la nullité des actes que les lois déclarent nuls, sans qu'il soit besoin de prendre la voie de la rescision, parce que ce qui est nul est censé ne pas exister et, conséquemment, n'a pas besoin d'être rescindé. Cela est contradictoire. Si l'acte nul n'existe pas, on ne conçoit pas plus l'annulation que la rescision. Les auteurs modernes ont donné une couleur plus raisonnable à la distinction des actes nuls et des actes rescindables. L'équité, dit-on, ne suffit pas pour que le juge anéantisse un acte, il faut que le pouvoir souverain intervienne pour l'y autoriser; voilà pourquoi il fallait des lettres de rescision quand on attaquait un acte sans que cet acte fût déclaré nul par une loi. Cela serait admissible si la demande en rescision n'avait réellement d'autre fondement que l'équité; mais un consentement vicié est-il valable en droit? Non, certes; il n'y avait donc au fond aucune différence entre les actes nuls et les actes rescindables. Aussi les lettres de rescision n'étaient-elles qu'une

(1) Loysel, *Institutes coutumières*, V, 2, 5.