2 0424

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR M. IDE-CÉCILE-ALEXIS GUILHAMOTE,

Né à Campagne (Ariége).

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
TOULOUSE

TOULOUSE,
TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC,
Rue Saint-Rome, 46.

1848.

A MES PARENTS!

A mes deux Amis,

MM. P. CHOURRE ET L. RICOUS!!

DROIT FRANÇAIS.

DES CONTRATS ALÉATOIRES

EN MATIÈRE CIVILE ET EN MATIÈRE COMMERCIALE.

Préliminaires.

Providentiellement prédestiné au travail et à l'activité, l'homme semblait ne devoir chercher qu'en lui-même la source et les moyens de toute acquisition, de toute prospérité, de toute fortune : aussi, parmi les innombrables formes que revêtirent, depuis l'origine des établissements sociaux, les transactions humaines, voit-on d'abord prédominer celles qui n'ont d'autre mobile que l'activité, l'industrie, le travail : *facio ut facias, facio ut des*, *do ut facias*, *do ut des*, telles sont en effet les formules les plus générales que nous aient, à ce sujet, léguées les premières traditions. Imbus de ces idées et frappés des conséquences désastreuses qu'entraînerait l'habitude de chercher ailleurs que dans le travail et l'activité les sources et les moyens de prospérité, et par suite les causes des conventions sociales, plusieurs penseurs avaient été amenés à proscrire indistinctement tous les pactes dont le mobile ne reposerait que sur l'espoir d'une chance du sort ou d'un événement imprévu du destin, comme funestes à la société, en portant l'homme à déserter le travail, et à abandonner le soin de sa fortune plutôt au caprice de l'avenir qu'à sa propre activité.

Ainsi généralisée, cette doctrine est évidemment fautive,

et par trop de prévoyance tombe dans l'excès. S'il est vrai, en effet, que les pactes qui ne reposent que sur le pur effet du hasard, comme le jeu ou le pari par exemple, doivent en tout temps réveiller la sollicitude du législateur, pour empêcher qu'ils ne prennent une extension désastreuse, il ne doit pas en être évidemment de même de tous les autres cas, où les parties ne font intervenir les chances de l'avenir ou que pour se prémunir contre la fatalité de ses caprices, comme dans l'assurance et le contrat à la grosse, ou que pour tirer un parti licite de ses hasards, comme cela a lieu dans tous les pactes mélanges d'*alea*, et dans la plupart des opérations commerciales surtout, où les spéculations sur des événements incertains sont si usuelles, que les jurisconsultes ont consacré à ce sujet, ce brocard si original et qui peint si bien le génie du commerce, toujours prêt à hasarder peu pour gagner beaucoup : *Mercatores consueverunt fortuna prognosticari.*

Il n'est donc pas, comme le disent MM. Troplong, Portalis et tant d'autres, jusqu'aux hasards les plus indifférents, que l'industrie humaine sagement dirigée par la jurisprudence ne puisse associer à des contrats sérieux, et faire tourner en cause de bénéfices. « Par là, en effet, la somme » des biens se trouve multipliée, le mouvement des affaires » s'agrandit, et l'esprit d'entreprise, franchissant les bornes » étroites du présent, embrasse l'avenir pour en tirer des » avantages actuels!! (Trop. p. 224.)

Ainsi légitimé dans son essence, voyons ce qui caractérise plus spécialement le contrat aléatoire, et ce qui le distingue des autres contrats en général.

PREMIÈRE PARTIE.

Caractères distinctifs du contrat aléatoire. — Différences du contrat aléatoire avec les autres contrats en général. — Différence entre les contrats aléatoires proprement dits, et tous les autres contrats ordinaires mélanges d'alea.

§ 1er — Généralement défini : une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, dépendent d'un événement incertain (1966), le contrat aléatoire tire son nom du mot latin *alea* qui signifie *hasard*, *fait incertain*. Se rapprochant, d'une part, du contrat commutatif pur et simple, en ce qu'il est réciproque et intéressé de part et d'autre, à la différence des contrats purement gratuits, il s'en éloigne de l'autre, en ce sens que dans les contrats commutatifs la réciprocité et l'équipollence de droits et d'obligations repose sur des choses ou sur des actes appréciables et matériels, alors que dans les contrats aléatoires la chose reçue par l'un n'est que le prix du risque, du danger couru ou par les deux parties ou par celle qui reçoit seulement, suivant que le contrat aléatoire repose sur le risque d'un seul ou sur un risque réciproque; c'est, en effet, le péril lui-même qui se vend ou s'achète, en quelque sorte, comme le dit Pothier.

§ 2. — Différents des contrats commutatifs ordinaires, sous certains rapports, les contrats aléatoires diffèrent aussi complètement des contrats sous *condition suspensive*. L'on trouve bien, il est vrai, dans les deux, un événement incertain, qui a une grande influence sur la convention, mais cette influence s'exerce d'une manière bien différente. Dans les contrats sous condition, en effet, la réalisation de l'*alea*, du fait incertain, décide de l'existence même du contrat, qui est maintenu ou anéanti dans sa propre substance, pour les deux parties également ; alors que dans les contrats simplement aléatoires, laissant toujours la substance même du contrat

intacte, l'*alea* n'influe que sur le mode et les effets de son exécution, qui varient à l'avantage ou au désavantage de l'un ou de l'autre des contractants, suivant que la chance a tourné ou n'a pas tourné au gré de leurs conventions.

§ 3. — Le législateur n'a désigné dans l'art. 1966 que *quatre* contrats aléatoires, dont deux appartiennent plus spécialement au droit civil, le *pari* et la *rente viagère*, et les deux autres au droit commercial, le *contrat à la grosse* et l'*assurance*.

Mais ce ne sont évidemment là que des exemples qu'il a voulu donner, puisque, les diverses variétés de causes incertaines étant aussi innombrables que celles qui président aux contrats commutatifs ordinaires, les contrats dans lesquels se mêle le caractère aléatoire, sont aussi indéfiniment variés que les autres contrats. Mais comme il est certain que les exemples de l'art. 1966 sont en quelque sorte le type le plus saillant des contrats qui nous occupent, il ne sera pas mauvais de jeter d'abord un coup-d'œil rapide sur les espèces générales dans lesquelles on trouve le caractère de l'*alea*, sans que pour cela le contrat soit purement aléatoire, nous réservant d'exposer plus tard et plus particulièrement les principes relatifs aux *contrats aléatoires proprement dits*, tels qu'ils sont écrits dans les textes de nos codes, sous cette rubrique spéciale.

Parmi les contrats ordinaires mélanges d'*alea*, les uns rentrent dans la classe des contrats commutatifs ordinaires, tels que la *vente*, le *louage*, le *dépôt*, etc., et les autres n'étant que des espèces indéterminées, rentrent dans la classe des *contrats innommés*.

1° Parmi les *ventes aléatoires*, on peut citer celle d'un *usufruit* ou de la *nue-propriété* d'un immeuble, puisque l'avenir cache, d'un côté, l'instant où finira la jouissance, et par suite l'avantage, et de l'autre le jour où commencera la mise en possession; la *cession de droits* successifs ou litigieux, puisque la consistance de l'objet, et par suite l'avantage ou le désavantage dépend de mille circonstances imprévues et ca-

chées; parmi les spéculations commerciales si fécondes en contrats de ce genre, les *ventes et entreprises de fournitures* pour un nombre indéterminé d'ouvriers formant le personnel ordinaire de telle manufacture, ou bien à tant la ration; les *ventes de produits futurs déterminés* ou de fruits à récolter, excepté cependant dans les cas où la loi les prohibe.

Les *ventes à forfait, risques et périls*, puisque le plus souvent elles sont faites de telle sorte que l'acheteur ait la chance de recueillir tous les produits indiqués, comme aussi de ne rien avoir, s'il n'en advient aucun, ce qui les différencie des ventes précédentes *d'une part de récolte* de tel champ, pour un prix convenu, dans laquelle l'*alea* ne porte que sur la variation du prix de ces fruits au jour de la récolte, et nullement sur la chance de tout perdre ou de tout avoir, principal caractère des ventes à forfait. Toute clause par laquelle un acheteur prend sur lui *les risques* qui, indépendamment du fait du vendeur, peuvent le priver de la possession de la chose ou de quelques-unes de ses qualités accessoires constitue également une vente à forfait, une vente aléatoire (article 1645). *Quid* de la vente d'un objet dont on ignore l'existence au moment du contrat, un navire, par exemple? (1601, 1629, Cod. Civ.)

Les ventes d'espérances, notamment celle d'un coup de filet, si connue dans le Droit Romain, d'un billet de loterie, etc., ventes qui diffèrent du simple pari, en ce qu'on achète un objet espéré comme s'il existait déjà, et cela sans passion, sans provocation inconsidérée, sans danger par conséquent, et dont la spécialité consiste surtout en ce que l'équivalent du prix stipulé, attendu par l'acheteur, ne pourra jamais être que celui qui adviendra dans les cas et de la manière même prévus par les parties; ainsi, dans notre espèce, s'il arrivait que le coup de filet portât autre chose que du poisson, des perles par exemple, l'acheteur n'aurait pas évidemment le droit de l'exiger. Ajoutons enfin sur cette vente que l'incertitude la plus absolue en devant être la base, s'il arrivait que les parties ou l'une d'elles connussent l'événement

prétendu incertain, le contrat perdrait son caractère spécial et deviendrait ou une vente pure et simple, si l'événement était connu des deux parties à la fois, ou serait annulé comme frauduleux, si l'une d'elles en avait eu seulement connaissance, ou si, à l'insu de l'autre, elle seule avait eu le pouvoir d'en guider l'avènement à sa guise. Ces principes généraux suffiront sans doute pour résoudre les difficultés d'application qui se rattachent à ces sortes de contrats, soit aux paris ou gageures, soit aux loteries non prohibées par les lois du 21 avril 1832 et 21 mai 1836.

Les diverses aliénations de capitaux dans les sociétés dites *tontines*, et la stipulation connue sous le nom d'annuité différée, contrat qui n'est pas une assurance proprement dite sur la vie et qui n'est pas non plus une rente viagère, offrent encore des exemples bien marqués de ventes d'espérances, de ventes aléatoires; enfin *les ventes à profits communs*, qui consistent dans la convention par laquelle une personne livre à une autre un objet moyennant un prix arrêté, avec la clause que le prix de la revente, s'il y a bénéfice, sera partagé par égales parts. Cette vente qui est d'abord parfaite et pure et simple, ne laisse percer le côté aléatoire que dans la chance du bénéfice de la revente, puisque, s'il y a des pertes, l'acheteur les supportera seul et n'en paiera pas moins le prix stipulé; c'est aussi cette particularité qui spécialise ce contrat et le différencie de la vente conditionnelle, ainsi que dans la commission de vendre moyennant une part de bénéfices, cas auquel la chose périt toujours pour le commettant jusqu'à la vente.

2° L'énumération des espèces que nous venons de faire pour les ventes, nous pourrions également la faire pour tous les autres contrats. Mais outre que les principes généraux seraient les mêmes, cela nous ferait sortir du simple cadre que nous nous sommes tracé. Nous nous bornerons donc à quelques exemples, les plus usuellement cités dans les auteurs. — La loi, 13, § 5, au dig. loc. cond., nous en offre un pour le *contrat de louage* : c'est un ouvrier

qui consent à raccommoder un objet fragile et précieux, et qui se charge des risques moyennant une augmentation de salaire, ce qui constitue l'*alea*.

3° La loi 7, § 16, D. *de pactis*, en validant le pacte par lequel, contre tous les usages et les lois ordinaires du dépôt, le dépositaire se charge des risques de la chose, fournit un second exemple où le dépôt est mélangé d'*alea*.

4° Pareille stipulation et pareil caractère se rencontrent encore dans le *commodat*, quand l'emprunteur prend les risques à sa charge. L. 1, Cod. Commod.

5° Enfin, la loi 6, Cod. de Pignerat, act., parle d'un créancier gagiste, qui s'était chargé de tous les risques du gage, de telle sorte que la perte de ce gage devait totalement libérer le débiteur, ce qui fournit un exemple bien saillant de *gage mélangé d'alea*, de gage aléatoire.

6° Inutile de poursuivre cette énumération; les principes que nous venons de poser, suivis des exemples qui précèdent, suffisent et au-delà, pour donner la clef de toutes les questions de ce genre; passons donc aux contrats aléatoires proprement dits, dont parle l'art. 1966 de notre Code.

DEUXIEME PARTIE.

DES CONTRATS ALÉATOIRES PROPREMENT DITS.

CHAPITRE PREMIER.

Contrats plus spécialement régis par le droit civil, le jeu, le pari ou gageure, la rente viagère.

PREMIÈRE SECTION. — *Du jeu.*

§ 1er — Considéré dans sa fin comme délassement, comme amusement, le *jeu*, *lusus*, est aussi naturel à l'homme que le travail et la fatigue, dont il est le contrepoids obligé, et c'est le cas de dire alors avec le Gloss. Scaccia : *lusus jure naturæ non esse peccatum*. Ce n'est donc pas sous ce point de vue qu'il a dû réveiller la sol-

licitude des législateurs anciens et modernes. Mais quand à la place de l'esprit de pur amusement, succède l'amour du lucre, la cupidité et toutes les funestes conséquences qu'entraîne avec lui l'appât séduisant d'un gain facile, alors le jeu devient réellement une plaie sociale, dangereuse et difficile à guérir, et bien capable alors de réveiller au plus haut degré l'attention des législateurs.

