COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,

MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR,

Quatrième Edition,

REVUE ET CORRIGÉE;

AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.

TOME ONZIÈME.

PARIS,

G. THOREL, LIBRAIRE,
Successeur d'ALEX-GOBELET,
PLACE DU PANTHÉON, 4, et PLACE DAUPHINE, 29.

GUILBERT, LIBRAIRE,
RUE J.-J. ROUSSEAU, 3.

1844

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

XI.

TROYES. — IMP. CARDON

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL,

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,

MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

QUATRIÈME ÉDITION,

revue et corrigée,

AUGMENTÉE DE L'ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE NOUVELLE ET DES LOIS RÉCENTES QUI ONT TRAIT AU DROIT CIVIL.

TOME ONZIÈME.

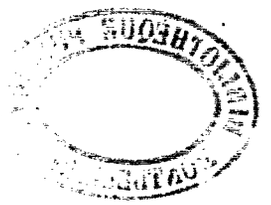
BIBLIOTHÈQUE PUBLIQUE MONTBÉLIARD

PARIS.

G. THOREL,
SUCCr D'ALEX-GOBELET,
Place du Panthéon, 4, et pl. Dauphine, 29.

E. GUILBERT,
LIBRAIRE,
Rue J.-J. Rousseau, 3.

1844.



COURS
DE DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

SUITE DU TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

- - - -

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

SOMMAIRE.

1. *Transition, et division de ce chapitre.*
2. *Renvoi à d'autres titres du Code pour l'explication des obligations accessoires, comme le cautionnement, et la convention de gage et d'hypothèque.*

1. Après avoir défini les différentes espèces de contrats, traité des conditions essentielles à leur validité, ainsi que de leurs effets généraux, nous avons à parler maintenant des diverses modalités dont peu-

vent être affectées les obligations qui en résultent, suivant les conventions des parties. C'est l'objet du chapitre IV de ce titre, d'après la division adoptée par les rédacteurs du Code, et que nous avons suivie.

Ils ont divisé ce chapitre en six sections.

Dans la première, ils ont établi les règles relatives aux obligations conditionnelles;

Dans la seconde, celles des obligations à terme;

Dans la troisième, celles des obligations alternatives;

Dans la quatrième, ils ont traité des obligations solidaires;

Dans la cinquième, des obligations divisibles et indivisibles;

Enfin dans la sixième, des obligations avec clause pénale.

2. Quant aux obligations accessoires ou secondaires, comme le cautionnement, la convention de gage ou d'hypothèque, elles sont l'objet de titres spéciaux dans le Code.

Nous avons parlé précédemment des obligations naturelles [1], dont le Code n'a point, au surplus, déterminé les caractères, laissant, à cet égard, aux tribunaux un pouvoir d'appréciation et de discrétion.

Nous aurons, au reste, souvent occasion d'en parler encore par la suite.

[1] *Voy.* tome précédent, chap. 1er, sect. 3, et chap. 2, sect. 4, nos 337 et suivans.

SECTION PREMIÈRE.

DES OBLIGATIONS CONDITIONNELLES.

SOMMAIRE.

3. *Division de la section.*
4. *Renvoi quant aux conditions particulières aux donations et aux dispositions testamentaires.*

3. On envisagera d'abord ici, comme l'ont fait les rédacteurs du Code, les conditions sous un point de vue général, et l'on parlera ensuite en particulier des effets de la condition suspensive, et des effets de la condition résolutoire.

Ce sera la matière des trois paragraphes suivans.

4. Nous avons traité avec étendue des conditions insérées dans les donations entre-vifs et dans les testamens, au tome VIII, chapitre I^er^, section III; chapitre IV, section III, et section V, §§ 1 et 2; et au tome IX, chapitre V, section X, § 2. Nous nous bornerons donc ici à parler des conditions apposées aux contrats ou conventions, en signalant toutefois les différences qu'il peut y avoir, dans les résultats, entre les conditions mises aux dispositions à titre gratuit, et celles attachées aux actes à titre onéreux.

§ I^er^.

De la condition en général, et de ses diverses espèces.

SOMMAIRE.

5. *Différentes significations du mot* condition *en Droit.*
6. *Sa signification en considérant la condition comme modalité des obligations.*

7. *Les conditions sont suspensives ou résolutoires.*
8. *Ce qu'on entendait en Droit romain par conditions résolutoires.*
9. *Dans les obligations formées sous une condition suspensive, il n'y a pas, à proprement parler, de dette, tant que la condition est en suspens; il n'y a qu'une espérance.*
10. *Aussi, ce qui serait payé par erreur avant l'événement de la condition, pourrait être répété.*
11. *Différence de rédaction des articles* 1168 *et* 1181 *quant à la définition qu'ils donnent de la condition suspensive : celle du premier article est préférable.*
12. *Car la clause,* si l'événement est actuellement arrivé, *ne fait réellement point condition, ni dans les testamens ni dans les contrats ; conséquences.*
13. *Pour qu'une obligation soit conditionnelle, il faut que l'événement dont on la fait dépendre soit incertain.*
14. *Dans les testamens, l'incertitude sur l'époque où se réalisera un événement qui doit nécessairement arriver, peut cependant rendre la disposition conditionnelle.*
15. *La condition suspensive peut, comme la condition résolutoire, avoir pour objet la non réalisation d'un événement prévu comme sa réalisation.*
16. *Les conditions sont casuelles, potestatives ou mixtes.*
17. *Quelle est la condition casuelle.*
18. *Quelle est la condition potestative.*
19. *Quelle est la condition mixte.*
20. *La condition ne peut pas être purement potestative de la part de celui-là seulement qui s'oblige, autrement il n'est point obligé.*
21. *Application du principe à différentes obligations.*
22. *Réfutation d'une décision de Pothier, qui voyait une obligation valable dans la clause :* je vous donnerai tant, SI JE LE JUGE RAISONNABLE, *et si en effet la chose était raisonnable en soi.*
23. *Il en serait autrement du cas où il serait dit :* si cela est raisonnable.
24. *Réfutation d'une autre décision du même auteur, qui voyait aussi une obligation valablement contractée sous cette condition :*

si je vais en telle ville, *quoique l'obligation n'eût pas d'autre cause.*

25. *Mais dans les contrats synallagmatiques, et dans les obligations unilatérales qui ont leur cause dans un fait déjà accompli, la condition ci-dessus serait valable.*

26. *La condition ne tient pas toujours lieu de cause, et lorsqu'elle est purement potestative de la part de celui qui s'oblige, et que l'obligation n'a d'ailleurs point de cause, ce n'est alors qu'une libéralité dépendante de la volonté du donateur, et par cette raison elle n'est point obligatoire.*

27. Quid *de la promesse :* lorsque je le voudrai, CUM VOLUERO? *rectification d'une fausse interprétation que Pothier a donnée de la loi* 46, § 3, ff. de verb. oblig.

28. *Le prêt fait avec la clause que l'emprunteur restituera la chose* quand il le pourra, *ou* quand il en aura les moyens, *est obligatoire.*

29. *Et généralement il en est de même de celui qui fait avec la clause que l'emprunteur restituera* quand il le voudra.

30. *De l'effet de la condition potestative de la part de l'une des parties dans les contrats synallagmatiques, comme la vente, l'échange, le louage, la société.*

31. *L'obligation peut être contractée sous une condition dépendante de la volonté d'un tiers.*

32. *Autre division des conditions, en possibles, licites et honnêtes, et en impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs : celles-ci rendent nulle la convention qui en dépend, mais elles sont réputées non écrites dans les testamens, et même dans les donations entre-vifs.*

33. *L'obligation contractée sous la condition de ne pas faire une chose impossible, est valable, si elle a d'ailleurs une juste cause, ou si elle est consentie dans la forme des actes portant donation.*

34. *Idée générale des conditions contraires aux bonnes mœurs.*

35. *Le contrat fait sous la condition de ne pas faire quelque chose de contraire aux bonnes mœurs est pareillement valable, s'il a d'ailleurs en soi une juste cause.*

36. *Il ne faut pas confondre les conditions illicites avec les clauses ou pactes illicites : développemens et conséquences.*

37. *Il y a des conditions tacites comme il y en a d'expresses.*

38. *Dans les contrats synallagmatiques, l'exécution de l'obligation de l'une des parties est considérée comme condition de l'obligation de l'autre.*

39. *En général, les conditions tacites ne sont pas à proprement parler des conditions : exemple.*

40. *Comment s'exprime communément le sens conditionnel.*

41. *Des conjonctions* lorsque, quand.

42. *Du pronom* qui.

43. *Toute condition doit être accomplie suivant l'intention vraisemblable des parties.*

44. *Il importe de bien distinguer si les parties ont entendu apposer une condition suspensive, ou une condition résolutoire.*

45. *Il faut distinguer entre les cas où la condition est d'un fait personnel à celui à qui elle est imposée, et le cas où elle est d'un fait qui a été considéré en lui-même, abstraction faite de la personne qui l'accomplirait.*

46. *Si plusieurs conditions ont été mises sous une particule disjonctive, il suffit que l'une d'elles s'accomplisse.*

47. Secùs *lorsqu'elles ont été mises sous une particule conjonctive : alors toutes celles comprises sous cette particule doivent s'accomplir.*

48. *Si la condition est mise avec une circonstance, la condition doit s'accomplir avec cette circonstance.*

49. *Quelquefois cependant la disjonctive se prend dans le sens de la conjonctive, et* vice versâ *: exemples.*

50. *La condition* si sine liberis decesserit *manque si la personne laisse un enfant.*

51. *Comprend-elle les enfans naturels ? Droit romain sur ce point, et décision sous le Code civil.*

52. *Autres remarques sur la manière dont s'accomplissent les conditions potestatives, soit dans les testamens, soit dans les contrats.*

53. *En général, les conditions doivent être accomplies* indivisibiliter.

54. *Réfutation d'une décision trop générale de Pothier sur un cas qu'il*

propose comme exemple de l'application de la règle que les conditions doivent être accomplies indivisibiliter.

55. *Décision de Dumoulin adoptée et étendue.*

56. *Celui qui invoque le droit résultant de l'accomplissement d'une condition doit prouver que cette condition est accomplie.*

57. *Les conditions sont positives ou négatives : application de cette distinction quant au tems durant lequel elles doivent être accomplies, ou après lequel elles sont réputées accomplies ou défaillies.*

58. *La caution* mutienne *du Droit romain n'a pas lieu dans les contrats; renvoi quant aux testamens.*

59. *La clause peut tout à la fois comprendre une condition et un terme : exemple.*

60. *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement : exemples.*

61. *Cette règle n'est point applicable lorsque celui qui était obligé sous une condition n'en a empêché l'accomplissement qu'en usant de son droit : exemples.*

62. *Quand la condition a manqué par le refus d'un tiers dont le concours était nécessaire pour son accomplissement, distinction à faire entre le cas où elle était simplement potestative et celui où elle était d'une nature mixte.*

63. *Application de cette distinction au cas où la condition, soit dans les actes entre-vifs, soit dans les testamens, a pour objet le mariage de la partie avec un tiers désigné.*

64. *Dans les actes entre-vifs à titre onéreux, les conditions potestatives imposées au créancier ne sont point réputées accomplies par cela seul qu'un événement de force majeure a empêché l'accomplissement.*

65. *En général, il en est autrement dans les donations, même entre-vifs.*

66. *Dans les contrats, la condition accomplie a un effet rétroactif; conséquence, et différence, quant à cette conséquence, d'avec les dispositions de dernière volonté.*

67. *Autre conséquence, où l'effet est le même dans les legs.*

68. *Le créancier peut faire tous les actes conservatoires de son droit avant même que la condition soit accomplie.*

69. Quid *si le débiteur tombe en faillite pendant que la condition est en suspens ?*

70. *Le droit de faire des actes conservatoires n'emporte point, en général, celui de faire des saisies.*

71. *Question relative à la prescription.*

5. Ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois dans le cours de cet ouvrage, le mot *condition,* en Droit, a plusieurs significations.

Tantôt il exprime l'état et la qualité des personnes : d'où cet axiome de jurisprudence, que chacun est censé connaître la *condition* de celui avec lequel il traite [1] : s'il est mineur ou majeur, interdit ou non, régnicole ou étranger, femme mariée, fille ou veuve, etc.

Tantôt il exprime la cause de la stipulation que l'on fait pour un tiers comme *condition* de celle que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre. (Art. 1121.)

Plus souvent encore le mot *condition* se prend pour les clauses particulières que l'on insère dans les contrats, pour en étendre ou modifier les effets ordinaires : comme les charges, les modes et autres conventions analogues et secondaires ; et c'est en ce sens que l'on dit communément que toutes les clauses d'un contrat sont la *condition* les unes des autres : d'où l'on a déduit cette règle, érigée en loi dans l'article 1184 : que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où

[1] *Qui cum alio contrahit vel est vel debet esse non ignarus* CONDITIONIS *ejus.* (L. 19, ff. *de Regul, juris.*)

l'une des parties ne satisferait point à son engagement.

Mais ici le mot *condition* est pris généralement dans le sens d'un événement *futur et incertain,* dont les parties font dépendre l'effet de leur contrat, ou bien sa résolution, son anéantissement, comme s'il n'eût pas eu lieu.

6. Ainsi, suivant l'article 1168, « l'obligation est « conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un évé- « nement futur et incertain, soit en la suspendant « jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la ré- « siliant, selon que l'événement arrivera ou n'arri- « vera pas. »

7. L'on voit, d'après cela, qu'il y a des conditions suspensives et des conditions résolutoires; c'est la plus importante division des conditions. Quelques jurisconsultes les ont divisées d'une foule de manières. Nous nous bornerons à faire ressortir leurs principales espèces; cela suffira pleinement pour la parfaite intelligence de la matière.

8. Les jurisconsultes romains, et leurs interprètes, ne donnent toutefois qu'improprement le nom de *condition* à celles que, d'après le Code, nous appelons *résolutoires,* parce que, disent-ils, le propre des conditions est de *suspendre* l'effet des obligations, tandis que les conditions dites résolutoires ne le suspendent pas, seulement elles le résolvent, si elles s'accomplissent; et c'est aussi ce que dit le Code lui-même dans les articles 1168 et 1183. Ils appellent simplement *pactes,* loi du contrat, *lex contractus,* les conventions qui ont pour objet seulement la résolution

de l'obligation. C'est ainsi qu'Ulpien, dans la loi 1re, ff., *de Lege commissoriâ*, dit : *Si fundus commissoriâ* LEGE *venierit* [1], *magis est ut sub conditione resolvi emptio, quàm sub conditione contrahi videatur.*

Aussi, dans les lois romaines, le mot *condition*, sans autre expression dans l'acte qui lui donne une autre signification, s'entend-il généralement de la condition suspensive; tellement que l'on appelait vente *pure*, celle qui était faite avec une clause qui avait pour objet d'en opérer la résolution au cas d'un événement prévu. La loi 2, ff., *de in diem addictione*, établit cette doctrine de la manière la plus claire : *Quotiens fundus in diem addicitur, utrùm* PURA *emptio est, sed sub conditione resolvitur; an vero conditionalis sit magis emptio, quœstionis est. Et mihi videtur veriùs interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est* UT MELIORE ALLATA CONDITIONE, DISCEDATUR, *erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur : sin autem actum est,* UT PERFICIATUR EMPTIO, NISI MELIOR CONDITIO AFFERATUR, *erit emptio conditionalis* [2].

Ainsi, la vente n'était considérée comme conditionnelle, que dans le cas seulement de la condition suspensive. Mais puisque la *résolution* du contrat peut être *conditionnelle*, d'après une clause de ce même contrat, il n'y avait aucun inconvénient à dire que les obligations sont tantôt sous une condition suspensive,

[1] C'est-à-dire avec la clause que si l'acheteur ne paie pas le prix de la vente au terme fixé, la vente sera résolue de plein droit.

[2] C'est-à-dire : je vous vends cette chose tant, si une autre personne n'en donne pas, dans tel délai, un prix supérieur, ou n'offre pas de payer à des époques plus rapprochées, etc.

tantôt sous une condition résolutoire, et c'est en effet ce que l'on a dit dans le Code.

9. Du reste, quoique, dans les obligations contractées sous une condition suspensive, il n'y ait pas à proprement parler d'obligation tant que la condition n'est pas accomplie; qu'il y ait seulement l'espérance d'une dette, néanmoins il y a un engagement, quoiqu'éventuel; et cette espérance et cet engagement passent aux héritiers des contractans, si l'un ou l'autre vient à mourir avant l'accomplissement de la condition (art. 1179) [1]. Ce droit éventuel peut être cautionné, garanti par un gage ou une hypothèque, comme un droit pur et simple; car alors c'est l'espérance de la dette qui se trouve garantie, et par suite la dette elle-même, au cas où la condition se réaliserait.

10. Mais il est vrai de dire qu'il n'y a pas encore dette à proprement parler : de là, si le paiement en avait été fait par erreur avant l'accomplissement de la condition, il y aurait lieu à la répétition, L. 16, ff. *de Condict. indeb.*; tandis qu'il en serait autrement si l'événement prévu devait nécessairement arriver, car alors l'obligation ne serait point conditionnelle. (LL. 17 et 18 *eodem titulo.*)

11. Dans la définition qu'ils donnent de la condition suspensive, les articles 1168 et 1181 diffèrent toutefois en un point important. Selon le premier de ces articles, la condition suspensive, comme la condi-

[1] *Ex conditionali stipulatione* TANTUM SPES DEBITUM IRI; *eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si priusquàm conditio extet, mors nobis contigerit.* (§ 4, Instit. *de Verb. oblig.*)

tion résolutoire, est le cas d'un événement *futur et incertain;* au lieu que, suivant le dernier, l'obligation contractée sous une condition suspensive, est celle qui dépend, ou *d'un événement futur et incertain,* ou *d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties.*

La rédaction de l'article 1168 est préférable, car ce n'est qu'improprement que l'on donne le nom de condition à un événement actuellement arrivé, quoiqu'il soit encore inconnu des parties. En effet, ainsi que le disent clairement les lois romaines[1], un événement déjà accompli dont on veut faire dépendre l'effet de l'obligation, *aut statim perimit obligationem, aut omninò non differt.* Cela est sensible : car, ou l'événement n'est point arrivé, et alors il n'y a point d'obligation ; ou il est arrivé, et, dans ce cas, l'obligation n'a pas été suspendue du tout, pas plus qu'elle ne l'aurait été par un terme mis pour son exécution. Elle a son effet du jour même où elle a été contractée, quoique les parties aient été dans l'ignorance de l'événement, attendu que cette ignorance, qui en suspendait sans doute l'exécution, comme l'aurait fait la stipulation d'un terme, n'empêchait point que l'événement eût ou n'eût pas eu lieu : *Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.* (§ 6, Instit. *de Verb. oblig.*)

Il est clair que si un événement actuellement arrivé peut être considéré comme l'objet d'une condition,

[1] L. 100, ff. *de Verb. oblig.* ; § 6, Instit. *eod. tit.*

parce qu'il est inconnu des parties au moment où elles traitent, ce ne peut être qu'en raison de l'incertitude où elles sont au sujet de cet événement; or, cette incertitude ne fait point condition, ni dans les contrats ni dans les testamens : aussi l'article 1181 lui-même dit-il que, *dans ce cas, l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée.*

12. La clause, disons-nous, ne fait point condition, ni dans les testamens ni dans les contrats. En effet, elle ne fait point condition dans les testamens, attendu que si le légataire à qui l'on a légué, *si tel événement est arrivé,* meurt après le testateur, il transmet le legs à son héritier, dans le cas où l'événement est effectivement arrivé, quoiqu'il fût venu à mourir avant que l'on en ait eu connaissance; tandis que si l'événement, ou plutôt l'incertitude touchant l'événement, faisait réellement condition, et que le légataire fût mort avant que l'on fût certain que cet événement a eu lieu, il ne transmettrait pas le legs à ses héritiers, vu que la condition ne se serait point accomplie avant sa mort, et qu'il est nécessaire, pour que le legs conditionnel soit transmissible aux héritiers du légataire, que celui-ci ait survécu à l'accomplissement de la condition. (Art. 1040.)

La clause ne fait point non plus condition dans les contrats, en ce que si une vente ou un échange, par exemple, ont été faits avec cette clause : *si tel événement est arrivé,* et qu'effectivement l'événement soit arrivé, mais que la chose vendue ou l'une des choses échangées soit venue à périr par cas fortuit depuis le

contrat, la convention ne produira pas moins tous ses effets quoique la perte de la chose soit survenue avant que l'on ait eu connaissance de l'événement prévu. En conséquence, l'acheteur ne sera pas moins obligé de payer le prix, et le co-échangiste de livrer la chose qu'il avait promise en retour de celle qui a péri. Au lieu que si l'incertitude où étaient les parties touchant l'événement lorsqu'elles ont traité eût rendu l'obligation conditionnelle, la perte de la chose survenue avant la connaissance de cet événement aurait anéanti le contrat dans tous ses effets. (Art. 1182.)

Du reste, rien n'empêcherait les parties de rendre l'obligation conditionnelle sous ce rapport, et par conséquent de laisser la chose aux risques du vendeur ou du co-échangiste tant qu'elles n'auraient pas connaissance de l'événement; mais il faudrait pour qu'il en fût ainsi, que leur intention bien fût évidente, puisque ce serait réellement une dérogation aux principes du Droit.

13. Pour qu'une obligation soit conditionnelle, il ne suffit pas que l'événement soit *futur*, il faut aussi qu'il soit incertain (art. 1168 et 1181.) De là, si je m'oblige à vous donner cent francs *si je mœurs*, ou *lorsque je mourrai* ou *si vous mourez*, ou *lorsque vous mourrez*, ou *si Paul meurt*, ou *lorsque Paul mourra*, l'obligation est pure et simple; son effet n'est point suspendu, il n'y a de suspendu que son exécution, quoique l'époque où l'événement prévu arrivera soit incertaine. *Qui sub conditione stipulatur quæ om-*

nimodò extitura est, purè videtur stipulari. (L. 19, ff. *de Novat.*) [1]

14. Néanmoins, dans les testamens, l'incertitude sur l'époque où un événement arrivera peut rendre la disposition conditionnelle, quoiqu'il soit certain que l'événement arrivera : c'est lorsqu'il est incertain s'il arrivera pendant la vie du légataire. Par exemple : *je lègue cent francs à Titius lorsque Sempronius, mon héritier, mourra,* ou *lorsque Séïus mourra.* Car il est possible que Titius n'existe déjà plus au moment de la mort de l'héritier, ou de Séïus. [2]

15. Quoique l'article 1168 semble ne voir de condition suspensive que dans le cas où *tel événement arrivera*, tandis qu'il voit la condition résolutoire selon que *tel événement arrivera ou n'arrivera pas,* cependant il ne faut pas douter que la condition suspensive ne puisse avoir aussi pour objet un fait négatif comme un fait affirmatif. Ainsi, il y a condition suspensive dans ce cas : je vous vends ma maison moyennant 10,000 fr., si mon neveu (à qui je la destine) ne donne pas de ses nouvelles dans un an à partir de ce jour, comme il y a condition suspensive dans le cas où je vous vends ma maison moyennant 10,000 fr., si tel vaisseau rentre dans le port de Marseille dans l'année. C'est d'ailleurs ce que portent positivement les articles 1170 et 1177.

16. Sous un autre point de vue, et en considérant

[1] *Voy.* aussi la loi 45, §§ 1 et 3, ff. *de Verb. oblig.*

[2] L. 75, ff. *de Condit. et demonst.*; mais *voyez* toutefois ce que nous avons dit sur ce point, au tome IX, n° 292.

les faits ou événemens qu'elles ont pour objet, on divise les conditions en *casuelles, potestatives* et *mixtes ;* et ces divers caractères sont communs aux conditions résolutoires et aux conditions suspensives.

17. La condition *casuelle* est celle dont l'accomplissement dépend du hasard, et n'est nullement au pouvoir du créancier ou du débiteur (art. 1169). Par exemple, *si tel navire entre dans le port de Marseille dans les six mois du contrat.*

18. La condition *potestative*, dit l'article 1170, est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention (c'est-à-dire son effet) d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. Par exemple : *si, dans l'année à partir de ce jour, vous abattez tel arbre de votre jardin, qui gêne la vue de ma maison, je m'oblige à vous payer* 100 *francs.*

Et il faut remarquer que, dans ce cas, vous n'êtes point obligé ; la convention est purement unilatérale, il n'y a que moi d'engagé, et je ne le suis que conditionnellement.

19. Suivant l'article 1171, la condition *mixte* est celle qui dépend tout-à-la-fois de la volonté de l'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers. Mais comme la volonté d'un tiers est incertaine, il est vrai de dire que la condition mixte est celle dont l'accomplissement dépend tout à la fois de la volonté de l'une des parties et du hasard. Ainsi, la condition est mixte lorsque je dis : *si vous remportez le prix proposé par l'Académie,* comme lorsque je dis : *si vous*

épousez ma nièce, événement qui dépend de votre volonté et de celle d'un tiers.

20. Sur cette division des conditions en *casuelles*, *potestatives* et *mixtes*, il faut remarquer que les mixtes peuvent bien être imposées indifféremment à l'une ou à l'autre des parties contractantes, même dans les contrats unilatéraux; mais, en général, l'obligation ne peut être contractée sous une condition potestative de la part du débiteur, surtout dans les promesses unilatérales; car il serait contraire à la nature des obligations, qui sont un lien de droit par lequel nous sommes astreints à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose [1], que le débiteur ne fût obligé qu'autant que cela lui conviendrait. Or, si l'accomplissement de la condition dépendait absolument de sa volonté, il ne serait en réalité point obligé : *nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promittentis statum capit.* (L. 108, § 1, ff. *de Verb. oblig.* [2].)

« Toute obligation est nulle, porte l'article 1174, « lorsqu'elle est contractée sous une condition potes- « tative de la part de celui qui s'oblige. »

21. Pour être sainement appliqué, ce principe demande toutefois quelques développemens.

D'abord, il est certain que l'obligation de vous payer telle somme, contractée sous cette condition : *si je le veux*, SI VOLUERO, est nulle et de nul effet. Il n'y a jamais eu de doute sur ce point : *illam autem*

[1] *Obligatio est vinculum juris, quo adstringimur alicujus rei solvendæ secundùm nostræ civitatis jura.* (Instit. *princip. de Oblig.*)

[2] *Voy.* aussi les lois 17 et 46, § 3, au même titre.

stipulationem, SI VOLUERIS DARI, *inutilem esse constat.* (L. 46, § 3, ff. *de Verb. obtig.*)

Et la vente dont le prix est laissé à la volonté de l'acheteur ou du vendeur, est pareillement nulle et de nul effet. (L. 7, ff. *de Contrah. empt.*)

De même, le legs laissé à la volonté pure de l'héritier à la charge duquel il est mis, est également nul. (L. 43, § 2, ff. *de Legat.* 1°.)

Mais, suivant la loi 11, § 7, ff. *de Legat.* 3°, le fidéicommis [1] mis à la charge d'un héritier, en ces termes : *Si fueris arbitratus, si putaveris, si æstimaveris, si utile tibi fuerit visum, vel videbitur*, était valablement fait, si effectivement la chose était juste et raisonnable ; parce que le testateur, dans ce cas, était censé s'en être rapporté à la décision de son héritier comme à celle de tout autre homme de bien, *arbitrio boni viri*. Il suffisait donc que la personne à laquelle il avait voulu laisser la libéralité sous cette condition, *si cela est juste et raisonnable*, eût en effet bien mérité de lui, pour que l'héritier fût tenu de lui délivrer l'objet du fidéicommis. En un mot, le testateur n'avait pas entendu laisser absolument le sort de la disposition à son libre arbitre, mais seulement le prendre pour juge de son mérite, comme il aurait pris un tiers.

22. Pothier, tirant argument de cette loi, regarde comme très-valable l'obligation contractée sous cette

[1] Depuis la constitution de Justinien, L. 1re, *communia tam legat. quàm fidcicom.*, qui a assimilé les legs aux fidéicommis, il a dû en être, sous ce rapport, des legs proprement dits comme des fidéicommis.

condition, *si je le juge raisonnable,* et si en effet la chose est raisonnable en soi. Mais Pothier se trompe, selon nous, car, dans cette promesse, *si je le juge raisonnable,* c'est uniquement la pensée, ou plutôt la volonté du débiteur qui est réellement l'élément de la condition, et par suite de l'obligation ; en sorte qu'il est vrai de dire qu'il n'y a pas de lien de droit. Au lieu que dans l'espèce du fidéicommis citée ci-dessus, ce n'était pas la volonté de l'héritier qui était l'élément de la condition, c'était la volonté du défunt, qui avait entendu que ce fidéicommis reçut son exécution si la chose était en soi juste et raisonnable, choisissant, non pas exclusivement, mais par préférence, son héritier pour en décider comme aurait dû le faire tout homme de bien. Et comme, dans le droit romain, la volonté du testateur était en quelque sorte une chose sacrée, que toute disposition de dernière volonté était vue, et par conséquent interprétée avec faveur, c'était cette volonté que l'on considérait, et non celle de l'héritier. Ainsi, il n'y a point de parité entre les deux cas, et la décision de Pothier doit être rejetée sans balancer. Il est même douteux que, chez nous, des legs faits en de semblables termes fussent valables et obligatoires : la solution de la question dépendrait beaucoup des circonstances de la cause.

23. Au surplus, autre chose serait s'il était dit dans une convention (et à plus forte raison dans un testament), *si cela est raisonnable ;* car alors ce ne serait plus que la chose raisonnable en elle-même qui serait l'élément de la condition : l'opinion du débiteur

ne rendrait pas en effet cette chose déraisonnable, si elle était au contraire juste et raisonnable. La condition ne serait donc point potestative de sa part; elle serait tout-à-fait en dehors de son libre arbitre.

24. Le même auteur (n° 48) dit aussi que, « si je « vous ai promis 10 pistoles en cas que j'allasse à « Paris, la convention est valable; car il n'est pas « entièrement en mon pouvoir de ne les pas donner, « puisque, je ne puis m'en dispenser qu'en m'abste- « nant d'aller à Paris : il y donc de ma part une « obligation et un véritable engagement. » Et il cite à l'appui de cette décision la loi 3, ff. *de Legat.* 2°.

Selon cette loi, si j'ai légué à Titius, *si mon héritier monte au Captiole* (*heres dare damnas esto, si in Capitolium ascenderit*), le legs est valable, quoiqu'il soit au pouvoir de l'héritier de monter ou de ne pas monter au Capitole, et par conséquent de faire que le legs ait effet ou non; à la différence du cas où j'aurais subordonné la disposition à son libre arbitre, *si voluerit,* cas où elle eût été absolument nulle. De là cette règle du Droit romain, *expressa nocent, non expressa non nocent.* (L. 52, ff. *de Condit. et demonst.*)

Mais nous répondrons encore que l'exemple des legs, et surtout des legs en Droit romain, n'est rien moins que concluant; car leur effet part toujours de la volonté du testateur, qui a pu considérer comme condition le fait que l'héritier monterait ou ne monterait pas au Capitole, envisageant cet événement comme renfermant en soi quelque chose de casuel, qui rendait en quelque sorte la condition mixte. Et, ainsi

que nous l'avons dit au tome VIII, n° 477, Ricard [1] regardait comme nulle la donation faite en ces termes : « Je donne, en cas que je n'aille pas en la ville « de Beauvais. Et personne ne doute, dit-il, qu'une « pareille donation ne soit nulle, en ce qu'elle ren- « ferme, sous des termes déguisés, un moyen par le- « quel il est en la liberté du donateur d'y donner « atteinte par cette voie. »

Or, suivant les principes, toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, est nulle (art. 944) : *donner et retenir ne vaut*. Et cette règle reçoit son application, soit que ce fût la résolution de la donation qui dépendît de la seule volonté du donateur, soit que ce fût l'effet de la donation qui en dépendît d'abord; en un mot, soit que la condition potestative fût résolutoire ou suspensive [2].

Aussi avons-nous cru devoir adopter la décision de Ricard [3]; et l'on sent qu'il n'y a, dans le fond des choses, aucune différence à faire de ce que la condition qu'il propose est conçue sous le mode négatif, tandis que celle proposée par Pothier est conçue sous le mode positif ou affirmatif.

25. Toutefois, dans les obligations qui ont en

[1] *Des Donations*, part. 1re, chap. 4, n° 1038.

[2] C'est ce qui a été clairement expliqué au titre *des Donations et Testamens*, tome VIII, n° 474 à 485, où nous discutons les cas les plus susceptibles de difficulté.

[3] En cela, nous avons modifié celle que nous avions donnée d'une manière trop générale, dans notre traité *des Contrats*, etc., tome II, n° 452.

elles-mêmes une cause, comme dans les contrats synallagmatiques, tels que la vente, le louage, l'échange, où la cause de l'obligation de l'un se trouve dans l'obligation de ce que l'autre doit lui donner de son côté, ou faire pour lui, ainsi que dans les obligations unilatérales, qui ont leur cause dans ce que le créancier a déjà fait pour le débiteur, nous ne voyons pas pourquoi l'on rejetterait la décision de Pothier. Si je puis acheter à l'essai, par conséquent sous une condition purement potestative de ma part, et si je puis vendre avec faculté de rachat, ce qui n'est rien autre chose qu'une condition résolutoire pareillement potestative, je puis donc faire valablement un achat, une vente ou un autre traité sous la condition, *si je vais à Paris,* ou *si je ne vais pas à Paris.* Seulement, il faudra, en général, fixer un temps, pour que les choses ne restent pas perpétuellement abandonnées au libre arbitre de l'une des parties. Nous allons bientôt, au surplus, entrer dans de plus amples développemens sur l'effet des conditions potestatives insérées dans les contrats synallagmatiques.

26. Mais quand la promesse que je fais n'a aucune cause réelle, parce que je n'ai rien reçu de celui à qui je la fais, que je n'en reçois rien, et que je n'en dois non plus rien recevoir, la condition que j'y mets, *si je vais à Paris cette année,* ou *si je n'y vais pas,* ne peut point tenir lieu de cause[1]. C'est, en réalité, une libéralité, nulle sous un double rapport, si les formalités prescrites pour les actes portant donation

[1] *Voy.* tome précédent, n° 360.

n'ont pas été observées; car alors l'acte est nul pour défaut de forme, et il est nul parce que l'exécution de la condition dépend de la seule volonté du donateur.

Et si, dans le cas où il serait fait comme promesse ordinaire, l'on prétendait qu'il est valable comme simple obligation, nous répondrions encore qu'il est nul comme dépourvu de cause; car la condition n'en tient point lieu lorsque ce n'est pas le créancier qui l'accomplit, ou, lors même que c'est lui qui la fait arriver, quand elle est sans intérêt pour celui qui s'est obligé; et, par la même raison, lorsque, dans cette dernière hypothèse, le créancier est entièrement étranger à son accomplissement, comme s'il était dit : *s'il y a cette année une éclipse de lune.* Alors la promesse n'est qu'une donation conditionnelle, et voilà tout.

Quelques auteurs, surtout parmi les anciens, ont bien prétendu, faute d'y réfléchir plus mûrement, que la condition tient lieu de cause à l'obligation; mais cela n'est pas exact lorsqu'elle ne peut être considérée comme *charge* ou obligation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose pour celui qui promet, et lorsque le stipulant n'a encore rien fait pour ce dernier. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, où sans avoir rien reçu de vous, sans en rien recevoir actuellement, ni sans en rien devoir recevoir non plus à l'avenir, je vous promets 1,000 francs, *si je vais à Paris cette année,* ou *si je ne vais pas à Paris cette année,* il ne peut y avoir qu'une donation condition-

nelle, et qui serait nulle dans notre Droit, par le double motif que nous venons d'expliquer.

Écoutons sur ce point Godefroy, dans ses notes sur la loi 108, ff. *de Verb. oblig.*, dont nous avons déjà rapporté sommairement la décision, en parlant de la *cause* des obligations, au tome précédent, n° 360.

Le jurisconsulte Javolenus, dans cette loi, se demande si la stipulation que je fais avec vous sous cette condition, est valable : *si qua mihi nupserit, decem dotis ejus nomine dare spondes?* me compterez-vous dix pour la dot de celle que j'épouserai, quelle qu'elle soit? ce qui revient à dire : si je me marie, me compterez-vous dix à titre de dot? et il décide pour l'affirmative, nonobstant l'incertitude touchant la personne qui fera accomplir la condition *si je me marie;* car cette incertitude, dit le jurisconsulte, n'empêche point l'obligation de se former, si effectivement la condition s'accomplit : *nam conditio etiam ex incertæ personæ facto, parere obligationem;* et il ajoute : *veluti si quis in Capitolium ascenderit, decem dare spondes?* stipulation très-valable, en effet, si la condition s'accomplit.

Godefroy s'explique ainsi sur ce texte : *stipulatio consistit. Atqui nulla hîc subest causa promittendi;* L. 2, § 3, ff. *de doli mali except. Imò subest,* DONANDI ANIMUS SCILICET. *Falsum est igitur, quod hîc dicitur ab interpretibus, Zazio scilicet et aliis,* CONDITIONEM ESSE PRO CAUSA. Ainsi, suivant Godefroy, il y avait donation, mais donation conditionnelle.

Que cette stipulation, *si quis in Capitolium ascen-*

derit, dût recevoir son exécution dans le Droit romain, il n'y a là rien d'étonnant, puisque, faite librement, sans fraude et sans erreur, elle renfermait évidemment une libéralité conditionnelle; or, les donations n'étaient point assujetties aux formalités auxquelles on les a soumises dans notre législation. Mais, dans notre Droit, pour être obligatoire, *tout* acte portant donation doit être passé suivant des formes spéciales, et l'effet de la donation entre-vifs ne doit jamais dépendre de la seule volonté du donateur; tandis qu'il en dépendrait dans le cas où je donnerais sous cette condition : *si je vais,* ou *si je ne vais pas à Paris.* Et dès que c'est une obligation ordinaire, elle doit avoir une cause; or, dans l'espèce, elle n'en a point d'autre que la seule volonté de conférer une libéralité. Cujas, sur cette loi, et sur la loi 8 au même titre, dit pareillement que la promesse est contractée *animo donandi ;* donc, etc.

27. Nous ne pouvons passer sous silence une autre décision de Pothier, qui, contre sa coutume, s'est fortement mépris sur le sens d'une loi romaine, et qui a entraîné M. Toullier dans la même erreur, quoique ce dernier jurisconsulte ne soit d'ailleurs pas de l'avis de Pothier sur la solution de la question décidée par celui-ci.

Il s'agit de la promesse faite en ces termes : *lorsque je le voudrai,* CUM VOLUERO; et Pothier (n° 47), s'exprime ainsi sur ce point : « Les jurisconsultes ro-
« mains pensaient que la convention par laquelle
« quelqu'un promettait de faire quelque chose, *lors-*

« *qu'il le voudrait,* était valable; ils pensaient que « ces termes ne laissaient pas au choix de celui qui « avait fait la promesse, de faire ou de ne pas faire « ce qu'il avait promis; qu'ils ne laissaient à son « choix que le temps auquel il le ferait, et qu'ainsi « la convention était valable, et obligeait ses héri- « tiers, s'il était mort avant de l'avoir accomplie, « suivant la loi 46, §§ 2 et 3, ff. *de Verb. oblig.;* mais « il y a lieu de croire que cette distinction subtile « (d'avec le cas où j'ai promis *si voluero*) ne serait « point admise parmi nous, et que cette convention « ne serait pas plus valable que l'autre. »

M. Toullier, disons-nous, a adopté, sans aucune observation, la manière dont Pothier a interprété la loi romaine; seulement il pense, contrairement à l'opinion de cet auteur, que la décision de cette loi, comme juste et raisonnable, devrait être suivie chez nous; que l'obligation *cùm voluero* n'est point contractée sous une condition purement potestative, et par conséquent qu'elle ne serait point annulée par l'article 1174, lequel, suivant lui, doit être entendu des obligations contractées sous des conditions de cette nature.

Nous ferons d'abord remarquer que ces termes, *cùm voluero*, ou ne font point du tout condition, mais seulement un terme incertain, ou qu'ils renferment une condition purement potestative. Et quant à la loi citée par Pothier, et ensuite par M. Toullier, voici ce qu'elle porte sur le cas en question : *si ità stipulatus fuero,* CUM VOLUERIS, *quidam inutilem esse*

stipulationem aiunt : alii ità inutilem, si antequàm constituas, morieris; quod verum est. Ainsi, suivant les uns, la promesse était absolument nulle; selon d'autres, dont le sentiment a prévalu, elle était valable et devait être exécutée par les héritiers de celui qui l'avait faite, mais seulement s'il avait déclaré sa volonté à cet égard avant sa mort; car c'est évidemment ce que dit le jurisconsulte en ces termes : *alii ità inutilem, si antequàm constituas, morieris*, c'est-à-dire que la promesse n'est nulle qu'autant que vous mourrez avant d'avoir déclaré votre volonté de l'exécuter; en d'autres termes, elle est nulle si vous mourez avant d'avoir manifesté votre volonté à cet égard. Au lieu que suivant l'interprétation de Pothier, adoptée mal à propos par M. Toullier, les mots *cùm volueris* n'exprimeraient qu'un terme, et non une condition, et la promesse serait obligatoire pour les héritiers, qui devraient l'exécuter, si leur auteur ne l'avait point exécutée lui-même de son vivant. Or, cela n'est vrai qu'au moyen de la déclaration de volonté de celui qui a fait la promesse, déclaration dont Pothier ne parle pas, qu'il ne paraît même pas supposer comme nécessaire à cet effet, et qui l'était cependant. C'est ce que dit positivement Cujas sur la loi 17 au même titre, où il explique cette loi 46, et dit notamment : *quod si antequàm vellet promissor, decesserit, heres ejus non tenetur.* Barthole, sur cette loi, s'exprime de la même manière : *promissio* CUM VOLUERIS, *valet, si antè mortem tuam declares te velle : secùs in promissione* SI VOLUERIS. En effet, dans ce dernier cas,

il n'y avait point d'obligation du tout, par conséquent, l'héritier de la personne ne pouvait être obligé. L. 8, ff. *de Oblig. et act.*

Ainsi, les jurisconsultes les romains eux-mêmes ne voyaient point dans une telle convention, *cùm voluero, cum volueris,* une promesse obligatoire pour celui qui l'avait faite; et ils ne la considéraient comme obligatoire pour ses héritiers, qu'autant qu'il avait déclaré sa volonté à cet égard, c'est-à-dire en vertu d'un consentement postérieur.

Pothier ne la regardait pas comme valable dans le Droit français; mais c'était une conséquence de la manière dont il interprétait la loi romaine, car dans le Droit romain lui-même elle eût été nulle, en l'envisageant selon les termes dans lesquels cet auteur a entendu la loi. M. Toullier, au contraire, qui a cependant interprété ce texte de la même manière que Pothier, regarde la promesse comme valable, aussi bien en Droit français qu'en Droit romain; tandis que, prise dans ces termes, elle est nulle dans l'une et l'autre législation. En effet, en promettant de donner *lorsque je le voudrai*, il faut que je le veuille pour que je sois obligé, et si je meurs *sans l'avoir voulu*, l'obligation n'ayant jamais résidé en ma personne, elle n'a point passé à mes héritiers. Cela, suivant nous, est de la plus grande évidence.

Mais si je déclarais ma volonté, dès ce moment le lien de droit se formerait contre moi, et par conséquent mes héritiers seraient tenus d'exécuter la promesse, si je ne l'avais pas exécutée moi-même avant

ma mort, ainsi que j'aurais pu y être contraint à partir du moment où j'aurais déclaré ma volonté de faire la chose.

28. Et quand il s'agit d'un prêt fait avec la clause que l'emprunteur paiera quand il le pourra, ou quand il en aura les moyens, le juge lui fixe un délai pour se libérer. (Art. 1901.)

29. Et s'il avait été dit que le débiteur rendrait la chose *quand il le voudrait*, et qu'il fût bien démontré par les circonstances de l'affaire que ce n'est point une libéralité qu'on a voulu lui faire, (libéralité au surplus qui ne se présumerait pas, *quia nemo donare præsumitur*), on regarderait ces expressions, *quand il le voudrait*, comme équivalentes à celles-ci : *le débiteur paiera quand il le pourra*, ou *quand il en aura les moyens*. La cause de l'obligation étant formelle, et celui qui a reçu les choses ne devant pas s'enrichir aux dépens d'autrui, ces termes exprimeraient plutôt une faculté laissée à l'emprunteur pour se libérer à une époque où il le pourrait, qu'une condition purement potestative d'être ou de n'être pas obligé à la restitution. Ce serait, si l'on peut s'exprimer ainsi, une condition *temporis*, et non une condition *voluntatis*.

Voilà pour les obligations unilatérales, dont veut principalement parler l'article 1174; et il ne faut point perdre de vue, ainsi que nous l'avons dit, que toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, est nulle (art. 944), soit qu'il s'agisse de l'effet primitif de la donation, soit qu'il s'agisse de la réso-

lution de cet effet; sauf celles qui sont faites en faveur du mariage.

30. Mais dans les conventions synallagmatiques, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le contrat peut être fait sous une condition potestative (tantôt suspensive, tantôt résolutoire) de la part de l'une des parties, et même quelquefois de la part de toutes deux.

Ainsi, l'achat fait à l'essai est fait sous une condition évidemment potestative de la part de l'acheteur, et cette condition est toujours présumée suspensive (art. 1588). *Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest : sub conditione, veluti,* SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS TOT AUREIS; (§ 4, Instit. *de Empt. et vendit.*) Peu importe que la vente soit un contrat synallagmatique, c'est-à-dire qui produit des obligations réciproques, et qu'ici il n'y ait encore d'obligation que du côté du vendeur; on a dû faire fléchir la rigueur des principes, pour faciliter le commerce, attendu que, dans beaucoup de cas, les choses vendues ont besoin d'être éprouvées pendant un certain tems pour qu'on puisse s'assurer si elles ont les qualités requises, et cependant celui qui en a besoin veut lier le vendeur. Ici, il y a consentement des parties sur l'objet et le prix, et la condition potestative de la part de l'acheteur, qui est, il est vrai, suspensive de son obligation, étant seulement pour un certain tems, elle n'est point un obstacle à la validité du contrat, si en effet elle se réalise, c'est-à-dire si, dans le délai fixé, l'objet convient à l'acheteur. Autre

chose serait si le prix était laissé à la volonté de l'une ou de l'autre des parties, *quanti velis*[1]; ou s'il était laissé au libre arbitre de l'acheteur d'avoir ou non la chose pour achetée, sans fixation d'aucun délai pour se décider : *si tibi placebit, habebis emptum*[2]. Car, dans ces cas, le contrat serait en tout et à toujours subordonné, dans sa perfection, à la volonté de l'une des parties, ce qui serait contraire à l'essence des contrats et des obligations qui en résultent. L'acheteur n'étant lié dans aucun tems, il n'y aurait point par conséquent d'obligation de son côté, ce qui serait aussi opposé à l'essence du contrat de vente, dont l'effet est de produire des obligations directes de part et d'autre.

Ainsi encore, le vendeur qui vend avec le pacte de réméré ou faculté de rachat, se réserve, par ce pacte, la faculté de faire résoudre le contrat de vente, et c'est une condition potestative résolutoire de sa part seulement. Anciennement, le pacte de rachat pouvait même être convenu *à toujours*, parce qu'il n'empêchait point la perfection du contrat de vente, et ses effets ; il en opérait seulement la résolution, si le réméré était exercé. Aujourd'hui, il ne peut être convenu que pour cinq ans au plus. (Art. 1660.)

L'acheteur lui-même peut non-seulement acheter sous une condition potestative de sa part, et suspensive, en achetant à l'essai, mais il peut, de plus, acheter avec faculté de résoudre la vente en rendant la chose. Ce pacte était très-fréquent en Droit romain ;

[1] L. 35, § 1, ff. *de Contrah. empt.*
[2] L. 13, *de Contrah. empt.* Vinnius, Instit., § 4, *de Empt. et vendit.*

il se faisait en ces termes : *Si res mihi displicuerit, inempta fiet* [1]. On pouvait même convenir que l'acheteur pourrait toujours résoudre le contrat, en rendant la chose [2], attendu, dit Vinnius [3], que, *eâ conventione, non perfectio contractûs à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio.* Nous ne pensons néanmoins pas que l'on pût aujourd'hui stipuler la faculté de résoudre la vente pour être exercée pendant plus de cinq ans. Nous nous décidons par analogie de ce qui a été établi par le Code relativement à la faculté de rachat. (Art. 1660.) Les motifs sont les mêmes.

La condition, essentiellement potestative dans ce cas, était considérée comme résolutoire. Elle devrait encore, en général, être envisagée sous cet aspect dans notre Droit, parce que, dans l'hypothèse, la vente n'est pas nécessairement faite à l'essai. Il est très-possible, en effet, que la condition ait un tout autre but que celui d'éprouver la chose, d'en connaître les qualités, comme cela a lieu dans les ventes de cette sorte.

Ces décisions seraient applicables au cas d'échange, attendu que l'article 1707 porte que les règles du contrat de vente sont applicables au contrat d'échange, sauf les dispositions spéciales établies dans les articles précédens, relatifs à ce contrat, et au nombre desquelles ne sont point celles que nous venons d'appliquer au cas de vente.

[1] L. 3, ff. *de Contrah. empt.* L. ff. *de Rescind. vendit.* L. 4, Cod. *de Ædilit. edict.*

[2] L. 31, § 22, ff. *de Ædilit. edicto.*

[3] *Ad Instit.* § 4, *de empt. et vendit.*

Il arrive souvent aussi que, dans les locations faites pour un certain nombre d'années, pour neuf ans par exemple, l'on convient que l'un ou l'autre des contractans pourra résilier le bail à certaines époques déterminées, *putà* au bout des trois ou six premières années, à la charge d'en faire la notification à l'autre partie. La clause peut même être stipulée dans l'intérêt de l'un d'eux seulement, du bailleur ou du preneur, n'importe. Dans ce cas, le contrat cesse de produire ses effets pour l'avenir. Le bail *de trois à six, de six à neuf,* n'est toujours qu'un seul et même bail, mais résoluble.

Et le bail fait avec cette clause, que *le preneur restera dans les lieux tant qu'il lui plaira,* est très-valable; cette clause doit être entendue en ce sens que le bail devra se continuer jusqu'à la mort du preneur, s'il n'use pas pendant sa vie de la faculté qu'il s'est réservée de le faire cesser à sa volonté [1].

Et quant à leur durée, les sociétés qui ne sont point contractées à tems dépendent de la volonté de chacun des associés, qui peuvent demander la dissolution de la société, pourvu que cette demande soit faite de bonne foi et qu'elle n'ait pas lieu à contre-tems. (Art. 1805 et 1869 combinés.)

31. Au surplus, il n'en est pas de l'obligation laissée à la volonté d'un tiers, comme, dans les cas ordinaires, de celle qui dépendrait de la volonté de la personne qui s'oblige; elle est valablement con-

[1] *Voy.*, en ce sens, l'arrêt de la cour de Paris, du 20 juillet 1840. (Devilleneuve, continuateur du recueil de Sirey, 40, 2, 445.)

tractée, et doit recevoir son exécution si le tiers en effet déclare sa volonté. La condition est alors casuelle ou mixte, selon les circonstances, et non potestative de la part du débiteur. C'est ainsi que, lorsque deux personnes qui sont en contestation sur un objet, conviennent que celle qui le détient le restituera à l'autre, *si Paul le juge convenable,* la convention doit recevoir son exécution, si ce dernier déclare que l'objet doit être restitué. (L. 43, ff. *de Verb. oblig.*)

Mais s'il ne veut ou ne peut le déclarer, la convention reste sans effet, même pour la clause pénale, s'il en avait été ajouté une. (L. 44, *eod. tit.*)

Aussi, d'après l'article 1012 du Code de procédure, le compromis finit par le décès, refus, déport, ou empêchement même de l'un des arbitres seulement, dans le cas où il en a été choisi plusieurs, à moins qu'il n'y ait clause, dans le compromis, qu'il sera passé outre, que le remplacement sera au choix des parties, ou au choix de l'arbitre ou des arbitres restans.

Ainsi encore, le prix d'une vente, dont la fixation est essentielle au contrat, peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers désigné ; mais si le tiers ne veut ou ne peut le fixer, il n'y a point de vente. (Art. 1592.)

Néanmoins, suivant les lois romaines, un legs ne peut dépendre du libre arbitre d'un tiers, par exemple : *Je lègue à Seïus*, SI SEMPRONIUS VOLUERIT. Le legs eût été nul quand bien même Sempronius aurait déclaré que sa volonté était qu'il devait recevoir

son exécution [1]. Mais les jurisconsultes romains admettaient fort bien qu'on peut léguer valablement sous une condition ayant pour objet le fait d'un tiers, et dont l'accomplissement, par conséquent, dépend plus ou moins de la volonté de ce tiers; par exemple le legs fait en ces termes : *Si Titius ad Capitolium ascenderit, Seïo do lego*, était très valable, et il devait recevoir son exécution, si effectivement Titius était monté au Capitole [2].

Nous avons donné la raison de cette différence sur le premier cas, en traitant des legs conditionnels, tome IX, n° 300 et suivans, où nous exprimons l'opinion que les décisions des lois romaines sur ces différens points devraient être suivies dans notre Droit, du moins généralement.

32. Une autre division des conditions, fort importante à raison de la validité ou de la nullité de l'obligation, est en conditions possibles, licites et honnêtes, est en conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes mœurs, selon leur objet.

Suivant l'article 1172, « toute condition d'une « chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, « ou prohibée par la loi, est nulle, ET REND NULLE « L'OBLIGATION CONTRACTÉE SOUS CETTE CONDITION. » (Art. 1172.)

Au lieu que d'après l'article 900, « dans toute « disposition entre-vifs ou testamentaire, les con- « ditions impossibles, celles qui sont contraires aux

[1] L. 52, ff. *de Condit. et demonst.* L. 68, ff. *de Heredib. instit.*
[2] Mêmes lois.

« lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites ; » ce qui ne peut signifier autre chose si ce n'est que la disposition, comme réputée pure et simple, doit recevoir son exécution, si elle n'est vicieuse pour autre cause.

Comme, en analysant cet article [1], nous avons discuté avec soin les motifs sur lesquels on a pu vouloir fonder une aussi importante différence entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, nous ne pouvons que renvoyer à ce que nous avons dit à ce sujet, afin d'éviter d'inutiles répétitions.

33. Une condition est impossible lorsque les lois de la nature mettent obstacle à son accomplissement ; par exemple : *si vous touchez le ciel du doigt, si vous donnez un hippocentaure, si vous buvez la Seine.* Et toute obligation (autre qu'une donation) contractée sous une condition de cette sorte, est absolument sans effet, parce qu'il est évident que les parties ont plutôt voulu faire une plaisanterie que traiter sérieusement.

Mais l'obligation contractée sous la condition de ne pas faire une chose physiquement ou naturellement impossible, et qui a d'ailleurs une juste cause, est très-valable (art. 1173) [2], précisément parce que la condition n'en est réellement pas une; car il est certain que la chose impossible à faire ne sera pas faite, et par conséquent que la condition se trouve par cela même accomplie. Il n'y a rien de suspendu

[1] Tome VII, chap. 1er, sect. 3, et particulièrement nº 100 à 112.
[2] L. 7, ff. *de Verb. oblig.*

en pareil cas; aussi, s'il était dit : *si vous ne touchez pas le ciel du doigt dans l'année, promettez-vous de me donner cent?* le créancier pourrait agir de suite [1].

L'obligation serait pareillement pure et simple, si elle était contractée sous deux conditions qui s'entre-détruiraient, c'est-à-dire, dont l'une devrait nécessairement arriver; par exemple, s'il était dit, *si tel navire revient en France, ou n'y revient pas;* car il serait *certain* que l'une ou l'autre de ces choses devrait arriver; par conséquent, il n'y aurait pas de condition, puisque la condition est le cas d'un événement incertain.

Mais, dans ce cas, si l'obligation n'avait aucune cause, ce serait évidemment une donation, et une donation pure et simple, pour la validité de laquelle les formalités prescrites pour les actes portant donation devraient être observées; sinon l'acte serait nul comme promesse dépourvue de cause.

34. Une condition est contraire aux bonnes mœurs lorsqu'elle blesse l'honnêteté et la pudeur des personnes, lorsqu'elle a pour objet de gêner gravement la liberté de leurs actions, quand elle tend à leur faire méconnaître les préceptes de la morale universelle et de la charité envers nos semblables, ou lorsqu'elle est en opposition avec les principes religieux de celui à qui elle a été imposée; dans ces cas, la condition est *moralement* impossible. On pourrait en donner des exemples innombrables, sans jamais pou-

[1] L. 8, *eod. tit.*

voir embrasser tous les cas; c'est donc un point laissé à la sagesse des tribunaux. Nous sommes entré à cet égard dans des explications assez étendues, lorsque nous avons analysé l'article 900, au tome VIII, chap. Ier, sect. 3. D'autres cas encore peuvent sans doute se présenter; mais, comme nous venons de le dire, les magistrats examineraient, dans leur sagesse, si la condition dont on a fait dépendre l'effet de la convention est ou non contraire aux bonnes mœurs ou aux lois, et, dans cette appréciation, ils considéreraient moins encore le degré d'intelligence et de discernement des parties, leur état et leurs habitudes, que la nature de la condition en elle-même, par rapport à l'ordre public et aux bonnes mœurs envisagés sous un point de vue général.

35. L'obligation contractée sous la condition de ne pas faire quelque chose qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, ou, en d'autres termes, de ne pas faire une chose *moralement impossible,* est pareillement valable, si elle a d'ailleurs une juste cause; par exemple : *je vous vends ma maison moyennant* 10,000 *francs, si vous ne vous battez pas en duel avec un tel,* avec lequel vous venez d'avoir une querelle ; car si l'on retranche la condition, le contrat a son effet, puisqu'il a une cause, la vente emportant virtuellement la cause de l'obligation de chacune des parties dans ce que l'autre doit lui donner; et, si on la laisse subsister, le contrat a pareillement son effet si elle est accomplie, puisqu'elle est très licite, ayant pour objet d'empêcher une chose illicite. Aussi la

condition imposée à une femme, *si non diverterit,* était très valable en Droit romain [1], tandis que la condition *si diverterit* était regardée, avec raison, comme contraire aux bonnes mœurs [2].

Mais si, au lieu d'une vente ou de tout autre contrat synallagmatique, la convention faite sous la condition de ne pas faire quelque chose qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, est une promesse unilatérale tout-à-fait dépourvue de cause, parce que celui au profit duquel elle a été faite n'a rien donné, ne donne rien et ne donnera rien à l'autre partie, alors l'obligation est nulle comme dénuée de cause, parce que la condition, dans ce cas, n'en peut tenir lieu. Ainsi, sans rien vous devoir, mais uniquement en vue de vous détourner d'un mauvais dessein, je vous promets 1,000 francs, si vous ne publiez pas certain libelle que vous m'avez montré, et que vous vous proposez de publier contre un tel, mon parent ou mon ami; nul doute qu'une telle promesse ne soit nulle, puisque vous ne sauriez réclamer un prix pour vous être abstenu d'une action dont vous deviez naturellement vous abstenir. Ma promesse reste toujours sans cause par rapport à moi, et par rapport à vous elle n'en a qu'une honteuse. Cet exemple prouve encore la vérité de ce que nous avons dit plusieurs fois, que la condition ne tient pas toujours lieu de cause. Vous ne pourriez même soutenir que la promesse vaut comme donation, puisque les formes des actes por-

[1] L. 2, Cod. *de Condit. insert. tàm legat. quàm fideicom.*
[2] L. 5, Cod. *de Instit. et substit.*

tant donation n'ont point été observées. Ainsi, elle est nulle sous tous les rapports : nulle comme donation, à raison de l'absence des formes, et nulle comme obligation ordinaire, à raison du défaut de cause.

36. Mais puisque les conditions contraires aux bonnes mœurs et aux lois rendent nulles les obligations contractées sous de telles conditions, l'on sent combien il importe de ne pas les confondre avec les simples pactes, clauses, charges ou conventions particulières insérés dans les contrats, et que la loi repousserait comme contraires à ses dispositions.

Ainsi, la clause insérée dans un contrat de mariage, par laquelle la femme stipulerait qu'elle aura le droit d'ester en jugement et de disposer de ses immeubles sans avoir besoin de l'autorisation de son mari ni de celle de la justice, serait bien nulle assurément, d'après les articles 215, 217, 1388 et 1538, analysés et combinés, mais elle ne rendrait pas nul pour cela le contrat de mariage lui-même, quoique les diverses conventions d'un contrat soient la condition tacite les unes des autres; car ce serait, au contraire, le cas de la règle *utile per inutile vitiatur*.

Il en serait de même de la clause insérée dans un contrat de vente, par laquelle le vendeur se réserverait la faculté d'exercer le rachat pendant un tems excédant cinq années : non seulement le contrat de vente serait maintenu, mais le pacte de réméré lui-même serait valable; seulement, le délai serait fixé à cinq ans. (Art. 1650.)

Et quoique l'une ou l'autre de ces clauses fût sti-

pulée sous le mode conditionnel, *à condition que, qu'autant que,* etc., les parties subordonnant ainsi formellement l'effet du contrat lui-même à l'effet de la clause, nous ne pensons néanmoins pas que la nullité du contrat dût s'ensuivre. D'abord, quant aux donations insérées dans un contrat de mariage, elles ne seraient pas moins bonnes, en vertu de l'article 900, lors même qu'on devrait considérer la clause dont il s'agit comme une condition proprement dite, de la nature de celles que l'article 1172 a eues aussi en vue, en disant que toute condition d'une chose impossible, contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend; car, en matière de donation, les conditions impossibles, contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites. Il n'y aurait tout au plus que les stipulations à titre onéreux, comme les conventions de communauté, et autres analogues, qui pourraient être affectées par la clause; mais celles-là même ne devraient pas l'être : il n'y aurait de nulle que celle qui était spécialement interdite par la loi.

En effet, l'article 1172 doit se coordonner avec l'article 1168, qui nous donne la définition de ce que la loi, dans ces articles, entend par *condition;* or, c'est le cas *d'un événement futur et incertain* dont on fait dépendre l'effet de l'engagement, ou sa résolution, selon que cet événement arrivera ou n'arrivera pas. Au lieu que la stipulation de la femme, dans l'espèce, n'a pas pour objet un événement considéré

comme incertain; au contraire, c'est une chose positive que les parties ont eue en vue : c'est une stipulation pure en elle-même; seulement, c'est à l'effet de cette stipulation qu'elles ont déclaré subordonner les autres conventions du contrat de mariage, comme ne devant recevoir leur exécution, d'après la clause, qu'autant que cette même clause recevrait la sienne; mais elles ne l'ont pas pu, et elles ont pu très bien faire les conventions principales. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article 1172 à ces conventions, puisqu'elles n'étaient point subordonnées à un événement futur et incertain, contraire aux lois ou aux mœurs, mais bien à un objet positif.

Que l'on suppose aussi que, dans un acte de célébration du mariage, un officier de l'état civil, ignorant ou méconnaissant ses devoirs, insère, à la demande des époux, la clause portant que, en cas d'incompatibilité d'humeurs, ils pourront vivre séparément, le mari sans être obligé de recevoir la femme, la femme sans être tenue d'habiter avec le mari, et qu'il y ait déclaration expresse que c'est sous la condition seulement de cette réserve, que le mariage est contracté; une pareille clause assurément serait incontestablement nulle, comme contraire aux lois et aux bonnes mœurs; mais oserait-on soutenir pour cela, et par application de l'article 1172, que le mariage lui-même est nul, parce qu'il a été contracté sous une condition contraire aux lois? Personne n'oserait avancer une pareille proposition : on appliquerait simplement l'adage *utile per inutile non vitiatur*.

Et si, dans le contrat qui règle les conventions matrimoniales, il se trouvait des clauses qui portassent atteinte à la puissance paternelle, ou à l'ordre légal des successions, par exemple, en attribuant à l'aîné des enfans une part plus forte que celle des autres dans la succession des père et mère, de telles clauses seraient assurément nulles aussi, mais le contrat de mariage ne le serait pas pour cela dans ses autres dispositions permises, quand bien même, selon nous, on aurait expressément subordonné l'effet de ces dispositions à l'effet des stipulations prohibées. On se bornera toujours, en pareil cas, à annuler simplement les conditions interdites, du moins il faudrait un concours de circonstances extraordinaires qui attestât que les parties ont voulu braver les lois, pour qu'on annulât le contrat dans son ensemble, et encore, si l'un des époux était mineur, la nullité du contrat ne saurait être admise sur la demande de l'autre époux.

37. Les auteurs divisent aussi les conditions en expresses ou formelles, et en tacites ou sous-entendues.

Les expresses sont celles qui sont positivement exprimées par les contractans ou par les testateurs, et quelquefois par la loi.

Les tacites sont celles qui sont inhérentes à la nature de l'affaire ou de la disposition, et que la loi elle-même supplée dans le silence des parties.

38. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation, pour chacune des parties, d'exécuter le

contrat, est une condition tacite que l'engagement de l'autre n'aura effet qu'autant que cette exécution aura lieu (art. 1184); la condition, dans ce cas, est résolutoire.

Quelquefois même, sans suspendre l'*effet* de l'engagement, elle en suspend néanmoins l'*exécution;* par exemple, le vendeur qui n'a point accordé un terme à l'acheteur n'est pas obligé de lui livrer la chose, si celui-ci n'en paie pas le prix. (Art. 1612.)

Ordinairement, la résolution a besoin d'être demandée en justice (art. 1184), mais dans quelques cas elle a lieu de plein droit. C'est ainsi que la vente de denrées et d'effets mobiliers est résiliée de plein droit, et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. (Art. 1657.)

39. Dans les dispositions testamentaires, il y a toujours la condition tacite que l'héritier institué ou le légataire survivra au testateur (art. 1039); mais ce n'est pas là une véritable condition, elle ne rend point l'institution ou le legs conditionnels, elle ne les rendrait même généralement point tels, encore qu'elle eût été exprimée par le testateur.

Les donations faites par une personne qui n'avait point d'enfans au moment de la donation sont censées faites sous une condition résolutoire, au cas où il surviendrait un enfant légitime au donateur, ou que celui-ci légitimerait un enfant naturel né depuis la donation (art. 960); mais la donation n'est pas pour cela conditionnelle, à proprement parler.

On multiplierait facilement les exemples des conditions tacites légales.

40. Le sens conditionnel s'exprime communément par la conjonction *si,* ou par ces sortes de phrases, *en cas que, pourvu que, à moins que, qu'autant que, à condition que, le cas advenant,* et autres semblables expressions.

L'ablatif absolu, *cela étant,* etc., fait aussi ordinairement condition, mais pas toujours : c'est le sens de la phrase entière dans laquelle se trouvent ces mots qui détermine s'ils sont ou non conçus dans le sens conditionnel. L'on doit en dire autant, en général, de l'emploi des gérondifs.

41. Quant à la conjonction *lorsque,* ou *quand,* elle n'emporte condition qu'autant que, de l'ensemble de la clause dans laquelle elle se trouve, l'intention des parties a été évidemment d'y attacher ce sens. Dans le cas contraire, ce n'est qu'un terme, qui ne suspend point l'effet de l'obligation, mais en retarde seulement l'exécution (art. 1185)[1]. Les circonstances de la cause peuvent aussi éclairer les tribunaux sur la pensée des contractans à cet égard.

C'est au surplus un point important, attendu que, d'après l'article 1182, si la chose promise sous condition vient à périr pendant que la condition est encore en suspens, elle périt pour celui qui l'a promise (dans le cas où un prix aurait été convenu pour cette chose), quoique la condition vînt à s'accomplir en-

[1] *Voy.* en matière de legs, tome IX, n° 294.

suite, et nonobstant la règle que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179); tandis que si les parties n'ont entendu mettre qu'un terme, la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant que le débiteur fût en demeure, est supportée par le créancier de cette chose, lequel, par conséquent, n'est pas moins obligé d'en payer le prix, s'il en a promis un.

42. Le pronom *qui* forme tantôt condition, tantôt charge ou mode, tantôt simple indication ou démonstration, mais rarement condition.

En traitant des legs, tome IX, n° 295, nous avons donné des exemples de cas où cette expression a l'une ou l'autre de ces significations; l'on peut recourir à ce que nous avons dit à cet égard; car, généralement, les décisions sont les mêmes en matière de contrats, et la règle à suivre, c'est de s'attacher à l'intention qu'avaient probablement les contractans, au moment de la convention. (Art. 1156.)

43. Aussi, toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. (Art. 1175.)

44. Il importe surtout de bien distinguer si la condition qu'elles ont insérée a dû, dans leur intention, être suspensive ou résolutoire, parce que les effets sont bien différens : notamment la condition suspensive empêche l'exécution de l'obligation, tant qu'elle n'est pas accomplie; tandis que la condition résolutoire n'empêche pas l'exécution de la convention; seulement elle opère la résolution de l'engagement,

si elle se réalise, et remet ainsi les choses au même état que si le contrat n'avait pas existé. (Art. 1183.)

A cet égard, on suit le sens naturel des termes de l'acte, attendu que c'est généralement par les expressions qu'elles emploient, que les parties témoignent leur volonté. Mais cette règle fléchit toutefois devant cette autre, que, « dans les conventions, l'on doit « rechercher quelle a été la commune intention des « parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au « sens littéral des termes. » (Art. 1156.)

On peut néanmoins établir comme règle générale, que, lorsque les termes destinés à exprimer l'événement prévu portent directement sur l'effet primitif de la convention, la condition est suspensive ; et que, lorsqu'ils portent sur la résolution de cet effet, la condition est résolutoire.

De là si je dis : *La vente de ma maison vous est faite moyennant* 10,000 *fr., si quelque autre ne m'en donne, dans le mois, un prix supérieur,* la condition est suspensive. Mais si je dis : *Je vous vends ma maison* 10,000 *fr.; mais si quelque autre, dans le mois, m'en donne un prix supérieur, il n'y aura pas de vente,* la condition est résolutoire. C'est ce que décide, sur l'un et l'autre cas, le jurisconsulte Ulpien dans la loi 2 ff. *de in diem addict.* que nous avons avons déjà eu occasion de citer plus haut, n° 8 : *Nam si quidem hoc actum est,* UT MELIORE ALLATA CONDITIONE, DISCEDATUR, *erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est,* UT PERFICIATUR EMPTIO, NISI

MELIOR CONDITIO AFFERATUR, *erit emptio conditionalis* (c'est-à-dire, sous condition suspensive).

Et quoique l'interprétation des clauses d'un contrat appartienne généralement aux tribunaux, néanmoins, si les juges déclarent qu'il y a condition suspensive dans un cas où, d'après la nature des faits reconnus par eux, il y a évidemment condition résolutoire, et *vice versâ*, leur décision, à cet égard, ne renferme pas seulement un *mal jugé*, susceptible d'être réformé en appel; c'est, de plus, une violation de la loi, qui définit les caractères généraux de l'une et l'autre condition, et, par conséquent, elle est susceptible de cassation. On trouve l'application de ce principe dans un arrêt de cassation du 28 août 1815, rendu en matière de perception de droits d'enregistrement pour vente d'immeubles [1]. (Sirey, 15, 1, 421.)

45. Dans l'accomplissement des conditions, il faut distinguer celles qui consistent dans un fait personnel à celui auquel elles sont imposées, de celles qui ne consistent que dans un fait considéré en lui-même, abstraction faite de la personne qui l'accomplirait.

Ainsi, lorsque je dis : Je vous promets 1,000 fr., *si vous me faites mon portrait*, ou *si vous me dressez le plan d'un hôtel* que je me propose de faire construire, la condition doit être accomplie par vous-même : vos héritiers ne pourraient l'accomplir, non plus que

[1] *Voy.* tome XVI, n° 67, au titre *de la vente.*

vos créanciers, pour avoir les 1,000 fr. Aussi n'est-ce pas de ces cas, et autres semblables, que l'on doit entendre la disposition de l'article 1179, portant que, si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers; ce qui semblerait faire supposer que ces derniers peuvent, comme leur auteur, remplir la condition, et ensuite exercer le droit qui dépendait de son accomplissement. Cet article doit être entendu des cas où la condition est casuelle, de presque tous ceux aussi où elle est mixte, mais non pas de tous ceux où elle est potestative de la part du créancier, tant s'en faut.

Mais lorsque je conviens avec vous de vous compter 100 fr., *si vous abattez tel arbre de votre jardin,* qui gêne les jours de ma maison, ou *si Paul détruit tel mur,* qui me gêne pareillement, la condition peut être accomplie par vos héritiers dans le premier cas, et par ceux de Paul dans le second; car c'est le fait en lui-même qui a été considéré, et non la personne qui l'exécuterait.

La plupart des anciens docteurs pensaient toutefois que toute condition potestative de la part du stipulant ou créancier ne pouvait s'accomplir utilement après sa mort; par conséquent, qu'il ne transmettait pas le droit à ses héritiers, faute de l'avoir acquis lui-même par l'accomplissement de la condition. Mais on a démontré depuis long-tems que cette doctrine était erronée par sa trop grande généralité : elle est vraie dans les cas où la condition potestative de la part du créancier consiste dans un fait qui lui

est purement personnel, comme dans les exemples que nous avons donnés ci-dessus, et que l'on peut étendre, il est vrai, à bien d'autres cas encore, mais elle est fausse dans ceux où la condition, quoique potestative, consiste plutôt dans le fait en lui-même, que dans la volonté personnelle de la partie contractante qui devait l'exécuter, et qui n'a été désignée dans le contrat que parce que la chose à faire dépendait plutôt d'elle que de toute autre au moment où l'on traitait. Il en est de ces conditions comme des obligations de faire contractées purement et simplement, lesquelles peuvent être exécutées par un tiers comme par le débiteur lui-même, contre le gré du créancier, lorsque celui-ci n'a pas d'intérêt à ce qu'elles le soient par le débiteur. (Art. 1237.)

46. En général, si plusieurs conditions ont été imposées par une particule disjonctive, par exemple, *si tel navire revient en France, ou si Paul est nommé à tel emploi,* il suffit que l'une ou l'autre s'accomplisse pour que l'obligation devienne parfaite, si les conditions sont suspensives, et pour qu'elle se résolve, dans le cas où elles seraient résolutoires.

47. Quand les conditions sont imposées sous une particule conjonctive, *putà, si tel navire revient en France et si Paul est nommé à tel emploi,* elles doivent être toutes remplies.

48. Si la condition est apposée avec une circonstance qui lui soit inhérente, par exemple, s'il est dit : *Si tel navire arrive à bon port avec tel capitaine,* ou bien : *Si Paul est nommé à tel emploi par suite d'un*

concours, il faut que la condition s'accomplisse avec la circonstance prévue; car cette circonstance fait partie intégrante de la condition; elle est elle-même en quelque sorte une condition secondaire.

49. Au surplus, en matière de conditions comme dans d'autres matières [1], la disjonctive *ou* se prend quelquefois dans le sens de la copulative *et*. En sens inverse, la copulative doit quelquefois être prise dans le sens de la disjonctive. Mais, dans l'un et l'autre cas, c'est lorsque l'intention des parties contractantes, et surtout de celle qui a mis la condition, ne saurait être douteuse, d'après les circonstances de la cause; car il faut toujours en revenir à la règle, que les conditions doivent être accomplies de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elles le fussent. (Art. 1175.)

La disjonctive se prend pour la conjonctive dans l'espèce suivante : *Je donne à Paul ma maison; mais je stipule le droit de retour au cas où il mourrait avant moi sans enfans, ou sans avoir disposé de la maison.* Il est clair que, suivant mon intention, la disjonctive *ou* a été mise ici pour la copulative *et*; en conséquence, que le droit de retour ne doit avoir lieu qu'autant que Paul mourrait sans enfans, et, en outre, qu'autant qu'il mourrait sans avoir disposé de la maison; en sorte que, lors même qu'il mourrait sans enfans, le retour n'aurait pas lieu, s'il avait disposé de la maison; comme, en sens inverse, il n'aurait pas lieu non plus quoiqu'il n'eût pas dis-

[1] *Voy.* la L. 53, ff. *de Verb. signif.*

posé de la maison, s'il avait laissé des enfans. Cependant, d'après la clause, il devait avoir lieu dans l'un *ou* l'autre cas. Mais il est clair que si l'existence des enfans n'eût pas dû, dans ma pensée, faire obstacle au droit de retour, il était inutile de parler d'eux; il suffisait de dire que le retour aurait lieu au cas où Paul mourrait sans avoir disposé de la maison. Et, *vice versâ*, si le fait seul que Paul ne laisserait pas d'enfans suffisait, dans ma pensée, pour empêcher le retour, il était inutile de parler du cas où il n'aurait pas disposé de la maison. Tel était aussi l'avis de Pothier (n° 223), et la loi 6, Cod. *de Institut. et substit., princip.* fournit un puissant argument pour le décider ainsi. Dans le cas prévu et décidé par cette loi, la disjonctive *ou* est clairement prise dans le sens de la conjonctive *et*.

La conjonctive, au contraire, se prend pour la disjonctive quand je stipule pour moi *et* pour mes héritiers [1]; car il est clair que je n'entends pas par-là que vous devez faire la chose pour moi, et encore pour mes héritiers.

50. La condition *s'il meurt sans enfans*, SI SINE LIBERIS DECESSERIT, manque, lors même que la personne ne laisse qu'un enfant. (LL. 148 et 149, ff. *de Verb. signif.*)

Cela est vrai dans les contrats comme dans les testamens.

[1] *Conjunctionem enim nonnunquam pro disjunctione accipi, Labeo ait, ut in illâ stipulatione*, MIHI HEREDIQUE MEO, TE HEREDEMQUE TUUM. (L. 29, ff. *de Verb. signif. Voy.* aussi les lois 53 et 124 au même titre.)

51. Cette condition, dans le Droit romain, comprenait même les enfans naturels, c'est-à-dire ceux que l'on avait eus d'une concubine, et que l'on appelait *liberi naturales* [1]. C'était toutefois une question d'intention, qui se décidait d'après l'état et la dignité de celui qui avait disposé sous cette condition. (L. 17, § 4, ff. *ad Senatusc. Trebell.*)

Justinien a même décidé, par la loi 6, Cod. *de Instit. et substit.*, que les enfans naturels seraient compris dans la condition tacite *si sine liberis decesserit*; qu'ainsi, lorsqu'un père instituerait son fils son héritier, en lui substituant un tiers, sans déclarer que la substitution aurait effet si le fils décédait *sine liberis*, non seulement l'existence d'un ou plusieurs enfans légitimes au décès de l'institué ferait évanouir la substitution, mais aussi que l'existence d'un ou plusieurs enfans naturels empêcherait qu'elle ne s'ouvrît, jusqu'à concurrence toutefois des droits attribués aux enfans naturels sur la succession de leurs père et mère.

D'après l'article 960, la survenance d'un enfant naturel au donateur qui n'avait point d'enfans légitimes au moment de la donation, ne suffit pas pour en opérer la révocation; il faudrait pour cela que cet enfant fût légitimé par mariage subséquent. Mais comme, selon notre opinion, les enfans naturels légalement reconnus, non incestueux ni adultérins, ont droit à une réserve sur les biens de leurs père et

[1] Qu'il ne faut pas confondre avec les *spurii, vulgò quæsiti, seu ex vagâ venere nati.*

mère décédés [1], il est vrai de dire, quant à cet objet, qu'ils sont aussi compris dans la condition tacite et légale *si sine liberis decesserit*, en ce sens que leurs père et mère n'ont pu disposer de tous leurs biens que sous la condition tacite qu'ils ne laisseraient pas d'enfans naturels légalement reconnus qui demanderaient ce que la loi leur accorde.

