

« qui lui appartient. Ce n'est que comme affaire commerciale que son œuvre a cessé de lui appartenir. « Mais il est clair que cette aliénation des produits de « la chose n'a pu lui enlever le droit de correction, qui « est du domaine de l'art et de la science. »

Eh bien! je n'en veux pas davantage pour condamner l'opinion de M. Duvergier. Il veut argumenter de la vente au louage? Je l'accorde pour un instant. Or, la vente d'un livre, d'un tableau, n'est rien moins que semblable à la vente d'une propriété ordinaire. Donc, l'artiste qui fournit son travail à autrui moyennant un honoraire, ne le loue pas dans le sens légal et ordinaire du mot; et c'est ce trait délicat qu'avaient aperçu les auteurs critiqués par M. Duvergier. Voilà pourquoi, s'attachant à des nuances qu'il efface, ils ont appelé mandat ce qu'il appelle louage proprement dit.

M. Duvergier pourra peut-être objecter que rien n'empêche l'auteur d'aliéner expressément le droit de propriété que la vente ordinaire retient entre ses mains; qu'une telle convention n'aurait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, bien qu'elle soit peu digne d'un auteur qui se respecte.

J'accorde ce point; mais qu'en résulte-t-il? qu'un médecin, qu'un avocat, qu'un professeur, etc., etc., abdiquant toute pudeur, pourront aussi stipuler qu'ils se louent à autrui, moyennant un prix qu'ils déclareront être l'équivalent d'un travail sans dévouement, sans affection? Car le mot prix employé dans le contrat de louage ne signifie pas autre chose. Je ne sais ce que les tribunaux penseraient d'une telle stipulation; mais en supposant qu'elle fût validée, on conviendra cependant qu'elle sortirait des habitudes les plus ordinaires, et qu'il y a peu d'hommes assez bas pour se placer dans de pareils termes. Or, le jurisconsulte qui essaye de préciser le caractère des contrats, prend pour point de départ les faits habituels et réguliers, et non les exceptions et les écarts. Pour un avocat qui se loue, comme disait Cujas, il y en a mille qui remplissent leur profession avec honneur et désintéressement, et ce sont ceux-là qui font la règle. Un auteur louera ignominieusement sa plume. Cela s'est vu et peut se voir encore; mais mille auteurs conserveront l'indépendance et la dignité de leur intelligence, et c'est sur eux que le jurisconsulte jettera les yeux pour donner ses définitions.

Et ces distinctions de la loi, le monde et la société les ont faites avant elle. Le monde et la société méprisent ces pauvres diables de folliculaires que Voltaire représentait allant à la quête comme des moines mendians (1). Ils les méprisent, parce qu'ils se louent; mais quand Louis XIV demandait à Molière un chef-d'œuvre pour les pompes de sa cour, on savait bien que le grand poète ne se louait pas au grand roi. Le génie de l'un répondait au génie de l'autre.

Ceci sert à expliquer cette idée que M. Duvergier repousse comme un préjugé, savoir que le mandat est plus noble que le louage; hé, sans doute! car le louage a un prix, et le mandat a un honoraire!! Et l'homme qui obéit à la sympathie, au dévouement, à l'amour de l'humanité ou de la gloire, repousse un prix comme une humiliation.

809. Reste à traiter la question des textes et à montrer l'erreur de M. Duvergier sur la nature du mandat. Suivant cet auteur, il n'y a mandat que lorsqu'une personne est chargée d'agir envers des tiers pour le compte et au nom du mandant. Le mandataire n'est qu'une espèce d'instrument télégraphique chargé de recevoir et de porter la volonté d'autrui. Sa capacité n'est comptée pour rien; sa volonté est sans valeur. C'est la capacité et la volonté du mandant qui donnent force et effet aux actes du mandataire. Au contraire, toutes les fois qu'il y a nécessité de confier un travail à quelqu'un qui doit y employer sa propre capacité, c'est un louage. Ainsi, le médecin, l'avocat, le professeur ne sont pas des mandataires, parce qu'ils ne représentent personne eux-mêmes dans le travail émané de leur propre capacité; ce sont des locateurs d'ouvrage, tandis que l'agent d'affaires, l'avoué sont des procureurs,

(1) *Dict. Phil.*, v° *Auteurs*.

parce qu'ils agissent au nom du mandant. Ils le représentent, ils l'obligent envers les tiers et obligent les tiers envers lui.