§ 2. — Considéré dans sa cause, le jeu doit être différemment apprécié, suivant les diverses manières dont il est capable de réagir sur les mœurs, et par suite sur l'état social tout entier. N'est-il que de pur hasard, il ne peut engendrer que du mal, le dégoût du travail, l'infamie et la honte, la misère, le désespoir et le suicide!! Il doit être alors proscrit sans réserve, et les législations, tant anciennes que modernes, font foi en effet qu'il a été l'objet des mesures prohibitives les plus sages. Les lois romaines surtout abondent en mesures de ce genre, et notre ancienne jurisprudence n'a pas manqué de suivre sur ce point la majeure partie de leurs rigueurs. — Quand au pur hasard vient se mêler une certaine adresse, le jeu offre nécessairement moins de danger, et le degré plus ou moins grand de son influence pernicieuse, devra être, en ce cas, livré à l'arbitrage des juges. — Enfin les jeux sont-ils de pure adresse; loin d'éveiller la sollicitude des gouvernants, ils doivent être encouragés et regardés comme utiles et nécessaires à l'Etat. Pour prouver d'ailleurs qu'il en a toujours été ainsi, ne suffit-il pas de rappeler les noms si célèbres de ceux qui firent la gloire de la Grèce et de Rome, de ceux qui ont presque donné leur nom à toute une phase de notre histoire, et dont les récits si souvent embellis depuis par la plume de nos poètes, nous délassent encore par le charme seul de leur souvenir!!

Toutes ces distinctions, la loi moderne les a sagement observées et en a fait la base de ses dispositions.

§ 3. — Considéré comme cause de lien juridique, le contrat de jeu est une convention par laquelle deux ou plusieurs parties s'engagent à donner à celle qui gagnera une somme

d'argent ou un objet déterminé; il est intéressé de part et d'autre, et devient parfait par le seul consentement. Quant aux conditions de sa validité, ce sont celles qui sont requises en général pour tous les contrats : la *capacité* d'abord, la *liberté* dans le consentement, l'*égalité de risques* de part et d'autre, ce qui ne s'entend évidemment que d'une égalité aussi approximative que possible, puisqu'une égalité mathématique dans la lutte ne saurait jamais s'obtenir (C. Pothier, jeu, n° 25); enfin la *bonne foi* et la *fidélité* dans la tenue du jeu.

§ 4. — Passons aux effets juridiques que produit le contrat du jeu; ces effets varient suivant que la cause du jeu est ou n'est pas licite elle-même.

1° Placé d'un côté devant les traditions non interrompues des rigueurs des lois anciennes et des lois transitoires contre le jeu (loi du 22 juillet 1791 ; décret du 24 juin 1806 ; art. 410, 475, 477, C. Pén. de 1810) et de l'autre, devant cette considération puissante qu'en principe l'usage de la propriété doit être libre, et que chacun est le juge de l'opportunité de ses dépenses folles ou non, que ce qu'un homme perd à un jeu quelconque, il aurait pu également le perdre à toute autre fausse spéculation, le rôle du législateur moderne était facile. Réprimer le fait même du jeu de hasard, lui eût été chose impossible; aussi ne l'a-t-il tenté qu'indirectement et par des mesures de police seulement ; ordonner la restitution forcée de ce qui aurait été payé, comme le faisaient les lois Romaines, eût encore été chose peu sage devant la considération qui précède, car entre deux hommes coupables de la même faute, pourquoi récompenser l'un et punir l'autre ? Le législateur s'est donc contenté, et avec raison, de dédaigner le contrat, de jeu illicite ; il l'a méconnu et lui a refusé son appui, laissant d'ailleurs à la police le devoir de réprimer ses désordres et de l'étouffer dans les repaires où d'ordinaire il se contracte, et à la justice criminelle le soin de punir ses fureurs (Fenet, XIV, p. 563.)

Ainsi se légitime la disposition de l'art. 1966.

De là plusieurs conséquences : la première c'est que les obligations souscrites *pour cause de jeu*, ne sauraient être

revêtues de la sanction de la justice, et qu'on peut dès-lors en refuser le paiement, quelle que soit la forme déguisée qu'on aurait prise pour en masquer l'origine, soit celle d'un billet à ordre, soit celle d'une lettre de change, le souscripteur pouvant toujours exciper du vice de la cause, et de l'impossibilité de convertir par la voie de la novation la dette illicite en une dette civilement efficace. (Zach. t. 3, p. 79). Ce serait là en effet un moyen trop facile d'éluder les sages prescriptions de la loi. Quant à la faculté accordée au débiteur de faire la preuve de la cause illicite et des déguisements de l'obligation, elle est désormais consacrée par des autorités si imposantes qu'on ne saurait guère revenir sur ce point (Trop. p. 260; Zach. t. 3, p. 79, not. 4). Mais si les termes de notre article sont clairs et formels pour les dettes, qui dérivent du fait même du jeu, que dire de celles qui n'ont été contractées qu'à l'occasion du jeu, entre d'autres que les joueurs eux-mêmes? — Ces dettes seront valables si elles ne sont faites que pour payer ce qu'on a perdu, car le paiement volontaire étant valable, la dette faite pour l'effectuer doit l'être aussi; il en serait autrement au contraire si la dette n'était faite que pour entretenir le jeu ou que pour exciter à l'entreprendre.

Quid de l'engagement provenant du mandat donné pour acquitter une dette de jeu?

Quid du mandat donné pour jouer? — Le mandataire a-t-il, en cas de perte, l'action en répétition contre le mandant? — Non, car *rei turpis nullum mandatum, et ideò hâc actione non agitur.* (ff. mandat. l. 6, § 38); non, car en pareil cas, celui qui s'associe avec le joueur et favorise ses désordres, ne mérite pas plus de faveur que lui. — Il n'y aurait lieu à apporter des modifications à cette règle, qu'autant que le mandataire serait trouvé de bonne foi, et dans l'ignorance des mauvaises passions du mandant joueur. (Bordeaux, 29 janvier 1828).

2° Ainsi donc, en tant qu'illicite et de pur hasard, le jeu ne produit aucun effet juridique entre les parties; mais il en est bien autrement quand il s'agit des jeux d'adresse dont nous

avons déjà parlé; par exception au principe général, en effet, la loi accorde une action pour le paiement des sommes ou objets gagnés à des jeux propres à exercer au fait des armes ou à développer la force, l'adresse, l'agilité du corps, mais dont l'énumération et la caractérisation appartiennent aux tribunaux. — *Quid* du billard? — *Quid* des échecs?

Néanmoins, comme dans ce cas là même, l'appât d'un gain excessif pourrait porter les champions à des démarches inconsidérées, la loi a laissé aux juges la faculté de rejeter de pareilles demandes, si les sommes jouées ou pariées leur paraissent trop élevées, eu égard à la nature des jeux ou à la condition des parties.

Mais les tribunaux peuvent-ils se borner à réduire la somme trouvée excessive? — Non ; une fois reconnue telle, elle est censée provenir d'une intention perverse et proscrite par la loi (trib. Siméon; Fenet, t. XIV, p. 551).

3° Comme nous l'avons dit, la loi ne devait pas empêcher le perdant de se libérer envers le gagnant pas plus qu'elle ne devait forcer le gagnant à restituer au perdant les sommes qu'il en avait reçues; mais ce qu'elle devait faire, et ce qu'elle a sagement fait, c'*est de refuser toute* action en répétition des sommes perdues et déjà payées (1967), dérogeant sur ce point aux prescriptions des lois romaines, qui autorisaient généralement la répétition, en ce cas, malgré leurs principes contraires sur la cause honteuse; et pour motiver cette sage disposition, les auteurs, tant anciens que modernes, se sont contentés de dire, et avec raison, que quand un pacte quelconque est de part et d'autre réprouvé par les mœurs et par les lois, on n'a pas d'action pour revenir sur son exécution. Après cela, peu nous importe que les idéologues se battent indéfiniment pour savoir si dans le for intérieur le perdant est ou n'est pas *naturellement* obligé de payer sa dette; qu'il nous suffise de dire que dans tous les discours qui ont précédé la rédaction de notre Code, la restitution a été motivée, non pas sur le *manque de cause*, car alors on serait retombé sous l'empire de l'art. 1235, mais sur une *cause illi-*

cite que la loi devait flétrir et réprouver. — C'est dire donc que nous ne reconnaissons pas à l'engagement fait au jeu la force et les effets de l'obligation naturelle proprement dite. La loi n'apporte d'exception au refus de répétition que quand il y a eu de la part du gagnant dol ou supercherie, et il faut ajouter, quand le perdant était dépourvu de la capacité requise (1238.)

4° Ce principe de la non-répétition bien établi, il s'agit de savoir quelles seront les conditions que devra réunir le paiement pour être censé réellement effectué, dans le sens de l'article 1967.

Point de difficulté quand le paiement s'est consommé en argent ou en meubles dont le gagnant est déjà nanti. Mais *quid* du paiement fait en immeubles ? *Quid* du transport de créances fait par le perdant au gagnant?

Quid du paiement en billets à ordre souscrits par le perdant ? du perdant au gagnant ils sont nuls, si l'on prouve la cause illicite. (Cass., 29 octobre 1814 ; Grenoble, 6 octobre 1823, etc., etc.)

Quid, quand l'enjeu est déposé sur table, du cas où le perdant s'empare violemment de cet enjeu et refuse le paiement? MM. Zacharie et Duranton donnent en ce cas une action au gagnant, mais M. Troplong la lui refuse, et à bon droit, ce nous semble, car, qu'importe que l'enjeu ait été ou non déposé, si, en définitive, le paiement n'est pas effectué, et si le gagnant a besoin d'exercer une action en justice et d'appeler le secours de la loi pour l'obtenir? Il en serait encore de même, dans le cas où l'enjeu aurait été mis dans les mains d'un tiers.

DEUXIÈME SECTION. — *Du pari ou gageure.*

Généralement défini. Une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes différant d'avis sur un sujet quelconque, conviennent que celui dont l'opinion sera trouvée erronée paiera à l'autre un objet déterminé, le *pari* a été de tous temps envisagé à peu près du même œil que le *jeu* lui-même, dont

il a d'ailleurs presque toujours suivi le sort, quoiqu'on puisse dire, il est vrai, que la plupart des auteurs classiques de notre ancien droit ont paru, dans certains cas, le voir avec moins de défaveur. — « La *gageure* ou *pari* a les mêmes vices ori-
» ginels et les mêmes dangers que le jeu ; comme lui, elle
» ne donne aucune action lorsqu'elle n'a pour base que la re-
» cherche et l'amour immodéré du gain ; comme lui, elle est
» tolérée lorsqu'elle a un objet raisonnable et utile ;...» telles sont les paroles qui, dans l'exposé des motifs, ont précédé la rédaction de notre loi moderne, et qu'il suffit de citer pour caractériser le pari. — Nous pourrions donc borner là nos explications sur la gageure, si parmi l'immense variété des espèces, nous ne devions, sous peine d'omission, jeter un coup d'œil rapide sur deux des plus remarquables ; ce sont celles qui ont pour objet les opérations relatives à la *hausse* ou à la *baisse* des fonds publics, et les *paris sur la vie des hommes*, appelés aussi *assurances sur la vie*, dans l'ancien droit, mais qu'il ne faut pas confondre avec l'assurance du même nom tolérée de nos jours.

§ 1er. — *Quelques mots sur les opérations de la bourse.*

1° Prévoyant, d'après des données plus ou moins certaines, que telle marchandise est à la veille d'éprouver une baisse considérable, un habile spéculateur en achète une grande quantité, dans l'espoir de la revendre au temps de la hausse et de gagner ainsi beaucoup ; ce n'est là qu'un acte purement commercial et en tout licite. Non content d'avoir réussi dans ses prévisions, il va plus loin encore, et il cherche à se rendre le succès en quelque sorte inévitable, en dirigeant l'avenir de son mieux, et en se livrant à des opérations secondaires dans le but d'amener, par lui ou par ses agens, la hausse qu'il désire. En tant que restreints dans les limites de la coutume commerciale, ce ne sont encore là que des actes licites ; au plus habile le succès !

Presque sûr de l'avenir, et comptant sur une hausse inévitable, le spéculateur ne se contente plus d'acheter bon marché pour revendre cher ensuite, il vend tout d'abord,

mais livrable seulement au terme sur lequel il spécule, une marchandise qu'il est certain d'obtenir ailleurs que sur le lieu de la vente à un prix très-inférieur.

Mais ce n'est pas tout; séduit par le succès de ces marchés à terme, notre spéculateur va tenter la fortune sur la baisse, et user des mêmes moyens secondaires pour l'obtenir, au cas où les événements tromperaient son attente, et il vend, *sans l'avoir*, la marchandise menacée de dépréciation, avec la condition de ne la livrer qu'au temps sur lequel il spécule, époque où il l'achètera lui-même, gagnant ainsi la différence du prix du premier marché au prix du second.