Il sera bien rare, au surplus, que, dans notre Droit, les enfans naturels, quoique légalement reconnus, soient compris dans la condition *si sine liberis decesserit*, exprimée dans les testamens ou dans les contrats; mais les circonstances particulières de la cause pourraient toutefois faire reconnaître aux tribunaux que l'intention des parties ou du disposant a été de les y comprendre.

52. Nous avons dit que le principe général en matière de conditions est qu'elles doivent être accomplies suivant l'intention qu'avaient vraisemblablement les parties au moment du contrat; en conséquence, que, lorsque la condition a pour objet un fait personnel au créancier, elle doit être remplie par lui et non par tout autre, même par son héritier ou par ses créanciers, mais que lorsque le fait a été envisagé en lui-même, plutôt que par rapport à la personne, ce fait peut être accompli même par ses héritiers, et même par ses créanciers.

Ainsi, quand, dans une transaction, je déclare renoncer à telle demande que j'ai formée contre vous, *si dans l'année vous me comptez dix mille francs*, nul

[1] *Voy.* tome VI, n° 309 et suivans, et tome VIII, n°s 302 et 303.

doute, si vous venez à mourir dans l'année, que vos héritiers ne puissent valablement payer la somme dans le même délai, pour donner effet à la transaction. Cette clause renferme plutôt une charge qu'une condition proprement dite, et encore si vous vous êtes réellement obligé de votre côté à payer la somme, si la chose n'a pas été laissée à votre libre arbitre, ainsi que cela a pu avoir lieu, comme nous l'avons dit plus haut.

Dans le Droit romain, le legs fait à Sempronius à la charge ou à la condition de compter cent à l'héritier (ou à un tiers), était considéré comme conditionnel; en sorte que si Sempronius mourait avant d'avoir compté les cent, le legs était caduc, à moins que celui à qui ils devaient être comptés ne les eût refusés. A plus forte raison le legs était-il conditionnel lorsque la clause était ainsi conçue : *S'il compte cent à Titius* [1]. Comme ces conditions étaient potestatives de la part de celui à qui elles étaient imposées [2], il fallait, pour qu'elles fussent réputées accomplies, que la personne eût obéi à la volonté du testateur, du moins autant qu'il était en elle de le faire. Mais, ainsi que nous l'avons dit en traitant des legs, tome IX, n° 296, 317 et 326, le legs fait à Paul, *à la charge* et même *à condition de compter cent à Pierre*, ne serait généralement point considéré comme con-

[1] *Voy.* notamment, sur ces différentes clauses, les lois 4, *princip.*; 13, 23, 44, § 8; 51, § 1; 54, § 1; 56, 62, § 1; 94 et 112, § 1, ff. *de Condit. et demonst.*

[2] On appelait ces sortes de conditions, *promiscuæ*. (L. 11, ff. *de Condit. et demonst.*)

ditionnel dans notre Droit; en conséquence, il serait transmissible aux héritiers du légataire qui aurait survécu au testateur, et qui serait mort avant d'avoir compté les cent. Ils pourraient, d'après cela, ainsi que ses créanciers, en réclamer la délivrance, en payant la somme. On verrait, dans ces expressions, plutôt une simple *charge*, qu'une *condition* proprement dite; car, d'après l'article 1040, c'est l'intention du testateur seule qui rend le legs conditionnel. Or, de telles clauses ne démontrent point nécessairement, tant s'en faut, qu'il ait eu la volonté que le legs n'eût effet qu'autant que ce serait le légataire lui-même qui compterait les cent. Il y aurait plus de difficulté s'il avait dit, je lègue à Paul, *s'il compte cent à Pierre*, parce que la particule *si* exprime mieux que tout autre terme le sens conditionnel. Néanmoins, il y aurait encore à considérer quelle a pu être sa volonté, d'après les circonstances particulières de la cause, et si le légataire pourrait ou non être présumé n'avoir pas voulu du legs, dans le cas où il serait mort après un assez longtems depuis qu'il en a eu connaissance.

53. Les conditions, en général, doivent être accomplies *indivisibiliter*, et non par parties; d'où il suit que si l'on a légué une chose à quelqu'un, *s'il donne cent à l'héritier* (ou à un tiers), le légataire ne peut, en ne donnant que la moitié de la somme, demander la moitié de la chose léguée [1].

Il en serait autrement si le legs avait été fait con-

[1] L. 56, ff. *de Condit. et demonst.*

jointement à deux personnes sous la condition, *si elles donnent cent à l'héritier* : chacune d'elles pourrait, en donnant cinquante, demander sa part dans la chose léguée[1]; et la part du collégataire qui ne remplirait pas la condition accroîtrait à celle de l'autre, *sed suâ conditione*[2], c'est-à-dire avec la charge de payer les autres cinquante.

La L. 112, § 1, ff. *de Condit. et demonst.*, nous fournit aussi l'exemple d'un cas où la condition peut être accomplie par parties et pour partie, quoique ce soit à la même personne qu'elle ait été imposée. Dans l'espèce de cette loi, on a légué un fonds à Titius, *s'il donnait cent à Sumphorus et à Januarius* : Sumphorus étant venu à mourir avant le paiement des cent, le jurisconsulte Scævola se demande si le legs n'est pas devenu caduc, comme s'il eût été fait sous la condition que le légataire paierait cinquante à chacune des deux personnes? Mais il décide, toutefois *benignâ interpretatione*, que si Sumphorus est mort avant que le légataire ait été en demeure de lui compter sa part dans les cent, le legs doit sortir son effet pour la moitié du fonds, à la charge que la moitié de la somme sera payée à Januarius.

54. Pothier (n° 215), appliquant le principe que les conditions doivent être accomplies *indivisibiliter*, et non par parties, dit que, si j'ai fait avec Paul une transaction par laquelle je lui ai abandonné mes droits et prétentions sur un certain immeuble, *à la*

[1] L. 44, § 8, L. 54, § 1, ff. *de Condit. et demonst.*
[2] L. 54, § 1, précitée.

condition qu'il me paierait 10,000 *fr. dans un certain tems*, et que Paul soit venu à mourir, laissant plusieurs héritiers, avant d'avoir payé la somme, chacun d'eux ne pourra exécuter la condition pour sa part héréditaire, et demander le maintien ou l'exécution de la transaction pour cette part; qu'ils devront se concerter et payer les 10,000 fr. en même tems.

Il se fonde sur ce que, dans l'intention des parties, la condition, quoiqu'ayant pour objet une chose divisible, devait néanmoins s'exécuter d'une manière indivisible, de même que souvent une obligation de chose divisible doit, d'après l'intention des contractans, s'exécuter comme si l'obligation était indivisible. (Art. 1218 et 1221.)

Nous souscrivons à cette décision pour les cas où l'intention des parties à cet égard ne sera pas douteuse; mais nous ne voyons pas pourquoi on le déciderait ainsi d'une manière générale plutôt dans une transaction, que dans une vente ou dans tout autre contrat. Il nous semble que Pothier a trop généralisé sa décision; il a d'ailleurs pris comme exemple d'une condition, ce qui n'est que l'exemple d'un prix ou d'une charge, chose bien différente, puisque la condition, en principe, doit être accomplie *in formâ speciali et indivisibiliter*, tandis qu'une charge ou un prix s'acquitte fort bien, en général, *per æquipollens et divisibiliter*.

Qu'on assimile l'abandon des droits et prétentions de la partie sur l'immeuble en question à une vente

proprement dite de cet immeuble; or, de ce que l'un des héritiers de l'acheteur ne paierait pas sa part dans le prix, serait-ce une raison suffisante pour que le vendeur pût, en vertu de l'article 1654, demander la résiliation du contrat contre les autres héritiers qui auraient satisfait ou qui offriraient de satisfaire à leur obligation à cet égard? Nous ne le croyons assurément pas. Peu importe que, dans le cas de vente à réméré, si le vendeur laisse plusieurs héritiers, ceux-ci doivent, si l'acheteur l'exige, se concerter pour retirer le tout, sinon il est renvoyé de la demande (art. 1669 et 1670 combinés); car le cas est bien différent : dans celui-ci, l'acheteur a acheté une chose en totalité, et par conséquent son contrat ne doit pas être scindé dans ses effets. Mais on ne dit rien de semblable dans le cas du vendeur qui n'est point payé par l'un des héritiers, quand il l'est par les autres : ceux-ci ne doivent point souffrir du fait de leur cohéritier. Dans ce système, un trop grand nombre de contrats seraient exposés à être résiliés. Vainement dirait-on que le vendeur, en faisant résilier seulement le contrat pour partie, se trouvera ainsi en communauté, contre sa volonté, et qu'on ne peut pas le contraindre à prendre ce parti [1]; on répondrait qu'on ne l'y force pas, puisqu'il peut faire vendre la part de ceux qui ne le paient point.

55. Suivant Dumoulin [2], si le juge a accordé un terme de grâce à plusieurs héritiers d'un débiteur,

[1] *Voy.* la loi *Si non sortem*, 26, §§ 13 et 14, ff. *de Condict. indeb.*

[2] *Tractat. de dividuis et individ.*, § 3, n° 534 *et sequent.*

à la charge ou sous la condition de donner caution, ceux qui ont satisfait à la condition ne jouiront pas de ce terme, si, parmi les héritiers, il s'en trouve qui ne l'aient point accomplie. La raison sur laquelle se fonde cet auteur est que le créancier, dans l'espèce, est la partie la plus favorable, puisque c'est lui qui souffre d'un terme qui n'avait point été convenu avec le débiteur.

Mais il pense que si quelques-uns des héritiers, au lieu de donner caution pour leur part, l'ont payée, les autres doivent jouir du terme accordé, en offrant caution, attendu qu'alors tout est garanti.

Et nous ajouterons que, si ceux qui ont donné caution pour eux veulent aussi la donner pour leurs cohéritiers, qui ne veulent ou ne peuvent en offrir une, ils doivent aussi jouir du terme accordé, parce que, dans ce cas, comme dans le précédent, toute la créance se trouve pareillement garantie, et que la condition doit être considérée comme remplie dans toute sa plénitude.

56. C'est un principe invariable, que celui qui réclame l'exécution d'une obligation, doit la prouver; comme, en sens inverse, celui qui se prétend libéré, doit justifier du paiement ou du fait qui a produit l'extinction de son obligation. (Art. 1315.) Par conséquent, le créancier sous une condition suspensive doit justifier de l'accomplissement de la condition, puisque c'est l'événement de cette condition qui le rend réellement créancier. *Vice versâ,* celui qui prétend qu'une condition résolutoire s'est opérée en sa

faveur, est pareillement tenu d'en justifier, parce qu'il est aussi demandeur quant à cet objet. Voilà pourquoi, dans le cas d'un legs fait sous une condition suspensive, si le légataire et le testateur sont morts dans le même événement, ou à des époques rapprochées, le legs sera caduc si les représentans du légataire ne prouvent pas que leur auteur a survécu au testateur ; tandis que dans le cas d'une donation entre-vifs, faite avec stipulation du droit de retour, pour le cas de survie du donateur, ce serait au contraire aux héritiers de ce dernier à prouver, pour pouvoir réclamer les biens donnés, que le donataire est mort le premier.

57. Les conditions sont *positives* ou *négatives*, c'est-à-dire conçues en vue du cas où tel événement arrivera, ou n'arrivera pas.

Lorsque la condition est positive et avec détermination d'un tems dans lequel l'événement doit arriver, elle est accomplie si l'événement est arrivé dans le tems fixé, et aussitôt qu'il est arrivé (art. 1176) ; et la condition est défaillie dès que le tems s'est écoulé sans que l'événement soit arrivé (*ibid.*), ou même auparavant, si l'événement ne peut plus arriver ; par exemple, s'il s'agit du retour d'un navire en France dans l'année, et que ce navire ait fait naufrage avant la fin de l'année, la condition est certainement défaillie.

S'il n'y a pas de tems fixé, la condition peut toujours être accomplie tant que l'événement peut arriver (*ibid.*) ; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il

est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (*ibid.*).

Lorsque la condition est négative, et avec détermination d'un tems pendant lequel l'événement ne doit pas arriver, elle est accomplie par l'expiration de ce tems sans que l'événement soit arrivé (art. 1177), ou même avant l'expiration du tems, s'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas; et elle est défaillie lorsque l'événement est arrivé dans le tems fixé.

S'il n'y a pas de tems déterminé, la condition n'est réputée accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas (*ibid.*); et elle est défaillie lorsque l'événement est arrivé, quelle que soit l'époque où il a eu lieu.

58. Ainsi, la *caution mutienne*[1] n'a pas lieu dans les contrats, quand bien même la condition serait de nature à ne pouvoir se vérifier qu'au moment de la mort du créancier; celui-ci ne serait pas admis à demander l'exécution de l'obligation, en offrant caution qu'il ne fera pas la chose : par exemple, *s'il ne va pas à Rome*, sans détermination de tems, la condition ne sera vérifiée et accomplie qu'à sa mort. C'est comme s'il avait stipulé pour ses héritiers. Son droit passant à ceux-ci, le motif qui a fait établir cette caution n'existe pas comme dans les testamens, où le droit n'est transmissible qu'autant que la condition dont il dépendait s'est accomplie du vivant

[1] *Voyez* ce qui a été dit sur cette caution, au tome IX, n° 297, relativement aux testamens, où elle a lieu également dans le Droit français.

du légataire, et où celui-ci n'en aurait pas joui s'il n'eût été admis à demander le legs, en offrant cette caution.

59. Dès que la condition est accomplie, l'exécution de l'obligation peut être poursuivie, à moins qu'il n'y ait aussi un tems qui ne se trouverait pas encore écoulé. Et il y aurait tout à la fois terme et condition, s'il était dit : *Si tel navire ne revient pas en France dans les cinq ans à partir de ce jour,* ALORS *je vous paierai* 1,000 *fr.* La particule *alors* ferait terme, en sorte que, lors même qu'avant les cinq ans il serait devenu certain que le navire a péri, et par conséquent que la condition est accomplie, la somme ne pourrait être demandée qu'à l'expiration des cinq ans. Nous reviendrons sur ce point.

60. La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur obligé sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement (art. 1178) : *Quicumque sub conditione obligatus, curaverit ne conditio existeret, nihilominùs obligatur.* (L. 85, § 7, ff. *de Verb. oblig.*)

La loi 161, ff. *de Regul. juris,* en fait une règle pour les institutions d'héritier et les legs, à l'imitation des stipulations ; et les lois 24 et 81, § 1, ff. *de Condit. et demonst.,* contiennent le même principe.

Il s'applique aux conditions résolutoires comme aux conditions suspensives.

Les lois romaines donnaient pour exemple le cas où un legs ayant été fait à quelqu'un sous la condition de payer une certaine somme à l'héritier dans

un certain tems, l'héritier n'avait pas voulu la recevoir [1]; le cas aussi où la liberté ayant été léguée à un esclave sous la condition d'aller en telle ville, l'héritier n'avait pas voulu lui permettre de faire ce voyage [2].

Par la même raison, si j'ai stipulé de vous telle chose sous la condition que je vous compterais telle somme dans un certain tems, sinon que la stipulation serait réputée non avenue, la condition ne sera point censée défaillie si vous refusez la somme que j'ai promise, et que je vous offre entière.

61. Mais lorsque celui qui est obligé sous une condition n'a fait qu'user de son droit, quoiqu'il ait par-là empêché qu'elle ne se réalisât, elle n'est cependant pas pour cela réputée accomplie. Ainsi, dit le jurisconsulte Paul, dans la loi 38, ff. *de Statu liberis* : *Non omne ab hæredis personâ interveniens impedimentum, statu-libero pro expletâ conditione cedit, sed id duntaxat quod impediendæ libertati factum est.* De là, si la liberté a été léguée à un esclave sous la condition qu'il compterait dix à l'héritier, celui-ci, en l'empêchant d'aller travailler chez autrui pour gagner de quoi payer la somme, n'est pas censé pour cela avoir fait manquer la condition, attendu qu'il n'a fait qu'user de son droit en exigeant pour lui tout le travail de l'esclave.

[1] L. 39, ff. *de Regul. juris.*

[2] L. 3, § 3, *de Statu-liberis.* *Voyez* aussi des exemples de cas où la condition est réputée accomplie par cela seul que c'est le débiteur qui en a empêché l'accomplissement, dans les LL. 13, ff. *de Annuis legatis*, et 3, §§ 4 et 16, ff. *de Statu-liberis.*

Vous trouvez des exemples analogues dans la loi suivante, et dans la loi 41, § 1, ff. *de Fideicommis. libert.*

62. Lorsque c'est un tiers, par le concours duquel la condition devait être accomplie, qui n'a pas voulu se prêter à son accomplissement, alors il faut distinguer si, dans la pensée des contractans ou du disposant, elle était simplement potestative de la part du créancier, légataire ou donataire, ou bien si elle était d'une nature mixte, renfermant ainsi en soi quelque chose de casuel qui devait se réaliser pour que l'acte eût son effet.

Dans le premier cas, on doit, en général, regarder la condition comme accomplie lorsqu'elle a manqué seulement par le refus du tiers de concourir à son accomplissement; mais lorsqu'elle était d'une nature mixte, on doit la regarder comme ayant défailli.

On peut donner pour exemple d'un cas où elle était simplement potestative, celui où un legs a été fait à quelqu'un sous la condition ou à la charge de compter 100 francs à Paul, et que Paul ne veut pas les recevoir [1].

Tel serait aussi le cas où un legs serait fait à quelqu'un sous la condition ou à la charge d'élever une statue à certain personnage dans telle ville, et que l'autorité publique n'y voudrait pas consentir [2].

Par analogie de motifs, la condition serait aussi réputée accomplie lorsqu'un legs ayant été fait à

[1] L. 3, ff. *de Condit. institutionum.*
[2] L. 14, ff. *de Condit. et demonst.*

quelqu'un sous la condition de donner une certaine chose à l'héritier, cette chose serait venue à périr sans la faute du légataire et avant qu'il fût en demeure de la délivrer [1], car, dans ce cas aussi, le légataire ne serait point en faute.

Enfin on peut encore donner pour exemple le cas où un legs a été fait à quelqu'un, *s'il épouse Élisabeth*, et qu'Élisabeth refuse de l'épouser [2].

63. Mais dans cette espèce, les lois romaines distinguaient soigneusement entre le cas où le mariage avait manqué seulement par le refus du tiers ou par suite d'une impossibilité légale, et le cas où il avait manqué par la mort soit du légataire, soit du tiers. Dans la première hypothèse, la condition était réputée accomplie [3], ou remise comme impossible; dans la seconde, la disposition était caduque, comme faite sous une condition qui avait défailli [4]. Dans le premier cas, la condition n'ayant manqué que par le refus du tiers, le légataire qui avait fait son possible pour obéir à la volonté du testateur ne devait pas souffrir de ce refus; dans le second cas, l'événement prévu ne s'était pas réalisé, n'importe quelle en était la cause. En d'autres termes, dans le premier cas, on considérait la condition comme potestative, *promiscua*, et dans ces sortes de conditions l'on s'attachait, en général, à l'obéissance qu'avait montrée

[1] L. 54, § 2, ff. *de Legat.* 2°.
[2] L. 31, ff. *de Condit. et demonst.* Pothier, n° 214.
[3] *Dictâ lege* 31.
[4] *Dictâ lege* 31, et L. 4, Cod. *de Inserlis condit. tam legat. quam fideicomm.*

l'héritier institué ou le légataire pour la volonté du testateur. Au lieu que dans le second cas, l'on envisageait la condition comme étant d'une nature mixte, par conséquent comme renfermant en soi quelque chose de casuel, dont dépendait la disposition.

Suivant le Code, toute donation par acte entre-vifs faite en faveur du mariage est caduque, si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088); ce qui veut dire que toute donation faite en faveur du mariage est censée faite sous la condition que le mariage aura lieu : d'où il suit que, quelle que soit la cause qui en empêche la conclusion, la donation est caduque et demeure sans effet, quand bien même le donataire épouserait de suite une autre personne que celle que le donateur avait en vue en faisant la donation [1]. Et Pothier (n° 214), en décidant, comme nous, que le défaut d'accomplissement d'une condition mixte empêche l'acte de sortir son effet, dit : « Si quelqu'un « m'a promis une certaine somme si j'épousais sa « cousine, je ne pense pas que la somme me fût due « si j'étais prêt à l'épouser, et qu'elle refusât; quoi- « que si l'on m'eût fait un legs sous une telle condi- « tion, la condition passât pour accomplie. L. 31, ff. « *de Cond. et demonst.* »

Mais dans ce cas, d'un legs fait sous la condition d'épouser telle personne [2], la disposition serait-elle

[1] *Voy.* tome IX, n° 667.

[2] Condition très-licite d'après le Code, quoiqu'on eût pu la regarder, sous l'empire de la loi des 5-12 septembre 1792, comme *contraire à la liberté de se marier avec telle ou telle personne*, et en conséquence, comme étant réputée non écrite dans les dispositions testamentaires, et même

nulle, comme en Droit romain, si la condition manquait par toute autre cause que le refus du tiers de consentir au mariage? Nous pensons qu'il y aurait à prendre en considération l'intention du disposant, et, pour l'apprécier, les termes de l'acte seraient d'un grand poids. S'il était dit par exemple, *à la charge d'épouser un tel* (ou une telle), la condition, selon nous, quelle que fût la cause qui empêchât le mariage, pourvu que ce ne fût pas le défaut de volonté de la part du légataire, serait censée accomplie, ou bien regardée comme impossible, et en conséquence réputée non écrite, d'après l'article 900. Il en devrait être de même si le testament portait : *à condition d'épouser un tel* (ou une telle); car ces mots, *à condition d'épouser un tel,* sont synonymes de ceux-ci, *à la charge d'épouser un tel.*

Mais si la clause était ainsi conçue : *dans le cas seulement où il contracterait mariage avec Elisabeth,* ou même simplement, *en faveur du mariage qu'il contractera avec Elisabeth,* nous pensons que le mariage serait la condition *sine quâ non* de la disposition, et, d'après cela, que la libéralité n'aurait effet qu'autant qu'il serait réellement contracté; qu'il n'y aurait pas lieu de réputer non écrite la condition comme impossible, quoique l'une des deux personnes vînt à mourir de suite, ou qu'Élisabeth ne voulût pas consentir au mariage. Cela serait vrai surtout si la personne désignée était un des proches du donateur ou testateur,

dans les donations entre-vifs, hormis celles faites en faveur d'un mariage arrêté. *Voy.* tome VIII, nos 105, 124, et autres de la même section.

sa fille ou sa nièce, parce que tout porterait alors à croire que le mariage de cette personne a été la *cause* déterminante de la libéralité.

64. Toutefois, cette règle, que, dans les dispositions de dernière volonté, les conditions potestatives sont, en général, réputées accomplies lorsqu'il n'a pas tenu à celui à qui le défunt a laissé quelque chose sous une condition de cette nature, qu'elle ne fût exécutée, cette règle, disons-nous, ne doit pas, selon Pothier (n° 213), s'appliquer aux conditions d'engagemens contractés par des actes entre-vifs, parce qu'il n'y a pas même raison, les dernières volontés étant plus susceptibles d'une interprétation favorable et par cela même plus étendue.

Ainsi, suivant cet auteur, si quelqu'un s'est obligé envers moi sous la condition que j'affranchirais, dans le courant de l'année, un certain nègre de mon habitation dans les colonies, et que ce nègre soit venu à mourir, même avant l'expiration de l'année, je ne puis réclamer la somme, attendu que la condition ne s'est pas accomplie, et que, dans les contrats, l'interprétation, lorsqu'il y a doute, doit être faite contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui s'est obligé (art. 1162). C'est sa faute de ne s'être pas mieux expliqué.

On peut dire aussi que, si l'obligation n'a pas d'autre cause que celle-là, elle se trouve avoir été contractée pour une cause qui a manqué son effet; or, suivant la loi 5, *princip.*, ff. *de Condict. caus. datâ*, etc., si j'ai compté une somme à quelqu'un pour qu'il fît

un voyage pour moi, par exemple pour qu'il allât me représenter dans une faillite ouverte en telle ville, et qu'il ait été empêché de faire ce voyage à cause d'une maladie, je puis répéter ce que je lui ai compté; à plus forte raison puis-je me dispenser de payer la somme. Et d'après le paragraphe dernier de la même loi, si j'ai compté à quelqu'un une somme pour qu'il affranchît un certain esclave qui lui appartenait, et que cet esclave soit venu à mourir avant d'être affranchi, je puis, en principe, répéter ce que j'ai compté, parce que la cause pour laquelle je l'ai payé a manqué son effet.

65. Néanmoins, nous croyons que, dans les donations entre-vifs, la condition dont il s'agit serait réputée accomplie, comme elle l'est dans les testamens; car la mort du nègre, survenue depuis la donation, et avant que le donataire fût en demeure de faire la chose, doit être assimilée à l'impossibilité qui aurait déjà existé au moment de l'acte; or, d'après l'article 900, la condition impossible est aussi bien réputée non écrite dans les donations que dans les testamens. Ce cas et autres semblables diffèrent en effet de celui où la condition est le mariage du donataire avec telle personne : dans celui-ci, le mariage est la *cause* déterminante de la donation; au lieu que dans les autres, la condition est plutôt une simple charge. Au surplus, les termes de la clause pourraient y faire voir une condition absolue, *sine quâ non*, et alors il faudrait que cette condition fût accomplie pour que la donation sortît son effet.

66. Dans les contrats, la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté; en conséquence, si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers [1]. (Art. 1179.)

La raison en est que nous contractons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes, à moins que le contraire ne soit exprimé dans l'acte, ou ne résulte de la nature de la convention (art. 1122); or, ce but ne serait pas atteint, si la mort de celui qui a stipulé sous une condition faisait évanouir le droit, ou, si l'on veut l'espérance résultant du contrat.

Au lieu que dans les dispositions de dernière volonté, comme le disposant n'a pris en considération que la personne qu'il a instituée, ou à laquelle il a légué, et nullement les héritiers présomptifs de cette personne, que souvent il ne connaît même pas, et cependant qu'il n'a voulu la gratifier que sous une condition, il s'ensuit que si elle meurt avant que cette condition se soit effectivement accomplie, la disposition devient caduque (art. 1040) [2]; car le droit n'ayant jamais résidé dans sa main, il n'a pu être transmis à ses héritiers : il n'y a eu qu'une espérance, et cette espérance ne s'est pas réalisée. Mais nous stipulons pour nos héritiers cette même espérance.

67. Du principe que la condition accomplie a un

[1] *Voy.* le § 4, Instit. *de Verb. oblig.*, et la L. 8, *princip.* ff. *de Periculo et commodo rei venditæ*. *Voy.* aussi la L. 78, ff. *de Verb. oblig.*

[2] L. 59, ff. *de Condit. et demonst.*, *voy.* tome IX, n° 284 et suivans, où la raison de cette différence a été expliquée.

effet rétroactif au jour où l'engagement a été formé [1], il résulte que s'il s'agit d'une condition suspensive, le droit du créancier sera considéré comme plein et parfait à partir du moment du contrat; et il s'agit d'une condition résolutoire, ce droit sera censé n'avoir jamais existé. (Art. 1183.)

Ainsi, Paul m'a consenti une obligation sous une condition suspensive, avec hypothèque, pour laquelle j'ai pris de suite inscription; postérieurement, mais avant l'accomplissement de la condition, il a consenti des hypothèques sur les mêmes biens au profit d'autres créanciers, et la condition est ensuite venue à s'accomplir : j'aurai la priorité sur ceux-ci, parce que, bien qu'il ne puisse y avoir d'hypothèque sans une obligation principale, et qu'au moment où j'ai pris inscription ma créance n'existât pas encore à proprement parler, que ce ne fût encore qu'une simple espérance, néanmoins la rétroactivité de l'effet de la condition accomplie fait supposer que je suis créancier depuis le moment du contrat [2].

Il en est de même si, lorsque Paul m'a vendu ou légué un immeuble sous une condition suspensive, il a, depuis la vente, ou son héritier depuis sa mort, établi sur cet immeuble des droits d'usufruit, de servitude ou d'hypothèque : si la condition vient à

[1] *Voyez*, quant à ce point, ce qui a été dit au tome IX, n° 310 et suivans, surtout pour savoir si, dans les legs, la condition accomplie a pareillement un effet rétroactif, et en quel sens.

[2] L. 11, § 1, ff. *Qui potiores in pignore.*

se réaliser, tous ces droits s'effaceront devant le mien [1].

En sens inverse, si une vente ou une donation a été faite sous une condition résolutoire, toutes les charges que l'acheteur ou le donataire aurait imposées sur les biens vendus ou donnés s'évanouiraient par l'accomplissement de la condition, parce qu'elle remet les choses au même état que s'il n'y avait pas eu de vente ou de donation. (Art. 1183.)

L'effet est généralement le même quoique la condition résolutoire ne soit que tacite. (Art. 954, 963, 2182 et autres.) Mais nous reviendrons sur ce point.

68. Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit. (Art. 1180.)

Ainsi, lorsqu'une hypothèque a été consentie pour sûreté d'une obligation conditionnelle, le créancier peut prendre inscription, quoique la condition fût suspensive; et, comme nous venons de le dire, si la condition se réalise, l'hypothèque n'aura pas son rang à partir seulement du jour où cette condition se sera accomplie, elle aura son rang à partir du jour où l'inscription a été prise.

69. Si le débiteur tombe en faillite, comment le créancier sous condition suspensive conserve-t-il ses droits ? L'article 444 (nouveau) du Code de commerce, ni aucun autre, ne prévoit ce cas; il porte

[1] L. 12, § 2, ff. *Familiæ erciscundæ.*

simplement que l'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues : c'est également ce que décide l'article 1188 du Code civil ; et le premier de ces articles ajoute que, en cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change, ou du tireur, à défaut d'acceptation, les autres obligés ne sont tenus que de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement.

Mais, comme on le voit, cette disposition n'est relative qu'aux *dettes non échues ;* or, les obligations conditionelles ne sont point, à proprement parler, des dettes, ce sont plutôt de simples espérances de dettes, *tantùm spes debitum iri* [1].

Le créancier conditionnel doit-il être admis à la distribution, en offrant caution de rapporter aux autres, au cas où la condition ne se réaliserait pas ? ou bien ceux-ci peuvent-ils l'écarter, en lui offrant caution que, dans le cas où la condition s'accomplirait, ils ne lui feront raison de ce qu'il aurait dû toucher dans le dividende commun si sa créance eût été pure et simple ? ou bien enfin doit-on mettre en dépôt cette somme ? Car il est clair qu'il ne peut pas être écarté ni admis purement et simplement. Le premier parti doit être rejeté, comme peu conforme à la nature des obligations simplement conditionnelles ; et quant aux deux autres partis, nous pensons que, en cas de contestation, il y aurait à consi-

[1] § 4, Instit. *de Verb. oblig.*

dérer l'espèce de condition qui a été apposée. Si elle était de nature à devoir s'accomplir ou à manquer dans un temps qui ne serait pas très-long, le dépôt devrait être ordonné; dans le cas contraire, les autres créanciers devraient plutôt être admis à fournir caution de rapporter.

Ces décisions doivent être les mêmes dans le cas où le débiteur non commerçant tombe en déconfiture; l'état de déconfiture est, sinon dans tous les cas, du moins généralement, assimilé à celui du commerçant failli. Nous verrons sur l'article 1188, que les auteurs du Code ont eu l'intention de faire cette assimilation en ce qui concerne l'exigibilité des dettes non échues. Or, la raison est absolument la même en ce qui touche les dettes conditionnelles. Il ne serait pas juste, en effet, que le créancier qui a un droit fût écarté purement et simplement de la distribution du produit des biens du débiteur tombé en déconfiture, puisque la condition peut s'accomplir, et qu'une fois accomplie elle a un effet rétroactif, ce qui démontrerait pleinement alors qu'il devait être admis à participer à la distribution comme les autres.

70. Mais il ne suit pas de ce que nous venons de dire, ni du principe que le créancier conditionnel peut faire tous les actes conservatoires de son droit avant que la condition soit accomplie, qu'il puisse faire indistinctement des saisies-arrêts ou oppositions entre les mains des débiteurs de l'obligé; car, de cette manière, il empêcherait son débiteur éven-

tuel seulement, d'user de ses droits. Ces saisies pourraient se trouver sans fondement, puisque la condition peut fort bien venir à manquer, et elles auraient causé un grave préjudice à l'obligé. A plus forte raison ne pourrait-il, tant que la condition ne serait pas accomplie, faire des saisies-exécutions, puisque, d'après l'article 551 du Code de procédure, il ne peut être procédé à aucune saisie mobilière ou immobilière, qu'en vertu d'un titre exécutoire et pour choses *liquides et certaines;* or, une dette conditionnelle n'est rien moins que certaine.

A cet égard, nous pensons qu'une première saisie-arrêt ou opposition entre les mains d'un tiers débiteur de l'obligé qui n'est point tombé en faillite, ou dont la déconfiture n'est pas constante, ne doit pas être permise au créancier sous condition suspensive, quand bien même la solvabilité de l'obligé présenterait alors quelque doute. Mais s'il y a déjà d'autres saisies ou oppositions faites à la requête d'autres créanciers, ou des saisies mobilières ou immobilières, et que la solvabilité du débiteur soit douteuse, non seulement ces autres créanciers ne peuvent écarter purement et simplement de la distribution le créancier conditionnel, mais encore le débiteur lui-même ne peut pas obtenir purement et simplement la main-levée de l'opposition formée par celui-ci ; car il ne serait pas juste, dès que sa solvabilité est incertaine, que le produit de ses biens fût distribué entre les autres créanciers saisissans ou opposans, à l'exclusion du créancier conditionnel. Puisqu'il y a des saisies,

n'importe de quelle espèce, et que d'ailleurs la solvabilité n'est pas démontrée, que rien ne prouve que ces saisies sont l'effet d'une circonstance particulière dans laquelle se trouve placé le débiteur, il en résulte présomption d'insolvabilité ou de déconfiture, et alors s'applique ce qui vient d'être dit sur ce cas.

71. Comme la condition suspensive fait qu'il n'y a pas encore à proprement parler de dette, tant qu'elle n'est pas accomplie, et par conséquent que le créancier ne peut agir contre le débiteur, il s'ensuit que la prescription ne peut commencer son cours entre eux et leurs héritiers, que du moment de l'accomplissement de la condition. (Art. 2257.)

Mais, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois [1], la prescription peut courir au profit des tiers détenteurs des biens sur lesquels porte le droit conditionnel, quoique la condition ne soit point encore accomplie; car le créancier peut faire *tous* les actes conservatoires de son droit, par conséquent interrompre la prescription. D'ailleurs, la loi permet aux tiers détenteurs d'acquérir la propriété des biens par ce moyen, sans distinguer, quant à celui à qui elle est opposée, entre ceux qui n'auraient sur ces biens qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble en certain cas, et ceux qui ont un droit de propriété pur et simple (art. 2262 et 2265). Nous ne reproduirons pas ici les raisons que nous avons déjà exposées sur ce point pour prouver que l'article 2257 n'est ap-

[1] Au tome VIII, n° 496; et au tome IX, n° 307.

plicable qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers, et non à l'égard des tiers détenteurs; pour démontrer que cet article statue sur des *créances* conditionnelles, ce qui n'a rapport, par conséquent, qu'aux parties qui ont formé ces créances. On peut recourir à ce qui a été dit à ce sujet aux endroits précités.

§ II.

De la condition suspensive, et de ses effets.

SOMMAIRE.

72. *Texte de l'article* 1181.
73. *Inexactitude de sa rédaction.*
74. *Dans les obligations pures, la chose (corps certain) est aux risques du créancier; dans les obligations conditionnelles, elle est aux risques du débiteur pendant que la condition est en suspens.*
75. *Texte de l'article* 1182.
76. *Observations sur la première disposition de cet article.*
77. *On peut, par une stipulation, mettre la chose aux risques du débiteur pendant que la condition est en suspens.*
78. *La perte de la chose, arrivée depuis l'accomplissement de la condition, même avant que l'on ait eu connaissance de l'événement, est supportée par le créancier.*
79. *Si la chose promise sous condition est venue à périr par la faute du débiteur, pendant que la condition était en suspens, il en est responsable, au cas où la condition vient à se réaliser.*
80. *Cas où elle s'est simplement détériorée, ou par la faute du débiteur, ou sans sa faute. Dérogation apportée aux anciens principes dans la dernière hypothèse, et, selon l'auteur, mal à propos.*
81. *Les mêmes règles sont applicables au contrat d'échange, et autres contrats synallagmatiques translatifs de propriété.*

82. *Les fruits perçus pendant que la condition est encore en suspens restent au vendeur, ou autre débiteur de la chose.*

83. *Observations relatives à la possession et à la prescription de la chose promise sous une condition suspensive.*

72. Dans le paragraphe précédent, nous avons parlé des conditions en général : nous avons à traiter maintenant de la condition suspensive et de la condition résolutoire en particulier, et de leurs effets.

Nous parlerons d'abord de la condition suspensive.

Suivant l'article 1181, l'obligation contractée sous « une condition suspensive et celle qui dépend ou « d'un événement futur et incertain, ou d'un événe- « ment actuellement arrivé, mais encore inconnu des « parties.

« Dans le premier cas, l'obligation ne peut être « exécutée qu'après l'événement.

« Dans le second cas, l'obligation a son effet du « jour où elle a été contractée. »

Dans le premier cas aussi elle a son effet du jour où elle a été contractée, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été formé (art. 1179) : seulement l'obligation est en *suspens* jusqu'à ce que l'événement soit arrivé, et c'est ce que l'on a voulu dire par ces expressions : « Dans le premier cas, l'obligation ne peut être *exé-* « *cutée* qu'après l'événement », employant ainsi mal à propos le mot *exécutée* pour rendre l'*effet suspendu*, comme si c'était une obligation simplement à terme, laquelle diffère essentiellement d'une obligation sous condition. (Art. 1185.) Dans l'obligation contractée

sous une condition suspensive, et tant que la condition n'est point encore accomplie, il n'y a point encore de droit de créance acquis, point de droit de propriété transmis; il n'y a qu'une simple espérance, *tantùm spes debitum iri*, § 4 Instit. *de Verb. oblig.* [1]: mais une espérance qui ne peut-être détruite que d'un commun accord. Et après l'accomplissement de la condition, les parties sont à l'égard l'une de l'autre comme si le contrat avait été fait purement et simplement.

73. Et ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'obligation n'est réellement point conditionnelle lorsqu'on

[1] De ce que, dans les contrats dont l'effet est suspendu par une condition, il n'y a point encore de transmission de propriété tant que la condition n'est pas encore accomplie, il faut tirer de là la conséquence que le droit de mutation de propriété, le droit proportionnel, ne peut être exigé par la régie de l'enregistrement, tant que la condition est encore en suspens, et que s'il avait été perçu, il serait sujet à restitution comme irrégulièrement perçu. Voyez, à cet égard, dans le traité *des Droits d'Enregistrement*, publié par MM. Championnière et Rigaud, tome Ier, nos 697 et suivans, plusieurs arrêts qui ont décidé en ce sens; et ces auteurs attestent que telle est la doctrine de la régie elle-même. Au contraire, dans les contrats faits sous condition résolutoire, le droit est perçu de suite, et n'est point sujet à restitution, même dans le cas où la condition vient ensuite à se réaliser, à cause de l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII, portant que tout droit régulièrement perçu ne sera soumis à restitution, quels que soient les événemens ultérieurs.

Cependant, comme la condition tacite *suspensive* suspend l'effet de l'obligation tout aussi bien que le fait la condition expresse, et que la régie est dans l'usage de percevoir, lors de l'enregistrement de l'acte, le droit proportionnel sur les donations entre-vifs de biens présens faites par contrat de mariage (donations qui sont censées faites sous la condition que le mariage aura lieu, art. 1088), MM. Championnière et Rigaud, même vol. n° 727, signalent cet usage comme un abus, auquel les parties devraient résister. Ce n'est pas assez, disent-ils, du droit de pouvoir réclamer, dans les deux cas, la restitution des sommes perçues, au cas où le mariage n'aurait pas lieu; elles ne doivent payer les droits qu'après la célébration du mariage.

la fait dépendre d'un événement qui serait actuellement arrivé, quoiqu'il fût inconnu des parties; car de deux choses l'une : ou l'événement est réellement arrivé, et dans ce cas l'obligation n'est point suspendue dans ses *effets;* il n'y a que l'*exécution* qui en soit retardée, jusqu'à ce que l'on ait acquis la certitude de l'événement; ou bien l'événement n'est point arrivé, et alors il n'y a pas eu d'obligation de suspendue, puisque, par le fait, il ne pouvait même y en avoir aucune quelconque. D'où nous avons tiré la conséquence que, dans le cas où l'événement serait déjà arrivé au moment du contrat, la perte de la chose promise, et les détériorations survenues depuis la convention, par cas fortuit, quoique avant la connaissance de l'événement, ne seraient pas à la charge du débiteur, comme dans le cas de l'obligation véritablement conditionnelle (art. 1182); elles seraient, sauf convention contraire, à la charge du créancier, qui n'en devrait pas moins le prix, s'il en avait promis un; car l'obligation a eu son effet du jour du contrat, par conséquent, dès ce moment, l'objet de la convention a appartenu au créancier, *et res perit domino*. Il n'y a eu de suspendu, dans ce cas, que l'*exécution* de l'obligation, comme dans l'obligation avec terme.

74. Ainsi, dans les obligations pures, à terme ou sans terme, la chose, à moins de stipulation contraire, est aux risques du créancier, même en ce sens qu'il doit le prix, s'il en a été stipulé un[1]. (Art. 1138

[1] *Voyez* tome précédent, n° 422.

et 1302 analysés et combinés, § 3, *Inst. de empt. et vend.*) Au lieu que dans les obligations contractées sous une condition suspensive, on suit d'autres règles : si le corps certain qui est l'objet de l'engagement vient à périr pendant que la condition est en suspens, quoique sans la faute du débiteur, la perte est supportée par ce dernier, lors même que la condition vient ensuite à s'accomplir; et cela, nonobstant le principe que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté : car il est nécessaire qu'au moment où la condition s'accomplit il y ait une chose qui puisse être la matière de l'obligation, puisque c'est à cette époque qu'elle se forme réellement. Voici ce que porte à cet égard l'article 1182 :

75. « Lorsque l'obligation a été contractée sous « une condition suspensive, la chose qui fait la ma- « tière de la convention demeure aux risques du dé- « biteur qui ne s'est obligé de la livrer que dans le « cas de l'événement de la condition.

« Si la chose est entièrement périe sans la faute « du débiteur, l'obligation est éteinte.

« Si la chose s'est détériorée sans la faute du débi- « teur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obli- « gation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se « trouve, sans diminution du prix.

« Si la chose s'est détériorée par la faute du débi- « teur, le créancier a le droit de résoudre l'obligation, « ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, « avec des dommages-intérêts. »

Ces dispositions donnent toutefois lieu à plusieurs observations.

76. D'abord, il n'est pas vrai de dire dans tous les cas d'obligations contractées sous une obligation suspensive, que la chose qui en fait la matière demeure aux risques du débiteur : cela n'est absolument vrai que dans les contrats synallagmatiques ou unilatéraux à titre onéreux. Ainsi, lorsque je vous ai donné ma maison sous cette condition, *si tel navire rentre en France dans l'année,* et que la maison vient à être incendiée, elle périt bien sans doute pour moi débiteur, si la condition ne se réalise pas; mais si la condition se réalise, la maison périt réellement pour vous créancier.

Dans les ventes sous condition suspensive, si la chose vient à périr, même par cas fortuit, pendant que la condition est encore en suspens, alors il est vrai de dire qu'elle périt pour le débiteur qui s'était obligé à la livrer sous cette condition, c'est-à-dire, pour le vendeur [1]. Cela ne pouvait être douteux dans l'hypothèse où la condition serait venue à manquer, car alors il n'y aurait pas eu de vente; mais, de plus, c'est un principe certain, quoique la condition soit venue à s'accomplir depuis la perte de la chose, puisqu'à ce moment il n'y a plus rien qui soit la matière de l'obligation, et par conséquent que l'événement de la condition devient une chose indifférente. La condition accomplie, dans ce cas, ne peut

[1] L. 8, *princip.* ff. *de Periculo et comm. rei vendit.* L. 4, Cod. *eodem tit.*

avoir d'effet rétroactif, parce qu'elle n'en peut avoir qu'autant qu'il y a une obligation; or, dans l'espèce, il n'y en a point, faute d'une chose qui en soit l'objet ou la matière [1]. En conséquence, le vendeur ne peut réclamer le prix, ni même le retenir s'il lui avait déjà été payé, attendu qu'il le réclamerait ou le retiendrait *sine causâ*, ou pour une cause qui a manqué son effet. Et quand l'article 1182 dit que l'obligation est éteinte, il n'entend pas dire seulement par là que l'obligation de livrer la chose est éteinte, car elle le serait aussi dans le cas où la chose serait venue à périr par cas fortuit depuis l'accomplissement de la condition, comme elle le serait pareillement si elle eût été contractée purement et simplement; il veut dire que le contrat est absolument sans effet. La suite de l'article ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard.

77. Toutefois, s'il était dit dans le contrat que la perte de la chose arrivée par cas fortuit pendant que la condition sera en suspens, concernera le créancier, ou l'acheteur, l'on suivrait la loi du contrat [2]; et le vendeur aurait droit au prix si la condition se réalisait. On doit supposer, dans ce cas, que le prix a été fixé en conséquence; les parties l'ont considéré comme l'équivalent du droit de l'acheteur pour le cas où la condition s'accomplirait, soit que la chose existât alors ou non.

[1] *Voyez* Cujas sur cette loi 8, où il établit clairement la même doctrine.

[2] L. 10, ff. *de Periculo et commod. rei vend.*

Mais si, dans le cas même de cette stipulation, la condition ne se réalisait pas, il est clair que, comme il n'y aurait point de vente, le prix ne serait pas dû, et que s'il avait été payé d'avance, il pourrait être répété. D'où l'on voit que, dans l'hypothèse de cette stipulation particulière, et lorsque la chose est venue à périr *pendente conditione,* il importe beaucoup à l'acheteur que la condition sous laquelle la vente a été faite vienne à manquer.

78. Si, hors le cas même de la condition ci-dessus, la chose a péri depuis l'accomplissement de la condition, alors elle périt pour le créancier, qui n'en est pas moins obligé de payer le prix, s'il en a promis un : on rentre dans la règle générale. Et il importerait peu qu'on sût ou non, au moment de la perte de la chose, si la condition s'est accomplie : *quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* [1].

79. Si c'est par la faute du débiteur que la chose est venue à périr pendant que la condition était en suspens, et que la condition vienne ensuite à s'accomplir, il est responsable de la perte, comme s'il l'eût faite ou laissé périr depuis l'accomplissement de la condition : en conséquence, il doit les dommages-intérêts, suivant ce qui a été dit au tome précédent, en parlant des fautes dont le débiteur est responsable, et des dommages-intérêts.

80. Voilà pour le cas de perte totale de la chose

[1] § 6, Instit. *de Verb. oblig.*

arrivée pendant que la condition était en suspens; voyons maintenant le cas où elle s'est simplement détériorée.

Si c'est par la faute du débiteur, l'article 1182 donne au créancier le choix de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages-intérêts. Rien de plus raisonnable et de plus conforme aux principes du Droit; mais le même article, dans le cas où la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur (et pendant que la condition était en suspens), accorde aussi au créancier le droit de résoudre l'engagement, ou de se faire délivrer la chose, toutefois, sans diminution du prix. En donnant ainsi au créancier, par conséquent à l'acheteur (art. 1624), le droit de faire résoudre la vente dans ce cas, le Code civil a dérogé aux anciens principes, et, disons-le, aux véritables principes; car, si la chose eût reçu de l'accroissement, l'acheteur en eût profité : pourquoi donc ne supporte-t-il pas la diminution? Quelle différence devait-il y avoir raisonnablement, quant à ce point, entre le cas de vente sous une condition suspensive qui est venue à s'accomplir, et le cas de vente faite avec un terme pour la délivrance? Aucune assurément, puisque la condition accomplie a un effet rétroactif au jour de l'engagement. Lorsque la chose est venue à périr *pendente conditione*, on sent très bien le motif qui a porté le législateur, et dans le Droit romain et dans le Droit français, à déclarer que l'obligation est éteinte, ou pour mieux dire qu'il n'y a pas eu d'obligation du

tout; car il ne peut en exister sans un objet, et au moment où l'accomplissement de la condition viendrait réaliser l'obligation, qui n'était jusqu'alors qu'une simple espérance, cet objet n'existe plus. Mais on ne peut dire la même chose lorsque l'objet d l'obligation existe encore, quoiqu'il soit détérioré, puisqu'une chose détériorée peut encore être l'objet d'une vente : alors la règle *quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda*, demandait que les détériorations survenues par cas fortuit, et avant que le débiteur fût en demeure, fussent supportées par l'acheteur, et par conséquent que celui-ci n'eût pas le droit de résoudre le contrat, et de faire de la sorte supporter ces mêmes détériorations au vendeur. Aussi, dans le Droit romain, suivi en ces points dans notre ancienne jurisprudence, l'acheteur ne pouvait-il demander la résiliation du contrat. La loi 8, *princip.* ff. *de Periculo et comm. rei vend.*, qui mérite d'être rapportée ici, le décide positivement ainsi. Le jurisconsulte Paul, auteur de cette loi, dit d'abord qu'il importe de savoir quand la vente est parfaite, parce que l'on sait alors que c'est l'acheteur qui doit supporter les cas fortuits; et c'est ce qui a lieu lorsque l'on sait ce qui a été vendu, ainsi que le prix, et quand la vente, en outre, est faite purement, et non sous condition [1].

Il poursuit et dit : *Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio* (c'est l'application du Droit com-

[1] L. 7, ff. *de Contrah. empt.*

mun) [1] : *quod si extiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt. Idem Pomponius lib. IX Probat.* (Ce qui doit être entendu du cas où la chose est venue à périr depuis l'accomplissement de la condition, comme le démontre d'ailleurs ce qui suit.) *Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contractâ emptione in præteritum* (c'est aussi la disposition de l'article 1179 du Code). *Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt* [2]. *Sicuti stipulationes et legata conditionalia pèrimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit :* SANÈ SI EXTET RES, LICET DETERIOR EFFECTA, POTEST DICI ESSE DAMNUM EMPTORIS.

Ainsi, la détérioration de la chose vendue, survenue *pendente conditione*, concernait l'acheteur, bien loin que celui-ci eût le droit de faire résoudre la vente [3]; et le Code civil décide le contraire, sans qu'il y eût cependant des motifs suffisans de s'écarter en ce point des anciens principes. Mais comme la loi doit être entendue dans un sens raisonnable, l'on doit dire que si les détériorations n'étaient que de peu d'importance relativement à la valeur totale

[1] L. 37, ff. *eodem. tit. de Contrah. empt.*

[2] Nous suivons la leçon des *Pandectes florentines;* mais, dit Cujas, sur cette loi, dans les autres exemplaires, après ces mots, on lit les suivans, qui rendent plus clairement la théorie du jurisconsulte : *Jam si pendente conditione, res perierit, perimitur emptio, sicuti stipulatio,* etc.

[3] *Voy.* Cujas sur cette loi; il en explique toutes les dispositions avec sa clarté habituelle.

des objets du contrat, par exemple, une petite partie de terre enlevée à un champ par une crue, l'acheteur n'aurait pas ce droit; il ne devrait même pas avoir celui de demander une diminution du prix, puisqu'il aurait bien profité de l'alluvion, s'il y en avait eu.

81. Tout ce qui précède est applicable aussi aux cas d'échange, ou autres contrats synallagmatiques translatifs de propriété; l'article 1707 soumet le contrat d'échange, aux règles générales de la vente.

82. Dans les ventes pures et simples, l'acheteur a droit aux fruits de la chose vendue, à partir de la vente (art. 1614); mais, d'un autre côté, il doit les intérêts du prix (art. 1652); le tout, à moins de convention contraire. Dans les ventes ou autres contrats faits sous condition suspensive, comme il n'y a réellement vente qu'à partir de l'accomplissement de la condition, les fruits perçus jusque-là par le vendeur lui demeurent, nonobstant l'effet rétroactif de la condition accomplie: cet effet ne s'étend point aux fruits. La loi romaine ci-dessus citée décide même, comme on vient de le voir, que, quoique l'acheteur eût été mis en possession, il ne gagnerait pas les fruits *medii temporis*.

Cujas, dans son commentaire sur cette loi, décide toutefois, mais néanmoins avec quelque hésitation, que les fruits perçus par le vendeur, même avant l'accomplissement de la condition, appartiennent à l'acheteur, non pas dans le cas où la chose est venue à périr *pendente conditione*, puisqu'alors il n'y a pas

de vente, mais dans le cas où elle s'est détériorée. Il se fonde sur ce qu'il est juste que les produits appartiennent à l'acheteur, attendu que les détériorations le concernent ; et il cite à l'appui de sa décision la loi 13, Cod. *de Act. empti et venditi.*

Mais, d'une part, cette loi ne statue pas sur le cas d'une vente faite sous une condition ; rien ne l'indique du moins ; elle porte simplement : *Fructus post perfectum jure contractum, emptoris spectare personam convenit, ad quem et fonctionum gravamen pertinet. Venditor quoque pretium tantùm, ac si mora intercessisse probetur, usuras officio judicis exigere potest ;* et l'on convient bien que, dans les ventes pures et simples, les fruits appartiennent à l'acheteur du jour de la vente parfaite ; c'est la disposition formelle de l'article 1614 précité. Mais la vente faite sous une condition suspensive n'est pas *jure perfecta* tant que la condition n'est pas accomplie ; peu importe que la condition accomplie ait un effet rétroactif ; car, pour les fruits, c'est celui qui avait qualité pour les percevoir qui doit les faire siens : or, jusqu'à l'événement de la condition, c'était le vendeur, puisque jusque là il n'y avait encore point de vente parfaite. D'ailleurs, si les détériorations, dans le Droit romain, concernaient l'acheteur, la perte totale concernait le vendeur.

En second lieu, le Code civil mettant réellement les détériorations survenues par cas fortuit à la charge du vendeur, en donnant à l'acheteur le droit de résoudre le contrat, le motif qui déterminait Cujas à

attribuer à ce dernier les fruits perçus *pendente conditione* veut précisément qu'ils appartiennent aujourd'hui au vendeur, lequel n'aura droit aux intérêts du prix qu'à partir de l'accomplissement de la condition, moment où commencera pour l'acheteur l'acquisition des fruits ; le tout sauf stipulation contraire.

83. Dans le cas où la chose vendue, donnée ou léguée sous une condition suspensive appartiendrait à un tiers, le vendeur, le donateur ou l'héritier grevé du legs continue de prescrire pendant que la condition est en suspens, si toutefois la loi ne fait pas obstacle à la prescription, à raison de la qualité de leur possession, ou pour autre cause. Mais après l'accomplissement de la condition, l'acheteur, le donataire ou le légataire peut joindre à sa possession celle de son auteur, dans le cas où celle de ce dernier n'aurait pas suffi pour compléter la prescription (article 2235), et en admettant qu'elle fût d'ailleurs propre à l'effet de prescrire.

Et si, par des raisons particulières, l'acheteur ou le donataire sous condition suspensive avait été mis en possession du fonds appartenant à un tiers, avant l'accomplissement de la condition, ce que suppose la loi 8, ff. *de Periculo et commodo rei venditæ,* il ne prescrirait point au titre *pro Emptore* tant que la condition ne serait pas accomplie, *quia nondùm est vera venditio* [1]. En conséquence, s'il était attaqué *pendente*

[1] *Dictâ lege* 8, ff. *de Pericul. et comm.* L. 4, ff. *de in diem addict.* L. 2, § 2, ff. *pro Emptore.* Cujas, sur cette loi 8.

conditione, il ne pourrait opposer la prescription de dix et vingt ans, qui exige un juste titre (art. 2265), quoique le tems requis pour cette prescription se fût écoulé depuis sa possession. Mais s'il n'était attaqué qu'après l'accomplissement de la condition, comme la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat, il nous paraît conforme aux principes qu'il pût opposer cette même prescription, s'il avait possédé le tems suffisant à cet effet. Au surplus, *pendente conditione* il possède pour le vendeur ou le donateur, et si le tiers propriétaire agit en revendication avant l'accomplissement de la condition, cette possession sert à ces derniers, s'ils peuvent eux-mêmes prescrire, soit par dix et vingt ans, soit par trente seulement; et si le donataire ou l'acheteur est attaqué après l'événement de la condition, alors, dût-on considérer cette même possession comme étant celle du vendeur ou du donateur, et exercée par son ministère, on ne pourrait lui contester le droit de l'invoquer, conformément à l'article 2235, en admettant toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, que son auteur eût qualité pour prescrire.

§ III.

De la condition résolutoire, et de ses effets.

SOMMAIRE.

84. *L'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état qu'avant le contrat : texte de l'article* 1183.

85. *Lorsque la condition résolutoire est expresse, et qu'elle se réalise, le contrat est anéanti de plein Droit : conséquences.*

86. *Ce qu'on doit décider quant aux frais et loyaux coûts du contrat.*
87. *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les conventions synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement.*
88. *Dans ce cas, la résolution doit être demandée en justice.*
89. *Cela n'est pas de rigueur lorsque la loi elle-même a prévu un cas qui donne lieu à cette résolution, et qui s'est réalisé.*
90. *De la résolution dans les donations et dans les ventes pour inexécution des engagemens de l'une des parties.*
91. *Pour qui périt la chose aliénée sous condition résolutoire, lorsqu'elle périt* pendente conditione.
92. *L'adjudication préparatoire, lorsqu'elle existait, était censée faite sous condition suspensive ; l'adjudication, dans le cas d'expropriation forcée, est censée faite sous condition résolutoire, à raison de la faculté, pour les tiers, de surenchérir du sixième dans la huitaine. La surenchère hypothécaire est une offre d'acheter faite sous condition suspensive.*
93. *Un contrat peut être fait tout à-la-fois sous une condition suspensive et sous une condition résolutoire : conséquences.*
94. *Observations quant aux fruits perçus en vertu d'un contrat anéanti par suite d'une condition résolutoire expresse ou sous-entendue, ou prévue par la loi.*
95. *Effets de la résolution vis-à-vis des tiers.*

84. A la différence de la condition suspensive, qui suspend l'effet de l'obligation, la condition résolutoire en opère seulement la résolution, si elle se réalise; elle ne suspend pas non plus par elle-même l'exécution de l'obligation; ce serait un terme, convenu expressément ou tacitement, qui suspendrait cette exécution.

« La condition résolutoire, porte l'article 1183, est « celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révoca- « tion de l'obligation, et qui remet les choses au même « état que si l'obligation n'avait pas existé.

« Elle ne suspend point l'exécution de l'obligation; « elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il « a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la con- « dition arrive. »

85. S'il s'agit d'une vente, d'un échange, d'une donation, ou de tout autre contrat quelconque, fait sous la condition, par exemple, *que le contrat sera résolu si tel vaisseau revient en France dans l'année,* et qu'effectivement le navire soit revenu en France dans le délai fixé, le contrat est anéanti de plein droit; en conséquence, les choses doivent être restituées, et le prix, s'il en a été payé un, doit être remboursé.

86. Quant aux frais et loyaux coûts du contrat, ils restent à la charge de celui qui a dû les supporter, d'après la nature de l'acte, à moins de convention contraire. Néanmoins, dans le cas de la vente avec faculté de rachat, vente faite par cela même sous une condition résolutoire potestative de la part du vendeur, celui-ci, s'il exerce le rachat, doit rembourser à l'acheteur ses frais et loyaux coûts. (Art. 1673.) Mais nous ne voyons pas que la loi établisse la même chose dans le cas de donations révoquées même par survenance d'enfans (ce qui est une condition résolutoire tacite et légale). Par la même raison, dans les cas de condition résolutoire expresse, casuelle ou mixte, n'y a-t-il pas lieu au remboursement de ces frais, puisque la partie qui rentre dans la propriété de sa chose n'en profite pas, et que ce n'est point, comme dans le cas de réméré, par l'effet de sa seule volonté que le contrat est résolu, mais bien par l'effet

d'une clause spéciale, dont l'autre partie a dû peser par-devers elle toutes les conséquences. Aussi, dans le cas de résolution par suite d'inexécution des engagemens de l'une des parties, cette partie doit-elle rendre l'autre parfaitement indemne de tous ses déboursés, devenus de la sorte inutiles pour elle.

87. Nous verrons tout-à-l'heure ce qu'on doit décider quant aux fruits perçus avant la résolution du contrat, soit que la condition résolutoire fût expresse, soit qu'elle fût seulement sous-entendue, c'est-à-dire pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à ses engagemens, condition dont l'effet est réglé par l'article 1184, ainsi conçu :

« La condition résolutoire est toujours sous-en-
« tendue dans les contrats synallagmatiques, pour le
« cas où l'une des deux parties ne satisfera point à
« son engagement.

« Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein
« Droit : la partie envers laquelle l'engagement n'a
« point été exécuté, a le choix, ou de forcer l'autre à
« l'exécution de la convention, lorsqu'elle est pos-
« sible, ou d'en demander la résolution avec dom-
« mages et intérêts.

« La résolution doit être demandée en justice, et
« il peut être accordé au défendeur un délai selon
« les circonstances. »

88. Ainsi, quant à la manière dont s'opère la résolution, le Code distingue bien entre les cas où la condition résolutoire est expresse, et le cas où elle est seulement sous-entendue par les parties. Dans la

première hypothèse, le contrat est résolu de plein Droit; dans la seconde, la résolution doit être demandée en justice. Mais, en général, dans l'un et dans l'autre cas, les effets principaux attachés à la résolution seront les mêmes : les actes faits sur les biens au profit des tiers, par la partie contre laquelle la résolution a lieu, s'effaceront par l'effet même de cette résolution, attendu que cette partie n'a pu transmettre à d'autres plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

89. Il importe toutefois de remarquer que, lorsque la loi elle-même, par une disposition spéciale, a établi la résolution d'un contrat pour une espèce de contravention prévue, la condition résolutoire doit être alors considérée comme si elle avait été formellement stipulée par les parties et écrite par elles dans leur contrat : dans ce cas, ce n'est point l'article 1184 qui régit la cause, en tant qu'il exige que la résolution soit demandée en justice, l'autre partie peut procéder par voie de commandement et d'exécution, ou de contrainte, si elle a d'ailleurs un titre *paré* ou exécutoire. La cour de Dijon, et ensuite la cour de cassation, par arrêt de rejet [1], on fait l'application de ce principe de la manière la plus formelle au cas prévu par l'article 1912, pour le remboursement forcé du capital d'une rente, faute du service des arrérages pendant deux années. A plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque la loi prononce elle-même

[1] *Voy.* dans Sirey, tome XIII, part. 1, pag. 597 et suivantes, les arrêts des 21 juillet 1809, et 4 novembre 1812.

la résolution de plein Droit, en cas de tel ou tel événement prévu par elle, comme en matière de donation révoquée pour survenance d'enfans. (Art. 960.)

90. Mais lorsque la condition résolutoire tacite est seulement dans l'intention des parties, qu'elle n'est que l'effet de la disposition générale de la loi, alors la résolution doit être demandée en justice, attendu qu'il y a lieu d'examiner si effectivement les engagemens n'ont pas été remplis, et s'il n'y a pas lieu d'accorder à la partie un délai pour les remplir. Les donations révocables sur le motif d'inexécution des conditions qui y ont été mises, ou pour mieux dire des charges qui y ont été apposées, doivent être demandées en justice (art. 954); tandis que dans le cas de survenance d'enfans, la révocation a lieu de plein Droit (art. 960); la loi elle-même fait ici la fonction d'une convention expresse des parties à cet égard. Il en est de même de la donation faite avec stipulation du retour pour le cas du prédécès du donataire, ou du donataire et de sa postérité. (Art. 951 et 952.) Mais la vente, au contraire, n'est pas résolue de plein Droit par le seul défaut du paiement du prix aux époques fixées; il y a seulement lieu à une action ou demande en résiliation du contrat, et le juge peut même accorder des délais modérés si le vendeur n'est pas en danger de perdre la chose et le prix. (Art. 1654 et 1655.) Et quoique la condition résolutoire ait été expressément stipulée dans le contrat pour le cas où l'acheteur ne paierait pas le prix au terme convenu, cette résolution néanmoins n'a pas lieu de plein

Droit; elle a besoin d'être prononcée en justice, quand il s'agit d'immeubles, et l'acheteur peut encore payer tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation; mais après cette sommation, le juge ne peut lui accorder de délai. (Art. 1656.) Dans le Droit romain, cette stipulation opérait la résolution *ipso facto;* dans notre ancienne jurisprudence, la clause était regardée comme comminatoire : il fallait que la résolution fût demandée en justice, et le juge pouvait encore accorder des délais à l'acheteur. Il ne le pourrait aujourd'hui, et en cela nous nous sommes rapprochés du Droit romain; mais nous nous en sommes éloignés en ce que l'acheteur peut encore payer après l'expiration du délai fixé, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation. (*Ibid.*) Toutefois en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein Droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. (Art. 1657.) Nous analyserons, au surplus, ces dispositions avec plus d'étendue quand nous traiterons *de la Vente.*

91. Revenons au cas où la condition résolutoire est expresse, et voyons pour laquelle des deux parties périt la chose, si elle périt par cas fortuit pendant que la condition est encore en suspens, et lorsqu'il n'y a dans le contrat aucune clause qui mette les cas fortuits à la charge de l'une ou de l'autre; car s'il y avait une pareille clause, elle devrait être exécutée.

Le Code, qui prévoit le cas de perte de la chose dans les obligations contractées sous une condition

suspensive (1182), garde le silence à ce sujet dans les obligations contractées sous une condition résolutoire, et cependant ce point méritait d'autant mieux d'être décidé par la loi, qu'il n'est pas sans difficulté, comme on va le voir.

Il est clair que si la condition résolutoire ne s'accomplit pas, la chose périt pour l'acheteur, ou l'échangiste à qui elle a été donnée en contre-échange, puisque le contrat n'est point résolu : c'est donc le cas de dire *res perit domino*.

Elle périrait aussi pour le donataire, qui n'en serait pas moins obligé, selon nous, de remplir les charges qui lui ont été imposées, à moins que des termes du contrat il ne résultât qu'il s'est réservé la faculté de s'en affranchir en renonçant à la donation, ce qui ne se présumerait pas dans le Droit actuel [1].

Si l'objet du contrat périt depuis l'accomplissement de la condition résolutoire, il ne peut non plus y avoir de difficulté : les choses étant remises au même état que s'il n'y avait pas eu de contrat, on appliquerait aussi la règle *res perit domino*.

Il ne peut donc y avoir de doute que sur le cas où la chose est venue d'abord à périr, par force majeure, depuis le contrat fait sous condition résolutoire, et que la condition s'est ensuite accomplie. Par exemple,

[1] *Voy.* ce qui a été dit à cet égard au tome VIII, nos 17, 444, et 544, ainsi que les autorités qui y sont citées ; et pour les legs, tome IX, no 322, où nous citons les lois 70, § 2, ff. *de Legatis-1°*, et 22 *princip.* ff. *de Fideic. libert.* suivant lesquelles le légataire qui a accepté un legs fait sous certaines charges, ne peut plus ensuite le répudier pour s'affranchir de ces charges.

je vous vends ma maison moyennant 20,000 fr., mais je déclare dans le contrat que si mon neveu, à qui je la destinais, revient en France dans les deux ans à partir de ce jour, la vente sera résolue (ou qu'il n'y aura point de vente); la maison vient à périr par cas fortuit, et la condition se réalise ensuite : le prix doit-il vous être restitué, au cas où vous l'auriez payé, et ne puis-je le demander, si je ne l'ai pas encore reçu?

La raison d'en douter se tire de ce que, depuis la perte de la maison, l'accomplissement de la condition devrait être une chose indifférente, puisque le contrat se trouvait déjà privé d'objet, et qu'ainsi cet objet ne pouvait plus vous être enlevé. Or, de même que dans le cas de la condition suspensive, si la chose périt tant que la condition n'est point encore accomplie, elle périt pour le vendeur, nonobstant l'événement postérieur de la condition (art. 1082); de même, peut-on dire, dans le cas de la condition résolutoire, elle doit périr pour l'acheteur, bien que la condition vienne à s'accomplir ensuite. D'ailleurs, celui qui a reçu la chose sous une condition résolutoire, se trouve par cela même obligé à la rendre sous une condition suspensive, *tanquàm sub contrariâ conditione* [1]; or, d'après l'article 1182, si la chose promise sous une condition suspensive périt pendant que la condition est encore en suspens, elle périt pour celui qui l'avait promise sous cette condition, et c'est même pour lui aussi

[1] Argument de la loi 36, ff. *de Rebus creditis*. *Voy.* aussi la loi 13, *in fine*, ff. *de Statuliberis*.

qu'elle se détériore. En outre, la condition résolutoire ne trouvant non plus aucun objet qui puisse être la matière du contrat lorsqu'elle s'est accomplie, il n'y avait plus de résolution possible. Dans les deux cas, la règle *res perit domino* semblerait donc devoir déterminer quelle est celle des parties qui doit supporter la perte; or, avant l'accomplissement de la condition, l'acheteur était propriétaire de la chose vendue.

Ces raisons, selon nous, ne sont point du tout concluantes : l'acheteur est en droit de se refuser à payer le prix, et il peut le réclamer, s'il l'a déjà payé, conformément à l'article 1183. En effet, on ne lui a vendu que sous une condition résolutoire, dont l'accomplissement devait mettre fin à son droit et laisser le prix *sine causâ* dans la main du vendeur. C'était à celui-ci à stipuler en conséquence des cas fortuits; s'il a gardé le silence à cet égard, il doit se l'imputer. On n'élèverait aucun doute si, au lieu de la perte totale de la chose, il n'y avait que des dégradations, également arrivées par cas fortuit, quelque notables qu'elles fussent; or, si ces dégradations restaient à la charge du vendeur au cas où la condition résolutoire s'accomplirait, il n'y a pas de raison suffisante pour décider le contraire à l'égard de la perte totale. Si, sous certains rapports, celui qui a reçu une chose en vertu d'un contrat sous condition résolutoire, est obligé à la restituer *tanquàm sub contrariâ conditione,* on ne peut pas rigoureusement dire pour cela qu'il est obligé sous une condition suspensive; il n'y a pas deux contrats, il n'y en a qu'un : la résolution d'un droit

BIBLIOTHÈQUE

ne forme pas par elle-même une obligation directe et principale; elle n'est qu'un effet de l'obligation elle-même qui a été contractée sous condition résolutoire, ce qui rend inapplicable l'article 1182, lequel ne statue, comme on le voit par la place qu'il occupe, que sur le cas d'engagemens formés sous une condition suspensive. Et pour que le contrat soit résolu dans les effets qu'il a produits pour chacune des parties, il n'est pas nécessaire que la chose subsiste encore, puisqu'il y a toujours ce qui est relatif au prix, dont la cause a été anéantie par la résolution de la convention en vertu de laquelle seulement il était dû. En un mot, les choses sont remises au même état qu'avant l'engagement, par l'accomplissement de la condition; le créancier, dit l'article 1183, doit restituer ce qu'il a reçu; or, la disposition de cet article ne serait point observée, si le vendeur, dans l'espèce, pouvait retenir le prix ou le réclamer.

Les lois romaines décidaient la question en ce sens. Ulpien, dans la L. 2, ff. *de in diem addictione,* traite des effets généraux de la vente faite sous une condition suspensive, et de ceux de la vente faite sous une condition résolutoire, vente qu'il appelle *pure,* mais résoluble sous condition : *pura emptio, quæ sub conditione resolvitur;* et il dit que, dans cette dernière vente, l'acheteur peut prescrire, qu'il fait les fruits siens [1], et que la perte de la chose le concerne, si elle vient à périr

[1] A la charge toutefois de les restituer si la condition se réalise, c'est-à-dire, dans l'espèce, si un tiers offre un meilleur prix au vendeur, ou d'autres conditions plus avantageuses. (L. 6, au même titre.)

par cas fortuit : *Et emptorem usucapere, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit.* Mais pourquoi la perte de la chose le concerne-t-elle? C'est dit, le jurisconsulte Paul, dans la loi suivante, parce que la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir après la perte de la chose, puisqu'alors personne ne viendra faire des offres plus avantageuses au vendeur : *quoniam post interitum rei jam nec adferri possit melior conditio.* Donc, lorsque, au contraire, la condition résolutoire est de nature à s'accomplir encore après la perte de la chose, et qu'elle s'accomplit en effet, la décision doit être différente : la perte alors ne concerne point l'acheteur, autrement le fragment de Paul serait absolument sans objet; ce serait une véritable superfétation dans le Digeste, il serait même propre à jeter les esprits dans l'erreur, surtout si l'on considère la place qu'il occupe, immédiatement après la décision d'Ulpien, et évidemment pour la motiver. Aussi dans la vente à réméré, la perte concerne-t-elle l'acheteur, car le vendeur n'a pas à reprendre la chose : la condition résolutoire ne peut plus s'accomplir. Mais dans l'espèce posée d'abord, elle s'est accomplie, et elle a été considérée comme un événement dont l'effet devait faire supposer que le contrat n'a pas eu lieu, puisqu'il remet les choses *au même état que si l'obligation n'avait pas existé;* d'où l'on ne voit pas pourquoi ce vendeur réclamerait ou même retiendrait le prix, s'il n'y a pas dans l'acte quelque clause propre à démontrer que, dans l'intention des parties, les cas fortuits qui occasionneraient

la perte de la chose survenue *pendente conditione*, seraient supportés par l'acheteur.

92. Selon nous, toute adjudication préparatoire [1] est censée faite sous une condition suspensive; et l'adjudication définitive sur expropriation forcée, qui admet la surenchère du quart [2] dans la huitaine (art. 710 Cod. de procéd.), est sous une condition résolutoire. En conséquence, si l'immeuble dont la vente est poursuivie en justice, vient à périr ou à subir de grandes détériorations après une adjudication seulement préparatoire, l'adjudicataire peut se faire décharger; mais si ces événemens arrivent après une adjudication définitive sur expropriation forcée, quoique dans la huitaine accordée au tiers pour surenchérir, ces événemens sont supportés par l'adjudicataire, à moins que la chose n'ayant été que

[1] Depuis la loi du 2 juin 1841, sur la *saisie immobilière*, il n'y a plus d'adjudication préparatoire; mais nous n'avons pas jugé nécessaire de supprimer la discussion à laquelle nous nous sommes livré ici dans nos précédentes éditions; car elle a encore son utilité sous le rapport théorique, et elle l'aurait même aussi sous le rapport pratique, dans le cas d'une vente faite devant notaire, avec la condition qu'il y aurait adjudication préparatoire, et, après un tems fixé, adjudication définitive, et sous la condition aussi que toute personne pourrait surenchérir du quart (ou de toute autre quotité), dans la huitaine de cette dernière adjudication; ce qui ne se présentera sans doute que bien rarement, mais ce qui n'est point interdit par la loi.

[2] Aujourd'hui, la surenchère d'un sixième seulement est admise (art. 708 *ib.* nouveau); et cette surenchère est admise aussi dans les ventes des biens de mineurs (ou d'interdits) (art. 965); dans les licitations de biens de succession (art. 973); dans les ventes de mêmes biens, quand la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire (art. 965 et 988 combinés), et dans les ventes d'immeubles dotaux, dans les cas prévus à l'article 1558 du Code civil (art. 997), mais non dans les adjudications par suite de surenchère sur aliénation volontaire (art. 838). Et aucune disposition de la nouvelle loi, pas plus que de l'ancienne, n'autorise de surenchère dans le cas d'adjudication par suite de folle-enchère.

détériorée, il y ait surenchère du quart et adjudication au profit d'un autre.

En effet, il est évident, quant aux adjudications définitives qui admettent la surenchère du quart dans la huitaine, qu'elles sont faites seulement sous une condition résolutoire; car elles n'ont pas lieu sous cette condition, *si personne ne surenchérit du quart;* il n'en est pas dit un mot dans les actes; elles sont faites purement, seulement elles peuvent être résolues *si un tiers vient surenchérir du quart dans la huitaine.* C'est donc leur résolution qui est sous condition; elles produisent si bien leur effet à partir du moment où elles ont lieu, que l'adjudicataire seul a le droit de concourir avec celui qui a fait cette surenchère nouvelle et éventuelle. (Art. 712 *ibid.*) Au lieu que pour les adjudications provisoires, loin d'opérer par elles-mêmes une vente parfaite, elles ne sont, ainsi que leur nom le démontre, qu'une *préparation* à un autre acte, une formalité pour parvenir à cet acte, lequel est réellement celui d'aliénation, un acte indispensable, et non pas seulement accidentel, comme l'est la surenchère du quart. Une adjudication préparatoire est une promesse conditionnelle d'acheter de la part de l'adjudicataire, et de vendre de la part du débiteur, représenté par le créancier qui poursuit l'expropriation, et cette promesse est conditionnelle. Elle lie sans doute les parties, mais c'est de la même manière qu'une convention sous une condition suspensive lie ceux qui l'ont faite; par conséquent c'est avec les mêmes effets.

Le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 2, ff. *de in diem addictione*, ci-dessus citée, dit que la condition est suspensive dans la vente faite en ces termes : *Ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur ;* et que la condition est résolutoire, si l'acte porte : *Ut meliore allatâ conditione, discedatur.* Or, l'adjudication préparatoire paraît bien être faite sous la première de ces conditions, et l'adjudication définitive sous la seconde; car l'adjudication préparatoire ne fonde un titre réel pour l'adjudicataire, qu'autant que sa mise n'est pas couverte lors de l'adjudication définitive, adjudication qui doit nécessairement avoir lieu ; ce qui est absolument la même chose que de dire, *ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur ;* tandis que l'adjudication définitive n'est pas faite sous la condition virtuelle et nécessaire, *s'il n'y a pas surenchère du quart*, cette surenchère étant totalement en dehors du contrat d'adjudication; seulement, elle est faite sous cette condition tacite et légale, que s'il y a surenchère du quart et que la mise du surenchérisseur ne soit pas couverte par l'adjudicataire, l'adjudication faite au profit de celui-ci sera résolue, comme s'il était dit : *Ut meliore allatâ conditione, discedatur.*

Enfin, quant à l'adjudication préparatoire, comme les fruits échus depuis la transcription de la saisie sont immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque (art. 685, Cod. de procéd.), et comme cet article, ni aucun autre, ne restreint cela aux fruits échus jusqu'à

l'adjudication préparatoire, on doit en conclure que ceux aussi qui sont échus depuis cette adjudication sont pareillement immobilisés, quand même l'adjudicataire préparatoire se rendrait adjudicataire définitif : ce qui est encore une nouvelle preuve que les adjudications préparatoires sont censées faites sous une condition suspensive, au lieu que les autres sont sous une condition résolutoire, parce qu'elles ne laissent rien en suspens : il n'y a plus rien à faire pour que le contrat d'aliénation soit parfait; seulement la loi, par faveur pour le débiteur, autorise les tiers à surenchérir du quart dans la huitaine, et à venir ainsi *enlever* à l'adjudicataire son acquisition, s'il n'aime mieux encore rendre vaine cette surenchère, en la couvrant lui-même par une autre, et lui seul a ce droit, tandis que toute personne peut surenchérir sur l'adjudication préparatoire.