Cette doctrine est une innovation à laquelle personne n'avait jamais songé jusqu'à ce jour; elle va heurter les textes les plus positifs, et donne le plus éclatant démenti aux notions que le législateur romain nous a transmises sur la nature du mandat.

Il faut rappeler d'abord que le système qui place dans le prix (*merces*) la différence entre le louage et le mandat, n'est pas une conception fugitive de quelque interprète isolé; c'est l'ouvrage des lois romaines; c'est ce qu'avaient décidé Paul (1), Gaius (2). C'est ce que le législateur Justinien lui-même déclare expressément dans ses *Institutes* (3); il y a donc une grande hardiesse à s'écarter de ces autorités légales.

Mais voyons si la nouvelle définition du mandat s'accorde avec les textes; car M. Duvergier n'avoue pas qu'il propose des idées nouvelles; il prétend que sa distinction existait sous l'ancien droit.

Or, Gaius a précisément choisi un exemple dans lequel un ouvrier fait un de ces travaux que M. Duvergier renferme dans le cercle du louage; et Gaius le rattache à un mandat!!

J'ai donné à un dégraisseur mes habits à nettoyer, ou bien j'ai donné à un tailleur un vêtement à raccommoder; s'il y a prix, dit Gaius, ce sera un contrat de louage; s'il n'y en a pas, ce sera un mandat.

Qu'est-ce que ce tailleur? est-il mon représentant envers les tiers? est-il chargé de m'obliger envers autrui, ou d'obliger autrui envers moi? a-t-il besoin de ma capacité pour refaire mon habit? Non sans doute! *Il fait un travail utile pour moi; mais il n'agit pas en mon nom; il n'est pas mon représentant.* J'emploie les paroles dont M. Duvergier se sert pour caractériser le louage (4).

Et cependant qu'en pense Gaius, dont la décision est

(1) L. 1, § 4, D. *Mand.*

(2) L. 22, D. *Præscript. verbis*, et inst., III, 162.

(3) *De mandato*, § 13.

(4) T. 2, p. 316.

reproduite dans le Digeste et dans les *Institutes* de Justinien? Dit-il, comme notre auteur, que ce ne peut être qu'un louage? Non! il dit que c'est un mandat. *Nulla mercede neque constituta neque promissa*, *MANDATI accepit actio*? Or, je le demande! de quel côté est l'*illusion* (1)? est-ce du côté des *jurisconsultes habiles* (2) que combat M. Duvergier, ou du côté de M. Duvergier?

Ailleurs Paul s'occupe d'un ouvrier qui enseigne à un esclave sa profession par l'ordre du maître, son ami. M. Duvergier appellerait cela un louage, mais Paul l'appelle un mandat (3).

Il serait facile de multiplier les citations (4).

Et dès lors il ne faut pas s'étonner si Pothier a placé le médecin, l'avocat, le professeur au nombre des mandataires (5); il ne faut pas s'étonner non plus si M. Merlin et la Cour de cassation ont donné au notaire le même nom (6). Tous ont pris pour guide les principes les plus élémentaires du droit romain!

Qu'a fait au contraire M. Duvergier? Sans porter son attention sur ces textes si graves, il n'a compris dans sa définition du mandat qu'une variété de ce contrat, et de l'espèce il a fait le genre. C'est là qu'est l'*illusion*.

810. Il est vrai que la définition que l'art. 1984 du Code Napoléon nous donne du mandat, contient quelques expressions équivoques qui ont égaré M. Duvergier; mais tout le monde s'accorde à reconnaître que cet article est très-vague et laisse dans l'ombre bien des traits caractéristiques du contrat de mandat (7).

D'abord il ne définit que l'acte émané du mandant, et appelé ordinairement procuration, et nullement le contrat qui se forme par la réunion des deux volontés.

(1) Expression de notre auteur, p. 315.

(2) T. 2, p. 315.

(3) L. 26, § 8, D. *Mand.*

(4) V. encore la loi 5, §§ 2 et 4, D. *Præscript. verbis*.

(5) *Mandat.*, nos 23 et suiv.

(6) *Suprà*, n° 804.

(7) M. Delvincourt, t. 3, p. 238. M. Duranton, t. 18, n° 189, 190 et suiv. Les annotateurs de M. Zachariæ, t. 3, p. 121, note 2 MM. Championnière et Rigaud, t. 2, n° 1479.