Supposons maintenant que, dans leurs opérations, le spéculateur à la hausse et le spéculateur à la baisse se rencontrent; que va-t-il arriver? Le spéculateur à la baisse vend, sans l'avoir, un objet qu'il ne doit livrer qu'au terme, où il espère l'acheter lui-même au rabais, pour gagner ainsi la différence. Le spéculateur à la hausse, de son côté, en prenant une commission considérable des objets en question, et qu'il ne peut actuellement payer, ne stipule la livraison qu'au même terme, parce qu'il espère les revendre à la hausse dans l'intervalle et payer ainsi son vendeur, spéculateur à la baisse, au terme convenu, de telle sorte que tous deux gagneront ainsi, et sans que les objets aient appartenu encore ni à l'un ni à l'autre, l'un la différence du premier au second marché, s'il y a hausse, mais l'ayant aussi perdue s'il y a baisse, et l'autre la différence du premier marché à celui qu'il fera, au jour du terme, s'il y a baisse, ou l'ayant perdue, s'il y a hausse; de telle sorte enfin qu'en réalité le pacte n'étant entre les parties qu'un marché de différence, au jour convenu pour la livraison, ils n'auront qu'à s'entendre sur le prix réel du marché ce jour-là, et à se liquider, sans que ni le prix ni les objets aient été le moins du monde échangés, de *la différence de leurs* marchés seulement.

C'est là la première forme et l'origine de toutes les opé-

rations appelées *jeux de Bourse* ou *marchés fictifs*, et qui accompagnées d'une foule d'autres manœuvres, non moins ingénieuses, mais quelquefois aussi funestes et condamnables, telles que l'*accaparement*, l'*agiotage*, les *bruits de coulisse*, etc..., ont dû réveiller au plus haut point la sollicitude du législateur, dans les cas surtout où ces opérations s'attachent à des effets dont le cours est un indice du crédit des états et de la prospérité des empires!!

2° Le principal monument législatif sur lequel repose cette matière, c'est l'arrêté du conseil du 24 septembre 1724, arrêté célèbre et sage, qui prévoyait et détruisait tous les abus, et qui les aurait indubitablement détruits, si l'on ne l'eût de tout temps regardé que comme *comminatoire*. En prescrivant des mesures prohibitives et rigoureuses, cet arrêté ne tolérait en effet que les marchés au comptant, et il proscrivait toute spéculation à la baisse, ainsi que tous les moyens que les spéculateurs à la hausse auraient encore essayé d'employer, pour influer sur le cours des effets publics, dans un intérêt purement particulier. Tantôt réitérées et même aggravées, et tantôt modifiées par les lois postérieures, ces sévères prescriptions sur le trafic des effets publics, ne furent cependant que très-rarement suivies par la coutume commerciale, toujours portée à s'écarter des gênes et des entraves de la loi. La spéculation était si séduisante en effet et l'usage si invétéré, que ni les arrêts de 1786 et 1787, par lesquels M. de Calonne remettait l'arrêté de 1724 en vigueur, ni les lois si formelles de la république, contre l'accaparement et l'agiotage, ni le code pénal de l'an 7 ni de 1810 lui-même (art. 419, 421, 422) n'ont pu le faire dévier, et que la difficulté est encore entière de nos jours.

3° Entre les excès de sévérité des législateurs et les excès de liberté de la coutume, la jurisprudence semble avoir pris un moyen terme, sans résoudre franchement la difficulté ; et les choses en sont au point que, à travers le dédale des divers *considérants*, il ne se trouve pas encore une décision pénale contre les joueurs de la bourse, qui agissent pourtant tous les

jours, sans posséder les objets, et sans espoir de les posséder; les tribunaux, malgré les termes si formels de notre code pénal, n'ont jamais prononcé que des nullités, tantôt quand les vendeurs n'avaient pas déposé les effets vendus, tantôt quand les marchés leur paraissaient exagérés et dépourvus de toute sincérité.

4° Devant une pareille scission, c'est à la doctrine à chercher les véritables règles, et les moyens de remédier à l'opposition qui existe à ce sujet entre la loi, la coutume et la jurisprudence.

Disons tout d'abord qu'il faut soigneusement distinguer pour en caractériser la nature intime, licite ou illicite, les opérations qui ne se font que dans la coulisse, de celles qui se font avec toutes les solennités de la coutume et de la loi. Les premières, vrais marchés fictifs, véritables paris sur la hausse ou sur la baisse, et se résolvant toujours en une différence, seul objet du contrat, et faits en dehors de toute publicité, doivent être recherchés et soumis à toute la rigueur des lois. Mais en est-il de même des seconds? C'est là la question. — On a dit, pour prohiber les marchés *fictifs ou à terme*, en général, qu'ils étaient nuls, d'abord parce que vendre ce qu'on n'a pas est une vente nulle par elle-même, et ensuite parce que ce n'était là qu'une spéculation sur des différences faites sans intention d'acheter ou de vendre; motifs également erronés, et mis en avant pour soutenir les rigueurs des dispositions vieillies, et dont l'esprit est loin de convenir encore à notre situation financière et commerciale actuelle.

La coutume commerciale ne vit pas et ne peut pas vivre dans la même sphère que la loi commune; c'est en méconnaissant cette vérité que des législateurs peu prévoyants ont jeté entre ces deux branches, des germes d'éternelle division, dans l'application pratique de la loi. Montrons comment, en voulant appliquer des principes de droit commun au cas qui nous occupe, on a aveuglement soutenu des erreurs manifestes contre lesquelles la coutume a sans cesse protesté. Dans le commerce, un négociant achète ou vend, livrables à terme et

à leur arrivée, cent balles de marchandises qu'il attend de l'étranger. Il y a là une obligation licite. Qui le nierait? Mais il arrive que l'envoi ne s'effectue pas, et à l'instant l'acquéreur s'adresse à d'autres et réclame à son vendeur une indemnité ; c'est encore licite. Cette indemnité est accordée, et c'est tout simplement la différence du premier marché, sans effet, au second, et c'est encore licite; donc, la première vente s'est résolue en une indemnité, qui se trouve être une différence, et elle n'est certes pas nulle pour ce fait. Il faudrait en dire de même du cas où ce serait l'acquéreur qui refuserait de recevoir au terme, et où le vendeur revendant à perte se verrait forcé de lui réclamer encore une indemnité basée sur la différence des deux marchés. La *vente à crédit* si utile et si indispensable dans le commerce, n'est-elle pas aussi une vente de différence? Enfin, toutes les fois que, dans un contrat de commission, le commissionnaire, acquéreur pour un tiers, se voit forcé, par le refus de celui-ci de recevoir au terme, de revendre la marchandise, dont il n'est pas tenu de garder les risques à sa charge, quelle est l'indemnité qu'on lui accorde contre le tiers mandant qui est en faute? Evidemment encore la différence entre les deux marchés ; et rien de plus licite. Pourquoi donc la position des parties et la nature de l'acte changeraient-elles, par cela seul qu'au lieu de sucre et de cannelle, par exemple, il s'agit de créances ou même d'effets publics négociables, alors, bien entendu, qu'il est question de marchés, qui, quoiqu'à terme, sont sincères et sérieux, faits suivant les usages de la bourse par des agents de change soumis, comme ils le sont, à un rigoureux secret, et toujours obligés, au terme convenu, d'opérer la livraison réelle des inscriptions qui ont fait l'objet du marché. Après cela, qu'importe que dans l'intervalle les acheteurs et les vendeurs se livrent à des spéculations plus ou moins multipliées; qu'importe même que souvent les premiers vendeurs ou acquéreurs à terme se substituent des subrogés, cela ne change en rien ni la nature ni les effets du premier contrat ; comment donc ces mutations accidentelles et inévitables pourraient-elles ser-

vir de prétexte pour faire annuler le premier contrat dans son entier ? En vérité, nous ne le comprenons pas.

Finissons-en donc avec les prétendus jeux, et disons que, s'il est vrai que le législateur de 1724, de 1807 et de 1810, a eu raison de s'alarmer des opérations dont nous venons de parler et a dû chercher à en prévenir les sinistres effets en prohibant, quelle que fût la légitimité de sa cause d'ailleurs, toute spéculation à la baisse, il ne saurait en être de même de nos jours, où on n'a plus à redouter les mêmes dangers, et où l'on peut laisser, sans crainte, au commerce un contrat non-seulement licite, mais encore utile et nécessaire, sans perdre pourtant complètement de vue les manœuvres secondaires qui servent à le favoriser, et qu'on doit toujours se réserver de punir, quand elles dépasseront les bornes d'une sage modération. Tels nous paraissent être les vrais principes.

§ 2. — *Des jeux sur la vie des hommes.* — Les gageures sur la vie des hommes, appelées aussi improprement *Assurances sur la vie, dans l'ancien droit*, ont tant d'affinité avec les assurances véritables, qu'il est bien difficile de parler des unes sans parler des autres, et que poser les différences qu'il y a entr'elles, c'est les définir et les bien faire connaître.

Prévoyant que Pierre, mon débiteur, ne pourra de longtemps se libérer envers moi de l'entier capital que je lui ai prêté, parce que son modique salaire journalier lui fournit à peine de quoi me servir les intérêts, je sacrifie une prime annuelle à une compagnie, à condition qu'à la mort de Pierre, elle remboursera à moi ou à mes héritiers, le capital en question ; c'est là une stipulation toute naturelle, faite dans la prévision d'une perte réelle dans la personne de mon débiteur que je veux chercher à prévenir, comme je le ferais de tout autre sinistre, en stipulant une indemnité ; voilà l'assurance sur la vie, dite aussi *contrat d'indemnité ;* c'est l'intérêt matériel que l'on a à se prémunir contre un risque sérieux, contre la perte d'une personne, qui en fait tout le fondement ; mais, si au lieu de mettre mon débiteur en cause, si au lieu de m'y mettre moi-même, dans le cas, par

exemple, où n'ayant qu'une profession industrielle pour soutenir une nombreuse famille, je voudrais assurer ma propre existence, pour laisser une indemnité à mes enfans après ma mort, je me contente de stipuler d'un tiers que je lui paierai une prime de... , à condition que si mon fils ou tout autre viennent à mourir avant moi, ce tiers me rendra tout ; je ne fais évidemment alors qu'un simple pari, puisqu'il reste entendu que la vie humaine n'est prise en ce cas que comme l'objet d'une chance, et nullement comme l'objet d'un intérêt matériel. Il en serait de même encore si j'offrais 100 fr. à Pierre, à condition que, si je mourais dans tant d'années, il gagnerait cette somme, mais qu'il me rendrait le double au contraire si je survivais, etc... Or, autant l'assurance sérieuse sur la vie mérite faveur et doit être sagement favorisée par le législateur, autant ces pactes futiles et inutiles méritent son indifférence. Mais si les principes théoriques ne souffrent pas, sur ce point, de graves difficultés, il peut s'en présenter en nombre dans les immenses applications de détail où il s'agira de bien caractériser ces sortes de pactes, et où il faudra examiner attentivement si l'assurance proprement dite ne déguise pas quelquefois aussi elle-même un simple pari ; tous ces points délicats sont entièrement livrés à l'appréciation des tribunaux.

Quid du cas où je stipule d'une compagnie qu'elle me donnera 10,000 fr. si je survis à telle année, moyennant une prime annuelle que je lui paierai et qui lui sera acquise si je meurs avant ? — *Quid* encore du cas où, voulant assurer une dot à une fille, un père stipule d'une compagnie que, moyennant une somme ou une prime annuelle de..... payée jusqu'à l'âge de 15 ou 18 ans, si la fille y arrive, la compagnie lui paiera 10,000 fr. ou gagnera les primes payées, si la fille vient à mourir avant cet âge ? — *Quid* enfin du cas où, voulant faire une libéralité à un tiers, je donne 100 fr. par an à une compagnie à condition qu'à ma mort, elle rendra la somme de.... à ce tiers? etc. Nous demontrerons oralement que ces genres de pactes,

ayant un caractère *sui generis*, ne doivent être rangés ni dans la classe des *paris* ni dans celle des *assurances*, et que pourtant ils sont licites.

Troisième section. — *De la rente viagère.*

§ 1er. — *Nature et origine de la rente viagère.* — 1° Dans son acception la plus large, ce contrat est une convention essentiellement aléatoire, dans laquelle une des parties, le crédi-rentier, se dépouille pour toujours d'un capital certain et déterminé, pour un revenu annuel et temporaire, et dont le service finit d'ordinaire à sa mort ou à celle d'un tiers. Différent de la *rente perpétuelle*, en ce qu'il est soumis à la chance de l'incertitude de la vie humaine, alors que le premier est complètement exempt d'incertitude, il diffère aussi du *prêt usuraire*, ainsi que du pari pur et simple. Si d'un côté, en effet, on ne peut assimiler à un intérêt usuraire de l'argent aliéné, le revenu assuré au crédi-rentier, puisque ce revenu n'est en quelque sorte que la compensation du capital, à jamais aliéné, on ne peut non plus, de l'autre, dire que ce ne soit que l'objet d'un pari pur et simple, sur la mort d'un individu, puisqu'il est sûr que cette chance de la mort ne figure ici que comme élément accessoire et nullement comme base du contrat. — Le caractère de vente réelle, d'aliénation matérielle, d'un objet moyennant un prix sérieux, dont le paiement est seulement soumis d'ordinaire à un calcul de probabilité; le caractère d'un acte de pure bienfaisance, ou le moyen ingénieux de multiplier l'or charitable et nourricier, la dernière et consolante ressource enfin de l'infortune et de la vieillesse, comme on le disait au Tribunat, voilà plutôt les traits véritablement saillants, qui font du contrat qui nous occupe un contrat non seulement spécial et licite, mais encore digne en tout point de mériter l'attention du législateur, qui doit porter d'ailleurs toute sa faveur sur celui qui stipule pour l'aisance et la prolongation de la vie, et toute sa sévérité

sur celui qui ne caresse que l'espérance, et qui ne spécule que sur la proximité de la mort.