Nous regardons aussi la surenchère hypothécaire, ou l'offre de porter ou faire porter le prix déclaré par le nouveau propriétaire à un dixième en sus, comme une simple promesse d'acheter faite sous condition suspensive. Le prix n'est même pas certain, puisqu'il peut s'élever au-delà. Donc, si l'immeuble périssait ou subissait des détériorations durant les délais de la procédure, le créancier qui a fait la surenchère pourrait, comme l'adjudicataire préparatoire, se faire décharger de son offre : *res perit domino;* or, il n'était pas propriétaire.

93. Il arrive quelquefois qu'un contrat est en même tems sous une condition suspensive et sous

une condition résolutoire. Une donation faite sous une condition suspensive par un individu qui n'a point d'enfans ni de descendans légitimes au moment de la donation est dans ce cas, puisqu'elle renferme en elle-même la condition résolutoire tacite et légale, que s'il survient un enfant légitime au donateur la donation sera révoquée. (Art. 960.) D'après ce que nous venons de dire sur le cas où la chose est venue à périr avant l'événement de la condition résolutoire, il importe de voir ce qui a eu lieu dans l'hypothèse où des charges auraient été mises à la donation.

Si la chose donnée est venue à périr avant l'accomplissement de la condition suspensive, il n'y a pas eu d'obligation. Il en est de même si cette condition est venue à manquer, et, par la même raison, si la condition résolutoire est venue à se réaliser avant l'événement de la condition suspensive.

Mais si l'on suppose simplement que cette dernière condition s'est accomplie, et que l'objet de la donation soit venu ensuite à périr, le donataire doit exécuter les charges. Toutefois, si la condition résolutoire se réalise ensuite, comme les choses sont remises au même état qu'auparavant, il est affranchi des charges pour l'avenir, et il pourrait même répéter ce qu'il a payé, soit en rentes, prestations ou autrement, mais avec obligation néanmoins de compenser avec les fruits et les émolumens qu'il a retirés de la chose donnée.

94. Quant aux fruits perçus en vertu d'un contrat

anéanti par suite d'une condition résolutoire, expresse ou sous-entendue, ou prévue par la loi, le Code s'en explique bien dans plusieurs cas, mais non dans tous.

Ainsi, en matière de donation rapportée à succession, ou réduite pour fournir les réserves, les articles 856 et 928 règlent ce qui est relatif aux fruits.

Les articles 958 et 962 règlent pareillement ce qui est relatif aux fruits dans les cas de donation révoquée pour cause d'ingratitude ou de survenance d'enfans.

Mais le Code ne dit rien à cet égard sur les cas de donations révoquées pour inexécution des conditions sous lesquelles elles avaient été faites, ou de donations faites avec stipulation du droit de retour, ou sous toute autre condition résolutoire qui s'est réalisée.

Dans le premier cas, les fruits devraient être rendus par le donataire, parce que, n'ayant pas rempli ses engagemens, il les retiendrait *sine causâ ;* sauf à les compenser jusqu'à due concurrence avec ce qu'il aurait payé en prestations annuelles ou autrement, mais aussi sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient être dus au donateur.

Dans le cas de donation avec stipulation du droit de retour, les héritiers du donataire ne doivent point restituer les fruits, attendu que le donateur n'a stipulé le retour que des biens eux-mêmes [1], et n'a entendu anéantir les effets de la donation qu'en ce qui

[1] *Voy.* tome VIII, n° 492.

concerne les biens, et non les fruits. Le silence du Code relativement aux fruits confirme encore cette opinion.

Par analogie, l'on doit décider la même chose pour le cas où la donation est faite sous toute autre condition résolutoire, casuelle ou mixte : si le donateur n'eût pas entendu conférer purement et simplement la jouissance au donataire, il se la serait réservée, en faisant la donation sous une condition suspensive pour le cas contraire à celui sous lequel il l'a faite sous condition résolutoire.

Dans les ventes avec faculté de réméré, l'acheteur ne doit pas restituer les fruits, lors même qu'il n'aurait point payé d'intérêts, soit à raison d'une convention particulière qui aurait rendu inapplicable la disposition de l'article 1652, troisième alinéa, soit parce que le réméré aurait été exercé avant tout paiement. Aucune disposition du Code ne l'oblige en effet à les restituer. Tant que le rachat n'était pas exercé il percevait les fruits sur sa chose. Ajoutez que les cas fortuits le concernaient.

Cette décision serait la même dans le cas d'échange fait sous la condition qu'il sera loisible à chacune des parties, ou à l'une d'elles seulement, de résilier la convention dans un certain tems, clause qui serait valable aussi dans ces contrats, puisque la loi ne l'interdit pas, qu'elle l'autorise même par l'article 1707, en disant que *toutes* les autres règles prescrites pour le contrat de vente s'appliquent d'ailleurs à l'échange.

Dans le cas de vente d'immeubles rescindée pour cause de lésion de plus des sept douzièmes dans le prix, l'article 1682 assujettit seulement l'acheteur à rendre les fruits perçus depuis la demande.

Si une vente d'immeubles est résolue faute par l'acheteur d'avoir payé le prix, il doit faire compte des fruits qu'il a perçus, sauf à les compenser jusqu'à due concurrence avec les intérêts qu'il aurait payés, ou avec ceux de la portion du prix qu'il aurait déjà soldée; car, ne remplissant pas ses engagemens, il retiendrait ces fruits *sine causâ*.

Enfin dans les cas de vente, transaction ou autre contrat à titre onéreux fait sous une condition résolutoire expresse, casuelle ou mixte, qui est venue à s'accomplir, la question relative à la restitution des fruits doit, en principe, être décidée contre celui dont le titre se trouve ainsi anéanti, sauf la compensation dont nous venons de parler. La loi 2, ff. *de in diem addictione,* déjà citée plusieurs fois, attribue bien les fruits à l'acheteur sous condition résolutoire, mais c'est seulement *interim ;* car si la condition se réalise, il est obligé de les rendre au vendeur, d'après la loi 6 au même titre ; ce qui est assez conforme, au surplus, au principe consacré par l'article 1183 du Code civil, portant que l'effet de la condition résolutoire est de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. L'acquéreur dont le titre est ainsi résolu, et qui se trouve par l'événement n'avoir eu aucune cause réelle de possession, ne peut être assimilé à un tiers de bonne

foi, qui gagne les fruits tant que dure sa bonne foi (art. 549 et 550); car il possédait, non comme tiers, mais précairement par rapport à celui qui lui avait transmis, abandonné ou cédé la chose sous cette condition résolutoire.

Cette décision serait toutefois subordonnée aux circonstances de la cause et aux termes de l'acte; mais, en principe, elle est conforme à la nature de la condition résolutoire.

95. Ainsi qu'on l'a dit plus haut, la résolution des contrats translatifs de propriétés immobilières ou de droits immobiliers, a aussi effet contre les tiers, auxquels les acquéreurs auraient consenti des droits sur les mêmes biens, ou leur auraient transmis les biens eux-mêmes; mais, dans les cas où la résolution doit être prononcée en justice, il faut d'abord la faire prononcer contre la partie avant d'attaquer les tiers. On peut toutefois appeler ceux-ci dans la même instance pour voir dire que le jugement sera déclaré commun avec eux; et si l'on attaquait d'abord les tiers, ce qui ne serait pas très régulier, il faudrait mettre en cause la partie, si le défendeur l'exigeait; ce ne serait point à lui à l'y mettre.

Dans le cas où la résolution a lieu de plein droit, la revendication peut être exercée directement contre les tiers détenteurs.

SECTION II.

DES OBLIGATIONS A TERME.

SOMMAIRE.

96. *Ce qu'on entend par* terme, *en Droit.*
97. *Il y a le terme stipulé et le terme de grâce : quel est le premier.*
98. *Quel est le second.*
99. *L'exception dilatoire résultant du bénéfice d'inventaire renferme un délai.*
100. *Dans toute obligation, le tems nécessaire pour son exécution est toujours sous-entendu.*
101. *Quelquefois dans les prêts de consommation, ou à usage, il n'y a pas de terme convenu; ce qui a lieu dans ces cas.*
102. *Parfois, l'obligation contient une condition et un terme : distinction à faire.*
103. *Le terme diffère de la condition suspensive, et en quels points.*
104. *Le terme est toujours présumé en faveur du débiteur, mais ce n'est qu'une présomption simple.*
105. *Il peut être stipulé en faveur seulement du créancier.*
106. *Dans les lettres de change, il est stipulé dans l'intérêt du porteur et du débiteur.*
107. *Il en est de même dans les billets à ordre.*
108. *Quelquefois, dans les dispositions testamentaires, le terme est uniquement en faveur du légataire : conséquence.*
109. *Lorsque le terme est seulement apposé en faveur du débiteur, celui-ci peut y renoncer, toutefois avec obligation de payer les intérêts stipulés pour le tems convenu.*
110. *En principe, ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme.*
111. *Le dernier jour du terme est tout entier en faveur de celui au profit duquel est le terme.*
112. *Ce qui a été payé avant le terme n'est pas, en général, sujet à restitution.*
113. *L'intérêt peut-il du moins être réclamé jusqu'à l'échéance du terme, lorsque le paiement a eu lieu par erreur ? Discussion.*

114. *La disposition qui rend exigibles les dettes à terme en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur, sans déduction de l'escompte, n'est pas juste.*

115. *Lorsque les intérêts à échoir ont été cumulés dans l'obligation avec le capital rendu exigible par la faillite ou la déconfiture du débiteur, ils doivent être retranchés pour le tems à courir.*

116. *Texte des articles* 1188 *Code civil,* 444 *(nouveau) Code de commerce, et* 124 *Code de procédure.*

117. *Ce dernier doit s'entendre du terme de grâce, quant aux circonstances non mentionnées dans le premier, et qui privent le débiteur du délai qui lui a été accordé.*

118. *De ce que la dette serait avec hypothèque ou cautionnement, cela n'empêcherait pas que la faillite du débiteur ne la rendit exigible.*

119. *La faillite ou la déconfiture de l'un des débiteurs solidaires ne prive pas les autres du bénéfice du terme.*

120. *La caution n'est pas non plus privée du bénéfice du terme par cela seul que le débiteur tombe en faillite ou en déconfiture.*

121. *Le débiteur qui a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, est déchu du bénéfice du terme : exemples ; conciliation des articles* 1188 *et* 2131 *du Code civil.*

122. *Celui qui n'a obtenu un terme que par fraude en doit être privé.*

123. *Et celui qui ne donne pas les sûretés promises par le contrat doit être assimilé à celui qui a détruit par son fait celles qu'il avait données.*

124. *Le donataire d'immeubles par avancement d'hoirie, qui les a hypothéqués, et qui se porte ensuite héritier du donateur, diminue ainsi par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier.*

125. *En général, cela doit être entendu du cas où l'hypothèque est conventionnelle.*

126. *Suivant la jurisprudence, l'aliénation partielle des biens conventionnellement hypothéqués rend la créance exigible.*

127. Secùs *si l'aliénation est de la totalité des biens pour un seul et même prix.*

128. *Observations sur la jurisprudence précitée.*

129. *Cas où elle ne doit pas s'appliquer.*

130. *Le défaut, pendant deux années consécutives, du service d'une rente constituée en perpétuel, rend exigible le remboursement du capital.*

131. *La jurisprudence a même étendu cette décision aux rentes anciennes dont le service a été négligé pendant deux années écoulées sous le Code.*

96. Le terme est un délai accordé au débiteur pour satisfaire à son obligation.

97. Il y a le terme stipulé et le terme de grâce.

Le premier est celui qui a été convenu entre les parties par l'acte même qui renferme l'obligation, ou par un acte postérieur, par exemple par un concordat ou un acte d'atermoiement intervenu entre un débiteur et ses créanciers.

98. Le terme de grâce est celui qui est accordé au debiteur par un jugement, en considération de sa position. (Art. 1244 Cod. civ., et 122 Cod. de procéd.)

Ce terme ne fait point obstacle à la compensation. (Art. 1292.)

Le débiteur ne peut l'obtenir, ni même jouir de celui qui lui aurait été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, ni enfin lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. (Art. 124 Cod. de procéd.)

Nous reviendrons bientôt sur ce point.

99. L'exception dilatoire résultant du bénéfice d'inventaire, renferme implicitement un délai ou une espèce de terme. (Art. 174 Cod. procéd.)

100. Et dans toute obligation il y a tacitement un terme convenu, qui est du tems nécessaire pour son exécution. Par exemple, si je m'oblige, à Paris, à vous faire compter mille écus à Lyon, ou bien à vous livrer mon cheval qui est maintenant à Orléans, circonstances que vous connaissez, nous sommes par cela même tacitement convenus d'un tems nécessaire pour que je puisse donner des ordres à Lyon de vous compter la somme, ou pour faire revenir le cheval d'Orléans [1].

101. Quelquefois, dans les prêts de consommation, il n'y a point de terme fixé par les parties pour la restitution. Quelquefois aussi il est simplement dit que l'emprunteur paiera quand il le pourra, ou quand il en aura les moyens : dans ces cas, le juge fixe un délai, suivant les circonstances. (Art. 1900 et 1901.)

Et dans les prêts à usage faits sans fixation d'un jour pour la restitution de la chose, l'emprunteur, en général, a le droit de s'en servir pendant le tems nécessaire à l'espèce de service pour lequel il l'a empruntée. (Art. 1888.)

102. Enfin, comme on l'a dit *suprà* (n° 59), quelquefois l'obligation comprend une condition et un

[1] LL. 41, § 1; 137, § 2, ff. *de Verb. oblig.*; § 5, Instit. *eod. tit.*; et L. 2, § 6, ff. *de eo quod certo loco.*

terme; alors il faut examiner si le terme n'est apposé qu'à la condition seulement, ou s'il l'est aussi à l'obligation elle-même.

Par exemple, s'il est dit : *Si tel navire revient en France dans l'année*, le terme n'est mis qu'à la condition, pour limiter le tems dans lequel le navire devra arriver en France pour que la condition soit accomplie. En sorte que s'il revient en France au bout de six mois par exemple, la condition étant accomplie, l'obligation devient exigible à cette époque.

Mais s'il est dit : *Si tel vaisseau revient en France dans l'année, alors vous me paierez cent;* ce mot *alors* fait entendre que le terme est apposé aussi bien à l'obligation, pour son exécution, qu'à la condition dont elle dépend; et ce ne sera qu'à l'expiration de l'année, et dans le cas où le navire serait revenu en France dans l'année, que le créancier pourra demander le paiement de la somme promise [1].

103. L'article 1185 porte que « le terme diffère de « la condition, en ce qu'il ne suspend point l'enga- « gement, dont il retarde seulement l'exécution. »

Ici les rédacteurs du Code n'ont eu en vue que la condition suspensive; aussi, dans le second alinéa de l'article 1183, est-il dit que la condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation.

Les principales différences qui existent entre le terme et la condition suspensive, consistent en ce que :

[1] L. 4, § 1, ff. *de Condit. et demonst.*

1° Dans les legs, s'il y a simplement un terme, dans la pensée du testateur, exprimée ou sous-entendue, la mort du légataire survenue avant l'expiration de ce terme (mais après celle du testateur) n'empêche pas qu'il n'ait eu un droit acquis et transmissible à ses héritiers. (Art. 1041.) Au lieu que si le legs est sous une condition suspensive [1], et que le légataire vienne à mourir avant l'accomplissement de la condition, ce legs est caduc. (Art. 1040.)

2° Dans les obligations pures, si la chose périt par cas fortuit avant le terme mis pour la délivrance, elle périt pour le créancier, par exemple, pour l'acheteur, qui n'en est pas moins obligé d'en payer le prix [2]; tandis que si l'obligation est sous une condition suspensive, et que la chose vienne à périr *pendente conditione*, elle périt pour celui qui l'avait promise sous cette condition (art. 1182), quoique la condition vienne ensuite à s'accomplir [3]. Et si la condition est résolutoire, la chose périt pour celui qui l'a reçue, si la condition ne s'accomplit pas; si elle s'accomplit, la chose périt pour celui à qui elle devait retourner [4].

[1] Car un legs pourrait être fait aussi sous une condition résolutoire, ainsi que nous l'avons démontré, tome VIII, n° 68, et tome IX, n° 281. Et le legs fait sous une condition de cette nature recevrait son effet dès la mort du testateur; il n'y aurait pas à attendre pour cela l'accomplissement de la condition, comme si l'inaccomplissement de cette condition faisait l'objet d'une condition suspensive, ce qui empêcherait l'exécution du legs, et le ferait s'évanouir si le légataire venait à mourir dans l'intervalle : le legs fait sous une condition simplement résolutoire, est un legs *pur*, et non un legs conditionnel.

[2] *Voyez* au tome précédent, n° 422.

[3] *Vide suprà*, n° 74 et suivant.

[4] *Vide suprà*, n° 91.

3° Ce qui est payé, même par erreur, avant le terme, n'est pas sujet à répétition [1], sauf ce que nous dirons tout-à-l'heure relativement à l'escompte; au lieu que celui qui ne doit que sous une condition suspensive, et qui paie par erreur *pendente conditione*, peut, tant que la condition n'est pas accomplie, répéter ce qu'il a mal à propos payé; car il a payé ce qu'il ne devait pas [2] : il y avait seulement espérance d'une dette.

4° Dans la dette à terme, le débiteur peut faire des offres avant l'échéance du terme, à moins qu'il n'ait été stipulé aussi en faveur du créancier; tandis qu'il ne le peut si la dette est conditionnelle. (Art. 1258.)

5° En cas de faillite du débiteur avec terme, la dette devient purement et simplement exigible (art. 1188 Cod. civ., et 448 Cod. de com.); au lieu que lorsque la dette est sous condition suspensive, on procède de la manière indiquée plus haut, n° 69 et suivant.

104. Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier. (Art. 1187.)

105. Il peut même être convenu dans l'intérêt du créancier seulement; et, dans ce cas, comme chacun peut renoncer à ce qui a été établi uniquement en sa faveur, le créancier pourrait demander la chose avant

[1] L. 10, ff. *de Condict. indeb.*
[2] L. 16, *de Condict. indeb.*

le terme. Tel serait le cas où, en vous confiant un dépôt, nous serions convenus que vous garderiez l'objet pendant trois mois, ou jusqu'à mon retour de tel voyage, que je me proposais de faire : rien ne m'empêcherait de redemander la chose avant le tems convenu.

106. Dans les lettres de change, le terme est présumé convenu dans l'intérêt du porteur de la lettre comme dans l'intérêt du débiteur, lequel ne peut faire des offres avant l'expiration du terme. (Art. 146 Cod. de comm.)

107. Et comme l'article 187 du même Code porte que toutes les dispositions concernant le paiement des lettres de change s'appliquent aux billets à ordre, il résulte de là que le terme, dans ces billets, est aussi en faveur du créancier comme en faveur du débiteur.

108. Dans les dispositions testamentaires, il arrive quelquefois que le testateur met un terme au legs uniquement dans l'intérêt du légataire : comme lorsqu'on fait un legs à un mineur payable seulement à sa majorité, parce que le testateur craint que le tuteur, qui administre peut-être mal, n'en touche le montant et ne le dissipe. Dans ce cas, si l'héritier payait au mineur, ou même au tuteur, et que le legs fût dissipé, il pourrait être obligé à payer derechef. (L. 15, ff. *de Annuis legatis*.)

109. Lorsque le terme est apposé en faveur du débiteur seulement, celui-ci peut y renoncer ; mais il ne faut pas conclure de là que, s'il avait emprunté à intérêt une somme pour tant d'années ou tant de

mois, il pourrait, contre le gré du créancier, restituer la somme pour faire cesser le cours des intérêts; car la convention doit être respectée. Le débiteur, dans ce cas, peut sans doute se libérer, mais il doit payer les intérêts pour tout le tems convenu; et ce ne sera pas *sine causâ* que le créancier les recevra, puisqu'il les a stipulés pour la durée de jouissance de son capital pour ce tems, et qu'il ne tient qu'au débiteur de conserver cette jouissance.

110. Ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme (art. 1186), à moins, comme il a été dit plus haut, que le terme n'eût été stipulé qu'en faveur du créancier seulement, ou qu'il ne résultât des circonstances de la cause qu'il a été mis dans son seul intérêt, ce qui sera rare, au surplus.

Le débiteur peut aussi être déchu du bénéfice du terme dans certains cas, ainsi que nous allons l'expliquer.

111. Le dernier jour du terme, mis en faveur du débiteur ou du créancier, est tout entier pour celui dans l'intérêt duquel ce terme a été apposé [1]; en conséquence, la demande ou les offres ne doivent pas avoir lieu ce jour-là; il faut attendre au lendemain. Aussi, le protêt, dans les lettres de change et dans les billets à ordre, ne doit-il être fait que le lendemain du jour de l'échéance; et si ce lendemain est un jour férié, le protêt doit être fait le jour suivant. Mais si

[1] L. 42, ff. *de Verb. oblig.*

le jour de l'échéance lui-même est un jour férié, le paiement est fait la veille. (Art. 134, 162 et 180 Cod. de comm. combinés.) Cette dernière décision est au surplus particulière aux effets de commerce.

112. Ce qui a été payé avant le terme ne peut être répété (même art. 1186 Cod. civ.), sauf toutefois ce qui est dit aux art. 446 et 447 du Code de commerce.

113. Il n'y a pas de difficulté lorsque le paiement a été fait en connaissance de cause ; mais les lois romaines décident la même chose dans le cas aussi où le paiement a été fait par erreur [1], attendu que le terme ne suspend point l'effet de l'obligation, et que dès qu'il y a obligation, il n'y a pas lieu à répéter ; car l'on n'a pas payé une chose non due. Il paraît que c'est aussi sur le cas de paiement fait par erreur avant le terme, que statue notre article 1186 ; mais on peut toutefois élever la question de savoir si celui qui devait une somme non productive d'intérêts, et qui l'a payée par erreur avant l'échéance du terme, ne peut pas, dans le droit actuel, demander au créancier, que celui-ci, à son choix, lui fasse raison des intérêts ou de l'escompte (*interusurium*) jusqu'au jour de l'échéance, ou qu'il lui restitue la somme, à la charge par lui débiteur de lui donner les mêmes sûretés ?

Selon notre opinion, il le peut, mais suivant la plupart des auteurs, il n'a pas ce droit.

[1] LL. 10, 16, 17 et 18, ff. *de Condict. indeb.* combinées.

Ils se fondent sur ce que l'action en répétition, *condictio indebiti*, quoiqu'ayant pour base l'équité, est néanmoins de Droit strict, comme celle de prêt, dans laquelle le juge ne peut rien adjuger au demandeur au-delà de ce qu'il a compté à l'autre partie. Aussi quelques auteurs, notamment Pothier, appellent-ils *promutuum* le quasi-contrat formé par le paiement d'une chose qui n'était pas due. Or, disent-ils, l'escompte n'a pas été payé, donc il n'y a pas lieu à le répéter, et il n'y a pas lieu non plus à répéter la somme qui a été réellement payée, puisqu'elle était due, quoique avec un terme.

De plus, ajoutent-ils, dans le cas du paiement fait indûment, le défendeur ne doit restituer que ce dont il a profité par suite de ce paiement [1], et comme il est possible qu'il n'ait retiré aucun avantage de l'anticipation, par exemple parce qu'il a laissé la somme oisive dans sa caisse, ou parce qu'il l'a prêtée sans intérêts, il ne doit pas être forcé d'en payer de son côté, autrement il souffrirait lui-même un préjudice. Et en admettant qu'il eût prêté la somme à intérêts, comme il a couru les chances de perte par suite de la faillite des emprunteurs, ces intérêts doivent lui demeurer, d'autant mieux qu'ils proviennent tout à la fois et de son contrat et de sa chose. Enfin, comme le prêt proprement dit ne produit pas par lui-même d'intérêts, qu'il faudrait pour cela une stipulation expresse, le quasi-contrat qui naît du paiement fait indûment ne saurait en produire ; et à

[1] L. 65, § 8, ff. *de Condict. indeb.*

plus forte raison quand il n'y a pas eu de paiement fait indûment, comme dans l'espèce, puisqu'il y avait dette.

Telles sont les principales raisons données par Voët *ad Pandectas, tit. de Condict. indebiti;* par Perez *ad Codicem, eodem titulo,* et par d'autres auteurs, pour exclure la répétition de la somme comptée par anticipation, quoique par erreur, ainsi que la demande de l'intérêt ou escompte jusqu'au tems de l'échéance de la dette.

Pothier, dans son traité sur le quasi-contrat résultant du paiement de l'*indû,* paiement auquel, comme il vient d'être dit, il a donné le nom de *promutuum,* ajoute une autre raison à celles qui viennent d'être exposées, mais qui est sans force aujourd'hui, parce que les prémisses ne sont pas en rapport avec le Droit actuel. Celui, dit-il, qui ferait un véritable prêt ne pourrait stipuler des intérêts; donc celui qui a payé sans devoir ne peut être supposé en avoir stipulé; et, à plus forte raison, celui qui devait, mais qui a seulement payé avant l'échéance.

Si ces auteurs avaient restreint leur décision aux intérêts ou à l'escompte pour le tems qui s'est écoulé depuis le paiement fait par anticipation jusqu'au moment où, découvrant son erreur, celui qui a payé élève sa réclamation, nous serions parfaitement de leur avis; car, comme, dans les obligations de sommes, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein Droit (art. 1153), et que l'on ne se trouverait dans au-

cun de ces cas, il est clair qu'il ne pourrait en exiger pour le tems antérieur à sa réclamation, quand même il serait démontré que le créancier en a retiré par le placement qu'il a fait de la somme. Mais il ne s'agit point des intérêts ou de l'escompte pour le tems antérieur à la réclamation; il s'agit uniquement de l'escompte pour le tems futur et jusqu'à l'époque qui avait été fixée pour le paiement de la dette; et nous soutenons que la prétention tendant à ce que le créancier, à son choix, fasse raison de cet escompte ou restitue la somme, à la charge pour le débiteur de lui fournir les mêmes sûretés, est une prétention fondée en équité et en parfaite harmonie avec les principes de notre législation actuelle, dans laquelle la jouissance du numéraire a une valeur réelle et forme la principale source du revenu d'un grand nombre de citoyens. D'où il faut conclure, ce qui a été vrai au surplus dans tous les tems, mais ce qui l'est encore plus particulièrement depuis que l'argent peut produire licitement des intérêts en toute obligation; d'où il faut conclure, disons-nous, que celui qui paie avant le terme, paie par cela même plus qu'il ne devait, si ce n'est quant au *quantùm* de la dette en elle-même, du moins par la privation de l'avantage qu'il pouvait retirer de la somme en la plaçant à intérêt. Il est si vrai que le terme est un avantage, et que celui qui doit à terme doit moins que celui qui doit au comptant, que si une caution s'obligeait à payer à un terme plus rapproché que celui qui a été accordé au débiteur principal,

elle serait censée obligée *en plus* que le débiteur, et ne devrait payer qu'au terme accordé à ce dernier ; *plus est enim statim aliquid dare; minus est post tempus dare* [1]. Donc payer avant le terme, c'est payer plus que l'on ne devait en réalité, puisque par-là on diminue son patrimoine, et cela est si vrai que, d'après le Droit romain lui-même, le créancier qui avait reçu de son débiteur insolvable un paiement avant l'échéance du terme était obligé de faire raison de l'escompte ou intérêt à la masse [2]. Et lorsqu'un débiteur qui, d'après la loi, devait jouir d'un délai, à la charge de donner caution, ne pouvait la fournir, il n'était tenu de payer de suite que sous la déduction de l'escompte. On en trouve des exemples dans la loi 24 § 2, ff. *soluto matrim. quemad. dos petatur*, et dans la loi 22, § 1, ff. *Mandati vel contrà.*

Supposons en effet que quelqu'un ait acheté un fonds moyennant 20,000 fr., sans autre explication dans l'acte de vente; mais que les parties, par des raisons particulières, aient cru devoir faire une contre-lettre par laquelle il a été convenu que les 20,000 fr. seraient payables au bout de six ans seulement, et sans intérêts, attendu que le prix a été fixé en conséquence; que l'acheteur soit venu à mourir peu de temps après, et que son héritier, dans l'ignorance de la contre-lettre, qui ne s'est pas trouvée avec les autres papiers du défunt, ait payé aussitôt les 20,000 fr. ; n'est-il pas évident, en pareil cas, que cet héritier

[1] § 5, Instit. *de Fidejussoribus.*
[2] L. 10, § 12, et L. 17, § *ult.*, ff. *Quæ in fraud. credit.*

a payé une somme de beaucoup supérieure à celle pour laquelle son auteur aurait obtenu la chose s'il l'eût achetée au comptant, ou bien à terme, mais avec intérêt? Cela ne peut être douteux pour quiconque a la moindre idée de la manière dont se traitent les affaires. Refuser à celui qui a ainsi payé plus de cinq années avant l'échéance du terme, et qui s'aperçoit de son erreur, le droit de demander, ou la restitution temporaire de la somme, ou que le vendeur lui fasse raison de l'escompte ou intérêt à partir du moment où il élève sa réclamation jusqu'au jour qui avait été convenu pour le paiement, c'est lui faire payer en définitive cette partie du prix qui excédait la juste valeur de la chose en supposant la vente faite au comptant, ou à terme, mais avec intérêts, c'est-à-dire plusieurs mille fr. de plus; et c'est faire profiter le vendeur de sa mauvaise foi, de n'avoir pas averti le débiteur de son erreur. Or, c'est ce que nous ne saurions admettre; selon nous, la réclamation de cet héritier est bien fondée, non-seulement en équité, mais encore en Droit.

114. Nous voudrions même que, dans les faillites ou déconfitures, qui rendent exigibles les dettes non échues, l'on eût égard aux époques fixées pour le paiement desdites dettes, quand elles ne sont point productives d'intérêts; car si, par exemple, lorsque vous êtes créancier d'une somme de 10,000 francs, payable dans six ans seulement, et sans intérêts, et que je le suis d'une pareille somme qui est échue, vous retirez du dividende autant que moi, l'égalité

n'est point observée. Votre créance ne valait pas la mienne, quoiqu'elle fût d'une somme égale; vous ne l'auriez certainement pas vendue au même prix que j'aurais vendu la mienne, abstraction faite des sûretés qui seraient attachées à l'une ou à l'autre. Si la vôtre provient d'une vente que vous avez ainsi faite à un long terme et sans intérêts, et la mienne d'une vente aussi, mais faite au comptant, c'est que les deux objets n'étaient pas de même valeur; on doit naturellement le supposer. Or, le système qui nous traite absolument de la même manière est un système vicieux, qui appelle l'attention du législateur, pour mettre le Droit en harmonie dans toutes ses parties. La chose serait facile: il suffirait pour cela, dans les distributions et dans les ordres, de retrancher de chaque créance avec terme et non productive d'intérêts, une somme correspondante à l'intérêt légal jusqu'aux époques fixées pour le paiement; cela serait tout-à-fait juste, et même conforme aux principes d'une législation qui attache une grande valeur à la jouissance des capitaux. Aussi nous appelons de tous nos vœux cette amélioration; car c'en serait une véritable.

115. Et même, dans l'état actuel de la législation, ce retranchement doit avoir lieu si l'on a cumulé les intérêts futurs avec le capital, comme cela se fait quelquefois, et même assez souvent, nonobstant la prohibition de l'édit de 1673, vulgairement appelé *l'ordonnance sur le commerce*[1]. Par exemple, si, emprun-

[1] L'art. 1er du titre VI de cette ordonnance défendait « aux négocians,

tant de vous une somme de 10,000 fr. pour un an avec intérêts à cinq pour cent, vous me faites souscrire purement et simplement un billet de 10,500 fr. payable dans un an, et qu'au bout de trois mois je tombe en faillite ou en déconfiture, vous ne devez être admis à la distribution que pour le capital de 10,000 fr. par vous prêté, et pour les intérêts échus jusqu'au jour de la faillite ou de la clôture du procès-verbal du juge-commissaire. Quant au surplus des 500 fr. ajoutés dans l'obligation pour les intérêts, vous le réclameriez *sine causâ*, attendu que votre condition ne doit pas être meilleure que celle des autres créanciers qui n'ont pas cumulé les intérêts avec le capital.

116. Nous venons de dire que la faillite du débiteur rend exigibles les dettes non échues. Voici en effet ce que porte l'article 1188 du Code civil:

« Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du « terme lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque, par son « fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par « le contrat à son créancier. »

L'article 444 (nouveau) du Code de commerce porte pareillement que « l'ouverture de la faillite « rend exigibles les dettes passives non échues.

« En cas de faillite du souscripteur d'une lettre,

« marchands et autres, de comprendre l'intérêt avec le principal dans la « lettre ou billet de change, ou autre acte. »

C'était pour assurer plus pleinement l'effet de la disposition de l'article suivant, qui prohibait l'anatocisme, en disant : « Les négocians, mar- « chands et autres, ne pourront prendre l'intérêt de l'intérêt sous quelque « prétexte que ce soit. »

Mais cette dernière disposition a été modifiée par les art. 1154, et 1155, ainsi qu'on l'a vu au tome précédent, nos 494 et suivans.

« d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de « change ou du tireur, à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner caution pour le « paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer « immédiatement. »

Et comme nous l'avons dit plus haut, suivant l'article 124 du Code de procédure, « le débiteur ne « pourra obtenir un délai, *ni jouir du délai qui lui « aura été accordé* [1], si ses biens sont vendus à la « requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite, de contumace, ou s'il est constitué prisonnier, « ni enfin lorsque, par son fait, il aura diminué les « sûretés qu'il avait données par le contrat à son « créancier. »

117. Mais qu'entend-on ici par *délai accordé?* est-ce celui qui a été accordé par le juge, ou bien aussi celui qui a été accordé par le créancier?

M. Pigeau [2] l'a entendu de l'un et de l'autre, et M. Delvincourt [3] l'a entendu seulement du délai de grâce, en ce qui concerne les cas de vente des biens à

[1] M. Toullier, tome VI, n° 671, enseignait que le débiteur à qui les juges ont accordé des délais, en réglant les paiemens à différentes époques, est déchu du bénéfice de ces délais, faute par lui d'avoir laissé passer le premier sans payer; qu'alors le créancier peut saisir et exécuter de suite pour le tout, sans que le débiteur puisse arrêter la saisie en payant le terme échu, attendu que le tribunal est *censé* n'avoir accordé les délais que sous la condition qu'il paierait à chaque terme. Nous serions de cet avis si le jugement l'avait décidé expressément, mais hors de là, la prétention du créancier serait mal fondée: l'article ci-dessus, qui spécifie tous les cas où le débiteur est privé du délai qui lui avait été *accordé*, ne parle point de celui dont il s'agit, et cette déchéance n'est appuyée sur aucune présomption de la loi emportant la condition dont parle M. Toullier.

[2] *Procédure civile*, liv. II, chap. 1^er^, sect. 1^re^, § 1^er^.

[3] *Cours du Code civil*, tome II, sur l'art. 1188.

la requête d'autres créanciers, sans toutefois qu'il y ait déconfiture, et de l'emprisonnement du débiteur, ou de son état de contumace.

En second lieu, le législateur a dû priver plus facilement un débiteur du délai de faveur que d'un terme stipulé, sans lequel ce débiteur ne se serait peut être pas engagé.

D'abord, cet article 124 fait suite à ceux par lesquels le législateur autorise les juges à accorder des délais pour l'exécution de leur jugement, ce qui prouve que c'est du délai de grâce dont il s'occupe.

On convient bien, du reste, qu'il est privé de l'avantage de ce terme, non seulement lorsque, étant commerçant, il est en état de faillite, mais encore lorsque, n'étant point commerçant, il est tombé en état de déconfiture, et, dans tous les cas, lorsqu'il a, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. A cet égard, les articles 124 Code de procédure, et 1188 Code civil, sont aussi bien applicables au terme stipulé qu'au délai de grâce. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, M. Bigot de Préameneu disait devant le corps législatif : « Il est évident qu'en cas de faillite ou *de* « *déconfiture*, le débiteur ne doit plus être autorisé à « réclamer le bénéfice du terme *qu'il a stipulé*. » Il n'y a donc aucun doute sur ce point.

Mais un débiteur, d'ailleurs fort solvable, peut se voir sous le coup d'une saisie mobilière, et même immobilière suivie de vente des objets saisis. Un paiement retardé, une faillite éprouvée, une mauvaise ré-

colte, etc., amènent souvent de graves embarras dans la situation de personnes d'ailleurs fort au-dessus de leurs affaires, et que pour cela on appelle des *riches mal aisés*. Le Code civil lui-même prévoit cette situation dans l'article 2212, où il est dit que si le débiteur, dont les immeubles ont été saisis, justifie, par baux authentiques, que le revenu net et libre de ses immeubles pendant une année suffit pour le paiement de la dette, en capital, frais et intérêts, et s'il en offre la délégation au créancier, la poursuite en expropriation pourra être suspendue par les juges, sauf à être reprise s'il survient quelque opposition ou obstacle au paiement. Et l'article 124 du Code de procédure parle *de la vente des biens* d'une manière générale ; de sorte que si sa disposition pouvait s'appliquer aussi, quant à ce cas, au débiteur qui a stipulé un terme, une simple saisie-exécution de denrées, de marchandises, ou autres choses mobilières, suivie de la vente, donnerait droit à tous les créanciers avec terme de venir de suite réclamer leur paiement, quoique le débiteur justifiât pleinement que, loin d'être en déconfiture, il est encore parfaitement solvable ; car il y aurait *vente des biens à la requête d'autres créanciers*, les meubles étant des biens comme les immeubles, et cet article ne faisant aucune distinction relativement à l'espèce de biens vendus. Mais c'est ce que nous ne saurions admettre; en ce point nous pensons que l'interprétation de M. Delvincourt est plus conforme au véritable esprit de cet article. Un débiteur ne doit pas être aussi facilement privé du terme qu'il a stipulé, que

d'un simple terme de grâce. Il est clair, d'ailleurs, que cet article se référant aux deux précédens, statue sur le délai accordé par le juge. Le Code de procédure, en effet, ne doit pas être facilement supposé avoir voulu ajouter aux dispositions du Droit ou du Code civil, et le Code civil ne prive pas du bénéfice du terme stipulé, le débiteur qui n'est point en faillite (ni en déconfiture), et qui n'a point, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. L'article 180 de la Coutume de Paris définissait la déconfiture, *l'état d'un débiteur dont les biens meubles et immeubles ne suffisent pas aux créanciers apparens*. Or, encore une fois, une et même plusieurs saisies, quoique suivies de vente, ne prouvent point nécessairement cet état.

Si l'on disait que cet article 124 établit une présomption de déconfiture par le seul fait que les biens du débiteur sont vendus à la requête d'autres créanciers, et que la déconfiture entraîne la déchéance du terme, même suivant notre propre décision, nous répondrions qu'en admettant que telle ait été l'intention qui a présidé à la rédaction de cet article, il est néanmoins évident, par son rapprochement avec ceux qui le précèdent, qu'il n'a voulu établir cette présomption que relativement au délai de grâce.

Nous sommes forcés de dire la même chose pour le cas où le débiteur est constitué prisonnier, s'il n'est point d'ailleurs en faillite ou en état de déconfiture réelle, et s'il n'a pas non plus diminué par son fait les sûretés qu'il avait données par le contrat

à son créancier. Et nous ferons remarquer que M. Pigeau qui, ainsi que nous l'avons dit, appliquait indistinctement cet article 124 aussi bien au cas du terme stipulé, qu'au cas du simple délai de grâce, convenait toutefois que l'emprisonnement dont il est parlé dans ce même article, devait s'entendre de l'emprisonnement pour dettes, et non pour délit ou par suite d'accusation. Cela n'est pas douteux ; le législateur n'a dû songer qu'à l'emprisonnement pour dettes ; il a dû se déterminer par le motif qui lui a fait établir que le débiteur dont les biens sont vendus à la requête d'autres créanciers ne peut obtenir un délai, ni jouir de celui qui lui a été accordé, parce que l'emprisonnement pour dettes établit aussi, et même peut être avec plus de force encore, la présomption de l'insolvabilité du débiteur. Néanmoins, comme il est possible en fait que l'emprisonnement soit le résultat d'un moment de gêne occasionnée par des pertes fortuites, si, en réalité, le débiteur n'était ni en faillite ni en déconfiture, et que cela fût démontré, nous croyons qu'il ne devrait pas être privé du délai qu'il aurait stipulé avec ses autres créanciers. Vainement dirait-on que son emprisonnement est une diminution des sûretés qu'il leur avait données par les contrats, en ce qu'il ne peut plus diriger ses affaires comme auparavant ; on répondrait que cette diminution des sûretés dont parle la loi, doit s'entendre d'une diminution de sûretés spéciales, et non pas du cas où le créancier a suivi la foi de son débiteur, n'a stipulé aucune sûreté particulière, s'est contenté,

en un mot, de l'obligation ou action personnelle[1]; autrement il faudrait aller jusqu'à dire, et à plus forte raison, que la mort du débiteur, lorsqu'elle est le résultat de son fait, rend exigibles ses créances avec terme; que ses héritiers sont privés des délais stipulés, et c'est ce qui n'est établi nulle part dans nos lois. Au surplus, dès que le débiteur est sorti de prison, il n'y a plus lieu de lui appliquer la disposition de cet article 124. En vain les créanciers, même ceux à l'égard desquels il a obtenu un délai de grâce, diraient qu'ils ont acquis le droit d'exiger leur paiement, et qu'un fait qui leur est étranger, l'élargissement du débiteur, n'a pas dû le leur enlever; on répondrait que l'article ne parle que du débiteur alors constitué prisonnier : *s'il est constitué prisonnier*, dit cet article; c'est donc une situation actuelle dont il règle l'effet. D'ailleurs la cause n'existant plus, l'effet doit cesser avec elle : *cessante causâ, cessat effectus.*

Quant au cas où le débiteur est contumace, il y a plus de difficulté, toujours en ce qui concerne le terme convenu. Car sa personne n'étant plus là pour répondre de ses engagemens, et ses biens étant mis sous le séquestre (art. 471 Code d'inst. crim.), on peut prétendre que son état doit être assimilé à celui d'un débiteur en faillite ou en déconfiture, ou du moins d'un débiteur qui, par son fait, a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Néanmoins, nous ne saurions le décider ainsi à l'é-

[1] *Voy.*, à l'appui de ce raisonnement, un arrêt de la cour d'Aix, du 16 août 1811. (Sirey, 15,2,126.)

gard du terme stipulé, lorsque d'ailleurs la solvabilité du débiteur n'est point douteuse. Les créanciers, lors de l'échéance de leurs créances, pourront tout aussi bien poursuivre leur paiement contre le séquestre, que contre le débiteur lui-même. Les biens de celui-ci sont là pour répondre de l'exécution de ses obligations. Son état de contumace n'en commande pas la vente, ainsi que cela a lieu dans le cas de faillite ou de déconfiture, ce qui exigeait par conséquent que les créanciers avec terme, comme les autres, pussent se faire payer, puisque tous les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. (Art. 2092).

118. Mais dans le cas de faillite, la loi ne distingue pas si la créance est garantie par un gage, une hypothèque ou une caution, ou si elle n'est accompagnée d'aucune de ces sûretés: elle décide indistinctement que la créance est exigible. La cour de Bruxelles, il est vrai, a jugé, le 5 décembre 1811 [1], que la faillite ne rend pas exigibles les créances hypothécaires; elle s'est fondée sur ce que l'article 448 (ancien) du Code de commerce ne prive pas du bénéfice du terme, les co-débiteurs solidaires de celui qui est tombé en faillite, à la charge par eux de fournir caution du paiement à l'échéance. Mais cette disposition, dont nous allons parler, ne fait rien à la question; car dans les dettes solidaires il y a autant de dettes qu'il y a d'obligés, sinon *propter rem*, du moins *propter personas*. L. 9, § 2, ff. *de duob. reis stip.*

[1] *Journal de jurisprudence du Code civil*, tome XVIII, page 127.

119. Ainsi, lorsque l'un des débiteurs solidaires se trouve déchu du terme, parce qu'il est tombé en faillite ou en déconfiture, ce n'est pas une raison pour que les autres en soient pareillement privés; car rien n'empêche, dans les dettes solidaires, que l'un des débiteurs ait un terme et que l'autre n'en ait pas, ou en ait un différent (art. 1201). Or, tout ce que l'on peut dire à l'égard du débiteur privé du bénéfice du terme, c'est qu'il doit être considéré comme s'il ne lui en avait pas été accordé ; mais cela ne fait pas qu'il n'en ait point été accordé aux autres. Et dans les obligations de Droit civil, ils ne sont pas obligés pour cela de donner caution du paiement à l'échéance; ce serait ajouter à leur engagement. Telle est aussi la décision de Pothier, au n° 236 de son traité *des Obligations,* où il cite un ancien arrêt qui a jugé en ce sens.

L'article 444 (nouveau) du Code de commerce dit bien pareillement que, dans le cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change, ou du tireur, à défaut d'acceptation, les autres obligés ne sont point tenus de payer immédiatement, mais cet article y met toutefois cette condition : *s'ils n'aiment mieux donner caution pour le paiement à l'échéance;* tandis que nous décidons que, dans les obligations solidaires de Droit civil, les autres débiteurs ne sont même pas tenus de fournir cette caution. En effet, la disposition de cet article 444, qui soumet les autres débiteurs solidaires à l'obligation de la donner, s'ils n'aiment mieux payer de suite, est parti-

culière au commerce, qui demande la plus grande confiance, et par cela même tout ce qui peut assurer l'exécution des engagemens à leur échéance. Aussi ne voyons-nous point de disposition semblable dans le Code civil.

120. On doit décider la même chose, et par les mêmes motifs, dans le cas de cautionnement d'obligations civiles : la caution doit jouir du bénéfice du terme stipulé, quoique le débiteur en soit privé par sa faillite ou sa déconfiture ; car elle peut avoir un terme quoique le débiteur n'en ait pas, ou en avoir un plus long que celui qui a été accordé à ce dernier ; par conséquent, rien ne s'oppose à ce qu'elle conserve celui en considération duquel elle s'est engagée, quoique le débiteur se soit mis par son fait dans le cas d'en être privé ; elle a répondu seulement du paiement au terme convenu. Tout ce qui rend la dette exigible à l'égard du débiteur, ne la rend pas exigible également à l'égard de la caution : par exemple, la renonciation que le premier ferait du bénéfice du terme par une nouvelle convention rendrait bien la dette exigible par rapport à lui, mais non par rapport à la caution, qui ne s'est obligée que sous la condition du terme, on doit du moins le supposer. L'obligation d'une caution ne saurait être plus onéreuse à cet égard que celle d'un co-débiteur solidaire.

Toutefois, on devrait peut-être décider que la caution est également déchue du bénéfice du terme, si elle n'aime mieux donner des sûretés, lorsque le débiteur en est déchu lui-même pour avoir diminué

celles qu'il avait données par le contrat au créancier; car la caution répond évidemment des faits du débiteur sous ce rapport, et dès que celui-ci doit payer de suite à raison de ces mêmes faits, il serait assez dans la nature du cautionnement que la caution pût y être pareillement assujettie, à moins, comme nous venons de le dire, qu'elle n'offrît au créancier des sûretés propres à garantir le paiement à l'échéance, au cas où le débiteur principal ne paierait pas.

121. Nous avons dit que le débiteur, qui, par son fait, a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier, est déchu du bénéfice du terme; tel serait le cas où celui qui aurait hypothéqué une futaie ou une maison, couperait la futaie ou démolirait la maison; il pourrait être contraint de suite au remboursement. Il n'aurait pas le droit de se prévaloir de l'article 2131, pour, en offrant un supplément d'hypothèque, jouir encore du bénéfice du terme. Cet article porte que, « en cas que l'im-« meuble ou les immeubles présens assujettis à l'hypo-« thèque, eussent péri ou subi des dégradations, de « manière qu'ils fussent devenus insuffisans pour « la sûreté du créancier, celui-ci pourra pousuivre « dès à présent son remboursement, ou obtenir un « supplément d'hypothèque. » Ici l'on suppose que la perte ou les dégradations de l'immeuble sont l'effet d'un cas fortuit, et alors le débiteur a le choix, ou de fournir un supplément d'hypothèque, ou de rembourser dès à présent la dette. Mais il doit faire l'un ou l'autre, si le créancier l'exige, parce que

celui-ci n'a traité que sur la foi d'une hypothèque : aussi cette disposition s'applique-t-elle seulement aux hypothèques conventionnelles, ainsi que l'indique la rubrique de la section sous laquelle elle est placée. Mais quand c'est par son fait que le débiteur a détruit le gage qu'il avait donné à son créancier, alors sa mauvaise foi lui rend applicable notre article 1188, qui prononce purement et simplement la déchéance du terme : le créancier peut se refuser à recevoir une hypothèque sur d'autres biens que ceux qui ont été convenus. S'il en est autrement lorsque c'est par suite d'événemens de force majeure que l'hypothèque ne présente plus les sûretés suffisantes, c'est que la loi n'a pas dû priver du bénéfice du terme le débiteur malheureux et de bonne foi : c'est déjà beaucoup, et peut-être trop, qu'il en soit privé quand il ne peut pas offrir un supplément d'hypothèque [1].

122. Celui qui n'a obtenu un terme de son créancier que par le moyen d'une fraude, par exemple par l'emploi d'un moyen qui, aux yeux de la loi, constituerait un stellionat, doit être considéré comme si ce terme ne lui avait pas été accordé [2].

[1] Le contraire a toutefois été jugé par la cour de Paris, le 22 août 1814, et ensuite par arrêt de rejet, que nous rapportons, avec l'espèce, au titre *des Priviléges et hypothèques*, tome XIX, n° 380. L'hypothèque résidait sur des maisons situées sur l'un des ponts de Paris; ces maisons ayant été démolies par ordre de l'administration, le créancier a exigé et obtenu son remboursement (il s'agissait d'une rente), nonobstant l'offre du débiteur de fournir une autre hypothèque tout aussi avantageuse. Mais nous ne saurions approuver cette décision.

[2] *Sic* jugé par la cour de Pau, le 3 juillet 1807. (Sirey, tome XIV, part. 2, page 256.)

123. Et le débiteur qui ne donne pas les sûretés promises par le contrat, quoique par impuissance, doit être assimilé au débiteur qui a détruit ou diminué par son fait celles qu'il avait données par le contrat à son créancier [1]. Les articles 1912 n° 2, et 1977, fournissent un argument décisif en faveur de cette solution. Tel serait le cas où un débiteur ayant promis pour caution une personne désignée, cette personne ne voudrait pas s'obliger pour lui.

124. Un donataire d'immeubles par avancement d'hoirie, qui les a conventionnellement hypothéqués, et qui ensuite accepte la succession du donateur, se soumet par cela même au rapport des biens (art. 843), et ces mêmes biens rentrent dans la masse, francs et quittes de toutes charges et hypothèques créées par lui (art. 865), sauf la faculté qu'ont les créanciers d'intervenir au partage, pour s'opposer à ce qu'il soit fait en fraude de leurs droits (*ibid*). Si donc le partage attribue ces immeubles à un autre héritier [2], il est vrai de dire que, par son acceptation de la succession, le donataire a détruit les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier en lui consentant des hypothèques sur ces mêmes biens, et par conséquent qu'il est déchu du bénéfice du terme. On peut même dire que, par le fait seul de son acceptation de la succession, et avant le partage,

[1] Arrêt de la cour de Paris, du 2 mai 1811. *Journal du palais*, 2e semestre 1811, page 198.

[2] Car s'ils tombaient à son lot, les hypothèques consenties par lui seraient maintenues, et à leur date primitive, en vertu de l'art. 883. C'est ce que nous avons dit en traitant *des rapports*, au tome VII, n° 404.

il est dans le cas d'être privé du terme, attendu l'incertitude sur l'effet de ce partage. Cette incertitude est par elle-même une diminution des sûretés du créancier hypothécaire.

125. Les décisions ci-dessus ne sont toutefois généralement point applicables au cas d'hypothèque légale ou judiciaire : l'article 1188 parle de la diminution des sûretés données *par le contrat*, ce qui doit s'entendre généralement de sûretés spéciales, et non de l'hypothèque établie par la loi ou résultant seulement d'un jugement. Dans ces cas, ce n'est point le débiteur qui consent l'hypothèque, du moins il ne la consent qu'indirectement, d'une manière médiate, tandis que l'article entend évidemment parler de sûretés consenties directement, par le contrat lui-même, et sans lesquelles le créancier n'aurait pas traité; du moins telle est notre opinion.

126. On a jugé plusieurs fois [1] que, dès que le débiteur aliène un des immeubles conventionnellement hypothéqués à la dette, si le prix de l'aliénation ne suffit point pour payer la créance hypothécaire en totalité, le créancier est en droit d'exiger son remboursement dès à présent, attendu que le débiteur, en aliénant, a mis ce créancier, au cas où l'acquéreur voudrait purger l'hypothèque, dans la nécessité de recevoir un paiement partiel, contre la disposition de l'article 1244, et que c'est là une diminution des

[1] *Voyez* l'arrêt de la cour d'Amiens du 9 juin 1808, et celui de rejet du 9 janvier 1810 (Sirey, 1810,1,139); celui de cassation du 4 mai 1812. (Sirey, 1812,1,321.)

droits du créancier. A la vérité, celui-ci a la faculté de surenchérir, mais, d'abord, ce n'est là qu'une faculté, dont on n'a pu lui faire une obligation; ensuite, le prix offert n'est peut-être pas susceptible de surenchère, et la surenchère ne le porterait peut-être pas non plus à une somme suffisante pour acquitter la créance en totalité.

Dans une espèce jugée par la cour d'Amiens, dont la décision a été confirmée par la cour de cassation, il y avait même cela de remarquable, que l'hypothèque, établie par un contrat ancien, avait lieu sur des immeubles vendus moyennant 170,000 fr. payables à terme, et pour sûreté de ce prix; que l'acquéreur avait seulement détaché pour 4,000 fr. de ces mêmes biens, et que le vendeur, sur la purge de l'acquéreur partiel, avait touché les 4,000 fr.; en sorte que si son gage se trouvait diminué par l'effet de cette vente suivie de la purge, la créance avait aussi diminué dans la même proportion. Nonobstant ces circonstances, la cour, se fondant sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, consacré par l'article 2114 du Code, et qui existait également dans l'ancien Droit [1], a prononcé la déchéance du terme stipulé par l'acquéreur. C'est une décision bien rigoureuse. La cour s'est au surplus attachée à la circonstance que l'hypothèque était conventionnelle; elle en a fait formellement mention dans les motifs de l'arrêt.

Et dans l'espèce de celui de cassation, également cité ci-dessus, tous les biens avaient été vendus,

[1] L. 19, ff. *de Pignorib. et hypoth.* L. 65, ff. *de evictionibus.*

mais à divers et partiellement, et les acquéreurs ne s'étaient même pas en encore mis en mesure de purger les hypothèques lorsque le créancier a réclamé le remboursement de sa créance, qui n'avait aucun terme d'exigibilité, qui était en quelque sorte une rente constituée en perpétuel. L'on s'est fondé sur ce que chacun de ces acquéreurs ayant le droit de purger, le créancier était par cela même exposé à recevoir des paiemens partiels.

Ainsi, d'après cette jurisprudence, la vente ou donation de partie des objets hypothéqués conventionellement, ou la vente ou donation de la totalité de ces biens à plusieurs, et partiellement, emporte la déchéance du terme stipulé par le débiteur, même avant que l'acquéreur se soit mis en demeure de purger.

127. Mais lorsque l'aliénation a lieu de la totalité des objets, pour un seul et même prix, le créancier, qui a le droit de suite contre l'acquéreur, (art. 2114 et 2166), n'a plus le prétexte de se plaindre. Son action hypothécaire aura le même résultat que si les biens étaient encore dans la main du débiteur. Celui-ci, en hypothéquant, ne s'est point interdit la faculté d'aliéner : aussi l'article 2167 porte-t-il que le tiers détenteur qui ne purge pas jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire, ce qui suppose par conséquent que ce dernier n'en est pas privé par le seul fait de l'aliénation.

128. Toutefois, pour concilier ce droit d'aliéner et ce que réclame l'équité et l'intérêt général, d'une

part, avec les effets de l'indivisibilité de l'hypothèque et le droit qu'a le créancier de pouvoir se refuser à recevoir un paiement partiel, d'autre part, l'on ne devrait déclarer le débiteur déchu du bénéfice de terme, quand il a aliéné partiellement les immeubles hypothéqués, ou quelques-uns d'entre eux, que lorsqu'un des acquéreurs se mettrait en mesure de purger son acquisition et ferait les actes nécessaires à cet effet. Car, jusque-là, le créancier n'éprouve pas l'inconvénient, si exagéré, d'un paiement partiel, et peut-être ne l'éprouvera-t-il point du tout. Ses droits ne souffriraient par-là aucune atteinte : le remède serait alors aussi efficace que maintenant. On ne priverait pas de la sorte un propriétaire de la faculté d'aliéner une partie de ses immeubles, aliénation qui peut souvent être nécessaire, soit pour établir un enfant, soit pour toute autre cause ; et c'est cependant ce qu'il n'osera faire, dans la crainte d'être forcé au remboursement de sa dette avant l'échéance, ce qui est non seulement un véritable mal pour lui en comparaison du mal à-peu-près chimérique dont se plaint le créancier, mais encore un véritable préjudice pour le bien public, qui est intéressé à ce que la circulation des propriétés ne soit pas entravée par d'aussi faibles motifs.

129. Au surplus, même dans l'état actuel de la jurisprudence sur ce point, il faut tenir pour constant que le débiteur, tout en faisant une aliénation partielle des biens hypothéqués conventionnellement, peut prévenir la déchéance du terme qu'il a stipulé. Pour

cela, il doit convenir avec son acquéreur que celui-ci ne purgera pas avant telle époque, et cette convention n'ayant rien de contraire aux lois, elle recevrait son exécution. (Art. 1134.) Le créancier n'aurait plus alors le prétexte de dire qu'il est exposé à un remboursement partiel au cas où l'acquéreur voudrait purger, puisque celui-ci ne pourrait le faire avant l'échéance du terme, et que s'il ne purge effectivement qu'après le terme et si le débiteur ne paie pas, l'aliénation avant le terme devient une chose indifférente : c'est comme si elle avait eu lieu depuis l'échéance de la dette.

En outre, même hors le cas de cette convention, si le prix de vente de la partie aliénée suffisait pleinement pour solder la créance, avec ses accessoires, le créancier n'aurait non plus aucun prétexte de se plaindre : il ne serait point exposé à recevoir un paiement partiel au cas où l'acquéreur voudrait purger l'hypothèque, puisqu'il y aurait de quoi le payer intégralement, on le suppose.

130. Quant aux rentes constituées en perpétuel, le débiteur peut être contraint au rachat, 1° s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années (consécutives) ; 2° s'il manque à fournir au prêteur les sûretés promises par le contrat. (Art. 1912.)

Et le capital de la rente constituée en perpétuel devient aussi exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur. (Art. 1913.)

131. On a aussi jugé plusieurs fois [1] que le rembour-

[1] *Voyez* notamment l'arrêt de la cour d'Orléans, du 13 mars 1810

sement du capital d'une rente constituée en perpétuel devient exigible par la cessation du service de la rente pendant deux années consécutives, quoique la rente eût été constituée avant le Code, si toutefois la cessation du service pendant les deux années a eu lieu sous le Code. On a fondé cette jurisprudence principalement sur ce que le Code régit les faits qui se sont passés sous son empire, et qu'il a pu y attacher, sans vice de rétroactivité, les effets jugés utiles dans l'intérêt général; que le débiteur étant averti, par la promulgation de l'article 1912, des effets de l'inexécution de ses obligations, c'est à lui qu'il doit imputer la nécessité où il se trouve de rembourser le capital de la rente; que, dans tous les tems, la condition résolutoire a été tacitement écrite dans les conventions synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à son engagement, et que le Code n'avait fait, à l'égard des rentes, que déterminer seulement un tems passé lequel la résolution du contrat, et par suite le remboursement du capital, pourraient être demandés. On pourrait toutefois répondre à cela que, dans l'ancienne jurisprudence, le seul fait du non paiement des arrérages de la rente pendant deux années ne donnait pas lieu à l'application de ce principe; que les parties le savaient en contractant, et qu'en l'appliquant aujourd'hui à un contrat ancien,

(*Journal de jurisprudence du Code civil*, tome XV, page 14); celui de la même cour, du 23 juillet 1817, confirmé par la cour de cassation, le 10 novembre 1818. (Sirey, 19,1,273.) Nous avons déjà eu occasion de les citer, tome I^er^, n° 64, en expliquant l'article 2 du Code.

on donne réellement à la loi nouvelle un effet que la loi ancienne n'aurait pas produit à l'égard de ce même contrat, par conséquent un effet rétroactif. Mais nous discutons ce point avec plus d'étendue au titre du *Prêt*, tome XVII, n° 615.

SECTION III.

DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES.

SOMMAIRE.

132. *Ce qu'on entend par obligations alternatives.*
133. *Suite.*
134. *Suite.*
135. *Suite.*
136. *De Droit commun, le choix appartient au débiteur.*
137. *Exception à la règle.*
138. *Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir partie de l'une des deux choses et partie de l'autre.*
139. *Et ses héritiers doivent s'accorder pour payer l'une ou l'autre en son entier.*
140. *Observations sur les legs de prestations annuelles.*
141. *Et sur les stipulations de cette espèce.*
142. *Dans certains cas, l'obligation, quoique conçue d'une manière alternative, est déterminée à une seule chose;*
143. *Ou devient déterminée à cette chose.*
144. *Vice d'une des dispositions de l'article* 1193.
145. *Si le débiteur a fait des offres régulières de l'une des deux choses, il est libéré.*
146. *Comment doit être conçue la demande, dans le cas où le choix est au débiteur.*
147. *Cas où le choix appartient au créancier, et dispositions de l'article* 1194.
148. *Suite et observations.*

149. *Si les deux choses ont péri sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure, l'obligation est éteinte.*
150. *Suite et observation.*
151. *Différence, en ce qui concerne la perte des choses, de l'obligation alternative d'avec la vente faite au compte, au poids ou à la mesure.*
152. *On suit les mêmes règles lorsque l'obligation alternative comprend plus de deux choses.*
153. *Ce qu'on entend par obligations* facultatives.
154. *Importante différence.*
155. *Il faut surtout s'attacher à l'intention des parties ou du disposant, pour voir si l'obligation est alternative ou facultative.*
156. *Comment doit être conçue la demande dans ces dernières.*
157. *Autres différences entre ces diverses obligations quant aux effets.*

132. Quelquefois, l'obligation comprend plusieurs choses, non pas comme devant être toutes payées, mais seulement comme devant l'être les unes à défaut des autres, de manière que le paiement de l'une ou de plusieurs d'entre elles, éteint la dette. (Art. 1189.)

C'est ce que l'on nomme obligations *alternatives*, obligations qu'il ne faut pas confondre avec celles que, dans la doctrine, on nomme obligations *facultatives*, car les effets en sont fort différens sous plusieurs rapports, ainsi qu'on le verra plus bas.

133. Pour qu'une obligation soit alternative, il faut que les différentes choses qui y sont comprises soient désignées sous une particule disjonctive : par exemple, le cheval rouge ou le cheval blanc; car s'il était dit : le cheval rouge ET le cheval blanc, les deux chevaux seraient dus tous deux et devraient être payés tous deux [1].

[1] Dans ce cas, il y a même autant de stipulations qu'il y a de choses

134. Au reste, s'il s'agissait de deux différentes sommes d'argent, ou de deux différentes quantités de choses de même espèce, comme cent francs *ou* cinquante francs, vingt *ou* dix hectolitres de froment, l'obligation serait pure et simple, et seulement de la somme ou de la quantité moindre; elle ne comprendrait que cela, quel que fût l'ordre dans lequel l'on aurait désigné les sommes ou les quantités. (L. 12, ff. *de Verb. oblig.*)

Il en serait de même s'il était dit : Promettez-vous de me payer cent au mois de janvier ou au mois de février prochain? C'est comme si l'on avait promis pour le terme le plus avantageux au débiteur, par conséquent pour le plus éloigné. (Même loi.)

135. L'obligation alternative peut non seulement comprendre différentes choses, mais aussi différens faits, ou bien des faits et des choses. Il faut toutefois ne pas confondre l'obligation alternative et l'obligation avec clause pénale; nous ferons ressortir les différences, en parlant de cette dernière.

136. Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier. (Art. 1190.)

Cela a même lieu dans les ventes [1], nonobstant la règle que tout pacte obscur s'interprète contre le vendeur. (Art. 1602.)

137. Il arrive néanmoins quelquefois dans les legs

spécifiées dans la convention. (L. 29, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*); au lieu que la convention de livrer un attelage ne forme qu'une seule stipulation, parce qu'elle n'a qu'un seul *objet*, quoiqu'il y ait plusieurs *individus* compris dans cet objet (même loi).

[1] L. 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*

que le choix appartient au légataire, par conséquent au créancier, quoique le testateur ne le lui ait pas attribué par une déclaration expresse; mais c'est lorsqu'il a fait le legs en des termes qui ne laissent aucun doute sur sa volonté à ce sujet : par exemple, s'il a dit : M. *prendra* mon cheval rouge ou mon cheval blanc. Au lieu que s'il eût dit simplement : je lègue à M. mon cheval rouge ou mon cheval blanc, l'héritier aurait eu le choix [1].

Et, nonobstant la disposition générale de l'article 1190, il n'est pas douteux non plus, selon nous du moins, que le choix pourrait aussi, dans les contrats, appartenir au créancier, quoiqu'il ne lui eût pas été accordé en termes exprès : par exemple, comme dans le cas du legs, s'il était dit que le créancier *prendra*, ou *pourra prendre* le cheval rouge ou le cheval blanc, cette expression *prendra*, ou *pourra prendre*, lui attribuerait le choix; car pour *prendre* il faut qu'il choisisse. Ici, il ne *reçoit* pas, il *prend*, et chacune des choses est non seulement *in obligatione et in solutione*, mais encore *in petitione*, de manière néanmoins que l'une d'elles seulement peut être exigée, une seule doit être payée.

138. Quand le débiteur a le choix, et c'est le droit commun, il se libère bien en livrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut forcer le créancier à recevoir partie de l'une et partie de l'autre (art. 1191), encore qu'il offrît les deux parties en même tems.

[1] *Voyez* tome IX, nº 259 et suivans.

Par la même raison, si le choix appartenait au créancier, celui-ci ne pourrait exiger partie de l'une des deux choses et partie de l'autre.

139. Et quoique chacun des héritiers du débiteur ne doive que sa part héréditaire, dans les dettes divisibles (art. 1220), néanmoins l'un d'eux ne pourrait, quoique le choix leur appartînt, forcer le créancier à recevoir sa part dans la chose qu'il voudrait payer, et l'autre héritier sa part dans celle qu'il choisirait : ils devraient s'accorder sur l'une des choses dues, et alors chacun d'eux ne devant que sa part dans cette chose, pourrait l'offrir au créancier. Par exemple, s'il était dû 600 fr. ou cent mesures de blé, l'un des héritiers ne pourrait, contre le gré du créancier, payer une partie de la somme, et l'autre une partie du blé : autrement le créancier recevrait, contre la loi du contrat, et contre la disposition de la loi générale, partie d'une chose et partie d'une autre, quand il en a stipulé une entière. Comme le débiteur n'eût pu se libérer de cette manière, ses héritiers, qui n'ont que ses droits, ne le peuvent pas davantage, nonobstant la division des dettes entre eux; car cette division n'en change pas la nature [1]. Si c'était le créancier qui fût mort laissant plusieurs héritiers, le débiteur ne pourrait non plus, contre leur gré, payer à l'un partie de l'une des deux choses, et à l'autre partie de l'autre chose [2].

Vice versâ, si le choix appartient au créancier, il

[1] L. 26, § 14, ff. *de Cond. indeb.*, et L. 85, § 4, ff. *de Verb. oblig.*
[2] L. 26, § 14, ff. *de Condict. indeb.* précitée.

ne peut demander à l'un des héritiers du débiteur sa part dans l'une des choses, et à un autre héritier sa part dans l'autre objet : il doit demander à chacun d'eux sa part dans la même chose. S'il est mort, ses héritiers ne peuvent aussi demander que l'une des deux choses, et chacun pour sa part, soit qu'ils agissent contre le débiteur, soit qu'ils agissent contre ses héritiers. Nous reviendrons encore sur ces points en parlant des obligations divisibles et indivisibles.

140. Dans les legs de prestations annuelles, les jurisconsultes romains voyaient autant de legs que d'années [1], à moins que l'intention du testateur qui a légué une somme payable en plusieurs années, n'eût été seulement, en la divisant, de donner des facilités à l'héritier pour la solder, auquel cas il n'y avait qu'un seul legs [2]. D'après cela, le legs était pur et simple pour la première année, et s'ouvrait par conséquent au jour du décès du testateur, même pour toute la pension de cette année, quoique le légataire mourût avant la fin de l'année [3]; et il était conditionnel pour chacune des années suivantes, comme s'il eût été fait expressément sous cette condition : *Si le légataire vit au commencement de cette autre année, etc.;* en sorte que s'il mourait avant cette époque, il ne transmettait plus rien du legs à ses héritiers [4].

D'où il suivait aussi que, si le legs était sous une

[1] L. 4, ff. *de Annuis legatis;* L. 1, § 16, ff. *ad Legem falcid.;* L. 10, ff. *Quandò dies legati cedat.*

[2] L. 12, § 4, ff. *Quandò dies legat.*

[3] L. 22, *eod tit.*, par argument.

[4] L. 4. ff. *de Annuis legat.* précitée.

alternative, par exemple 100 francs ou vingt mesures de froment chaque année pendant dix ans (ou pendant la vie du légataire, ou de l'héritier, ou d'un tiers, ou jusqu'à l'arrivée de tel événement), l'héritier, si le choix n'avait pas été réservé au légataire, pouvait payer tantôt les 100 francs, tantôt les vingt mesures de blé, et varier ainsi dans son choix chaque année. Par la même raison, le légataire, si le choix lui appartenait pouvait varier aussi chaque année; il suffisait que le débiteur du legs ou ses héritiers n'offrissent pas partie de l'une des deux choses, et partie de l'autre, et que le légataire ne demandât pas non plus partie de l'une et partie de l'autre. — Ces décisions devraient être suivies sous le Code, parce qu'elles ne contrarieraient aucune de ses dispositions.

141. Mais dans les stipulations de prestations annuelles *in singulos annos*, les jurisconsultes romains ne voyaient, au contraire, qu'une seule stipulation, qui passait entière aux héritiers du stipulant [1], à moins, bien entendu, que l'effet n'en eût été restreint à sa personne, en ce sens qu'il n'y aurait de dû seulement que ce qui écherrait pendant sa vie. Et l'on tirait de là la conséquence que, dans l'obligation de prestations annuelles alternatives, *putà* de 100 francs ou vingt mesures de blé chaque année pendant dix ans (ou pendant la vie du débiteur ou du créancier, ou d'un tiers), le débiteur, ou le créancier, si le choix lui appartenait, ne pouvait alterner, et qu'ainsi le premier paiement déterminait la chose due, et qui

[1] L. 16, § 1, *de Verb. oblig.*

devait ainsi être payée dans la suite, à moins de convention contraire. Il en serait de même sous le Code.

142. Comme l'obligation, pour être réellement alternative, doit comprendre plusieurs choses, et disjonctivement, il s'ensuit que si l'une d'elles ne pouvait être la matière de l'obligation, cette obligation serait pure et simple, c'est-à-dire déterminée uniquement à l'autre chose. (Art. 1192.) Tel est le cas où l'une de ces choses se trouvait avoir péri au moment du contrat, ou était hors du commerce pour une autre cause. Tel est le cas aussi où l'une des deux choses appartenait déjà au créancier; et lors même, dans ce cas, qu'elle aurait cessé de lui appartenir, le débiteur qui l'aurait ensuite acquise ne pourrait l'offrir au créancier [1]. Il en serait autrement si la stipulation était d'une chose en général, par exemple d'un cheval indéterminément : le débiteur pourrait offrir au créancier un des chevaux qui appartenaient à ce dernier au tems de la convention, et qu'il aurait ensuite acquis [2].

143. Et l'obligation contractée d'abord sous une alternative devient pure et simple, si l'une des deux choses qui y étaient comprises vient à périr et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. (Art. 1193.) Il en est de même si, par quelque cause que ce soit, le créancier devient propriétaire de l'une des deux choses : dans ce cas aussi, l'obligation demeure déterminée à l'autre [3].

[1] L. 72, § 4, ff. *de Solutionibus*.
[2] Même L. 72, § 4, ff. *de Solutionibus*.
[3] L. 16, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*

Le débiteur, quoiqu'il eût le choix, ne peut offrir, à la place de la chose qui reste, le prix de celle qui ne peut plus être livrée, quoiqu'elle eût péri sans sa faute; le choix est perdu pour lui. Néanmoins Cujas, sur la loi 95, ff. *de Solut.*, décide le contraire; il cite à l'appui de sa décision la loi 47, § 3, ff. *de Legatis-1°*, qui, en effet, semble attribuer encore le choix au débiteur; tandis que les lois 95, § 1, ff. *de Solutionib.*; 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*, et 2, § 3, ff. *de eo quod certo loco*, veulent que la chose qui reste soit livrée. Mais Cujas prétend que ces lois statuent sur le cas seulement où le débiteur a fait périr la chose, et non sur celui où elle a péri par force majeure, bien qu'elles ne fassent aucune distinction à cet égard. Quoi qu'il en soit, il est évident que le Code s'est éloigné en ce point de la décision de la loi 47, *de Legatis*, précitée, telle que Cujas l'a interprétée.

Mais, dira-t-on, pourquoi le choix entre le prix de la chose qui a péri et la chose qui reste, est-il enlevé au débiteur? car, lorsque l'obligation est déterminée à un objet qui a péri par la faute du débiteur, celui-ci se libère cependant par le paiement des dommages-intérêts, et il en est même ainsi dans l'obligation alternative lorsque les deux choses sont venues à périr et qu'il est même en faute à l'égard de l'une d'elles seulement. On répond que c'est alors le seul moyen qu'ait le créancier pour tirer avantage de la convention : *Quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est* [1]. Au lieu que dans l'espèce,

[1] L. 95, § 1, *de Solut.* précitée.

il reste encore une des choses comprises dans l'obligation, et cette chose, comme promise aussi, devait être livrée à défaut de l'autre. Le raisonnement du débiteur conduirait d'ailleurs à cette conséquence absurde, qu'il doit même être tout-à-fait libéré, si l'une des deux choses est venue à périr par cas fortuit; car, comme il n'en peut pas devoir le prix, l'obligation serait évidemment éteinte, s'il était admis à dire que c'est cette chose qu'il a entendu livrer, parce qu'il l'eût pu en effet si elle n'eût pas péri. Or, cela serait absolument contraire à la nature des obligations alternatives, lesquelles comprennent, comme objet, toutes les choses qui y sont mentionnées.

Mais, d'un autre côté, et quoique le débiteur eût fait périr l'une des choses par sa faute, le créancier, qui n'a pas le choix, on le suppose, ne peut exiger le prix de cette chose à la place de l'autre qui vaudrait moins, quand bien même celle-ci serait venue à périr ensuite. Dans ce cas, ce serait le prix de celle qui a péri la dernière qui serait dû (1193). Vainement dirait-il que si le débiteur n'eût pas fait périr la première, elle se serait trouvée seule ensuite dans l'obligation, et qu'elle aurait dû lui être livrée; le débiteur a pu déterminer son choix même avant l'époque du paiement, et c'est ce qu'il a fait en laissant périr l'une des deux choses, et se soumettant ainsi à livrer l'autre: il n'était point tenu de payer celle qu'il a laissé périr.

144. Toutefois, la seconde disposition de cet article 1193 mérite une explication : elle porte que, « si les deux choses sont péries, et que le débiteur

« soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer « le prix de celle qui a péri la dernière. »

Cette décision est fort juste lorsque la dernière chose qui a péri valait moins que la première, et même lorsqu'elle valait plus, mais qu'elle a péri par la faute du débiteur, ou depuis sa mise en demeure; mais cette même décision n'est point conforme aux principes lorsque c'est, au contraire, la dernière chose détruite qui avait plus de valeur et qu'elle a péri par cas fortuit. Car, à quoi le débiteur doit-il être tenu pour sa faute? à réparer le dommage qu'il a causé; et en quoi consiste ce dommage? dans la valeur de la chose qu'il a fait périr, et non dans la valeur de celle qui a péri la dernière et par cas fortuit. Sans doute, par sa faute il s'est privé du choix, mais voilà tout. Aussi faut-il entendre la disposition avec cette distinction, tous les principes la réclament; d'ailleurs l'article ne la repousse pas. Et si les deux choses ont péri en même tems par la faute du débiteur, ou depuis qu'il a été mis en demeure, il peut payer le prix de l'une ou de l'autre, à son choix; car, dans ce cas, l'obligation n'a jamais été déterminée à l'une d'elles spécialement.

145. De plus, la première disposition de l'article doit être entendue avec ce tempérament, réclamé aussi par le Droit commun, que, si le débiteur a offert l'une des deux choses au créancier, et si celle qu'il a offerte est venue à périr ensuite par cas fortuit, il n'est point obligé de livrer l'autre, ni le prix de cette dernière, quand même elle serait venue à

périr par son fait. Par les offres de l'une des deux choses, l'obligation a été déterminée à celle qui a été offerte, et la perte de cette chose a libéré le débiteur [1].

146. L'exploit de demande, pour être régulièrement conçu, doit comprendre toutes les choses désignées dans l'obligation, avec déclaration au débiteur qu'il peut se libérer par le paiement de l'une d'elles, à son choix.

Voilà pour le cas où le choix appartient au débiteur; voyons maintenant celui où il a été attribué au créancier.

147. Ou l'une des choses seulement a péri, et alors si c'est sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure de la livrer, le créancier doit avoir celle qui reste, et ne peut demander que cela. (Art. 1194.)

Si le débiteur est en faute ou a été en retard (quand d'ailleurs la chose n'aurait pas dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée (art. 1302), le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui a péri, à son choix. (*Ibid.*)

Ou les deux choses ont péri, et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre, aussi à son choix. (*Ibid.*)

148. L'article porte la même décision pour le cas où le débiteur est en faute à l'égard de *l'une d'elles seulement;* mais cela est encore contraire aux prin-

[1] L. 105, ff. *de Verb. oblig.* Cujas, sur la loi 95, ff. *de Solutionibus.*

cipes : le créancier, dans ce cas, ne doit pouvoir demander le prix que de la chose seulement à l'égard de laquelle le débiteur est en faute ou en demeure, qu'elle soit ou non la plus précieuse, et non pas le prix de celle qui a péri par cas fortuit sans que ce dernier ait été en retard de la délivrer. Là se borne la réparation du tort que le débiteur lui a causé par sa faute. Celui-ci ne peut raisonnablement devoir le prix d'une chose qui a péri par cas fortuit, bien qu'il soit en faute à l'égard de l'autre chose; car il doit réparer seulement le tort qu'il a causé, et le réparer entièrement; or, il n'a causé de tort au créancier que par rapport à la chose à l'égard de laquelle il était en faute ou en demeure.

Il n'y a aucune distinction à faire à ce sujet entre le cas où celle qui a péri par force majeure et avant que le débiteur fût en demeure de la délivrer, a péri la dernière, et le cas où cette chose a péri la première : dans toutes les hypothèses, le débiteur ne peut devoir la réparation que du tort qu'il a causé. Il n'a pu sans doute priver le créancier de son droit de choisir, mais ce n'est pas lui qui l'en a privé, c'est la force majeure, dont on ne répond pas plus dans les obligations alternatives que dans les autres, à moins de stipulation contraire.