Il dit que la procuration est le *pouvoir de faire* quelque chose pour le mandant et *en son nom*. Mais d'abord le mandataire n'a pas seulement le *pouvoir de faire* la chose, il contracte l'*obligation* et la *charge* de la conduire à fin. De plus, il n'est pas nécessaire que le mandataire traite au nom du mandant; nous en avons des exemples dans les commissionnaires de commerce (1). Les rédacteurs du Code n'ont donc eu en vue que les cas les plus fréquents; mais ils n'ont pas entendu donner une définition limitative contraire à toutes les idées reçues. Loin que rien indique qu'ils ont entendu adopter un système différent du système romain suivi dans notre jurisprudence, nous voyons qu'ils ont même *conservé* au mandat son *noble caractère* de gratuité (2), et qu'ainsi ils ont clairement indiqué leur intention de ne pas s'éloigner de la voie frayée.

M. Duvergier, au contraire, propose constamment de s'en écarter; il méconnaît les précédents dans la définition du mandat; il les méconnaît encore dans la nature de ce contrat dont il veut faire un moyen de lucre et de spéculation à l'instar du louage, tandis que l'orateur du gouvernement disait expressément que la rétribution autorisée dans l'intérêt du mandataire *est moins un lucre qu'une indemnité* (3)!!!

811. La conclusion de cette discussion est donc que le Code se lie à la théorie embrassée par les jurisconsultes romains et les jurisconsultes français, avec une connaissance si profonde et si attentive des nuances qui séparent le mandat du louage d'ouvrage; théorie éminemment morale et philosophique, et dont on ne pourrait s'écarter sans blesser l'honneur des professions libérales, sans exciter en elles l'esprit de spéculation et de trafic qui doit en être banni pour le bien de la société; sans se jeter enfin dans les dangereuses erreurs d'un matérialisme désolant.

(1) Art. 91, 92 C. de comm.

(2) Expression de M. Berlier, orat. du govern. (Fenet, t. 14, p. 584).

(3) M. Berlier, p. 585.

812. Arrivons maintenant aux règles générales auxquelles le louage d'ouvrage est soumis.

Il repose sur trois éléments :

813. 1° Le consentement. Les principes à cet égard sont trop connus pour que nous y revenions.

814. 2° Le prix.

Le prix aussi, appelé *merces* par les lois romaines, est tellement de l'essence du louage d'ouvrage, que le défaut de prix ferait passer le contrat dans la classe du mandat (1).

Ce prix doit être en rapport avec la valeur de l'ouvrage; s'il était trop minime, on retomberait encore dans le mandat (2).

Du reste, il n'est pas toujours nécessaire que le prix soit expressément convenu. Il y a une foule de cas où il est suffisamment fixé par l'usage.

Quand vous montez dans un fiacre à l'heure ou à la course, il n'est pas nécessaire que vous régliez le prix avec le cocher; il est sous-entendu que vous payerez au taux fixé par l'usage ou par les règlements de police dans la localité (3).

Quand l'ouvrage n'a pas de prix courant et ordinaire, comme un ouvrage de maçonnerie à l'entreprise, les parties sont censées être convenues du prix qui sera arbitré par des experts (4).

Peu importe, au surplus, que le prix consiste en argent ou en denrées. Nous ne suivons pas la loi romaine, qui mettait dans la catégorie des contrats inconnus la stipulation d'ouvrage moyennant un prix en nature (5).

C'est pourquoi la régie de l'enregistrement a décidé que l'acte par lequel un artisan s'en est adjoint un autre pour gérer ses affaires, moyennant une ré-

(1) *Suprà*, nos 791 et suiv.

(2) Pothier, n° 399. — (3) *Id.*, 397. — (4) *Id.*

(5) *Suprà*, n° 3, art. 1107. M. Duranton, t. 17, n° 224. *Contrà*, Pothier, n° 400 et M. Duvergier, t. 3, n° 95 et t. 4, n° 384.

tribution de 3 fr. par jour, et à charge de logement pour lui et sa famille, le tout tant qu'il remplira avec honneur et probité les conditions qui lui sont imposées, ne peut être considéré ni comme un marché, ni comme un bail à nourriture, puisque, d'un côté, le mandataire ne fait aucune fourniture et se borne seulement à promettre son travail et son industrie, et que, d'un autre côté, la charge de nourrir n'est qu'une partie du prix; qu'un pareil acte ne peut être considéré que comme un louage d'ouvrage (1).