2° Réprouvée, pour cette dernière considération, par les lois romaines, la rente viagère fut connue dès les temps les plus reculés de notre monarchie, et elle était déjà étudié avec le plus grand soin, quand notre législateur eut à en arrêter les bases.

3° Placé parmi les contrats aléatoires, et à côté du jeu et du pari, le contrat de rente viagère n'a donc d'individualité propre, qu'autant qu'il repose réellement sur la chance de la mort; ce caractère une fois modifié, il doit perdre ses attributs, et avec eux les priviléges que la loi y avait attachés; il devient alors une simple vente, mélangée tout au plus de libéralité.

4° Quel que soit le mode de sa constitution, la rente viagère est de sa nature essentiellement rangée parmi la classe des meubles; l'art. 529 du Code civil ne laisse en effet aucun doute à cet égard. L s conséquences de ce principe sont nombreuses; mais nous nous bornerons à parler ici, en peu de mots, d'une des plus saillantes, parce qu'elle soulève d'autres points de doctrine controversés.

Puisque la rente est un meuble, faut-il décider, par voie de conséquence, que tombant, à ce titre, dans la communauté, l'époux crédi-rentier sera obligé d'apporter le capital complet, au lieu des arrérages seulement? Evidemment oui, malgré ce qu'en a pu dire M. Toullier (t. 12, n° 110), en se fondant sur la grande ressemblance de la rente viagère avec la pension alimentaire, incessible de sa nature; l'art. 529, combiné avec l'art. 1401, ne saurait être aussi facilement éludé, et quoiqu'un certain caractère de personnalité apparaisse, il est vrai, dans la nature de la rente, il n'est pourtant pas suffisant, pour anéantir son caractère mobilier cessible et aliénable; tantpis donc pour l'époux qui n'a pas fait ses réserves (Arg. 1981; Trop., p. 394, Dur., t. 14, n° 125).

§ 2. — *Modes de sa constitution.* — La rente viagère peut

être constituée à titre gratuit ou à titre onéreux.

Art. 1er. Dans le premier cas, l'acte qui l'établit sera soumis à toutes les formalités des actes de libéralité entre-vifs ou testamentaires (1969), et d'après l'article suivant, elle sera aussi *réductible*, si elle excède ce dont il est permis de disposer; ou *nulle*, si elle est faite à une personne incapable de recevoir, et ces prohibitions s'étendent même au cas où, suivant l'art. 1953, le prix de la rente serait fourni par un tiers au profit du crédi-rentier. Seulement l'acte de constitution ne serait pas, en ce cas, spécial, soumis aux formalités des donations, et notamment à l'authenticité et à l'acceptation expresse, car ce contrat n'étant accidentellement gratuit que vis-à-vis du tiers étranger, demeure en réalité à titre onéreux entre les parties contractantes, entre lesquelles il est parfait dans tous les cas (1121), et la rigueur de l'art. 1969 cesse dès lors de lui être applicable.

La rente constituée à titre gratuit a encore cela de particulier qu'elle ne peut être déclarée *insaisissable* que dans ce cas (1981); c'est dire donc que, dans tous les autres, elle le devient sans difficulté, et que, sans nul doute, les créanciers du rentier peuvent saisir-arrêter les arrérages dus à leur débiteur (2093 C. C.). Cette distinction de la loi est rationnelle; si on ne comprend pas en effet qu'il puisse appartenir à une des parties qui stipulent la rente à titre onéreux, de soustraire, de sa propre autorité, aux créanciers un droit inviolable, on comprend parfaitement au contraire que, dans le cas d'une libéralité, la loi ait laissé son auteur le maître d'y apposer une pareille condition, au détriment des créanciers, puisqu'il aurait pu en définitive ne rien donner au débiteur. — *Quid*, si au lieu de la déclarer insaisissable, les parties la déclarent incessible? Cette clause serait encore valable dans une constitution gratuite, mais non dans une à titre onéreux.

Nous passons rapidement sur ce mode spécial de constitution, parce que ce n'est en quelque sorte que par occasion que la loi le signale ici. Il a en effet ses règles à lui, ses ex-

ceptions, ses nullités et ses formes, et on ne doit pas évidemment le comprendre dans la classe des contrats aléatoires proprement dits. — Faudra-t-il cependant, malgré cela, lui appliquer toutes les règles générales qui vont suivre, et notamment les art. 1975 et 1978? — Un arrêt de cassation du 18 juillet 1836 a formellement décidé le contraire; et comment en serait-il autrement, en effet, d'après ce que nous venons de dire? — Si pour le cas d'un contrat intéressé l'on comprend que l'art. 1975 ait annulé la constitution, comme manquant, avant tout, de risque réciproque, et par suite de caractère aléatoire, il ne saurait en être de même quand il ne s'agit plus que d'une constitution à titre gratuit, qui n'ayant plus rien d'aléatoire, n'exige plus cette réciprocité de risque qui fait l'essence et la spécialité du contrat qui nous occupe. Pareil raisonnement doit être enfin appliqué à l'art. 1978.

Art. 2. — La constitution de rente à *titre gratuit* n'est donc pas, à la vérité, un contrat aléatoire proprement dit; ce nom ne convient qu'à la rente constituée à *titre onéreux*, qui va maintenant nous occuper.

1° Elle s'établit dans ce second cas, au profit du crédi-rentier, soit moyennant un capital reçu par le constituant débiteur de la rente, soit moyennant un meuble ou un immeuble (1968, 1977); mais son caractère propre varie suivant ces divers modes de constitution.

Et d'abord, dans le cas de la constitution par l'aliénation d'un capital, cas le plus saillant et le plus caractéristique de ce contrat, le droit acquis par le crédi-rentier, n'a pas une physionomie bien dessinée. D'un côté l'on dit, en effet, qu'à la différence de la rente perpétuelle, où l'on trouve toujours un être métaphysique, engendrant des fruits perpétuels et périodiques, la rente viagère ne saurait être envisagée de même, puisque les annuités des arrérages, ne sont plus, en ce cas, que la représentation même de la créance, que la créance elle-même enfin (Pothier, n° 249; Toullier, t. 12, n° 110). Mais de l'autre on répond, et avec raison, ce nous semble,

qu'en vain on subtilise pour établir entre les rentes perpétuelles et viagères une différence si essentielle, qui n'existe pas en réalité, et qui ne réside tout au plus que dans la durée de cet être abstrait que l'on conteste à la rente viagère, et nullement dans son essence, alors que d'ailleurs les art. 584 et 588, C. C., en parlant des fruits, ne laissent aucun doute sur le caractère de ceux que produit la rente viagère, qui forme dès lors, d'après leur esprit, une véritable créance productive, comme la rente perpétuelle elle-même. (V. aussi art. 610, 1401, 1997, 2277, 2151).

Sous ce premier point de vue, donc, la rente viagère se manifeste à nous comme une pure vente, dont le capital est le prix, et la rente l'objet. (Pothier, n° 215; art. 1970.)

Mais sa physionomie change totalement, quand l'équivalent de la rente n'est plus qu'un immeuble, ou tout autre objet déterminé, car comme il répugne en quelque sorte, d'appeler en ce cas prix, ce qui s'appelle immeuble, et objet de la vente ce qui n'est en réalité qu'un prix d'annuité, elle prend alors le nom particulier de *vente à fonds perdu*, auquel cas elle se modifie, sauf quelques exceptions (et not. l'art. 1978), de toutes les règles générales du contrat de vente (Zach, t. 3, § 388; Tropl., p. 388 et suiv.)

Les conséquences de cette grande démarcation sont nombreuses; nous les laissons à la discussion orale; disons seulement ici que de ce point de vue nouveau naît un autre caractère de la rente viagère, c'est d'être unilatérale quand elle est à prix d'argent, et consensuelle et synallagmatique, quand elle n'est plus que le prix d'un immeuble ou d'un objet mobilier.

2° La constitution *à titre onéreux* peut se faire par acte public ou par acte sous seing-privé, et dans ce dernier cas il suffit de la signature du constituant, quand le contrat se fait à prix d'argent, puisqu'alors il est unilatéral, comme nous venons de le dire; ajoutons seulement que l'acte constitutif devra être enregistré pour faire preuve envers les tiers, et que dans le cas de vente à fonds perdu, l'acte devra revêtir les formalités extrinsèques de la vente ordinaire.

3° La rente viagère peut être constituée, soit sur la tête de celui qui en fournit le prix, soit sur la tête d'un tiers (1971). Dans le premier cas, qui est le plus ordinaire, le crédi-rentier qui fournit le prix est tout à la fois l'acheteur de la rente et le sujet de l'*alea*, et dans le second, le tiers étant seulement sujet du risque, c'est toujours sa mort qu'il faut considérer et non celle du crédi-rentier pour fixer la fin de la rente. Puisqu'on peut prendre la vie d'un tiers pour fixer la chance de la rente, rien n'empêche qu'on ne la fasse reposer également sur la tête du débiteur lui-même ; c'est là un point reconnu par la presque totalité des auteurs.

Elle peut encore être constituée sur plusieurs têtes (1952), que ces têtes soient celles de plusieurs créanciers, ou celles de plusieurs étrangers, faisant seulement le sujet du risque (Fenet, t. XIV, p. 562) ; auxquels cas la rente subsistera, dans son intégrité, jusqu'à la mort ou du dernier des étrangers, ou du dernier des créanciers eux-mêmes. (Fenet, id., p. 162 ; Pothier, n° 242 ; Tropl., p. 406). Cette conséquence, relativement aux créanciers, a été pourtant controversée, et on est allé jusqu'à prétendre que, dans ce cas, la rente devait successivement s'éteindre pour la part proportionnelle de chacun des décédés, opinion évidemment erronée, puisque, s'il en était ainsi, il n'y aurait plus une rente sur plusieurs têtes, mais plusieurs rentes distinctes sur des têtes séparées.

4° La rente viagère peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties de fixer (1936) ; d'où l'on doit tirer la conséquence que les règles relatives au taux légal de l'intérêt dans les prêts ou obligations ordinaires ou dans les rentes perpétuelles, ne sauraient être invoquées ici, pas plus que celles qui touchent à l'éviction pour lésion de plus des 7/12, cette action spéciale ne pouvant tout au plus être invoquée que dans le cas où la forme aléatoire de la rente masquerait une vente pure et simple.

5° Pour que la constitution de rente viagère produise les

effets dont nous parlerons bientôt, il faut enfin qu'elle repose sur l'existence d'un risque sérieux, pour ne pas être dépourvue d'objet ou de cause ; c'est dire donc que la personne, sur la tête de laquelle elle repose, doit exister au jour de la constitution; toute rente constituée sur la tête d'une personne morte au jour du contrat, serait sans existence juridique, alors même que les parties auraient complètement ignoré cette mort; c'est vainement en effet qu'on voudrait argumenter, pour prouver le contraire, de la bonne foi réciproque des parties, ou de la similitude de cette espèce avec l'assurance maritime, où le risque putatif suffit pour valider le contrat (C. Com., art. 365) ; il nous sera facile de démontrer l'erreur de ces assertions. La nécessité d'un risque sérieux était, aux yeux du législateur, une condition si essentielle du contrat de rente, qu'il ne s'est pas borné à la prescription de l'article 1976 qui précède ; il a encore exigé que la vie de la personne sur la tête de laquelle repose le risque, ne fût pas atteinte, au temps de la constitution, d'un mal dont elle serait décédée dans les vingt jours de cette constitution (1975). Baser un contrat de rente sur la tête d'un mourant, n'est-ce pas en effet simuler une flagrante usure ou ne rien faire de sérieux ? cette considération a dû suffire pour légitimer la disposition de l'article précité et en faire connaître tout l'esprit ; elle doit suffire encore pour faire déclarer, avec la jurisprudence, qu'il doit être général et embrasser, alors surtout que ces termes ne distinguent pas, aussi bien les personnes contractantes que les tiers étrangers. Disons de plus que cette disposition contient une présomption *juris et de jure* par laquelle désormais, et à la différence de ce qui se passait jadis, le sort de la rente se trouve toujours fixé à *priori*, sans qu'on puisse avoir recours à des subterfuges quelconques pour obvier à ses rigueurs. Mais il faudra pour cela se trouver strictement dans les termes mêmes de l'article, car il deviendrait inapplicable, sans nul doute, dès l'instant que la mort ne serait plus la conséquence du mal même déjà existant et

connu. — La grossesse simple, sans complication, est-elle une maladie? — Comment se comptent les vingt jours; doit-on compter le *dies à quo*? — S'il y avait anti-date pour échapper à l'article 1975, les parties pourraient-elles prouver la fraude nonobstant l'article 1322.

§ 3. — *Des droits et obligations qui résultent du contrat de rente.* — Le débiteur d'une rente viagère est tenu de fournir toutes les sûretés qu'il a promises et de payer régulièrement les arrérages aux époques déterminées par le contrat.