149. Si les deux choses ont péri sans la faute du débiteur, et avant qu'il fût en demeure, l'obligation est éteinte, conformément à l'article 1302; et cela, soit que le choix appartînt au créancier, soit qu'il appartînt au débiteur.

Elle serait pareillement éteinte, et conformément au même article, par la perte des deux choses arrivée par cas fortuit, encore qu'elles eussent péri depuis la mise en demeure du débiteur, si l'une et l'autre indistinctement eussent dû également périr chez le créancier, au cas où elle lui aurait été délivrée.

150. Ainsi, dans le cas où les deux choses périssent par force majeure, et en différens tems, celle qui périt la première périt nécessairement pour le débiteur, soit qu'il ait le choix, soit que ce choix ait été réservé au créancier. Mais celle qui périt la dernière, périt pour le créancier, qui n'en doit pas moins le prix, si la convention est à titre onéreux, par exemple si c'est une vente; et il en est de même si les deux choses périssent en même tems. (L. 34, § 6, ff. *de Contrah. empt.*)

151. Il ne faut pas en effet assimiler une vente faite sous une alternative, même au choix du vendeur, à une vente de choses vendues au compte, au poids ou à la mesure : dans celle-ci, la perte de toutes les choses, tant qu'elles ne sont pas comptées, pesées ou mesurées, est supportée par le vendeur (art. 1585), parce que jusque-là l'on ne sait pas ce qui a été vendu, *quid, quale, quantum veniit,* ce qui rend la vente conditionnelle [1]. Au lieu que dans la vente sous une alternative, la perte, par cas fortuit, des deux choses comprises dans la vente, est supportée par l'acheteur quant à l'une d'elles, parce que l'on sait, dès

[1] L. 35, § 5, ff. *de Contrah. empt.*, et L. 8, *princip.* ff. *de Periul. et comm. rei vend.*

la vente, ce qui a été vendu, quoique l'on ne sache pas encore ce qui sera livré; sauf, bien entendu, le cas où la vente serait faite aussi sous une condition suspensive, et où les choses périraient toutes deux *pendente conditione;* car alors elles périraient toutes deux pour le vendeur, conformément à l'article 1182.

152. Lorsque l'obligation alternative comprend plus de deux choses, on suit les mêmes règles (art. 1196), soit que le choix appartienne au créancier, soit qu'il appartienne au débiteur.

153. Il nous reste à observer les différences qui existent entre les obligations dites *facultatives* et les obligations alternatives.

On entend par obligations *facultatives* celles qui ont une ou plusieurs choses pour objet, avec faculté pour le débiteur de payer une somme ou une autre chose à la place de celle ou de celles qui sont dues, mais sans que cette somme ou cette chose soit comprise dans l'obligation comme objet, comme chose due. Au lieu que dans les obligations alternatives, toutes les choses sont comprises dans l'obligation.

154. On vient de voir que, dans ces dernières dettes, si l'une des deux choses comprises dans l'obligation n'en pouvait être la matière, ou a cessé depuis de pouvoir être livrée, l'obligation est déterminée à l'autre chose, qui doit en conséquence être livrée; tandis que dans les obligations facultatives, si c'est la chose même désignée comme objet de la convention ou de la disposition qui n'en pouvait être la matière, ou qui a cessé de pouvoir être livrée, sans

la faute du débiteur, l'obligation ou la disposition a été nulle dès le principe, ou a été éteinte ensuite, de manière qu'il n'est rien dû.

De là, si je vous avais légué ma maison, avec faculté néanmoins pour mon héritier de se libérer de la prestation de cette maison par le paiement d'une somme de....., et que la maison eût déjà péri au moment du legs, ou vînt à périr ensuite par cas fortuit, avant que mon héritier fût en demeure de la délivrer, le legs serait nul ou éteint, et la somme ne serait point due. Au lieu qu'elle le serait si le legs avait été fait sous cette alternative : *Je donne et lègue ma maison, ou dix mille francs à M. un tel.*

155. Cette forme d'obligation ou de disposition facultative consiste communément dans ces expressions : *si mieux n'aime le débiteur (ou mon héritier) payer telle somme, ou telle chose ;* et autres phrases semblables.

Mais dans l'appréciation de ces clauses, qui peuvent avoir tant d'affinité entre elles, à raison de la manière dont elles sont exprimées, il importe de bien s'attacher à l'intention vraisemblable des contractans ou du disposant, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des expressions dont ils se seraient servis. (Art. 1157.) La rédaction des actes, et même des actes reçus par officiers publics, est parfois si obscure, si embrouillée, que l'on ne saurait trop s'attacher à cette intention des parties. Car, tout en se servant d'une tournure de phrase qui paraîtrait indiquer que l'une des choses, mentionnée dans l'acte, l'a été comme

étant seulement *in facultate solutionis,* elles auront néanmoins quelquefois voulu contracter une obligation ou faire une disposition alternative, entendant par-là simplement dire que le débiteur aurait le choix de se libérer par le paiement de cette chose, comme par le paiement de l'autre, mais voulant réellement les comprendre toutes deux dans l'obligation ou dans le legs.

Et *vice versâ,* il peut arriver, mais ce sera plus rare, que les contractans ou le disposant aient eu l'intention de constituer une obligation ou une disposition simplement *facultative,* tout en se servant d'une forme de clause qui indiquerait cependant une obligation alternative.

156. Dans les obligations facultatives, le créancier, pour procéder régulièrement, ne doit pas, comme dans les obligations alternatives au choix du débiteur, comprendre dans sa demande les deux choses, en laissant au débiteur le choix de payer celle que bon lui semblera ; il ne doit, au contraire, demander que la seule chose comprise dans l'obligation, et qui est la seule due : sauf au débiteur à payer, à la place de cette chose, celle qui est *in facultate solutionis.* S'il eût agi différemment dans le Droit romain, il aurait encouru la peine portée contre la *plus-pétition,* qui, jusqu'à la constitution de l'empereur Zénon, était de perdre la cause, sans pouvoir renouveler la demande [1].

D'après cela, le vendeur qui veut intenter l'action en rescision pour vilité du prix dans la vente d'un immeuble, ne doit pas, pour agir régulièrement,

[1] *Voy.* le § 33, Instit. *de Actionibus.*

conclure, même sous l'alternative au choix de l'acheteur, à la rescision du contrat ou au supplément du prix : il doit conclure simplement à la rescision de la vente, sauf à l'acheteur à user de la *faculté* que lui donne la loi de retenir l'immeuble en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total [1]. (Art. 1681.)

157. Une autre différence entre les obligations facultatives et les obligations alternatives, différence que nous avons déjà eu occasion de signaler ailleurs [2], en ce qui concerne la distinction des biens en meubles et en immeubles, c'est que, dans les dernières, la nature de l'obligation se détermine par la nature de celle des choses qui y sont comprises, et qui a été payée; au lieu que dans les premières, la nature de l'obligation est déterminée par la nature même de la chose qui en fait l'objet, et non par la nature de celle qui a été payée à la place de celle qui était due, à raison de la faculté accordée au débiteur.

En sorte que, dans les obligations alternatives, s'il y a une chose divisible et une chose indivisible, ou une chose mobilière et une chose immobilière, ce sera le choix que fera le débiteur (ou le créancier, si c'est à lui qu'il a été réservé), qui déterminera la nature du droit. D'où il suit que si le créancier est marié en communauté, et que le débiteur lui paie la

[1] *Voy.* au tome IV, n° 98, où nous établissons la même doctrine, et où nous disons, en conséquence, que l'action est immobilière, nonobstant le *considérant* d'un arrêt de *rejet*, où, contre tous les principes, elle est qualifiée *mobilière*.

[2] Au tome IV, n° 98 et suivant.

chose mobilière, ou que lui créancier la demande, parce qu'il aurait le choix, cette chose tombera dans sa communauté [1], soit que le droit ait pris naissance avant le mariage ou pendant le mariage, et qu'il ait été acquitté durant la communauté ou depuis sa dissolution ; tandis que si c'est la chose immobilière qui est payée par le débiteur, ou demandée par le créancier, quand il a le choix, cette chose ne tombe point dans la communauté de ce dernier, elle lui demeure propre.

Si le créancier d'une chose mobilière et d'une chose immobilière, sous une alternative, lègue à Paul son mobilier et à Pierre ses immeubles, ce sera le paiement qui sera fait de l'une ou de l'autre chose qui déterminera auquel des deux légataires doit appartenir le droit. Si le choix était au testateur, qui est mort sans l'avoir exercé, et si les deux légataires ne s'accordaient pas, nous pensons que l'émolument du droit devrait être partagé, et non tiré au sort, comme on l'eût fait en Droit romain dans des cas analogues, et dont nous parlerons plus loin. Cette décision par la voie du sort n'est point admise dans notre Droit, quand on peut trancher la difficulté d'une autre manière.

Si l'une des choses est divisible et l'autre indivisible, que le choix soit au créancier et qu'il choisisse la chose indivisible, il peut poursuivre chacun des héritiers du débiteur pour le tout (art. 1221, n° 3),

[1] Pothier, *de la Communauté*, n° 74.

ainsi que nous l'expliquerons en traitant des obligations divisibles et indivisibles.

Au lieu que dans les obligations facultatives, par exemple si je lègue à une personne mariée en communauté, mon jardin, *si mieux n'aime mon héritier lui payer dix mille francs,* c'est le jardin qui est l'objet unique du legs : tellement que si mon héritier préfère payer les 10,000 fr., ces 10,000 fr. n'entreront dans la communauté du légataire qu'à la charge d'une récompense, parce qu'ils étaient seulement *in solutione, sed non in obligatione* [1].

SECTION IV.

DES OBLIGATIONS SOLIDAIRES.

SOMMAIRE.

158. *En général, les créances et les dettes se divisent entre ceux qui ont stipulé ou promis, en autant de créances ou de dettes qu'il y a de stipulans ou de débiteurs.*

159. *Cette règle reçoit exception dans le cas où la créance ou la dette a été contractée avec solidarité, ou qu'elle est indivisible.*

160. *Division de la section.*

158. Règle générale, lorsque plusieurs personnes stipulent d'une ou plusieurs autres une somme ou une autre chose, chacune d'elles n'a droit au bénéfice de l'obligation que pour sa part virile et ne peut, en conséquence, demander que cette part. Et *vice versâ,* lorsque plusieurs personnes s'obligent envers

[1] Pothier, *de la Communauté*, n° 75.

une ou plusieurs autres, chacune d'elles ne doit que sa part virile dans la dette, et ne peut être poursuivie que pour cette part.

159. Mais cette règle reçoit une double exception, aussi bien à l'égard des créanciers qu'à l'égard des débiteurs :

1° Lorsque l'obligation est solidaire entre les créanciers ou entre les débiteurs ;

2° Lorsqu'elle est indivisible.

Nous parlerons du second cas à la section suivante, pour ne point confondre les obligations indivisibles avec les obligations solidaires, parce que leurs effets sont différens sous plusieurs rapports ; aussi le Code a-t-il bien soin de nous dire que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité (art. 1219); et, en sens inverse, l'indivisibilité de l'obligation ne lui donne point le caractère de solidarité. Nous signalerons, au surplus, successivement les différences et les points de similitude.

160. Dans un premier paragraphe, nous traiterons de la solidarité entre les créanciers ;

Et dans un second, de la solidarité entre les débiteurs.

§ Ier.

De la solidarité entre les créanciers.

SOMMAIRE.

161. *Obligation solidaire entre créanciers, suivant l'article* 1197.

162. *Les créanciers solidaires, dans le Droit romain, sont généralement appelés* rei stipulandi, *et les débiteurs solidaires* rei promittendi.

163. *Ce qu'il faut pour que l'obligation soit solidaire entre créanciers : conséquences.*

164. *Suite.*

165. *Suite.*

166. *Suite.*

167. *Les obligations civiles solidaires entre créanciers sont fort rares dans le Droit français.*

168. *Quelques cas où ces obligations existent.*

169. *La créance peut être solidaire entre plusieurs vendeurs ou locateurs, sans pour cela que leurs obligations, relativement à la garantie, soient solidaires.*

170. *En général, dans notre Droit, le bénéfice de l'obligation doit se partager entre les divers créanciers.*

171. *En principe, il en était autrement dans le Droit romain.*

172. *Suite de la proposition dans l'un et dans l'autre droit.*

173. *Chacun des créanciers peut demander le total, et le débiteur peut payer le tout à l'un d'eux, à son choix, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites d'un autre.*

174. *D'après le Code, l'un des créanciers ne peut faire remise que de sa part ; dérogation aux anciens principes, et objections contre la disposition du Code.*

175. *Silence du Code sur l'effet de la novation, de la transaction, de la compensation et du jugement, opérés ou intervenus entre l'un des créanciers et le débiteur.*

176. *Ce que l'on doit décider quant au cas de novation;*

177. *Et quant à celui de transaction;*

178. *Et quant à celui de compensation;*

179. *Enfin quant à celui de jugement.*

180. *La prescription interrompue par l'un des créanciers, ou suspendue par sa minorité, est interrompue ou suspendue aussi quant aux autres.*

181. *La demande d'intérêts formée par l'un d'eux les fait courir au profit de tous.*

161. Suivant l'article 1197, « L'obligation est so-
« lidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre
« donne expressément à chacun d'eux le droit de

« demander le paiement du total de la créance, et « que le paiement fait à l'un d'eux libère le débi- « teur, encore que le bénéfice de l'obligation soit « partageable et divisible entre les divers créanciers. »

162. Dans le Droit romain, les créanciers solidaires sont généralement appelés *rei stipulandi*, et les débiteurs solidaires *rei promittendi* [1].

163. Il faut, pour qu'il y ait solidarité entre les créanciers, que plusieurs stipulent la même chose [2] de la même personne [3], en même tems, et dans l'intention évidente que la chose sera due à chacun d'eux pour le total, de manière néanmoins qu'il n'y ait qu'une obligation par rapport à tous, considérés collectivement : *una res vertitur, quamvis singulis totum debetur* [4]. Car si chacun a stipulé des choses diverses, quoique de la même personne, par exemple, l'un la chose, l'autre le prix de cette chose, il y a autant de dettes qu'il y a de stipulans, et ce n'est plus une stipulation solidaire [5].

Il n'y a pas non plus stipulation solidaire, si diverses personnes stipulent séparément la même chose de personnes différentes : par exemple, si je stipule de Paul tel cheval, et que vous stipuliez ensuite de Philippe ce même cheval : il y a alors deux obligations distinctes, sous tous les rapports, et qui devront par conséquent être acquittées toutes deux.

[1] L. 1, ff. *de Duobus reis stipul. vel promitt.*
[2] L. 2, ff. *eodem tit.*
[3] *Princip.* Instit. *eodem tit.*
[4] § 1, Instit. *Hoc. tit.*
[5] Vinnius *ad princip.* Instit. *hoc tit.*

Il n'y aurait même pas solidarité si je stipulais de Paul tel cheval, et que Philippe stipulât ensuite aussi de Paul ce même cheval [1], quoique ce fût peu de tems après, le même jour : il y aurait pareillement deux obligations, qui devraient être acquittées l'une et l'autre, à moins qu'il n'eût été dit dans le second acte que le paiement qui me serait fait du cheval libérerait Paul aussi envers Philippe; et même avec cette clause, il n'y aurait encore point une parfaite obligation solidaire entre créanciers, car la demande formée par Philippe n'empêcherait point Paul de me livrer le cheval.

Enfin, il n'y aurait pas non plus solidarité entre créanciers, quoique ce fussent les mêmes individus qui stipulassent de la même personne la même chose, et en même tems, si le titre ne donnait pas expressément à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total, ainsi que le dit l'article 1197.

164. Mais que doit-on entendre par-là? Selon nous, le titre donnerait expressément à chacun des créanciers le droit de demander le paiement du total, s'il portait que la chose est *due à chacun d'eux pour le tout,* car le droit de demander le paiement du total n'est qu'une conséquence du droit pour chacun des créanciers au total de la chose : les expressions finales de cet article ne sont pas sacramentelles. Ainsi, si le titre portait que les divers créanciers stipulent, vendent, louent, prêtent *solidairement,* il y aurait certainement solidarité entre eux quoique l'acte ne

[1] *Princip.* Instit. *hoc titulo.*

dît pas expressément que chacun d'eux pourrait exiger le paiement du total; ce pouvoir d'exiger le paiement du total serait un résultat nécessaire de la convention expresse de solidarité. Les parties seraient censées s'en reposer sur la loi pour les effets de cette stipulation.

165. Mais *quid* si, dans un acte où figurent Paul et Pierre comme vendeurs d'une chose qui leur est commune, ils stipulent simplement de l'acheteur *qu'il paiera à l'un ou à l'autre le prix de la vente?* Cette stipulation disjonctive établit-elle la solidarité entre les vendeurs, ou créanciers? C'est la décision formelle de Vinnius, qui s'exprime ainsi [1] : CUILIBET VEL UTRIQUE NOSTRUM DARE SPONDES? *Dicam duorum reorum contractam obligationem.* Au lieu, dit le même jurisconsulte, que la copulative n'a pas cette force par elle-même : d'où il suit que si deux personnes stipulent, quoique conjointement, une même chose de la même personne, par exemple : *Promettez-vous de payer mille francs à Paul et à moi?* il n'y a pas solidarité, à moins de convention spéciale à cet effet : chacun de nous n'aura le droit de demander que sa part, c'est-à-dire, dans l'espèce, 500 fr., et vous ne pourrez payer à chacun que sa part. Mais dans le cas ci-dessus, ces expressions, *à l'un ou à l'autre de nous,* témoignent clairement que chacun des vendeurs, créancier quant au prix, a entendu que le paiement du total de ce prix pourrait lui être fait, et que l'un et l'autre, par la même raison, pourraient

[1] Sur le *princip.* Instit. *de Duobus reis stip.*

l'exiger; ce qui constitue parfaitement une obligation solidaire entre créanciers.

166. Et lorsqu'une obligation commerciale a été souscrite au profit de plusieurs personnes, celle qui a le titre entre les mains paraît à M. Pardessus [1] avoir le droit d'exiger le paiement total du débiteur commun, quoique le titre ne portât pas que chacune d'elles aurait ce droit. Cela est particulièrement vrai surtout lorsque les créanciers sont associés.

167. Au surplus, les obligations civiles de cette sorte sont fort rares dans notre Droit. Pothier donne pour exemple celle qui résulterait d'un legs ainsi conçu, et dont il a puisé l'espèce dans la loi 16, ff. *de Legatis*-2° [2] : « Mon héritier donnera aux Carmes « ou aux Jacobins, à son choix, une somme de 100 « livres. »

168. Il peut se présenter d'autres cas, quoique la chose stipulée fût très divisible de sa nature. Par exemple, et ainsi que nous l'avons déjà dit, si deux personnes prêtent à une troisième une somme qu'elles ont en commun, avec déclaration dans l'acte que chacune d'elles aura le droit d'exiger le paiement du total, ou même simplement que le prêt est fait solidairement, ou que le débiteur paiera à l'un ou à l'autre des prêteurs, il y aura effectivement solidarité entre les créanciers.

[1] Cours de *Droit commercial*, tome II, n° 181, édit. de 1821.

[2] *Si Titio et Seio* UTRI HERES VELLET, *legatum relictum est : hæres alteri dando, ab utroque liberatur : si neutri dat, uterque perindè petere potest, atque si ipsi soli legatum foret, nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ità et testamento potest id fieri.*

Il en sera de même, à plus forte raison, si deux copropriétaires d'un objet non susceptible de division sans destruction de sa substance, par exemple un cheval, prêtent conjointement cet objet, ou le louent ou le vendent avec l'une de ces clauses dans l'acte.

169. Mais dans ces cas de vente ou de louage d'un corps certain, et où le contrat, comme parfaitement synallagmatique, produit des engagemens de part et d'autre, y aura-t-il également solidarité entre les vendeurs et les locateurs pour les obligations qu'ils ont à remplir, quoiqu'il n'ait rien été dit de positif à ce sujet dans l'acte, et que l'on se soit borné à l'une des clauses ci-dessus? Cela ne nous paraît pas douteux, s'il a été dit que le louage, ou la vente, était fait *solidairement* : cette expression, à moins de convention contraire, régit aussi bien les obligations des vendeurs ou locateurs, que leur créance pour le prix, puisque son effet n'a point été restreint à ce dernier objet. Mais il en serait autrement, selon nous, s'il avait simplement été dit que chacun des vendeurs ou locateurs pourrait demander le paiement du total du prix de vente ou de louage : dans ce cas, la solidarité ne paraîtrait point établie passivement, mais seulement activement, c'est-à-dire, entre les vendeurs ou locateurs considérés comme créanciers du prix, mais non considérés comme débiteurs quant à l'obligation de livrer et faire jouir.

170. En général, dans notre Droit, le bénéfice de l'obligation doit se partager entre les divers créanciers, n'importe celui à qui le paiement volontaire a

été fait, et n'importe aussi celui qui a formé la demande en justice pour l'obtenir. On doit considérer les créanciers solidaires comme associés quant à la créance, et ils sont censés s'être donné réciproquement mandat pour en exiger ou recevoir le paiement en totalité, à la charge de se faire ensuite raison du bénéfice de l'obligation.

171. Dans le Droit romain aussi, celui qui avait reçu le montant de la créance le partageait bien avec les autres créanciers, mais c'était lorsque cette créance provenait d'une chose commune à tous; alors les créanciers avaient l'action *pro socio* contre celui qui avait reçu le paiement. Mais si la créance eût eu une autre cause, celui qui en avait touché le montant le gardait en totalité, parce qu'il n'avait touché que ce qui lui était dû, ayant droit à la totalité; sauf toutefois convention ou disposition contraire de la part des stipulans, ou du testateur.

Et l'on décidait la même chose, en sens inverse, quant aux obligations solidaires entre débiteurs : celui qui avait payé toute la dette n'avait de recours contre ses codébiteurs qu'autant qu'elle était commune à tous, comme provenant de leur société ou d'une chose qui leur était commune; et sauf aussi convention contraire de leur part, et le droit résultant de la cession des actions du créancier au débiteur qui l'avait payé.

Mais, en principe, celui des créanciers qui avait reçu le paiement, ou celui des débiteurs qui l'avait fait, n'était point obligé d'en partager le montant,

ou n'avait point de recours contre les autres débiteurs. La loi 62 *princip.* ff. *ad legem Falcidiam* ne laisse aucun doute sur ces différens points [1]. On suppose, dans cette loi, qu'un créancier ou un débiteur solidaire est décédé, ayant fait par son testament différens legs. Dans le calcul de la *quarte falcidie,* qui opérait un retranchement sur les legs lorsqu'ils excédaient les trois quarts de l'hérédité, pour laisser le quart franc à l'héritier, on déduisait préalablement les dettes, et l'on comprenait, comme de raison, les créances dans l'actif. Or, la créance ou la dette solidaire du testateur n'était nullement prise en considération quant à présent, parce qu'il était incertain si la première serait payée à l'héritier, ou si la seconde serait payée par lui; et cependant, si cette créance ou cette dette eût dû, après le paiement, se diviser entre l'héritier et les autres créanciers ou débiteurs solidaires, l'on eût dû, à tout événement, porter au chapitre de l'actif de la succession la part de l'héritier dans la créance, et au chapitre du passif sa part dans la dette. Aussi c'est ce que l'on aurait fait si la créance ou la dette fût provenue d'une société ou communauté, parce qu'alors la répartition s'en serait faite entre les créanciers et l'héritier du défunt. Cette loi le dit positivement.

[1] Néanmoins Vinnius, sur le § 1er, Instit. *de Duobus reis,* dit, en invoquant quelques textes par forme d'argument, que, *æquitatis causâ,* le créancier solidaire qui avait reçu le total de la créance devait, en général, y faire participer les autres créanciers, et *vice versâ,* que celui des débiteurs solidaires qui avait payé la dette, avait généralement un recours contre ses codébiteurs pour leurs parts.

172. Dans l'espèce de la loi 16, ff. *de Legatis*-2°, citée ci-dessus, où un testateur a légué à Titius ou à Seïus, *utri hæres vellet* (à l'un ou à l'autre, au choix de l'héritier), bien certainement aussi celui à qui le legs était payé n'était point tenu d'en partager le bénéfice avec l'autre personne; et nous ne voyons pas pourquoi il en serait autrement dans notre Droit en pareil cas, s'il résultait de l'ensemble de la disposition, ou de quelque circonstance particulière, la preuve que l'intention du testateur, en laissant à l'héritier le choix de celle des deux personnes à laquelle il voudrait compter la somme ou livrer la chose, n'a pas été de lui laisser simplement le pouvoir de faire le paiement à l'une ou à l'autre, mais bien aussi d'attribuer le bénéfice du legs exclusivement à celle à laquelle il en ferait la délivrance.

Il semblerait même, d'après un passage du discours de l'orateur du gouvernement [1] chargé de présenter le projet de loi au Corps législatif, que l'obligation de partager le montant de la créance ne résulterait que d'une convention à ce sujet. Il s'exprimait ainsi : « Cette faculté donnée à chacun des créanciers « de demander le paiement du total, *et la convention* « *qu'ils auraient faite en même tems de diviser entre* « *eux le bénéfice de l'obligation,* n'ont rien d'incom- « patible. » Ainsi, il paraîtrait résulter de ces dernières expressions qu'une convention serait nécessaire pour que le bénéfice de l'obligation dût être partagé entre les divers créanciers après que le paie-

[1] M. Bigot Préameneu.

ment en a été fait à l'un d'eux. Toutefois cela n'est pas vrai dans les cas ordinaires, dans ceux où la cause de l'obligation provient d'une chose commune aux divers créanciers, ou de leurs travaux respectifs, en un mot dans tous ceux où ils ont fait ou fourni quelque chose en raison de laquelle le débiteur s'est obligé. Dans les autres cas, comme ceux de donation ou de legs, on présumera aussi généralement que l'intention du donateur ou testateur a été que le bénéfice du droit serait partageable, à moins que des termes de l'acte et des circonstances particulières, il ne résultât, au contraire, qu'il a voulu que celui à qui la chose serait payée pût la garder entière; car, en disant, ENCORE *que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers*, l'article 1197 laisse en effet clairement entendre que ce n'est pas dans tous les cas qu'il en est ainsi : cette expression *encore* paraît faire une supposition, ce qui, par conséquent, permet d'admettre la supposition contraire. Mais il sera très rare que le bénéfice de l'obligation ne soit point partageable et divisible entre les divers créanciers.

173. Voyons maintenant quels sont les autres effets de ces sortes d'obligations.

Non seulement chacun des créanciers peut demander le paiement du total au débiteur, mais encore celui-ci a le choix de payer à l'un ou à l'autre des créanciers, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. (Art. 1198.)

Par conséquent, il est libéré vis-à-vis de tous par

des offres régulières, suivies de consignation, faites à l'un ou à l'autre, tant qu'il n'a pas été prévenu par des poursuites faites par un autre; et la chose ainsi offerte est aux risques des divers créanciers. (Art. 1257 et 1258.)

L'on entend ici par *poursuites,* non seulement une demande en justice, mais encore un commandement fait en vertu d'un titre exécutoire, et même une simple sommation de payer; car c'est là aussi une poursuite.

Toutefois, les poursuites dirigées avant l'échéance de la dette ne peuvent ravir au débiteur le droit qu'il a de payer à l'un ou à l'autre des créanciers, à son choix.

174. Quoique chacun des créanciers le soit du total, et qu'il puisse en conséquence recevoir le paiement pour le tout, néanmoins, d'après le Code, il ne peut faire remise de la dette que pour sa part (1198), ni déférer le serment, si ce n'est aussi pour sa part. (Art. 1365.)

Cela paraît peu d'accord avec le principe que chacun des créanciers l'est du total; mais on a pensé que l'un d'eux ne devait pas pouvoir nuire aux autres par une remise qui ne serait au fond qu'une libéralité. Et quant au serment, on l'a considéré comme un pacte de remise conditionnel. On a pensé aussi qu'il pourrait facilement arriver que l'un des créanciers déclarerait faire remise du tout en touchant le montant de la créance, agissant de concert à cet

égard avec le débiteur, auquel il ferait quelque diminution.

Dans l'ancien Droit, la remise faite par l'un des créanciers solidaires libérait le débiteur comme le paiement; et le serment déféré par l'un d'eux, et prêté par le débiteur, sur le fait de la dette, produisait aussi la libération entière. Telle était la doctrine de Dumoulin et de Pothier. Elle était fondée sur le Droit romain [1].

On a objecté que rien ne serait plus facile au créancier que de donner quittance, comme s'il avait reçu le paiement; mais à cela on répond deux choses. S'il donne une quittance, il confesse par cela même avoir reçu le paiement, et il serait obligé d'en faire compte aux autres créanciers, à moins, ce qui sera infiniment rare, ainsi que nous l'avons dit, que le bénéfice de l'obligation ne fût point partageable entre eux. Au lieu que s'il eût eu le droit de faire remise du total, il n'aurait rien eu à partager, n'ayant rien reçu; et

[1] *Acceptilatione unius tollitur obligatio.* L. 2, ff. *de Duob. reis stip. vel promitt.;* et L. 13, § *fin.*, ff. *de Acceptilatione.*

In duobus reis stipulandi, ab altero delatum jusjurandum, etiam alteri nocebit. (L. 28, *princip.* ff. *de Jurejur.*)

Mais le simple pacte de remise fait par l'un des créanciers avec le débiteur ne pouvait être opposé aux autres, même pour aucune partie de la dette. (L. 27, ff. *de Pactis.*)

Cette différence entre la remise par le mode de l'acceptilation, et la remise par simple pacte, tenait à ce que la première était un mode de libération de plein droit; au lieu que le pacte ne produisait qu'une simple exception, dont les effets étaient restreints aux parties, à leurs héritiers et aux cautions, si toutefois encore il n'avait pas été restreint à la seule personne des parties.

Quant au serment, dit Cujas, celui qui jure ne rien devoir est considéré comme celui qui ne doit rien; c'était donc aussi un mode de libération qui déliait le débiteur envers les autres créanciers.

il eût ainsi fait une libéralité au préjudice du droit des autres, du moins c'est ainsi que les orateurs du gouvernement ont envisagé la chose; car ils ont supposé que, dans ce cas, les autres créanciers n'auraient rien eu à lui demander. Cela, au surplus, n'eût pas été vrai dans les cas (c'est-à-dire presque toujours) où l'obligation avait pour cause une chose commune entre les divers créanciers; car alors celui qui aurait fait la remise eût été tenu d'indemniser ses coassociés du tort qu'il leur aurait causé par la remise, puisque l'associé qui, par son fait, cause un préjudice à la société, doit le réparer. Mais cela eût été vrai dans les cas, très rares, où le bénéfice de l'obligation n'eût pas été partageable; et néanmoins on n'a pas voulu, même dans ces cas, lui donner le pouvoir de détruire le droit des autres par une simple remise, puisque le Code ne distingue pas. En cela, nous croyons que l'on n'a pas été conséquent, car, dans cette hypothèse, il devait être fort indifférent que le débiteur eût été libéré par une remise gratuite ou qu'il eût réellement payé la dette. Quoiqu'il en soit, la remise n'a effet que pour la part de celui qui l'a consentie. En second lieu, s'il a donné une quittance pour paiement, quand il n'a cependant fait qu'une remise, les autres créanciers seront admis à prouver la simulation, même dans le cas où le bénéfice de l'obligation ne serait point partageable, puisqu'il ne pouvait remettre que sa part; et dans les cas où le bénéfice de l'obligation serait partageable, ils auraient aussi intérêt à prouver la simulation, s'il était insolvable.

Ils pourraient faire interroger le débiteur sur faits et articles, et lui déférer le serment.

175. Le Code ne dit rien sur l'effet de la novation ou de la transaction faite par l'un des créanciers solidaires avec le débiteur, ni sur le cas où celui-ci, pouvant opposer la compensation à l'un d'eux, serait poursuivi par un autre, ni enfin, sur l'effet du jugement intervenu entre lui et l'un des créanciers seulement, et qui lui donnerait congé sur un autre moyen que le serment déféré par ce créancier.

Faut-il conclure de ce silence du Code sur ces points, quand d'ailleurs il s'est expliqué sur les effets de la remise faite par l'un des créanciers seulement, et sur les effets du serment déféré par l'un d'eux, qu'il a entendu que toutes les autres causes d'extinction de la dette que le débiteur pourrait invoquer contre l'un des créanciers, le libèrent pareillement vis-à-vis des autres ?

Nous sommes bien généralement porté à le décider ainsi, mais toutefois avec quelques restrictions.

Parcourons les différens cas ci-dessus énoncés.

176. D'abord, quant à la novation opérée entre l'un des créanciers seulement, et le débiteur, les jurisconsultes romains n'ont pas été d'accord. Paul et Labéon, dans la loi 27, *princip.* ff. *de Pactis*, décidaient que la novation intervenue entre le débiteur et l'un des créanciers ne peut être opposée aux autres, attendu, disaient ces jurisconsultes, que les effets de la solidarité consistent seulement en ce que chacun des créanciers peut demander le total de la

créance, et recevoir le paiement du total [1]. Mais tel peut recevoir le paiement d'une dette, sans cependant pouvoir en faire novation : notamment l'*adjectus solutionis gratiâ* a qualité pour recevoir le paiement, et non pour faire novation [2].

Vénuléius, au contraire, décide, dans la loi 31, § 1, ff. *de Novationibus*, que la novation faite avec l'un des créanciers solidaires éteint la dette même par rapport aux autres, lesquels, en conséquence, ne peuvent plus demander le paiement de la première obligation, ni rien prétendre à la seconde, puisque c'est une convention qui leur est étrangère. Ainsi, dit Vénuléius, si l'un des créanciers délègue le débiteur commun à son propre créancier, envers lequel ce débiteur s'oblige pour être libéré de la dette, on ne voit pas pourquoi il ne serait effectivement point libéré, comme s'il en avait fait le paiement, puisque le paiement de cette nouvelle obligation, ou même l'obligation non encore suivie de paiement, est pour lui comme le paiement de la dette primitive.

Cette contrariété de décisions a paru si difficile à lever à Cujas, qu'il ne craint pas d'avouer que ce n'est qu'avec incertitude qu'il émet son opinion, favorable, au surplus, à la décision de Vénuléius.

Si, dans le Droit romain, où chaque créancier solidaire pouvait faire remise au débiteur pour la

[1] Il pouvait aussi, comme nous l'avons dit, déférer efficacement le serment pour le total, même par rapport aux autres créanciers. (L. 28, *princip.* ff. *de Jurejur.*)

[2] Même loi 27, et L. 10, ff. *de Novat.*

totalité de la créance, en employant le mode de l'acceptilation, les jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur l'effet de la novation faite par l'un d'eux seulement, bien qu'en thèse générale la novation soit, comme l'était l'acceptilation, une image du paiement, et en produise les effets [1], par parité de motifs on devrait décider, dans notre Droit, où la remise n'éteint généralement la dette que pour la part du créancier qui l'a faite, que la novation opérée entre l'un des créanciers seulement et le débiteur ne peut être opposée aux autres créanciers, si ce n'est aussi pour la part de celui qui l'a consentie; car pour cette part, elle vaut nécessairement remise de la première obligation, sauf ensuite au débiteur à faire raison au créancier avec lequel il l'a faite, d'une part correspondante dans la nouvelle dette.

Mais si, par une cause quelconque, le bénéfice de l'obligation primitive n'était point partageable entre les divers créanciers, nous ne voyons pas pourquoi cette novation ne tiendrait pas lieu de paiement vis-à-vis de tous, car elle ne leur ferait aucun tort. Et même dans les cas où le bénéfice de l'obligation doit être partagé, si la seconde obligation était acquittée avant les poursuites faites par un autre créancier, ce paiement, selon nous, devrait libérer le débiteur aussi vis-à-vis de tous; car la première dette se trouverait alors réellement payée, quoique ce fût avec une autre chose que celle qui en formait l'objet. En effet, chaque créancier avait qualité pour recevoir le

[1] L. 1, *princip.*; et L. 31, § 1, précitée, ff. *de Novationibus.*

paiement du total, et la loi ne lui défendait pas plus dans ce cas que dans les cas d'obligations ordinaires, de recevoir une chose à la place de celle qui était primitivement due : le Droit romain ne l'interdisait pas davantage. Seulement, le créancier aurait ensuite à faire raison aux autres, suivant leurs droits respectifs, tels qu'ils résultaient de leur contrat. Ce créancier et le débiteur ne pouvaient-ils pas d'ailleurs, aussitôt après le paiement de la chose comprise dans la première obligation, en faire échange pour celle qui a été payée en acquittement de la seconde ? Qu'importe, après cela, qu'ils aient fait d'abord échange d'obligation?

Et dans le cas prévu par Vénuléïus, où l'un des créanciers solidaires a fait novation avec le débiteur, par l'obligation que celui-ci a contractée envers un tiers, du consentement de ce créancier, qui l'a délégué à ce tiers, nous ne voyons pas pourquoi cette novation ne libérerait pas entièrement le débiteur vis-à-vis de tous les autres, même dans le cas où le bénéfice de l'obligation serait partageable, car ce n'est pas là une remise; mais dans cette dernière hypothèse, le créancier aurait à faire raison aux autres du montant de la dette primitive, dont il serait censé avoir reçu le paiement au moyen de la délégation par lui faite en faveur du tiers qu'il a désigné.

177. Le cas de transaction faite par l'un des créanciers solidaires devrait, en général, être décidé de la même manière que celui de novation, et avec les distinctions ci-dessus.

178. Quant à la compensation, la question est plus délicate, à cause de la disposition de l'article 1294, qui porte, dans sa dernière partie, que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur. On a ainsi considéré ce mode d'extinction des obligations comme une sorte d'exception personnelle, ayant seulement effet entre ceux qui sont réciproquement débiteurs l'un envers l'autre, quoique la compensation, d'ailleurs, opère de plein Droit (art. 1290), et qu'ainsi l'on eût pu croire que, dès que l'un des débiteurs solidaires se trouvait libéré par ce moyen, les autres devaient l'être également, puisque le paiement fait par l'un d'eux libère les autres (art. 1200), et que la compensation tient lieu de paiement.

Ce n'est pas le moment de discuter le mérite de cette disposition, nous le ferons en son lieu. Mais quel que soit le sens dans lequel elle doivent être entendue, nous ne saurions penser que le débiteur, qui peut opposer la compensation à l'un des créanciers solidaires, avant d'être poursuivi par un autre, n'ait pas le droit de s'en prévaloir vis-à-vis des autres, s'ils le poursuivent ensuite. Cela ne peut surtout souffrir le moindre doute quant à la part de ce créancier, puisqu'à tout le moins la compensation doit bien avoir l'effet d'une remise. Mais nous pensons même qu'il peut l'opposer pour le tout, si sa créance est égale ou supérieure à sa dette : car il pouvait payer à celui qui est devenu son débiteur; or, par la compensation, qui a indubitablement opéré ses

effets par rapport à celui-ci, c'est comme s'il l'avait payé. Qu'importe, en effet, qu'il lui compte la somme, que ce créancier serait tenu de lui rendre à l'instant même, ou qu'ils se dispensent l'un et l'autre de faire ces traditions inutiles? La loi les fait pour eux, comme dans les obligations ordinaires. Pour prétendre que la compensation n'a point d'effet à l'égard des autres créanciers, il faut soutenir, ou que le débiteur, en devenant créancier de l'un des créanciers solidaires, a perdu le droit de pouvoir lui faire le paiement, ce qui serait assurément absurde; ou bien qu'il peut à la vérité le lui faire, mais seulement par la numération des espèces, sauf à reprendre aussitôt les deniers pour être payé de sa propre créance. Mais cela ne serait pas moins contraire à l'esprit de la loi, car les traditions ne seraient pas moins inutiles dans ce cas que dans les autres. S'il était poursuivi par ce créancier, bien certainement les tribunaux ne le forceraient pas à payer, car celui qui compense paie par cela même. Or, pourquoi la compensation n'opérerait-elle pas ses effets entre eux extrajudiciairement, puisqu'elle a lieu de plein droit? et si elle opère ses effets par rapport à ce créancier, qui *est censé payé*, pourquoi le débiteur ne serait-il pas libéré aussi envers les autres, puisque le paiement fait à l'un d'eux le libère vis-à-vis de tous? Ce cas diffère en effet beaucoup de la remise gratuite, attendu que dans la remise, il n'y a point de paiement, tandis que dans la compensation il y en a un dans le fond des choses.

Mais il en serait autrement si un autre créancier l'avait prévenu par ses poursuites, faites après l'échéance de la dette et avant que la compensation se fût opérée, soit parce que la créance du débiteur n'a pris naissance que depuis ces poursuites, soit parce que l'une ou l'autre des deux dettes ne réunissait pas alors toutes les conditions requises pour la compensation : dans ce cas, le débiteur serait obligé de payer au créancier poursuivant, sans même pouvoir en déduire la part de celui qui est devenu son débiteur, à moins toutefois, selon nous, que le bénéfice de l'obligation ne fût partageable entre les divers créanciers, auquel cas il pourrait, *æquitatis causâ*, retenir la part qui devrait en revenir à ce dernier.

179. Si le débiteur poursuivi par l'un des créanciers a obtenu congé de la demande par un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, peut-il encore être poursuivi par les autres ?

Cela n'est pas douteux dans le cas où le jugement a été rendu sur le serment à lui déféré par le créancier, puisque, d'après l'article 1365, ce serment ne le libère que pour la part de celui-ci ; mais le jugement a effet pour cette part. S'il a été rendu sur d'autres motifs, il doit profiter aussi au débiteur pour la part de celui contre lequel il a été rendu, parce qu'il doit avoir l'effet d'une remise, d'après la règle *quoque nos in judicio contrahimus*. Mais pour la part des autres, ce jugement est *res inter alios judicata, quæ aliis nec nocet, nec prodest ;* car, s'il n'y a qu'une obligation *propter rem debitam,* par rapport aux personnes, il y en

qu'il y a de créanciers. Or, la chose jugée n'est point un paiement; elle produit seulement une présomption, ou qu'il n'y a pas eu de dette, ou que celle qui existait a été éteinte; mais cette présomption n'a effet qu'entre les parties au procès et leurs héritiers.

180. Un autre effet de la solidarité entre les créanciers, est que les actes de l'un d'eux qui conservent la créance, la conservent aussi par rapport à tous les autres : d'où il suit que tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers, profite aux autres [1]. (Art. 1199.)

Par la même raison, si, par rapport à la qualité de l'un d'eux, la prescription n'a pu courir contre lui, par exemple parce qu'il était mineur (art. 2252), elle n'aura pas couru non plus contre les autres pendant le tems de la minorité, quoique l'objet de la créance ne fût pas une chose indivisible.

Mais si l'un des créanciers est venu à mourir laissant plusieurs héritiers, et que l'un ou plusieurs de ces derniers seulement aient interrompu la prescription, ou si elle n'a pu courir contre eux à raison de leur qualité, ou si le débiteur a reconnu la dette seulement à leur égard, le droit n'aura été conservé que pour leurs parts, à moins que la créance ne fût indivisible. L'article 2249 le décide ainsi, en sens inverse, dans le cas où la dette est solidaire entre les débiteurs, et la raison est absolument la même dans le cas où c'est entre les créanciers que la solidarité existe; car la créance ne s'en divise pas moins entre

[1] L. *fin.* Cod. *de Duob. reis. stip.*

les héritiers de chacun d'eux, puisque la solidarité ne peut pas faire supposer autre chose si ce n'est que chacun de ces mêmes créanciers l'est du total de la créance; or, dans cette supposition, cette créance se divise entre leurs héritiers (art. 1220), si elle n'est d'ailleurs de quelque chose d'indivisible.

La négligence des autres héritiers et des autres créanciers solidaires ne doit, au reste, point nuire à l'héritier qui a su conserver ses droits dans la créance: en conséquence, il n'en aura ni plus ni moins que si cette créance eût été conservée entière.

181. La demande d'intérêts formée par l'un des créanciers solidaires fait courir les intérêts au profit des autres. C'est un accessoire de la créance, et en conservant au profit de tous le principal par des poursuites régulières, il doit, par la même raison, conserver aussi à leur profit cet accessoire, et par l'effet aussi du même principe que la demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires, fait courir ces intérêts contre tous. (Art. 1207.)

§ II.

De la solidarité de la part des débiteurs.

SOMMAIRE.

182. *Définition de la solidarité entre débiteurs.*

183. *Différence des caractères généraux de l'obligation solidaire entre les débiteurs, d'avec ceux de l'obligation indivisible.*

184. *La solidarité n'a lieu qu'en vertu d'une convention expresse, ou d'une disposition de la loi.*

185. *Droit romain touchant la solidarité entre les débiteurs ; développemens, et du bénéfice de division.*

186. *Les débiteurs solidaires, sous le Code, n'ont point ce bénéfice, il appartient seulement aux cautions, et encore sous plusieurs distinctions ; il y en a aussi à faire quant au bénéfice de discussion.*

187. *La solidarité peut généralement avoir lieu en toute espèce d'obligation ; elle peut aussi être imposée par testament pour le paiement d'un legs.*

188. *Différens cas dans lesquels il n'y a pas solidarité.*

189. *La solidarité peut exister quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment au paiement de la même chose : conséquence.*

190. *Comment les débiteurs s'obligent solidairement.*

191. *La solidarité a lieu entre les auteurs d'un même délit, pour les amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais.*

192. *En matière civile, les tribunaux ne peuvent condamner les parties solidairement aux dépens, quand même la dette serait solidaire.*

193. Secùs, *dans ce cas, quant aux dommages-intérêts.*

194. *S'il y a quasi-délit commis par plusieurs, et dont la réparation soit poursuivie devant les tribunaux civils, sont-ils tenus solidairement des dommages-intérêts ? arrêts pour et contre.*

195. *Les associés en nom collectif sont tenus solidairement des engagemens de la société signés sous la raison sociale ; il en est autrement dans les sociétés civiles, à moins de convention contraire dans l'acte.*

196. Quid *des associés en participation ? ancienne jurisprudence, et controverse dans le Droit actuel : la solidarité n'existe pas de plein droit dans ce cas.*

197. *Cas où elle a lieu de Droit entre le mari et la femme, à raison des contrats de cette dernière.*

198. *Ceux qui empruntent à usage une chose sont tenus solidairement à la restitution.*

199. Quid *en matière de dépôt ?*

200. *Ceux qui ont donné conjointement un mandat pour une affaire qui leur est commune, sont tenus solidairement envers le mandataire.*

201. *Mais les divers mandataires ne sont pas créanciers solidaires des indemnités qui peuvent leur être dues à raison du mandat.*

202. *Ceux qui achètent ou louent en commun sont solidairement tenus envers le notaire, de ses honoraires et de ses déboursés.*

203. *Autres cas analogues.*

204. *En général, il n'y a pas solidarité entre les divers propriétaires dont l'affaire a été gérée sans mandat de leur part : l'action est seulement en proportion de l'intérêt de chacun.*

205. *Les mandataires chargés de la même affaire ne sont solidairement tenus qu'autant qu'ils se sont soumis à la solidarité.*

206. *Mais les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables du mobilier qui leur a été confié, à moins de disposition contraire dans le testament.*

207. Quid *des syndics d'une faillite, des séquestres et administrateurs commis par justice?*

208. *L'obligation de fournir des alimens n'est point solidaire entre ceux qui les doivent; elle est seulement indivisible; controversé et renvoi pour la discussion de la question, et les conséquences de la distinction.*

209. *Il y a solidarité dans les cas prévus aux articles* 395 *et* 396 *du Code civil.*

210. *Et dans celui prévu à l'article* 1442.

211. *Les divers locataires d'une maison répondent solidairement de l'incendie, sous certaines restrictions.*

212. *Le tireur et les endosseurs d'une lettre de change sont solidairement garans de l'acceptation et du paiement à l'échéance.*

213. *Il en est de même des signataires et endosseurs de billets à ordre, quoiqu'ils ne soient pas commerçans, et qu'ils n'aient pas fait une opération de commerce.*

214. *Renvoi quant à la question de savoir si une personne peut, par ses conventions, obliger solidairement ses héritiers au paiement de ses dettes.*

215. *Le créancier peut non seulement poursuivre l'un des débiteurs solidaires pour le total, mais encore les poursuivre tous de la même manière.*

216. *La prescription interrompue contre l'un des débiteurs l'est par cela même contre tous les autres. Développemens pour le cas*

où elle n'a été interrompue que contre l'un des héritiers seulement de l'un des débiteurs.

217. *Lorsque la dette est d'un corps certain qui a péri par la faute ou depuis la mise en demeure de l'un des obligés, les autres ne doivent pas de dommages-intérêts, mais ils sont tenus du prix de la chose.*

218. *Si c'est par la faute de l'un des héritiers de l'un des débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, que la chose a péri, les cohéritiers non en faute ni en demeure sont libérés ; de quoi les codébiteurs sont encore tenus dans ce cas.*

219. *La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre tous ; celle formée contre l'un des héritiers seulement de l'un des débiteurs, ne les fait point courir contre ses cohéritiers.*

220. *Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui lui sont personnelles et celles qui sont communes à tous les débiteurs, mais non celles qui sont personnelles à l'un d'eux.*

221. *Renvoi quant à ce qui concerne la compensation du chef d'un codébiteur.*

222. *Effet de la confusion lorsque le créancier devient héritier de l'un des codébiteurs, ou* vice versâ.

223. *Par la novation pure et simple opérée entre l'un des débiteurs et le créancier, les autres sont libérés.*

224. *La remise faite à l'un des débiteurs profite aux autres, à moins que le créancier n'ait réservé ses droits contre eux : effet de cette réserve.*

225. *Mais la remise faite par concordat ne profite pas aux codébiteurs du failli, quoiqu'il n'y ait pas eu de réserve expresse à leur égard.*

226. *Néanmoins, celle qui a lieu dans un traité fait avec l'un des débiteurs non commerçant de profession, et sans réserve, profite aux autres.*

227. *Si le débiteur à qui la remise a été faite a une action contre ses codébiteurs, en supposant qu'elle les ait libérés envers le créancier? distinction à faire.*

228. *Le créancier porteur d'engagemens solidaires entre plusieurs qui tombent en faillite, participe aux distributions dans toutes*

les masses jusqu'à son parfait et entier paiement : développemens.

228 bis. *Mais les paiemens partiels faits avant la faillite ont diminué d'autant la créance; droits du coobligé ou de la caution qui les a faits.*

229. *De quels paiemens partiels entend parler le nouvel article* 544 *du Code de commerce.*

229 bis. *Celui des faillis qui a payé plus que les autres a-t-il un recours contre eux pour ce qui excéderait sa part dans la dette? disposition de l'article* 543 *(nouveau) du Code de commerce.*

230. *Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des débiteurs conserve son action solidaire contre les autres, sous la déduction de la part du premier et de la portion de celui-ci dans les insolvabilités.*

231. *Mais la simple remise de la solidarité au profit de l'un des débiteurs, sans décharge de sa part dans les dettes, ne diminue l'action solidaire du créancier contre les autres, que de la portion seulement qu'aurait eue à supporter ce débiteur dans les insolvabilités.*

232. *Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, renonce à la solidarité à l'égard de ce débiteur, mais à son égard seulement.*

233. *Et il ne suffirait pas pour cela qu'il eût reçu de lui une somme égale à sa part, si la quittance ne portait pas que c'est* pour sa part.

234. *L'effet de ces mots serait même détruit par la réserve de la solidarité, ou des droits en général.*

235. *La demande formée contre l'un des débiteurs* pour sa part *ne détruit point la solidarité, même à l'égard de ce débiteur, s'il n'y a acquiescé ou s'il n'est intervenu un jugement de condamnation.*

236. *Comment le créancier perd la solidarité à l'égard de celui des débiteurs dont il reçoit, divisément et sans réserve, la portion dans les arrérages ou intérêts de la dette; et pour quels objets il la perd.*

237. *Le créancier ne peut remettre la solidarité à l'un ou plusieurs des débiteurs, qu'autant qu'il est capable à cet effet.*

238. *L'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus chacun que pour leur part virile.*

239. *Le débiteur qui a acquitté la dette n'a de recours contre chacun de ses codébiteurs que pour sa portion.*

240. *Si l'un d'eux se trouve insolvable, sa part se répartit entre celui qui a payé la dette et les autres.*

241. *Modification pour le cas où la dette concernait seulement l'un ou plusieurs des codébiteurs ; alors les autres sont considérés par rapport à eux comme leurs cautions ; conséquences.*

242. *Recours de celui qui a payé une lettre de change ou un billet à ordre.*

243. *Effet de la subrogation dans les cas ci-dessus.*

244. *La subrogation conventionnelle n'a pas d'autres effets que la subrogation légale.*

245. *Si la dette était payable en plusieurs termes, celui des débiteurs qui a fait le premier paiement peut exercer de suite son action en recours, quoique ce paiement n'excédât pas sa part dans la dette.*

246. *Les intérêts courent de plein droit au profit de celui qui a acquitté l'obligation.*

ART. Ier.

Des conditions requises pour qu'il y ait solidarité.

182. Nous avons dit plus haut que, en principe, lorsque deux ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, chacune d'elles ne doit que sa part virile dans la dette, et ne peut être poursuivie que pour cette part [1], mais que ce principe reçoit exception dans le cas où les débiteurs sont obligés solidairement.

Et suivant l'article 1200, « il y a solidarité de la

[1] L. 11, § 2, ff. *de Duob. reis stipul. vel promitt.*

« part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une « même chose, de manière que chacun puisse être con- « traint pour la totalité, et que le paiement fait par un « seul libère les autres envers le créancier. »

183. Ainsi, chacun des débiteurs est *obligé* par sa promesse même à payer le tout, et c'est ce que Dumoulin exprimait par ces mots *quisque debet totum et totaliter*. Au lieu que dans les obligations indivisibles, où chacun des débiteurs doit bien aussi le tout, et où le paiement du total fait par l'un d'eux libère pareillement les autres, chacun n'est pas *obligé* au paiement du total par sa promesse ; il ne doit le tout que *ex necessitate*, parce qu'il ne peut pas devoir une partie dans une chose qui n'a pas de parties. Il doit bien *totum*, dit Dumoulin, mais il ne le doit pas par la même cause, de la même manière et avec les mêmes effets que celui qui s'est obligé solidairement. Par ces caractères généraux, les obligations solidaires se trouvent déjà distinguées des obligations indivisibles, et nous signalerons successivement les différences qui existent dans les effets entre ces deux sortes d'obligations.

184. La solidarité ne se présume point : il faut qu'elle soit expressément stipulée. (Art. 1202.)

Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi (*ibid.*)

Nous parcourrons tout à l'heure ces différens cas d'exception, du moins les principaux ; auparavant nous ferons une courte analyse des principes du Droit

romain sur cette matière, ainsi que sur l'obligation des fidéjusseurs ou cautions, afin d'établir les rapports et les différences qui existent entre les deux législations sur ces points.

185. D'après les Institutes de Justinien, qui ne consacrent, à cet égard, que les principes du Droit antérieur, ce que nous appelons la *solidarité* entre les débiteurs pouvait, comme la solidarité entre les créanciers, résulter de la manière dont le créancier avait interrogé les divers obligés et dont ceux-ci avaient répondu à l'interrogation, quoiqu'il n'eût pas été dit d'ailleurs expressément que chacun d'eux serait tenu pour le total de la dette. Il suffisait qu'il les eût interrogés successivement et que chacun d'eux eût répondu séparément qu'il donnerait la même chose: MÆVI, DECEM AUREOS DARE SPONDES? ET SEI, EOSDEM DECEM AUREOS DARE SPONDES? *si respondeant singuli separatim* SPONDEO, *duo rei promittendi ità fiunt. Princip.* Instit. *de duob reis. stipul. vel promitt.*

Et Vinnius, sur ce passage des Institutes, dit que les divers débiteurs étaient pareillement constitués *rei promittendi*, si, le créancier les ayant interrogés tous par la même proposition ou demande: *quilibet vel uterque vestrûm dabit?* chacun d'eux avait répondu de suite affirmativement *spondeo, dabo*, quoi qu'il n'eût pas été dit expressément que chacun d'eux devrait *toute* la chose. Ils se trouvaient l'avoir implicitement promise tout entière par la manière dont ils avaient été interrogés et dont ils avaient répondu à la demande.

Mais Justinien a changé ce point par sa novelle 99,

chapitre 1er, où il décide que ceux qui s'obligeraient à la même dette *alternâ fide jussione*, c'est-à-dire, suivant ce qui va être expliqué, en se rendant caution les uns des autres, ne seraient tenus individuellement pour le tout qu'autant qu'ils se seraient *spécialement soumis chacun à payer le total* [1] et que, dans ce cas, chacun d'eux serait bien tenu, il est vrai, *in solidum*, mais avec le bénéfice de division, c'est-à-dire avec le droit de forcer le créancier à diviser son action entre les débiteurs solvables et présens, par conséquent, au moyen de ce bénéfice, avec obligation seulement de supporter aussi sa portion dans la part des insolvables et des absens; sauf leur recours tel que de droit. Ainsi, il leur a donné le bénéfice de division, que l'empereur Adrien avait introduit au profit des simples fidéjusseurs qui avaient cautionné la même personne et la même dette [2] bénéfice qui fut ensuite étendu à d'autres qui avaient répondu pour la dette d'autrui : comme ceux sur le mandat desquels on avait prêté de l'argent à quelqu'un, et ceux qui avaient promis par simple pacte de *constitut* de payer ce qu'un autre devait [3]. Au surplus, les codébiteurs sur lesquels Justinien statue dans sa novelle, pouvaient renoncer au bénéfice de division comme les divers fidéjusseurs de la même dette.

[1] Toutefois, suivant l'opinion commune, la novelle n'avait apporté aucun changement à l'obligation des cofidéjusseurs d'une même dette, obligation qui était et qui est encore du total de la dette pour chacun d'eux, sauf le bénéfice de division. Vinnius, Instit. *de fidejuss.*, § 4.

[2] *Voy.* aux Instit. le § 4 *de Fidejuss.* et les LL. 26 et 51, § 1, ff. *de Fidejuss. et mandat.*

[3] L. *ult.* Cod. *de pecuniâ constitutâ.*

Cette novelle, si elle doit être entendue comme statuant à l'égard des véritables débiteurs principaux et solidaires, connus sous la dénomination de *rei promittendi*, ainsi que tout porte à le penser, aurait dérogé au Droit ancien en deux points essentiels : 1° en ce que la faculté, pour le créancier, de demander le total à l'un ou à l'autre des débiteurs ne serait plus résultée, comme auparavant, de la seule forme de l'interrogation et de la réponse, mais bien seulement d'une convention spéciale à cet effet; 2° en ce que, même avec cette convention, les divers débiteurs auraient encore eu le bénéfice de division, si, comme nous venons de le dire, ils n'y avaient pas renoncé.

Cujas, sur le titre du Code *de duobus reis stipulandi vel promittendi*, et sur cette novelle 99, dit formellement que cette même novelle doit être entendue en ce sens, avec cette double dérogation aux anciens principes, sans toutefois qu'elle ait dérogé au Droit d'après lequel les diverses cautions d'une même dette sont tenues chacune *in solidum*, sauf le bénéfice de division, s'il y a lieu. Et Vinnius dit pareillement que, depuis cette novelle, les codébiteurs ne sont tenus solidairement qu'autant que chacun d'eux s'est expressément soumis à payer le total de la dette, et qu'ils *paraissent* avoir le bénéfice de division, à moins qu'ils n'y aient renoncé. Il cite à ce sujet l'opinion d'une foule d'auteurs; mais il avoue que plusieurs interprètes plus modernes soutiennent que la novelle a été mal entendue en ce qui concerne

le bénéfice de division, que les docteurs ont voulu en faire dériver même en faveur des codébiteurs principaux solidaires : aussi, suivant ces interprètes, l'authentique *hoc ita* [1] a été mal à propos placée sous la seconde loi du titre du Code, *de duobus reis stipul.*, comme dérogeant à cette loi, laquelle n'accorde aucunement le bénéfice de division aux débiteurs principaux obligés solidairement, c'est-à-dire à ceux que l'on appelle *rei promittendi vel debendi.* Selon eux, la novelle ne statue point sur les *conrei debendi aut promittendi,* mais seulement sur les cofidéjusseurs mutuels, *de mutuis fidejussoribus,* c'est-à-dire sur ceux qui ont répondu pour la dette d'autrui en se rendant réciproquement caution les uns des autres, et auxquels le Droit ancien n'attribuait point le bénéfice de division, ainsi que cela résulte de la loi 11 *princip.* ff. *de Duob. reis stipul.* Et à l'appui de cette interprétation, ils citent l'inscription grecque de la novelle, reproduite en langue latine dans les premiers mots du chapitre 1^er^, ainsi conçus : *Si quis enim* ALTERNA FIDEJUSSIONE *obligatos sumat aliquos,* expressions qui, suivant eux, ne s'appliquent qu'à ceux qui se sont rendus cofidéjusseurs les uns des autres pour l'obligation d'un tiers, et non à des codébiteurs principaux obligés solidairement pour eux-mêmes.

Mais Vinnius répond avec Cujas que les Grecs ont donné aussi la dénomination de *fidéjusseurs mutuels*

[1] Les *authentiques* sont des extraits des novelles de Justinien, faits par Irnerius, chancelier d'Alaric, roi des Lombards. Elles sont en général suivies au barreau, dans les pays où le Droit romain est encore en vigueur.

aux débiteurs principaux solidaires, parce qu'en effet, disent ces auteurs, ils répondent les uns pour les autres *mutuâ aut alternâ fidejussione ;* et l'on trouve même ces expressions employées en ce sens dans la loi *Vir uxori,* 17, § *ultim.* ff. *ad senatusc. velleïanum.*

Pothier, n° 270 de son traité *des Obligations,* entend bien aussi ces mots *alternâ fidejussione obligatos sumat aliquos,* « des codébiteurs solidaires qui se « sont rendus caution l'un de l'autre, et qui ont ef- « fectivement, dit-il, d'après la novelle 99, le béné- « fice de division ; mais je ne vois pas, ajoute Pothier, « qu'on la suive parmi nous : on n'accorde au débi- « teur solidaire, qui est poursuivi pour le total, d'au- « tre bénéfice que celui de pouvoir requérir la su- « brogation ou la cession des actions du créancier « contre ses débiteurs solidaires... »

Enfin, Vinnius convient lui-même que le bénéfice de division n'a pas lieu entre commerçans obligés solidairement, et il dit qu'à leur égard la novelle n'est pas applicable en ce point.

Nous n'étendrons pas plus loin cette discussion : quoi qu'il en soit, il est certain que, dans notre Droit actuel, les débiteurs principaux solidaires, commerçans ou non commerçans, ne peuvent invoquer le bénéfice de division, et que le créancier peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, et *exiger* de lui le total de la dette. (Art. 1203.)

186. Ce bénéfice aujourd'hui appartient seulement aux diverses cautions qui ont cautionné la même personne et la même dette, si toutefois encore

elles n'y ont pas renoncé (art. 2026). Mais il résulte de là que, dans notre Droit, même hors le cas où l'obligation est indivisible, être tenu de toute la dette, *aut in solidum,* n'est pas la même chose qu'être tenu solidairement, puisque les débiteurs solidaires ne peuvent jamais faire prononcer la division, tandis que les cofidéjusseurs ont ce droit, s'ils n'y ont pas renoncé.

Ainsi, deux personnes cautionnent la dette d'une troisième : chacune d'elles doit le tout (art. 2025), sauf le bénéfice de division, si elles n'y ont pas renoncé; tandis que si elles s'étaient obligées principalement et conjointement, chacune d'elles ne devrait que la moitié de la dette, à moins qu'elles ne se fussent obligées solidairement. Cette différence tient à ce que, par le cautionnement, chacune d'elles a répondu pour le débiteur, et par conséquent pour toute la dette. Mais comme cela a paru rigoureux, l'on a introduit le bénéfice de division, qui n'empêche pas, au surplus, que la caution qui le réclame ne doive supporter sa part dans l'insolvabilité de telle ou telle autre caution, existante au moment où elle a fait prononcer la division (2026) : elle est seulement affranchie des insolvabilités survenues depuis que cette division a eu lieu (*ibid.*) Et si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre la division qu'il a faite, quoiqu'il y eût, même antérieurement au tems où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables. (Art. 2027.)

Ainsi encore, dans le cas où deux personnes cau-

tionnent purement et simplement, sans aucune restriction, l'obligation de deux autres qui se sont elles-mêmes obligées sans solidarité, les deux principaux obligés ne doivent bien chacun que leur part dans la dette, mais les cautions doivent cette dette chacune en totalité; car chacune d'elles a cautionné chacun des débiteurs, par conséquent toute la dette, puisque ces derniers la doivent à eux deux toute entière.

Mais ces cautions, si elles n'y ont pas d'ailleurs renoncé, ont le bénéfice de division, comme si elles n'avaient cautionné qu'une seul et même personne; car, dans l'un comme dans l'autre cas, c'est toujours la dette qu'elles ont cautionnée; et si elles n'avaient cautionné spécialement que tel des débiteurs, elles ne répondraient que pour sa part, et avec le bénéfice de division, si elles n'y avaient pas renoncé.

Si elles avaient respectivement cautionné chacun des débiteurs individuellement, chacune d'elles ne devrait aussi que la part de celui qu'elle aurait cautionné, ce qui vaudrait encore mieux pour elle que le bénéfice de division, puisqu'aucune d'elles ne répondrait de l'insolvabilité de l'autre, existante au moment où ce bénéfice serait invoqué.

Si les deux débiteurs principaux étaient obligés solidairement, chacun d'eux serait tenu de la totalité de la dette et pourrait être contraint à la payer, tandis que ceux qui les auraient cautionnés l'un et l'autre, sans solidarité, auraient le bénéfice de division, s'ils n'y avaient pas renoncé. Dans leurs rapports avec le créancier, il serait même indiffé-

rent que les cautions n'eussent cautionné que l'un de ces débiteurs seulement, car ce débiteur doit le tout par l'effet de la solidarité. Toutefois, si, dans ce cas, elles avaient payé la dette, chacune d'elles aurait bien son recours pour le total de ce qu'elle aurait payé contre le débiteur qu'elle a cautionné, mais elle n'aurait de recours contre l'autre débiteur que pour sa part seulement dans la dite dette, comme subrogée à la place du premier; au lieu que si elle les avaient cautionnés tous deux, chacune d'elles aurait son recours, à son choix, contre chacun d'eux pour le total de ce qu'elle se trouverait avoir payé. (Article 2030.)

Enfin, si les diverses cautions d'une même dette, contractée par une ou par plusieurs personnes, avec ou sans solidarité, n'importe, s'obligent solidairement entre elles, elles renoncent par cela même au bénéfice de division, nonobstant l'absence d'un texte positif à cet égard dans le Code.

Nous disons *nonobstant l'absence d'un texte positif dans le Code;* et en effet, l'article 2026 ne met d'autre restriction à la faculté qu'ont les diverses cautions d'une même dette, de pouvoir invoquer le bénéfice de division, que le cas où elles y ont renoncé, et il est muet sur l'effet de la convention de solidarité entre ces mêmes cautions. Il est vrai que l'article 2021 parle de cette convention, mais c'est seulement quant au bénéfice de discussion [1], et pour exclure ce bénéfice,

[1] Le bénéfice de discussion *Beneficium ordinis*, a été introduit par Justinien, par sa novelle 4, chap. 1er, d'où a été tirée l'authentique PRÆ-

lequel est tout-à-fait distinct de celui de division.

Toutefois, notre solution résulte des diverses dispositions du Code, combinées.

D'abord, de cet article 2021, qui porte que lorsque la caution s'est obligée solidairement avec le débiteur, elle est privée du bénéfice de discussion, *et son engagement se règle par les principes établis pour les obligations solidaires.* Or, ces principes aujourd'hui sont exclusifs du bénéfice de division (art. 1203): donc lorsque les diverses cautions se sont obligées solidairement entr'elles, par cela même elles ont renoncé à ce bénéfice. C'est dans les termes du Droit commun que dispose l'article 2026: il ne parle pas, il est vrai, de la convention de solidarité entre les cautions ; il prévoit seulement le cas où elles ont renoncé au bénéfice de division par une clause spéciale; mais il n'avait pas à faire aussi une exception pour le cas de convention emportant solidarité entre les cautions, parce que l'article 2021 avait déjà dit que la solidarité convenue par une caution se régissait par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires; d'où résultait qu'il en devait être de même de la solidarité convenue entre plusieurs cautions d'une même personne et d'une même dette. D'ailleurs, s'il n'en était ainsi, à quoi servirait cette convention? absolument à rien, puisque les cautions, par la nature même du cautionnement, se trouvaient déjà obligées chacune à toute la dette. Or, une convention doit être entendue dans

SENTE, placée, au Code, sous le titre *de fidejussoribus et mandatoribus*, après la loi 3.

un sens suivant lequel elle peut produire un effet, plutôt que dans un sens suivant lequel elle n'en produirait aucun (art. 1157); et celle dont il s'agit ne peut avoir d'effet qu'autant qu'on la considère comme une renonciation virtuelle au bénéfice de division. Aussi, quoique les cofidéjusseurs n'eussent pas dit textuellement qu'ils s'obligeaient solidairement, ou avec solidarité, néanmoins s'ils avaient déclaré s'obliger chacun pour le total de la dette, il y aurait également renonciation au bénéfice de division, puisqu'autrement ces mots, *chacun pour le total de la dette* n'auraient aucun sens et aucun effet. Enfin, l'article 1216 suppose que la dette contractée solidairement par plusieurs ne l'a toutefois été que dans l'intérêt d'un seul, et il décide, avec raison, que, par rapport à ce débiteur, les autres ne sont que ses cautions; mais par rapport au créancier, leur obligation n'est pas moins une obligation solidaire, dont l'effet, par conséquent, exclut le bénéfice de division d'après l'article 1203, et le bénéfice de discussion d'après l'article 2021.

Nous n'insistons autant sur ce point que parce que, ainsi qu'on l'a vu plus haut, d'après la novelle 99, dont la décision avait été adoptée par tous les auteurs pour les cas de simples fidéjusseurs mutuels de l'obligation d'autrui, ces fidéjusseurs, quoique s'étant soumis chacun d'eux à payer le total de la dette, n'étaient point pour cela privés du bénéfice de division : seulement ils étaient obligés d'en souffrir les conditions, c'est-à-dire de supporter leur part

dans les insolvabilités existantes au tems où ils invoquaient ce bénéfice. Bien mieux, beaucoup d'auteurs, particulièrement parmi les anciens, ont même prétendu que, dans notre jurisprudence française aussi, les débiteurs principaux obligés solidairement pouvaient demander la division de l'action du créancier, sous les mêmes conditions. Mais, comme on vient de le voir par le passage de Pothier, cité ci-dessus, leur opinion, en ce point, n'était pas suivie dans nos tribunaux, la novelle n'étant généralement pas appliquée, dans notre jurisprudence plus moderne, aux débiteurs solidaires principaux. Elle ne l'était même pas non plus toujours aux cofidéjusseurs ou cautions solidaires. Quoi qu'il en soit, aujourd'hui, dès qu'il y a solidarité entre les cautions ou entre les débiteurs principaux, il n'y a plus lieu au bénéfice de division. Il importe donc de se tenir en garde en lisant les anciens auteurs sur cette matière.

Mais si l'acte porte simplement que les cautions *s'obligent solidairement avec le débiteur*, elles ne renoncent par là qu'au bénéfice de discussion, et non à celui de division : la clause a un effet puissant, et il n'y a pas de nécessité de lui en donner un autre, sur lequel les cautions ne se sont point expliquées. Elles sont restées entre elles dans les termes du Droit commun. La solidarité simplement convenue avec le débiteur ne doit pas être étendue à leur obligation entre elles, parce que la solidarité ne se présume pas (art. 1202). Il en serait toutefois autrement si la

clause portait que les cautions s'obligent solidairement *et* avec le débiteur : la conjonction *et* avec le débiteur, démontrerait qu'elles ont entendu s'obliger de cette manière et entre elles et aussi par rapport au débiteur, par conséquent, qu'elles ont entendu renoncer à l'un et à l'autre bénéfices.

Vice versâ, la solidarité stipulée entre les cautions seulement, par exemple parce que le cautionnement a été donné par acte séparé, sans qu'on n'y fait mention de la solidarité avec le débiteur, ne priverait pas les cautions du bénéfice de discussion.

Et toujours quant au bénéfice de division, il faut tenir pour certain que, même hors les cas d'endossement ou d'aval d'effets de commerce, si deux personnes avaient cautionné la même dette par des actes séparés, dont le dernier ne rappellerait point le cautionnement porté dans le premier, aucune des cautions ne pourrait invoquer ce bénéfice, parce qu'elles ne pourraient dire qu'elles ne se sont engagées qu'en considération l'une de l'autre, raison sur laquelle il est fondé. Ces différens actes, en effet, leur seraient réciproquement étrangers.

Et si le dernier rappelait le cautionnement porté dans le premier, la seconde caution, si elle était attaquée pour le tout, pourrait bien invoquer le bénéfice de division, si toutefois encore ce n'était point un effet de commerce, mais la première engagée ne pourrait le réclamer par rapport à la seconde, attendu qu'elle n'a pas dû compter sur le cautionnement de celle-ci, qui est postérieur au sien; sauf à elle à in-

voquer le bénéfice de discussion, si elle n'y avait pas renoncé.

Cela posé, reprenons l'analyse de la solidarité et de ses effets.

ART. II.

Des cas où la solidarité a lieu entre les débiteurs.

187. La solidarité peut généralement avoir lieu en toute sorte d'obligation. Ainsi, elle peut exister entre vendeurs ou acheteurs, entre locateurs ou locataires, entre mandans ou mandataires, déposans ou dépositaires, associés, emprunteurs, etc. [1].

Elle peut être imposée par testament, par exemple si un testateur, ayant institué deux héritiers, Titius et Mævius, a dit : *Que Titius ou Mœvius paie cent à Sempronius,* dans ce cas Sempronius peut agir pour le tout contre chacun des deux héritiers, et le paiement fait par l'un d'eux libère l'autre. (L. 8, § 1, ff. *de Legat.*-1°) : « *Si ità scriptum sit: Titius heres meus, aut Mœvius heres meus, decem Seïo dato : cum utro velit Seïus aget: ut si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent.* »

Toutefois, Dumoulin (*Tract. de dividuis et individuis,* § 3, n° 153 et suivans) prétend qu'il n'y a pas solidarité parfaite dans ce cas, mais seulement obligation indivisible *quoad petitionem et quoad solutionem* : d'où il conclut que s'il s'était agi d'un corps cer-

[1] L. 9, *princip.* ff. 1. *de Duob. reis stip.*

tain qui fût venu à périr par la faute de l'un des débiteurs du legs, ou depuis sa mise en demeure, et avant que l'autre eût été en retard, celui-ci aurait été libéré; tandis qu'il eût dû le prix de la chose, si la dette eût été solidaire, attendu que, dans les obligations solidaires, chacun des débiteurs garantit le fait des autres, sinon en ce qui concerne les dommages-intérêts, du moins quant à la chose elle-même; principe, en effet, consacré par l'article 1205 du Code. Au lieu que dans les obligations indivisibles sans solidarité, chacun des débiteurs ne répond que de ses faits, et s'il doit le tout, ce n'est pas par le fait même de sa promesse, c'est seulement par la nature de la chose, que l'on suppose indivisible, ne garantissant d'ailleurs nullement le fait des autres débiteurs.

Pothier, au contraire, voit dans ce legs une obligation solidaire parfaite entre ceux sur lesquels il a été laissé, interprétant ces mots *quasi duo rèi promittendi*, dans le sens de *quemadmodùm*, comme deux débiteurs solidaires. Et il cite, à l'appui de son opinion, la loi 9, ff. *de duob. reis stip.*, que nous venons de citer nous-même, mais qui ne contredit en rien l'interprétation de Dumoulin, interprétation, selon nous, plus exacte et plus conforme aux principes.

188. Il n'y aurait pas solidarité dans le cas où plusieurs personnes s'obligeraient par des actes séparés, quoique ce fût à la même chose, si la seconde promesse ne se référait pas expressément à la première: ce seraient deux promesses quant à la chose comme quant aux personnes, et par conséquent deux obliga-

tions distinctes. Si la seconde promesse se référait à la première, il y aurait solidarité [1], à moins que cette seconde promesse ne fût qu'un simple cautionnement de la première, ce qui s'estimerait par les termes de l'acte, l'intention probable des parties, et surtout par l'existence ou l'absence d'une cause particulière de l'obligation du signataire de ce second acte.

A plus forte raison, si les choses promises par plusieurs personnes, quoique par le même acte, n'étaient point les mêmes, il n'y aurait pas non plus solidarité, mais bien autant d'obligations que de choses différentes; et si, les choses étant les mêmes, l'un des obligés s'était soumis à quelque chose de plus que l'autre, la solidarité n'existerait pas pour cet excédant. Par exemple, si l'un d'eux seulement avait pris sur lui les cas fortuits, ou s'était obligé à répondre de toute espèce de faute quelconque, quand l'autre, par la nature du contrat, ou par une clause de l'acte, ne devrait répondre que de la faute moyenne ou de la grande faute, la solidarité n'existerait pas pour ce qui excéderait l'obligation de ce dernier débiteur.

Et lorsque, dans l'acte même, deux débiteurs ont déclaré s'obliger solidairement, il a été stipulé que, à défaut de paiement, les poursuites du créancier seraient d'abord exercées sur les biens de l'un d'eux, et que ce ne serait que dans le cas d'insuffisance du prix de vente de ces biens, que ceux de l'autre débiteur pourraient être saisis, il y a, dans une pareille

[1] *Voy.* la loi 3, *princip.* ff. *de Duobus reis stip.*
[2] *Voyez* la loi 9, § 1, ff. *de Duob. reis stip.*

stipulation, dérogation à la solidarité, tellement que si le créancier perd, par son fait, ses droits sur les biens du débiteur soumis le premier aux poursuites, il ne peut recourir contre le second débiteur alors qu'il est reconnu que les premiers biens auraient été suffisans pour éteindre la dette [1].

189. Mais l'obligation peut être solidaire quoique l'un des débiteurs soit obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose : par exemple, si l'un a pris un terme qui n'a point été accordé à l'autre, ou qui lui a été accordé moins long; ou si l'un n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple (art. 1201) [2], ou sous une condition différente; ou bien encore, si l'un des débiteurs doit payer dans un lieu, et l'autre dans un lieu différent : « *Nam etsi maximè parem causam suscipiunt, nihilominùs à cujusque personâ propria singulorum consistit obligatio.* (L. 9, § 2, ff. *de Duob. reis.*)

Aussi l'incapacité de l'un des obligés, sa minorité ou son interdiction, n'empêche point l'obligation d'être solidaire; seulement elle fournit à l'incapable une action ou une exception personnelle pour faire annuler son engagement, s'il y a lieu, et dont l'autre coobligé ne peut se prévaloir (art. 1208), ainsi que nous l'expliquerons bientôt.

Par les mêmes motifs, la solidarité n'en existe pas moins quoique l'un des obligés fût, par sa qualité

[1] *Voyez*, en ce sens, l'arrêt de la cour de Bourges, du 7 mars 1831. (Devill. 31, 2, 307.)

[2] L. 7, ff. *hoc. tit.*

ou quelque circonstance particulière, soumis à la contrainte par corps à raison de la dette, tandis que les autres n'y seraient pas soumis, par exemple, parce qu'ils seraient mineurs.