815. 3° Un ouvrage à faire.

Je dis un ouvrage à faire; car un ouvrage terminé ou exécuté ne peut avoir fait que par erreur la matière du contrat.

816. Il faut de plus que l'ouvrage soit possible. *Impossibile nulla obligatio est* (2).

S'il n'était impossible que relativement à l'entrepreneur, le contrat n'en serait pas moins bon; c'est tant pis pour celui-ci s'il s'est chargé d'un travail au-dessus de ses forces et de ses moyens, quoique possible en soi.

817. Il faut encore que l'ouvrage ne soit pas défendu par les lois: si, par exemple, vous aviez stipulé avec un maçon qu'il élèverait votre maison au-dessus d'une certaine hauteur déterminée par les règlements, le contrat ne produirait aucun effet de part ni d'autre.

818. Enfin, l'ouvrage ne doit pas être contraire aux bonnes mœurs: on considère comme tel la construction qu'un maçon ferait, même avec le gré du propriétaire, sur un terrain peu solide. L'humanité et l'intérêt public défendent des constructions qui peuvent compromettre la sûreté des passants (3).

(1) Délib. 11 octobre 1831. (Dall., 33, 3, 81.)

(2) L. 405, D. *De reg. juris*. Pothier, n° 395, et *Obligat.*, n° 136.

(3) *Infrà*, n° 995.

Il y a d'infâmes commerces qui vivent dans la corruption des grandes villes. La prostitution et le proxénétisme trouvent là leur aliment immonde, et les lois, pour empêcher de plus grands maux, les tolèrent sans les approuver. Mais il est inutile de dire que la justice ne saurait donner sa sanction aux marchés qui interviennent avec les êtres voués à ces professions honteuses.

Il y avait jadis un métier fort en vogue dans les mœurs du moyen âge: c'était celui des spadassins et des braves qui louaient leur force ou leur adresse pour tuer un homme dans une rencontre ou dans un guet-apens. La fureur des guerres privées, née du sentiment orgueilleux de la personnalité germanique, avait multiplié ce métier de sicaire au point de provoquer l'animadversion de la loi salique. « *Si quis furtim aliquem locaverit, ut hominem interficiat, et propter hoc pretium dederit, etc., etc.* (1). » Beaucoup plus tard, mais surtout en Italie, nous voyons cette classe d'hommes jouer un rôle sanglant au service des célèbres aventuriers dont les mémoires de Benvenuto Cellini et le roman de M. Manzoni nous retracent si fidèlement la vie agitée. Aujourd'hui, la douceur de nos habitudes ignore en quelque sorte cette terrible industrie; elle la laisse à quelques rares et malheureuses contrées où les mœurs n'ont pas encore appris à détester, à l'égal des lois, l'horreur des vengeances individuelles!!!

Mais, en revanche, d'autres mauvais commerces affligent la religion et la morale, et, par exemple, y en a-t-il de plus corrompeur que celui des gravures obscènes que des mains mercenaires fabriquent pour pervertir la jeunesse? Si l'auteur de tels ouvrages osait en demander le prix, le juge n'hésiterait pas à mettre les parties hors de cour (2).

819. Le contrat de louage produit des obligations réciproques. Celles que la nature du contrat impose au locateur sont: 1° de faire l'ouvrage; 2° de le faire

(1) T. 30, *De locationibus*,

(2) Pothier, n° 396.

en temps utile; 3° de le bien faire; 4° d'apporter le soin et la diligence du bon père de famille à l'emploi des matériaux qui lui sont fournis (1).

820. Le plus ordinairement, il satisfait à l'obligation de faire l'ouvrage en y employant ses ouvriers, ou même en le sous-baillant; mais dans les travaux qui n'ont été confiés au locateur qu'à cause de son talent personnel, il faut que ce soit lui-même qui remplisse l'objet du contrat. Il ne pourrait s'en décharger sur un remplaçant.