1° Le contrat de rente étant synallagmatique, la raison de cette première règle s'explique d'elle-même.

2° Les arrérages étant semblables aux fruits s'acquièrent jour par jour et non par heure (586, 2261, C. C.); le créancier n'y a dès-lors droit qu'en proportion du nombre des jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle repose la rente (1980), le dernier jour n'y étant pas dès-lors compris; et s'il est convenu que la rente serait payée d'avance, le créancier ou ses héritiers n'y auront également droit, à chaque terme, qu'autant que cette personne survit à la fin du jour fixé à l'échéance de ces termes. Le débiteur de la rente ne peut, sous aucun prétexte, s'affranchir de l'obligation d'en servir les arrérages pendant toute la vie de celui sur la tête duquel elle est constituée (1979). C'est là une différence essentielle avec la rente perpétuelle, qui peut être rachetée, alors que la viagère ne saurait jamais l'être, sous peine de détruire toute la base des chances réciproques et du hasard. — Mais *quid* si l'on stipulait que le vendeur pourra rembourser le prix et éteindre la rente?

Les arrérages d'une rente ne peuvent être réclamés qu'en justifiant de l'existence de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée, au jour de l'échéance (1983), justification qui se fait en général au moyen de *certificats de vie* délivrés d'après les termes de la loi du 27 mars 1791 ou des décrets des 11 août et 23 septembre 1806. Mais ces règles n'ont cependant rien de sacramentel et les

juges peuvent au besoin se contenter de la preuve offerte par un notaire et deux témoins.

§ 4. — *Des différentes manières dont s'éteint la rente viagère et dont se résout le contrat de constitution.* — 1° La rente viagère s'éteint par le fait même de la mort naturelle de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée, mais non par la mort civile seulement (1980, 1982), auquel cas elle continue de subsister, au profit du crédit rentier ou de ses héritiers, suivant que c'est sur lui-même ou sur un tiers que reposait le risque, suivant qu'elle serait léguée à titre d'aliments, cas auquel le crédi-rentier, quoique mort civilement, conserverait le droit d'en demander le service dans la proportion de ses besoins. (25, C. C.) Si la rente est constituée sur la tête d'un tiers, la mort du crédi-rentier n'en altère pas non plus le service, et elle passe encore à ses héritiers jusqu'à la mort de ce tiers, à quelque titre qu'elle soit constituée. — La rente s'éteint encore par la prescription, car le fond de la rente se prescrit comme toute créance quelconque par le laps de trente ans écoulés sans que les arrérages aient été payés (2262 et arg., art. 2263); mais les arrérages échus se prescrivent par cinq ans seulement (2277), de l'avis unanime de la pluralité des auteurs. (Zach., § 390, *in fine.*)

2° Le contrat de constitution pourra de plus être résolu quand le débiteur de la rente à titre onéreux négligera de fournir les sûretés par lui promises dans ce contrat (1977). Mais *quid* si ces sûretés n'étaient qu'insuffisantes? — *Quid* encore si le débiteur les diminuait par son fait; y aurait-il encore en ce cas lieu à résolution? Non, dans le premier cas. (Cass. 18 décembre 1822; Dijon, 14 mars 1845, etc., etc., etc.) Oui, dans le second. (Zach., n° 390; Cass., 16 février 1839.) Les travaux préparatoires offrent cependant des arguments sérieux pour soutenir aussi l'opinion contraire. (Fenet, XIV, pages 513 et 514.)

La résolution prononcée, le débiteur ne peut évidemment réclamer la restitution des arrérages qu'il a déjà

payés, offrit-il même d'abandonner sur ses arrérages les intérêts du prix de la rente; il doit même les acquitter jusqu'au jugement définitif, puisqu'ils sont le prix des risques que court le créancier, et que ces risques courent jusqu'au jour même de l'échéance. Mais le seul défaut de paiement des arrérages n'autorise pas le créancier à demander la résolution du contrat; cette conséquence ne serait tout au plus admissible que dans le cas seulement où le créancier se serait réservé, par une clause expresse, une pareille faculté, alors d'ailleurs qu'on ne voit pas, en ce cas, de raison suffisante pour proscrire le *pacte commissoire*. (Locré, leg XV. p. 147, 156, n° 7.) En principe, le créancier n'a que le droit de saisir et de vendre les biens du débiteur, pour faire consentir ou ordonner sur le prix, l'emploi d'un capital productif d'une somme d'intérêts égale à la rente (1978); car c'est généralement en ce sens que sont interprétés ces termes de l'article : *L'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages.* » (Zach., t. 3, n° 390 *in fine*, not. 9; Dur., XVIII, 170.)

CHAPITRE II.

Contrats plus spécialement régis par le droit commercial; le contrat à la grosse; le contrat d'assurances.

Les deux contrats aléatoires dont nous avons à nous occuper, forment à eux seuls la majeure partie des dispositions commerciales sur le droit maritime, et sont d'une très-haute importance, le *contrat d'assurance* surtout, qui a pris de nos jours une si grande extension. Dans l'ordre des faits, le contrat d'assurance précède toujours le contrat à la grosse, mais il en a été autrement dans l'ordre des temps; c'est aussi ce qui nous engage à en parler tout d'abord.

PREMIÈRE SECTION. — *Du contrat à la grosse.* (331 à 332 C. Com.)

§ 1er. — *Origine et nature de ce contrat.* — 1° Le contrat à la grosse aventure, considéré comme prêt d'argent, exposé aux risques de la mer, et appelé aussi *argent à profit*, *change maritime*, *bomerie*, *emprunt sur quille*, etc., fut connu bien avant dans l'antiquité. Il était principalement fort usité à Athènes et dans toute la Grèce, ainsi qu'à Rome, où il avait été généralisé, et où il avait revêtu un caractère moins spécial et moins commercial, quoique basé toujours sur les mêmes causes. Offrant, dans ce dernier pays surtout, un moyen séduisant d'éluder les sévères prohibitions de la loi civile, relatives au prêt à intérêt (*propter usuram*), il fut avidement employé par les riches capitalistes, qui consentirent, à l'abri de cette faculté de déguiser un intérêt sous le nom de prix d'un risque (*propter periculum*), à courir fictivement ou sérieusement, les dangers d'un voyage, soit par terre soit par eau, et qui arrivèrent facilement ainsi à tourner toutes les prescriptions de la loi civile. La découverte était si heureuse que le contrat ne manqua pas de prendre, en peu de temps une extension immense et si rapide que la decrétale du pape Grégoire IX vint, en 1236, proscrire encore ce mode d'usure si ingénieux, ce qui ne l'empêcha pas néanmoins de s'étendre de plus en plus. — Dans nos temps modernes, les prohibitions qui lui avaient jadis valu tant de crédit n'existant plus, il a dû presque disparaître du commerce, ou n'obtenir qu'un intérêt bien secondaire; cependant la loi de 1841, en n'engageant les propriétaires de navires que jusqu'à concurrence de leur fortune de mer, semble lui avoir rouvert une voie nouvelle, car le capitaine étant sans garantie vis-à-vis de ses commettants, n'a souvent d'autre ressource, pour sauver l'équipage dans les cas extrêmes, que d'emprunter à la grosse sur la marchandise des malheureux chargeurs; ce qui fait aussi que

ce contrat n'a plus lieu de nos jours au départ, mais seulement pendant le voyage, en cas de péril ou de manque de fonds.

2° Le contrat à la grosse est généralement défini : un contrat par lequel on prête une somme avec convention de prime sous l'affectation soit du navire, soit du chargement ; de telle sorte que le prêteur, en cas de perte ou de dépérissement partiel des objects affectés par fortune de mer, perd son droit pour le capital de la somme prêtée et pour la prime, en tant qu'il ne pourra l'exercer sur ce qui sera sauvé ; comme aussi à la charge par l'emprunteur, si les objets affectés arrivent à leur destination, de rembourser le principal et de payer le profit maritime convenu. D'où il résulte, d'un côté, que si la chose périt, le prêt sera censé lui avoir été fait en quelque sorte à elle-même, et que si, au contraire, elle se conserve, le *prêt à la chose* se convertit aussitôt en un *prêt à la personne*; et d'un autre côté, que ce contrat est un *prêt de consommation*, réel et unilatéral, puisqu'il n'engendre d'obligation que de la part de l'emprunteur, différant des prêts ordinaires, et leur ressemblant pourtant sous certains rapports. Mais ce droit conféré au créancier est-il une affectation hypothécaire ou un privilége du gagiste, ou est-il autre chose? c'est là un point délicat et qni a fait de tout temps et fait encore le tourment des légistes. Les anciens pensaient généralement que le contrat à la grosse constituait un droit réel en faveur du créancier, et en cas de conflit entre plusieurs prêteurs, ils appliquaient la maxime : *qui potior tempore potior jure*, première erreur manifeste, puisque, d'après les principes purs du droit, c'était au contraire le dernier prêteur qui aurait dû être préféré, comme ayant conservé pour tous les autres ; la vérité n'est donc pas là.

Plus ravisés, les modernes ont cherché à donner au droit dont il est question une nature mixte entre le privilége et l'obligation pure et simple ; mais, dans leurs tâtonnements, ils n'ont pu encore s'entendre ni comprendre notamment comment, dans le cas de perte totale, le prêteur pouvait ve-

nir en concours avec l'emprunteur, conséquence pourtant juste et forcée, d'après les principes généraux ; et le législateur lui-même semble n'avoir pu jeter sur ce point difficile ni sagesse ni clarté. Croyant n'avoir rien de mieux à faire que de concilier les deux opinions extrêmes de *Valin* et d'*Emerigon*, à ce sujet, il n'a fait, en prenant un peu à l'un et à l'autre, qu'aggraver la difficulté et jeter la jurisprudence dans d'éternels embarras, en écrivant les articles 331 et 191, 315 et 320. Imbu des textes purs de l'ordonnance de 1681, Émérigon soutenait qu'en cas de perte de l'objet affecté, l'emprunteur étant libéré de toute obligation, le prêteur avait seul droit au sauvetage, quelle que fût la proportion de la somme prêtée à la valeur de l'objet. Valin répliquait, au contraire, que c'était là une conséquence inique, puisque, d'après les lois et la coutume, l'emprunteur qui pouvait n'affecter qu'une partie de la chose et faire assurer la part restante comme libre, devait pouvoir également, et dans tous les cas, exercer, en cas de perte, tous les droits qu'eût pu exercer sur le sauvetage celui à qui il les aurait cédés, en proportion de la part non affectée. Croyant trancher la difficulté, notre législateur voulut concéder quelque chose à chacun de ces deux systèmes, et il écrivit, d'un côté, les art. 331 et 191 n° 9, qui consacrent en principe les idées de Valin, et de l'autre les art. 315 et 320, qui semblent accorder quelque chose à celles d'Émérigon, en restreignant la faculté du concours du prêteur et de l'emprunteur au cas seul où cette faculté résulterait d'une clause expresse et non à tous les cas en général. Cette conciliation, qu'on a voulu expliquer en disant qu'à défaut de clause spéciale qui limite le droit du prêteur à une quote part de l'objet, la loi n'aurait pu que refuser le concours à l'emprunteur, puisqu'en principe un débiteur ne concourt jamais avec le créancier sur le gage qu'il lui a donné, n'est pas, il faut bien l'avouer, des plus heureuses ; outre que la raison qui précède est en effet puérile, puisque l'emprunteur n'est plus le débiteur du prêteur, depuis que le naufrage l'a libéré de toute obligation personnelle, le

prêt à la grosse étant toujours censé fait, après le naufrage, plutôt à la chose qu'à la personne, il faut en conclure que dans tous les cas, il ne peut être censé fait qu'à concurrence de sa valeur particulière, eu égard à la valeur absolue de l'objet, et que le prêteur pouvant faire assurer la part non engagée, et concourir ainsi indirectement avec le prêteur, ne saurait avoir une position pire, par cela seul qu'il n'a pas manifestement cédé son droit à d'autres, et qu'il a voulu courir les chances lui-même. Et d'ailleurs, décider le contraire ne serait-ce pas méconnaître la nature même et le caractère aléatoire du contrat qui nous occupe? Car, nous le demandons, où seraient les risques que courrait celui qui n'ayant prêté que mille, aurait cependant exclusivement droit au sauvetage d'une cargaison d'un million ou davantage? Nous faisons donc bon marché de la prétendue conciliation, et nous déclarons ne pas comprendre le contrat à la grosse si le prêt par lui-même, et à défaut de clause expresse, devait porter, dans tous les cas, sur autre chose que sur une portion abstraite de l'objet, tout au plus égale à la somme prêtée, le reste demeurant toujours libre entre les mains de l'emprunteur.

§ 2. — *Conditions de sa validité.* — Les conditions de la validité du contrat à la grosse reposent sur deux points : sur la capacité des contractants, et sur les objets sur lesquels porte leur consentement.