Mais, en réalité, dans le cas où l'un des deux débiteurs ne s'est engagé que sous une condition suspensive, la solidarité n'existera que du moment où la condition se réalisera, puisque, jusque-là, il n'y a point à proprement parler de dette quant à ce débiteur : il y a *tantùm spes debitum iri* [1] ; d'où il est plus vrai de dire qu'il y a seulement *espérance* de solidarité tant que la condition n'est point accomplie. Aussi le débiteur obligé purement, et qui a été forcé de payer toute la dette, doit, pour exercer son recours contre celui qui ne s'est obligé que conditionnellement, attendre que la condition se soit réalisée ; et si c'était simplement un terme qui eût été accordé à l'autre débiteur, le premier n'exercerait pareillement son recours qu'après l'expiration de ce terme ; car la condition et le terme ont leur effet aussi bien dans les rapports des débiteurs entre eux, que dans les rapports du débiteur obligé de cette manière, avec le créancier.

La personne qui les aurait cautionnés l'un et l'autre et qui aurait payé toute la dette, aurait par conséquent de suite son recours, et pour le total, contre le débiteur pur et simple (art. 2030) ; et elle serait obligée d'attendre l'accomplissement de la condition, ou l'échéance du terme, pour pouvoir poursuivre l'autre.

[1] *Voy. suprà*, n° 9 *et seq.*

190. Nous avons dit que, d'après l'article 1202, la solidarité ne se présume point; qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée, et que cette règle ne cesse que dans le cas seulement où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi [1].

Mais la solidarité serait expressément stipulée si les débiteurs déclaraient *s'obliger chacun au paiement du total de la dette,* quand bien même ils ne diraient pas textuellement qu'ils s'obligent solidairement, ou avec solidarité; car il n'y a pas de termes sacramentels prescrits à cet effet, et la solidarité n'est rien autre chose que l'obligation imposée par la loi ou par la convention à chacun des débiteurs principaux, de payer le total de la dette.

Nous disons *imposée par la loi... à chacun des débiteurs principaux, de payer le total de la dette,* parce qu'en effet l'obligation de chacune des cautions pour la totalité de la dette, et résultant de la seule disposition de la loi (art. 2025), n'est pas exclusive du bénéfice de division, loin de là (art. 2026); tandis qu'entre les débiteurs principaux, cette obligation est exclusive de ce bénéfice, soit que la solidarité résulte de la loi, soit qu'elle résulte de leur convention; comme elle l'exclut également entre les cautions elles-mêmes quand elles ont déclaré formellement s'obliger cha-

[1] Aussi l'arrêt qui juge que la solidarité a lieu entre associés, même commerçans, pour l'exécution des engagemens respectifs des uns envers les autres, et notamment pour remboursement des sommes avancées par l'un des associés au-delà de sa part contributive, est sujet à cassation, parce que la loi n'a pas établi la solidarité dans ce cas. Ainsi jugé par arrêt de cassation, du 9 novembre 1831. (Devilleneuve, 32, 1, 10.)

cune au paiement de toute la dette, quoiqu'elles n'aient pas dit d'ailleurs littéralement qu'elles s'obligeaient solidairement, ou avec solidarité ; car encore une fois, ces termes ne sont point sacramentels.

191. Comme la plupart des cas dans lesquels la loi a établi la solidarité entre les débiteurs donnent plus ou moins lieu à quelque difficulté, et font naître aussi quelques questions importantes, nous croyons utile de les parcourir, du moins les principaux. Nous le ferons au surplus rapidement, autant qu'il nous sera possible.

Suivant l'article 55 du Code pénal, « tous les in-« dividus condamnés pour un même crime ou un « même délit, sont tenus solidairement des amendes, « des restitutions, des dommages-intérêts et des « frais. »

Il en est ainsi lors même que, à raison de quelque circonstance particulière, tel ou tel des condamnés serait jugé moins coupable, et serait, en conséquence, condamné à une peine moindre, même à une peine correctionnelle pour simple délit, quand les autres seraient cependant condamnés à une peine pour crime : ces condamnés à une peine moindre n'en sont pas moins solidairement obligés.

192. Mais, en matière civile, comme aucune disposition de la loi n'établit la solidarité pour les *dépens* entre les parties qui succombent [1], les tribunaux

[1] La solidarité n'avait pas lieu non plus dans le Droit romain pour cet objet. (L. 43, ff. *de Re judicatâ ;* L. 10, § 3, ff. *de Appellat. et relationib.;* et L. 59, § 3, ff. *Mandati.*)

ne pourraient la prononcer sans commettre un excès de pouvoir, ainsi que l'a jugé la cour de cassation par ses arrêts du 21 messidor an IV et du 15 mai 1811, cités au *Répertoire* de M. Merlin, au mot *dépens* [1].

Ces principes sont applicables aussi au cas où la dette serait solidaire, commerciale ou civile, n'importe, parce que le créancier, en agissant contre tous, a divisé son action pour les dépens, lesquels sont dus en vertu d'une obligation personnelle tacite de la part de celui qui succombe [2], et que d'ailleurs les dépens ne sont point à proprement parler un accessoire de la dette. En un mot, la loi ne prononçant pas la solidarité pour les dépens, même dans le cas de solidarité, les tribunaux ne doivent par conséquent pas la prononcer quant à cet objet [3].

[1] La cour de cassation a néanmoins jugé que, en matière de délit dont la réparation est demandée par voie civile, les tribunaux *peuvent* condamner les divers défendeurs solidairement aux *dépens*, parce que ces dépens sont le supplément ou le complément de la réparation civile, qui avait donné lieu à l'action, et qu'en ce sens, la solidarité n'est contraire ni à l'article 1202 du Code civil, ni à aucune autre loi. Arrêt du 6 septembre 1813. (Sirey, 14, 1, 57.) Mais *voyez* plus bas, n° 194.

[2] M. Berriat-Saint-Prix, dans son *Cours de procédure civile*, chapitre *des frais ou dépens des actes de procédure*, cite un grand nombre d'autorités à l'appui de cette décision.

Il cite toutefois aussi, mais en l'improuvant, et avec raison, un arrêt de la cour de Rouen, du 17 mars 1808, qui a condamné solidairement aux dépens plusieurs cohéritiers demandeurs pour une prétendue créance de l'hérédité. Cet arrêt est d'autant plus mal fondé, qu'il n'existait même aucune solidarité entre ces cohéritiers.

[3] Ainsi jugé par arrêt de cassation d'une décision de la cour de Rouen, 17 janvier 1832. (Devilleneuve, 32, 1, 687.) La cour de cassation s'est fondée sur ce que les dépens n'ayant point été adjugés à titre de dommages-intérêts, ils avaient conservé leur caractère de dépens, pour lesquels la loi n'a point établi la solidarité. Il paraît résulter de là, que les juges

On cite même plusieurs arrêts rendus dans l'ancienne jurisprudence, notamment un du parlement de Paris, du 19 juin 1730, dont parle aussi M. Merlin, au même endroit, qui ont jugé que la division des dépens entre les parties qui succombent ne doit pas se faire en proportion de l'intérêt que chacun avait de contester, mais par têtes. Plusieurs auteurs [1] ont établi cette doctrine, en s'appuyant des lois romaines, telle que la loi 10, § 3, ff. *de Appell. et relat.* Mais on peut en contester la justesse. Ces lois d'ailleurs décident simplement que la condamnation aux dépens ne doit pas être solidaire, même dans les obligations solidaires ; mais elles statuent sur des cas où l'intérêt était égal : elles sont muettes sur le cas où il ne l'est pas.

193. Quant aux dommages-intérêts en matière civile ou commerciale, si l'obligation est solidaire, la condamnation aux dommages-intérêts doit être prononcée solidairement, parce qu'ils participent de la nature de l'obligation elle-même et la remplacent même souvent.

Si l'obligation n'est point solidaire, et que néanmoins les divers débiteurs doivent des dommages-intérêts pour inexécution de leurs engagemens respec-

peuvent condamner solidairement aux dépens, s'ils les adjugent à titre de dommages-intérêts, et *voyez* aussi, en ce sens, l'arrêt de rejet du 11 juin 1839. (Devilleneuve, 39, 1, 601), mais ne serait-ce pas le moyen d'éluder la loi dans les matières civiles?

[1] Cités aussi par M. Berriat-Saint-Prix, et dont il n'adopte point, au surplus, le sentiment, « parce que, dit-il, on ne doit être tenu d'indem-« niser d'un dommage (et les dépens en sont bien une espèce) qu'à pro-« portion de ce qu'on y a participé. »

tifs, ces dommages-intérêts sont supportés par chacun d'eux dans la proportion de sa part dans la dette; sans préjudice du cas où l'un d'eux aurait fait périr la chose, cas dans lequel il serait tenu des dommages-intérêts même pour le tout.

194. Toutefois, dans un cas où il n'y avait ni crime ni délit, mais de simples faits commis par plusieurs, qui avaient nui à des tiers, on a jugé qu'attendu l'impossibilité de déterminer la proportion dans laquelle chacun d'eux avait contribué au préjudice, il y avait lieu à les condamner solidairement aux dommages-intérêts envers les parties lésées, sauf à eux à répartir entre eux la somme allouée.

Dans l'espèce, il s'agissait de l'exploitation de divers établissemens insalubres (de fabriques de soude factice), appartenant à différens particuliers, autorisés par l'administration, mais mal exploités, et qui avaient nui aux voisins par la vapeur des matières employées. Il y avait donc un quasi-délit. La cour d'Aix, par son arrêt du 14 mai 1825 [1], a dit que, « pour ce qui concerne la solidarité entre les propriétaires de ces divers établissemens, elle est la conséquence, en fait et en droit, du dommage causé par leur faute et leur quasi-délit, résultant de la manière abusive dont ils avaient exploité leurs divers établissemens; que c'est un fait commun à tous les fabricans et le fait particulier de chacun d'eux; que si, par la manière indivisible dont le dommage

[1] Sirey, 27, 1, 236.

« s'est effectué, et par le résultat d'une faute particu-
« lière et commune, le fait de chacun des fabricans
« était le fait de chacun, la réparation est due par
« tous et par chacun, *et in totum et totaliter*, et que cette
« solidarité est conforme aux principes du Droit; car,
« puisqu'un mandataire qui a fait volontairement des
« avances dans l'intérêt de plusieurs mandans, et
« pour une affaire commune à ceux-ci, peut les répé-
« ter solidairement contre eux; à plus forte raison ce-
« lui qui, malgré lui, éprouve un dommage, doit-il
« pouvoir en demander solidairement la réparation
« contre les personnes qui l'ont conjointement oc-
« casionné : — Considérant que ce principe, que la
« solidarité ne se présume pas, n'est applicable
« qu'aux conventions où celui qui la réclame sans
« l'avoir stipulée a toujours à se reprocher de n'en
« avoir pas fait une condition expresse du contrat;
« que la solidarité est, au contraire, de Droit dans
« les délits, contre tous ceux qui, même sans concert
« prémédité entre eux, concourent à l'action, quels
« que soient d'ailleurs le degré de culpabilité respec-
« tive, et les circonstances qui modifient cette cul-
« pabilité : — Considérant, qu'en matière de quasi-
« délit il en est de même qu'en matière de délit, puis-
« que le quasi-délit repose, comme le délit, sur un
« fait illicite, prohibé et qui n'est pas susceptible de
« stipulation à l'instant où il a lieu, de la part de celui
« qui en est la victime, et que, dans l'un comme
« dans l'autre cas, la solidarité résulte de la nature
« et de la force des choses; — Par tous ces motifs,

« il y avait lieu de prononcer la solidarité, etc. »

Ainsi, la cour d'Aix a reconnu en Droit que la solidarité existe entre les auteurs d'un fait réputé simplement quasi-délit, et dont la répression est poursuivie par la voie civile, comme entre les auteurs d'un fait qualifié délit par la loi; tandis qu'aucune disposition, soit du Code civil, soit du Code pénal, n'établit la solidarité en matière de *quasi-délit*, et que le Code civil défend expressément aux juges de la voir ailleurs que dans une convention expresse des parties, ou dans une disposition de la loi. Cette cour l'a donc prononcée par *analogie* de motifs, c'est-à-dire qu'elle a ajouté à la loi, précisément dans une matière où la loi elle-même défend que l'on étende ses dispositions.

Sur le pourvoi en cassation, la cour suprême a confirmé, mais par d'autres motifs : « Considérant, « a-t-elle dit, qu'il y a eu nécessité pour la cour « royale de prononcer une condamnation solidaire, « par l'impossibilité où elle a déclaré se trouver en fait « de déterminer la proportion dans laquelle chaque « établissement devait être tenu des dommages, « et que cette proportion serait d'ailleurs réglée d'une « manière plus exacte par les propriétaires desdits « établissemens, qui ont déjà fait des offres sur les- « quelles l'arrêt a basé sa condamnation; rejette [1]. »

Comme on le voit, la cour de cassation n'a pas cru devoir s'expliquer en Droit sur la question de savoir

[1] Arrêt du 11 juillet 1826. (Sirey, 27, 2, 237.)

si la solidarité existe entre les auteurs d'un fait qualifié simplement *quasi-délit,* dont la répression est poursuivie seulement devant les tribunaux civils : elle a éludé la difficulté. Cependant c'est un point infiniment important et qui mériterait d'être fixé.

Mais sa jurisprudence est tellement incertaine sur ce cas, comme sur tant d'autres, que l'on ne sait vraiment à quoi s'en tenir.

Ainsi, par son arrêt du 27 février 1827 [1], elle a aussi confirmé un arrêt de la cour de Rouen qui a condamné un mari comme solidairement obligé avec sa femme pour un fait à raison duquel celle-ci avait été déclarée passible de dommages-intérêts. C'était une question de responsabilité maritale, et, sous ce rapport, dès que l'on reconnaissait que le mari était responsable du fait de sa femme dans le cas dont il s'agissait, l'on conçoit très bien qu'il a pu et même qu'il a dû être condamné solidairement, parce qu'en effet celui qui est responsable du fait d'un autre doit le total des réparations civiles dont est tenu l'auteur du fait, sauf son recours, s'il y a lieu.

Mais elle a jugé implicitement, et néanmoins fort clairement, même par arrêt de cassation [2], que la solidarité n'a pas lieu dans les dommages-intérêts en matière civile, à raison de faits qui ont nui à autrui, et dans un cas où il n'eût pu y avoir tout au plus qu'un de ces quasi-délits renfermés dans la généralité des termes des articles 1382 et 1383 du Code civil.

[1] Sirey, 1827, 1, 228.
[2] Du 3 décembre 1827. (Sirey, 1828, 1, 161.)

La cour royale de Bordeaux a pareillement jugé qu'un fait dommageable de sa nature ne donne pas lieu à une condamnation solidaire entre ceux qui l'ont commis, lorsque la réparation en est poursuivie seulement devant les tribunaux civils [1]; tandis que la cour royale de Paris a jugé le contraire [2] dans l'espèce d'un contrat de vente simulé qui avait nui à un tiers : la cour a condamné solidairement l'acheteur aux dommages-intérêts envers le tiers; et la cour de Nancy a jugé dans le même sens, le 18 mai 1827 [3].

Tel est jusqu'à ce jour l'état de la jurisprudence, sur ce point délicat; et pour dire notre pensée, la condamnation pour simple *quasi-délit*, dont la réparation est poursuivie devant les tribunaux civils, ne devrait pas, dans l'état actuel de la législation, être prononcée solidairement, à cause du texte formel de l'article 1202 du Code civil, quoiqu'il y eût lieu d'ailleurs, nous en tombons volontiers d'accord, à modifier le Droit en ce point. Mais, d'un autre côté, nous croyons que le mot *délit*, dans l'article 55 du Code pénal, est une expression générique, s'appliquant aussi aux simples contraventions, en un mot à tous les faits qui donnent lieu à des condamnations *pénales* prononcées par les dispositions de ce Code, ou par d'autres lois, quand bien même la poursuite en dommages-intérêts ou réparations civiles aurait lieu

[1] Arrêt du 16 février 1829. (Sirey, 1829, 2, 300.)
[2] Arrêt du 26 février 1829. (Sirey, 29, 2, 136.)
[3] Sirey, 1827, 2, 229.

devant les tribunaux civils. Il suffit qu'il y ait lieu à une peine, même simplement pécuniaire, c'est-à-dire à l'amende.

195. Les associés commerçans en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagemens de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale (art. 22 Cod. de comm.); autrement l'associé serait censé avoir traité pour ses affaires personnelles, sauf ce qui va être dit tout-à-l'heure.

Au lieu que dans les sociétés en matière civile, les associés, s'ils ne se sont pas expressément soumis à la solidarité, ne sont pas tenus solidairement des dettes de la société, et l'un d'eux ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir. (Art. 1862.)

Mais les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. (Art. 1863.)

Du reste, la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société ne lie que l'associé contractant, et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. (Art. 1865.)

Dans le cas de société commerciale en nom collectif, si tous les associés ne gèrent pas, si l'acte de société en désigne un ou plusieurs seulement comme

gérans, alors les autres n'ont pas le pouvoir d'obliger les premiers, quand même ils signeraient *un tel et compagnie ;* ils ne les obligeraient que jusqu'à concurrence de ce qui serait prouvé avoir tourné au profit de la société, et le signataire de l'acte le serait pour le tout. S'ils étaient plusieurs qui eussent signé avec l'addition *et compagnie,* et sans avoir cependant qualité pour cela, ils seraient tenus solidairement entre eux, puisque leur propre obligation doit bien avoir autant d'effet que celle qu'ils auraient contractée par le ministère des gérans.

Lorsque l'engagement a été régulièrement contracté sous la raison sociale, par celui qui avait le droit de le faire, par exemple un acte d'emprunt ou un achat de marchandises, quand bien même l'associé qui l'a souscrit n'aurait pas employé les valeurs par lui reçues dans l'intérêt de la société, mais bien pour son compte particulier, ou qu'il les aurait dissipées, les autres associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société n'en seraient pas moins tenus, et solidairement, envers le créancier. La sûreté des tiers qui contractent régulièrement sous la foi de la raison sociale avec celui qui a qualité pour obliger la société le veut ainsi.

Pothier (*des Obligations,* n° 83) pense toutefois que, s'il paraissait par la nature de l'acte, que cet acte ne concerne point les affaires de la société, par exemple, dit-il, s'il s'agissait d'un bail d'héritages appartenant en propre à l'associé, ce bail, quoique signé sous la raison sociale *et compagnie,* ne serait

point obligatoire pour les autres associés. Cela est vrai si l'autre partie connaissait, par le bail ou autrement, que les héritages appartenaient en particulier à l'associé; car l'article 22 du Code de commerce, en établissant la solidarité entre les associés en nom collectif, pour les engagemens signés sous la raison sociale, parle *des engagemens de la société*, ce qui veut dire pour les affaires qui concernent la société. Mais s'il y avait du doute, si le preneur a pu croire que c'étaient des immeubles appartenant à la société qui lui étaient affermés, alors l'engagement serait régi comme les autres engagemens de la société signés sous la raison sociale, sauf le recours des autres associés, s'il y avait lieu, contre le coassocié. Ce n'est pas là en effet établir la solidarité dans le doute, c'est seulement assurer aux tiers la garantie que la loi leur a donnée pour les engagemens contractés sous la raison sociale, et qu'ils ont pu croire être des engagemens pour les affaires de la société, dès qu'ils étaient contractés en cette forme.

Pothier dit, en sens inverse, que, lorsque l'associé n'a pas signé *et compagnie*, il est censé avoir contracté pour ses affaires particulières, et qu'il n'oblige pas ses associés. C'est en effet le principe adopté par l'article 22 du Code de commerce. Mais cet auteur ajoute, et avec raison, que si néanmoins le créancier justifie qu'il a contracté au nom de la société et que le contrat concernait effectivement les affaires de la société, les autres associés sont obligés comme si l'acte avait été signé sous la raison sociale. D'après cela, il y au-

rait solidarité entre les associés. En effet, la condition exigée par cet article 22, que les engagemens soient signés sous la raison sociale, pour qu'il y ait solidarité entre les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, n'a pas pour but de limiter à ces seuls engagemens la solidarité, mais bien d'établir la présomption que ceux qui sont contractés autrement par un associé, sont censés consentis pour son compte particulier, et en conséquence qu'ils n'obligent point la société; mais lorsque cette présomption est détruite par la preuve que l'engagement a réellement été contracté pour le compte et l'intérêt de la société, alors cet engagement est comme tout autre qui serait signé sous la raison sociale, et il doit produire les mêmes effets. Bien certainement celui qui aurait fait les affaires de la société sans mandat, par exemple celui qui aurait payé une dette de la société, aurait l'action de gestion d'affaires, et solidairement, contre chacun des associés en nom collectif; or, la raison est la même dans l'espèce.

196. Enfin, plus loin (n° 265) Pothier dit aussi : « Deux marchands qui achètent ensemble une partie « de marchandises, quoiqu'ils n'aient d'ailleurs au- « cune société entre eux, sont censés associés pour cet « achat, et, comme tels, ils sont obligés solidaire- « ment, quoique la solidarité ne soit pas exprimée. « Bornier, sur l'article 7 du titre IV de l'ordonnance « de commerce de 1673, rapporte un arrêt du parle- « ment de Toulouse qui l'a ainsi jugé, et cela a passé « en maxime. »

C'est aussi l'avis de Jousse, et de Savary, *parère* 61, qui se fondent sur la loi 4, ff. *pro socio*, où il est dit: *societas coiri potest re.*

Il en devrait être de même, à plus forte raison, si deux commerçans qui ont formé une association en participation traitaient conjointement pour une chose relative à celle qui leur serait commune.

M. Pardessus a suivi la doctrine de ces auteurs, dans son *Cours de droit commercial* [1], où il dit que si deux associés en participation ont signé un engagement relatif à la chose commune, ils sont obligés solidairement, et qu'il en est de même quoique l'engagement n'eût été signé que par l'un d'eux seulement, s'il est prouvé, soit par témoins, soit autrement, que ce que le créancier a fourni est entré dans l'opération commune. Il n'y aurait, selon cet auteur, d'autre différence, quant à la solidarité, entre les associés en nom collectif et ceux en participation, qu'en ce que, pour les premiers, ils sont solidaires pour tous les engagemens signés sous la raison sociale, quand même la chose reçue n'aurait pas tourné au profit de la société; au lieu que, pour les seconds, c'est la preuve que l'engagement a été contracté pour la chose commune, ou la signature des divers associés, qui les oblige solidairement. Et M. Pardessus cite à ce sujet l'article 1862 du Code civil, qui dit, en effet : « Dans les sociétés *autres que celles de commerce*, « les associés ne sont pas tenus solidairement des

[1] Tome II, n° 182, et tome IV, n° 1019, édition de 1821.

« dettes sociales ; et l'un des associés ne peut obliger « les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pou- « voir : » d'où il conclut que dans les sociétés en participation comme dans les sociétés en nom collectif, les associés sont encore aujourd'hui tenus solidairement, ainsi qu'ils l'étaient dans les anciens principes; que cela résulte implicitement de cet article.

Mais on peut en douter, et pour nous, qui nous sommes fait une règle de ne voir la solidarité que dans les cas où elle a été expressément convenue, et dans ceux où la loi l'a positivement établie, nous doutons très-fort qu'elle existe, dans le Droit actuel, et sans stipulation, entre deux marchands qui achètent en commun une partie de marchandises, ou qui traitent avec un tiers d'affaires relatives à l'association en participation déjà existante entre eux; en un mot, nous ne croyons pas que, dans les principes actuels, la solidarité ait lieu de droit dans les simples associations en participation, sans préjudice, bien entendu, de celle résultant des lettres de change et billets à ordre, dont nous parlerons plus loin.

En effet, ces expressions de l'article 1862, *autres que celles de commerce,* ne signifient pas que la solidarité a lieu dans toute société de commerce, car l'article avait seulement pour objet d'établir, 1° qu'elle n'aurait pas lieu de droit dans les sociétés non commerciales ; et 2° que l'un des associés ne pourrait obliger les autres sans un pouvoir à cet effet: ce qui prouve bien évidemment que l'on avait en vue les sociétés en nom collectif, dans lesquelles l'un

des associés, au contraire, oblige les autres, lorsqu'il contracte sous la raison sociale. Tout ce qu'on peut inférer de ces expressions, c'est que ce sont les lois sur le commerce qui régissent, quant à la solidarité, comme pour d'autres objets encore, les sociétés formées entre commerçans; or, le Code de commerce n'établit la solidarité que dans les sociétés en nom collectif; il n'en dit pas un mot quant aux associations en participation : c'est peut-être une omission, mais enfin elle existe, et ce n'est point aux juges qu'il appartient de la réparer; par conséquent, ces associations sont laissées, quant à cet objet, sous l'empire du Droit commun établi par l'article 1202 du Code civil.

D'ailleurs, l'article 19 du Code de commerce reconnaît seulement trois espèces de *sociétés* commerciales : celle en nom collectif, celle en commandite, et la société anonyme. A la vérité, l'article 47 dit qu'indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les *associations commerciales en participation ;* mais cette distinction répondrait déjà en partie à l'argument tiré de ces expressions de l'article 1862 du Code civil, *autres que celles de commerce,* puisque le Code de commerce lui-même ne considère point les *associations en participation* comme de véritables *sociétés de commerce.*

L'article 1107 du Code civil porte que, les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce; et enfin l'article 18 du Code de commerce dit que le contrat de

société se règle par le *Droit civil*, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties : donc, hors le cas d'une disposition particulière au commerce, ou d'une convention des parties, la société, même entre commerçans, est régie par le Droit civil; donc elle n'emporte point solidarité : or, le Code de commerce, loin de l'établir en toute société de commerce, ne l'établit que dans les sociétés en nom collectif. Nous ne voyons pas ce que l'on peut répondre à des dispositions si formelles, tout en reconnaissant d'ailleurs qu'il eût peut-être été utile aussi d'établir la solidarité dans les associations en participation; mais, encore une fois, la loi ne l'a pas fait.

La doctrine ancienne était fondée en raison : elle était le résultat de la disposition de l'article 7 du titre 4 de l'ordonnance de 1673 *sur le Commerce*, qui établissait la solidarité entre associés commerçans indistinctement; car il y a effectivement société pour un objet acheté en commun pour être revendu en commun, ou pour être gardé en communauté. Mais, on est forcé de convenir qu'aujourd'hui cette espèce de société n'entraîne, par aucune disposition quelconque, soit du Code civil, soit du Code de commerce, la solidarité entre les acheteurs dont il s'agit, quoique leur acte puisse être qualifié *association en participation*.

Un arrêt de la cour de Paris, du 3 février 1809 [1] a toutefois reconnu, en principe, que la solidarité existait de droit entre les intéressés dans une association en participation; mais l'espèce était née sous l'empire

[1] Sirey, 1809, 2, 242.

des lois antérieures au Code de commerce, et même au Code civil: l'acte était du 11 brumaire an II; en sorte que cet arrêt n'est d'aucun poids dans la question.

Un autre arrêt de la même cour, confirmé ensuite en cassation, le 26 mars 1817 [1], a pareillement condamné solidairement un individu, reconnu en fait sociétaire en participation, au paiement de lettres-de-change signées par deux coassociés, quoique ce ne fût point sous une raison sociale; mais il y avait dans la cause des faits et des circonstances particulières qui attestaient évidemment que les signataires n'étaient à peu près que des prête-noms, avec une modique part dans les bénéfices, et que le défendeur gérait seul les affaires de la société, tenait seul les registres et avait seul fait une mise effective, les autres n'ayant mis, sous la couleur d'une location, que leur industrie seulement, pour un faible intérêt, et les lettres de change avaient été souscrites pour des marchandises qui avaient été employées dans l'intérêt du défendeur à peu près seul. Ainsi, ce second arrêt n'est non plus d'aucune autorité dans la question qui nous occupe.

Quoi qu'il en soit, postérieurement [2], cette cour a reconnu aussi, en principe, que, suivant la législation actuelle, la solidarité n'existe pas, de droit, dans les sociétés en participation; et sur le pourvoi, la cour de cassation a confirmé en ces termes [3]:

« Attendu que l'arrêt attaqué en déclarant, en Droit,

[1] Sirey, tome XVIII, part. 1, page 53.
[2] Le 8 juillet 1819. (Sirey, 22, 1, 77.)
[3] Arrêt du 9 janvier 1811. (Sirey, *ibid.* pag. 78.)

« que les membres d'une société en participation n'é-
« taient point solidaires, et n'étaient tenus que de
« leurs engagemens personnels, loin d'avoir violé les
« dispositions du Code de commerce, et notamment
« les articles 18 et 48 dudit Code, s'y est, au contraire,
« exactement conformé, etc.; Rejette [1]. »

On avait aussi invoqué, à l'appui du pourvoi, ces mots de l'article 1862 du Code civil, *autres que celles de commerce ;* mais comme ils ne signifient point que dans *toute* société de commerce il y a solidarité de Droit entre les associés, la cour de cassation n'a eu aucun égard à ce moyen.

A la vérité, dans l'espèce, il s'agissait seulement de savoir si les engagemens souscrits par l'un des associés en participation étaient obligatoires pour les autres; tandis que dans l'espèce de la question posée d'abord, il s'agit de savoir si deux commerçans qui achètent en commun une partie de marchandises, ou qui traitent conjointement pour une affaire relative à celle qui leur est commune, sont tenus, de Droit, solidairement au paiement du prix, ou de l'obliga-

[1] La cour de Bordeaux, au contraire, a jugé que les associés en participation sont tenus solidairement au paiement des dettes de la société, lorsqu'ils se sont obligés en commun, par le même acte et sans division d'intérêts entre eux. Arrêt du 19 juillet 1830. (Devill., 31, 2, 75.) La même cour a jugé de la même manière, le 31 août 1831. (Devill., 32,2,19.)

Postérieurement, le 22 novembre 1834, la cour de Paris a décidé qu'il n'y avait pas solidarité dans les sociétés en participation, si les associés ne s'y sont pas soumis. (Devill., 35, 2, 69.) Et jugé de même, en cassation, par arrêt de rejet, que les associés en participation ne sont pas tenus solidairement des engagemens contractés par l'un d'eux personnellement, quoique l'engagement ait été contracté dans l'intérêt de la société. Arrêt du 8 janvier 1840. (Devill., 40, 1, 19.)

tion; mais le principe est le même: dès qu'on reconnaît que le Droit actuel n'établit pas la solidarité entre les associés simplement associés en participation, chacun ne doit être tenu que de sa part virile dans le prix de l'achat ou dans l'obligation, conformément au Droit commun, s'ils n'y ont point, du reste, dérogé par une convention de solidarité.

Aucune raison, d'ailleurs, ne milite en faveur de la solidarité lorsque la marchandise n'est point achetée en vue d'être revendue en commun, mais bien pour être partagée de suite, ce qui a lieu fréquemment : par exemple, lorsque deux marchands de vin, faisant un commerce séparé, achètent une partie de vin pour la partager à l'instant même, pour leur débit particulier; car, dans ce cas, aucun d'eux n'a inspection sur la portion de l'autre, comme dans les sociétés en nom collectif; leurs intérêts sont tout-à-fait distincts : l'un peut perdre sur sa partie, et l'autre gagner sur la sienne; en un mot, aucune des raisons qui ont fait établir la solidarité dans les sociétés en nom collectif ne se rencontre en pareil cas. Mais il faut même le décider ainsi dans les achats faits en commun pour revendre en commun, ou pour garder, puisque, encore une fois, la loi actuelle n'établit pas non plus la solidarité dans ce cas, et le juge ne saurait ajouter à sa disposition en ce point sans commettre un excès de pouvoir. La solidarité est de Droit étroit, de Droit exorbitant.

197. Lorsqu'une femme mariée en communauté contracte une dette avec le consentement de son mari, elle

oblige solidairement celui-ci, d'après l'article 1419, parce que la loi suppose que c'est dans l'intérêt de la communauté, ou du mari, que la dette a été contractée, et qu'elle a craint que le mari n'employât à cet effet le ministère de sa femme pour se soustraire aux conséquences des engagemens formés en réalité dans son intérêt. A plus forte raison, dans le même cas de communauté, le mari est-il solidairement obligé, s'il s'est obligé conjointement avec sa femme, quoique la solidarité ne fût pas stipulée dans l'acte, sauf, bien entendu, convention contraire. Mais, dans l'espèce, la femme ne serait tenue que pour sa part, conformément au droit commun. (Art. 1487.)

Si la femme est marchande publique, et qu'il y ait pareillement communauté entre les époux, elle oblige son mari pour les dettes qui concernent son négoce (art. 220 et 1426), et elle l'oblige aussi solidairement [1]. (Art. 1419.)

198. Si plusieurs ont conjointement emprunté à usage une chose, ils en sont solidairement responsables envers le prêteur. (Art. 1887.)

Mais, en sens inverse, si plusieurs copropriétaires du même objet l'ont prêté à une ou plusieurs personnes, ils ne sont point solidairement tenus de l'action qu'aurait l'emprunteur à raison des indemnités qui pourraient, d'après l'article 1890, lui être dues, pour des dépenses extraordinaires qu'il aurait été obligé

[1] *Voyez* tome II, n° 481.

de faire pour la conservation de la chose; car la loi n'établit point la solidarité dans ce cas, et la raison de l'établir n'était point la même que dans le cas précédent, où le contrat est à l'avantage seulement des débiteurs, tandis que dans celui-ci il a été fait dans le seul intérêt du créancier. Et quant aux dommages-intérêts qui pourraient être dus à l'emprunteur, à cause des défauts cachés de la chose, que les prêteurs connaissaient et qui lui ont nui (art. 1891), la question de savoir si les prêteurs en sont tenus solidairement dépend de celle qui a été discutée précédemment, savoir si, en matière de quasi-délit, la solidarité a lieu entre ceux qui ont commis le fait, lorsque la réparation en est poursuivie par la voie civile; car évidemment, dans ce cas, il y a un quasi-délit, qui précède ou accompagne la formation du contrat, et quelquefois même il pourra y avoir un délit véritable.

199. *Quid* en matière de dépôt, soit à l'égard des dépositaires, soit à l'égard des déposans? Le Code est muet sur la solidarité à l'égard des uns et des autres, quoiqu'il l'établisse d'ailleurs entre les personnes qui ont constitué un mandataire pour une affaire commune. (Art. 2002.)

Quant aux dépositaires, il semblerait, d'après la loi 9 *princip.* ff. *de duobus reis stipul.*, qu'elle existait en Droit romain entre eux comme entre les commodataires ou emprunteurs à usage : « *Eamdem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt*

duo rei promittendi. » Mais Huberus infère de ces mots *utriusque fidem in solidum secutus*, que le jurisconsulte raisonne dans l'hypothèse d'une convention de solidarité; d'où il conclut qu'elle n'avait pas lieu de droit [1]; tandis que d'autres pensent que ces mots n'expriment que le fait même du dépôt ou du commodat, par conséquent une simple convention *tacite* emportant la solidarité.

Quoi qu'il en soit, l'article 1202 ne permet pas de décider qu'elle existe aujourd'hui, de droit, entre deux dépositaires, puisqu'aucune disposition du titre du dépôt ne l'établit; sauf toutefois le cas où ils auraient commis un abus de confiance, en détournant ou dissipant le dépôt, car alors il y aurait délit, suivant l'article 408 du Code pénal, et par conséquent solidarité entre ceux qui seraient coupables du fait, d'après l'article 55 du même Code, la réparation fût-elle poursuivie devant les tribunaux civils.

Mais dans le cas de simple faute ou négligence, il n'y aura point solidarité entre les divers dépositaires, parce qu'il n'y aura pas de délit, et que, suivant nous, en matière de quasi-délit (en supposant qu'il y eût lieu de qualifier ainsi le fait de négligence ou d'imprudence commis à l'occasion d'un contrat, ce que nous ne croyons pas vrai d'une manière absolue), ce ne serait que devant les tribunaux de police que la solidarité pourrait être prononcée. A la

[1] *Voy.* toutefois la loi 1re, § 43, ff. *Depositi vel contrà.* Mais il est certain que cette solidarité n'avait pas en tout point les mêmes effets que celle qui existait entre deux *rei promittendi.*

vérité le dépôt est indivisible dans l'intention des contractans, lors même qu'il est d'une chose divisible (art. 1218), cas dans lequel encore la divisibilité n'a d'effet que relativement à la restitution aux différens héritiers du déposant, à chacun desquels la chose doit être restituée pour sa part seulement (art. 1939); mais l'indivisibilité n'est point la solidarité. Si les dépositaires étaient solidaires, la perte de la chose déposée, arrivée par la faute de l'un d'eux, ou depuis sa mise en demeure, ne libérerait pas les autres, lesquels, à la vérité, ne devraient pas de dommages-intérêts, mais devraient du moins le prix de la chose (art. 1205); au lieu que dans les obligations simplement indivisibles sans solidarité, la perte de la chose arrivée par la faute de l'un des débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, mais sans que les autres aient été en faute ou en demeure, n'est supportée que par lui, même quant à la valeur de la chose. Aussi la loi 1, § 43, ff. *depositi vel contrà*, décide-t-elle que celui des dépositaires qui n'est point en faute ne peut être condamné pour la faute de l'autre, ce qui revient à dire qu'il est libéré par la perte de la chose. C'est là une des notables différences qui existent entre les obligations simplement indivisibles, et les obligations solidaires, divisibles ou non.

Quant aux déposans, si l'on voit un mandat virtuellement renfermé dans le dépôt fait par eux conjointement, du moins en ce qui les concerne, il faudrait décider, avec l'article 2002, qu'ils sont soli-

dairement responsables des indemnités qui pourraient être dues au dépositaire, à raison des impenses qu'il aurait faites pour la conservation de la chose déposée (1947), ou pour le salaire qui lui aurait été promis (1928); et il est difficile en effet de ne l'y pas voir, quoique, suivant la pureté des principes, et sous d'autres rapports, le dépôt ne doive pas être confondu avec le mandat.

200. Lorsque le mandataire, disons-nous, a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement de tous les effets du mandat (2002).

Et la loi ne distingue point entre le cas où le mandat est avec salaire convenu, ainsi, qu'il peut l'être dans les principes du Code, sans cesser pour cela d'être mandat (art. 1999), et le cas où il est gratuit, quoiqu'il n'y eût peut-être pas plus de raison d'établir la solidarité entre les mandans lorsque le mandat est avec salaire, que dans les autres contrats intéressés de part et d'autre, comme la vente, le louage, etc.

201. Mais s'il y avait plusieurs mandataires, ils ne seraient pas pour cela, sans stipulation expresse, créanciers solidaires des indemnités qui pourraient leur être dues; ils ne le seraient chacun que pour celles qui lui seraient dues, en raison de ses déboursés et du salaire qui lui aurait été promis.

202. On a jugé [1] que la disposition de l'article 2002

[1] Arrêt de cassation, du 27 janvier 1812. (Sirey, 12, 1, 198.) Cet arrêt est important, comme arrêt de principe.

était applicable au cas où plusieurs personnes avaient chargé un notaire de faire la liquidation d'une succession ouverte à leur profit. Le notaire a eu l'action solidaire, même pour ses honoraires. L'on convenait, du reste, dans la cause, qu'elle eût été bien fondée pour ses déboursés, s'il en eût fait.

Par conséquent, pour les actes de vente ou de louage, dans lesquels le coût de l'acte est cependant à la charge de l'acheteur ou du preneur seul, sauf convention contraire, le notaire n'en a pas moins l'action solidaire contre le vendeur ou le bailleur; car l'acte est une chose commune aux deux parties, en ce qu'il les intéresse également toutes deux.

Mais en est-il ainsi relativement aux droits d'enregistrement des actes d'aliénation, droits qui, aux termes de l'article 31 de la loi du 22 frimaire an VII, doivent être supportés par l'acheteur, et qui ont été avancés par le notaire? Cet officier public, d'après l'article 29 de la même loi, est obligé de faire enregistrer l'acte et d'acquitter les droits dans les délais fixés par l'article 33, sous peine d'amende, sauf son recours contre *les parties* (art. 31). Ce recours lui est donc donné contre chacune d'elles, puisque la loi ne distingue pas. Il n'y a pas lieu de dire par conséquent que le notaire ne peut l'exercer que contre celle qui doit en définitive supporter les droits. Cela lui est étranger; il a fait des déboursés, qui étaient une conséquence nécessaire de l'acte qu'il a reçu, acte commun aux deux parties, et dont chacune d'elles, par cela même, est solidairement responsable, d'après

les principes qui régissent l'obligation des mandans. Ainsi jugé par arrêt de cassation le 26 juin 1820 [1].

203. L'on a jugé aussi [2] que l'avoué chargé d'occuper pour plusieurs personnes dans une cause qui leur était commune, avait une action solidaire contre chacune d'elles pour le montant de ses déboursés. Il est en effet mandataire comme le notaire.

Enfin le tribunal qui nomme un liquidateur d'une société commerciale peut condamner solidairement les associés à payer les frais et le travail de cet arbitre liquidateur, parce qu'il est censé le mandataire commun des associés [3].

Il en doit être de même quant aux arbitres choisis volontairement, ainsi que l'a jugé la cour de Bordeaux, par son arrêt du 14 janvier 1826 [4].

Et quant aux experts [5].

204. Mais dans le cas de simple gestion d'affaires concernant plusieurs, sans mandat, et qui ne sont point associés en nom collectif, nous ne pensons pas, malgré l'analogie qu'il y a entre la gestion d'affaires et le mandat, que le gérant ait une action solidaire contre chacun des copropriétaires ou co-intéresssés. Peu importe que l'article 1372 dise que le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un

[1] Sirey, 20, 1, 409.

[2] Arrêt de la cour d'Orléans, du 26 juillet 1827, (Sirey. 28, 2, 159.)

[3] Arrêt de rejet, du 17 janvier 1823. (Sirey, 24, 1, 94.)

[4] Sirey, 26, 2, 217.

[5] Arrêt de rejet du 11 août 1813, section civile. (Sirey, 15, 1, 94.) La cour a toutefois qualifié l'obligation d'*indivisible*, et a appliqué à la cause l'article 1222. Nous pensons que c'est plutôt le cas d'une obligation solidaire, que celui d'une obligation indivisible.

mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire; il ne suit pas nécessairement de là que les divers propriétaires sont tenus comme des mandans en ce qui concerne la solidarité. Elle est de droit étroit, et ici la loi ne l'a pas établie.

Toutefois, les parties seront tenues envers le gérant, non pas *pro parte virili*, mais en raison de leur intérêt respectif dans l'affaire ou gestion; tandis que s'il y avait eu un contrat entre les divers copropriétaires ou co-intéressés et le gérant, chacun d'eux eût été tenu pour sa part virile, quoique sa part dans la chose commune eût été moindre, s'il n'avait pas d'ailleurs restreint son obligation sur le pied de cette dernière part. (Art. 1863).

205. Pour les divers mandataires chargés de la même affaire, ils ne sont solidaires qu'autant que la solidarité a été exprimée dans le contrat (art. 1995), sans qu'il y ait non plus à distinguer entre le cas où le mandat est avec salaire convenu, et le cas où il est gratuit.

206. Néanmoins, les divers exécuteurs testamentaires qui ont accepté l'exécution du testament sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui a été attribuée. [1] (Art. 1033.)

207. Et l'on a jugé à la cour de Poitiers, et ensuite à celle de cassation, section civile [2], que les syndics

[1] *Voyez* tome IX, n° 423.

[2] Arrêt du 18 janvier 1814. (Sirey, 1814, 1, 57.)

provisoires d'une faillite sont solidairement tenus des obligations résultant de leur gestion, par la nature même de l'administration qui leur est confiée.

Il en devrait être ainsi, par les mêmes motifs, à l'égard des divers administrateurs, séquestres et autres, choisis directement par les tribunaux.

La cour de cassation, en l'absence d'un texte positif qui établisse la solidarité dans le cas dont il s'agit, a cru trouver cette prétendue solidarité, qu'elle a regardé comme une *indivisibilité*, « dans la circonstance que les syndics sont des mandataires nommés « par la justice, aux termes de l'article 480 du Code « de commerce; que, par la nature même de leurs « fonctions, ils sont solidaires, attendu qu'ils sont « chargés conjointement d'une administration qui « est commune à tous, d'une surveillance que tous « doivent également exercer pour la plus grande sû- « reté des intérêts de la masse des créanciers, que « chacun d'eux ne peut donc exercer partiellement « ou divisément, et qui les soumet conséquemment « à une responsabilité également commune, égale- « ment *indivisible*, dont les soins doivent frapper sur « tous, puisque les négligences et les fautes sont les « faits de tous : d'où il suit qu'elle emporte de plein « droit la solidarité, puisque, dans le cas même où « l'obligation *indivisible* ne serait que convention- « nelle, elle emporterait la *solidarité*, suivant les ar- « ticles 1218 et 1222 du Code civil.

« Que l'article 1995 du même Code, qui contient, « dans certains cas, une exception aux dispositions des

« articles 1217 et 1218, n'est pas applicable à l'es-
« pèce, puisqu'il ne s'agit pas d'un mandat conven-
« tionnel, où les parties avaient pu stipuler volon-
« tairement, mais d'une administration confiée par
« la justice, et dont les obligations sont réglées par
« la loi seule, sans qu'elles puissent être modifiées
« par aucune stipulation. »

Ainsi, la cour de cassation a vu dans l'obligation des syndics, une obligation indivisible, régie par les articles 1218 et 1222, et dans cette obligation indivisible, une obligation solidaire. Mais, en admettant qu'elle eût pu, nonobstant les principes du mandat et l'article 1995, considérer l'engagement comme indivisible, ce n'était point une raison de conclure qu'il était solidaire, ni surtout de faire résulter, en principe et en Droit, la *solidarité* de ces mêmes articles 1218 et 1222 : la cour a confondu deux sortes d'obligations qui ont entre elles de notables différences, et surtout quant au point dont il s'agissait dans la cause.

En effet, les auteurs, et particulièrement Dumoulin et Pothier, enseignent que, dans les obligations indivisibles, la condamnation aux dommages-intérêts n'a pas lieu pour le total, quand le défendeur met en cause ses codébiteurs ; et le Code a consacré cette faculté de mettre en cause les codébiteurs, par l'article 1225, qui porte que « l'héritier du débiteur, as-
« signé pour la totalité de l'obligation (indivisible),
« peut demander un délai pour mettre en cause ses
« cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature
« à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assi-

« gné, qui peut ALORS *être condamné seul*, sauf son « recours en indemnité contre ses cohéritiers. » Donc si l'obligation n'est pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui seul, la condamnation doit être prononcée contre tous ceux qui ont été mis en cause, et divisément. Cela n'est d'ailleurs l'objet d'aucun doute, autrement les obligations simplement indivisibles ne différeraient pour ainsi dire que de nom d'avec les obligations solidaires; tandis qu'il y a entre elles plusieurs notables différences, et celle qui vient d'être citée est peut-être la principale; elle a toujours été reconnue.

Il en est de même, et par les mêmes motifs, quand l'obligation indivisible existe entre plusieurs débiteurs : les articles 1222 et 1223 combinés établissent d'ailleurs l'assimilation.

Or, dans l'espèce, la dette n'était pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par le syndic assigné, ou par chacun d'eux seulement, s'ils l'ont été tous, puisqu'elle consistait en dommages-intérêts, c'est-à-dire en une somme d'argent, chose très-divisible, et censée à la disposition de tout débiteur quelconque. Donc ce n'était pas le cas de condamner chacun d'eux pour le tout, du moins dès que l'on reconnaissait que la dette était *indivisible* et qu'elle n'était solidaire qu'à raison de son caractère d'indivisibilité. On n'a pas vu que les effets des obligations indivisibles n'étaient point absolument les mêmes que ceux des obligations solidaires, ce qui est cependant incontestable, puisque l'article 1225, qui limite si positivement ces effets dans les

premières, ne s'applique point aux secondes. Si l'article 1219 dit que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère de l'indivisibilité, à plus forte raison l'indivisibilité ne donne-t-elle point à la dette celui de la solidarité : les différences sont encore bien plus importantes et plus nombreuses sous ce rapport, ainsi qu'on le verra successivement. Nous ne saurions donc nous ranger à la décision de la cour de cassation, surtout en considérant les motifs sur lesquels elle l'a si péniblement appuyée. Cette décision, au surplus, n'a été rendue qu'après un très long délibéré et une vive discussion. Le pourvoi avait même d'abord été admis.

Ajoutons que, dans le mandat conventionnel accepté par plusieurs, sans que leurs fonctions aient été divisées, par exemple lorsqu'il ne s'agit que d'une seule opération, une vente, un achat, une transaction, l'exécution du mandat est assurément aussi indivisible en elle-même, que dans le cas d'un mandat judiciaire; et il n'est pas un des raisonnemens faits par la cour de cassation pour établir l'indivisibilité des effets de l'engagement des mandataires dans ce dernier cas, et par suite la solidarité qu'elle en a fait résulter, qui ne s'appliquât également au premier. Cependant, l'article 1995 dit, au contraire, que la solidarité n'aura lieu entre les divers mandataires qu'autant qu'elle aura été stipulée, ce qui veut dire aussi pareillement que, même sous le prétexte d'indivisibilité de leur obligation, le mandant ne pourra poursuivre aucun d'eux au delà de sa part.

En un mot, il est évident que l'arrêt est uniquement fondé sur ce que le mandat était judiciaire, et, sous ce rapport, nous conviendrons qu'en pareil cas la loi aurait dû établir la solidarité, comme elle l'a fait à l'égard des exécuteurs testamentaires, parce que les intéressés, pas plus que les légataires, ne choisissent eux-mêmes les mandataires, ne peuvent, par conséquent, stipuler la solidarité, et qu'il était raisonnable de leur donner les mêmes garanties. Mais la loi est-elle ainsi faite? établit-elle la solidarité de plein droit entre les mandataires judiciaires? Non, il faut bien l'avouer; c'est une lacune, et nous nous plaisons à le reconnaître; mais les tribunaux avaient-ils le droit de la combler, quand il existe un texte aussi positif que celui de l'article 1202? Non certainement: ils ne l'ont pu que par des détours, et d'une manière inconséquente, en donnant à l'obligation le caractère d'indivisibilité; car la loi elle-même n'attribue pas à l'obligation indivisible les mêmes effets que ceux qu'elle attache à l'obligation solidaire; elle traite, au contraire, ces deux espèces d'obligations dans des sections distinctes. Dans les obligations indivisibles, chacun répond de ses faits; dans les obligations solidaires, on répond même du fait des autres débiteurs (art. 1205 et 1207): il n'y a donc point parité. Dans les obligations indivisibles, chacun des débiteurs ne doit pas le tout par le fait seul de sa promesse, mais à cause seulement de la nature de l'objet de l'obligation; au lieu que dans l'obligation solidaire, chacun doit le tout par le fait seul de sa

promesse : d'où il suit, dans le premier cas, que, lorsque l'obligation est convertie en dommages-intérêts, comme ces dommages-intérêts sont quelque chose de divisible, chacun n'en doit que sa part[1]; tandis que dans le second, chacun doit le prix de la chose, qu'il a promise en totalité, quoiqu'elle ne puisse être livrée par la faute de l'un des codébiteurs (art. 1205). Et si, dans l'obligation indivisible sans solidarité, la chose avait péri, sans que les autres fussent en faute ni en demeure, ils seraient libérés ; car ils ne garantissent point, comme dans le cas de solidarité, le fait de leur codébiteur, même en ce qui concerne l'objet principal de l'obligation, c'est-à-dire *ad perpetuandam obligationem.*

Au reste, si les syndics ou autres personnes préposées par la justice ont commis un délit dans l'exercice de leurs fonctions, un abus de confiance, il n'est pas douteux que ceux qui sont auteurs du fait ou qui y ont participé ne soient solidairement responsables, en vertu de l'article 55 du Code pénal ; et ils le seraient, selon ce que nous avons dit plus haut, quand bien même la réparation serait poursuivie devant les tribunaux civils.

Mais si ce n'est qu'un fait commun à plusieurs sans aucun délit, une simple négligence, imprudence ou défaut de lumières, il n'y a pas solidarité entre eux tant qu'une loi ne l'aura pas établie ; et à plus forte raison à l'égard de ceux qui n'y auraient réel-

[1] Dumoulin et Pothier.

lement point participé. Et quand bien même l'on devrait décider que la solidarité existe quant aux faits généraux prévus aux articles 1382 et 1383 du Code civil, dont la réparation serait poursuivie devant les tribunaux civils, ce que nous ne croyons vrai qu'autant que ces faits entraîneraient quelque peine d'après le Code pénal ou d'autres lois, il n'y aurait toujours pas lieu de le décider ainsi pour de simples faits de négligence ou d'imprudence commis dans les contrats ou conventions même judiciaires, parce qu'aucune disposition de la loi n'autorise à prononcer la solidarité en pareil cas; ce n'est que dans ceux où elle en contient la disposition expresse.

208. Et c'est parce que l'on ne doit point étendre la solidarité d'un cas à un autre, et que la loi ne l'a point établie dans l'obligation des ascendans et des descendans de se fournir les uns aux autres des alimens, s'il y a lieu, que nous avons décidé que cette obligation n'est réellement point solidaire, qu'elle est seulement indivisible, ce qui est bien différent. Comme nous avons discuté cette question avec étendue au titre *du Mariage*, tom. II, nos 424 et suivans, où nous avons expliqué les conséquences de la différence, nous croyons devoir renvoyer à ce que nous avons dit sur ce point controversé, qui a donné lieu à des arrêts pour et contre.

209. Lorsqu'une mère, tutrice de ses enfans, se remarie sans avoir convoqué le conseil de famille pour délibérer si la tutelle lui sera ou non conservée, elle perd la tutelle de plein droit, et son nouveau

mari est solidairement responsable avec elle de toutes les suites de la tutelle qu'elle aurait indûment conservée (art. 395), c'est-à-dire de toute son administration, même antérieure au mariage.

Mais si le conseil de famille, dûment convoqué, conserve la tutelle à la mère, il lui donne nécessairement pour cotuteur le second mari, qui devient solidairement responsable avec sa femme, et seulement de la gestion postérieure au mariage. [1] (Art. 396.)

210. Il y a aussi solidarité dans le cas prévu à l'article 1442, c'est-à-dire lorsque l'époux survivant n'a pas fait l'inventaire des biens de la communauté et qu'il y a des enfans mineurs : alors le subrogé tuteur est tenu solidairement des condamnations qui pourraient être prononcées au profit des mineurs relativement à la consistance des effets de la communauté.

211. Les divers locataires d'une maison sont tous solidairement responsables de l'incendie, à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine, auxquels cas ni les uns ni les autres n'en sont tenus; ou qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu, ou que quelques uns d'entre eux ne prouvent qu'il n'a pas pu commencer chez eux, et alors les autres seuls en sont tenus (articles 1733 et 1734). C'est une mesure de police et de sûreté.

[1] *Voyez* ce qui a été dit sur ce point, au tome III, n° 425 et suivans.

A plus forte raison la solidarité existe-t-elle, pour le même objet, entre plusieurs locataires qui ont le même bail, soit de la maison entière, soit d'un simple appartement; car ils ont encore bien mieux le moyen de se surveiller que ne l'ont de simples locataires voisins.

212. Le tireur et les endosseurs d'une lettre de change sont garans solidaires de l'acceptation et du paiement à l'échéance. (Art. 118 Cod. de comm.)

Il en est de même de ceux qui ont garanti le paiement par aval. (Art. 141 *ibid.*)

En un mot, tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur. (Art. 140 *ibid.*)

213. Ces dispositions sont applicables aux billets à ordre, sans préjudice toutefois de celles relatives aux cas prévus par les articles 636, 637 et 638 du même Code. (Art. 187.)

C'est-à-dire que, lorsque les billets à ordre ne portent que des signatures d'individus non négocians, et qu'elles n'ont pas été données à l'occasion d'opération de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce est tenu de renvoyer au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur. (636.)

Et lorsque ces billets portent en même temps la signature d'individus négocians et d'individus non négocians, le tribunal de commerce doit en connaître, mais il ne peut prononcer la contrainte par corps contre les individus non négocians, à moins qu'ils

ne se soient engagés à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. (637.)

Enfin, les billets faits par un commerçant sont censés faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, sont censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée. (638.)

Mais cela ne décide pas si un billet dit *à ordre*, souscrit par plusieurs individus, sans expression de solidarité, n'est point solidaire par cela seul qu'il est souscrit par des non commerçans et qu'il n'a pas pour cause une opération de commerce, loin de là; les dispositions de ces articles ne sont relatives qu'à la compétence des tribunaux qui doivent connaître des billets de cette qualité, et à la contrainte par corps, laquelle ne doit pas être prononcée contre les individus non commerçans, s'ils ne se sont point engagés à l'occasion d'une opération de commerce. En sorte que relativement à la solidarité, la disposition de l'article 187 du même Code conserve toute sa force.

Il est bien vrai que ces billets n'ont que des effets civils, qu'ils sont soumis à la disposition de l'article 1326 du Code civil, ainsi que nous le démontrerons plus tard; mais cela ne fait rien quant à la solidarité, qui peut avoir lieu dans les obligations civiles comme dans les obligations de commerce, pourvu que les parties s'y soumettent, ou que la loi les y soumettent elle-même; or, la loi les y soumet, puisqu'elle n'a point fait d'exception, et d'ailleurs, dès que des individus non commerçans adoptent une

forme d'engagement qui emporte de Droit commun la solidarité, c'est comme s'ils en convenaient spécialement. Nous disons *qui emporte de droit commun la solidarité*, car les billets à ordre sont généralement des effets de commerce; c'est en faveur du commerce que la cession s'en opère par un simple endossement, et les tiers qui ont reçu l'effet par cette voie, ou même par une autre, ne doivent pas être privés de la garantie attachée à la solidarité, par une circonstance que souvent ils ne sont pas à même de connaître. S'il en est autrement quant à la compétence des tribunaux de commerce, et à la contrainte par corps, c'est que ce sont des objets d'intérêt public, et que, surtout en ce qui concerne la contrainte par corps, les parties n'ont pu s'y soumettre, même par la convention la plus expresse (art. 2063 Code civil) : elles ne le pouvaient que par la profession de commerçant ou par des faits particuliers de commerce, ce qui n'existe pas dans l'espèce, on le suppose.

Ainsi, il n'y a point de contradiction avec les principes que nous avons adoptés sur cette matière: que la solidarité ne se présume pas, qu'elle n'a lieu qu'en vertu d'une convention ou d'une disposition de la loi; car cette convention se trouve dans l'adoption d'un mode d'engagement qui, de sa nature, entraîne la solidarité; et elle se trouve ici avoir lieu en vertu de la loi, en vertu de l'article 187 du Code de commerce, qui n'est nullement modifié par aucune autre disposition en ce point, quoique le billet à ordre ait été souscrit par des non commerçans.

Par la même raison l'endosseur non commerçant n'a-t-il pas le bénéfice de discussion; et s'ils sont plusieurs qui ont fait la même cession conjointement, ils n'ont pas non plus le bénéfice de division. En un mot, la solidarité existe d'une manière parfaite.

214. Nous verrons à la section suivante si, de ce qu'un débiteur peut charger, par le titre, l'un de ses héritiers d'acquitter l'obligation (art. 1221-4°), on doit en tirer la conséquence qu'il peut par cela même les obliger tous avec les effets de la solidarité parfaite, telle qu'elle existe dans les principes du droit actuel.

ART. III.

Des effets de la solidarité entre les débiteurs.

215. Le droit du créancier, dans une obligation solidaire ne consiste pas seulement dans la faculté qu'il a de s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir pour lui demander le total de la dette, il peut aussi les poursuivre tous, soit successivement, soit simultanément; car, suivant l'article 1204, les poursuites dirigées contre l'un d'eux ne l'empêchent pas d'en diriger de pareilles (ou de différentes) contre les autres [1].

[1] Dans l'ancien droit romain, au contraire, le droit du créancier contre plusieurs *rei promittendi* s'épuisait par le choix qu'il faisait de l'un d'eux, en lui demandant le paiement de la dette, *petitione debiti*. (L. 2, ff. *de Duob. reis*. L. 51, *in fine*, ff. *de Evict*. L. 31, § 1, ff. *de Novat*.) C'est parce que la litis-contestation emportait novation, en sorte que la dette était éteinte.

Il en était de même dans le cas de fidéjussion; le choix que le créancier faisait du débiteur libérait le fidéjusseur, ainsi que nous le dit Justinien

Au surplus, quoique le créancier puisse poursuivre chacun des débiteurs solidaires pour le tout et le faire condamner pour le total, comme si celui qu'il poursuit était seul obligé, néanmoins le défendeur peut demander au tribunal un délai pour mettre en cause ceux qui lui doivent la garantie pour leurs parts (et quelquefois pour le tout, comme dans le cas de l'article 1219). Il fera par là statuer sur son recours dans la même instance, et, ce qui est plus important encore, il préviendra les difficultés qu'ils pourraient peut-être lui élever au sujet de l'existence ou de l'extinction de la dette. L'article 175 du Code de procédure autorise l'appel en garantie indistinctement dans tous les cas où elle est due, soit qu'elle soit simple, soit qu'elle soit formelle : or, il n'est pas douteux qu'il n'y ait lieu à la garantie simple (art. 1213)[1].

216. La prescription interrompue contre l'un des débiteurs seulement, soit par des poursuites, soit

dans la loi dernière au Code, *de Fidejussorib.* et *mandatorib.*; et c'est même ce qui explique ce passage des Institutes, au titre du mandat : « *aut si violente te agere cum eo fidejussoriâ causâ mandet tibi ut cum reo agat, periculo mandantis.* »

Mais à l'égard de ceux qui avaient donné le mandat de prêter de l'argent à un tiers, *mandatores pecuniæ credendæ*, le choix que le créancier faisait du débiteur n'éteignait point son action contre les mandans; c'était le paiement ou une satisfaction quelconque de la part du débiteur, qui les libérait, (L. 7 : *princip.* ff. *de Fidejuss. et mandat.*)

Justinien, par sa constitution précitée, a supprimé toute distinction à cet égard, en décidant que, soit qu'il s'agit de débiteurs solidaires proprement dits, ou de débiteur et de fidéjusseur, ou de débiteurs et de *mandatores pecuniæ credendæ*, le droit du créancier contre les autres débiteurs, ou contre le fidéjusseur, ne s'éteindrait plus par la simple demande formée contre l'un d'eux, mais bien par une satisfaction réelle.

[1] Pigeau, *Procédure civile*, part. 2, tit. 2, chap. 1, sect. 3, § 3, art. 1er, *garantie simple*.

par sa reconnaissance de la dette [1], est pareillement interrompue contre tous les autres, et contre leurs héritiers. (Art. 1206 et 2249.)

Cela paraît contraire à ce qui a été dit plus haut, que, par rapport aux débiteurs, il y a autant de dettes que de personnes obligées ; aussi est-ce une disposition du dernier état du Droit romain [2], qui a passé dans le nôtre, et qui ne peut être fondée que sur cette raison, d'ailleurs peu concluante, que l'obligation solidaire, quoique multiple par rapport aux personnes obligées, étant unique par rapport à la chose dès qu'elle est conservée à l'égard de l'une de ces personnes, elle est censée l'être de toutes les autres.

Mais l'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire, ou la reconnaisance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres héritiers, quand même la créance serait hypothécaire, si elle n'est indivisible.

Cette interpellation ou cette reconnaissance n'interrompt la prescription à l'égard des autres codébiteurs que pour la part dont cet héritier est tenu.

Pour interrompre la prescription pour le tout à l'égard des autres codébiteurs, il faut l'interpellation faite à tous les héritiers du débiteur décédé ou la reconnaisance de tous ces héritiers. (Même article 2249.)

[1] Mais il est clair que la reconnaissance de la dette par l'un des débiteurs solidaires depuis que la prescription était acquise, ou sa renonciation formelle au bénéfice de la prescription, ne peut nuire aux autres codébiteurs. (Art. 2225.)

[2] L. *ult.* Cod. *de Duob. reis stip.*

En sorte que, s'il n'y a qu'un seul héritier, comme il représente en totalité le débiteur décédé, la prescription interrompue à son égard l'est pareillement pour le tout à l'égard des autres débiteurs. S'il est héritier seulement pour moitié, comme il était tenu envers le créancier pour moitié de la dette, la prescription est interrompue aussi pour moitié à l'égard des autres débiteurs, et non pas seulement pour moitié de la portion que son auteur aurait dû en supporter en définitive; car cette division de la dette entre les débiteurs ou leurs héritiers est étrangère au créancier. Celui-ci eût conservé entièrement la dette, et vis-à-vis de tous les débiteurs, en interrompant la prescription contre l'héritier unique ou contre tous les héritiers de l'un d'eux; par la même raison il l'a conservée pour moitié en interrompant la prescription contre le représentant pour moitié de l'un d'eux. Si la dette était de 20,000 fr., par exemple, qu'il y eût quatre débiteurs et que cet héritier eût payé la partie qui en a été conservée, dans l'espèce, 10,000 fr., il exercerait son recours pour 7,500 fr., c'est-à-dire, contre chacun des trois autres débiteurs, pour 2,500 fr. seulement (art. 1213). Il en serait de même si c'était un de ces derniers qui eût été obligé de payer les 10,000 fr.

217. Si la chose due est un corps certain qui a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose (à moins toutefois qu'elle n'eût dû également périr

chez le créancier, si elle lui avait été livrée, 1302); mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages-intérêts.

Le créancier peut seulement répéter ces dommages intérêts (s'il en était dû d'autres que le prix de la chose), contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, et contre ceux qui étaient en demeure. (Art. 1205.)

Ainsi, le fait de l'un des débiteurs solidaires, ou son retard, pendant lequel la chose est venue à périr, nuit bien à ses codébiteurs, en ce sens qu'il perpétue leur obligation, qui se serait éteinte si la chose eût péri par cas fortuit ou par le fait d'un tiers avant que ce débiteur fût en demeure ; mais il n'en augmente point l'étendue. C'est seulement en ce sens que le Code a adopté la décision de Pomponius, dans la loi 18 ff, *de Duob, reis stip.*, ainsi conçue : « *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri quoque nocet.* »

C'est toutefois une notable différence entre l'obligation solidaire et l'obligation indivisible, différence que nous avons déja signalée, car, dans l'obligation simplement indivisible sans clause pénale [1], chacun des débiteurs ne répond que de ses faits et de son retard, même en ce qui concerne le prix de la chose, qui est venue à périr par la faute de l'un d'eux ou pendant sa mise en demeure.

218. Si c'est par le fait de l'un des héritiers d'un

[1] Nous verrons plus loin pourquoi la décision doit être modifiée quand il y a clause pénale.

débiteur obligé solidairement, ou pendant la demeure de cet héritier, que la chose est venue à périr, les cohéritiers sont libérés, comme si la chose eût péri par cas fortuit ou par le fait d'un tiers, car ils ne garantissent point les faits de leur cohéritier, qui est un étranger par rapport à eux [1], et la solidarité n'a point empêché la division de la dette entre les héritiers. Celui qui est en faute ou qui était en demeure, ne doit même le prix de la chose que pour sa part en sa qualité d'héritier, et le surplus, *propter culpam aut moram suam*, ainsi que le dit Dumoulin, et après lui Pothier. Quant aux autres débiteurs, ils ne sont tenus que de la part dont cet héritier reste tenu en sa qualité d'héritier; ils ne garantissent point sa faute quant au surplus, comme ils garantissaient celle de leur codébiteur décédé : ils ne la garantissent que par rapport à la part pour laquelle cet héritier représente leur codébiteur; pour ce qu'il a fait au delà, c'est une chose étrangère à leur obligation. Ces principes, quelque subtils qu'ils paraissent être, sont cependant incontestables [2].

219. Quoique, dans le cas où le corps certain qui faisait la matière de l'obligation est venu à périr par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, les autres ne soient pas responsables des dommages-intérêts qui pourraient être dus, outre le prix de la chose, mais seulement du prix de la chose

[1] Pothier, n° 306.

[2] Sauf aussi, comme dans le cas où l'obligation est indivisible, la circonstance qu'il y aurait clause pénale.

même, néanmoins, d'après l'article 1207, la demande d'intérêts formée contre l'un d'eux nuit aux autres, non seulement en ce qu'elle perpétue aussi la dette à leur égard, mais encore en ce qu'elle fait courir également les intérêts contre eux.

C'est une dérogation au Droit romain, suivant lequel la mise en demeure de l'un des débiteurs, qui faisait courir les intérêts contre lui, ne les faisait pas courir pareillement contre les autres : «*Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet.*» (L. 32, § *penult.*, ff. *de Usuris.*) Et Pothier disait que les intérêts ne doivent courir seulement que contre les débiteurs mis en demeure. Il ne faisait même, à cet égard, aucune différence entre les dommages-intérêts stipulés en cas d'inexécution, et les intérêts proprement dits résultant du retard dans l'exécution.

Mais Dumoulin (*Tract. de divid. et indiv.*, n° 127) a restreint la décision de cette loi aux dommages-intérêts qui n'ont pas été expressément stipulés, c'est-à-dire aux intérêts moratoires. S'ils l'avaient été, dit-il, les débiteurs en seraient tous tenus par la demeure de l'un d'eux, attendu que la condition de l'inexécution de l'engagement sous laquelle ils s'étaient soumis à ces dommages-intérêts se serait réalisée.

Ainsi, dans le cas prévu à l'article 1152, où les débiteurs sont convenus d'une certaine somme, à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, cette somme, suivant Dumoulin, est due par tous, par la mise en demeure même d'un seul, et nous croyons en effet que, de la combinaison

de cet article 1152 avec l'article 1206, ressort clairement la décision de ce grand jurisconsulte. La dérogation de notre Code civil au Droit romain, dont Pothier avait suivi la décision, peut se justifier sous ce rapport, que le créancier, pour faire courir les intérêts à l'égard de tous les débiteurs, n'est point réduit à la nécessité de les poursuivre tous, et par là on prévaut des frais inutiles.

Au surplus, quand ce dernier article dit que la *demande d'intérêts* formée contre l'un des débiteurs solidaires les fait courir contre tous, il n'entend pas parler seulement du cas où il y aurait une simple demande à la seule fin de faire courir les intérêts, sans demande du paiement de la dette elle-même, ce qui sera bien rare; il entend parler aussi de tout acte quelconque qui ferait courir les intérêts : comme s'il était dit, par exemple, dans l'acte, qu'un commandement ou même une simple sommation à l'échéance du terme, constituera les débiteurs en demeure, et fera courir les intérêts contre eux; l'article ne veut pas dire autre chose.

La demande d'intérêts formée contre l'un des héritiers seulement de l'un des débiteurs, ou l'acte passé avec cet héritier, ne fait courir les intérêts contre lui et contre les codébiteurs, que pour la part de cet héritier dans la dette, et ne les fait point courir contre les autres héritiers, auxquels cet acte est étranger, au moyen de la division de la dette entre eux et leur cohéritier. Au lieu que la demande d'intérêts formée contre l'un des codébiteurs les fait

courir aussi contre tous les héritiers du débiteur décédé, mais toutefois pour la part héréditaire de chacun d'eux. En un mot, il en est des intérêts comme de l'interruption de prescription.

220. Le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les débiteurs.

Mais il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques autres des codébiteurs. (Art. 1208.)

Ainsi, chacun des débiteurs peut se prévaloir du défaut de cause dans l'obligation, ou de ce que la cause serait illicite, ou de ce que le contrat n'aurait pas pour objet une chose qui fût dans le commerce.

Ainsi encore, chacun d'eux peut se prévaloir de la prescription, si la dette n'a pas été utilement conservée par des poursuites dirigées au moins contre l'un d'eux dans les délais de droit, ou par sa reconnaissance de la dette. Il peut également opposer les déchéances et autres fins de non-recevoir qui résulteraient de quelque loi particulière, ainsi que les nullités de forme de l'acte qui seraient communes à tous. Nous disons *communes à tous,* parce que, dans quelques cas, notamment dans celui de l'article 1326, l'acte peut être nul par l'ommission d'une formalité exigée par rapport à l'un des obligés, tandis que cette formalité n'était pas nécessaire par rapport à l'autre. Par cela même, l'un des débiteurs solidaires peut se

prévaloir de l'extinction de la dette opérée par un paiement fait par l'autre, encore que l'imputation en eût été faite plus tard sur une autre dette due à la même personne par celui qui l'avait fait, même d'un commun accord entre le codébiteur et le créancier. On ne peut faire revivre une dette éteinte, lorsque ce serait au préjudice du droit des tiers.

Il a même été jugé [1] que le codébiteur solidaire est recevable à former tierce opposition au jugement obtenu contre son codébiteur, et qui a jugé que celui-ci, débiteur à d'autres titres, était sans intérêt à combattre l'imputation que le créancier avait faite du paiement sur une autre dette que la dette commune, lorsque, d'après les règles sur l'imputation légale, à défaut d'imputation conventionnelle, elle aurait dû se faire sur cette dernière dette.

Celui des débiteurs solidaires qui était incapable de s'obliger peut opposer son incapacité, mais les autres ne peuvent s'en faire un moyen (art. 1125) [2]. Il en serait de même dans le cas où l'un d'eux aurait été violenté, trompé, ou induit en erreur; il aurait seul le droit de s'en plaindre, et même dans le cas de dol, s'il n'avait été trompé que par l'un ou plusieurs de ses codébiteurs, ou par un tiers, sans que le créancier eût participé à la fraude, ce débiteur ne serait pas moins valablement obligé envers le créancier (art. 1116), sauf son secours tel que de droit contre celui qui l'aurait trompé. (Art. 1382.)

[1] Arrêt de rejet, du 29 novembre 1836. (Devilleneuve, 37, 1, 362.)
[2] L. 12, § 1, ff. *de Duob. reis.*

221. Le Code, dans l'article 1294, paraît avoir fait de la compensation une exception purement personnelle à celui des débiteurs qui est devenu, de son côté, créancier du créancier. Nous discuterons ce point en traitant de la compensation.

222. Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint l'obligation solidaire que pour la part du débiteur ou du créancier. (Art. 1209.)

Si l'un des débiteurs ne devient héritier du créancier que pour partie seulement, il reste obligé solidairement pour le surplus envers ses cohéritiers, entre lesquels ce surplus se divise selon la part héréditaire de chacun. Et, *vice versâ*, si le créancier devient héritier pour partie de l'un des débiteurs, il conserve la solidarité pour le surplus contre les autres, et il a contre ses cohéritiers une action divisée pour ce surplus en proportion de leurs parts héréditaires.

Si l'un des débiteurs devient l'héritier unique de l'autre, il a, quant aux personnes, deux obligations à remplir, *sortitur duas personas*. La confusion n'opère rien dans ce cas [1]. Il supportera donc une double part dans la répartition de la dette entre les codébiteurs, après qu'elle aura été acquittée. S'il n'est héritier que pour partie, il aura à supporter sa part

[1] *Cùm verò duæ obligationes ejusdem potestatis sunt, non potest reperiri quâ altera potiùs quàm alteram consummari.* (L. 13, ff. *de Duob. reis stip.* L. 5, ff. *de Fidejuss. et mandat.*)

personnelle et une portion dans celle du défunt. Dans l'un ou l'autre cas, si lui ou le défunt avait une exception personnelle à opposer au créancier, cette exception produirait seulement ses effets par rapport à son obligation personnelle, ou par rapport à celle dont il est tenu comme héritier; elle ne ferait rien quant à l'autre [1].

223. Par la novation opérée entre un créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés (art. 1281). Nous reviendrons aussi sur ce point en traitant de la novation.

224. Mais nous développerons actuellement ce qui est relatif à la remise de la dette au profit de l'un des débiteurs solidaires; il s'y rattache plusieurs observations importantes qui doivent trouver leur place ici.

Suivant l'article 1285, la remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers.

Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise. (*Ibid.*)

Et si l'un des autres débiteurs se trouve insolvable au moment où le créancier demande le surplus de la dette à tel ou tel d'entre eux, la portion de l'insolvable doit se répartir contributoirement entre

[1] *Facit* L. 3, ff. *de Separat.*, et L. 21, § 2, ff. *de Fidejuss. et mandat.*

tous les débiteurs solvables, y compris même celui ou ceux qui ont été déchargés de la solidarité par la remise; par conséquent, le créancier supporte, dans cette insolvabilité, la part qu'auraient dû y supporter ceux qu'il a déchargés. (Art. 1215.)

S'il n'en était ainsi, il aggraverait par son fait la condition de ceux des débiteurs solvables étrangers à cette remise : car, sans elle, ceux à qui elle a été faite auraient supporté aussi leur part dans l'insolvabilité de tel ou tel de leurs codébiteurs : or, quoique le créancier ait le droit de disposer de sa créance comme il l'entend, ce droit néanmoins ne va pas jusqu'au point de pouvoir nuire aux codébiteurs solidaires, qui n'ont traité, on doit le supposer, que sur la foi de la loi, qui donne à ceux qui ont payé la dette, un recours contre les autres, pour la part de chacun d'eux, et qui veut également, pour que ce recours soit aussi complet que possible, que la portion des insolvables soit répartie par contribution entre tous les autres débiteurs solvables et ceux qui ont fait le paiement. (1214.)

225. Quand la remise faite à l'un des débiteurs solidaires a lieu dans le cas de faillite de ce débiteur, par un concordat régulier et obligatoire, par exemple, une remise de 50 pour cent, elle ne profite point aux autres, parce qu'elle n'est pas volontaire : elle est le résultat de la position du failli, et ne produit par conséquent qu'une exception personnelle à ce dernier. Il n'y a même pas à distinguer entre le cas où le créancier est intervenu ou non au concordat,

ni entre celui où il l'a signé avec ou sans réserve; même dans ce dernier cas, il est présumé ne l'avoir consenti qu'en considération de la position du débiteur, et pour tirer le meilleur parti de la créance[1].

226. Toutefois, dans les principes actuels, il en serait autrement si le débiteur insolvable n'était point commerçant, du moins nous le croyons. Le traité intervenu entre un non commerçant et ses créanciers et par lequel ils lui feraient remise d'une partie de la dette, aurait le caractère d'une remise volontaire, et ne serait, en conséquence, obligatoire que pour ceux qui l'auraient consenti. Le droit de faire, avec la majorité des créanciers réunissant les trois quarts des créances vérifiées, un traité obligatoire aussi pour ceux qui n'y ont pas consenti, est un droit exorbitant, qui n'est consacré par aucune disposition du Code civil en faveur du non commerçant, et qui ne l'est, par le Code de commerce, qu'en faveur des commerçans, parce qu'ils sont exposés à plus de chances que les autres citoyens. D'où il faut conclure que si le créancier, en consentant le traité, n'a pas fait de réserve de ses droits contre les autres codébiteurs, la remise produit leur libération jusqu'à due concurrence de la partie remise. S'il a fait des réserves, elle les libère seulement jusqu'à concurrence de la part du codébi-

[1] Nous modifions en ce point l'opinion que nous avions émise dans notre traité *des Contrats*, etc., n° 569, où nous distinguions entre le cas où le créancier avait donné son consentement au concordat, et le cas où il s'y était refusé, ou n'y avait consenti qu'avec réserve de ses droits contre les autres débiteurs; dans tous, il conserve ses droits entiers contre eux.

teur dans la dette, conformément à l'article 1285 précité. D'après cela, si la créance est, par exemple, de 10,000 francs, qu'il y ait quatre débiteurs solidaires, et que le créancier adhère, sans faire de réserve de ses droits vis-à-vis des autres débiteurs, à un traité portant remise de 50 pour cent, il n'est plus dû que 5,000 francs, et si le débiteur à qui la remise a été faite, ou un autre, paie ces 5,000 francs, la dette est éteinte. Si le créancier a réservé ses droits contre les autres débiteurs, la remise est bien de 5,000 francs par rapport à celui à qui elle a été faite, mais elle n'a effet que pour 2,500 francs seulement par rapport aux autres, lesquels pourront encore être contraints solidairement à payer 7,500 francs. Ils ne pourront toutefois être poursuivis que pour cette somme, et non pour celle de 8,750, francs, comme si la part du débiteur insolvable dont le créancier est tenu de faire la déduction aux termes de l'article 1012, ne devait se calculer que sur la quotité remise, ou 5,000 francs, c'est-à-dire être de 1,250 fr. seulement : la remise, dans ce cas, comprend la part entière de ce débiteur dans la dette.