Ainsi, si j'ai fait marché avec François, dont l'habitude à peindre les plafonds est connue, pour peindre mon salon, j'aurai une action contre lui à l'effet de le contraindre à remplir lui-même son obligation ou de me payer des dommages et intérêts (2). Telle est la disposition de l'art. 1237 du Code Napoléon. Du reste, en autorisant, dans la plupart des cas, l'emploi d'un remplaçant, elle n'est pas en opposition avec l'art. 1795, qui considère le louage d'ouvrage comme engageant le fait personnel de l'ouvrier, de l'architecte, de l'entrepreneur, et déclare en conséquence le contrat résolu par la mort du locateur. L'emploi d'un remplaçant n'efface pas la personne du locateur comme sa mort; sa responsabilité demeure entière, et l'on suppose qu'elle est un stimulant assez énergique pour qu'il ait pris tous les moyens d'assurer le bon succès de l'ouvrage; d'ailleurs, il serait toujours là pour le recommencer s'il n'était pas recevable; au lieu qu'en cas de mort, il n'y a plus la garantie qu'offrait sa capacité personnelle ni la confiance qu'elle inspirait (3).

821. Je rappelle du reste, en passant, que l'obligation de faire un ouvrage est indivisible, et que l'action du conducteur a également ce caractère (4).

(1) Pothier, n° 420. — (2) Pothier, n°s 421, 422.
 (3) V. le sens de l'art. 1795, *infra*, n°s 1032 et suiv.
 (4) Pothier, *Obligat.*, n°s 326 et 333, et *Louage*, n° 423. *Infra*, n° 834.

822. L'obligation de faire l'ouvrage dans le temps convenu (1) se résout en dommages et intérêts si l'ouvrier ne la remplit pas, et si le conducteur éprouve un véritable dommage par le retard. Quand votre tailleur ne vous apporte pas au jour fixé le vêtement que vous lui avez fait faire, le mal n'est pas appréciable dans la plupart des cas; mais si vous, marchand étalagiste, qui voulez profiter des premiers jours de l'ouverture d'une foire, vous avez chargé un ouvrier de vous faire une boutique en planches sur le champ de foire pour le jour où elle doit commencer, et que vous arriviez sans qu'elle soit prête, l'ouvrier sera tenu de vos dommages et intérêts, car ce retard vous est extrêmement préjudiciable (2).

823. Quant à la bonté de l'ouvrage, il importe peu que les défauts proviennent de l'entrepreneur ou de ses ouvriers; *spondet peritiam artis* (3) (art. 1797). Au surplus, nous verrons plus tard quand la mal-façon est couverte par la réception (4).

824. Lorsque le locateur a mal employé les matériaux, il doit les prendre pour son compte et en payer la valeur au propriétaire (5), à moins que la matière n'ait été endommagée par suite d'un vice inhérent à la chose (6).

Non-seulement l'ouvrier est responsable du bon emploi de la chose; il est encore tenu de veiller à sa garde; de telle sorte que si elle lui était dérobée, il devrait en payer la valeur au propriétaire; car, comme je l'ai dit ailleurs, le vol (à moins qu'il ne soit accompagné de violence) n'est pas un de ces cas de force majeure qui excluent la faute; il la fait au contraire supposer (7).

(1) *Supr.*, n° 787.
 (2) Pothier, n° 424.
 (3) *Junge* l. 132. D. *De reg. juris*.
 (4) *Infra*, n° 991.
 (5) Pothier, n° 437, l. 13, § 5, D. *Loc. cond.*
 (6) L. 13, § 5, D. *Loc. cond. Infra*, art., 1798, n° 981.
 (7) *Supr.*, n° 342 et 363. Pothier, n° 429. *Infra*, n°s 987 et 937.

825. Si plus tard on venait à retrouver l'objet volé, l'ouvrier ne serait admis à le représenter qu'autant que les choses seraient encore entières. Par exemple, étant au moment de vous marier, vous avez confié à votre bijoutier des diamants pour qu'il en fasse un collier que vous vouliez mettre dans la corbeille de mariage; mais les diamants ont été volés chez le joaillier et il vous en a payé le montant; vous vous êtes empressé d'en acheter d'autres qui ont été employés. Plus tard les diamants ont été retrouvés, et le joaillier prétend les laisser pour votre compte; mais il n'y sera pas reçu. Vous n'avez plus besoin de ces diamants, et le bijoutier ne fera que supporter les conséquences de sa faute en les prenant à sa charge (1).

826. Nous traiterons dans le commentaire des articles 1788 et 1789 de la question de savoir sur qui retombe la force majeure lorsque la chose périt avant d'être livrée.

827. Telles sont les principales obligations du locateur. Nous y reviendrons dans le commentaire des art. 1787 et suivants.