Art. 1er — Et d'abord qui peut emprunter à la grosse? Les maîtres de la chose et le capitaine, ou dans les cas prévus par les art. 322 et 323 C. Comm., ou, en suivant les formalités des art. 312, 214 et 234 C. Comm., quand il est éloigné seulement, car il doit être comparé alors en tout point à un commissionnaire; mais nous serions plus difficiles quand il est assez près du commettant. Les obligations résultant du prêt à la grosse sont si exceptionnelles, qu'il ne faut pas facilement permettre aux mandataires de les contracter sans mandat exprès (arg. 321). Mais quand le propriétaire

doit-il être considéré comme étant sur les lieux où l'emprunt est fait par le capitaine?

Art. 2. — Les objets sur lesquels porte le consentement, sont les *objets affectés au prêt; les choses prêtées, les risques, le profit maritime.*

1° Nous venons de dire, en thèse, que l'on pouvait emprunter sur toute chose formant la fortune de mer, c'est-à-dire sur le navire et sur les objets appartenant soit aux chargeurs, soit aux propriétaires armateurs (315, 320). Néanmoins, les art. 318, 319 prohibent le prêt sur le *frêt à faire* du navire, sur le *profit espéré* des marchandises et sur le loyer ou voyage des matelots ou gens de mer (258 C. Comm.). Il est encore reconnu qu'on ne saurait prêter sur la *vie* et la *liberté*, quoiqu'on puisse les faire assurer. Les deux règles suivantes résument toute la philosophie de cette matière difficile des affectations; qu'il nous suffise donc de les énoncer; les corollaires s'en déduiront ensuite tout naturellement.

1re Règle. — *Le prêt à la grosse ne peut, pas plus que l'assurance, devenir une occasion de bénéfice pour l'emprunteur. Le but naturel de ce contrat n'est pas en effet pour celui-ci de faire une spéculation (periculi pretium est).* De cette règle découle le système du code sur les prêts excessifs. (316, 317, 380, etc. C. com.)

2e Règle. — *Le prêt à la grosse ne doit pas plus avoir pour but d'enlever à l'équipage ou à l'emprunteur tout intérêt au succès de l'expédition que de mettre le prêteur à la merci de l'emprunteur.* Cette règle se justifie par elle-même, elle explique aussi les articles 310, 318 et 321 idem.

2° La chose prêtée est le plus souvent de l'argent monnayé (311), mais le contrat à la grosse constituant, avant tout, comme nous l'avons dit, un prêt de consommation, rien n'empêche que la chose prêtée ne consiste en des objets consommables autres que de l'argent. (1892, 1893, c. c.)

3° Ce sont les risques courus par les objets affectés qui donnent au contrat son caractère aléatoire. S'il n'y a pas de risque, il n'y a pas de contrat; tel serait le cas où le prêt

ne serait fait que sous la forme de simple gageure; le cas où le péril n'aurait pas encore commencé; celui enfin où le prêteur aurait consommé à terre l'argent prêté. Il importe donc beaucoup de s'entendre sur le mot de *risques*, pour savoir ceux que le prêteur prend à sa charge et ceux qui restent sur la tête de l'emprunteur (325, 326 et 350). Quelle est donc la nature de la perte qui doit survenir pour que l'emprunteur soit libéré? Dans la rigueur des termes on dit qu'un objet *périt* quand son essence même, son mode d'être en un mot, se décompose par un événement quelconque. Mais cette expression doit avoir évidemment ici un sens plus étendu et doit s'entendre de tous les cas où le propriétaire perd la possession de l'objet de manière à ne pouvoir plus la ressaisir : parmi ces cas on range ordinairement *le naufrage*, *la prise*, *l'arrêt de puissance*, *l'innavigabilité en mer*, appelés aussi *sinistres majeurs*. La coutume commerciale y a ajouté le cas de *perte partielle*, qu'elle a assimilée à la perte totale, quand la valeur de la chose était diminuée *des trois quarts* au moins; ce sont aussi les seuls risques que le prêteur prend à sa charge, s'il n'y a stipulation contraire pour en étendre le nombre, pourvu toutefois que le prêteur ne soit pas mis à la discrétion de l'emprunteur ; hors ces cas fortuits et la force majeure, les simples déchets et avaries ordinaires ou tous autres dommages survenus par le fait de l'emprunteur restent donc à la charge de ce dernier. Mais il ne suffit pas qu'un de ces sinistres majeurs arrive pour que le prêteur en soit responsable, il faut encore que ces sinistres se réalisent dans *le lieu*, *dans le temps* et dans le navire fixés par la convention (311, 328, 325, 324). Il va sans dire enfin que le prêteur ne peut stipuler l'affranchissement de tout risque, car autrement le prêt se convertirait en un simple prêt usuraire.

4° Quant au profit maritime, on conçoit qu'il peut être et doit être même toujours plus élevé que l'intérêt ordinaire, sans quoi ce prêt ne serait plus qu'un prêt ordinaire conditionnel. Les parties ont cependant une complète liberté

à ce sujet, tant sur la nature et le mode que sur le chiffre de ce profit.

§ 3. *De l'effet des obligations résultant du contrat à la grosse.* — Les effets doivent être examinés, soit par rapport aux parties entr'elles, soit par rapport aux tiers.

Art. 1er Le prêt à la grosse étant un contrat unilatéral n'engendre des droits qu'en faveur du prêteur, mais il crée des obligations réciproques.

1° Et d'abord l'emprunteur s'oblige à restituer la chose avec un profit maritime au terme convenu et conditionnellement (325), c'est-à-dire, si le chargement a fait une heureuse arrivée, ou si la chose prêtée n'a pas été par un accident quelconque soumise aux risques prévus et convenus, car, s'il arrive un des sinistres majeurs, l'obligation personnelle de l'emprunteur disparaît et la chose répond seule de son engagement. — *Quid* s'il y a eu rupture du voyage avant le départ? (Arg. 328, 317, 349.) — Il ne suffit pas, cependant, pour que la libération de l'emprunteur soit complète, que le sinistre soit réellement arrivé tel qu'il avait été prévu, il faut encore que ce dernier justifie par toutes sortes de preuves commerciales (339), mais principalement par un connaissement (281), de l'existence, pour son compte, d'effets suffisants et légalement affectés (329), sous peine de voir taxé son emprunt d'excessif. Nous expliquerons oralement les nombreuses questions que soulève le point de savoir quand la condition d'heureuse arrivée est censée accomplie, et notamment dans le cas où il y a eu des avaries soit totales ou des trois quarts, soit partielles, à apprécier (327 principalement). Quant aux prestations à faire par l'emprunteur pour se libérer, elles se composent du capital prêté et du profit maritime payé en argent, sauf stipulation contraire. — Mais en cas de retard, l'emprunteur doit-il faire compte de l'intérêt terrestre, et du capital et du profit? (1153 c. c.) — Pour le capital, il n'y a pas de doute; mais la question est controversée, pour ce qui regarde le profit maritime.

2° Le prêteur à la grosse a un droit d'obligation pure et

simple, qu'il n'exerce que contre l'emprunteur, ou un droit réel sur la chose, qu'il exerce soit en concours avec des tiers, soit à l'encontre de l'emprunteur lui-même, suivant qu'il y a heureuse arrivée ou perte du chargement. — En regard de l'emprunteur seulement, les droits d'obligation du prêteur sont toujours réglés d'après leurs conventions réciproques; quant à son droit réel, il ne s'exerce, sur le sauvetage, que proportionnellement à la valeur du prêt, eu égard à l'objet entier, l'emprunteur devant toujours concourir avec lui, à concurrence de la partie non affectée de la chose sauvée. — Le prêteur, de son côté, prend à sa charge tous les risques ci-dessus énumérés, autres que ceux qui restent sur le compte de l'emprunteur, soit à cause de leur peu d'importance, soit parce qu'ils proviennent exclusivement du fait de ce dernier. Il contribue, en outre, à la décharge des emprunteurs à la contribution des avaries communes, ainsi que des avaries simples, s'il n'y a pas des stipulations contraires (330).

Art. 2. — Considéré par rapport aux tiers, le contrat à la grosse ne met guère les contractants en contact avec eux qu'en ce qui touche l'exercice de l'action réelle du prêteur sur l'objet sauvé; c'est aussi le seul cas dont nous allons parler. Comme nous l'avons déjà dit, le privilége du prêteur pouvant ne porter exclusivement que sur une part, soit déterminée, soit indéterminée de l'objet, à concurrence de la valeur de ce prêt, il arrivera souvent que le prêteur se trouvera en concours, dans l'exercice de son action, soit avec d'autres prêteurs, soit avec des assureurs, en faveur desquels l'emprunteur aura successivement affecté la part demeurée libre. Il y a donc lieu de régler et de concilier, en ce cas, ces diverses prétentions (330, 191, nos 7 et 9). Nous nous contenterons encore d'énoncer ici, sauf à les développer oralement, les règles suivantes :

1° Le concours s'exerce-t-il entre diverses classes de privilégiés, on aura recours aux nos 7 et 9 de l'art. 191.

2° Le concours s'exerce-t-il entre plusieurs prêteurs à la grosse, *antérieurs au départ*, leur position étant la même, leur

privilége doit l'être aussi ; ils partageront également, sauf la restriction de l'art. 323-4°.

3° Si à ces derniers vient s'en joindre d'autres qui ont prêté *pendant le voyage*, ils seront tous préférés en commençant par le dernier prêteur qui a conservé pour les autres, *quia salvam fecit pignoris causam.*

4° Des prêteurs concourent-ils avec des assureurs de la part qui excédait les risques pris par eux, l'art. 331, qu'il faut concilier avec les art. 347, 191 et 323-4°, est alors applicable. — Mais *quid* si plusieurs emprunts ont été faits, non-seulement *pendant le voyage*, mais dans la *même échelle*?

§ 4. — *De la preuve du contrat.* — 1° Entre les parties, le contrat à la grosse se prouve ordinairement par un écrit fait devant notaire ou sous seing-privé ; nous disons *ordinairement*, parce que rien dans l'art. 311 ne prouve que ces formalités soient irritantes. Cet article ayant voulu seulement excepter notre contrat de la règle générale en matière de preuve commerciale, il n'est pas douteux que l'aveu des parties, leur serment décisoire ou leur correspondance, ne puissent être employés comme moyen de preuve légale. Le contrat doit encore régulièrement énoncer les formalités de l'article 311.

2° Quant à ce qui touche les tiers, la loi est plus exigeante ; l'art. 312, corélatif de 192, § 7, impose en effet au prêteur des conditions rigoureuses, qu'il doit accomplir sous peine de perdre son droit au concours.

3° Disons enfin que le contrat à la grosse, pouvant, suivant les art. 311 et 313, être rédigé, soit *nominativement*, soit à *ordre*, ou *au porteur*, sera susceptible des trois modes de cession et de transport reconnus par le droit commercial (1693, C. C. ; 313, C. Com.) Il est aussi soumis à une prescription spéciale, dont parlent les art. 432, 434, C. Comm. — Telles sont les règles générales. — Elles suffisent, ce nous semble, à résoudre toutes les questions relatives à ce genre de contrat, alors surtout que son importance pratique a bien diminué de nos jours.

Lorsque le commerce était peu répandu, les chargeurs

pouvaient payer une forte prime et réaliser des bénéfices considérables, mais aujoud'hui la concurrence est telle que celui qui n'effectuerait son chargement qu'à l'aide de pareils emprunts, serait à peu près sûr de faire une fausse spéculation.

Dans les mœurs modernes chacun achète la marchandise avec son argent ou à l'aide de son crédit, qui augmentera d'autant plus que la marchandise livrée sera exposée à moins de risques, et c'est *l'assurance* seule qui est désormais destinée à favoriser ce nouveau point de vue des relations commerciales.

DEUXIÈME SECTION. — *Des Assurances.*

Notre intention n'est pas de parler ici en détail de toutes les espèces d'assurances ; une pareille prétention nous jetterait trop en dehors de notre tâche ; nous allons essayer d'esquisser, le plus rapidement possible, les principaux points sur lesquels sont basées les règles qui régissent les *assurances maritimes*, et les *assurances* contre *l'incendie* seulement.

(A). § 1er. — *Origine du contrat d'assurances maritimes. — Sa nature. — Sa définition.* — 1° Le contrat d'assurance est d'origine moderne ; les anciens peuples qui ne faisaient que le commerce des côtes trouvaient des ressources suffisantes dans la *commandite*. D'ailleurs, chez eux, le crédit n'était pas organisé. L'assurance est la dernière des conventions inventées par les commerçants et admises par leur coutume. Il paraît qu'il commença à être usité en Italie et dans la Méditerranée, vers le 14e siècle environ ; on en trouve cependant aussi quelques formules chez les Espagnols, qui l'importèrent dans les Pays-Bas. — On s'est bien efforcé de prouver, il est vrai, que les premières traces de ce contrat remontaient jusqu'aux Romains, mais ceux qui ont argumenté dans ce sens n'ont pas fait attention que l'assurance proprement dite ayant avant tout pour but principal la prise d'un risque, ne pouvait être en rien assimilée à ces prétendus pactes, où la *prise* du *risque* n'apparaît jamais que comme stipulation accessoire, que comme une modification apposée à la nature d'autres contrats.