227. Mais le débiteur à qui remise de la dette a été faite a-t-il une action contre ses codébiteurs, comme s'il eût payé, en supposant que la remise les eût libérés envers le créancier ?

Si elle a eu lieu à titre onéreux, par suite d'arrangemens intervenus entre ce débiteur et le créancier, par exemple, au moyen de la renonciation à certains droits qu'avait le premier sur le second, ou

d'engagemens personnels qu'il a pris sur lui, comme dans le cas d'une novation, il est clair que l'on doit considérer ces arrangemens comme un paiement, et par conséquent que ce débiteur a son recours tel qu'il existe dans le cas de paiement

Et si le créancier lui a fait don de tout ou partie de la créance, le recours a lieu aussi pour les parts des codébiteurs dans la dette entière, ou dans la proportion de ce qu'ils ont eu de moins à payer en raison de la partie donnée. Il ne serait point nécessaire pour cela que le don eût été fait en forme, par acte portant donation entre-vifs. Bien mieux, si le créancier, en recevant simplement la part de l'un des débiteurs, déclare, dans l'acte ou la quittance, s'en contenter, et le subroge à ses droits contre les autres, le recours de ce débiteur a également lieu contre ceux-ci pour leur portion dans la dette, sauf à ce débiteur, s'il y en a d'insovlables, à supporter sa part dans les pertes.

Mais quand le créancier déclare simplement dans un acte fait avec l'un des débiteurs, faire remise de la dette, sans réserver ses droits contre les autres et sans les réserver non plus à celui avec lequel l'acte est passé, cette remise n'en a pas moins pour effet d'éteindre la dette d'une manière absolue et définitive ; car le codébiteur avec lequel l'acte a eu lieu est censé avoir stipulé la remise dans l'intérêt de tous, et, de plus, n'ayant rien payé, aucune disposition du Code ne lui donne de recours à exercer dans ce cas : il faudrait, pour qu'il en eût un, ou qu'il eût payé la dette, ou que le créancier, en lui faisant la remise,

eût voulu aussi lui réserver un recours contre les autres. Or cela ne résulte pas d'une remise pure et simple, telle que celle que nous supposons.

228. Si tous les débiteurs solidaires, ou plusieurs d'entre eux tombent en faillite, le créancier a le droit de se présenter dans chacune des faillites pour y faire vérifier et admettre sa créance pour la totalité, jusqu'à parfait et entier paiement. C'est ce que porte l'article 542 (nouveau) du Code de commerce, ainsi conçu : « Le créancier porteur d'engagemens souscrits, « endossés ou garantis solidairement par le failli et « d'autres co-obligés qui sont en faillite, participera « aux distributions dans toutes les masses, et y figu- « rera pour la valeur nominale de son titre, jusqu'à « parfait paiement. »

L'ancien article 534 portait aussi que «le créancier « porteur d'engagemens solidaires entre le failli et « d'autre coobligés qui sont en faillite, participera « aux distributions dans toutes les masses, jusqu'à « son parfait et entier paiement. »

On n'a donc pas voulu innover en ce point par la nouvelle loi.

Ainsi soit une dette de 10,000 francs due solidairement par Primus, Secundus et Tertius, qui tombent tous trois en faillite.

Le créancier, qui a été admis dans la faillite de Primus, et qui y a touché dans les distributions, ou doit toucher, en raison d'un concordat, 30/100 sur le montant de sa créance, peut encore se présenter dans celle de Secundus pour le total de cette créance,

et non pas seulement pour 7,000 francs [1]; et s'il touche aussi 30/100 dans cette seconde faillite, il pourra se présenter dans la troisième également pour 10,000 francs, et non pas seulement pour les 4,000 francs qui lui restent dus ; de manière toutefois que, quelle que soit la quotité que donne cette direction, ou Tertius par son concordat, le créancier ne touche pas au delà des 10,000 francs et des intérêts et frais qui pourraient lui être dus.

De la sorte, le paiement pourra être intégral, ainsi que le veut l'article 542 ci-dessus cité, et il ne pourrait l'être par un autre mode, puisque si le créancier ne pouvait se présenter dans la seconde faillite que pour 7,000 francs, et dans la troisième que pour 4,000 francs seulement, comme toute contribution suppose insuffisance, il est clair que, lors même qu'il y aurait à toucher 80 pour 100 et plus encore dans la dernière de ces faillites, il existerait toujours un déficit. Or, suivant l'article 542 précité, le créancier doit être admis dans toutes les masses jusqu'à *son parfait paiement*.

Savary [2] pensait toutefois que le créancier ne pouvait figurer que dans une des masses, à son choix, parce que, disait-il, dès qu'il a été admis dans l'une d'elles pour la totalité de sa créance, il est censé en avoir

[1] La remise faite par le concordat ne l'empêche pas en effet d'être encore créancier de la partie remise au regard des autres débiteurs solidaires; et la nouvelle loi sur les faillites (art. 545) s'en explique positivement : « nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action « pour la totalité de leur créance contre les co-obligés du failli. »

[2] *Parères*, 15 et 48.

reçu le montant en totalité. Ce système avait beaucoup d'affinité avec le principe de l'ancien Droit romain, abrogé par Justinien, suivant lequel, ainsi que nous l'avons dit plus haut [1], le choix que le créancier faisait de l'un des débiteurs solidaires, en lui demandant le paiement du total, libérait les autres. Mais le motif sur lequel ce principe était fondé (la novation résultant de la litis-contestation) est étranger à notre Droit; et il faut bien reconnaître que Savary s'est contenté d'une fiction à la place de la réalité, quand il a dit que le créancier qui a figuré dans l'une des directions pour la totalité de sa créance, a épuisé son droit à l'égard des autres, parce qu'il est censé avoir reçu par équipollence le paiement du total. Il s'est écarté du véritable but de la solidarité.

Jousse, Boutaric, Pothier, La Serra et autres, s'y étaient beaucoup plus attachés, et leur décision conciliait peut-être mieux les principes, considérés du moins dans toute leur pureté, quoique, à vrai dire, elle ne remplissait pas non plus parfaitement le but de la solidarité. Ces auteurs pensaient que le créancier devait bien, à la vérité, figurer dans toutes les directions, mais sous la déduction de ce qu'il avait reçu dans chacune d'elles, parce que, disaient-ils, dès qu'il est payé d'une partie de sa créance, il n'est plus créancier que du surplus. Ainsi, dans notre espèce, ayant reçu 3,000 francs dans la faillite de Primus, il ne pouvait plus, selon eux, se présenter dans celle de Secundus, que comme créancier de 7,000 francs

[1] N° 215, note.

seulement; et si cette direction avait également donné 30/100, ce qui eût été, dans l'espèce, 2,100 francs, il ne pouvait plus se présenter dans celle de Tertius que pour 4,900 francs. En sorte que si cette dernière direction eût pareillement donné 30/100, il y eût reçu 1,470 fr., et eût en définitive perdu 3,430 fr.

Mais ce second système avait déja été rejeté par un arrêt du Conseil, du 24 février 1778, rapporté par Émerigon, dans son traité *des Contrats à la grosse*, chapitre X, titre III, et il se trouve formellement proscrit par notre Code de commerce, qui veut que le créancier participe aux distributions dans toutes les masses jusqu'à son parfait et entier paiement, ce qui, encore une fois, ne peut avoir lieu que de la manière dont nous venons de l'expliquer.

228 *bis*. Toutefois, si le créancier porteur d'engagemens solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, il ne doit être compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte, et il conserve, pour ce qui lui est dû, ses droits contre le coobligé ou la caution. C'est la disposition textuelle de l'article 544 (nouveau), qui ajoute que le coobligé ou la caution qui aura fait le paiement partiel sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli.

Ces deux dispositions sont parfaitement justes. Il est clair, en effet, que dès que le créancier a reçu, avant la faillite, le paiement d'une partie de sa

créance, soit du failli lui-même, soit d'un coobligé, soit d'une caution, il n'est plus créancier que du surplus, et ce ne peut être que pour ce surplus qu'il peut se présenter, et dans cette faillite, et dans celles des coobligés, si ceux-ci étaient pareillement en faillite. Et il est clair aussi que celui des coobligés ou cautions qui a fait le paiement partiel doit être compris dans la même masse pour tout ce qu'il a payé à la *décharge du failli*. Les principes de la subrogation le veulent ainsi. Mais il est certain aussi que, dans les cas de solidarité ordinaire, où la dette, après avoir été payée, doit se diviser entre les codébiteurs, celui qui a fait le paiement partiel doit défalquer de ce qu'il a payé, sa part dans la dette entière; car, bien que le paiement de cette part ait tourné à la décharge du failli, à raison de la solidarité dont il était tenu, néanmoins c'était aussi la dette personnelle de celui qui a fait le paiement, et qui doit rester à sa charge en définitive. Il n'en serait autrement qu'autant que ce coobligé solidaire devait être garanti par celui qui est tombé en faillite: par exemple, parce que c'était un endosseur d'effets de commerce et que le failli était un endosseur antérieur, ou le souscripteur des effets : alors, il serait vrai de dire que le paiement partiel par lui fait, l'a été à la décharge du failli réellement, et il pourrait se présenter à la masse de ce dernier pour tout ce qu'il a payé.

L'article 544 doit donc être entendu de cette manière.

229. Ce n'est pas tout. Cet article veut que, si le

créancier porteur d'engagemens solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance, il ne soit compris dans la masse que sous la déduction de cet à-compte; or, il a pu le recevoir dans une première faillite, dans celle de l'un des coobligés solidaires, qui a manqué le premier, comme il a pu le recevoir avant toute faillite : appliquera-t-on à ce cas aussi la disposition de l'article qui veut que le créancier ne puisse se présenter à la faillite actuelle, que déduction faite de ce qu'il a reçu? Mais ce serait le système qui avait été rejeté par l'arrêt du conseil dont il a été parlé plus haut, et qui l'a été pareillement par l'ancien article du Code de commerce (534), et par le nouveau (542); car, comme toute contribution suppose insuffisance, il ne pourrait jamais obtenir un parfait paiement, eût-il reçu 80 pour cent dans la première faillite, et dût-il aussi en recevoir autant dans la seconde. Or, le créancier porteur d'engagemens souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite, doit participer aux distributions dans toutes les masses, et y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement. L'article 544 suppose que le paiement partiel a été fait en dehors de toute faillite; il suppose même qu'il l'a été par un coobligé ou une caution, puisqu'il les admet à figurer dans la masse du failli pour tout ce qu'ils ont payé à sa décharge. L'entendre autrement, ce serait le mettre en contradiction avec l'article 542. Ce dernier article ne suppose pas, en effet, que les fail-

lites des divers coobligés solidairement éclatent toutes en même tems, et que leur liquidation marche du même pas; cela est même impossible, pour ainsi dire, car il ne s'agit point d'une seule faillite d'associés en nom collectif. Il statue, au contraire, dans la supposition qu'il y aura eu liquidation d'une première faillite, distributions de deniers, ou concordat avec le failli, et il autorise le créancier à se présenter dans la seconde, dans la troisième faillite, avec son titre pour sa valeur nominale jusqu'à parfait paiement. Ainsi ces mots de l'article 544, *a reçu, avant la faillite, un à-compte sur sa créance,* doivent être entendus d'un à-compte reçu en dehors d'une distribution de deniers faite dans une autre faillite, ouverte avant ou depuis celle dont il s'agit, ou par suite de concordat. Cela est d'ailleurs positivement décidé pour le cas du concordat par l'article 545, portant que « nonobstant « le concordat, les créanciers conservent une action « pour la totalité de leur créance contre les coobligés « du failli. » S'ils conservent la totalité de leur créance contre ces coobligés, et que ceux-ci tombent ensuite en faillite, ils peuvent donc se présenter dans leurs faillites pour la valeur nominale de leurs titres jusqu'à parfait paiement. Et l'on ne distingue pas ici si le concordat a été exécuté, par le paiement de la quotité promise par le failli, ou s'il ne l'a pas encore été. Or, qu'importe que le créancier ait reçu un à-compte dans une distribution de deniers faite dans la première faillite liquidée, ou qu'il l'ait reçu ou doive le recevoir en exécution d'un concordat? Et si l'on

disait, qu'importe qu'il l'ait reçu de l'une ou l'autre de ces manières, ou qu'il l'ait reçu avant toute faillite, nous répondrions que cela importe beaucoup. Quand il l'a reçu avant toute faillite, il a encore pour obligé, et pour le restant, non-seulement les coobligés, mais encore le débiteur qui lui a fait le paiement partiel, et il peut en conséquence se présenter dans la faillite de celui-ci comme dans celle des autres. Au lieu que lorsqu'il a reçu ce paiement partiel dans une faillite, il a épuisé son droit relativement à cette même faillite; mais comme le but de la solidarité est d'assurer le paiement intégral, autant que possible du moins, le créancier se présente dans les autres faillites pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement.

229 *bis*. Dans nos précédentes éditions, nous décidions, par ce qui nous paraissait une raisonnable application des principes sur la solidarité combinés avec ceux qui régissent les faillites, que, dans le cas où les diverses faillites ont donné au créancier des quotités différentes, celui dont le concordat ou la direction a donné une plus forte quotité que les autres, ne peut néanmoins exercer de recours qu'autant qu'il aurait payé au delà de sa part dans la dette. Les remises plus fortes faites aux autres, ou les répartitions moins considérables qui ont eu lieu dans la distribution de leurs biens, sont le résultat de leur position particulière. En sorte que si, par exemple, l'un des trois faillis eût payé, soit en exécution d'un concordat, soit dans une distribution de deniers provenant de

la vente de ses biens, 33 et 1/3 pour cent, et les autres fort peu de chose, ou même rien du tout, il ne pourrait, quand bien même ceux-ci viendraient à acquérir des biens par la suite, exercer un recours contre eux; car il n'aurait rien payé pour eux qu'il ne dût lui-même supporter en définitive. D'ailleurs, ceux-ci sont encore obligés envers le créancier, s'il n'y a pas eu de concordat fait avec eux, et s'il y en a eu un, ils ne peuvent obtenir leur réhabilitation qu'en soldant tout ce qui leur a été remis, avec les intérêts et les frais. (Art. 604 du Code de comm.)

Mais s'il avait payé 50 pour cent, dans l'espèce, comme il se trouverait avoir payé au delà de sa part, nous lui accorderions un recours pour l'excédant. Cette dernière décision ne serait plus admise aujourd'hui.

En effet, d'après l'article 543 (nouveau) du même « Code, aucun recours, pour raison des dividendes « payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les « unes contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion « des dividendes que donneraient ces faillites excéde- « rait le montant total de la créance, en principal et « accessoires, auquel cas cet excédant sera dévolu sui- « vant l'ordre des engagemens, à ceux des coobli- « gés qui auraient les autres pour garans. » Cet article consacre bien notre première décision, mais rejette la seconde, en ce que, quand bien même l'un des faillis aurait payé au delà de sa part dans la dette, il n'a point de recours contre les autres, si la réunion des dividendes donnés par les autres faillites

n'excéde pas le montant total de la créance, en principal et accessoires, et ce, quand bien même il ne serait point intervenu de concordat entre les autres débiteurs et leurs créanciers ; tandis que, dans ce cas nous accordions un recours à celui des coobligés qui avait payé ou dont la direction avait payé au delà de sa part. Nous croyons que notre décision était plus conforme aux principes. Mais dans le cas où les faillis qui ont payé le moins auraient obtenu un concordat, nous entendions bien qu'ils ne devaient être tenus de payer, quant à la dette dont il s'agit, comme quant à leurs autres dettes, que dans les proportions réglées par le concordat. (1)

230. Reprenons l'analyse des autres dispositions du Code civil sur cette matière.

L'article 1210 porte que « le créancier qui consent « à la division de la dette à l'égard de l'un des co- « débiteurs, conserve son action solidaire contre les « autres, mais sous la déduction de la part du dé- « biteur qu'il a déchargé de la solidarité. »

Et, comme nous l'avons dit plus haut, l'on doit déduire aussi la part que ce débiteur aurait eue à supporter dans l'insolvabilité de quelques uns des autres codébiteurs, conformément à l'art. 1215 ; car le créancier n'a pu remettre la solidarité à l'un d'eux au préjudice des autres. Mais il ne serait toutefois

[1] Voyez, en ce sens, l'arrêt de cassation que nous rapportons au tome suivant, n° 378. L'espèce qui y a donné lieu est remarquable, et la décision, quoique rigoureuse dans le cas dont il s'agissait, nous paraît conforme aux principes.

chargé que de l'insolvabilité existante au jour où l'action en recours serait ouverte, c'est-à-dire au jour du paiement effectué par celui ou ceux des débiteurs qu'il poursuit, et seulement pour la portion qu'auraient eue à en supporter ceux qu'il a déchargés de la solidarité.

231. La division de la dette dont parle l'art. 1210 est une division opérée par paiement, compensation ou remise de la portion du débiteur déchargé de la solidarité, et contre lequel, par conséquent, les autres ne peuvent avoir de recours, puisque ce ne sont point eux qui le libéreront : il l'est déja par l'un de ces événemens. Mais s'il y avait simplement remise de la solidarité, sans paiement ou remise de la part de ce débiteur dans la dette, le créancier n'en conserverait pas moins son action entière contre les autres, moins toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, la portion que ce débiteur, déchargé seulement de la solidarité, et non de sa part dans la dette, aurait eue à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des autres codébiteurs. Car, au moyen de cette déduction, ceux-ci sont parfaitement rendus indemnes des effets de cette remise, puisque le codébiteur à qui elle a été faite n'en doit pas moins encore sa part, et par conséquent devra la rembourser à celui qui acquittera la dette. Aussi, Pothier (n° 277 de son traité *des Obligations*), dit-il que le créancier qui a déchargé de la solidarité l'un des débiteurs, conserve son droit contre les autres, pourvu que cette décharge ne leur nuise en rien. Or, elle ne leur nuit en rien de la ma-

nière dont nous venons d'expliquer la chose. Le créancier pouvait d'ailleurs renoncer tacitement aux effets de la solidarité à l'égard de ce débiteur, en ne le poursuivant pas, et sa renonciation expresse a pour résultat de l'obliger à déduire de son action solidaire contre les autres, la portion qu'aurait eue à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux celui auquel il a fait cette remise, parce qu'il l'a affranchi des effets de la solidarité, mais sans avoir pu le faire au détriment des autres. Il a pris par là sur lui les résultats que la solidarité aurait pu produire contre ce débiteur, et voilà tout.

232. Au surplus, le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, renonce bien par là à la solidarité à l'égard de ce débiteur, mais non à l'égard des autres. (Article 1211.)

233. Et il n'est pas censé y renoncer même à l'égard de ce débiteur, quoiqu'il eût reçu de lui une somme parfaitement égale à la part de celui-ci, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*. (*Ibid.*)

Sans ces expressions, ou autres analogues, car ces termes ne sont point sacramentels, l'on doit regarder le paiement comme un à-compte reçu par le créancier. A plus forte raison, si la somme payée par le débiteur est inférieure ou supérieure à celle qui correspond à sa part dans la dette, n'y a-t-il point présomption de remise de la solidarité.

234. Et lors même qu'elle serait parfaitement

égale, et que la quittance porterait les mots, *pour sa part,* si cette quittance contenait d'une manière formelle la réserve de la solidarité à l'égard de ce débiteur, ou même de la solidarité d'une manière générale, cette réserve, suivant Pothier, détruirait l'effet de ces mots, *pour sa part,* et il n'y aurait plus lieu d'en inférer, comme le fait la loi, une renonciation tacite à la solidarité même à l'égard de ce débiteur. Il cite un arrêt qui l'a ainsi jugé.

La réserve *des droits en général,* dit-il, détruit l'induction de remise de la solidarité en faveur du débiteur, et qui naîtrait, sans cela, des mots, *pour sa part,* insérés dans la quittance.

Notre article 1211 confirme l'une et l'autre décisions de Pothier. En effet, la seconde disposition de cet article ne doit pas être séparée de la première, dont elle n'est que le développement ; or, la première statue sur le cas où le créancier, en recevant de l'un des débiteurs *sa part* dans la dette, ne réserve point dans la quittance la solidarité, ou ses droits en général : donc, dans le cas contraire, il n'est pas *censé* y renoncer même à l'égard de ce débiteur, quoique la quittance porte, *pour sa part,* et que la somme soit égale à cette part, ce qu'il faut même supposer pour que ce soit *sa part,* c'est-à-dire le cas prévu par l'article.

235. Le créancier n'est pas non plus censé renoncer à la solidarité même à l'égard du débiteur contre lequel il forme simplement une demande portant que c'est *pour sa part*, si ce débiteur n'a pas acquiescé

à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. (Même art. 1211). Ainsi, le créancier peut rectifier sa demande, tant qu'un jugement de cette sorte n'a pas été rendu, ou qu'il n'y a pas eu acquiescement.

236. Le créancier qui reçoit divisément et sans réserve la portion de l'un des codébiteurs dans les arrérages ou intérêts de la dette, ne perd la solidarité que pour les arrérages ou intérêts échus, et non pour ceux à échoir, ni pour le capital, à moins que le paiement divisé n'ait été continué pendant dix ans consécutifs [1]. (Art. 1212.).

Et la perte de la solidarité n'a lieu dans ce cas, comme dans celui de l'article 1211, qu'à l'égard du débiteur ou des débiteurs qui ont ainsi payé divisément les arrérages ou intérêts de la dette sans réserve par le créancier. La solidarité est conservée à l'égard de ceux qui ont payé au delà de leur portion, ou qui n'ont rien payé, ou qui n'ont payé leur portion qu'avec réserve par le créancier de son droit de solidarité ou de ses droits en général.

Quant aux arrérages ou intérêts échus, dans les-

[1] On a jugé, à la cour de Rouen, et ensuite en cassation, par arrêt de rejet, et avec raison, que le créancier d'une ancienne rente foncière due par plusieurs solidairement, qui, dans un ordre ouvert sur l'un des débiteurs, avait consenti à recevoir une restitution partielle du capital de la rente, et, de plus, touché ultérieurement des autres débiteurs les arrérages réduits proportionnellement à la décroissance du capital, était réputé par là avoir consenti à la division de la dette; et, par suite, qu'il n'avait pu demander la résolution du contrat et le remboursement du capital de la rente, sous le prétexte que le paiement par lui reçu était contraire à la stipulation de solidarité. Arrêt du 18 mai 1832. (Devilleneuve, 32, 1, 653.)

quels le créancier a reçu divisément, et sans faire de réserve relative à la solidarité, la portion de l'un des débiteurs, ce débiteur est déchargé pour toutes les années auxquelles se rapportent les paiemens qu'il a faits, peu importe le nombre d'années pendant lesquelles il a ainsi payé divisément. La condition du paiement continué pendant dix ans consécutifs n'est relative qu'aux arrérages ou intérêts futurs et au capital, et non à ceux échus et payés par lui pour sa portion.

Mais pour les arrérages futurs et le capital, la réserve de la solidarité ou des droits en général, même dans une seule des quittances, conserve les droits du créancier dans toute leur étendue, et ce n'est plus que par une nouvelle série de paiemens divisés et reçus sans réserve pendant dix ans consécutifs à partir de celle où se rapporte la quittance donnée avec réserve, que ce débiteur peut acquérir la décharge de la solidarité pour l'avenir.

Et il faut bien remarquer que l'article 1212 ne se contente pas pour cela du paiement de dix années d'arrérages ou intérêts reçus sans réserve, d'où il suivrait que deux quittances, et même une seule, suffiraient pour établir la présomption de remise de la solidarité aussi bien pour l'avenir que pour le passé; l'article n'attache cette présomption qu'au *paiement divisé et continué des arrérages ou intérêts pendant dix ans consécutifs*. La continuité, dans les termes et dans l'esprit de la loi, tombe sur le paiement, et non pas seulement sur le nombre des années

dont les arrérages ont été payés. En effet, un ou plusieurs paiemens seulement, quoique faits de dix années d'arrérages, ne témoigne pas aussi fortement de la volonté du créancier de renoncer à la solidarité pour l'avenir, qu'une suite de paiemens continués pendant dix ans, et chaque année. Dans le premier cas, le défaut de réserve de la solidarité peut être l'effet d'une omission, ou de la réception de la portion des autres débiteurs qui ont payé les premiers. Dans le second cas, la persévérance du créancier à donner une série de quittances pendant dix années sans faire de réserve, atteste qu'il a renoncé, pour une cause ou pour une autre, à la solidarité à l'égard de ce débiteur.

Et comme, dans ce cas, il y a remise de la solidarité au profit de l'un ou de plusieurs des débiteurs, l'article 1215 est applicable. En conséquence, si, parmi les autres, il s'en trouve d'insolvables au moment où le créancier exige de ceux-ci le paiement des arrérages ou intérêts, ou le remboursement du capital, la perte résultant des insolvabilités se répartit entre ceux qui sont solvables et ceux ainsi déchargés de la solidarité. C'est donc lui qui supporte la perte pour la portion de ces derniers.

237. Puisque la remise de la solidarité expose ainsi le créancier à des pertes, il doit être capable de la faire, soit qu'elle ait lieu tacitement, soit qu'elle ait lieu expressément.

238. L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs,

qui n'en sont tenus entre eux chacun que pour sa part (art. 1213), c'est-à-dire, pour sa part virile.

239. En conséquence, le codébiteur d'une dette solidaire qui l'a payée en entier ne peut répéter contre les autres que les parts de chacun d'eux (Art. 1214.)

240. Et si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement. (*Ibid.*)

241. Ces principes ne sont toutefois applicables dans toute leur étendue qu'aux cas ordinaires; ils se modifient lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un ou plusieurs des coobligés seulement : alors ceux-ci sont tenus de toute la dette vis-à-vis des autres débiteurs, qui ne sont par rapport à eux que comme leurs cautions. (Art. 1216.)

C'est ce qui a lieu surtout dans le cas où l'un des débiteurs solidaires n'était ainsi obligé qu'en raison de sa responsabilité, comme le second mari de la mère tutrice, dans les cas prévus aux articles 395 et 396, et le subrogé tuteur dans celui de l'article 1442. La chose peut exister aussi dans beaucoup d'autres cas : par exemple, lorsque quatre individus empruntent solidairement une somme qui est prise seulement par deux d'entre eux, soit pour être employée à une affaire qui leur est commune, soit pour se la partager, le créancier ayant mieux aimé avoir les deux autres aussi pour obligés solidaires que comme simples cautions. Mais ceux-ci n'ont ni le bénéfice de

discussion ni celui de division, puisqu'ils sont obligés solidairement.

Dans cette espèce, si c'est un de ceux dans l'intérêt desquels seulement la dette a été contractée, qui l'a acquittée, il n'a aucun recours contre les deux débiteurs réputés cautions par rapport à lui ; il n'en a que contre le codébiteur de sa qualité; mais il l'a pour moitié.

Si la dette a été payée par l'un des débiteurs réputés cautions par rapport aux autres, ce débiteur a une action pour le tout contre chacun de ceux-ci (article 2030), comme subrogé au lieu et place du créancier ; mais contre celui de sa qualité, il n'a qu'une action divisée (art. 2033), et pour moitié, dans l'espèce. Nous disons *pour moitié*, et non pas pour un quart, parce que, dans la division de la dette entre les fidéjusseurs, après qu'elle a été acquittée par l'un d'eux, il est clair que l'on ne comprend point le débiteur ou les débiteurs principaux. Or, celui qui a fait le paiement et le codébiteur de sa qualité sont réputés cautions par rapport aux deux autres. Ceux-ci ne doivent donc pas être comptés dans cette division.

Enfin, si c'est un tiers qui a payé la dette, avec subrogation aux droits du créancier, il n'y a plus lieu à ces distinctions en ce qui le concerne : il a l'action solidaire contre chacun des codébiteurs ; mais pour le recours de celui qui a remboursé le tiers, l'on observe ces mêmes distinctions.

242. Quant aux lettres de change et billets à ordre, le porteur qui a rempli les obligations qui lui sont

imposées par le Code de commerce, a une action solidaire contre tous les endosseurs et le tireur ou souscripteur de l'effet, ainsi que contre les donneurs d'aval ou autres cautions. Et si c'est une lettre de change qui ait été acceptée, ou dont le tiré avait la provision à l'échéance [1], le porteur a également action solidaire contre lui. (Art. 140 et 187 du Code de comm.)

Le dernier endosseur qui a remboursé le porteur, a la même action contre eux (art. 167 *ibid.*), moins toutefois celui qui aurait mis son aval pour lui.

Si c'est le pénultième endosseur qui a remboursé l'effet, il a bien une action solidaire contre les endosseurs précédens, le tireur et l'accepteur, ainsi que contre les donneurs d'aval qui ont cautionné l'effet pour ceux-ci; mais il est clair qu'il n'en a point contre son cessionnaire, à qui il doit au contraire la garantie; et il n'en a point non plus contre celui qui a cautionné ce cessionnaire, par aval ou autrement, la garantie étant due à cette caution par celui qu'elle a cautionné, et par cela même par le cédant de ce dernier; ce qui rend parfaitement applicable la maxime *is quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

Il faut même le décider ainsi, encore que le donneur d'aval dont il s'agit n'eût pas restreint spécia-

[1] Dans ce dernier cas, le porteur n'a point, il est vrai, d'action de son chef contre le tiré qui n'a pas accepté, mais il en a une du chef du tireur qui avait fait la provision; et il a cette action sans partage avec les autres créanciers du tireur, attendu qu'il a tous les droits de celui-ci en ce qui concerne la lettre de change, et par conséquent la provision.

lement son cautionnement à l'engagement de ce cessionnaire, ayant de la sorte cautionné indistinctement tous les signataires de l'effet, par conséquent ceux aussi qui devaient la garantie à celui qui l'a payé. Il suffit pour cela que son aval ou cautionnement soit postérieur à la transmission opérée par celui qui l'a acquitté.

243. Dans tous les cas dont nous venons de parler, la subrogation a lieu de droit ; il n'y a pas besoin qu'elle soit consentie par le créancier : l'article 1251, n° 3, du Code civil porte en principe qu'elle existe également au profit de celui qui, étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter : ce qui s'applique par conséquent aux codébiteurs solidaires principaux, aux cofidéjusseurs, soit par rapport au débiteur principal, soit entre eux, et aux divers signataires et porteurs d'effets de commerce vis-à-vis de ceux contre lesquels ils ont un recours à exercer, et lorsqu'ils ont rempli les obligations que la loi leur imposait pour le conserver. Les tiers même qui ont payé ces effets par intervention sont aussi légalement subrogés aux droits du porteur, mais ils sont tenus des mêmes devoirs quant aux formalités à remplir pour conserver le recours. (Art. 159 Code de comm.)

La subrogation emporte, au profit du subrogé, les priviléges, hypothèques, cautionnement et toute autre garantie ou accessoire qui étaient attachés à la dette. (Art. 1250 Cod. civ.) Elle est de l'action telle qu'elle était dans la main du créancier, mais toute-

fois réduite, entre les débiteurs solidaires directs et principaux, ou entre les cofidéjusseurs, à la mesure de ce que chacun d'eux doit supporter dans la dette, soit quant à sa part, soit quant aux insolvabilités de tel ou tel d'entre eux. Mais lorsque c'est un tiers qui paie avec subrogation, légale ou conventionnelle, n'importe, ce tiers peut poursuivre chacun des débiteurs solidaires pour le total; et il a le même droit contre les cautions, sauf à ces cautions à lui opposer les bénéfices de discussion et de division dans les cas où elles auraient pu les opposer au créancier lui-même.

244. Mais comme la dette acquittée par l'un des débiteurs solidaires se divise, dans les cas ordinaires, entre lui et ses codébiteurs, il s'ensuit que quand même ce débiteur se serait fait consentir la subrogation par le créancier, il ne pourrait toujours poursuivre les autres que pour leur part et pour celle aussi qu'ils auraient à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux. Aujourd'hui, la subrogation conventionnelle n'a pas plus d'effet que la subrogation légale : l'article 875 le décide positivement entre les héritiers, afin que l'insolvabilité d'un ou plusieurs, dans le cas dont il s'agit dans cet article, ne soit pas supportée seulement par celui contre lequel le recours serait exercé, et qu'ainsi l'égalité qui doit subsister dans les partages ne soit par rompue. Or, la raison est absolument la même quant aux débiteurs solidaires. Ils ont dû compter sur le bénéfice du droit commun, d'après lequel la dette acquittée par l'un

d'eux se divise entre tous, et avec répartition des insolvabilités, s'il y en avait, bénéfice que le créancier n'a pu leur enlever.

Bien mieux, lors même que l'un d'eux aurait fourni une hypothèque sur ses biens, il ne devrait encore pouvoir être poursuivi, même hypothécairement, par le codébiteur qui a payé la dette, que pour sa portion et celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités, s'il y en avait; et cela, nonobstant le principe que l'hypothèque est indivisible dans ses effets. Il en serait de ce cas comme de celui de l'article 875, où l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre ses cohéritiers que pour la portion que chacun d'eux doit en supporter en définitive, *quand même il se serait fait subroger aux droits du créancier*. On suppose, en effet, dans le cas de cet article, que les autres héritiers sont aussi détenteurs de biens hypothéqués à la même dette, ou que la dette était indivisible sous quelque rapport, car, sans cela, chacun des héritiers n'en devant personnellement que sa part d'après le droit commun (art. 873 et 1220), il eût été bien inutile de porter une disposition pour établir que l'héritier qui avait payé au delà de la sienne ne pourrait néanmoins réclamer de son cohéritier que la part de celui-ci, quoiqu'il se fût fait subroger aux droits du créancier, puisque le créancier lui-même n'eût rien pu demander au delà à ce cohéritier [1]. C'est d'ailleurs ce qui résulte clairement de l'article 876,

[1] *Voyez* ce qui a été dit à l'appui de cette observation, au tome VII, n° 446 et suivans.

suivant lequel, en cas d'insolvabilité de l'un des cohéritiers ou successeurs à titre universel, sa part dans *la dette hypothécaire* est répartie entre tous les autres, au marc le franc; autrement l'égalité serait rompue entre les cohéritiers.

Or, il en est absolument de même dans le cas de dette solidaire entre plusieurs débiteurs: la part de celui d'entre eux qui se trouve insolvable est pareillement répartie entre les autres et celui qui a payé la dette (art. 1214), parce qu'en effet ils sont associés quant à cette dette, et que l'égalité doit de même subsister entre eux.

En vain objecterait-on que la dette, au moyen de la subrogation, existe encore entière, moins la part de celui qui l'a payée, et que les effets du gage ou de l'hypothèque sont indivisibles (art. 2077 et 2114) : à cela nous répondrions que, dans ce cas, comme dans celui de l'article 875, les effets de l'indivisibilité sont mesurés seulement sur le montant de l'action personnelle en recours contre chacun des débiteurs, afin d'éviter une inutile involution d'actions. En effet, de deux choses l'une : ou les autres codébiteurs ou cohéritiers sont solvables, et alors l'action hypothécaire n'a point paru au législateur devoir s'étendre au delà de la part dont est tenu celui qui est passible de cette action, parce que cela n'était point utile; ou ils ne le sont pas, et dans ce cas le débiteur ou l'héritier qui a payé la dette, ou qui l'a payée au delà de sa portion, peut forcer les autres à supporter leur part dans les insolvabilités,

ce qui conduit absolument au même résultat que celui qu'on obtient en ne donnant, à ce débiteur ou à cet héritier, l'action hypothécaire que pour la part dont il doit être tenu en définitive, y compris celle qu'il aurait à supporter dans les insolvabilités. Tel est le vrai motif qui a dicté la disposition de l'article 875, et il a la même force absolument dans les dettes solidaires. Supposons, par exemple, Primus, Secundus et Tertius débiteurs solidaires d'une dette de 30,000 fr. ; que Tertius ait fourni une hypothèque sur ses biens, et que Primus ait payé toute la dette : si celui-ci, au moyen de la subrogation, avait action hypothécaire contre Tertius pour 20,000 fr., et que Secundus fût insolvable, Tertius pourrait recourir contre lui Primus pour lui faire supporter sa part dans l'insolvabilité de Secundus, c'est-à-dire pour 5,000 fr. Or, puisque Primus serait garant de cette somme envers Tertius, il ne peut pas raisonnablement avoir contre lui une action pour cette même somme, d'après la maxime *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. En la lui accordant, avec l'hypothèque, pour 15,000 fr. seulement, qui est la part de Tertius dans la dette et sa part dans l'insovabilité de Secundus (en admettant encore que celui-ci soit insolvable), on la lui donne donc dans sa plus grande étendue possible, et le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque reçoit tous les effets qu'il peut recevoir en pareil cas. La subrogation reçoit pareillement les siens : il importe peu dès-lors qu'elle soit conventionnelle ou lé-

gale; l'article 875 en est bien la preuve, et le cas est parfaitement analogue.

Il en serait autrement, sans doute, comme nous l'avons dit, si c'était un tiers ou même une caution qui eût payé la dette, en supposant, dans le cas où ce serait la caution, que l'hypothèque n'eût point été établie sur les biens d'un autre cofidéjusseur, mais sur ceux de l'un des débiteurs solidaires : ce tiers ou cette caution aurait effectivement, au moyen de la subrogation, l'action hypothécaire pour le tout contre ce débiteur. Mais pourquoi cela? c'est parce qu'ils n'auraient ni l'un ni l'autre à supporter personnellement aucune part dans l'insolvabilité de tel ou tel des débiteurs, et par conséquent que l'action du créancier, auquel ils seraient subrogés, ne se trouverait pas ainsi virtuellement diminuée du montant de tout ce dont elle est diminuée dans le premier cas. Or, elle est diminuée, dans ce même cas, 1° de la part du débiteur qui a payé la dette; 2° de tout ce qu'il doit supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des autres débiteurs solidaires.

Tels sont les principes du Code, clairement manifestés par l'article 875, qui est applicable à tous les cas semblables, par exemple aussi à celui où l'un de plusieurs cofidéjusseurs de la même dette aurait fourni sur ses biens une hypothèque, et que la dette aurait été acquittée par un autre en totalité ou pour une plus forte portion que sa part virile, parce qu'il aurait renoncé au bénéfice de division, ou qu'il n'aurait pas jugé à propos de l'opposer. Dans ce cas aussi, la dette

se divise de plein droit entre les cofidéjusseurs (art. 2033), et, par argument des articles 876 et 1214, s'il y en a parmi eux d'insolvables, la part de ceux-ci se répartit entre ceux qui sont solvables et celui qui a payé la dette.

245. Lorsque la dette est payable en plusieurs termes, par exemple en trois paiemens, d'année en année, il n'est pas douteux que celui des débiteurs qui a payé le premier terme ne puisse exercer de suite son recours contre les autres, pour qu'ils aient à lui rembourser leur part dans ce qui a été payé, quand bien même cette somme n'excéderait pas la portion de ce débiteur dans toute la dette; autrement il ne jouirait pas du bénéfice du terme dans toute son étendue; les autres en profiteraient seuls, ce qui ne serait pas juste.

Mais lorsque la dette est devenue exigible en totalité, et que le créancier ayant bien voulu consentir à recevoir un paiement partiel, l'un des débiteurs a payé au delà de sa part, par exemple les trois quarts de la dette quand il y avait trois débiteurs, ou 18,000 fr. sur une dette de 24,000 fr., il n'est pas douteux, non plus, que ce débiteur ne puisse recourir de suite contre les deux autres, au moins pour 2,000 fr. chacun, puisqu'ils sont nécessairement libérés de cette somme vis-à-vis du créancier. La question ne peut offrir de doute que pour l'excédant.

Mais pour cet excédant, il ne peut, selon nous, demander à l'un ou l'autre, à son choix, les 8,000 fr. qui formeront la part de chacun d'eux, car ils sont

encore l'un et l'autre soumis à l'action du créancier pour les 6,000 fr. qui restent dus, ce qui donnerait à celui qui serait obligé de les payer, et au cas où l'autre serait insolvable, le droit de recourir pour cette insolvabilité contre celui auquel il aurait remboursé ces 8,000 fr. D'un autre côté, il ne faut pas non plus s'attacher exclusivement à la possibilité de ce recours, pour conclure de là que le débiteur qui a fait le paiement des 18,000 fr., ne peut se faire rembourser de chacun de ses codébiteurs sa part dans ce qui a été payé, ou 6,000 fr. ou tout au moins sa part dans ce qui excédait la portion du premier dans la dette, c'est-à-dire 5,000 fr. On doit envisager les trois débiteurs collectivement comme associés quant à la dette, et considérer le paiement de 18,000 fr. fait par l'un d'eux comme l'ayant été dans l'intérêt de tous, en ce qu'il a réellement diminué la dette de chacun d'eux envers le créancier; cette libération commune, quoiqu'elle ne soit pas intégrale, est donc comme une affaire de société faite par l'un des associés, et en conséquence le montant des 18,000 fr. payés doit se répartir dès à présent entre les trois débiteurs; d'autant mieux que l'obligation de chacun d'eux envers le créancier pour les 6,000 fr. qui lui restent dus est absolument la même.

246. Nous terminerons nos observations sur cette matière importante et difficile, par la question de savoir si le débiteur solidaire qui a payé la dette a droit, sans demande, aux intérêts des sommes qu'il a déboursées pour les parts de ses codébiteurs?

Le mandataire qui a fait des avances a droit aux intérêts des sommes par lui déboursées, à partir du jour des avances constatées (art. 2001) ; et la caution qui a payé la dette a droit aussi aux intérêts de ses déboursés (art. 1153, 2028). Le cautionnement donné du consentement du débiteur n'est d'ailleurs rien autre chose qu'un mandat. Or, les débiteurs solidaires sont cautions les uns des autres, et ils se donnent réciproquement mandat de payer la dette. Les raisons sont donc les mêmes pour que celui qui a payé la part des autres dans cette dette ait droit aux intérêts de ses déboursés. Peu importe que l'article 1153 dise que, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit, et qu'aucune des dispositions relatives à la solidarité entre débiteurs en matière civile ne s'explique sur ces intérêts ; le Code contient dans d'autres titres le principe sur lequel repose cette décision, et cela suffit.

SECTION V.

DES OBLIGATIONS DIVISIBLES ET INDIVISIBLES.

SOMMAIRE.

247. *L'exécution des obligations présente souvent de graves difficultés lorsque le débiteur ou le créancier meurt avant que l'engagement soit acquitté, en laissant plusieurs héritiers. Dumoulin, dans son traité sur ce sujet, n'a pas levé tous les doutes.*

248. *Pothier a suivi la théorie de Dumoulin, en la résumant, et les*

rédacteurs du Code se sont généralement attachés aux solutions de ces auteurs.
249. *Division de la matière.*

247. Souvent l'exécution de l'obligation présente de graves difficultés, à raison de la nature de la chose qui en fait la matière, lorsque le débiteur ou le créancier meurt laissant plusieurs héritiers avant que l'engagement ait été acquitté. Ces cas sont ceux où l'obligation est indivisible sous quelque rapport.

Dumoulin, dans son traité *de dividuis et individuis*, qu'il a appelé aussi, peut-être avec un peu trop de confiance, *extricatio labyrinthi*, a développé ce sujet avec sa profondeur accoutumée, et les savantes explications qu'il en a données, d'après l'analyse qu'il a faite des lois romaines qui s'y rapportent, sont devenues pour ainsi dire autant de règles de la matière. Cependant, il n'a pas dissipé toutes les obscurités qui l'environnent, et l'indivisibilité des obligations est encore le sujet le plus épineux du Droit.

248. Avant de composer son traité *des Obligations*, Pothier avait fait un extrait du travail de Dumoulin, et il a consacré dans son ouvrage les principales règles qu'avait tracées ce grand jurisconsulte pour servir à l'intelligence de cette matière abstraite. Les rédacteurs du Code civil ont en général adopté la théorie de Dumoulin d'après l'analyse qu'en a présentée Pothier ; en sorte que l'on peut regarder l'ouvrage de ce dernier comme le guide le plus sûr dans l'interprétation des articles du Code sur la divisibilité et l'indivisibilité des obligations. Ce n'est pas là une simple re-

marque, c'est une observation importante, attendu que, dans les doutes nombreux qu'ils font naître, nous aurons souvent occasion d'appuyer nos opinions de celles de ces savans jurisconsultes.

L'on voit en effet que les principes qui sont établis par le Code sur ce sujet se trouvent tous exposés dans le même ordre dans l'ouvrage de Pothier, et que les exceptions ou modifications que souffrent ces mêmes principes, sont celles qu'il a lui-même reconnues; tellement que nulle part les rédacteurs du Code ne se sont attachés avec plus de soin à suivre la doctrine de cet auteur et à la résumer en dispositions législatives.

249. Nous diviserons la matière en trois paragraphes.

Dans le premier, nous considérerons les obligations divisibles et indivibles d'une manière générale;

Dans le second, nous parlerons des effets des obligations divisibles;

Et dans le troisième, de l'effet des obligations indivisibles.

§ Ier.

Des obligations divisibles et indivisibles considérées sous un point de vue général.

SOMMAIRE.

250. *Quelle est l'obligation divisible.*

251. *La divisibilité de l'obligation est matérielle ou intellectuelle.*

252. *Quelles sont les obligations indivisibles : elles peuvent avoir pour objet des droits ou choses incorporelles, ou des faits.*

253. *L'obligation de ne pas faire est tantôt divisible, tantôt indivisible, selon l'objet.*

254. *C'est uniquement l'objet de l'obligation, et non pas l'utilité qu'elle peut procurer aux créanciers, ou la charge qu'elle impose aux débiteurs, qui la rend divisible ou indivisible.*

255. *Définition des obligations divisibles ou indivisibles d'après l'article* 1217 *du Code.*

256. *Mais le Code, dans l'article* 1218, *regarde aussi comme indivisibles des obligations qui seraient divisibles d'après l'article* 1217, *et d'après l'article* 1221, *n*os. 2 *et* 5.

257. *Cela jette une grande confusion dans la matière, et il en résulte des oppositions difficiles à lever.*

258. *On aurait pu éviter cette confusion, et comment.*

259. *En général, les droits de servitude sont indivisibles : conséquences.*

260. *Modification quant aux prises d'eau, en ce sens qu'elles peuvent se diviser* mensurâ aut temporibus.

261. *Diverses obligations de faire, et d'autres de donner ; les premières peuvent être divisibles lorsqu'elles sont de faire plusieurs choses de la même espèce.*

262. *L'obligation de fournir une journée de travail est indivisible ; conséquences.*

263. *Celle de livrer un fonds,* fundum tradi, *considérée sous deux rapports ; sous l'un elle est indivisible, sous l'autre elle est divisible.*

264. *Analyse de la loi* 85, *ff.* de verb. oblig., *où l'on établit quatre sortes d'obligations sous le rapport de la divisibilité ou de l'indivisibilité ; diverses solutions relatives à l'obligation de garantie.*

265. *Si l'exception de garantie est divisible ou indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur ; droit ancien sur ce point; arrêts sous le Code ; discussion : selon l'auteur elle est divisible.*

266. *La solidarité ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité, et,* vice versâ, *l'indivisibilité ne donne point à l'engagement le caractère de solidarité : principales différences dans les effets.*

267. *Par obligation* indivisible, *l'article* 2249 *entend-il aussi celles qui ont pour objet la restitution ou le paiement d'un corps certain, et celles qui ne sont indivisibles que relativement au paiement, et à raison de l'intention des contractans ? non, selon l'auteur.*

250. Une obligation divisible est celle qui a pour objet une chose divisible. Une obligation indivisible est celle qui a pour objet une chose indivisible. Mais quoiqu'une obligation ne soit pas encore divisée, elle n'en peut pas moins être divisible ; il suffit pour cela qu'elle puisse se diviser [1]. Du vivant du créancier et du débiteur, l'obligation d'une somme d'argent, par exemple, n'est point divisée, du moins généralement ; mais à la mort de l'un ou de l'autre, elle se divisera entre ses héritiers (art. 1220). L'obligation d'une somme, contractée par plusieurs solidairement, est une obligation indivisée, et néanmoins elle est divisible, et se divisera entre les héritiers du créancier, et même entre les héritiers de l'un ou de l'autre des débiteurs, attendu que la solidarité n'imprime point à l'obligation le caractère d'indivisibilité (art. 1219), ainsi que nous le démontrerons plus loin avec plus de développement.

Une obligation divisible est donc celle qui est susceptible de parties, qui peut être due à plusieurs ou par plusieurs pour des parts égales ou inégales, n'importe, et c'est l'objet de cette obligation, sa divisibilité ou son indivisibilité, qui déterminera le

[1] Dumoulin, *Tract. de divid. et indiv. part.*, 3, n° 7 *et seq.* Pothier, *des Oblig.*, n° 288.

Mais si c'était un droit de vue ou de passage dont vous fussiez garant envers le tiers, ma promesse envers vous de ne point le troubler dans l'exercice de cette servitude serait une obligation indivisible *in non faciendo*; et si l'un de mes héritiers seulement le troublait, l'obligation aurait son effet pour le tout, et contre chacun de mes héritiers, suivant toutefois les limitations établies dans l'article 1225, que nous développerons ultérieurement.

254. Du reste, comme l'observe aussi Pothier, d'après Dumoulin, c'est la chose même ou le fait objet de l'obligation qu'on doit uniquement considérer pour décider si l'obligation est divisible ou indivisible, et non pas l'utilité qui en revient au créancier, ni le détriment, *onus et diminutio patrimonii*, qui en résulte pour le débiteur; autrement il n'y aurait aucune obligation qui ne fût divisible. D'où il suit que, si deux copropriétaires d'une maison se sont obligés envers les deux copropriétaires de la maison voisine, d'imposer une servitude sur la leur au profit de cette maison voisine, l'obligation est indivisible, parce que le droit de servitude qui en fait l'objet est quelque chose d'indivisible, quoique l'utilité qui en résulte pour chacun de ceux au profit desquels la promesse a été faite, ou le détriment qu'en souffrent ceux qui l'ont consentie, puisse s'évaluer à une somme, chose très-divisible. C'est ce qu'enseigne clairement Dumoulin, *ibid.*, p. 2, n° 119 : « *Cùm hic effectus sit quid remotum et separatum à substantiâ obligationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua*

penès effectum, sed secundùm se, et secundùm naturam rei immediatè in eam deductœ. »

253. Le Code civil consacre ces principes généraux dans l'article 1217, ainsi conçu : « L'obligation est « divisible ou indivisible, selon qu'elle a pour objet « ou une chose, qui dans sa livraison, ou un fait qui « dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de di- « vision, soit matérielle, soit intellectuelle. »

Toutes les fois donc, d'après cette définition, que la chose ou le fait est susceptible de division, soit matérielle, comme une somme d'argent, ou la façon de cent aunes de toiles; soit intellectuelle, comme un cheval, une statue, l'obligation est divisible; et toutes les fois, au contraire, que la chose ou le fait est indivisible sous l'un et sous l'autre rapports, comme la promesse d'un droit de vue ou de passage [1], ou un voyage à faire en telle ville, l'obligation est indivisible. Tel est le sens précis de cet article 1217.

L'indivisibilité qu'il définit est l'indivisibilité proprement dite, celle qui résulte *naturâ rei debitæ*, que Dumoulin appelait *individuum contractu*, et Pothier indivisibilité *absolue*, pour indiquer qu'il n'était même pas possible aux contractans de faire que l'obligation fût divisible, ayant une telle chose ou un tel fait pour objet.

256. Toutefois, les rédacteurs du Code ne s'en sont point tenus à ce principe général : ils ont reconnu aussi, comme les auteurs que nous venons de

[1] L. 72, *Princip.*, ff. *de Verb. oblig.*

Mais si c'était un droit de vue ou de passage dont vous fussiez garant envers le tiers, ma promesse envers vous de ne point le troubler dans l'exercice de cette servitude serait une obligation indivisible *in non faciendo;* et si l'un de mes héritiers seulement le troublait, l'obligation aurait son effet pour le tout, et contre chacun de mes héritiers, suivant toutefois les limitations établies dans l'article 1225, que nous développerons ultérieurement.

254. Du reste, comme l'observe aussi Pothier, d'après Dumoulin, c'est la chose même ou le fait objet de l'obligation qu'on doit uniquement considérer pour décider si l'obligation est divisible ou indivisible, et non pas l'utilité qui en revient au créancier, ni le détriment, *onus et diminutio patrimonii,* qui en résulte pour le débiteur ; autrement il n'y aurait aucune obligation qui ne fût divisible. D'où il suit que, si deux copropriétaires d'une maison se sont obligés envers les deux copropriétaires de la maison voisine, d'imposer une servitude sur la leur au profit de cette maison voisine, l'obligation est indivisible, parce que le droit de servitude qui en fait l'objet est quelque chose d'indivisible, quoique l'utilité qui en résulte pour chacun de ceux au profit desquels la promesse a été faite, ou le détriment qu'en souffrent ceux qui l'ont consentie, puisse s'évaluer à une somme, chose très-divisible. C'est ce qu'enseigne clairement Dumoulin, *ibid.*, p. 2, n° 119 : « *Cùm hic effectus sit quid remotum et separatum à substantiâ obligationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua*

penès effectum, sed secundùm se, et secundùm naturam rei immediatè in eam deductœ. »

253. Le Code civil consacre ces principes généraux dans l'article 1217, ainsi conçu : « L'obligation est « divisible ou indivisible, selon qu'elle a pour objet « ou une chose, qui dans sa livraison, ou un fait qui « dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de di- « vision, soit matérielle, soit intellectuelle. »

Toutes les fois donc, d'après cette définition, que la chose ou le fait est susceptible de division, soit matérielle, comme une somme d'argent, ou la façon de cent aunes de toiles; soit intellectuelle, comme un cheval, une statue, l'obligation est divisible; et toutes les fois, au contraire, que la chose ou le fait est indivisible sous l'un et sous l'autre rapports, comme la promesse d'un droit de vue ou de passage [1], ou un voyage à faire en telle ville, l'obligation est indivisible. Tel est le sens précis de cet article 1217.

L'indivisibilité qu'il définit est l'indivisibilité proprement dite, celle qui résulte *naturâ rei debitæ,* que Dumoulin appelait *individuum contractu,* et Pothier indivisibilité *absolue*, pour indiquer qu'il n'était même pas possible aux contractans de faire que l'obligation fût divisible, ayant une telle chose ou un tel fait pour objet.

256. Toutefois, les rédacteurs du Code ne s'en sont point tenus à ce principe général : ils ont reconnu aussi, comme les auteurs que nous venons de

[1] L. 72, *Princip.*, ff. *de Verb. oblig.*

citer, qu'une obligation peut être indivisible sous d'autres rapports. Ainsi, suivant l'article 1218, « l'obligation est *indivisible,* quoique la chose ou le « fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, « si le rapport sous lequel elle est considérée dans « l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution « partielle. »

Cette disposition renferme évidemment plusieurs cas où l'obligation serait indivisible : elle comprend notamment celui où l'objet, quoique susceptible de division intellectuelle, serait un corps certain, qui, par sa nature, ne pourrait être livré par parties, comme un cheval, une statue ; car il est clair que les contractans n'ont point entendu que cet objet pourrait se livrer partiellement : la chose n'est même pas possible. Dumoulin appelait ce cas d'indivisibilité, *individuum obligatione*, en ce que, bien que l'obligation, dans ce cas, soit divisible *jure inter heredes,* néanmoins elle est indivisible *executione, seu traditione rei.*

Cette disposition renferme aussi les obligations qui ne sont indivisibles que parce que les parties l'ont ainsi voulu, et à raison seulement de la manière dont elles seraient exécutées : telle est la promesse de livrer un terrain nécessaire à la construction d'un certain édifice, ou même une somme d'argent pour une destination spéciale, par exemple pour tirer un débiteur de prison.

C'est le cas de l'indivisibilité de paiement seulement, *individuum solutione*, disait Dumoulin ; et

cette espèce d'indivisibilité est toujours renfermée dans celle qu'il appelait *individuum obligatione*.

257. Mais en voulant exprimer, dans ces articles 1217 et 1218, les *causes* à raison desquelles une obligation peut être indivisible, les rédacteurs du Code ont mis par le fait ces deux articles en opposition l'un avec l'autre, et, de plus, ils ont mis le dernier en contradiction formelle avec les n^os^ 2 et 5 de l'article 1221.

D'abord, il y a opposition entre les articles 1217 et 1218 en ce qu'un cheval, par exemple, est la matière d'une obligation divisible d'après l'article 1217, et celle d'une obligation indivisible d'après l'article 1218.

C'est la matière d'une obligation *divisible* d'après l'article 1217, puisqu'un cheval est susceptible de division intellectuelle, qu'il peut appartenir à plusieurs pour des parts, même inégales, être l'objet d'une licitation entre les divers copropriétaires, et que chacun peut aussi vendre séparément la part qu'il a dans ce cheval : toutes choses qui ne peuvent avoir lieu à l'égard d'un droit de servitude, par exemple, attendu qu'une servitude ne peut s'établir pour partie, ni être exercée pour partie. Les articles 789 et 790 ne sauraient consacrer cette indivisibilité d'une manière plus formelle, d'après les effets qu'ils lui font produire. Il est clair, en effet, que, en considérant la servitude en elle-même, abstraction faite du fonds pour lequel elle a été stipulée, et de l'utilité dont elle peut être pour chacun des copropriétaires

de ce fonds, cette servitude n'est susceptible d'aucune division, même intellectuelle, entre ces divers copropriétaires; qu'elle n'appartient à aucun d'eux pour une part, qu'elle ne saurait non plus être par elle-même l'objet d'une licitation entre eux, car aucun d'eux ne ferait le sacrifice d'un sou pour être réputé l'avoir à lui seul, tant qu'ils laisseront le fonds en commun.

Mais un cheval est l'objet d'une obligation *indivisible* d'après l'article 1218, puisqu'évidemment les parties ont considéré comme n'étant pas susceptible d'exécution partielle l'engagement qui a une telle chose pour objet.

De plus, l'article 1939 porte: « Si la chose dépo-« sée est indivisible, les héritiers doivent s'accorder « entre eux pour la recevoir. » Or, n'entend-on pas généralement par là le cas où le dépôt serait d'un corps certain, comme un tableau, un cheval, un diamant, etc., etc., choses non susceptibles de division matérielle sans destruction de la substance, mais néanmoins très-susceptibles de division intellectuelle? Cela n'est pas douteux; aussi c'est cette espèce d'indivisibilité que Dumoulin a appelée *individuum obligatione*, mais qui est plutôt telle *ratione solutionis*, et divisibilité *jure*. Nous verrons successivement en quoi elle diffère de l'indivisibilité absolue, par rapport aux héritiers du débiteur.

Nous disons *généralement*, car le dépôt de certains titres, comme ceux relatifs à l'état d'une personne, serait évidemment d'une chose indivisible; mais le

dépôt d'un billet serait d'une chose divisible en considérant la chose représentée par le billet, et d'un corps certain en considérant ce billet lui-même.

L'opposition entre l'article 1218 et 1221, nos 2 et 5, paraît encore plus manifeste, s'il est possible. Le cas du n° 2 est celui où la dette est d'un corps certain en général, ce qui comprend par conséquent le cas du cheval dont il vient d'être parlé; celui ou plutôt ceux du n° 5, sont les cas « où il résulte, soit de « la nature de l'engagement, soit de la chose qui en « fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans « le contrat, que l'intention des contractans a été que « la dette ne pût s'acquitter partiellement. » Or, dans ces cas, qui constituent des obligations *indivisibles* d'après l'article 1218, l'obligation, au contraire, est *divisible* suivant l'article 1221.

Elle est divisible, premièrement, parce que ce dernier article est placé sous la rubrique du § 1er, ainsi conçu : *de l'effet des obligations divisibles.* Elle est divisible, secondement, parce que, après que l'article 1220 a eu réglé les effets des obligations divisibles entre les contractans et leurs héritiers, cet article 1221 ajoute: « Le principe établi dans l'article pré- « cédent reçoit exception, etc. ; » or, l'on ne peut raisonnablement faire exception à un principe que pour des cas qui, sans cette exception, se seraient trouvés régis par ce principe: c'est là une des règles les plus vulgaires de la logique. Donc il est question d'obligations *divisibles* dans les nos 2 et 5 de l'article 1221, comme dans les autres numéros du même ar-

ticle; donc il y a opposition avec l'article 1218, qui qualifie *indivisibles* ces mêmes obligations. Seulement les effets de l'obligation d'un corps certain sont modifiés, en ce sens que l'héritier détenteur de l'objet peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours, s'il y a lieu, contre ses cohéritiers; mais c'est ce qui prouve encore que l'obligation n'est point indivisible, puisque l'action pour le tout n'est donnée ici que contre le détenteur seulement, tandis que dans les obligations indivisibles, chacun des débiteurs ou des héritiers du débiteur peut être poursuivi pour le tout (art. 1222 et 1223), sauf, pour l'héritier attaqué, le recours contre les autres, et le droit à lui accordé de mettre en cause ses cohéritiers, pour faire diviser la condamnation aux dommages-intérêts pour inexécution, si la dette n'était pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui, ainsi que nous l'expliquerons plus loin.

258. On aurait pu éviter cette confusion, qui complique les difficultés de la matière; pour cela, il suffisait de reconnaître, 1° qu'il y a des obligations d'une indivisibilité absolue, c'est-à-dire des obligations ayant pour objet une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui dans son exécution, n'est susceptible d'aucune espèce de division, même intellectuelle, 2° qu'il y en a d'une divisibilité également absolue, et c'est le plus grand nombre; mais 3° qu'il en est d'autres aussi qui, à raison de certaines circonstances, ne soumettent point les divers débiteurs ou leurs héritiers, aux règles seulement des obliga-

tions divisibles proprement dites, mais qui ont, au contraire, des effets communs avec ceux des obligations indivisibles. Aussi la loi 2, § 1, ff. *de Verb. oblig.* en fait-elle une troisième espèce, une espèce mitoyenne entre les obligations divisibles et les obligations indivisibles; nous en verrons même bientôt d'une quatrième sorte, en expliquant la loi 85, ff. au même titre.

C'est bien certainement ce qu'on a voulu dire, mais on n'a pas assez clairement expliqué la chose dans le Code, parce qu'on a donné aux obligations dont parle l'article 1218, et au dépôt dans certains cas, la qualification d'obligations indivisibles; tandis que dans l'article 1221, n^os^ 2 et 5, on considère, au contraire, ces obligations comme divisibles: toutefois, dans ce dernier numéro, avec les effets de l'obligation indivisible proprement dite, en tant que le créancier peut demander le tout à chacun des héritiers du débiteur; ce qui, encore une fois, jette beaucoup d'obscurité sur cette matière déjà si compliquée, et fait naître plusieurs questions, notamment celles de savoir, 1° si l'héritier poursuivi pour le tout dans les cas du n° 5 ne peut pas du moins, comme si l'obligation était d'une indivisibilité absolue, user de la faculté accordée par l'article 1225, d'appeller ses cohéritiers en cause pour faire diviser entre eux et lui la condamnation, lorsqu'il ne serait pas le seul qui, à raison de la nature de l'engagement, pût l'exécuter, ce qui, du reste, sera bien rare dans ces mêmes cas; et 2° si l'article 2249, qui décide que

la prescription interrompue contre l'un des héritiers débiteur est censée l'avoir été pareillement contre les autres, lorsque la dette est *indivisible*, est applicable à ces sortes de cas.

Mais nous discuterons ces points ultérieurement.

259. Parcourons maintenant quelques cas où il y a plus ou moins de doute sur la nature de l'obligation.

Nous avons dit qu'un droit de servitude en général, comme un droit de passage ou de vue, est indivisible [1]. En effet, en considérant la servitude pour ce qu'elle est, comme une qualité du fonds au profit duquel elle a été constituée [2], il est clair qu'elle n'est pas susceptible de parties, même intellectuelles, quoique ce fonds appartînt à plusieurs. Il est impossible de concevoir dans une servitude de vue, de passage, un objet à partager, ou même à liciter, bien que le fonds lui-même fût très-divisible. Aussi tant que durera l'indivision du fonds, la jouissance de l'un des propriétaires conservera le droit des autres (art. 709); et si la prescription n'a pu courir contre l'un d'eux, parce qu'il était mineur, elle aura pareillement été suspendue à l'égard des autres (art. 710) : de là cette maxime, *in individuis*, *minor relevat majorem* [3]. En effet, celui qui a joui de la servitude, ou contre lequel la prescription n'a pu courir, est censé avoir joui du droit

[1] L. 80, § 3, ff. *ad Legem falcid.*; et L. 72, *Princip.* ff. *de Verb. oblig.*

[2] L. 86, ff. *de Verb. signif. Voyez* tome V, n° 475.

[3] *Voyez* la loi 10, *Princip.* ff. *Quemad. servit. amitt.*, et au tome V, n° 470 et suiv., et 688.

pour le tout, ou avoir conservé le droit pour le tout, puisqu'il ne pouvait le conserver en partie seulement, la chose n'étant pas susceptible de parties.

Mais quand le fonds est divisé, alors il y a autant de fonds qu'il y a de parties, et la servitude se maintient au profit de toutes [1], de manière toutefois que la condition du fonds assujetti n'en soit point aggravée (art. 700); et celle de ces portions qui reste, pendant le tems déterminé par la loi, privée de la jouissance de la servitude, perd le droit qu'elle avait [2].

260. Cependant, quant aux prises d'eau, on peut, en ce qui touche leur exercice [3], les considérer comme des droits susceptibles de division, *mensurâ aut temporibus* [4]; par exemple, si votre fonds est assujetti envers le mien à un droit de prise d'eau, et que je vende mon héritage à deux personnes, ou que je laisse plusieurs héritiers, ils pourront, en le partageant, partager aussi la prise d'eau, soit en en divisant le volume, soit en convenant, si la quantité n'en est pas assez considérable, qu'ils en jouiront alternativement, à des jours réglés. Mais tant que le fonds auquel est due cette prise d'eau ne sera point divisé, ce droit sera considéré comme indivisible, même intellectuellement, parce qu'il n'est qu'une *qualité* et non une *partie,* même intellectuelle, du dit fonds.

Si un testateur qui a un cours d'eau dans son héri-

[1] Voir la loi 6, au même titre.
[2] Même loi. *Voyez* aussi au même volume, nos 471 et 689.
[3] Voir au même volume, no 372.
[4] L. 4, § 1, et L. 19, § 4, ff. *Communi divid.*

tage, lègue le droit à ce cours d'eau à deux voisins, chacun d'eux aura action contre l'autre pour faire diviser l'eau *mensurâ aut temporibus,* ainsi que l'explique Pothier *ad Pandectas*, sur la loi 19 § 4, *Communi dividundo.*

261. Les obligations *de faire* sont d'une foule de sortes. Les unes, notamment, consistent à faire plusieurs choses de même espèce, comme vingt tonneaux, ou un même objet susceptible d'être divisé en autant de parties que l'on voudra, comme la confection d'une pièce de toile; d'autres consistent aussi dans un ouvrage formant par lui-même un seul objet qui ne peut être considéré *in suo genere et cum suâ formâ,* qu'autant qu'il est achevé : comme un théâtre, un navire, une statue.

Les obligations de faire des choses qui peuvent se livrer au fur et mesure de leur confection, par pièces, poids ou mesure, sont divisibles; cela est si vrai que l'article 1791 porte que lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties, et elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.

Toutefois, dans l'obligation de faire un ouvrage composé de plusieurs pièces, comme celle de faire vingt tonneaux, ce n'est qu'en considérant le nombre ou la quantité de pièces que l'obligation est divisible : car chaque pièce en elle-même est une chose indivisible, puisqu'elle consiste dans un ouvrage qui ne peut être considéré comme accompli pour aucune

partie, que lorsqu'il est complet et achevé, *opus consummatum et perfectum*. D'où il ne faut cependant pas conclure qu'il y a dans ce cas vingt obligations, et indivisibles, comprises dans une obligation divisible ; car ce serait presque aussi absurde que de dire que, dans l'obligation de donner une certaine somme ou un tas d'écus *qui sunt in conspectu*, il y a autant d'obligation qu'il y a de deniers. (L. 29, *princip.* ff. *de Verb. oblig.*)

Mais suivant ce texte, lorsqu'il y a plusieurs sommes ou plusieurs choses promises, quoique ce soit par le même acte, il y a autant d'obligations que de sommes : « *in stipulationibus tot esse stipulationes quot, summæ sunt, totque esse stipulationes quot species sunt* » cela veut dire que s'il a été convenu que le débiteur paiera, par exemple, 100 et 50, ou s'il est convenu qu'il paiera le cheval rouge et le cheval blanc, il y a deux promesses, dont l'une ne porte aucune atteinte à l'autre. La loi 140 *princip.*, au même titre, décide la même chose.

Au contraire, si je stipule une collection d'objets, comme un troupeau, un attelage, votre bibliothèque, il n'y a qu'une seule obligation pour tous les corps compris dans cette collection. Et si votre auteur m'a fait différens legs, et que je stipule de vous que vous me les paierez tous, il n'y a également qu'une seule stipulation, parce que c'est la généralité des legs qui m'ont été faits qui est l'objet unique de la convention. (Même loi 29, *de Verb. oblig.*)

Dans une vente de plusieurs objets pour un

seul et même prix, il n'y a aussi qu'une vente, quand même ces objets seraient d'espèces différentes, comme tel pré et telle vigne. (L. 44, ff. *de Contrah. empt.* L. 17, ff. *de in diem addict.* L. 34, ff. *de œdil. edicto.*) Cependant il y a lieu à l'action en garantie pour une seule espèce évincée comme pour plusieurs ou pour toutes. (L. 72, *in fine,* ff. *de Evictionib.*)

L'obligation de faire un certain ouvrage qui ne peut être propre à remplir sa destination qu'autant qu'il est achevé, comme celle de faire un tonneau, une montre, un théâtre, une salle de bain, une maison, est une obligation indivisible, parce que l'on ne considère pas le fait passager et successif de la confection ou de la construction, l'addition d'une matière à une autre; l'on considère l'ouvrage dans son ensemble et dans sa perfection : tellement que, tant qu'il reste quelque chose à faire pour qu'il puisse être regardé comme achevé, il est vrai de dire qu'il n'est fait pour aucune partie [1]. C'est ce qui a fait dire à Caïus, dans la loi 80, § 1, ff. *Ad legem falcidiam*, que, si un testateur a imposé à ses héritiers l'obligation de faire un certain édifice dans telle ville, le legs est indivisible : « *Legatum individuum videtur; neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit, non dederit.* » En conséquence, chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout, sauf à diviser la condamnation aux dommages-inté-

[1] L. 2, § 1, *de præt. stipul.* Cujas, sur la loi 85, ff. *de Verb. oblig.*

rêts entre l'héritier poursuivi et ses cohéritiers, s'il les a mis en cause, conformément à l'article 1225.

262. D'après cela, l'on doit décider que l'obligation de fournir une journée de travail est indivisible, en telle sorte que, si l'ouvrier s'est retiré du travail avant midi ou même après, mais avant la fin de la journée, il n'est libéré de son obligation pour aucune partie, sauf, en l'accomplissant ensuite par une journée complète, à se faire payer le prix du tems qu'il a d'abord employé. En effet, ce qu'il avait promis n'était pas *officium horarium*, mais *officium diurnum*. (L. 3, § 1, et L. 15. ff. *de Oper. libert.*) Toutefois, les circonstances de la cause pourraient faire considérer le travail de deux demi-journées à des jours différens comme l'emploi d'une journée continue; l'intention des parties est toujours la règle à suivre; et si l'ouvrier avait simplement promis douze heures de travail, par exemple, il pourrait exécuter son obligation en plusieurs jours; mais il devrait au moins employer une heure à chaque fois.

263. Suivant Ulpien, dans la loi 72, ff. *de Verb. oblig.*, l'obligation de livrer un fonds, *fundum tradi*, est indivisible, comme celle *fossam fodiri, insulam fabricari, vel si quid simile.*

Dumoulin [1], après avoir rapporté dix-sept opinions différentes qui tendent à concilier la décision d'Ulpien avec celle que ce même jurisconsulte donne dans la loi 3, § 3, ff. *Commod. vel contrà*, où il dit que l'obligation de restituer une chose prêtée à usage

[1] *Tract. de Divid. vel individ.*, § 2, n° 279 *ad num.* 359.

est divisible, et ne produit, en conséquence, contre chacun des héritiers de l'emprunteur une action que pour sa part héréditaire, sauf que le détenteur peut être poursuivi pour le tout; Dumoulin, disons-nous, prétend, pour concilier ces textes, qu'Ulpien, dans la loi 72, a considéré l'obligation *fundum tradi*, accompagnée de quelque circonstance particulière qui la rendait indivisible dans la demande, parce qu'elle l'était dans l'exécution, c'est-à-dire, suivant Dumoulin, que le fonds avait une destination spéciale, qui exigeait qu'il fût livré entier, et par cela même *indivisibiliter*: comme serait un emplacement nécessaire à une construction: «*eum fundum tradi, non simpliciter sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo.* D'où il suivrait, d'après le même auteur, que, hormis cette circonstance, ou toute autre analogue, l'obligation de livrer un fonds, comme celle de restituer une chose prêtée à usage ou confiée à dépôt, ou remise à gage, serait une obligation divisible.

Nous adoptons bien la décision de Dumoulin quant à ce dernier point, et c'est aussi celle de Pothier (n° 295); mais cela ne concilie réellement pas les deux textes du Droit romain, parce que rien n'indique, dans cette loi 72, qu'il y eût la circonstance particulière dont parle Dumoulin, ce qui rend sa conciliation très-divinatoire.

Il est peut-être plus vrai de dire, avec les professeurs de Louvain [1], que l'obligation de livrer un

[1] *Recitationes ad Pandectas, tit. de rei vindicatione*, n° 4.

fonds, ou toute autre chose, a pu être considérée par Ulpien sous un double rapport : comme un simple fait, et comme ayant pour objet de transférer la propriété de la chose, ou du moins sa libre jouissance. Sous le premier point de vue, elle est réellement indivisible, puisque, de sa nature, un fait considéré en lui-même est quelque chose d'indivisible. Sous le second rapport, l'obligation est divisible, parce que la propriété et la jouissance sont des choses très-divisibles. Or, c'est très-probablement sous le premier point de vue qu'Ulpien a envisagé l'obligation *fundum tradi,* dans la loi 72 ; c'est du moins comme obligation *de faire,* ainsi que le démontrent les divers autres faits qu'il donne comme exemples d'obligations indivisibles, en assimilant, sous ce rapport, ces obligations à celles qui ont pour objet un droit de servitude. Il s'exprime ainsi : « *Stipulationes non dividuntur earum rerum quæ divisionem non recipiunt ; veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumquæ servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit : ut putà* FUNDUM TRADI, *vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile. Horum enim divisio corrumpit stipulationem.*

Si la chose doit être entendue ainsi, et nous le pensons, l'obligation de livrer un fonds serait indivisible quant à l'exécution ou le fait de tradition ; et elle serait divisible dans ses conséquences, relativement à la garantie en cas d'éviction, rapport sous lequel nous allons l'envisager.

264. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 85, ff. *de Verb. oblig.*, considérant les obligations sous le rapport de la demande et de l'exécution ou paiement, dit qu'il y en a de quatre sortes :

1° Celles dont le paiement ne doit être demandé à chacun des héritiers du débiteur que pour sa part héréditaire, et ne peut pareillement être demandé par chacun des héritiers du créancier qu'en proportion de la part pour laquelle il lui a succédé : *quod à singulis heredibus divisum consequi possumus.* Ce sont les obligations divisibles sans modification : comme celles qui ont pour objet une somme d'argent, dix hectolitres de froment, et dont l'effet est réglé par l'article 1220 du Code.

2° Celles dont l'objet ne peut être demandé ni payé par parties : *quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest.* Telle est l'obligation de faire un certain ouvrage ou édifice : *nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest.* Tels sont aussi les cas de servitude.

3° Celles dans lesquelles la demande est divisible, parce que chacun des héritiers du débiteur ne doit, *jure*, que sa part dans la dette, mais où cependant, *ex necessitate*, l'exécution ou le paiement de la chose elle-même ne peut se faire par parties : *quod pro parte petitur, sed solvi, nisi totum, non potest* : comme lorsque l'objet de l'obligation est une chose qui n'est pas susceptible de division sans destruction de sa substance, *putà* un cheval indéterminément : *veluti cùm stipulatus sum hominem incertum; nam petitio ejus scin-*

ditur, solvi verò nisi solidus non potest. L'un des héritiers ne pourrait offrir pour sa libération une moitié qu'il aurait dans un certain cheval, et l'autre héritier une moitié aussi qu'il aurait dans un autre cheval; car le créancier n'a pas stipulé des parts dans des objets divers, quoique de la même espèce, mais un seul et même objet : *alioquin in diversis hominibus rectè partes solverentur, quod defunctus non potuit facere, ne quod stipulatus sum consequar.*

Mais si, dans ce cas, l'héritier attaqué ne livre pas le cheval promis, l'exécution se fera néanmoins par parties, attendu qu'il ne devra être condamné aux dommages-intérêts, qui sont choses très-divisibles, que pour sa part [1].

Et si l'objet de l'obligation est un corps certain et déterminé, dont le demandeur serait propriétaire, par exemple par tel cheval par lui prêté, loué, remis à dépôt ou à gage, et dont serait détenteur l'un des héritiers du débiteur, cet héritier pourrait être *poursuivi* pour le tout, et *condamné* pour le tout à la délivrance de l'objet, et même pour le tout aussi aux dommages-intérêts, à défaut de délivrance de la chose, s'il l'avait fait périr par sa faute, ou si elle avait péri depuis qu'il a été mis en demeure. Il devrait ces dommages-intérêts, pour sa part héréditaire, à raison de l'obligation du défunt, *quæ in eum descendit pro parte*, et pour le surplus, il les devrait *propter culpam suam aut moram.*

[1] Cujas, sur cette loi, Dumoulin et Pothier. Nous entrerons dans de

Enfin, la quatrième classe d'obligations d'après cette loi 85, ff. *de Verb. oblig.*, comprend les cas où l'action est, au contraire, *in solidum* contre chacun des héritiers du débiteur, et dans lesquels cependant la condamnation n'est prononcée contre chacun d'eux que pour part ; en sorte que l'obligation est indivisible *quoad petitionem*, mais divisible *quoad executionem*, et par cela même, divisible *quoad damnationem*. Tel est le cas où un vendeur qui doit la garantie à l'acheteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers, et que l'acheteur est troublé par un tiers dans sa jouissance. Cet acheteur peut les mettre tous en cause, ou n'en appeler qu'un seul; mais qu'il n'en appelle qu'un ou qu'il les appelle tous, la condamnation aux dommages-intérêts, s'il y a éviction, n'a toujours lieu que divisément en proportion de la part héréditaire de chacun d'eux, de manière que celui qui a payé la sienne est libéré : « *in solidum verò agi oportet, et partis solutio adfert liberationem, cùm ex causâ eviticonis intendimus ; nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt, omnesque debent subsistere ; et quolibet defugiente, omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditariâ præstatio injungitur.* »

Telle est aussi l'explication que Cujas donne de ce texte; et Pothier, dans son traité du *Contrat de vente*, n° 111, dit pareillement que l'appel en garantie, par l'acheteur troublé, ou l'action en garantie après l'éviction subie, est bien, à la vérité, indi-

plus grands développemens sur ce point, au paragraphe suivant, en expliquant l'article 1221.

visible quant à la demande, mais non quant à la condamnation : c'est-à-dire que l'acheteur peut assigner un seul des héritiers du vendeur, ou tous, à son choix, parce que l'obligation de faire jouir est un fait, par conséquent une obligation indivisible, mais que les effets de cette obligation sont divisibles entre les héritiers du vendeur, et dès-lors que chacun d'eux ne doit être condamné à payer les dommages-intérêts que pour sa part. Toutefois, ajoute Pothier, si celui qui est attaqué seul n'appelle pas ses cohéritiers, il supporte seul les dépens de l'instance, s'il succombe. L'on sent, au reste, observe le même auteur, que l'acheteur a un grand intérêt à les appeler tous, afin de n'avoir pas plusieurs demandes à former, car ce qui serait jugé contre l'un d'eux ne ferait pas la loi pour les autres.