Réciproquement, le locataire de l'ouvrage est tenu envers le locateur par des obligations qui découlent de la nature du contrat. Les deux principales sont :

- 1° De payer le prix;
- 2° De faire tout ce qui dépend de lui pour mettre l'ouvrier en pouvoir d'exécuter la convention (2).

828. Après ces notions préliminaires, nous allons entrer dans l'examen des sections qui divisent le chapitre 3. Elles sont au nombre de trois, et se réfèrent aux trois principales espèces de louages d'ouvrage dont s'occupe le Code; à savoir : 1° le louage des domestiques et ouvriers; 2° celui des voituriers par terre et par eau; 3° celui des entrepreneurs.

Mais auparavant il convient de nous occuper un ins-

(1) Pothier, n° 431. — (2) Id., n° 404.

tant d'une variété qui a pris depuis quelques années un grand développement, je veux parler du contrat de remplacement au service militaire (1).

829. D'après l'art. 24 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, le contrat de remplacement est régi par les principes du droit civil (2). Ce contrat ne doit pas être confondu avec l'acte administratif de remplacement.

C'est une convention par laquelle une personne s'oblige, moyennant un certain prix, à faire pour un autre le service militaire aux armées. Elle rentre dans la classe des louages de services. Tel est le caractère qui lui a été imprimé par plusieurs arrêts de Cours impériales (3). Je ne sais, au surplus, pourquoi la Cour de Lyon a voulu en faire un contrat *infiniment plus relevé que ne le sont ordinairement les contrats de ce genre* (4). Je crois, au contraire, qu'il ne peut prétendre à aucun relief, et que surtout la Cour de Lyon a commis une grande erreur quand elle l'a assimilé à ces conventions pour l'honoraire desquelles les Romains donnaient une *persecutio extraordinaria* (5). Ce n'est pas pour le louage d'ouvrage que les Romains réservaient ce recours particulier.

830. Puisque le contrat de remplacement est un louage de services proprement dit, il suit que le rem-

(1) V. MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. 3, p. 374 (3^e édit.) — Il est constant que ce contrat est un louage de services (Lyon, 26 février 1834 (J. Palais, t. 26, p. 211. D., 34, 2, 199). — Mais, je dois dire que la promulgation de la loi du 26 avril 1835 sur la dotation de l'armée, ainsi que sur les remplacements et pensions militaires, en modifiant la législation précédente sur les remplacements militaires, enlève en grande partie leur intérêt aux décisions rendues sous l'empire de cette législation. Je maintiens néanmoins ici l'examen que j'en avais fait dans la première édition de cet ouvrage, sauf à indiquer plus loin (V. *infra* en note du n° 839 *in fine*) les dispositions de la loi nouvelle, ce qui permettra au lecteur d'apprécier par lui-même ce qui subsiste aujourd'hui dans les solutions du passé.

(2) Junge la loi du 17 ventôse an 8; Art. 48 de la loi du 10 mars 1818.

(3) Lyon, 26 février 1834 (J. Palais, t. 26, p. 211. D., 34, 2, 199). Besançon 9 mars 1812 (J. Palais, t. 10, p. 187. D., *vo* Recrutement, p. 528, note). Junge MM. Aubry et Rau, *loc. cit.*; Marcadé, art. 1779, n° 3.

(4) Arrêt précité. — (5) *Suprà*, n° 799 et 800.

plaçant n'a droit au prix de remplacement qu'autant qu'il fait le service auquel il s'est personnellement engagé.

Ainsi s'il déserte dans l'année pendant laquelle le remplacé est garant de sa présence sous les drapeaux (1), il ne peut exiger aucune partie du prix. Il doit même rendre ce qu'il a perçu. En un mot, le contrat est rompu, encore bien que par une circonstance quelconque le remplacé ne soit pas inquiété (2). On conçoit, du reste, que tout ceci n'est vrai qu'autant que le remplaçant n'est pas repris, et que sa place reste vide au corps dont il fait partie (3).

831. Mais le contrat sera-t-il nécessairement dissous si le remplaçant n'a déserté qu'après l'année de garantie, et alors que le remplacé était définitivement libéré? Cette question s'est présentée avant et après la loi de 1832. Pour la négative on a dit, en appréciant surtout les clauses du contrat de remplacement : Le remplaçant a procuré la libération du remplacé; il s'est acquitté envers ce dernier; *functus est officio*; le surplus est une dette envers l'Etat dont le remplacé ne peut se prévaloir (4).