2° Cela posé, le contrat d'assurance peut être défini : *une convention par laquelle l'un des contractans s'oblige envers l'autre, moyennant un prix convenu, à réparer, si faire se peut, les pertes ou les dommages qu'éprouveront sur mer des choses exposées aux dangers de la navigation.* Cette définition, quoique large et vraie, est loin de donner une idée des immenses difficultés de détail qu'elle soulève. Le point de savoir notamment comment sera évalué le dommage, et quelle sera l'estimation qu'il faudra examiner pour fixer la valeur de l'objet, soit au moment du départ, soit pendant le voyage et au moment du sinistre, soit à son arrivée au port de destination, présente un chaos presqu'effrayant, tant dans la doctrine que dans la contume commerciale ; nous laissons à la discussion orale tout ce qui touche à ce point si délicat, et sans chercher à démontrer *ex professo* ici d'où peut jaillir la lumière, nous dirons seulement avec plusieurs auteurs, qu'il est permis de croire que le commerce des assurances n'acquerra toute son extension, qu'après que la convention sera placée sur son véritable principe, c'est-à-dire quand, en cas de sinistre, l'assureur, moyennant une prime suffisante, tiendra compte à l'assuré de *tout* ce *qu'il aurait reçu*, la spéculation effectuée, si le sinistre ne lui fût pas arrivé, laissant ainsi de côté tout autre mode d'évaluation soit au départ, soit en mer, soit sur chiffre *supposé* et *entendu*, etc.

3° Le contrat d'assurance dans sa nature intime renferme un *sujet* et un *objet*.

Les sujets sont l'assureur et l'assuré. De la part de l'assureur le contrat est un acte essentiellement *commercial*, alors qu'il n'est au contraire que de pure administration, de la part de l'assuré.—Conséquences relativement à la capacité des contractants.

Quant à l'objet, il consiste en général dans toute chose *appréciable en argent*, exposée aux risques de la navigation, telles que *la vie des hommes*, *la liberté*, *le vaisseau*, *les sommes prêtées* à la *grosse*, les marchandises, le *danger même*

que *court l'assureur* ainsi que *la prime*. — L'assuré doit justifier d'un intérêt direct ou indirect, mais toujours *légitime* à la conservation des objets assurés, car l'assurance n'étant qu'un stimulant à l'entreprise qu'elle seconde, si cette dernière est réprouvée par les lois, l'assurance doit être également proscrite. — Peut-on stipuler l'assurance non-seulement dans la pensée d'une acquisition future, mais encore d'un gain éventuel? — Jusqu'à concurrence de quelle somme l'assuré reste-t-il découvert, si l'assurance ne comprend pas tout le chargé? — Le contrat est-il résolu lorsque la valeur de la marchandise a été exagérée?

§ 2. *Des formes de l'assurance et des droits et obligations des parties.* — Le contrat d'assurance est un contrat de bonne foi, soumis à des prescriptions rigoureuses. En ce qui touche les droits et les obligations respectives des parties, la police sera interprêtée suivant l'usage des lieux où elle a été passée; au contraire, les documens destinés à servir de *preuve* seront fournis d'après les règles adoptées dans le lieu du sinistre.

Les formes externes, qui servent plus spécialement à prouver l'existence périodique du contrat, sont de peu d'importance; aussi ne nous y appesantirons-nous pas. Disons seulement que l'écriture n'est pas exigée en ce cas *ad solemnitatem*, mais seulement *ad probationem*, et que dès-lors tous les manquements et suppléments de preuve ne pourront être constatés que par écrit, ou avec un commencement de preuve par écrit tout au plus pour les assurances terrestres seulement. La police peut être rédigée aussi ou par les parties elles-mêmes, ou par les officiers civils compétents. Elle fait foi de sa date, non-seulement entre les parties contractantes, mais encore dans les rapports des assureurs entre eux. Elle peut enfin être à *ordre* ou au *porteur*.

Les formes internes qui ont trait à toutes les énonciations, clauses ou conditions contenues dans l'acte, et propres à édifier les parties sur leurs droits et leurs obligations, méritent un examen plus approfondi; mais les étroites limites

de ce travail ne nous permettront encore que de poser des généralités ; ce sont : 1° *le nom des parties ;* 2° *la détermination de l'objet de l'assurance ;* 3° *le nom du vaisseau, lieu du risque et celui du capitaine ;* 4° *le quantum de la somme assurée ;* 5° *le risque pris ;* 6° *le voyage assuré ;* 7° *la prime ;* 8° enfin, *les conditions particulières.*

N° 1er. Le nom des assureurs doit indispensablement figurer sur la police ; quant à celui des assurés, il est en général de peu d'importance, à moins que sa qualité d'*ami* ou d'*ennemi* ne fût douteuse, auquel cas il serait tenu de la faire formellement connaître. — *Quid* néanmoins si la police était rédigée *pour compte de qui il appartiendra ?* — *Quid* si la qualité d'*ennemi* a été cachée? L'assureur est-il seulement affranchi du risque de guerre? — *Quid*, enfin, si la propriété assurée passe d'un ami à un ennemi?

N° 2e — Une désignation spéciale de l'objet assuré ne paraît pas généralement nécessaire, à moins qu'elle ne dût servir d'une manière toute particulière à éclairer l'assureur sur les risques qu'il prend à sa charge (355 C. Comm.). Cette désignation est pourtant faite en général dans l'usage. — *Quid* si une marchandise a été assurée à l'état *brut* et soumise aux risques manufacturés, et *vice versâ ?* Quant au vaisseau, *objet* de l'assurance, il doit être désigné avec soin et de telle sorte qu'il n'y ait lieu à aucune méprise, sous peine de faire annuler pour ce cas le contrat dans son entier. — Quel est l'effet de l'assurance sur *corps et faculté ?*

N° 3e — La désignation du vaisseau, *lieu du risque*, est toujours importante, mais n'est pas également essentielle, et la loi dit elle-même que, lorsqu'il est impossible de désigner la nature des marchandises, d'énoncer le nom du navire ou celui du capitaine, l'assurance est maintenue (337 *id.*) Le changement du capitaine est permis, même avant le départ, si telles sont les conditions de la police ; mais les parties doivent apporter plus de circonspection, non-seulement pour le changement du navire, mais encore pour celui de son nom, du moins avant le départ. — Enfin, lorsque l'assurance

a lieu *divisément* pour des marchandises qui doivent être chargées sur plusieurs navires, l'art. 361 doit être suivi.

N° 4° — L'assurance peut être ou *per aversionem*, c'est-à-dire sans évaluation préalable des objets, ou sur *police taxée*. La difficulté de la preuve de la valeur du chargé après le sinistre, a fait proscrire le premier mode de contrat. Quant à la *taxe*, elle est faite soit par les deux parties, soit par l'assuré seul, auquel cas l'assureur a le droit de prouver que l'assuré a exagéré la valeur des objets taxés, et, si cela est démontré, de réclamer, suivant qu'il y a eu dol ou simplement erreur, ou l'annulation du contrat ou le *ristourne*, pour ce qui excède la valeur réelle, y compris les frais, et même le bénéfice probable. Que si l'assurance ne *couvre* pas la valeur totale du chargé, l'usage considère l'assuré, en rapport avec les assureurs, comme son propre assureur pour le *découvert*.

N° 5°. — Toute perte survenue par *fortunes de mer*, solites ou insolites, est aujourd'hui aux risques des assureurs (350), et cette règle est tellement vraie, que la preuve fournie du danger couru emporte implicitement celle que c'est à ce même danger que le sinistre doit être imputé. — Il n'est pourtant pas rigoureusement nécessaire, pour la validité du contrat, que l'objet assuré soit réellement exposé aux risques; il faut surtout que *telle* soit l'opinion des parties, car, en ce cas, *plus est in opinione quam quod est in veritate*. — Disons deux mots de certains de ces risques.

1° Le risque de guerre, qui donne presque toujours lieu à une augmentation de prime, commence avec les premières hostilités, même sans déclaration de guerre.

2° L'assureur qui ne s'est affranchi que des risques de guerre reste soumis au danger de la *piraterie*, et dans le doute ce sont les juges des fonds qui déterminent la qualité des *capteurs*

3° L'assureur ne répond pas, sans une stipulation expresse des malversations commises par les gens de l'équipage. *Quid* si le navire périt par le feu? — Si le capitaine a mis le feu

aux poudres pour ne pas se rendre ? Si l'humidité d'une marchandise inflammable a provoqué l'incendie ? etc.

4° Lorsque dans un intérêt général le navire ou la cargaison sont exposés *volontairement* à un danger, l'avarie qui s'ensuit est qualifiée *grosse* ou *commune*. — Toute autre avarie arrivée par accident fortuit est *avarie simple*. Les assureurs répondent de la part contributoire dont sont tenus les assurés sur les avaries communes. — Les frais de sauvetage sont supportés par l'assureur, bien qu'ils n'amènent aucun résultat. — Il en est de même des frais de *rescousse* et de *transaction* faite de bonne foi avec le capteur.

5° Dans le cas où plusieurs périls peuvent avoir amené chacun plusieurs dommages, il faut voir si l'assureur répond de tous ; ou, dans le cas contraire, si les dommages peuvent ou non être considérés séparément. — Conséquences.

6° Quant à la durée des risques, elle est fixée tantôt par le contrat, et tantôt par la nature même des choses. Dans le premier cas, c'est la convention qui fait loi (363). Dans le second, il faut distinguer entre le navire et le chargement et appliquer l'art. 328, ou l'art.

7° Enfin, en ce qui touche l'étendue des obligations de l'assureur, le principe général est : qu'il doit être tenu jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il s'est rendu responsable, sauf, dans tous les cas, les limites légales ou conventionnelles qui peuvent être apposées à cette responsabilité.

8° Ainsi la loi affranchit l'assureur des pertes inévitables qu'éprouvent le navire on les marchandises, telles que le *frottement des vagues* ou le *coulage*.

De son côté, l'assureur peut dans le contrat stipuler des *franchises*. Dans ces stipulations les assureurs cherchent tantôt à se mettre à couvert de certains risques, tantôt à en diminuer l'étendue ; tantôt enfin à éviter toute action pour des risques de peu d'importance. — L'expression *franc d'avarie*, ne met à la charge des assureurs que la perte totale. — Les affranchit-elle aussi des *avaries communes* ? — L'ex-

plication des franchises et le réglement des avaries donnent lieu, dans la pratique, à d'innombrables questions de détail, qui ne peuvent trouver place ici. — Nous expliquerons oralement comment les compagnies sont arrivées à régulariser un peu cette matière par le moyen de la division par *séries*. — V. enfin les art. 365 et 368, pour ce qui touche le cas où il y a défaut absolu de risque et résolution du contrat.

N° 6. — Pour apprécier l'étendue des risques qu'il prend à sa charge, l'assureur doit avoir des renseignements précis sur le voyage projeté. Il ne s'élève guère de difficultés en ce cas que quand l'assurance ne doit commencer qu'à partir de telle hauteur en mer, ou quand l'assuré a la faculté de *faire échelle*.

N° 7. — La prime ou coût de l'assurance, et qui tire son nom de ce qu'elle est d'ordinaire payée d'avance, peut être soldée soit en argent soit en nature, suivant la convention; dans ce dernier cas elle n'est payée, le plus souvent, qu'après réglement définitif des bénéfices, dont elle n'est qu'une part; elle se compense parfois aussi avec l'indemnité due par l'assureur, quand on l'a formellement convenu. Quand l'assureur n'a couru aucun danger, la prime n'est pas due; mais on lui laisse en ce cas *un demi pour cent* pour frais d'écritures, appelé dans la pratique *droit de ristourne*. — Ce ristourne est total ou partiel, suivant que l'objet entier n'a couru aucun risque, ou suivant qu'il n'y en a eu que quelques parties, ou que le navire et la cargaison, le voyage d'aller ou celui de retour, ont été soumis aux risques prévus. (v. 356).

N° 8. — Enfin le contrat d'assurances peut, comme tout autre, recevoir un terme ou des conditions suivant le vœu des parties. — Dans tous les cas, ces conditions doivent être légitimes et dictées toujours de bonne foi. L'assuré ne doit jamais y chercher à cacher ou à masquer à l'assureur un renseignement ou éclaircissement quelconque propre à le mettre à même de calculer tous les risques qu'il prend à sa charge; toute *réticence* est regardée, en ce cas, comme un

acte coupable et a des conséquences fort étendues, suivant la gravité des périls qu'elle voile...

§ 3. *Des effets de l'assurance. — Du paiement des dommages ; de la prescription, etc...* — L'assuré puise dans le contrat d'assurance deux actions pour obtenir l'indemnité qui lui est due. L'une, *l'action d'avarie*, tend à faire évaluer le dommage, dont le montant est réclamé; l'autre, *l'action en délaissement*, consiste dans l'abandon de la cargaison entière à la compagnie qui en paie la valeur totale à l'assuré, d'après l'évaluation qui en a été fixée, suivant les règles qui précèdent. — Offrant au premier abord quelque chose de singulier, et n'ayant été introduit surtout que dans l'intérêt bien entendu des parties et pour obvier aux inextricables difficultés que présente l'évaluation des objets et des avaries, le délaissement ne peut être effectué que dans les conditions, dans les formes, et dans les délais voulus par la loi (art. 369, 390, 375, 376, 377, 374, 387, 394, 373, 379, etc....) Il en est de même de l'action d'avarie, qui présente cependant un caractère moins exceptionnel, mais qui doit être exercée toujours dans les cas et d'après les formes voulus par la loi. Quant à l'époque du paiement de l'indemnité, elle est différente, selon que l'on agit par l'*action d'avarie* ou par celle du *délaissement* (382), qui une fois admises, ne peuvent plus être rejetées, ni le paiement être retardé, qu'autant que l'assureur aurait des *fins de non recevoir* à proposer ou des exceptions dont la plus radicale est la *prescription* (432, 435, 436, etc.)