Ainsi, il y aurait cette différence entre ce cas et ceux d'indivisibilité absolue, que, dans ces derniers, l'héritier attaqué pour le tout a bien, il est vrai, le droit de demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, aux fins de faire diviser entre eux et lui la condamnation, s'il n'est pas d'ailleurs le seul qui puisse acquitter l'obligation suivant sa teneur (art. 1225); mais, dans ces mêmes cas, il doit être condamné pour le tout s'il a négligé ce moyen, sauf son recours ; tandis que dans celui de garantie, l'héritier, quoique attaqué seul, ne doit être condamné que pour sa part, en justifiant qu'il n'est héritier que pour une part ; et cela, quand bien même il n'appellerait pas ses cohéritiers, et ne défendrait même

point à la demande, sauf à lui à supporter en totalité les dépens de l'instance. Ainsi, c'est à l'acheteur à appeler les autres cohéritiers, s'il le juge convenable; au lieu que dans les cas de l'article 1225, c'est à l'héritier attaqué.

265. Quant à l'exception de garantie, la question de savoir si elle est indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur dont l'un est propriétaire de la chose vendue, et qu'il revendique, a été très-controversée dans les anciens principes, et elle l'est encore aujourd'hui.

Ainsi, supposons qu'un père ait vendu et livré comme sien un fonds qui appartenait à l'un de ses enfans mineurs; que cet enfant, devenu majeur, ait ensuite accepté la succession de son père, *putà* pour un quart, et qu'il revendique le fonds en offrant de payer sa part dans les indemnités qui pourraient être dues à l'acheteur, à cause de l'éviction.

D'abord, il est certain que s'il ne s'était porté héritier que sous bénéfice d'inventaire, aucune exception ne pourrait lui être opposée sur sa demande en revendication, quand même il serait héritier unique, à la charge toutefois par lui de faire raison à l'acheteur, du contenu de l'inventaire, ou de ce qui en resterait, jusqu'à concurrence de l'indemnité qui pourrait lui être due *propter evictionem;* et s'il était héritier pour partie seulement, à la charge par lui de faire raison de l'inventaire, *pro suâ parte hereditariâ.* Car le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des obligations du défunt dans la personne de

l'héritier; c'est là un de ses principaux effets (art. 802). L'héritier bénéficiaire n'est tenu des engagemens du défunt que par rapport aux biens de la succession, et ce n'est qu'avec ces mêmes biens qu'il est tenu de les remplir [1].

Mais dans le cas où l'enfant, propriétaire de la chose vendue, s'est porté héritier pur et simple de son père vendeur, et qu'il n'a, par aucun acte, confirmé ou ratifié la vente, la question de savoir si l'exception de garantie, en supposant l'enfant héritier pour partie seulement, a des effets indivisibles contre lui, cette question, disons-nous, a partagé les auteurs.

Dans le Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, il était de principe que le propriétaire de la chose vendue et livrée sans son aveu, pouvait être déclaré non recevable dans sa demande en revendication contre l'acheteur, s'il était devenu l'héritier unique du vendeur, quoiqu'il offrît d'ailleurs de restituer le prix de la vente, et de payer toutes les indemnités qui auraient pu être dues à l'acheteur dépossédé. La loi 1re, *princip.* et § 1, ff. *de Exceptione rei venditæ et traditæ,* la loi 3, § 1, au même titre, et la loi 14, au Code, *de Evictionibus,* sont on ne peut plus formelles sur ce point; de là, cette maxime des

[1] C'est ce que décide Rousseau de Lacombe, d'après Lebrun, au mot *héritier,* n° 17, et c'est aussi ce que nous avons déjà dit au tome VII, n° 52, où nous citons à l'appui, un arrêt de la cour de cassation du 1er décembre 1812 (Sirey, 14,1,159). Le contraire avait toutefois été jugé par la cour de Rouen, le 13 décembre 1807. (Sirey, 13,2,332.) Mais cet arrêt est entièrement opposé aux principes.

docteurs : « *Is quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio;* » c'est-à-dire que celui qui est tenu de faire jouir et garantir, ne peut évincer : il est non recevable dans sa demande en revendication, bien qu'il soit en principe propriétaire de la chose, n'ayant point consenti à ce qu'elle fût aliénée.

En effet, puisque celui qui avait vendu et livré une chose appartenant à un tiers, et qui en était ensuite devenu propriétaire, par exemple en devenant héritier unique du maître de la chose, ne pouvait la revendiquer, tout en offrant de payer les dommages-intérêts pour l'inexécution de son obligation de faire jouir l'acheteur [1], de même, l'héritier du vendeur, propriétaire de la chose vendue et livrée sans son aveu, pouvait aussi être déclaré non recevable dans son action en revendication, parce qu'il avait succédé à l'obligation du défunt, de faire jouir l'acheteur. Or, cette obligation renfermant celle de ne le point troubler soi-même, est aussi, sous ce rapport, une obligation *in non faciendo*; d'où beaucoup d'interprètes [2] ont conclu qu'elle est indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur; par conséquent, que celui d'entre eux qui est propriétaire de la chose vendue ne peut la revendiquer pour une portion quelconque, sauf à lui son recours en indemnité contre ses cohéritiers.

[1] Il eût été repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ*. Même loi 1re, *Princip.* ff. à ce titre.

[2] Notamment Duval, *de Rebus dubiis, cap. de Evictionibus*; les professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas*, tit. *de Rei vindicatione*, nos 3 et 4; et Cochin, dans sa 46e consultation.

Ils distinguaient toutefois, du moins plusieurs d'entre eux [1], entre le cas où l'acheteur avait acquis dans l'ignorance que c'était la chose d'autrui, et le cas contraire. Ils appliquaient sans restriction leur décision au premier cas; mais, dans le second, ils convenaient que l'héritier ne devait être repoussé que pour une part dans la chose, en proportion de celle pour laquelle il était héritier, et que pour le surplus, son action en revendication était admissible.

Ils fondaient cette distinction sur ce que, dans le cas où l'acheteur avait acheté sciemment la chose de l'héritier, la garantie n'était pas due (sans stipulation)[2]; que seulement le vendeur n'aurait pu l'évincer, quoiqu'il fût ensuite devenu propriétaire de la chose, parce que la garantie de ses propres faits était de droit, non pas, dans ce cas, comme résultant *immédiatè* du contrat de vente, mais comme résultant de l'obligation générale renfermée dans toute espèce d'affaires, d'agir de bonne foi; or, la bonne foi ne permet pas que celui qui a vendu revienne contre son propre fait. Mais l'héritier, disaient-ils, n'ayant succédé que pour partie au défunt, il ne le représente aussi que pour partie dans cette obligation; en d'autres termes, l'exception de dol qui serait résultée contre le défunt, de l'attaque dirigée par lui contre l'acheteur, n'a effet, à l'égard de l'héritier, que pour sa part héréditaire. Au lieu que lorsque l'acheteur a acheté de bonne foi, il a le droit à la garantie *propter*

[1] Notamment, les professeurs de Louvain.
[2] L. 27, Cod. *de Evict.*

evictionem, et l'obligation de garantir ou faire jouir, par conséquent aussi de ne pas troubler soi-même l'acheteur, est une obligation de faire, et même de s'abstenir de faire, et, comme telle, elle est indivisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur.

Ils appuyaient cette distinction sur la loi 14 *de Rei vindicatione,* la même que celle sur laquelle se fondent les partisans de l'opinion contraire, de ceux qui prétendent que, dans tous les cas où la chose est divisible, au moins intellectuellement, l'exception de garantie, comme l'action en garantie, est divisible dans ses effets entre les héritiers du vendeur. Cette loi est ainsi conçue : « *Cùm à matre domum filii,* TE SCIENTE, *comparasse proponas adversùs eum dominum vindicantem, si matri non successit, nullâ te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem, doli mali exceptione,* PRO QUA PORTIONE AD EUM HEREDITAS PERTINET, *uti non prohiberis.*

C'est de ces mots *te sciente,* appliqués dans le rescrit à l'acheteur, que les partisans de l'indivisibilité de l'exception de garantie ont inféré que la décision eût été différente si l'acheteur eût ignoré qu'il achetait la chose d'autrui; qu'alors l'exception contre l'héritier n'aurait pas été seulement *pro portione hereditariâ,* mais pour le tout, *indivisibiliter*, sauf le recours de l'héritier contre ses cohéritiers.

Mais Dumoulin, Henrys, Pothier et autres savans interprètes, ont soutenu, au contraire, que l'exception de garantie dans la vente d'un fonds ou autre chose divisible *saltem intellectu*, est aussi divisible

dans ses effets entre les héritiers du vendeur, que l'est l'action en garantie elle-même dans ses résultats; que l'une et l'autre partent du même principe, que toutes deux descendent de la même obligation, et qu'ainsi l'héritier propriétaire de la chose dont le défunt a disposé sans son aveu, peut la revendiquer, moins la part correspondante à celle pour laquelle il est héritier; que seulement l'acheteur, qui ne peut être forcé à se trouver dans l'indivision [1], qui n'a pas acheté une partie, mais un tout, a la faculté de contraindre alors l'héritier à retirer le tout, avec obligation pour celui-ci de payer sa part dans le prix à restituer, et dans les indemnités qui pourraient être dues à l'acheteur pour défaut de jouissance.

Et quant à ces mots, *te sciente*, de la loi 14 précitée, et dont les partisans de la première opinion tirent argument pour prétendre que la décision eût été différente si l'acheteur eût acheté de bonne foi; qu'alors l'exception de garantie contre l'héritier aurait eu lieu, non pas seulement *pro parte hereditariâ*, mais bien pour le tout, Pothier, et ceux de son sentiment sur la question, soutiennent que ces mots n'expriment qu'une circonstance indifférente, et que s'ils se trouvent dans cette loi, c'est parce que c'est un rescrit, qui a rappelé le fait tel qu'il avait été exposé dans la supplique; que, soit que l'acheteur ait ignoré que c'était la chose d'autrui, soit qu'il l'ait su, l'héritier propriétaire et héritier pour partie seulement, n'est

[1] *Voyez* la loi *si non sortem*, 26, §§ 13 et 14, ff. *de Condict. indebiti.*

passible des effets de l'exception de garantie, sur sa demande en revendication, que pour sa part héréditaire, de la même manière et pour la même quotité qu'il serait passible des effets de l'action en garantie formée par l'acheteur évincé par un tiers.

Henrys a même soutenu qu'il pouvait revendiquer sa chose pour le tout, à la charge de payer sa part dans les dédommagemens qui seraient alors dus à l'acheteur; mais en ce point, il est combattu par Pothier, qui dit dans son traité *du Contrat de vente*, n° 173, qu'une telle décision est contraire aux principes, attendu que l'héritier ne peut pas faire, dans les limites de sa part héréditaire, ce que n'aurait pu faire le défunt qui serait devenu propriétaire de la chose vendue depuis la vente. Or celui-ci n'eût pu revendiquer : il eût été repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ*.

En laissant de côté cette dissidence entre Pothier et Henrys sur ce point particulier, nous dirons que le sentiment de ces auteurs, sur la question posée d'abord, est infiniment plus juste que l'opinion de ceux qui veulent que l'exception de garantie soit indivisible dans ses effets entre les divers héritiers du vendeur qui a vendu et livré la chose de l'un d'eux sans sa participation. La vente de la chose d'autrui ne confère point la propriété ; elle peut seulement donner lieu aux dommages-intérêts, et chaque héritier, le propriétaire de la chose comme les autres, en est seulement tenu pour sa part; et dès que le détenteur de l'objet compense, par voie de retenue, une partie de cette chose avec celle dont l'héritier serait tenu dans

ces mêmes dommages-intérêts, il nous semble que c'est tout ce qu'il peut raisonnablement prétendre à l'égard de cet héritier.

Toutefois la cour de Caen a jugé contrairement à cette opinion, le 8 décembre 1808, et sa décision a été confirmé par la cour de cassation, section civile, par arrêt du 19 février 1811 [1]. Voici dans qu'elle espèce.

Le sieur Dubourg ayant été déporté comme prêtre, par application des lois de la révolution, ses trois sœurs furent envoyées en possession de ses biens par un acte de l'administration.

Il rentre en France, et ses sœurs les lui restituent.

Le 28 floréal an XI il vendit ces mêmes biens aux époux Sajan. L'une des trois sœurs, Catherine ; était décédée; une autre, Jeanne, figura dans l'acte de vente en qualité de co-venderesse, et en s'engageant solidairement à la garantie envers les acquéreurs.

Jeanne étant ensuite décédée, sa succession fut recueillie pour moitié par la dame Levergeois, la troisième sœur, et par une autre personne.

La dame Levergeois attaqua les acquéreurs. Elle soutint qu'en vertu de l'arrêté du gouvernement de brumaire an II, elle était propriétaire du tiers des biens de son frère; qu'elle avait eu tort de lui en rendre la possession, et par conséquent que celui-ci n'avait pu les vendre avec effet.

On voit que cette prétention était bien peu digne

[1] *Voyez* les arrêts dans le *Recueil de jurisprudence du Code civil*, tome XVI, page 252.

de faveur, puisqu'elle n'était fondée que sur des lois de rigueur qui avaient fait encourir à M. Dubourg la confiscation ; aussi eût-on pu opposer à la dame Levergeois l'exception tirée de ce qu'elle n'avait fait que remplir une obligation naturelle, en restituant à son frère des biens dont il avait été injustement dépouillé, et, dès lors, soutenir qu'il avait pu les vendre avec effet.

Mais au lieu de cette exception, les époux Sajan en opposèrent une autre : ils dirent que Jeanne Dubourg ayant vendu solidairement avec son frère, et la dame Levergeois étant son héritière, celle-ci était non recevable à les attaquer.

La dame Levergeois répondait qu'elle n'était héritière de Jeanne Dubourg que pour partie seulement, tandis qu'elle demandait la nullité de la vente pour le tout.

Un jugement de première instance déclara la vente nulle pour le tout, sous le prétexte de l'indivisibilité de l'acte.

Appel interjeté à la cour de Caen, cette cour réforma et rejeta, au contraire, pour le tout la prétention de la dame Levergeois, à cause de l'indivisibilité de l'exception de garantie. La cour a motivé sa décision sur la loi 1re, § 1, et sur la loi 3, § 1, ff. *de Exceptione rei venditæ*, citées ci-dessus sur le cas où l'héritier propriétaire de la chose vendue est héritier unique du vendeur.

Quant à la loi 14, au Code, *de Revindicatione*, il

ne paraît pas que le défenseur de la dame Levergeois la connût, car il ne l'a point invoquée.

Pourvoi en cassation pour violation des articles 870 et 873 du Code civil. Après un arrêt d'admission, le pourvoi a fini par être rejeté, en ces termes :

« La cour, sur les conclusions de M. Giraud, « avocat général, et après un délibéré en la chambre « du conseil, attendu que les articles 870 et 873 du « Code civil ne statuent que sur la divisibilité des « actions à exercer contre les héritiers, à raison des « dettes et charges de la succession ;

« Que, dans l'espèce, il ne s'agit nullement d'une « action exercée contre les héritiers, mais, au con- « traire, d'une exception opposée à l'action exercée « par l'héritier contre l'acquéreur du sieur Dubourg, « décédé ;

« Que la demoiselle Dubourg, ex-religieuse, dont « la demanderesse est héritière, avait vendu con- « jointement avec le prêtre Dubourg, son frère, et « s'était obligée, solidairement avec lui, à garantir « l'acquéreur de tout trouble et éviction ;

« Que, sans violer les articles 870 et 873 du Code, « *on a pu voir dans cette stipulation l'intention des « parties que la garantie fût indivisible,* qu'elle couvrît « le tout et chaque partie de la chose aliénée, et que « cette manière de voir est même autorisée par le § 5 « de l'article 1221 du Code civil ; rejette. »

Il n'est pas besoin de faire remarquer combien les *considérans* de cet arrêt sont équivoques sur le vérita-

ble point de la question, savoir : si l'héritier pour partie seulement est garant pour le tout, lorsqu'il est demandeur en revendication? si l'exception de garantie a des effets plus étendus que ceux de l'action en garantie? Il résulte seulement de ces *considérans*, et surtout du dernier, que la cour de Caen *a pu voir* un droit indivisible pour l'acheteur dans la garantie qui lui était due. Mais s'ensuit-il que ce droit soit réellement indivisible dans ses effets? S'il en était ainsi, toutes les obligations réputées indivisibles d'après l'article 1218, et réputées divisibles d'après l'article 1221 n° 5, combiné avec l'article 1220, seraient pareillement indivisibles dans leurs effets; et cependant, même à l'égard des obligations indivisibles d'une manière absolue, celles de l'article 1217, l'indivisibilité cesse quant à la condamnation, si l'héritier attaqué pour le tout met en cause ses cohéritiers, et s'il n'est pas d'ailleurs le seul qui pût exécuter l'obligation du défunt (art. 1225), c'est-à-dire, s'il n'est pas le seul qui, à raison de sa qualité d'héritier, puisse seul l'exécuter [1]. Or, ce ne serait point *propter hereditatem* que l'héritier propriétaire de la chose vendue par le défunt exécuterait l'engagement de celui-ci en ne réclamant pas sa chose, ce serait comme propriétaire. Nous ne saurions donc nous ranger à cette décision; il y aurait même à examiner si l'opi-

[1] Voir la loi 86, § 3. ff. *de Legat.*-1°; et Pothier, n° 303 de son traité *des Obligations*, sur l'explication que nous donnons ici du sens de ces termes de l'art. 1225, *à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné...*

nion de Henrys, qui pensait que l'héritier pouvait retirer toute la chose en payant sa part des dommages-intérêts, ne serait pas plus juste; mais ce n'est point le lieu de traiter cette question.

266. L'article 1219 porte que la solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

La solidarité résultant d'une disposition spéciale de la loi ne donne pas non plus ce caractère à l'obligation.

En sens inverse, l'indivisibilité de l'obligation ne la rend point solidaire, ni entre les divers débiteurs ou créanciers, ni entre leurs héritiers. Signalons les principales différences entre les obligations solidaires et les obligations indivisibles.

1° L'obligation solidaire entre les débiteurs se divise entre les héritiers de chacun d'eux comme si leur auteur respectif eût été seul obligé, de manière que le créancier ne peut poursuivre par action personnelle chacun des héritiers du même débiteur, si ce n'est pour sa part héréditaire dans le total de la dette; car suivant la disposition de l'article 1220, chacun d'eux ne doit que cette part.

Au contraire, dans les cas où l'obligation est indivisible, chacun des héritiers doit le tout, parce qu'il ne peut devoir une partie d'une chose qui n'est pas susceptible de parties : d'où il suit que chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout. Mais comme ce n'est qu'à raison de la nature de la chose ou du fait qui est la matière de l'obligation, que chaque héritier doit le

tout, et peut être poursuivi pour le tout, il s'ensuit que si celui qui est attaqué n'est pas le seul qui puisse [1] exécuter l'engagement, et qu'il faille en venir aux dommages-intérêts, alors ces dommages-intérêts, comme très-divisibles, doivent être divisés entre l'héritier poursuivi et ses cohéritiers, s'il a usé de la faculté que lui donne l'article 1225, de les mettre en cause. Telle était la décision de Dumoulin [2], qui se fondait sur la loi 11, § 23, ff. *de Legatis* 3°, et celle de Pothier [3].

C'est d'ailleurs ce qui résulte clairement de cet article 1225, puisque l'héritier attaqué seul ne doit être condamné seul que dans le cas où la dette serait de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui; dans le cas contraire, les autres héritiers mis en cause doivent donc aussi être condamnés, et ici la condamnation ne saurait être prononcée contre tous solidairement, puisqu'alors la faculté accordée à l'héritier attaqué, de les mettre en cause, serait insignifiante, obligé qu'il serait aussi d'acquitter toute la dette par l'effet de cette condamnation solidaire. Mais nulle part la loi n'établit la solidarité proprement dite entre les héritiers. Cette interprétation de l'article 1225 n'a d'ailleurs jamais fait de doute, ainsi qu'on peut s'en convaincre par ce que dit encore Pothier au n° 304 de son traité *des Obligations*.

Au surplus, nous ne parlons en ce moment que

[1] En sa qualité d'héritier. Nous reviendrons au surplus sur ce point.
[2] *Tract. de Divid. et individ.* § 2, n° 469, et § 3, n°s 90 et 104.
[3] *Des Obligations*, n° 330.

des cas où l'indivisibilité de la dette est absolue, sans rien préjuger quant à ceux prévus aux articles 1218 et 1221 n° 5, dont nous traiterons plus spécialement tout à l'heure, en analysant les effets des obligations divisibles.

2° Ce que nous venons de dire à l'égard des héritiers du débiteur d'une dette indivisible, s'applique également aux cas où il y a plusieurs débiteurs d'une dette de cette nature : celui d'entre eux qui est poursuivi a pareillement le droit de demander un délai pour mettre ses codébiteurs en cause, afin que la condamnation aux dommages-intérêts soit divisée entre eux et lui, à moins que l'obligation ne fût de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui. L'article 1225 s'applique en effet au cas prévu par l'article 1222, comme au cas prévu par l'article 1223; les raisons sont absolument les mêmes.

Au lieu que dans l'obligation contractée solidairement par plusieurs débiteurs, cette faculté de mettre en cause les codébiteurs pour faire diviser la condamnation, n'existe pas. Chacun d'eux doit le tout par sa promesse ou par la disposition de la loi, et il doit, en conséquence, être condamné pour le tout. La mise en cause des codébiteurs ne pourrait avoir lieu que pour faire statuer sur le recours en garantie, suivant ce qui a été dit *suprà* n° 215.

3° Dans l'obligation solidaire entre débiteurs, si le corps certain et déterminé qui fait la matière de l'engagement vient à périr par le fait de l'un des obligés, ou depuis que l'un d'eux a été mis en demeure,

les autres, à la vérité, ne sont pas tenus des dommages-intérêts qui pourraient, en certains cas, mais assez rares, être dus au créancier, en sus du prix de la chose, mais ils doivent encore le prix de cette même chose. (Art. 1205).

Au lieu que, dans l'obligation indivisible, ceux qui ne sont point en faute ni en demeure sont libérés entièrement par la perte du corps certain arrivée même par la faute ou depuis la mise en demeure de l'un ou de plusieurs des coobligés ou cohéritiers; car ce fait de leur coobligé ou cohéritier est par rapport à eux le fait d'un étranger, par conséquent un cas fortuit, et il ouvre en leur faveur le moyen de libération de l'article 1302. La différence tient à ce que, dans les obligations solidaires, il y a, par rapport aux personnes, autant d'obligations du total qu'il y a d'obligés, et chacun d'eux garantit, sinon en ce qui concerne les dommages-intérêts, au moins en ce qui concerne la chose elle-même, la faute ou la demeure de son codébiteur. Mais cela n'a pas lieu dans les obligations simplement indivisibles, où chacun des débiteurs ne doit que pour lui, et dans lesquelles il ne devrait que sa part si la chose due était susceptible de parties; sauf toutefois ce que nous dirons en parlant de la clause pénale.

Mais comme les obligations solidaires se divisent entre les héritiers de chacun des débiteurs, il résulte de là que, quand même la chose due aurait péri par la faute de l'un de ces héritiers, ou depuis sa mise en demeure, ses cohéritiers n'en seraient pas moins

libérés; car ils ne garantissaient point ses faits, qui, par rapport à eux, sont comme les faits d'un étranger : ils sont seulement responsables des faits du défunt, et chacun dans la proportion de la part pour laquelle il lui a succédé [1]. C'est ce que nous avons déjà dit en parlant de la solidarité entre les débiteurs.

4° Dans les obligations solidaires, la prescription interrompue vis-à-vis de l'un des débiteurs ou contre l'héritier unique de l'un d'eux, ou enfin contre tous les héritiers de ce débiteur, est bien également censée interrompue contre tous les autres codébiteurs et contre leurs héritiers respectifs (art. 1206 et 2249), parce qu'alors la dette a été conservée en totalité; mais si la prescription n'a été interrompue que vis-à-vis seulement de l'un ou plusieurs des héritiers de l'un des codébiteurs, la portion seulement de cet héritier dans la totalité de la dette a été conservée : en conséquence, ceux des autres héritiers contre lesquels la prescription n'a point été interrompue ont prescrit leur part, et la portion réservée n'est plus due que par celui qui n'a point prescrit et par les autres codébiteurs; mais elle l'est toutefois encore solidairement.

Au contraire, dans les obligations indivisibles, la prescription interrompue même à l'égard d'un seul des héritiers du débiteur, ou de l'un des débiteurs, est interrompue à l'égard de tous les autres héritiers (art. 2249), ou débiteurs, attendu qu'elle

[1] Pothier, n° 306.

ne saurait l'être pour partie seulement dans une chose qui n'est pas susceptible de parties. (Art. 709 et 710 par argument).

267. Ici se place la question de savoir si cet article 2249, dans ces expressions, *à moins que la dette ne soit indivisible*, s'applique aussi aux cas où la dette n'est indivisible que parce que la chose promise ne serait pas susceptible de division sans destruction de sa substance, ou à raison de l'intention des contractans.

Il nous paraît certain que l'obligation de livrer ou de restituer un objet même non susceptible de division matérielle sans destruction de sa substance, tel qu'un cheval dû, par exemple, à raison d'une vente, d'un prêt à usage ou d'un dépôt, n'est point une obligation indivisible dans le sens de l'article 2249, nonobstant la dénomination d'*indivisible* donnée en pareil cas à la chose déposée, par l'article 1939 [1], et à plus forte raison lorsque la chose divisible matériellement sans destruction de sa substance, n'était indivisible que parce que les parties avaient, en contractant, considéré l'obligation comme n'étant pas susceptible d'exécution partielle, à cause de certaine circonstance particulière, tel que le cas d'un terrain pour y faire une certaine construction, ou même d'une somme pour tirer un débiteur de prison. D'où il suit, 1° que, dans ces sortes d'obligations, la prescription interrompue à l'égard

[1] Voyez *suprà*, n° 257.

de l'un des débiteurs du corps certain qui faisait la matière de la dette, ou à l'égard de l'un des héritiers du débiteur, est bien interrompue pour le tout par rapport à celui qui était alors détenteur de l'objet; mais 2°, qu'elle ne l'est pas pour cela à l'égard des autres débiteurs, ou à l'égard des autres héritiers; et 3°, si celui contre lequel la prescription a été interrompue n'était point alors détenteur de la chose, elle n'a été interrompue que pour sa part dans la dette, et uniquement pour cette part.

En effet, chacun d'eux ne devait que sa part dans la dette, et le détenteur, la totalité, en raison de sa qualité de détenteur; celui-ci pouvait bien être poursuivi pour le tout, mais les autres ne pouvaient l'être que pour leur part seulement (art. 1221-2° et dernier alinéa) : donc la prescription a dû s'opérer à leur profit si cette même part n'a point été utilement conservée. La loi 3, § 3, ff. *Commodati vel contrà,* dit positivement que les héritiers du commodataire ne sont régulièrement tenus de l'obligation de leur auteur, de restituer la chose prêtée, que pour la part seulement dont ils sont héritiers, ce qui est le caractère distinctif des obligations divisibles : « *Heres ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres est convenitur : nisi fortè habuit facultatem totius restituendæ, nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.* »

C'est absolument la disposition de l'article 1221 du Code civil, qui d'ailleurs considère positivement cette obligation comme *divisible;* et c'est aussi ce

que décide Pothier (n° 296), d'après Dumoulin.

La loi 7, § 1, ff. *Depositi vel contrà* [1], dit pareillement, en matière de dépôt, que les héritiers du dépositaire ne sont tenus de ses faits que pour leur part héréditaire; ce qui prouve que l'obligation qui naît du dépôt se divise aussi entre les héritiers, quoique la chose déposée fût un corps indivisible, par exemple un tableau; sauf que celui qui aurait fait périr la chose, ou qui en serait détenteur, pourrait être poursuivi pour le tout et condamné pour le tout. Le dépôt d'un corps certain, tel qu'un cheval, un tableau, un bassin, ne produit réellement une obligation indivisible que relativement à la restitution de la chose, qui ne peut, il est vrai, se faire par parties, mais ce qui n'empêche pas que l'obligation ne se divise *jure* entre les héritiers. C'est l'*individuum obligatione tantùm* de Dumoulin, que l'article 1221 considère comme un cas d'obligation divisible, et qui n'est envisagé, dans l'article 1939, comme indivisible, que sous le rapport de cette restitution. Ce n'est point en effet l'indivisibilité absolue, celle définie par l'article 1217, la seule véritable, et à laquelle seulement s'applique l'article 2249, du moins selon notre opinion, conforme au surplus à la doctrine des auteurs qui ont le plus approfondi la matière, tels que Dumoulin et Pothier.

Ce dernier s'exprime ainsi dans son traité *des Obligations*, n° 647 : « Si le droit dû à plusieurs est divi-
« sible *naturâ aut saltem intellectu*, comme la créance

[1] Même décision dans la loi 18 au même titre.

« d'un certain héritage, et que le créancier meure « laissant plusieurs héritiers, les uns majeurs, les au- « tres mineurs, la minorité de ces derniers, pendant « laquelle le cours de la prescription est suspendu ; « n'empêchera pas la prescription de courir contre « les majeurs. Il en est autrement dans le cas d'*un* « *droit de servitude*. »

Or, ce que dit Pothier, que, dans le cas d'une créance divisible *naturâ aut saltem intellectu*, ceux des héritiers du créancier qui n'auront pas interrompu la prescription auront perdu leur droit, s'applique également en sens inverse, c'est-à-dire, que ceux des héritiers du débiteur contre lesquels la prescription n'aura point été interrompue seront libérés. Le principe est le même ; c'est toujours une obligation divisible *jure inter coheredes* ; quoique la délivrance, remise ou restitution de l'objet soit indivisible, à raison de l'impossibilité de diviser la chose sans en détruire la substance. Mais quant à la prescription, nous ne considérons que le *droit* dans la chose ; or ce droit est divisible, puisqu'il peut appartenir à plusieurs pour des parts même inégales : donc on en conçoit la division par l'entendement ; donc l'article 1217 le repousse du nombre des choses à proprement parler indivisibles, suivant la définition qu'il donne de l'indivisibilité.

§ II.

Des effets de l'obligation divisible.

SOMMAIRE.

268. *Entre le créancier et le débiteur, l'obligation doit être exécutée comme si elle était indivisible.*

269. *Mais l'obligation se divise de plein droit entre leurs héritiers, lesquels ne peuvent en demander le paiement, ou ne sont tenus de la payer, que pour les parts dont ils sont saisis comme représentans de l'un ou de l'autre.*

270. *Le Code a suivi en cela les principes du droit romain, adoptés aussi, en général, dans l'ancienne jurisprudence française.*

271. *Objections faites contre ce système, et réponses aux objections.*

272. *L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire ne modifie point l'application du principe.*

273. *Exemple de la division entre les héritiers du créancier et entre ceux du débiteur, par suite de la mort de l'un et de l'autre.*

274. *On évite ordinairement ce morcellement par les actes de partage, mais c'est sans préjudice du droit des tiers. On opère seulement par là des cessions d'action, ou des mandats de payer ; conséquences.*

275. *Si la réunion, dans la même main, des parts de la dette ou de la créance, fait cesser la faculté de la payer par parties, ou d'en exiger le paiement sans division ; et quel serait l'effet de la solution affirmative.*

276. *Exceptions que souffre, entre les héritiers du débiteur, le principe de la division : texte de l'article* 1221.

277. PREMIÈRE EXCEPTION : lorsque la dette est hypothécaire. *Explication des effets généraux de l'hypothèque par rapport aux héritiers détenteurs d'immeubles affectés à la dette.*

278. *Recours de l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part dans la dette.*

279. *La portion des insolvables, dans la dette hypothécaire, se répartit entre tous ceux qui sont solvables, au marc le franc.*

280. *Les mêmes principes sont applicables aussi au cas où la dette était garantie par un gage proprement dit.*

281. DEUXIÈME EXCEPTION : lorsque la dette est d'un corps certain. *L'héritier détenteur peut être poursuivi pour le tout, et les autres pour leur part héréditaire dans les dommages-intérêts, s'il en était dû.*

282. *Différentes causes d'après lesquelles le défunt pouvait être poursuivi à raison d'un corps certain.*

283. *Cas où il en était simplement possesseur.*

284. *Cas où il l'avait reçu en dépôt, à prêt, à usage ou autre titre précaire.*

285. *Et cas enfin où il en était débiteur par vente ou autre promesse.*

286. *Lorsque la dette est d'un objet indéterminé, le cas rentre dans ceux compris dans la cinquième exception ci-dessous.*

287. *Si elle est d'un certain nombre de choses de la même espèce, la division, en général, a lieu numéralement, conséquence.*

288. *Chacun des héritiers du créancier d'un corps certain ne peut, avant le partage, demander que sa part dans l'objet ; après le partage, l'action, dans notre droit, a lieu pour le tout au profit de celui auquel l'objet est échu.*

289. TROISIÈME EXCEPTION : lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible ; *insignifiance et même vice de cette disposition telle qu'elle est conçue.*

290. *Le cas d'obligation alternative de choses même divisibles, et au choix du débiteur, est la véritable exception au principe que l'obligation divisible peut s'acquitter par parties par les héritiers du débiteur : divers exemples.*

291. QUATRIÈME EXCEPTION : lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation ; *cet héritier, d'après le Code, peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre les cohéritiers.*

292. *Un testateur peut charger un seul de ses héritiers d'acquitter tel ou tel legs ; effets de cette disposition.*

293. *Il peut aussi charger l'un de ses héritiers d'acquitter telle dette ; effets de cette charge.*

294. *Un débiteur peut aussi, en s'obligeant, charger l'un de ses futurs héritiers d'exécuter l'obligation.*

295. *Mais il ne peut l'en charger sans recours contre les cohéritiers, s'il n'emploie la forme des donations ou des testamens.*

296. *Droit romain et ancienne jurisprudence sur l'effet de la convention par laquelle le débiteur charge l'un de ses héritiers d'acquitter la dette pour une plus forte part que sa portion héréditaire.*

297. *Quel est cet effet sous le Code civil; discussion.*

298. CINQUIÈME EXCEPTION : lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractans a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement; *dans ces cas, chacun des héritiers, dit le Code, peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours.*

299. *Contrariété de cette disposition avec d'autres, dans les effets, tels qu'ils sont déduits par le Code lui-même; différens cas.*

300. *Suite de la difficulté de la concilier avec les articles* 1217 *et* 1225 *combinés.*

301. *Solution, selon l'opinion de l'auteur.*

268. Entre le créancier et le débiteur, l'obligation, quoique susceptible de division, doit être exécutée comme si elle était indivisible (art. 1220); sauf que si la dette est payable en différens tems, on suit la convention; car alors il y a, pour ainsi dire, autant de dettes qu'il y a de paiemens à faire; aussi, la prescription courrait-elle à compter de l'échéance de chaque terme pour ce qui serait alors exigible. [1]

269. Mais à l'égard des héritiers, soit du créancier, soit du débiteur, l'obligation divisible se divise de plein droit entre eux, ainsi que nous avons déjà eu plusieurs fois occasion de le démontrer, notamment au titre *des Successions,* en traitant du paiement des dettes, tome VII, chap. VI, sect. IV. En sorte qu'en

[1] L. 7, § 6, Cod. *de Præscript.* XXX, *vel* XL *ann.*

principe, chacun des héritiers du créancier ne peut demander le paiement de la créance que pour la part dont il est saisi comme représentant du défunt, et chacun des héritiers du débiteur ne peut être poursuivi pour le paeiment de la dette, que pour sa part héréditaire.

Les légataires universels ou à titre universel sont également tenus des dettes, ainsi que les donataires de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès; mais ce qui concerne les uns et les autres ayant été expliqué sur les titres *des Successions* et *des Donations et testamens,* nous ne reviendrons pas sur ce point. Nous parlerons, comme l'article 1220 et suivant, de la division des dettes entre les *héritiers :* ce mot est pris ici *lato sensu,* pour signifier les successeurs à titre universel.

270. Le Code civil a suivi le système du Droit romain, tel qu'il fut établi par la loi des Douze tables [1], parce qu'il a paru juste que celui qui ne succède que pour une partie, soit au créancier, soit au débiteur, ne soit censé le représenter, pour exercer ses droits contre les tiers, ou pour payer ses dettes, que pour une part proportionnée à celle qu'il prend dans son hérédité.

L'on suivait aussi généralement ce système dans nos pays coutumiers, à l'exception toutefois de quelques coutumes, telles que celles de Normandie, de

[1] *Voyez* la loi 25, § 13, ff. *Familiæ erciscundæ;* L. 6, Cod. *eod. tit.* LL. 1 et 2, Cod. *si unus ex plurib. hered.*; L. 1, Cod. *si certum petat.*; L. 2, Cod. *de hered. act.*

l'Artois et d'Amiens, où les héritiers étaient tenus solidairement des dettes du défunt, même en matière purement personnelle [1], sauf les effets du bénéfice d'inventaire et sauf le recours. Mais dans la coutume de Paris (art. 332), dont la disposition sur ce point formait le Droit commun de la France, on observait exactement la règle du Droit romain touchant la division des dettes entre les héritiers du débiteur; en sorte que l'insolvabilité de l'un d'eux n'était point supportée par les autres, comme cela a lieu dans le cas où la dette est solidaire entre plusieurs débiteurs, et comme cela a lieu aussi entre les héritiers eux-mêmes par l'effet de l'hypothèque (art. 876); elle était supportée par le créancier.

271. On a souvent attaqué ce système, comme contraire aux droits des créanciers, en ce qu'il les oblige à multiplier leurs demandes, à recevoir des paiemens partiels, et surtout en ce qu'il les expose à des pertes, dans le cas où tel ou tel des héritiers du débiteur devient insolvable. L'on a dit que, dans ce cas, les autres héritiers, outre leur part dans la dette, devraient être tenus aussi de payer celle du cohéritier insolvable, jusqu'à concurrence du moins de ce qu'il leur reste des biens du défunt, attendu que celui-ci n'a rien pu leur transmettre tant qu'il n'était point libéré, suivant l'axiome *bona non intelliguntur, nisi ære alieno deducto*. Car celui qui laisse 40,000 fr. de biens, par exemple, mais 20,000 fr. de dettes, ne

[1] *Voyez* Denisart, v° *action*.

laisse en réalité que 20,000 fr.; et cependant, au moyen du partage des biens et de la division des dettes, s'il y a quatre héritiers et que l'un d'eux devienne insolvable avant d'avoir payé sa part, 5,000 fr. seront perdus pour les créanciers [1], tandis que les autres héritiers auront encore 15,000 fr. des biens du défunt, déduction faite des 15,000 fr. de dettes qu'ils ont supportés. Or, a-t-on dit, le défunt eût été tenu de payer la totalité de ses obligations sur tous ses biens quelconques, présens et à venir (article 2092), et sa mort n'a point dû nuire à ses créanciers; cependant elle leur nuit évidemment.

Mais on peut répondre que, indépendamment de ce que ceux-ci, dans les obligations conventionnelles, pouvaient chercher une sûreté dans un gage, une hypothèque, ou une caution, les lois elles-mêmes ont veillé à leurs intérêts, en leur donnant le droit de demander la séparation du patrimoine de leur débiteur d'avec celui de l'héritier dont ils suspectent la solvabilité (art. 878), afin d'empêcher par là le concours avec eux, sur les biens de la succession, des créanciers personnels de cet héritier. Ils peuvent arrêter sa part dans les objets de l'hérédité, et, pour cela, former opposition à ce qu'il soit procédé au partage hors de leur présence. (Art. 882). Et d'après l'article 2111 du Code civil, ils ont, au moyen de la séparation des patrimoines, un privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions

[1] *Voyez* tome VII, nos 444 et suivans.

prises sur chacun de ces immeubles dans les six mois du décès ; privilége dont l'effet indivisible sera, si lesdits immeubles sont suffisans, de faire retomber entièrement sur ceux qui en seront détenteurs, la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des cohéritiers, comme dans le cas où la dette est hypothécaire. (Art. 876). Car si, d'après l'article 1017, les héritiers ou autres débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs [1], à plus forte raison en doit-il être ainsi quant aux dettes. D'ailleurs, cet article 2111 autorise positivement les créanciers, ainsi que les légataires, à s'inscrire sur *chacun* des immeubles de l'hérédité ; et le partage qui a lieu ensuite ne peut avoir pour résultat d'affranchir, dans les mains de tel ou tel héritier au lot duquel il est échu des immeubles, et qui a payé sa part dans la dette, ces mêmes immeubles de l'hypothèque dont ils sont affectés aussi pour la part du cohéritier dans cette dette, puisqu'elle est toujours une dette du défunt. Autre chose serait si c'était pour la dette personnelle de l'héritier qu'ils en fussent affectés, alors l'article 883 protégerait le cohéritier auquel ils sont échus par le partage.

Au moyen donc des diverses sûretés que les créanciers pouvaient demander au débiteur, et de celles que la loi elle-même leur a données, s'ils éprouvent des pertes, ce sera généralement par suite de leur

[1] *Voyez* tome IX, n° 384 et suivans.

faute. La division des dettes, ainsi dégagée de l'inconvénient qui vient d'être objecté, et qui est le plus grave qu'on puisse reprocher à ce système, ne présente plus qu'un principe juste et raisonnable, attendu que celui qui ne recueille qu'une portion des biens ne doit supporter aussi qu'une portion correspondante des dettes, car ce n'est que cette partie seulement qui diminue la première.

272. L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire par quelques-uns des héritiers du débiteur ou du créancier, ou par tous, ne modifie en rien le principe; d'où il suit que l'un des héritiers du débiteur qui a accepté bénéficiairement et qui a payé ou qui offre de payer sa part dans les dettes, ne peut être tenu de payer aussi celles de son cohéritier jusqu'à concurrence de ce qui lui resterait des biens de la succession; en conséquence, il ne peut être contraint par les créanciers de leur rendre compte de l'inventaire. C'est ce qu'a jugé, avec raison, la cour suprême, par arrêt de cassation, le 22 juillet 1811 (Sirey, 12-1-305), que nous avons déjà cité, au tome VII, n° 41. En effet, le bénéfice d'inventaire étant tout entier en faveur de l'héritier qui en use, il ne doit faire aucun préjudice au principe de la division des dettes, établi aussi en faveur des héritiers en général.

273. Ainsi, en supposant une obligation de 16,000 francs, si le créancier laisse quatre héritiers par égales portions, chacun d'eux succède à la créance pour 4,000 francs; et si le débiteur meurt ensuite sans l'a-

voir acquittée, et en laissant aussi quatre héritiers par égales portions, chacun d'eux est débiteur de 4,000 francs : et il doit ces 4,000 francs aux quatre héritiers du créancier, c'est-à-dire à chacun 1,000 francs; en sorte que la dette se trouve maintenant divisée en seize parties [1].

274. On évite ordinairement, par les partages ou autres conventions, ce morcellement des dettes et des créances, qui n'est pas sans incommodité, dit le jurisconsulte Gaïus dans la loi 3, ff. *Familiæ erciscundæ.* On convient que tel des héritiers paiera la totalité de telle dette, et tel autre héritier la totalité de telle autre dette. On attribue au lot de l'un des héritiers telle créance, et l'on assigne une autre créance de même valeur ou à peu près à un autre héritier. C'est même en vue d'éviter ce morcellement des créances de la succession, que l'article 832 dit que, dans la composition des lots, il convient de faire entrer, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de *droits ou créances* de même nature et valeur. Mais ces assignations et attributions ne font point préjudice aux droits alors acquis aux tiers, et résultant de la division légale des dettes et des créances entre les héritiers du débiteur ou du créancier; elles n'opèrent que des mandats de payer ou des cessions d'action, ainsi que le dit positivement cette même loi, que nous avons déjà eu plusieurs fois occasion de citer sur ce point [2]. D'où il suit que, nonob-

[1] Pothier, *des Obligations*, n° 318.

[2] Au tome VII, n^os^ 163, 429 et 519; et tome X, n° 537.

stant tous arrangemens intervenus dans le partage, ou autre acte, qui chargeraient l'un des héritiers du débiteur d'acquitter telle dette en totalité, le créancier n'en pourra pas moins demander aux autres leur part dans cette même dette ; car cet arrangement est à son égard *res inter alios acta, quæ aliis nec nocet nec prodest*. Et *vice versâ*, si le débiteur de la succession se trouvait en même tems créancier de l'un des héritiers, et que, par des arrangemens intervenus ensuite entre ceux-ci, la totalité de la créance fût attribuée à une autre héritier, ce débiteur ne pourrait pas moins opposer à ce dernier la compensation qu'il eût pu opposer à son propre débiteur, pour la part de celui-ci dans la créance. Le cohéritier ne serait en effet qu'un cessionnaire de la part de l'autre dans cette même créance; or, d'après l'article 1295, la cession qui n'a point été acceptée n'empêche pas d'opposer au cessionnaire la compensation du chef du cédant, pour les causes antérieures à la notification de la cession. Nous l'avons même décidé ainsi [1] pour le cas aussi où l'attribution a eu lieu par l'acte même de partage de la succession, et les dispositions des articles 832 et 883 combinées ne sont point contraires à cette décision ; car le dernier de ces articles, tout en disant que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les *effets* compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la *propriété* des autres effets de la succession, n'entend parler que de ce qui est l'objet d'un partage opéré par le fait de

[1] Aux endroits ci-dessus cités.

l'homme, et non de ce qui est partagé par la loi elle-même dès l'instant de la mort du créancier ou du débiteur. Cette division légale une fois opérée, il peut bien intervenir des arrangemens entre les héritiers, par leur partage ou par un autre acte, mais c'est pour leur commodité particulière, et sans préjudice des droits des tiers tels qu'ils se trouvaient au moment où ces arrangemens ont eu lieu. L'article 883 statue sur les corps héréditaires, et non sur les créances. Les motifs sur lesquels cet article est fondé, et que nous avons expliqués en leur lieu, sont d'ailleurs étrangers aux créances. Or, celle dont il s'agit s'étant divisée de plein droit entre les héritiers du créancier, la part qui en appartenait à l'un d'eux, débiteur de son côté envers le débiteur de l'hérédité, a été éteinte de plein droit aussi pas la compensation (art. 1290); par conséquent on n'a pu faire revivre cette part éteinte, soit par un acte de partage, soit par un autre acte. *Planè ad officium judicis nonnunquàm pertinet,* dit la loi précitée, *ut debita et credita singulis pro solido aliis alia attribuat, quia sæpè et solutio et executio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet hæc attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicuiso li debeatur; sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt...* Et puisque, dans notre législation

comme dans la législation romaine, les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers du créancier ou du débiteur, en proportion de leurs parts héréditaires (art. 1220), le résultat doit être le même, nonobstant de l'article 883, qui, encore une fois, ne s'applique qu'à ce qui est l'objet des partages, et non aux créances et aux dettes, qui sont partagées par la loi elle-même : « *Ea quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cùm ispo jure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sunt* [1]. L. 6., Cod. *Famil. ercisc.* » Le système contraire donnerait d'ailleurs lieu à des fraudes.

275. Toutefois Pothier [2] dit, d'après Dumoulin, que la réunion des portions des héritiers du créancier en une seule main, comme lorsque l'un d'eux devient héritier de tous les autres, ou lorsqu'il se rend cessionnaire de leurs parts, fait cesser le droit, pour le débiteur, de payer la dette par parties, et que la réunion des portions des héritiers du débiteur dans la personne de l'un d'eux qui a succédé à tous les autres, fait également cesser, dans cet héritier, la faculté de payer la dette par parties, à moins qu'il n'ait accepté les successions des prédécédés que sous bénéfice d'inventaire ; qu'à la vérité il en est autrement, dans les deux cas, lorsque l'obligation était originairement

[1] *Sic autem habebat* Lex XII Tabul. : NOMINA INTER HEREDES PRO PROPORTIONIBUS HEREDITARIIS ERCTACITA SUNTO : CŒTERARUM RERUM, SI VOLENT ERCTUMCITUM FACIUNTO : PRÆTOR ADERCTUM CIENDUM, (c'est-à-dire pour partager) ARBITROS TRES DATO. *Tab.* V, *Apud. Jac. Gothof.*

[2] N° 319 et suivans. *Voyez* aussi Monvallon, *des Successions*, chap. 3, article 47.

contractée au profit de plusieurs ou par plusieurs, sans solidarité, parce qu'alors il y a autant de créances ou de dettes qu'il y a de personnes qui ont stipulé ou qui ont promis; tandis que, suivant Pothier, une créance ou une dette divisée entre des héritiers n'est toujours qu'une même créance ou une même dette [1]. La division opérée entre les héritiers du créancier, dit-il, est toute dans leur intérêt, parce qu'il leur importe de recevoir directement chacun leur part dans la dette, et par conséquent ils peuvent y renoncer; de même la divisibilité entre les héritiers du débiteur est toute en leur faveur, parce qu'ils ont intérêt à se libérer séparément; mais lorsque ces divers intérêts cessent d'exister, la divisibilité doit cesser également d'avoir lieu, attendu qu'elle n'était point intrinsèque à l'obligation; elle résultait seulement d'une circonstance qui n'existe plus, la multiplicité des personnes qui avaient droit à l'obligation ou qui étaient tenues de la payer; or, *cessante causâ, cessat effectus*. Du reste, Pothier reconnaît très-bien, dans un autre endroit, que les arrangemens intervenus entre les héritiers du débiteur, même dans le partage de la succession, et par lesquels ils mettraient à la charge de l'un d'eux le paiement de telle dette, n'empêcheraient point le créancier de poursuivre les

[1] Cet auteur cite à ce sujet la loi 9, ff. *de Pactis*, où il est dit en effet que, dans un traité à faire avec un débiteur, pour lui accorder remise d'une partie des dettes, ou des délais pour le paiement, les créanciers solidaires n'ont qu'une seule voix, parce que leur créance n'est que *unum debitum*. Mais cela est bien différent d'une obligation divisée par la loi elle-même entre les divers héritiers du créancier ou du débiteur.

autres pour leur portion héréditaire dans cette dette. Cela est tellement évident que toute nouvelle démonstration serait superflue.

Mais, en admettant ce que dit cet auteur, que la réunion de la part de la dette ou de la créance dans la même main doive faire cesser la faculté de la payer par parties, ou donner le droit d'exiger que le paiement en soit fait sans division; en admettant, disons-nous, que cette doctrine fut fondée sur les vrais principes, elle ne devrait s'appliquer qu'avec ce tempérament : que les droits acquis à des tiers, par l'effet de la division, n'en doivent souffrir aucune atteinte, notamment dans le cas où la compensation s'était opérée entre le débiteur de la succession et l'un des héritiers du créancier, avant que cet héritier eût, par le partage de l'hérédité, ou une cession particulière consentie par ses cohéritiers, *acquis* les parts de ceux-ci dans la créance; car, dans ce cas, cette créance a été éteinte pour la part de l'héritier débiteur de son côté, et elle l'a été de plein droit : (art. 1220 et 1290 combinés) dès-lors elle n'a pu revivre au préjudice du débiteur héréditaire.

Nous ferons, au surplus, remarquer que Pothier raisonne dans l'hypothèse où cette part subsiste encore; il suppose même que la créance subsiste en son entier. Il ne s'agit, dans la question qu'il discute, que de la manière d'en effectuer le paiement. Il est vrai que cet auteur se fonde sur le motif que c'est toujours, selon lui, la même créance, *unum debitum*, et que la division a cessé d'opérer ses effets par la

cessation de la cause qui avait amené cette division ; mais il ne faut point conclure de là, et contre notre décision, que l'héritier qui, même par le partage de l'hérédité, ou par un acte particulier de cession, n'a maintenant aucune part dans la créance, n'a souffert par cela même aucune compensation, et par conséquent que son cohéritier à qui elle appartient actuellement en totalité n'est point obligé d'en souffrir de son chef. Nous ne saurions adopter une telle manière de voir. On aura beau dire, la dette a été divisée : elle est devenue autant de dettes qu'il y avait de personnes qui ont succédé au créancier ou au débiteur. La loi 3, ff. *Familiæ erciscundæ,* précitée, le dit positivement, et Pothier, en invoquant la loi 9, ff. *de Pactis,* pour prouver le contraire, argumente d'un texte étranger à la question. Personne ne doute en effet que les divers créanciers solidaires d'une même obligation ne dussent avoir qu'une seule voix dans un concordat à faire avec le débiteur, parce qu'il n'y a effectivement qu'une dette, *unum debitum;* et c'est uniquement de cela qu'il s'agit dans ce texte. Il n'y a point, en effet, de division dans ce cas; aussi chacun des créanciers peut-il demander le total. Au contraire, dans l'espèce d'un créancier qui a laissé plusieurs héritiers, sa créance s'est divisée entre ces derniers, et chacun d'eux n'y a droit que pour sa part, et ne peut demander que sa part (art. 1220) : il n'est créancier que de cela, mais il est créancier de cela. Il n'y a donc aucune similitude avec le cas de la loi citée par Pothier : aussi nous ne faisons pas le moin-

dre douteque chacun de ces héritiers n'eût un suffrage distinct dans le concordat qui interviendrait avec le débiteur; et bien certainement il en eût été ainsi dans le Droit romain.

Oui, sans doute, c'est dans l'intérêt des héritiers que la loi a voulu que les créances et les dettes se divisassent entre eux, lorsqu'elles sont divisibles; mais une fois ce principe établi, on ne doit point en rejeter les conséquences, au détriment des tiers. Cette division n'est pas une simple faculté dont les héritiers peuvent user ou ne pas user, comme si elle exigeait pour cela une déclaration de leur volonté; elle est de droit, ce qui rend inapplicable le principal raisonnement de Pothier. Car, autre chose est une simple faculté, qui a besoin d'une manifestation de la volonté de l'homme pour être exercée, et une disposition positive de la loi qui établit un principe et qui en déduit les conséquences et les effets. Aussi nous n'adoptons même pas l'opinion de cet auteur touchant la cessation, selon lui, du droit pour le débiteur de payer par parties la créance qui se trouve, par succession ou autrement, dans la main d'un seul des héritiers du créancier : il a eu ce droit, et des événemens qui lui sont étrangers n'ont pu le lui ravir. Les offres qu'il aurait pu valablement faire hier, pour telle ou telle partie de la dette, il peut les faire aujourd'hui. Telle est du moins notre opinion, sauf au créancier à le poursuivre pour les autres portions. Cela n'eût pas fait non plus de doute dans le Droit romain; aussi les auteurs d une opinion contraire ne citent-ils à l'ap-

pui de leur sentiment qu'un texte que nous avons démontré n'être point applicable à la question, tandis que nous en citons un positif qui leur est opposé.

276. Voilà pour les cas ordinaires, ceux où la dette se divise, sans modification, entre les héritiers, soit du créancier, soit du débiteur, en proportion de leurs parts héréditaires.

Mais le principe reçoit plusieurs exceptions en ce qui concerne les héritiers du débiteur. Ces exceptions sont renfermées dans l'article 1221, ainsi conçu :

« Le principe établi dans l'article précédent reçoit « exception à l'égard des héritiers du débiteur :

« 1° Dans le cas où la dette est hypothécaire;

« 2° Lorsqu'elle est d'un corps certain;

« 3° Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de « choses, au choix du créancier, dont l'une est indi- « visible;

« 4° Lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par « le titre, de l'exécution de l'obligation;

« 5° Lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'enga- « gement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de « la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'in- « tention des contractans a été que la dette ne pût « s'acquitter partiellement.

« Dans les trois premiers cas, l'héritier qui possède « la chose due ou le fonds hypothéqué à la dette, peut « être poursuivi pour le tout sur la chose due ou sur « le fonds hypothéqué, sauf le recours contre ses co- « héritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul « chargé de la dette, et dans le cinquième cas, cha-

« que héritier peut aussi être poursuivi pour le tout,
« sauf son recours contre ses cohéritiers. »

Analysons chacune de ces exceptions en particulier; mais remarquons auparavant qu'elles ne s'appliquent qu'aux héritiers du débiteur, ainsi que le dit d'ailleurs l'article lui-même. Quant aux héritiers du créancier, le principe de la division de la créance entre eux, tel qu'il est établi par l'article 1220, reçoit son application même dans ces cas; sauf ce que nous dirons sur celui où la dette est d'un corps certain qui est échu, par le partage de la succession, à l'un ou à plusieurs des héritiers seulement.

PREMIÈRE EXCEPTION : *lorsque la dette est hypothécaire.*

277. L'hypothèque, de sa nature, est indivisible; elle subsiste en entier sur tous les immeubles qui en sont affectés, sur chacun et sur chaque partie de ces immeubles.

Elle les suit en quelques mains qu'ils passent (article 2114).

De là, tant qu'il reste dû quelque chose de la créance, l'hypothèque subsiste, pour ce reliquat, sur tous les immeubles qui en ont été affectés, à moins toutefois qu'il n'ait été convenu que lorsque la dette serait payée en partie, par exemple pour moitié, tel des immeubles serait affranchi de l'hypothèque; car ce droit n'est pas *essentiellement* indivisible; il est seulement tel de sa *nature*, ce qui permet par conséquent d'en modifier les effets par des conventions particulières.

L'héritier au lot duquel est échu l'immeuble ou

les immeubles hypothéqués à la dette, ou une portion quelconque de ces immeubles, et qui en est encore détenteur, peut donc être poursuivi pour le total de l'obligation par l'action hypothécaire; mais en payant sa part, ou en offrant régulièrement de la payer, il peut s'affranchir de cette action par le délaissement des immeubles grevés [1], parce qu'alors il n'est plus qu'un simple détenteur, et qu'un détenteur non personnellement obligé à la dette, et capable d'ailleurs d'aliéner, peut se libérer de la poursuite hypothécaire par cette voie. (Art. 2172).

Et s'il avait aliéné les immeubles affectés de l'hypothèque, le créancier ne pourrait plus le poursuivre que par action personnelle, et pour sa part seulement dans la dette, en supposant encore qu'il ne l'eût point payée; car l'hypothèque ne rend pas l'obligation indivisible. (Art. 2249). On ne pourrait pas plus lui appliquer qu'à tout autre dans le même cas, la maxime *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur,* pour conclure qu'ayant été pendant un tems passible de l'action hypothécaire pour le tout, comme détenteur de tout ou partie des biens affectés de l'hypothèque, il doit l'être encore après l'aliénation qu'il en a faite : il avait la faculté de les aliéner comme tout autre détenteur, comme l'avait son auteur lui-même, attendu que le droit du créancier n'en est point diminué, pouvant s'exercer contre le détenteur actuel. (Art. 2166 et suiv.). L'hypothèque, comme la revendication,

[1] L. 2, Cod. *si Unus ex plurib. hered.*

non obligat personam, sed tantùm rem sequitur. (L. 2, Cod. *si unus ex plurib. hered.*)

Avant le partage de la succession, comme chacun des héritiers a un droit de copropriété dans chaque immeuble hypothéqué à la dette, il en est par cela même détenteur pour une portion, et par conséquent il peut être poursuivi hypothécairement pour le tout, ou pour ce qui resterait dû de la créance, si un cohéritier en avait payé sa part. C'est une conséquence de l'indivisibilité de l'effet de l'hypothèque. Mais l'héritier poursuivi, en payant sa part dans la dette, et en faisant le délaissement de sa portion dans les immeubles, ainsi qu'il en aurait le droit aussi dans ce cas, s'affranchirait des effets de l'action hypothécaire.

278. L'héritier qui, par suite de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part dans la dette, a son recours contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, pour la portion que chacun d'eux doit personnellement en supporter; mais il ne peut poursuivre aucun d'eux au-delà de sa part, lors même qu'il se serait fait subroger aux droits du créancier; sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personelle, comme tout autre créancier. (Art. 875).

C'est ce que nous avons expliqué avec étendue, au tome VII, n^os^ 445 et suivans, où nous faisons observer que, dans l'article 875, on suppose que d'autres héritiers sont aussi détenteurs d'immeubles hypothéqués à la même dette, ce qui aurait pu donner lieu

de croire que l'héritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part et qui se trouve subrogé aux droits du créancier, pouvait les poursuivre hypothécairement pour le tout moins sa portion, sauf le recours de ceux-ci contre les autres. Car il est clair que, dès qu'un cohéritier n'est point détenteur d'immeubles affectés à l'acquittement de la dette, l'action du créancier contre lui est simplement l'action personnelle, pour la portion héréditaire de cet héritier dans cette dette; et, par cela même, la subrogation aux droits du créancier n'en pouvait pas étendre la mesure : d'où il eût été inutile de dire que le recours de l'héritier qui a payé au-delà de sa part, par suite de l'hypothèque, n'a lieu contre chacun des autres que pour sa portion héréditaire, encore qu'il y eût subrogation conventionnelle; cela allait de soi-même.

279. Si, parmi les héritiers ou successeurs à titre universel, il s'en trouve d'insolvables, la part de ceux-ci dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres au marc le franc. (Art. 876). C'est afin que l'égalité soit maintenue entre les cohéritiers. Au lieu que s'il s'agissait d'une dette simple et ordinaire, la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des héritiers serait supportée, non par ses cohéritiers, mais bien par le créancier, qui aurait à s'imputer de n'avoir pas pris les mesures conservatrices que la loi mettait à sa disposition.

280. Ce que nous venons de dire de l'hypothèque, s'applique au cas où le créancier a un privilége proprement dit : aussi l'héritier qui a payé sa part dans

une dette garantie par un gage n'a pas pour cela le droit de retirer sa part dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée (art. 2083), en admettant même que ce gage fût susceptible de division matérielle, comme serait une certaine quantité de marchandises. Et réciproquement, l'héritier du créancier qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas encore payés (*ibid*).

DEUXIÈME EXCEPTION : *lorsque la dette est d'un corps certain.*

281. La dette d'un corps certain est bien généralement divisible; aussi l'article 1221 qui statue sur ce cas est-il placé sous cette rubrique : *De l'effet des obligations divisibles.* Mais quant à l'exécution ou paiement, elle a les effets de l'obligation indivisible par rapport à celui des héritiers qui est détenteur de l'objet, en ce que cet héritier peut être poursuivi pour le tout, et qu'il doit même être condamné pour le tout, comme ayant seul le moyen de remettre la chose.

Pour cela, il faut donc supposer que l'objet était encore en la possession du défunt au moment de sa mort, car s'il n'y était déjà plus, le principe de la division de la dette recevrait son application sans modification, attendu que l'obligation ne consistait plus alors que dans les dommages-intérêts, en admettant encore qu'il en fût dû, parce que la chose avait cessé de pouvoir être livrée par la faute du défunt, ou qu'elle avait péri depuis sa mise en demeure. Et ces

dommages-intérêts se diviseraient entre tous les héritiers en proportion de leur part héréditaire : chacun d'eux ne pourrait être poursuivi au-delà de cette part. Aussi l'article 1221 suppose-t-il que la chose due était en la possession du défunt, puisqu'il statue dans l'hypothèse où l'un de ses héritiers en est détenteur. C'est donc dans cette supposition que nous raisonnerons d'abord.

282. Relativement à un corps certain, le défunt pouvait être tenu de différentes actions, suivant les différens cas dans lesquels il se trouvait.

1° Il pouvait être passible d'une action en revendication comme simple détenteur ou possesseur d'un objet, meuble ou immeuble, qui appartenait à autrui, et qu'il avait reçu du non propriétaire, sans en avoir encore acquis la propriété par la prescription, ou d'une autre manière.

2° Il pouvait avoir reçu cet objet à titre de dépôt ou de prêt, de louage ou de gage, etc., et dans ces cas, il était passible d'une double action : de l'action personnelle en restitution, résultant de l'espèce de contrat qui avait eu lieu; et de l'action en revendication attachée à la propriété.

3° Il pouvait être simplement débiteur de la chose par promesse, vente, donation, legs, ou autre titre.

283. Dans le premier cas, l'action du créancier, anciennement comme aujourd'hui, ne pouvait s'exercer que contre l'héritier détenteur de l'objet, au lot duquel cet objet avait été attribué, sauf à lui son recours contre ses cohéritiers. Elle n'eût pu s'exercer contre

les autres, même pour leur part héréditaire, attendu que le défunt n'était point obligé personnellement : *vindicatio rei non personam obligat, sedrem sequitur* [1]. Il en eût été autrement, et il en serait encore autrement aujourd'hui, si le défunt eût cessé par dol de posséder la chose, parce qu'alors il eût été considéré comme étant encore possesseur, et, comme tel, il eût été passible de l'action du créancier [2] : son obligation de payer les dommages-intérêts serait descendue dans la personne de ses héritiers, et chacun d'eux aurait pu et pourrait encore être poursuivi, mais pour sa part seulement.

Si, l'objet étant dans les biens du défunt, le partage de sa succesion n'avait point encore eu lieu, le propriétaire aurait bien l'action en revendication contre tous les héritiers, parce que tous seraient détenteurs, mais il ne l'aurait contre chacun d'eux que pour sa part, parce que chacun d'eux ne posséderait la chose que pour sa part, et ne pourrait la restituer en totalité sans le consentement des autres. L'article 1672 fournirait un argument décisif en faveur de cette opinion; il porte que, si l'acquéreur a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, *dans le cas où la chose est encore indivise*, et dans celui où elle a été partagée entre eux; mais que, s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose vendue soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action

[1] L. 2, Cod. *si Unus ex plurib. hered.*

[2] *Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur : quia pro possessione dolus est.* L. 131, ff. *de Regul. juris.*; et L. 150, *eodem tit.*

en réméré peut être intentée contre lui pour le tout.

L'article 1685 rend applicables les mêmes règles au cas de rescision pour cause de lésion.

Si donc, dans le cas de revendication proprement dite, le propriétaire de la chose n'assignait que l'un des héritiers seulement, qui n'aurait pas jugé à propos d'appeler ses cohéritiers, le jugement qui condamnerait le défendeur à rendre la chose ou à déguerpir du fonds, n'aurait point l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres héritiers.

284. Dans le second cas, celui de dépôt, de prêt à usage, etc., où l'action réelle et l'action personnelle concouraient jadis, comme aujourd'hui, dans la même main, l'héritier détenteur de la chose pouvait et peut encore être poursuivi en restitution pour le tout, et les autres pour leur portion héréditaire. Si le défunt eût fait périr la chose, ou si elle eût péri depuis qu'il était en demeure, chacun des héritiers pouvait et peut encore actuellement être poursuivi pour sa part, mais seulement pour cela. Et si, la chose se trouvant parmi les biens du défunt, le partage de sa succession n'a pas encore eu lieu au moment où le créancier se propose de former son action, on applique ce qui vient d'être dit sur le cas où le défunt n'était qu'un simple détenteur; et, de plus, sans préjudice de l'effet de l'obligation personnelle des héritiers de restituer la chose, à raison du contrat de leur auteur.

Au surplus, si l'héritier détenteur de la chose déposée ou prêtée peut être poursuivi pour le tout, par l'effet de l'action née du contrat, ce n'est pas qu'il

doive le tout en sa qualité d'héritier, car l'obligation du défunt, de la restituer, s'est divisée entre tous ses héritiers; mais c'est parce qu'ayant seul le moyen de la rendre, il n'y a aucun motif raisonnable pour qu'il ne soit pas condamné pour le tout, même lorsqu'il ne serait pas le seul en cause : « *Heres ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres est, convenitur; nisi fortè habuit totius facultatem restituendæ, nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum, quia hoc boni judicis arbitrio convenit.* » (L. § 3 ff. *Commod. vel contrà.*)

« Si cet héritier, dit Pothier d'après Dumoulin, « n'est tenu que pour sa part héréditaire *ex primi-* « *tivâ obligatione depositi vel commodati, quæ dividua* « *est,* il est tenu pour le total de la restitution de « la chose qui est en son pouvoir, *ex obligatione* « *accessoriâ præstandi bonam fidem*, obligation in- « divisible, *quia bona fides non potest præstari pro* « *parte* [1]. » D'ailleurs, comme détenteur, il est passible de la revendication.

Et si la chose est venue à périr par la faute de l'héritier, ou depuis sa mise en demeure, il est tenu pour le total, mais ses cohéritiers sont libérés, parce qu'ils ne garantissent point son fait, comme ils auraient répondu de celui du défunt [2].

Toutefois, si une peine avait été stipulée pour le cas où la chose ne serait pas rendue, la perte de

[1] Dumoulin, *tract. de Dividuis et individuis*, part. 3, n° 111; Pothier, *des Obligations*, n° 304.

[2] LL. 9 et 10, ff. *Depositi vel contrà;* L. 17, § 2, ff. *Commod.* Dumoulin, part. 3, n^{os} 439 et 440. Pothier, n° 306.

l'objet, quoiqu'elle n'eût été le fait que de l'un des héritiers, eût obligé les autres à payer leur part de la peine, sauf leurs recours contre celui qui aurait été en faute. La peine aurait constitué une obligation secondaire dans la personne même du défunt, obligation conditionnelle, c'est-à-dire pour le cas d'inexécution de la première, soit par son fait, soit par celui de quelqu'un de ses héritiers; or, cette obligation aurait passé à ceux-ci. C'est aussi ce qu'enseigne Dumoulin, qui dit que, dans ce cas, les cohéritiers de celui par le fait duquel la chose a péri sont tenus de la peine pour leur part héréditaire *non immediatè ex culpâ dolosi, sed ejus occasione et tanquàm ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti, quæ in eos sub eâ conditione descendit. Molin.*, n° 440. Telle est aussi la décision de Pothier.

Dumoulin en a puisé le principe dans la loi 44, §5, ff. *Familiæ erciscundæ*, où le jurisconsulte Paul dit : « *Si reliqui propter factum unius teneri cœperint, tanquàm conditio stipulationis hereditaria extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.* »

Et même hors le cas de clause pénale, si la chose avait péri par le dol ou le fait de plusieurs des héritiers, chacun d'eux serait tenu de la perte pour le total : *nec enim*, dit Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quod peccati habet consortem.* Mais les autres ne seraient point tenus de ce fait : ils seraient libérés comme si la chose eût péri par le fait d'un tiers, ou par cas purement fortuit.

285. Dans la troisième hypothèse, celle où le corps certain a été simplement promis par vente ou autre titre, il faut aujourd'hui appliquer ce qui vient d'être dit sur le cas de dépôt ou de commodat, car, sous le Code, la propriété d'un corps certain appartenant à celui qui le promet et qui a la capacité de l'aliéner, est transférée de plein droit par le seul effet du consentement, sans qu'il soit besoin de tradition. (Art. 711, 938, 1138 et 1583). D'où il suit que l'acheteur, par exemple, a tout à la fois l'action réelle comme propriétaire de la chose, et l'action personnelle comme créancier de cette chose. Il peut donc, en conséquence, poursuivre pour le tout celui des héritiers du débiteur qui est le détenteur de l'objet par l'effet du partage, s'il a eu lieu, et les autres pour leur part héréditaire. Et si la chose est encore possédée par indivis au moment où il se propose d'exercer son action, l'on procède comme il a été dit précédemment, dans la même hypothèse, lorsqu'il s'agit d'une demande en revendication, ou d'une demande en restitution d'une chose prêtée ou déposée.

Mais, dans ce cas de vente ou autre promesse d'un corps certain, comme il n'y aurait eu, dans le Droit romain, qu'une simple action personnelle en faveur de l'acheteur ou autre créancier, puisqu'en principe la tradition était nécessaire pour transférer la propriété dans les actes entre-vifs, cette action eût été divisée entre tous les héritiers du débiteur, en proportion de leurs parts héréditaires, sans distinction aucune par rapport à celui qui possédait la chose et

les autres : les lois n'en font pas dans ce cas [1] ; tellement que si le créancier eût demandé le total à l'héritier possesseur de la chose due, dont lui demandeur n'était point propriétaire, mais simple créancier, il eût encouru la peine portée contre la *plus-pétition*.

Dans notre ancienne jurisprudence aussi, la propriété, en général, n'était non plus transférée, dans les actes entre-vifs, qu'au moyen d'une tradition quelconque; en sorte qu'une vente, par exemple, quoique d'un corps certain, ne donnait à l'acheteur qu'une simple action personnelle contre le vendeur et les héritiers de celui-ci, et néanmoins Dumoulin et Pothier décidaient que le *créancier* d'un corps certain pouvait demander le tout à celui des héritiers du débiteur par devers lequel se trouvait l'objet par l'effet du partage, attendu, disaient ces auteurs, que, *quamvis actio merè sit personalis, tamen executio judicati in rem scripta est, et divisio non debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem et in ejus possessorem; salvo contra heredes recursu.* (*Molin., part.* 2ª, 84; Pothier, 303.)

Bien certainement cette décision n'était pas fon-

[1] *Manifesti et indubitati juris est defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos lege* XII *Tabularum dividi.* (L. 1 Cod. *Si unus ex plurib. heredib.*)

Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quæsita scinditur : pignoris autem multis obligatis rebus, quas diversi possident, cùm ejus vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum : ut vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant. (L. 2 *hoc tit.*)

dée sur les principes purs du Droit d'alors ; elle était même diamétralement opposée à ceux du Droit romain ; mais elle serait incontestable aujourd'hui. Ces auteurs eux-mêmes avaient dit d'abord que l'héritier au lot duquel est échu le corps certain promis par son auteur, peut bien, il est vrai, être poursuivi pour le total et condamné pour le total, mais « pourvu « que le jugement soit rendu avec ses cohéritiers, ou « par défaut contre eux, s'il n'a pas été chargé de « cette dette par le partage. » Et ensuite ils n'ont point exigé cette condition, « dans le cas d'un vendeur « qui, ayant vendu une chose livrable dans le mois « et ayant reçu le prix, serait mort dans ce terme, « laissant plusieurs héritiers : la vente et le paiement « du prix, dans ce cas, étant constans, celui des héri- « tiers par-devers qui la chose se trouve doit, après « l'expiration du terme, être condamné à la livrer « sans qu'il soit reçu à mettre en cause ses cohéritiers. » (Pothier, *ibid.*)

Il n'est pas besoin de faire remarquer que ces circonstances de paiement du prix et d'échéance du terme fixé pour la délivrance de la chose vendue, sont tout-à-fait indifférentes quant à la question dont il s'agit, envisagée en principe pur dans l'ancien Droit. Mais nous ne pousserons pas plus loin cette remarque ; nous dirons seulement que, d'après le Code, il n'y a aucune différence à faire entre le cas où la chose doit être livrée en vertu d'une vente ou autre promesse, et le cas où elle doit être restituée comme ayant été prêtée, louée ou déposée : dans tous, l'héritier qui la détient

par l'effet du partage peut être poursuivi pour le tout, et doit être condamné à la livrer ou à la restituer pour le total, puisqu'il peut acquitter seul l'obligation. Si le partage n'a point encore eu lieu, l'on procède comme nous venons de le dire sur les deux premiers cas.

Lorsqu'il a été effectué, les héritiers non détenteurs n'en peuvent pas moins être poursuivis chacun pour leur part, sauf leur recours, s'il y a lieu, sans pouvoir argumenter d'arrangemens particuliers ou d'une clause du partage qui chargeraient leur cohéritier de satisfaire le tiers; sans pouvoir, par conséquent, demander un délai pour le mettre en cause à la seule fin de le faire condamner seul à la restitution ou délivrance de la chose.

Mais, comme le cas de la dette d'un corps certain paraît évidemment rentrer dans ceux du n° 5 de l'article 1221, où il est dit que chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours, il semble résulter de là une opposition que nous tâcherons de lever plus loin.

Au surplus, Pothier fait judicieusement observer, au même endroit, que l'héritier détenteur de la chose due ne peut être poursuivi pour le tout, et condamné pour le tout, que lorsque c'est en sa qualité d'héritier, et par le partage de la succession, qu'il se trouve posséder en entier la chose; qu'il en serait autrement si c'était de son chef qu'il la possédât; que, dans ce cas, il n'en serait pas *débiteur*, et ne pourrait être condamné à la livrer, mais seulement à payer sa part

dans les dommages-intérêts, et qu'on peut, pour le décider ainsi, tirer argument de la loi 86, § 3, ff. *de Legatis-1°*, où il est dit : «*Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui uniùs heredis esset, is cujus esset, non ampliùs quàm partem suam præstabit ; cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

286. Si la dette était d'un objet indéterminé, comme un cheval en général, ce serait un des cas compris dans le n° 5 de l'article 1221, ou de la cinquième exception.

287. Si elle était d'un certain nombre de choses du même genre, comme dix chevaux indéterminément, la division, soit entre les héritiers du créancier, soit entre les héritiers du débiteur, ne se ferait pas dans chacune des choses promises, *ut in specie ;* elle se ferait numéralement, *ut in genere* [1] : c'est-à-dire que chacun des héritiers devrait un nombre de chevaux en proportion de sa part héréditaire, et ne pourrait être poursuivi que pour cela, à moins que des circonstances de la cause il ne résultât que l'intention des parties a été que la dette ne pourrait s'acquitter partiellement, cas dans lequel chacun des héritiers, d'après l'article 1221, peut être poursuivi pour le tout, sauf ce que nous dirons bientôt.

288. Quant aux héritiers du créancier d'un corps certain, comme tel cheval, tel arpent de terre, chacun d'eux, avant le partage de la succession, ne peut de-

[1] L. 54, *Princip. in fine*, ff. *de Verb. oblig.;* L. 117, au même titre; et L. 29, ff. *de Solutionib.* Voir Cujas, sur le premier de ces textes.

mander que sa part; et si la chose n'est pas susceptible de livraison partielle, le débiteur peut exiger que tous les héritiers s'accordent pour la recevoir; car, en la livrant à un seul, il ne serait pas libéré envers les autres, si celui auquel il l'aurait livrée venait à ne point la représenter à ses cohéritiers : seulement ceux-ci ayant, lors du partage, le droit d'en imputer la valeur sur sa part, seraient tenus de faire raison au débiteur d'une valeur égale à celle qu'ils pourraient recouvrer par ce moyen.