(1) D'après l'art. 23 de la loi du 21 mars 1832, le remplacé n'est responsable de la désertion de son remplaçant que pendant un an, à compter du jour de l'acte administratif de remplacement passé devant le préfet. Cependant sa responsabilité cesse lorsque le remplaçant est arrêté pendant ce délai.

(2) Cassat., 6 avril 1831 (J. Palais, t. 23, p. 1423. D., 31, 1, 114).

(3) Mais il a été décidé que ce délai d'une année de garantie s'applique à la durée de la responsabilité du remplacé, et non à la durée de l'action de l'administration, née du fait de la désertion du remplaçant accompli pendant cette période; par suite, que si, à l'expiration de l'année, le remplaçant, qui n'a pas encore paru à son corps, n'est ni présent, ni mort, ni arrêté, l'administration de la guerre est toujours en droit de signifier au remplacé, l'ordre de rejoindre le régiment auquel il avait été incorporé; et conséquemment que le remplacé peut obliger la compagnie avec laquelle il a traité à assurer sa libération, spécialement, si son action n'est exercée que depuis la loi du 26 avril 1835 sur la dotation de l'armée, à verser la somme fixée par le Gouvernement pour l'exonération du service militaire. Cour de Cass., 12 janv. 1857 (J. Palais 1857, p. 114).

(4) Cassat., 9 février 1825 (J. Palais, t. 19, p. 164. S., 25, 1, 305; D., 25, 1, 97). Paris, 29 août 1823 (J. Palais, t. 18, p. 155. S., 25, 2, 73.) Orléans, 21 décembre 1822 (J. Palais, t. 17, p. 737. S., 23, 2, 191). Cassat., 13 août 1828 (J. Palais, t. 22, p. 206. D., 28, 1, 383).

Pour l'affirmative on répondait : La désertion rompt le contrat. Il faut retenir le remplaçant sous les drapeaux, non-seulement par la crainte des châtimens, mais encore par le lien puissant de l'intérêt. C'est pourquoi, dans un motif d'ordre public, l'art. 18 du décret du 8 fructidor an XIII dispose d'une manière formelle qu'en cas de désertion du remplaçant, les engagements contractés par le remplacé sont comme nonavenus, et que ce dernier pourra exiger toutes les sommes par lui payées, lors même que, par suite de sa désertion, le remplacé n'aurait pas été recherché. Ce texte, dit-on, tranche toute difficulté (1).

Il est vrai qu'on peut objecter que ce décret, en supposant qu'il s'occupe d'un cas autre que celui où le remplacé répond encore du remplaçant, a été modifié et adouci dans ses rigueurs par les lois de 1818 et de 1832, qui, réglant les rapports du remplacé avec son remplaçant, portent que les stipulations de remplacement sont soumises aux mêmes règles que les autres contrats civils; et qu'en droit commun, un contrat, dont une partie a recueilli tout le fruit, ne peut être méconnu par elle.

C'est vers cette opinion que la jurisprudence paraît incliner, ainsi que cela résulte d'un arrêt de la chambre civile du 14 février 1838 (2); elle est la plus équitable et la plus conforme aux principes généraux sur les obligations; c'est aussi celle de M. Zachariæ (3).

832. Observez du reste que c'est au remplacé, qui prétend que la convention est rompue, à prouver la désertion. Dans le doute il y a présomption de non-désertion; les délits et quasi-délits ne se présument pas (4).

(1) Cassat., 22 août 1826 (J. Palais, t. 20, p. 830. D., 27, 1, 7); 27 novembre 1817 (J. Palais, t. 14, p. 511. S., 18, 1, 193. D., *Recrutement*, p. 526, note 1); 10 août 1818 (J. Palais, t. 14, p. 973. S., 19, 1, 8. D., *loc. cit.*); 6 avril 1831 (J. Palais, t. 23, p. 1423. D., 31, 1, 114); Cassat., 1^{er} mars 1836 (J. Palais, t. 27, p. 1122. D., 36, 1, 138).

(2) J. Palais, t. 1, 1838, p. 241. D., 38, 1, 106. — *Junge* Grenoble, 6 mai 1848 (J. Palais 1850, t. 1, p. 606).

(3) Et ses annotateurs, MM. Aubry et Rau, (3^e édit.), t. 3, p. 374. V. aussi M. Marcadé *loc. cit.*

(4) Cassat., 18 août 1828 (J. Palais, t. 22, p. 215. S., 28, 1, 417).