(B). *Assurances contre l'incendie.* — Disons deux mots de l'assurance contre l'incendie qui est un des exemples les plus saillans des assurances *terrestres*.

Les assurances contre l'incendie diffèrent, sous plusieurs rapports, des assurances maritimes qui précèdent. Dans celles-ci en effet, l'assureur ne prend à ses risques aucun dommage provenant de la faute de l'assuré ; dans les premières, au contraire, la convention comprend, toujours malgré le silence même de la police, la garantie des dommages résultant

de la *faute* des assurés ; mais cette faute doit cependant être telle qu'on ne puisse pas la regarder en quelque sorte comme *volontaire*, ou comme l'effet d'une négligence si grande qu'elle porterait à présumer que l'assuré ne l'eût pas commise s'il n'eût pas été assuré : dans ce cas, l'assuré reste seul victime d'un pareil excès de négligence, et il en serait évidemment de même s'il y avait *dol* ou *fraude*.

Il résulte de ce principe que l'assureur a un intérêt tout spécial ici à connaître l'assuré et sa moralité, et c'est aussi ce qui a fait dire à la coutume, qu'à la différence des assurances maritimes, celle qui nous occupe devait être exclusivement *personnelle*. L'on trouve bien, il est vrai, des assurances *pour compte de qui il appartiendra* ; mais ce sont des assurances sur marchandises à placer dans un magasin déterminé et confiées à la garde du propriétaire qui figure dans la police comme l'assuré et le débiteur de la prime, auquel cas il n'importe à l'assureur de connaître le propriétaire de l'objet. — L'usage de payer la prime d'avance, que l'on a abandonné pour les assurances maritimes, s'est rigoureusement conservé pour les assurances contre l'incendie.

Cette prime est établie à *tant* par année, et ce pour quelque nombre *d'années* que l'assurance soit faite. Conséquences en cas de résolution. — L'assurance est faite sur une valeur donnée par l'assuré et qui sert de base irrévocable pour la fixation de la prime ; mais c'est toujours et seulement la valeur à l'époque du *sinistre* qui détermine le montant de l'indemnité. Conséquences.

Le délaissement n'est point admis en ce cas ; au contraire, l'assureur a l'option entre le paiement de la valeur du dommage et la reconstruction des bâtiments ou remplacement des objets détériorés ou détruits. — Enfin, une condition de résolution qui est encore particulière à l'assurance qui nous occupe, c'est celle qui donne à l'assureur le droit de résilier le contrat, en payant le dommage provenant d'un sinistre même *partiel*.

JUS ROMANUM.

DE NAUTICO FENORE. — DE ALEATORIBUS.

(L. 22, t. 2, dig. l. 11, t. 5, id.)

In quibus *alea* invenitur multum cum aliis differunt contractus; in istis reipsà semper certa est res objecta et rectè nota, et in primis contrà semper illa ignota et indefinita, sortium fortunæque solæ inconstantiæ subjecta. Isti contractus, qui propter causæ et rei objectæ futilitatem et sæpè etiam propter earum periculum, specialiter et sollicitùs ponderari debent, uti an illos servari aut prohiberi debuerint sciendum sit, non enumerantur apud Romanos, sicut in nostro jure, sub titulo uno, sed passim contrà per innumerabiles corporis juris leges inveniuntur. Alii nec nominatìm nec quidem in formulis, in quibus omnes innominati continentur contractus, inveniuntur (videbimus in hoc casu quomodo mixta est aliis stipulationibus *alea*, et quomodo, formâ et nomine earum servatis, stipulatio vel contractus novum tamen ex *aleæ* mixturâ aspectum recipit); alii verò specialiter scripti sunt sub duobus digestorum titulis 21 et 22.

§ 1er. — Omnes contractus in quibus invenitur *alea* mixta, per diversa aliorum contractuum genera dispersi sunt.

1° Ità, inter *venditiones*, quis non sciat *piscium captûs* vel *avium* venditionem, *ususfructûsque* vel *nudæ*. — 2° *Proprietatis*.

2° Inter *locationes* et *conductiones*, lex 13, § 5, dig. de loc. cond. Alterum *aleæ* casum continet, quando dixit : si gemma includenda vel insculpendâ data sit, eaque fracta sit; si quidem vitio materiæ factum sit, non erit ex locato actio; si imperitia facientis erit, huic sententiæ addendum est,

nisi periculum quoque in se artifex receperat, tunc enim, etsi vitio materiæ id venerit, erit ex locato actio.

3° Similis contractus et similis stipulatio adhuc invenitur inter *commodata*, quando in se recipit periculum commodator. (L. 1, commod.)

4° Simile exemplum præbet etiam lex 6, cod. de pignerat., quæ de creditore loquitur, qui in se pignoris omnia receperat pericula, ità ut periculo adveniente, ex ipso facto debiti solutio sequeretur.

5° Loquamur tandem de lege 7, § 15, dig. de pactis, ex quâ : si quis factus sit ut ex *causâ depositi* omne *periculum* præstet, Pomponius ait pactionem valere, nec quasi contrà juris formam non esse servandam, et ubi adhuc facile videtur exemplum, in quo depositi contractus aleæ naturam continet, etc...

§ 2e. Nunc videamus qui præcipuè aleæ naturam præbent, et ad quos titulorum digesti leges, de quibus hìc agitur, omninò referunt.

N° 1er. — *De aleatoribus*. — Ludi, apud Romanos, duæ species erant : ludus licitus et ludus illicitus. — Licitus in quo ars dominatur ac de virtute certamen est, seu *cæstus*, *cursus*, *saltus*, *discus*, *palustræ*, *etc.*; pleraque hæc ludorum genera etiam apud Græcos in honorem fuerant primitùs, et gloriam hujus populi adhuc apud nos memorant; illicitus contrà ludus est in quo prædominatur sors, nec pro virtute certamen est, seu *alea* et *similia*, quæ omnia aut naturali aut civili ratione turpia habita legibusque semper interdicta.

Ludis licitis in principio certare fuit semper licitum, in illis quoque sponsionem facere; sed si in immodicam pecuniam lusum fuerit, amissum repeti potest et promissum peti nequit, ut ait, in codice, lex de aleatoribus, in quâ etiam in his ludis, alterà *unum solidum* ludere nunquam permissum erat. Ludis illicitis contrà ob nullam causam licitum fuerat, non solum ludere sed etiam inspicere et in odium aleatorum permultæ per leges Romanas pænæ fuerunt constitutæ.

1° Et primum aleatores infames habebantur et testimonium eorum in judicio non valebat, infraque omnem legum curam penè erant.

2° Omnes prætereà in quibus ludebantur domus, severè pænâ multabant leges, et si invitè hæc interdicta aliquis ad ludendum domum præbebat, et si eo tempore furtum ei domi suæ factum fit, vel ubicumque et quandocumque fuerit pulsatus, verberatus, injuriam damnumve passus sive à lusoribus, sive ab aliis, illum lex multabat et penalem et rei persecutoriam eo nomine actionem illi denegando; collusoribus tamen hæc passis actiones haud denegatæ quamvis et hi indigni videantur (l. 1, § 1. Dig. de aleat.); tandem cogens alterum ad ludendum, sive ab initio, sive dùm victus victorem retinet, extraordinem coercendum erat, ità ut vel pecuniariâ multetur multâ, vel in latumias aut vincula publica ducatur, ait lex (l. 1, § ult. id.).

3° Non solum talibus modis leges Romanæ lusores punire conabantur, sed etiam, si quis ludenti mutuam in alea dederit pecuniam ludendi causâ, mutuum repetere nuspiam in jure nostro prohibetur, nam repetitionem istius mutui, lex 4, § 3 dig. sine dubio permittit, et lex 1, Cod. hoc confirmat argumentum illumque auget adhuc quando dicet ut si contrafactum fuerit nulla sequatur condemnatio, etc. Denique aleator in aleâ rem vendat et evictâ re conveniatur emptorem exceptione venditionis in aleâ contractæ potest summovere (l. 2, § 1). Sed de evictione actio emptori denegatur. Eadem quoque ratione et cum tota principalis obligatio semper ex aleâ lege moribusque improbata fit, ideò nec pignus accessorium tenere debet, nec in fidejussores aliosque similes, civilis actio danda est, sed potiùs pignoris repetendi licentia concedenda, etiam non *soluto eo quod amissum erat* (l. si mulier, 16, § 1. ad. Sen. C. Vell.). Sed si penes sequestrem uterque spondens pecuniam aut res alias deposuerit,

l. 1. fil. familias. Dig.

victori soli cessuras, et is, secundum primam deponentium voluntatem victori reddiderit, vix dubium quin ità penes victorem remanere debeant à sequestre prœstitæ, quasi sine interpositâ sequestre personâ victus victori amissa persolvisset. Omnes hæ pœnæ propter ludorum odium constitutæ fuerunt et derogando regulis juris de actionum denegatione quæ causam, inquâ utriusque versabatur turpitudo, habebant.

§ 2. — *De nautico fenore.* — Nauticum fenus est quod ex pecuniâ vel merce aliâve re trajectitiâ seu trans mare vehendâ periculo creditoris penditur, atque etiam ex pacto peti potest (l. 1. l. periculi 5, § 1). Cæterùm si eodem loco consumatur, non erit pecunia trajectitia, sed videndum an merces ex eâ pecuniâ comparatæ, in ea causâ habeantur? Et interest utrum etiam ipsæ periculo creditoris navigent; tunc enim trajectitia pecunia fit (l. 1, dig. de naut. fen.). Olim in Græcia pecunia trajectitia, vel nauticum fenus præcipuè contractus maritimus habebatur sed apud Romanos, et ex rationis parilitate, etiam quod ex pecuniâ rebusve per loca *terrestria* ob incursum hostium aut prœdonum periculosa transvehendis peti potest, nauticum fenus erat; periculi ergò pretium solùm erat, et quasi nautica poterat etiam dici pecunia et fenus quasi nauticum, quotiès creditor pecuniæ qualiscumque mutuo datæ utcumque per terras periculosas haud devehendæ periculum in se recipit in casum quo conditio aliqua non extiterit, veluti, si quis piscatori crediderit in apparatum piscationis aut athletæ undè se exhiberet exerceretque, eâ lege, ut ille si cepisset, hic, si vicisset, redderet, unà cum periculi *pretio seu addimento*; contra nihil redderet si ille nihil cepisset, hic victus esset. (l. 5, dig. id.) Natura adhuc consistit fenoris nautici in eo quod pecunia credita non debitoris seu mutuatarii ut vulgò sed creditoris seu mutuantis periculo sit; propter quod olim nullus terminus præscriptus erat, et in infinitum extendi poterat pretii quantitas; sed jure novo ad centesimas restrictum

est (l. eos qui, 26, Cod. de usuris), quod jure novissimo confirmatum est (nov. 110).

In nauticâ pecuniâ ex eâ die periculum spectat creditorem ex quo navem navigare conveniat; nihil interest, trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem prostitutum et conditionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur majus legitima usura fenus non debebitur; sed in priore quidem specie semper; in altera vero, discusso periculo, nec pignora vel hypothecæ, titulo majoris usuræ tenebuntur (l. 4, naut. fen.) Dicendum est quoque in quibusdam contractibus etiam usuræ debentur quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem trajectitia, ut salvâ nave, sortem cum certis usuris recipiam, posse me sortem cum usuris recipere. (l. 7, id.)

Nautici fenoris contractus in mutuo consistit præcipuè; undè sequitur, nisi quem rem suam habet, neminem posse nauticum fenus stipulare (l. 2, § 4, dig. de reb. cred.), nisi tamen res mutuata bonæ fidei consumetur. Jure communi et in mutuo pignoris diminutio ad damnum debitoris non etiam ad creditoris pertinet : sed cum trajectitia pecunia ità datur ut non alia petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit, ipsius crediti obligatio, non existente conditione, defuisse videtur, et ideò pignorum quoque persecutio perempta est, etiam eorùm quæ non sunt amissa. (l. 6, id.)

Nauticum fenus non est adhuc quando mutuata pecunia ante navis profectionem consumitur; nec si per creditorem stetisset quominus eam intra certum tempus præstitutum accipiat; nec tandem si periculum sub cujus spe factum est stipulatio fictum est et non versatur reipsà.

Sciendum ergò ità demùm trajectitiæ pecuniæ aut mercium periculum ad creditorem pertinere ex conventione, si non dolo aut culpâ ipsius debitoris intereat : nam si propter vitium debitoris nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus quæ navis continebat fiscus

occupaverit ; amissarum mercium detrimentum quod non ex marinæ tempestatis discrimine, sed ex precipiti avaritiâ et incivilis debitoris audaciâ accidisse asservaretur adscribi creditori juris publici ratio non permittit, ut rescriptum est.

Cette Thèse sera soutenue en séance publique, le 1er avril 1848, dans une des salles de la Faculté.

Vu par le président de la Thèse,

CHAUVEAU-ADOLPHE.

Toulouse. — Imprimerie de Bonnal et Gibrac, rue St-Rome, 46.