Si le partage a eu lieu avant l'extinction de la dette, celui des héritiers auquel est échue la chose, ou l'action pour la réclamer, peut poursuivre pour le total le détenteur ou débiteur, parce que, dans notre législation, cet héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à l'objet lui-même (art. 883), car l'action tient lieu de la chose à laquelle elle s'applique. Il en serait ainsi même dans le cas où le défunt avait simplement acheté ou stipulé la chose, attendu qu'il en était par cela même réputé propriétaire (art. 1138); en sorte que le partage n'aurait pas seulement attribué à l'héritier l'action pour la réclamer, il lui aurait aussi réellement attribué la chose elle-même; à plus forte raison si c'était un objet appartenant au défunt, dont un tiers aurait disposé sans son aveu, ou une chose que le défunt aurait remise en dépôt, prêtée ou louée, puisque la chose elle-même serait réellement *in bonis defuncti*, d'après la règle *is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* (L. 15, ff. *de Regul. juris.*)

TROISIÈME EXCEPTION : *lorsqu'il s'agit de la dette alternative de choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible.*

289. Si l'une des deux choses est réellement indivisible, et que le créancier la choisisse, l'obligation sera régie par les principes des obligations indivisibles, dont nous parlerons au paragraphe suivant. Mais alors ce n'est point une exception au principe de la division des dettes divisibles entre les héritiers du débiteur; car une dette indivisible ne peut pas être présentée comme une exception à une règle qui lui est tout-à-fait étrangère. Et si le créancier choisit la chose divisible, il n'y a point non plus d'exception à la règle, puisqu'elle est applicable dans toute son étendue. Aussi cette disposition, telle qu'elle est conçue, ne signifie réellement rien.

Si l'on a eu en vue le cas où l'une des deux choses serait un corps certain, pour lequel opterait le créancier, et ce qui le prouverait assez, c'est que le dernier alinéa de l'article 1221 ne donne, dans ce cas, l'action pour le tout que contre l'un des héritiers seulement, contre celui qui possède la chose due, tandis que lorsque l'obligation est indivisible, chacun des héritiers, d'après l'article 1223, peut être poursuivi pour le total; si, disons-nous, l'on a eu en vue le cas où l'une des deux choses comprises dans l'obligation alternative au choix du créancier est un corps certain, que le créancier choisit, il y a lieu simplement à appliquer ce qui vient d'être dit sur

la deuxième exception, et ce n'était point la peine d'en faire la matière d'une troisième dans la loi, puisque c'est la même. Et si l'on a pensé au cas où l'une des deux choses serait indéterminée, comme un cheval en général, et que le créancier opterait pour cette chose, alors évidemment l'on se trouverait dans l'une des obligations dont traite le n° 5 de l'article 1221, et dans lesquelles le dernier alinéa de cet article donne au créancier le droit de poursuivre chacun des héritiers pour le total, sauf le recours; car il est clair que, à raison de la nature de la chose qui serait la matière de l'obligation, l'intention des contractans aurait été qu'elle ne pût s'acquitter partiellement. Quelque supposition que l'on fasse, il est impossible de justifier ni même d'expliquer cette disposition telle qu'elle est conçue, et bien certainement on n'a pas dit ce que l'on a voulu dire.

En effet, pour que le paiement ne puisse avoir lieu partiellement contre le gré du créancier, lorsque l'obligation est alternative, il est indifférent que l'une des deux choses soit indivisible ou simplement un corps certain ou un objet indéterminé, ou bien qu'elles soient toutes deux divisibles; et il est indifférent aussi que le choix soit au créancier, ou qu'il appartienne au débiteur : dans tous les cas, le paiement ne pourra être fait partiellement malgré le créancier, parce qu'il pourrait arriver de cette manière qu'il reçût partie de l'une des deux choses et partie de l'autre, et on ne peut l'y contraindre; or, c'est uniquement ce qu'on a pu vouloir dire par cette dis-

position, mais on y a mis des conditions qui ne sont point du tout nécessaires pour cela, et qui feraient que, prise à la lettre, elle n'aurait aucun sens, et serait même en contradiction avec une autre des dispositions du même article.

290. Ainsi, dans les obligations alternatives de choses même parfaitement divisibles, comme cent boisseaux de blé ou trois cents francs, si le débiteur a laissé, par exemple, deux héritiers, le créancier, quoique le choix leur appartînt, n'est point forcé de recevoir de l'un d'eux partie de l'une des deux choses, si l'autre ne lui offre en même tems l'autre moitié de la même chose; car il pourrait arriver ensuite que le cohéritier voudrait lui payer sa part dans l'autre objet, puisqu'il a tout autant le droit de choisir que son cohéritier. Or, le créancier n'a pas stipulé deux moitiés de deux différentes choses, mais une en son entier; et les héritiers du débiteur, qui ne pouvaient le forcer à recevoir partie de l'une et partie de l'autre (art. 1191), n'ayant absolument que les droits de leur auteur, sous la seule modification relative à la division de la dette entre eux, ne le peuvent pas davantage; autrement la substance même de l'obligation serait altérée. Les héritiers doivent donc se concerter; telle est la décision du jurisconsulte Paul dans la loi 85, § 4, ff. *de Verb. oblig.*; de Dumoulin, *de Divid. et indiv.*, § 2, n° 125; et de Pothier, *des Oblig.*, n° 313. En sorte, dit ce dernier, dans l'espèce d'une dette alternative d'une maison ou d'une somme de 10,000 fr., au choix du débiteur,

que, « quand même le créancier aurait reçu volon-
« tairement de l'un des héritiers la moitié de l'une
« des deux choses, *putà,* la moitié de la somme, ce
« paiement ne recevrait sa perfection, même pour
« cette moitié, que lorsqu'on lui aurait payé l'autre
« moitié; et si par la suite on lui donne la maison, il
« y aura lieu à la répétition de ce qui a été payé en
« argent [1]. »

Nous ferons observer toutefois que cette décision particulière de Pothier souffre quelque difficulté pour le cas où le créancier, en recevant le paiement, n'a pas fait ses réserves; que si l'autre héritier voulait ensuite lui payer la moitié de la maison, le paiement de la moitié de la somme serait réputé non avenu; car, puisque, suivant Pothier lui-même; le créancier n'était point obligé de recevoir ce paiement, tant que le cohéritier ne lui payait pas en même tems l'autre moitié de la chose, en le recevant sans faire de réserve il paraît bien avoir consenti à la division quant à l'objet de l'obligation comme quant au paiement lui-même. Il a dû penser que l'autre héritier avait aussi bien que son cohéritier le droit de choisir, et qu'ainsi cet héritier pourrait vouloir payer la moitié de la maison. C'était donc le cas de faire des réserves, et il ne nous semble pas qu'elles soient sous-entendues. Pour pouvoir le dire avec fondement, il aurait fallu que le créancier eût été obligé de recevoir partie de la somme : or, suivant Pothier, il n'y était point

[1] *Voyez* aussi la loi 26, §§ 13 et 14, ff. *de Condict. indeb.*

tenu. Cet auteur donne même ce cas comme une des exceptions au principe de la divisibilité du paiement des dettes divisibles de la part des héritiers du débiteur.

Du reste, la circonstance que, dans l'exemple qu'il donne, l'une des deux choses de l'obligation alternative est une maison, est indifférente quant à notre principe; ce principe n'est pas moins applicable quoique les deux choses soient parfaitement divisibles, et quoique, ainsi que nous l'avons dit, le choix appartienne au débiteur : dans tous les cas, le créancier ne peut être forcé de recevoir partie d'une chose et partie de l'autre; autrement la substance même de l'obligation serait altérée. Ce que le débiteur ne pouvait faire, ses héritiers ne le peuvent pas davantage; sauf la modification résultant du principe de la division de la dette entre eux. Ils doivent donc s'accorder pour faire le paiement de l'une des deux choses en son entier; s'ils ne s'accordent pas, le créancier doit les assigner pour voir dire qu'ils auront à s'accorder dans un délai qui sera fixé par le tribunal, sinon que le choix lui sera déféré, et s'ils ne s'accordent pas dans ce délai, alors il pourra demander à chacun d'eux sa portion dans celle des choses qu'il aura choisie. Car faire décider la question par le sort, ainsi que cela se pratiquait dans des cas semblables en Droit romain [1], n'est pas un usage suivi dans notre législation, et cependant il faut lever l'obstacle.

[1] *Voyez* à ce sujet la loi 3, Cod. *Communia de Legat. et fideicomm.*; le

Si le choix appartenait au créancier par le contrat, il est clair aussi qu'il ne pourrait demander à chacun des héritiers que sa part dans l'une des deux choses, même divisibles; et s'il avait reçu partie de l'une d'elles, soit sur sa demande, soit de gré à gré, il ne serait plus reçu à demander ensuite à l'autre héritier partie de l'autre chose, en offrant de rendre ce qu'il aurait reçu : son choix serait consommé; à plus forte raison, s'il n'offrait pas de restituer ce qu'il a reçu, puisqu'il n'a pas droit à deux moitiés de choses différentes, quoique le choix lui ait été réservé, mais à une seule.

Enfin, si c'était lui qui fût mort laissant deux héritiers, quoique le choix appartînt au débiteur, celui-ci ne pourrait payer à l'un d'eux une partie de l'une des deux choses, et à l'autre une partie de l'autre chose, à moins qu'ils n'y consentissent; car autrement l'obligation serait dénaturée. Ces héritiers d'ailleurs peuvent avoir intérêt à avoir une chose entière, pour la faire entrer dans la composition d'un lot, ou pour la vendre plus avantageusement, plutôt que deux moitiés de deux différentes choses. Et si le choix leur appartenait, et qu'ils ne s'accordassent pas, le débiteur, qui voudrait se libérer, pourrait les assigner pour voir dire qu'ils seront tenus de s'accorder dans un délai fixé par le tribunal, passé lequel le choix lui serait dévolu; et alors il pourrait faire à

§ 23, Instit. *de Legatis;* L. 24, § 17, ff. *de Fideicomm. libert.;* et L. 14, ff. *de Judiciis.* *Voyez* aussi Vinnius, *Select. quæst*, lib. 1, *quæst.* 35.

chacun d'eux des offres de sa part dans la chose qu'il choisirait.

QUATRIÈME EXCEPTION : *lorsque l'un des héritiers* est *chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.*

291. Dans ce cas, l'héritier désigné peut, suivant l'article 1221, être poursuivi pour la totalité de la dette, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Ce point mérite toutefois quelque explication, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, n° 263, et au tome VII, n° 430.

292. D'abord si, par son testament, une personne charge nommément l'un de ses futurs héritiers d'acquitter tel legs, le légataire aura l'action personnelle pour le tout contre lui, sans toutefois que la réserve de cet héritier puisse en souffrir, dans l'hypothèse où il lui en serait dû une. Et le recours contre les autres héritiers aura lieu ou non, selon que la volonté du testateur aura simplement été de mettre le paiement à sa charge, ou bien d'y mettre le legs lui-même, ce qui s'estimerait surtout par les termes du testament[1].

Si l'intention du testateur a été de ne mettre le legs lui-même qu'à la charge personnelle de cet héritier, le légataire n'aura pas d'action contre les autres. On le supposera même assez facilement s'il a chargé l'héritier de donner une somme, ou quelque chose qui

[1] *Voyez* tome IX, nos 380 et 384.

lui appartienne. Il y aura encore moins de doute lorsque ce sera une charge d'un legs qu'il lui aura fait à lui-même ; alors le legs secondaire cessera de grever le legs principal, s'il devient caduc, ainsi que nous l'avons dit en traitant des dispositions testamentaires [1].

293. Et si un débiteur charge par son testament l'un de ses futurs héritiers d'acquitter sa dette envers un tel, en donnant au créancier le droit d'en exiger le paiement de cet héritier, celui-ci pourra être poursuivi pour le tout, et les autres pour leur part héréditaire. Mais si le testament ne contenait qu'une simple indication de l'héritier pour acquitter la dette, sans donner aussi par-là au créancier le droit de l'exiger de lui, la clause lui serait étrangère, et son effet se bornerait à obliger l'héritier à indemniser ses cohéritiers des frais de poursuite faits par le créancier faute de paiement. Elle l'obligerait toutefois aussi à leur rembourser leur part, s'ils l'avaient payée, ou à leur rapporter, leur décharge, dans le cas contraire, si le défunt avait entendu mettre à sa charge, non pas seulement le paiement de la dette, mais aussi la dette elle-même [2] ; le tout, sauf les droits de la réserve légale, dans le cas où il en serait dû une à l'héritier. Et comme la clause contiendrait alors un véritable legs, au profit des autres, de leur part dans la dette, il faudrait, pour que cette dette dût rester à la charge personnelle de l'héritier désigné, que la volonté du défunt à cet égard ne fût pas douteuse.

[1] Tome IX, nos 317 et 495.

[2] *Voyez* la loi 20, § 5, ff. *Familiæ erciscundæ*.

294. Dans ces cas, et sous les limitations ci-dessus, la disposition du n° 4 de l'article 1221, combinée avec le dernier alinéa de cet article, reçoit sans difficulté son application ; mais la généralité de ses termes et la place qu'elle occupe dans le Code ne permettent pas de douter que l'un des héritiers ne puisse aussi être chargé, par les conventions de son auteur, d'exécuter ces mêmes conventions.

295. Il nous paraît toutefois certain qu'une personne ne peut valablement, en chargeant tel ou tel de ses futurs héritiers, de l'exécution de l'obligation qu'elle contracte, priver par le contrat lui-même cet héritier du recours contre ses cohéritiers; car ce serait, de cette manière, disposer, au profit des autres, du montant de leur part dans cette même dette; ce serait un legs à leur profit, et un legs fait sans l'emploi des formalités requises pour la validité des legs. Aussi, l'article 1221 réserve-t-il le recours ; il suppose seulement que c'est l'exécution de l'obligation qui a été mise à la charge d'un seul des héritiers, et non l'obligation elle-même. C'est une simple exception au principe de la division des dettes entre les héritiers, une *indivisibilité de paiement* par rapport à cet héritier, et voilà tout. Ce point ne saurait donc non plus souffrir de difficulté.

296. Mais quel doit être l'effet de la *poursuite?* Doit-il être le même, par rapport à l'héritier, que si l'obligation était solidaire par rapport à lui? Cet héritier doit-il être *condamné* pour le tout quoiqu'il mît en cause ses cohéritiers? Devra-t-il supporter leur insol-

vabilité ? l'obligation simplement indivisible quant au paiement aura-t-elle des effets plus onéreux pour lui que ceux qu'aurait une obligation d'une indivisibilité absolue ? car dans une obligation à proprement parler indivisible, si l'héritier poursuivi n'était pas le seul qui, à raison de la nature de l'engagement, pût l'exécuter, il aurait le droit de mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui le montant de la condamnation aux dommages-intérêts (1225), et l'on ne peut pas dire que, lorsqu'il s'agit d'une chose divisible, comme une somme d'argent, une certaine quantité de denrées, l'héritier désigné soit le seul qui puisse acquitter l'obligation.

Un coup d'œil sur l'ancien Droit est absolument nécessaire pour lever les doutes à ce sujet, ou du moins pour prévenir les objections.

On a vu au tome précédent, n° 263, que, dans le Droit romain, une personne, en s'obligeant, ne pouvait pas charger l'un de ses futurs héritiers de toute l'obligation, ou d'une part plus forte que la part héréditaire de cet héritier : la loi 56, § 1, ff. *de Verb. oblig.* est formelle à cet égard : « *Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacuè comprehensa est : sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur ; sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus.*

En effet, l'héritier pour partie ne représentant le défunt que pour cette partie, la promesse qui l'obligeait au-delà était considérée, pour l'excédant,

comme la promesse du fait d'un tiers ; elle blessait donc le principe *nemo, nisi de se, promittere potest.* Elle n'était toutefois pas nulle, car le débiteur s'obligeait lui-même, seulement la mention de l'héritier était réputée non avenue.

Et c'est en invoquant ce texte, que Pothier, dans son traité *des Obligations*, n° 46, dit que, dans notre Droit aussi, un débiteur ne peut pas obliger l'un de ses héritiers pour une plus forte part que sa part héréditaire : « Pareillement, dit-il, de même que nous « ne pouvons, dans les obligations divisibles, sti- « puler pour quelqu'un qu'autant et pour la part « pour laquelle il sera notre héritier ; de même « nous ne pouvons, dans ces obligations, obliger « quelqu'un de nos héritiers que pour la part pour « laquelle il sera notre héritier. C'est pourquoi inu- « tilement un débiteur comprendrait-il nommément « dans la convention un TEL, qui doit être l'un de « ses héritiers ; car il ne sera tenu de la dette que « comme les autres héritiers qui n'y ont pas été « compris. »

Mais plus loin, n° 313, cet auteur, après avoir rappelé ce qu'il avait dit sur ce point, et cité de nouveau la loi ci-dessus, ajoute : « Nonobstant cela, « Dumoulin décide, avec raison, qu'on peut valable- « ment convenir qu'une dette ne pourra être acquit- « tée par parties par les différens héritiers du « débiteur ; et il remarque fort bien que cette con- « vention est bien différente de celle de l'espèce de « la loi 56, § 1 ff. *de Verb. oblig.*, ci-dessus rapportée,

« laquelle tombe sur la substance même de l'obliga-
« tion ; au lieu que cette convention ne concerne
« que la manière dont le paiement s'en fera : « *Non*
« *concernit substantiam obligationis, sed modum* :
« *undè quemadmodum potest in præjudicium heredum*
« *determinari locus et tempus solutionis, ità et modus.*
« (Dumoulin, § 2, n^os^ 30 et 31). Cette convention
« n'empêche pas que l'un des héritiers du débiteur
« ne soit *tenu que pour sa part de la dette ;* mais
« l'effet est qu'il ne peut faire le paiement que de la
« chose entière, conjointement avec ses cohéritiers ; de
« manière que les offres qu'il ferait de donner sa
« part seraient insuffisantes même pour sa part à
« l'obligation dont il est tenu, si ses cohéritiers n'of-
« fraient également la leur. »

Il résulte de ces deux passages de Pothier, que, selon lui comme selon Dumoulin, la clause par laquelle l'un des héritiers du débiteur est chargé d'acquitter la dette ne peut avec effet affecter la substance de l'obligation elle-même, mais qu'elle peut très bien affecter le mode de paiement, et le rendre indivisible de divisible qu'il aurait été sans elle ; que l'effet de cette clause n'est pas, il est vrai, que l'héritier doive pour cela toute la dette, mais seulement qu'il ne peut, contre le gré du créancier, lui payer sa portion ; par conséquent qu'il ne peut lui en faire des offres, si tous ses cohéritiers n'offrent en même tems la leur : en sorte que ces offres partielles n'arrêteraient point les intérêts, si la dette en produisait, n'empêcheraient pas la peine d'être encourue, même pour la part de

cet héritier, s'il y avait une peine stipulée, ne purgeraient, en un mot, en aucune manière, la demeure en laquelle il aurait été constitué. Mais comme, suivant Pothier, la clause n'affecte et ne peut affecter l'obligation elle-même, mais seulement le mode de paiement, cet auteur conclut de là que l'héritier n'est toujours *tenu* que de sa part, qu'il ne *doit* que sa part, et qu'il ne peut être *poursuivi* que pour sa part seulement.

« Dans les cas, dit-il ensuite (c'est-à-dire dans ceux « des n^os^ 4 et 5 de l'art. 1221), où une obligation, « quoiqu'en elle-même divisible, ne peut néanmoins « s'acquitter par parties, le créancier ne peut, à la « vérité, mettre les héritiers de son débiteur en de- « meure qu'en donnant la demande contre tous; *la « demande qu'il ferait à l'un d'eux de lui payer le to- « tal ne serait pas valable, et ne le mettrait pas en de- « meure*, puisque l'obligation étant divisible, il ne « doit pas le total. Mais quoiqu'il ne soit débiteur que « de la partie pour laquelle il est héritier et *ne puisse « être poursuivi pour le total*, néanmoins l'indivision « de paiement empêche qu'il ne puisse offrir la part « dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en « même tems par ses cohéritiers. »

Ainsi, selon Pothier, dans le cas du n° 4 et du n° 5 de l'article 1221 du Code, l'héritier ne peut être poursuivi pour le tout, et c'eût été ce droit de poursuite pour le total qui aurait, suivant lui et Dumoulin, et suivant la loi romaine citée ci-dessus, affecté la substance même de l'obligation. Car ces auteurs

ne considéraient pas l'inégalité qui serait résultée de là entre les héritiers, si la dette eût dû rester définitivement à la charge de celui qui était désigné pour l'acquitter, ce qui eût été un avantage fait au profit des autres, et ce qui ne pouvait avoir lieu par de simples conventions avec un tiers; ils envisageaient principalement l'obligation dans ses effets entre le créancier et les représentans du débiteur, et, suivant eux, la simple indivisibilité de paiement ne portait aucune atteinte à la division de l'obligation en elle-même, ni, par suite, à celle de la demande ou poursuite contre les héritiers.

Mais quant à ce dernier point, on ne peut se dissimuler que les rédacteurs du Code ne se soient écartés de la doctrine de ces jurisconsultes, puisque l'article 1221 porte positivement, au contraire, que l'héritier, dans le cas du n° 4 (et chacun des héritiers dans ceux du n° 5), *peut être poursuivi pour le total*, sauf le recours. Il paraît que ce qui aurait, suivant eux, affecté la substance de l'obligation, c'eût été la clause qui, en chargeant l'un des héritiers de son exécution, lui aurait en même tems interdit tout recours contre ses cohéritiers, et aurait ainsi définitivement laissé toute la dette à sa charge personnelle. « Celui des héritiers qui, dans ces divers cas (ceux des n^os^ 4 « et 5 de l'article 1221), disait M. Bigot-Préameneu « dans son discours au corps législatif, sur la présen- « tation de la loi; celui des héritiers qui a payé *plus* « *qu'il n'eût dû en cette qualité* a son recours *ainsi que* « *de droit*, vers ses cohéritiers, *parce que ce n'est pas*

« *l'obligation, mais seulement le paiement qui a été à sa* « *charge.* »

297. Toute la question se réduit donc maintenant à savoir si, en donnant au créancier *l'action pour le tout* contre l'héritier désigné dans le cas du n° 4, et contre chacun des héritiers dans ceux du n° 5, les auteurs du Code, dérogeant ainsi aux anciens principes, ont entendu y déroger aussi sous le rapport de la *condamnation* elle-même; s'ils ont ainsi voulu attribuer à des obligations reconnues par eux-mêmes comme divisibles, des effets plus onéreux pour l'héritier poursuivi que ne le seraient les effets d'une obligation indivisible proprement dite? Car, dans celle-ci, l'héritier poursuivi pour le tout a le droit de mettre en cause ses cohéritiers, lorsqu'il n'est pas le seul qui, à raison de la nature de l'obligation, puisse l'exécuter; et s'il le fait, la condamnation aux dommages-intérêts doit être divisée entre eux et lui en proportion de leurs parts héréditaires. (Art. 1225 analysé). Au lieu que si, dans les cas des n^os^ 4 et 5 de l'article 1221, la condamnation doit aussi être prononcée pour le tout contre l'héritier poursuivi, quoiqu'il eût mis en cause ses cohéritiers, c'est comme s'il était tenu d'une obligation solidaire, quand cependant il est bien certain que l'indivisibilité de l'obligation ne lui imprime point le caractère de la solidarité; et, de plus la simple indivisibilité de paiement, que l'on a voulu établir dans ces cas, aurait des effets plus étendus et plus onéreux pour les héritiers du débiteur, que ceux de l'indivisibilité de l'obligation elle-même, ce qui

serait fort bizarre, assurément. L'insolvabilité de l'un des héritiers serait ainsi supportée par son cohéritier, ce qui n'est pas non plus conforme aux principes dans les dettes purement personnelles. Enfin, si les obligations du n° 5 de l'article 1221 sont placées sous la rubrique *de l'effet des obligations divisibles*, et sont ainsi regardées comme divisibles; d'un autre côté l'article 1218 les range parmi les obligations *indivisibles*, d'où il semble résulter que l'article 1225 leur est aussi applicable.

En laissant de côté, pour le moment, les cas de ce n° 5, qui présentent bien d'autres difficultés et d'autres contradictions dans l'ensemble des dispositions de la loi sur la matière, ainsi qu'on le verra bientôt, l'on est réellement embarrassé de prendre un parti sur celui qui nous occupe; aussi les divers interprètes du Code ne sont-ils pas d'accord sur le sens précis du n° 4 de cet article 1221.

Selon quelques-uns [1], le défunt a pu imposer à l'un de ses héritiers l'obligation de solder toute la dette, avec cet effet que le créancier puisse le poursuivre et le faire condamner pour le tout, lors même qu'il mettrait en cause ses cohéritiers, comme il a pu lui imposer toute autre obligation. Cet héritier, dit-on, est le maître d'accepter ou de refuser la succession. L'on argumente, à cet égard, du Droit suivi dans quelques coutumes, telles que celles de Normandie, de l'Artois et d'Amiens, où les héritiers

[1] Comme M. Toullier.

étaient même tenus de plein droit solidairement des dettes de leur auteur, sauf le recours, et les effets du bénéfice d'inventaire. Et suivant cette interprétation, un débiteur peut, par la même raison, obliger tous ses héritiers solidairement.

Il serait difficile, en effet, de prétendre avec quelque fondement, si le défunt en a pu obliger un de cette manière, qu'il n'a pu en obliger deux, et même tous ; car le principe une fois admis à l'égard de l'un d'eux, on ne voit pas pourquoi il ne s'étendrait pas à tous.

Mais d'autres personnes [1] ont pensé que cette interprétation du n° 4 de notre article 1221, vraie en général dans les dispositions testamentaires, ne l'est pas également dans les conventions; que les rédacteurs du Code ont eu particulièrement en vue les charges imposées par testament; que pour les conventions, elles peuvent bien rendre la dette indivisible quant au paiement par rapport à l'héritier chargé par le titre de son acquittement, et même par rapport à tous, si telle a été la volonté des parties, mais que cette indivisibilité n'est point la solidarité, et n'en a pas les effets : en conséquence, ils pensent que si l'un des héritiers est insolvable au moment où le paiement de la dette est demandé pour le tout à l'héritier désigné par le titre pour l'acquitter, l'insolvabilité ne doit point être supportée par lui, mais par le créancier, suivant le Droit commun, à moins

[1] Notamment M. Delvincourt.

que la dette ne fût hypothécaire. Ils disent que le système contraire serait subversif des principes sur la manière dont les héritiers supportent les dettes du défunt, dans le cas de simple action personnelle, et que nulle disposition du Code n'autorise un débiteur à imposer la solidarité à ses héritiers, ou même à l'un d'eux; qu'il ne l'autorise à les obliger que d'une manière indivisible quant au paiement de la dette, mais que les effets de l'indivisibilité ne sont point, sous ce rapport, les mêmes que ceux de la solidarité. On convient bien, du reste, que le Code, à la différence des anciens principes, autorise le créancier à *poursuivre* l'héritier pour le tout, mais c'est comme dans les obligations indivisibles, c'est-à-dire avec le droit attribué par l'article 1225 à cet héritier de mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui le montant de la condamnation, comme n'étant pas le seul qui, à raison de la nature de la dette, puisse l'acquitter. On tombe aussi d'accord que l'héritier ne peut faire des offres de sa part dans la dette, et que ces offres n'empêcheraient pas la peine, s'il en avait été stipulé une, d'être encourue aussi pour sa part, et qu'elles n'interrompraient point non plus le cours des intérêts à son égard.

On peut dire, en effet, que le droit de poursuivre un héritier pour le tout n'emporte pas nécessairement le droit de le faire condamner pour le tout : cet article 1225 offre bien la preuve de cette vérité, et la loi 85, ff. *de Verb. oblig.*, citée précédemment, l'offre pareillement.

Nous allons voir d'ailleurs sur le n° 5 de l'article 1221, que les rédacteurs du Code n'ont pas été d'accord avec eux-mêmes en ce qui concerne ce droit de poursuite pour le tout contre chacun des héritiers, et que dans des cas qui se trouvent évidemment compris dans ce n° 5, ils n'ont point accordé au créancier l'action pour le tout contre chacun de ces héritiers, mais bien seulement contre tel ou tel d'entre eux, et contre les autres pour leur part héréditaire seulement.

CINQUIÈME EXCEPTION : *lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractans a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.*

298. Dans ces cas, dit le dernier alinéa de l'article 1221, chacun des héritiers du débiteur peut être poursuivi pour le total de la dette, sauf son recours.

Mais cette disposition présente aussi les plus graves difficultés.

299. D'abord, ainsi que nous l'avons dit précédemment, n° 257, il est impossible de n'y pas voir les mêmes obligations que celles de l'article 1218, qui les qualifie cependant d'obligations *indivisibles*; ce qui semble par conséquent devoir leur rendre applicable l'article 1225. Au lieu que l'article 1221 ne fait point du tout mention de cette faculté accordée à l'héritier poursuivi pour le total, de mettre en cause ses co-

héritiers : d'où naît une opposition palpable dans les différentes dispositions de la loi sur cette matière abstruse, et qui en complique les difficultés.

En second lieu, les obligations de livrer ou de restituer un corps certain, dans lesquelles cet article 1221 donne l'action pour le tout seulement contre l'héritier détenteur, sont évidemment du nombre de celles qui, à raison de la nature de la chose qui en fait l'objet, sont considérées par les contractans comme n'étant pas susceptibles d'exécution partielle, et dans lesquelles cependant, suivant ce même article, le créancier peut poursuivre chacun des héritiers pour le tout ; aussi Pothier donne-t-il comme exemple de l'une de ces obligations le cas de vente ou de louage d'un certain héritage. Écoutons-le encore sur ce point, parce qu'on l'a visiblement copié mot pour mot dans la rédaction de ce n° 5 de notre article 1221, et que c'est dès lors le meilleur interprète qu'on en puisse avoir.

« Le troisième cas, dit-il, auquel la dette, quoique « divisée entre les héritiers du débiteur, ne doit « point s'acquitter par parties, est lorsque, sans « qu'il y ait de convention, *il résulte de la nature de « l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou « de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que « l'esprit des contractans a été que la dette ne pût « s'acquitter par parties.* Cela se présume facilement « lorsque la chose qui fait l'objet de la convention « est susceptible, à la vérité, de parties intellec- « tuelles, et est par conséquent divisible, mais ne

« peut être divisée en parties réelles. *Molin.*, par-
« tie 3, n° 223.

« Cela se présume même à l'égard des choses qui
« peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles
« ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préju-
« dice au créancier.

« Par exemple, dit-il, si j'ai acheté ou pris à
« ferme un certain héritage, quoique cet héritage
« soit susceptible de parties, néanmoins un des
« héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à
« ferme ne serait pas reçu à m'offrir sa part divisée
« ou indivisée dans cet héritage, pour s'acquitter
« envers moi de son obligation, si ses cohéritiers
« n'étaient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer
« les leurs, parce que la division de cet héritage me
« porterait préjudice : je ne l'ai acheté ou pris à
« ferme que pour l'avoir en total, ou pour en jouir
« en total; et je n'en aurais ni acheté ni pris à fer-
« me une partie.

« La fin que les contractans se sont proposée peut
« aussi empêcher le paiement partiel même des det-
« tes d'une somme d'argent. Par exemple, si, par
« une transaction, vous vous êtes obligé à me payer
« une somme de mille écus, avec déclaration que
« c'est pour me tirer de prison, où j'étais détenu
« pour ladite somme par un créancier, et que peu
« après vous soyez mort, laissant quatre héritiers,
« un de ces héritiers ne sera pas reçu à m'offrir sé-
« parément le quart de ladite somme, qui ne peut me
« procurer la main-levée de ma personne, qui a été

« l'objet du contrat, et que je ne pourrais conserver « sûrement en prison en attendant le paiement du « surplus. *Molin.*, part. 2, n° 40. »

Et Pothier ajoute que, dans ces cas et autres semblables, le créancier ne peut toutefois poursuivre chacun des héritiers que pour sa part héréditaire : « La demande, dit-il, qu'il ferait à l'un d'eux de « lui payer le total, ne serait pas valable ; » tandis que notre article 1221 dit, au contraire, positivement, que chacun des héritiers peut être poursuivi pour le tout dans les cas prévus au numéro 5 de cet article, et qui sont absolument ceux dont parle ici Pothier.

N'est-il pas en effet évident que celui qui, par exemple, a prêté un cheval, ou qui a acheté tel cheval, a entendu que la chose ne pourrait lui être rendue ou livrée par parties, puisque cette chose n'en est même pas susceptible sans destruction de sa substance ? Les obligations de corps certains sont donc aussi comprises dans le n° 5 de l'article 1221, et cependant se sont celles du n° 2 du même article. Toutefois, dans ce cas, l'opposition peut être levée, et s'il n'y avait que cette difficulté on serait bien moins embarrassé pour concilier ces différentes dispositions du Code. Ainsi, dans tous les cas où il s'agira d'un corps certain, dont le défunt était détenteur ou débiteur, et qui sera dans la possession de l'un de ses héritiers, auquel il a été attribué par le partage de la succession, le créancier, comme nous l'avons dit sur le n° 2, n'aura d'action pour le total que contre le détenteur ; et il

l'aura seulement contre les autres pour leur part héréditaire. Si la chose n'a point encore été divisée, l'action contre chacun d'eux n'aura lieu que pour sa part; et il en serait de même si le défunt eût fait périr la chose, ou eût promis un objet qui ne lui appartenait pas; en un mot, dans tous les cas où il y aurait lieu aux dommages-intérêts. Le n° 5 de l'article ne s'applique donc pas à ces cas, en ce sens que, d'après le dernier alinéa du même article, chacun des héritiers puisse être poursuivi pour le tout, sauf son recours. Mais la restitution ou le paiement de la chose elle-même ne pourrait avoir lieu partiellement, fût-elle matériellement divisible, comme un fonds de terre.

Si l'on suppose qu'une personne a promis un cheval indéterminément, ou un arpent de terre de tel canton, et qu'elle laisse deux héritiers, nous ne sommes plus dans le cas du n° 2 de cet article, parce qu'il ne s'agit pas d'un corps certain; mais nous sommes évidemment dans celui du n° 5, car les parties ont entendu que la dette ne pourrait s'acquitter partiellement. L'un des héritiers du débiteur ne pourrait en effet offrir au créancier la moitié qu'il aurait dans la propriété d'un cheval ou d'un arpent de terre, parce que le cohéritier pourrait vouloir aussi offrir la moitié qu'il aurait dans un autre cheval ou dans un autre arpent, et qu'ainsi le créancier recevrait deux moitiés de deux différens chevaux ou de deux différens arpens, tandis qu'il a stipulé un cheval ou un arpent en son entier [1]. C'est donc le cas de dire,

[1] L. 85, § 4, ff. *de Verb. oblig.*

avec l'article 1218, que le rapport sous lequel la chose a été considérée dans l'obligation ne rendait pas cette obligation susceptible d'exécution partielle; ce qui, d'après cet article, fait qu'elle est *indivisible*.

300. Mais l'indivisibilité dont il parle est seulement l'indivisibilité *quoad solutionem*, tandis que l'article 1221 lui donne les effets de l'indivisibilité *quoad petitionem*, et semble même les lui donner *quoad damnationem*, en ne réservant pas à l'héritier assigné pour le tout, comme le fait l'article 1225, la faculté d'appeler en cause ses cohéritiers pour faire diviser entre eux et lui la condamnation; et c'est quant à ce dernier point qu'il y a réellement difficulté grave, qu'il y aurait même contradiction évidente entre les diverses dispositions du Code, s'il en devait être ainsi.

Bien mieux, même en ce qui concerne seulement ce droit de poursuite pour le tout, il y a opposition formelle entre notre article 1221 et d'autres articles du Code. En effet, suivant l'article 1672, si l'acquéreur avec pacte de rachat a laissé plusieurs héritiers, l'action en réméré ne peut être exercée contre chacun d'eux que pour sa part, dans le cas où la chose vendue est encore indivise, et dans celui où elle a été partagée entre eux. Seulement, s'il y a eu partage de l'hérédité, et que la chose soit échue au lot de l'un des héritiers, l'action en réméré peut être exercé contre lui pour le tout. Et l'article 1685 applique ces dispositions à l'action en rescision pour cause de lésion. Cependant il est bien certain que celui qui a

vendu une chose avec faculté de rachat n'a pas entendu qu'elle lui serait rendue par parties, de même que l'acheteur n'a pas entendu qu'elle pourrait lui être redemandée par l'un des héritiers du vendeur pour sa part, lorsque les autres ne voudraient point exercer le réméré : aussi sont-ils forcé de s'accorder, ou bien l'acheteur obtient congé de la demande. (Art. 1669 et 1670 combinés.)

Ainsi, ce cas de vente à réméré est évidemment compris dans le n° 5 de l'article 1221, et non seulement chacun des héritiers du débiteur, dans l'espèce, de l'acheteur, ne pourrait être condamné pour le tout, mais il ne peut même être poursuivi au-delà de sa part; sauf la poursuite pour le tout contre celui auquel la chose est échue par le partage de la succession. Ici l'on a parfaitement adopté en tout point la doctrine de Pothier, tandis qu'en traitant des *obligations divisibles et indivisibles,* on l'a tronquée, en autorisant, *la poursuite pour le tout contre chacun des héritiers du débiteur* dans des cas où l'obligation n'est indivisible, selon l'intention des contractans, et par la nature même de la chose qui en a fait l'objet, que par rapport au paiement seulement. On a fait plus encore : tantôt on a appelé ces mêmes obligations *indivisibles* (art. 1218), et tantôt on les a regardées comme divisibles. (Art. 1220 et 1221 combinés). Enfin, en les considérant sous ce dernier rapport, on a donné l'action pour le tout contre chacun des héritiers, sans réserver à celui qui est poursuivi pour le total de la dette le droit de mettre en cause ses cohéritiers, tan-

dis que cette faculté lui a été expressément accordée dans les obligations indivisibles. Et comme cet héritier prétendra, et pourra prétendre en effet, qu'il est tenu d'une obligation indivisible d'après l'art. 1218, et en conséquence qu'il a le droit attribué à l'assigné pour le total, dans ces sortes d'obligations, par l'article 1225, il résulte de là une antimonie dans la loi, qui nous paraît insoluble, si le droit de *poursuite pour le tout*, que le créancier peut excercer contre chacun des héritiers dans les cas du n° 5 de l'art. 1221, emporte avec lui nécessairement le droit de faire *condamner pour le tout* l'héritier poursuivi, quoiqu'il demandât à mettre en cause ses cohéritiers, et qu'il ne fût pas le seul qui, a raison de la nature de l'engagement, pût l'exécuter. Ces difficultés n'existaient point dans les anciens principes.

301. Mais nous ne pensons pas qu'il en doive être ainsi : dès que les héritiers d'un débiteur à titre de dépôt, de prêt, de louage ou de gage, qui a fait périr la chose par sa faute, ne sont tenus des dommages-intérêts chacun que pour leur part héréditaire, parce qu'ils n'ont succédé chacun à son obligation que pour leur part, de même les héritiers de celui qui avait promis une chose indéterminée, comme un cheval en général, et qui est mort sans l'avoir livré, ne doivent être pareillement tenus que pour leur part héréditaire. Et si chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout, d'après le texte de l'article 1221, la condamnation du moins doit être divisée si l'héritier poursuivi pour le tout met en cause ses cohéritiers. Et dans le cas même

de vente d'un corps certain appartenant au vendeur, comme un fonds, si l'acheteur agit avant le partage de la succession, il ne peut poursuivre chacun des héritiers du vendeur que pour sa part héréditaire, conformément à l'article 1672. Après le partage, il peut poursuivre pour le tout l'héritier au lot duquel le fonds est échu, et les autres pour leur portion héréditaire seulement. Tel est, nous le croyons, l'esprit général de la loi; tel était aussi le sentiment de Dumoulin et de Pothier, dans les écrits desquels les rédacteurs du Code ont puisé les dispositions qui régissent la matière, et il n'est pas vraisemblable qu'ils aient voulu s'écarter totalement de la doctrine de ces auteurs.

Si l'on objectait que la division de la condamnation fera que le paiement aura lieu par parties, contre l'intention des contractans, nous répondrions qu'il en eût bien été ainsi dans les anciens principes. Nous répondrions aussi que les divers héritiers pourront être condamnés aux dommages-intérêts envers le créancier, pour le préjudice que le défaut de paiement en entier pourrait lui faire éprouver, qu'aucun d'eux ne pourra offrir sa part seulement; que les offres qu'il en ferait n'arrêteraient point le cours des intérêts, même pour sa part, si la dette produisait intérêt; qu'elles ne purgeraient pas la demeure en laquelle il aurait été constitué, et par conséquent n'empêcheraient pas la clause pénale de sortir son effet en son entier, si une peine avait été stipulée. Mais chacun d'eux ne devrait néanmoins être tenu

de la dette, des intérêts ou des dommages-intérêts, et de la peine, que pour sa part seulement, attendu qu'il n'a succédé au défunt que pour cette part, et qu'il s'agit de l'inexécution de l'obligation du défunt. Enfin, dans les cas du n° 5 de notre article 1221, chacun des héritiers pourra bien être *poursuivi* pour le tout, puisque le texte de cet article est positif, mais ce sera sans préjudice de la faculté accordée par l'article 1225, comme dans les obligations indivisibles proprement dites, puisque d'ailleurs l'article 1218 donne cette qualification aux engagemens de ce même n° 5. Nous ne voyons pas d'autre manière de concilier les différentes dispositions du Code entre elles sur ces points, et de les mettre d'accord avec les vrais principes. Nous pouvons dire, au surplus, que nous les avons méditées long tems, et rapprochées autant qu'il était possible, de la doctrine des jurisconsultes romains et de nos anciens auteurs les plus profonds et les plus exacts.

§ III.

Des effets de l'obligation indivisible.

SOMMAIRE.

302. *Chacun de ceux qui ont contracté une obligation indivisible, et chacun des héritiers de celui qui a contracté une obligation de cette sorte, en est tenu pour le tout.*

303. *Explication de Pothier sur les effets généraux de l'obligation indivisible entre les héritiers du débiteur.*

304. *L'héritier poursuivi pour le total peut mettre en cause ses cohéritiers, pour faire diviser la condamnation aux dommages-*

intérêts, à moins que, à raison de la nature de la dette, il ne pût seul l'acquitter suivant la teneur du contrat.

305. *Dans ce cas là même, il peut les appeler, mais seulement pour faire statuer sur son recours en garantie dans la même instance, s'il en avait un à exercer.*

306. *Divers cas d'obligations indivisibles à exécuter par les héritiers du débiteur.*

307, *L'héritier au lot duquel est échu le fonds que le défunt a grevé d'une servitude, peut être condamné à en souffrir l'exercice.*

308. Secùs *dans le cas où ce fonds était à l'héritier, en supposant que celui-ci n'aurait pas consenti à la convention du défunt; alors il ne serait dû que des dommages-intérêts : conséquences.*

309. *Cas où le défunt s'était obligé à faire avoir à quelqu'un une servitude sur le fonds d'un tiers.*

310. *Cas où il avait promis une servitude sur un de ses fonds qui est encore possédé par indivis par ses héritiers au moment où le stipulant veut agir.*

311. *Cas enfin où l'obligation ne pouvant plus être exécutée selon sa teneur, il n'y a plus lieu qu'aux dommages-intérêts.*

312. *Texte de l'article* 1224 *quant à l'étendue des droits de chacun des héritiers du créancier d'une obligation indivisible.*

313. *Chacun d'eux ne peut demander que sa part dans les dommages-intérêts.*

314. *Explication de l'une des dispositions de l'article ci-dessus.*

315. *Laquelle ne peut aujourd'hui s'appliquer à tous les cas d'obligation indivisible; en quel sens doit être entendue cette disposition dans certaines de ces obligations.*

316. *Renvoi à un numéro précédent quant à la prescription dans les obligations de cette sorte.*

302. Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement. (Art. 1222.)

Il en est de même des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation. (Art. 1223.)

303. Pothier a parfaitement développé, d'après Dumoulin, les effets de l'obligation indivisible proprement dite.

« Comme, dit-il, les débiteurs d'une dette indi-
« visible ne doivent le total qu'à cause de la qualité
« de la chose due, qui n'est pas susceptible de parties,
« si l'obligation primitive vient à se convertir en l'o-
« bligation secondaire d'une chose divisible, ces dé-
« biteurs n'en seront tenus chacun que pour leurs
« parts. »

« Lorsque, dit-il encore, la dette est indivisible,
« chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de
« la chose entière, il en résulte qu'on peut donner
« la demande contre chacun des héritiers pour la
« chose entière. Mais comme il n'en est pas débiteur
« *totaliter*, qu'il ne l'est que comme héritier en par-
« tie du débiteur, et conjointement avec ses cohéri-
« tiers, il suit de là qu'étant assigné, il peut de-
« mander un délai pour appeler et mettre en cause
« ses cohéritiers, et qu'il ne doit être condamné seul
« que faute par lui de les avoir appelés en cause. »

304. Telle est la disposition de l'article 1225, ainsi conçu : « L'héritier assigné pour la totalité de l'o-
« bligation peut demander un délai pour mettre en
« cause ses cohéritiers, à moins (exception que Po-
« thier apporte aussi ensuite à sa décision) que la
« dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée
« que par l'héritier assigné, qui peut alors être con-

« damné seul, sauf son recours en indemnité contre « ses cohéritiers. » Et il en est absolument de même du cas où la dette est indivisible entre plusieurs débiteurs originaires obligés conjointement, mais sans solidarité.

Ainsi, lorsque la dette n'est pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier ou le débiteur poursuivi seul pour l'exécution de l'obligation en son entier, et que le défendeur met en cause ses cohéritiers ou ses codébiteurs, la condamnation n'est pas prononcée contre lui seulement, elle l'est aussi contre les autres. Et comme la dette n'est point solidaire, cette condamnation ne doit être prononcée que divisément, pour la part de chacun, soit que l'obligation puisse être exécutée suivant sa teneur par tous, soit que, par quelque circonstance particulière, la chose n'étant pas possible, ou le créancier ne l'exigeant pas, il y ait lieu aux dommages-intérêts ; alors ces dommages-intétêts, comme chose divisible, doivent se répartir entre tous les héritiers, en proportion de leurs parts héréditaires, ou entre les débiteurs pour leur part virile. Dans ce cas, on n'applique point la règle *subrogatum sapit naturam rei in cujus locum subrogatum est;* car il est bien évident que les dommages-intérêts prennent ici la place de la chose qui était la matière de l'obligation, et cependant, bien que chacun des héritiers ou des débiteurs fût tenu de toute la dette, ne pouvant devoir une partie seulement dans une chose que l'on suppose n'être pas susceptible de parties (art. 1217), et qu'à ce titre le défendeur ait

pu être poursuivi pour le tout, néanmoins il ne subit la condamnation pour ces mêmes dommages-intérêts que pour sa portion, s'il a d'ailleurs usé de la faculté que lui donnait la loi de mettre en cause ses cohéritiers ou ses codébiteurs, parce que la dette n'était pas de nature à ne pouvoir être acquittée que par lui seul.

En effet, il n'était tenu du total de cette dette que *ex nécessitate*, et non à raison de son obligation personnelle ou de sa qualité d'héritier, puisqu'il ne s'était point obligé seul, mais conjointement avec d'autres et sans solidarité, ou comme ayant succédé au débiteur pour partie seulement; or, lorsque cette nécessité disparaît, lorsque la condamnation a lieu pour les dommages-intérêts, comme ces dommages-intérêts, qui consistent en une somme, sont chose très-divisible, on rentre alors dans le droit commun, et chacun des héritiers ou des débiteurs mis en cause n'en doit supporter que sa part.

305. Il faut toutefois remarquer que, bien que l'article 1225 paraisse ne pas accorder à l'héritier poursuivi pour le tout, la faculté de demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, lorsque, à raison de la nature de la dette, il est le seul qui puisse l'acquitter, néanmoins cette exception à la règle générale doit être entendue en ce sens, qu'il ne peut, dans ce cas, les appeler pour faire diviser la condamnation entre eux et lui, mais rien n'empêche d'ailleurs qu'il ne puisse les appeler en garantie, si la garantie lui est due, afin de faire ainsi statuer sur son recours dans

la même instance, et surtout pour prévenir toute difficulté de leur part sur l'existence du droit du tiers ; car l'article 175 du Code de procédure donne indistinctement à tous ceux à qui la garantie est due, un délai pour mettre en cause le garant.

306. Quant à l'effet des obligations indivisibles *in dando* ou *in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur, Pothier, d'après Dumoulin, distingue trois cas.

Ou la dette, dit-il (n° 332), est de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier poursuivi ;

Ou elle est de nature à pouvoir être acquittée séparément, soit par celui qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers ;

Ou enfin elle est de nature à ne pouvoir l'être que par tous conjointement.

Il peut encore se présenter un autre cas, celui où l'obligation n'est plus susceptible d'exécution, et où elle s'est convertie en celle de payer les dommages-intérêts : comme lorsque le défunt s'était chargé d'un mandat qu'il n'a point exécuté, et qu'il est résulté de là un préjudice pour le mandant, par exemple le défaut de renouvellement d'une inscription hypothécaire en tems utile.

307. On peut donner pour exemple du premier cas, la dette d'une servitude que le défunt a promise sur l'un de ses fonds, qui est échu par le partage de sa succession à l'un de ses héritiers, contre lequel la demande est formée. C'est le cas de l'exception prévue à notre article 1225.

308. Mais si le fonds sur lequel le défunt a promis

cette servitude appartenait à l'héritier poursuivi, qui n'a point consenti à la convention, cet héritier, quoiqu'il pût seul l'exécuter, ne devrait cependant être condamné qu'aux dommages-intérêts, s'il ne voulait pas souffrir l'exercice de la servitude. Et s'il mettait en cause ses cohéritiers, il ne devrait être condamné que pour sa part, car ce ne serait point en sa qualité d'héritier, et *propter hereditatem*, qu'il pourrait seul exécuter l'obligation du défunt; or, c'est dans la supposition de ce cas qu'est conçue la disposition exceptionnelle de cet article, ainsi que nous l'avons déjà dit *suprà*, n^os^ 265 et 285, dans l'espèce d'une vente faite par le défunt de la chose de l'un de ses héritiers sans la participation de celui-ci, et où nous citons à l'appui de cette décision la loi 86, § 3, ff. *de Legatis-1°*, et Pothier, n° 303 de son traité *des Obligations*. Et si l'héritier consentait à l'exercice de la servitude, il aurait droit à une indemnité de la part de ses cohéritiers, eu égard à la dépréciation de son fonds.

309. On peut donner pour exemple du second cas, celui où le défunt s'était obligé envers quelqu'un à lui faire avoir un droit de servitude sur le fonds d'un tiers; car c'est une chose possible, au moins *naturâ*, aux héritiers du débiteur de s'accorder avec le propriétaire du fonds pour qu'il ratifie la promesse, en consentant à l'exercice de la servitude. S'il n'y consent pas, chacun des héritiers peut être poursuivi pour le total, et tous peuvent l'être conjointement. Mais si le créancier se contente d'en pour-

suivre un seul, celui-ci peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin de faire diviser entre eux et lui la condamnation aux dommages-intérêts. Si l'héritier poursuivi n'usait pas de cette faculté, il serait condamné seul, et pour le total, sauf son recours en indemnité.

On peut en dire autant des obligations de faire une chose considérée dans le contrat comme indivisible, par exemple un théâtre, un navire, en observant toutefois que si le défunt ne s'était obligé qu'en qualité d'architecte, d'ouvrier ou d'entrepreneur, comme le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier (art. 1795), il n'y aurait plus lieu à examiner comment sont tenus ses héritiers ; à moins cependant qu'il n'eût été en demeure de remplir son engagement, cas qui rentre dans la quatrième supposition que nous avons faite, et sur laquelle nous allons nous expliquer tout à l'heure.

213. Pothier donne comme exemple du troisième cas, celui où une servitude a été promise par le défunt sur un de ses fonds qui n'est point encore divisé entre ses héritiers au moment où celui à qui la servitude est due, et qui ne l'a point encore exercée, se propose de former sa demande : alors, dit cet auteur, ils doivent s'accorder pour faire la délivrance du droit, c'est-à-dire consentir tous à ce que le stipulant exerce la servitude [1] : s'ils ne s'accordent pas, chacun peut être poursuivi pour le tout, puis-

[1] *Voyez* les lois 2, *de Servit.*, et 18, ff. *Commun. prædior. tàm. urb. quàm rust.*

que la chose n'est pas susceptible de parties. Mais celui qui serait attaqué seul aurait le droit d'appeler en cause ses cohéritiers, et le demandeur, s'il tenait à avoir la servitude plutôt que les dommages-intérêts, aurait même intérêt à les y mettre, afin que le jugement fût obligatoire pour celui dans le lot duquel le fonds viendrait à tomber, ou auquel il écherrait par licitation : autrement cet héritier pourrait prétendre, en vertu des articles 883 du Code civil et 474 du Code de procédure, combinés, qu'il n'a point été partie présente ni représentée dans l'instance, et en conséquence qu'il est en droit de former tierce-opposition au jugement.

Au reste, ceux des cohéritiers mis en cause ou intervenans qui déclareraient ne point s'opposer à l'exercice de la servitude, ne devraient être condamnés à aucuns dommages-intérêts, ni frais ultérieurs ; car, disent Dumoulin et Pothier sur ce cas, celui qui offre n'est pas en demeure.

Toutefois, ils modifient leur décision dans le cas où il y aurait une peine stipulée pour défaut d'exécution de la promesse : alors, la contravention d'un seul ferait encourir la peine à tous : au contrevenant pour le tout, et aux autres pour leur part, sauf leur recours. Ces derniers en seraient tenu *tanquàm ex eventu conditionis ;* et telle est la disposition de l'article 1232. Nous reviendrons sur ce point en traitant de la *clause pénale.*

311. Enfin sur la quatrième hypothèse, celle où l'obligation indivisible à raison du rapport sous le-

quel elle a été considérée n'est plus susceptible d'exécution de la part des héritiers du débiteur, on peut donner pour exemple le cas où celui-ci s'était chargé d'un mandat qui ne pouvait être rempli utilement pour le mandant que dans un certain tems que le mandataire a laissé passer sans exécuter le mandat; le cas aussi où un architecte ou un artiste dont le talent particulier avait été la considération principale du contrat, a été en demeure d'exécuter son engagement, qui en effet n'a point été exécuté.

Dans ces cas, et autres analogues, si l'on s'attache aux dispositions des articles 1217, 1222 et 1223 combinés, le créancier peut poursuivre pour le total chacun des héritiers du débiteur; mais aussi, en rapprochant de ces mêmes articles, l'article 1225, l'héritier poursuivi pour le tout a le droit de mettre en cause ses cohéritiers, non pas uniquement à raison de la garantie qui lui serait due, et pour faire statuer sur cette garantie dans la même instance, car tel n'est pas le sens de cet article, mais pour faire diviser entre eux et lui la condamnation aux dommages-intérêts, seule chose à laquelle, dans l'espèce, puisse prétendre le créancier. L'héritier poursuivi n'est pas en effet le seul qui, à raison de la nature de la dette, puisse l'acquitter; il ne le peut pas plus que les autres, ce qui rend par conséquent applicable la disposition principale de cet article.

Que si le créancier, se fondant sur ce que l'obligation dont il s'agit dans ces cas se trouve comprise dans le n° 5 de l'article 1221, prétendait avoir le droit de

poursuivre chacun des héritiers pour le tout, sans que l'héritier poursuivi pût mettre en cause ses cohéritiers pour faire diviser la condamnation aux dommages-intérêts, attendu que cet article ne consacre point cette faculté, on lui répondrait par ce qui a été dit sur ce point au paragraphe précédent, et qu'il est inutile de répéter ici.

Enfin, si les héritiers eux-mêmes soutenaient, comme ils l'auraient pu assurément dans les anciens principes, qu'ayant succédé au défunt seulement chacun pour une part, ils ne doivent pouvoir être poursuivis chacun que pour cette part, on leur dirait que le Code, en ce point, a évidemment modifié le Droit ancien. L'article 1221 ne permet pas en effet le moindre doute à ce sujet; car il est bien certain que les obligations maintenant en question sont renfermées dans celles dont parle le n° 5 de cet article, et ce sont d'ailleurs les mêmes que celles que l'article 1218 répute indivisibles; or, dans les obligations indivisibles, chacun des débiteurs ou chacun des héritiers du débiteur, peut être poursuivi pour le tout, et il doit même être condamné pour le total, s'il n'use pas de la faculté accordée par l'article 1225.

312. Voyons maintenant les effets de l'obligation indivisible par rapport aux divers créanciers, ou aux divers héritiers du créancier:

Suivant l'article 1224, « chaque héritier du créan-« cier peut exiger en totalité l'exécution de l'obliga-« tion indivisible.

« Il ne peut seul faire la remise de la totalité de

« la dette; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de « la chose. Si l'un des héritiers a seul remis la dette « ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut « demander la chose indivisible qu'en tenant compte « de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou « qui a reçu le prix. »

On sent qu'il en est de même, dans tous ces cas, à l'égard de l'obligation indivisible contractée au profit de plusieurs personnes originairement, par exemple s'il a été promis une servitude à deux copropriétaires du même fonds.

313. Mais si, par suite de l'inexécution *in specie* de l'obligation indivisible, cette obligation se convertit en dommages-intérêts, le demandeur ne peut prétendre qu'à sa part dans la somme; L. 25, § 9, ff. *Familiæ ercisc.* Par exemple, s'il est copropriétaire pour les trois quarts de l'immeuble au profit duquel un droit de servitude a été promis, et qu'il se contente des dommages-intérêts, ou qu'il soit forcé de s'en contenter parce que le fonds sur lequel la servitude a été promise n'appartiendrait pas au débiteur, il n'a droit qu'aux trois quarts de la somme à laquelle serait estimée l'indemnité.

Il en serait de même s'il traitait de gré à gré de la servitude; mais cet arrangement, non plus que la remise de la servitude, ne devant point préjudicier aux droits du copropriétaire ou cohéritier, celui-ci pourrait encore la réclamer, si elle avait été promise sur un fonds appartenant au débiteur.

314. Toutefois, si l'on appliquait à ce cas la dispo-

sition de l'article 1224, il ne le pourrait qu'à la charge de faire raison au débiteur de la portion du cohéritier dans le prix de la servitude, remise à titre onéreux ou gratuit; et telle était en effet la doctrine de Dumoulin, qui s'exprimait ainsi sur ce cas : *Stipulator servitutis reliquit duos heredes, quorum unus accepto fecit promissori : debet alteri heredum totam servitutem, sed non totaliter, utpotè deducendâ estimatione dimidiæ partis. Sed cujus est electio? breviter dico creditoris, videlicet alterius heredis, quia coheres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere ei non potuit, nisi in refusione pretii, si hic heres noluit jus suum vendere; igitur gratis remittendo non potest plus nocere.* Molin. p. 3, n° 189. Et par ces mots, *nisi in refusione pretii*, il faut entendre la portion de celui qui a fait la remise, ou la vente, dans le prix de la servitude, en proportion de son droit dans le fonds dominant. On sent qu'il en devrait être de même du cas où le débiteur serait devenu héritier de l'un de ceux à qui la servitude était due, et, *vice versâ*, du cas où l'un de ceux-ci serait devenu héritier du débiteur.

315. Mais quant à cette obligation pour celui des héritiers qui réclame la servitude après la vente ou remise qui en a été faite par son cohéritier, de faire raison au débiteur de la portion de ce dernier dans le prix ou estimation de la chose due, les principes modernes, touchant la manière dont s'établissent les servitudes, exigent une distinction que ne réclamait pas l'ancien Droit, et que Dumoulin, en conséquence, n'a pas faite.

D'abord, il est certain que, si la servitude était remise par celui des héritiers à qui est échu, par partage ou licitation, le fonds pour lequel elle avait été promise, tout serait terminé à cet égard. Cet héritier étant censé, d'après l'article 883, avoir succédé seul et immédiatement à l'immeuble, et son cohéritier n'y avoir jamais eu de droit, celui-ci n'aurait plus d'action relativement à cette servitude. Et il serait indifférent qu'elle eût été ou non exercée avant le partage ou la licitation. Aujourd'hui, d'après les articles 711 et 1138, par argument, la servitude se trouve affecter le fonds dès qu'elle a été régulièrement promise, suivant ce que nous avons démontré au tome IV, n° 490, et au tome V, n° 472; en sorte qu'il n'y a plus de différence à faire, maintenant, entre le cas de la simple promesse d'une servitude non encore exercée ou livrée d'une manière quelconque, et le cas d'une servitude imposée par une quasi-tradition, délivrance ou exercice du droit, entre la servitude *tantùm promissam* et la servitude *impositam seu constitutam* : dans tous les cas, la servitude affecte le fonds dès quelle a été valablement consentie; d'où il suit que l'héritier auquel est échu l'immeuble, l'a reçu du défunt avec le droit de servitude, et que le cohéritier n'a eu aucun droit quant à la promesse relative à cette même servitude. Le droit du défunt n'était point un simple droit de créance, comme il l'était dans les anciens principes, tant que la servitude n'était point encore imposée sur le fonds par une tradition quelconque; c'était un droit réel, faisant partie

de son droit de propriété sur son immeuble; et c'est uniquement ce qu'il a transmis; mais il ne l'a transmis qu'à celui là même à qui cet immeuble est échu par le partage ou la licitation.

Il en eût été de même dans notre ancienne jurisprudence si la servitude eût déjà été exercée par le défunt ; il eût transmis à ses héritiers, non pas une simple créance quant à cet objet, mais son fonds avec le droit de servitude, qui s'y trouvait attaché ; car, le principe de l'article 883 existait aussi dans notre ancienne jurisprudence.

Mais, et c'est dans cette hypothèse que raisonnait Dumoulin, si la servitude eût simplement été promise au défunt, si elle n'avait point encore été exercée au moment de sa mort, en un mot, si elle n'était pas encore devenue une *qualité* de son fonds, son droit n'eût été qu'une simple créance, et la remise de cette créance au débiteur par l'un de ses héritiers n'eût pas empêché, sans doute, le cohéritier d'exercer l'action pour le tout, à cause de l'indivisibilité de la chose due, mais il ne l'eût pu qu'à la charge de tenir compte au débiteur, de la portion de son cohéritier dans l'estimation du droit, sauf à s'en faire faire raison à son tour par celui-ci sur l'action de partage, ce dernier profitant de la servitude comme s'il n'en eût pas fait remise.

Au lieu qu'aujourd'hui, quand bien même la servitude n'aurait pas été exercée avant la mort du créancier, nous soutenons que celui de ses héritiers

à qui le fonds est échu pourrait la réclamer sans être obligé pour cela de rien rembourser au tiers à raison de la remise faite par son cohéritier. La disposition de l'article 1224, relative au remboursement, ne serait point applicable à ce cas; l'article 883 s'y opposerait; sauf au tiers à intervenir dans le partage pour la conservation de ses intérêts, et sauf aussi, sil y avait lieu, son recours contre celui qui lui a fait la remise de la servitude, dont il serait forcé de souffrir l'exercice.

Ce remboursement ne pourrait être exigé que dans le cas où l'héritier étranger à la remise exercerait l'action relative à la servitude avant le partage de la succession; alors nous croyons en effet qu'il devrait tenir compte au débiteur de la portion du cohéritier dans l'estimation de cette servitude, eu égard à la part de celui-ci dans le fonds commun; sauf à se faire faire raison à son tour par ce dernier du montant de ce qu'il aurait été forcé de débourser à ce sujet. On ne s'attacherait pas, du reste, nécessairement au prix qu'aurait payé le débiteur pour se faire tenir quitte, si ce prix était trop élevé; on ferait l'estimation en raison de la plus-value que la servitude donnerait au fonds dominant, et non en raison de la dépréciation qu'elle causerait à l'immeuble assujetti; car c'est cette plus-value seulement qui est relative à l'héritier ou copropriétaire qui veut la servitude pour le fonds commun.

Et ce n'est pas seulement dans le cas de servitude due à une personne qui a laissé plusieurs héritiers,

qu'est applicable la disposition de notre article 1224, dans la faculté qu'il accorde à l'un de ces héritiers d'exiger la chose indivisible, nonobstant la remise faite par le cohéritier de son droit dans cette chose, ou la décharge qu'il a donnée au débiteur moyennant un prix; elle s'applique aussi aux cas où l'obligation est de faire quelque chose considérée comme indivisible par les contractans, tel qu'un théâtre, ainsi qu'aux obligations de donner un corps certain ou indéterminé non susceptible de division matérielle, comme tel cheval, ou un cheval en général. Mais dans quel sens est-elle applicable? c'est, comme le dit l'article, à la charge pour l'héritier qui réclame l'exécution de l'obligation, de tenir compte au débiteur de la portion du cohéritier qui lui a fait la remise ou qui a reçu le prix : c'est-à-dire qu'il pourra demander que le théâtre soit construit, ou que le cheval soit livré, afin qu'il ait dans l'objet une part en proportion de sa part héréditaire, et le débiteur le surplus, comme remplaçant l'héritier qui lui en a fait remise. La communauté qui aurait existé entre les héritiers, existera entre l'un d'eux et le débiteur, et voilà tout: c'est ainsi que l'on tiendra compte à ce dernier de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou reçu le prix; mais il n'y aura point de somme à lui compter pour cette portion, sauf le cas d'arrangemens entre les parties.

316. Quant à la prescription en matière d'obligations ou de droits indivisibles, nous en avons parlé plus haut, n° 266 et suivant.

SECTION VI.

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSE PÉNALE.

SOMMAIRE.

317. *Définition de la clause pénale.*
318. *Elle peut être convenue en toute espèce d'obligation.*
319. *Division générale de la matière.*

317. L'intérêt qu'a le créancier de forcer, par la crainte d'une peine, le débiteur à remplir son engagement, et la difficulté [1] qu'il éprouverait souvent à établir le montant des dommages-intérêts qui lui seraient dus à raison de l'inexécution de l'obligation, ont fait introduire la clause pénale. Le Code (art. 1229) la définit « une clause par laquelle une personne, « pour assurer l'exécution d'une convention, s'en- « gage à quelque chose en cas d'inexécution. »

Elle dispense ainsi le créancier d'établir le préjudice que lui a fait éprouver l'inaccomplissement de l'obligation; elle est, comme le dit l'article 1229, première partie, la compensation des dommages-intérêts; c'est-à-dire qu'elle en est la fixation, et qu'elle en tient lieu [2].

318. La peine, ordinairement, consiste en une somme; et c'est le plus souvent pour assurer l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire

[1] *Plerùmque difficilis probatio est quanti cujus interest.* (L. 11, ff. *de Probat.*)

[2] *In hujusmodi stipulationibus quæ quanti res est promissionem habeat, commodiùs est certam summam comprehendere est.* (*Dictâ lege* 11, et § 7, Instit. *de Verb. oblig.*)

quelque chose, qu'elle est stipulée. Mais elle peut aussi être convenue dans une obligation de donner, et consister en une autre chose qu'une somme, même en une chose tout-à-fait indivisible. Aussi l'article 1226 dit-il d'une manière générale, que, par cette clause, le débiteur s'engage *à quelque chose* en cas d'inexécution.

319. Nous aurons à voir, sur la clause pénale, 1° Quelle est la nature de cette clause, et ses effets entre les parties ;

2° Quels sont ses effets par rapport aux héritiers du débiteur, soit que l'obligation principale soit divisible, soit qu'elle soit indivisible.

§ Ier.

De la nature de la clause pénale, et quels sont ses effets entre les parties.

SOMMAIRE.

320. *L'obligation pénale est une obligation secondaire, conditionnelle de sa nature.*

321. *Elle ne porte aucune atteinte à l'obligation principale.*

322. *Il ne faut pas la confondre avec la clause par laquelle quelqu'un se soumettrait à faire ou à donner telle chose, au cas où il ne ferait ou ne donnerait pas telle autre chose, et qu'on appelle obligation* facultative : *développemens, et espèce tirée du droit romain.*

323. *Suite et autre espèce tirée du même droit.*

324. *Différence de l'obligation avec clause pénale, d'avec l'obligation alternative.*

325. *Exemple d'une véritable obligation avec clause pénale, tiré de la loi* 122, § 2, *ff.* de verb. oblig.

326. *Autre exemple tiré de la loi* 71, *ff.* pro socio.

327. PREMIÈRE RÈGLE : la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale ; *exemple.*

328. *Mais si l'obligation principale, nulle par rapport à l'objet, pouvait néanmoins donner lieu à des dommages-intérêts, à cause du dol du débiteur, la clause pénale serait valable.*

329. *Les clauses pénales insérées dans des promesses de mariage sont sans effet.*

330. *La clause pénale ajoutée à une stipulation faite pour autrui, et stipulée pour soi, est valable.*

331. *En sens inverse, la promesse d'une peine ajoutée à la promesse du fait d'un tiers est valable aussi, quoique l'on ne se soit pas porté fort pour le tiers.*

332. *On peut de même joindre principalement une clause pénale à un acte confirmatif d'une obligation nulle, mais qui pouvait être confirmée.*

333. *Suite de la proposition, et distinction quant à la manière dont le second acte a été conçu, pour les effets qu'il doit produire.*

334. DEUXIÈME RÈGLE : la nullité de la clause pénale n'entraîne pas la nullité de l'obligation principale ; *développemens et exemple.*

335. TROISIÈME RÈGLE : le créancier, au lieu de demander la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

336. Vice versâ, *lorsque la peine est encourue, le créancier peut la demander, au lieu de poursuivre l'exécution de l'obligation principale.*

337. *Application, à diverses obligations, du principe que le créancier peut, en négligeant la peine, poursuivre l'exécution de l'obligation principale.*

338. *Cas dans lesquels il est toutefois obligé de se contenter de la peine.*

339. *Si le créancier peut demander des dommages-intérêts au-delà de la peine, en offrant de prouver clairement qu'il a éprouvé un plus grand préjudice de l'inexécution de l'obligation? et,* vice versâ, *si le débiteur peut faire réduire la peine, en prouvant qu'elle est excessive relativement au dommage causé par l'inexécution de l'engagement?*

340. *Discussion de la première question, et résolution par la négative dans le droit actuel.*

341. *Résolution de la seconde question, aussi par la négative.*

342. *Modification pour le cas où la clause pénale convenue dans une obligation de somme ou de choses fongibles, serait une usure déguisée.*

343. QUATRIÈME RÈGLE : le créancier ne peut demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ; *application du principe.*

344. *Et de l'exception, c'est-à-dire quand la peine a été stipulée pour le simple retard.*

345. *Rapprochement de l'article* 1229 *avec l'article* 2047, *qui porte qu'on peut ajouter une peine à une transaction, contre celui qui manquera de l'exécuter; textes du droit romain, discussion et conciliation.*

346. *Les mêmes décisions et distinctions appliquées aux actes de confirmation et de ratification consentis avec clause pénale.*

347. *Et aux partages.*

348. *Mais la clause pénale ajoutée à un acte de partage ne le protégerait pas contre l'action en rescision pour lésion du plus du quart, si cette lésion existait.*

349. *Effet de la clause pénale ajoutée à un compromis contre celui qui manquera d'exécuter la sentence arbitrale.*

350. *Comment doit procéder le créancier lorsqu'il opte pour la peine, dans les cas ordinaires, où il n'a que l'option.*

351. CINQUIÈME RÈGLE : la peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation; *texte de l'article* 1230.

352. *La simple fixation d'un terme ne suffit pas pour faire encourir la peine au débiteur qui n'a pas exécuté au jour fixé ; droit romain et ancienne jurisprudence sur ce point.*

353. *Suite et rapprochement de ces deux législations avec celle du Code civil, et quand le débiteur doit la peine d'après le Code.*

354. *Le débiteur, de droit commun, n'est point obligé de faire le paiement chez le créancier ou chez un tiers; conséquence quant à la peine.*

355. *Et, généralement le débiteur qui paie ou offre de payer sur la*

sommation ou autre acte qui lui est signifié, évite l'effet de la mise en demeure, et par conséquent la peine.

356. *Lorsque c'est par le fait du créancier que le débiteur n'a pas exécuté l'engagement, il n'y a pas lieu à la peine.*

357. *Ni lorsque c'est par force majeure que l'obligation n'a point été exécutée.*

358. SIXIÈME RÈGLE : la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation a été acquittée en partie ; *développemens ; cas dans lesquels la peine* doit *être réduite, et cas où elle* peut *l'être.*

359. *Le terme accordé par le juge au débiteur n'empêche pas la peine stipulée pour le simple retard, d'être encourue.*

360. *Le principe que la peine doit ou peut être réduite lorsque l'obligation a été exécutée en partie, s'applique aussi au cas de la promesse faite par un tiers, qui l'a exécutée en partie.*

361. *Quand la peine a été stipulée pour le simple retard, le plus ou moins de retard qu'a mis le débiteur à exécuter son engagement est indifférent en ce qui concerne la peine : il n'y a pas lieu à la réduire.*

362. *Application du principe aux obligations de faire un certain ouvrage qui n'a été exécuté qu'en partie.*

363. *Et à la promesse d'un droit de servitude.*

364. *Et à d'autres cas où ce qui serait l'objet de la peine serait aussi quelque autre chose de parfaitement indivisible.*

365. *Effets de la réserve faite par le créancier, en recevant un paiement partiel, que la peine n'en sera pas moins due en totalité pour l'inexécution du surplus de l'obligation.*

320. L'obligation pénale est une obligation secondaire, conditionnelle de sa nature, par ce que la peine n'est due qu'autant que la chose qui est l'objet de l'obligation principale ne serait pas faite ou donnée.

321. Elle ne porte aucune atteinte à cette obligation; autrement, loin d'être stipulée pour en assurer l'exécution, elle serait, au contraire, convenue pour en

prévenir l'accomplissement, ou en tenir lieu, ce qui n'est pas : d'où il suit que le créancier peut, en négligeant la peine, poursuivre l'exécution de l'obligation principale. (Art. 1229.)

322. Aussi ne faut-il pas confondre avec l'obligation pénale, le cas où quelqu'un, en s'obligeant à faire ou à ne pas faire quelque chose, se soumettrait à payer une certaine somme en cas d'inexécution, dans l'intention que ce serait alors seulement cette somme qu'il devrait. Dans ce cas, l'obligation ne serait point avec clause pénale; elle serait du nombre de celles qu'on nomme *facultatives,* non en ce sens qu'il dépendrait du débiteur d'être ou de ne pas être obligé, car alors il n'y aurait réellement point d'obligation, point de lien de droit (art. 1174), mais en ce sens que le débiteur, obligé à faire telle chose, pourrait se libérer en payant la somme.

En analysant l'article 1152, au tome précédent, n^os^ 482 et suivans, nous avons déjà signalé cette différence. D'après cet article, « lorsque la convention « porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera « à l'autre une certaine somme, à titre de dommages-« intérêts, il ne peut être alloué une somme plus forte « ni moindre. » Nous avons dit que cette clause produit, en général, les effets de la clause pénale : car, comme dans cette dernière, la somme convenue en cas d'inexécution de l'obligation tient lieu des dommages-intérêts qui pourraient être dus au créancier; dans l'une et l'autre clause, si l'obligation a été exécutée en partie, le juge peut réduire la somme con-

venue, et cette somme ne peut être demandée que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation; dans les deux cas, le créancier ne peut demander le principal et la somme ou la peine, à moins qu'elle n'eût été stipulée pour le simple retard; la nullité de l'obligation principale entraînerait la nullité de la clause relative à la somme ou à la peine; le débiteur serait libéré par la perte de la chose arrivée par cas fortuit et avant qu'il fût en demeure, ou par la force majeure qui l'aurait empêché de faire ce qu'il s'était obligé à faire, ou qui l'aurait contraint à faire ce qu'il s'était interdit; enfin, le créancier, au lieu de demander la somme ou la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. Mais nous avons ajouté que, si les parties, en convenant d'une somme pour le cas d'inexécution de l'obligation, ont eu l'intention de convertir en cette somme l'obligation elle-même, par une sorte de novation éventuelle, à la volonté du débiteur, alors ce n'est plus une obligation avec clause pénale, et le créancier doit se contenter de la somme convenue, quand bien même la chose promise d'une manière principale pourrait être saisie ou qu'il s'agirait d'un fait qui pourrait facilement être exécuté par un tiers, ou d'une obligation de ne pas faire une chose que le débiteur aurait faite et qui pourrait être détruite : l'article 1228 cesserait d'être applicable. L'obligation consisterait bien toujours dans la chose ou le fait promis d'une manière principale, mais ce serait avec faculté pour le débiteur de s'en libérer par le paiement de la somme convenue.

A ce sujet, nous avons cité la loi 44, § 6, ff. *de Oblig. et act.*, où le jurisconsulte Paul établit clairement cette doctrine, adoptée par Pothier dans son traité *des Obligations*, n° 341. « *Sed si navem fieri stipulatus sum*, dit ce texte, *et si non feceris, centum: videndum est utrùm duæ stipulationes sint, pura, et conditonalis, et existens sequentis conditio, non tollat priorem; an verò transferat in se, et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.* »

Le jurisconsulte se demande d'abord si la stipulation de la somme, faite pour le cas où le navire ne serait pas construit, ne doit pas être considérée comme une obligation secondaire et conditionnelle, qui ne porterait aucune atteinte à l'obligation relative à la construction du navire (ce qui était, en général, dans le Droit romain, comme dans notre Droit, le caractère prédominant de l'obligation pénale); ou bien si cette obligation de construire le navire n'a pas été, dans l'intention des parties, transformée, *quasi novatione*, en celle qui a pour objet les cent, au cas où le navire ne serait pas construit? et il décide en ce dernier sens. Il parle d'une *sorte* de novation, *quasi novatio*, et non d'une novation proprement dite, parce que l'obligation de construire le navire n'a préexisté que d'un instant de raison celle relative à la somme, tandis que la novation ordinaire est l'extinction d'une obligation existante depuis plus ou moins de tems, par la substitution d'une nouvelle, qui l'efface en la remplaçant. Aussi y aurait-il eu moins de doute s'il y avait eu deux actes: on aurait facilement vu

une novation à l'époque où Paul écrivait. Dans notre Droit, où l'on a suivi la décision de Justinien, qui a voulu que la novation ne pût jamais se présumer [1], il y aurait également moins de difficulté dans le cas de deux conventions, mais toutefois en sens contraire, c'est-à-dire qu'il faudrait, pour qu'il y eût novation, que la volonté de l'opérer resultât clairement du nouvel acte. (Art. 1273). Mais nous raisonnons dans l'hypothèse d'une même convention, et dans ce cas la question présente plus de difficulté. A cet égard, et ainsi que nous l'avons dit à l'endroit précité, lorsque l'intention des parties ne se montrera pas clairement par les termes de l'acte, alors la nature de l'objet de l'engagement pourra servir à l'interprétation de la volonté des contractans; et, en général, dans les obligations de faire quelque chose, comme le créancier savait qu'il ne pourrait contraindre le débiteur à la faire, et que celui-ci savait aussi qu'il ne pourrait être condamné qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution, on devra incliner à penser que l'on a entendu convenir d'une indemnité pour tenir lieu de l'obligation principale, quoiqu'elle pût être exécutée par un tiers; et à plus forte raison dans le cas où elle consisterait dans un fait personnel à l'obligé, puisque, dans cette dernière hypothèse, lors même que la clause serait vraiment pénale, le créancier serait obligé de se contenter de la peine, ainsi que nous le démontrerons bientôt. Il en serait de même, en général, aussi dans

[1] Loi dernière, au Code, *de Novationibus*.

les obligations de ne pas faire, surtout dans celles de cette espèce où le créancier ne pourrait faire détruire ce qui aurait été fait en contravention à l'engagement, parce que cela ne serait pas possible. Mais dans les obligations de donner, on devrait, au contraire incliner à ne pas avoir une obligation facultative dans la clause, surtout lorsqu'il s'agirait d'une chose que le créancier pourrait facilement se faire remettre *manu militari,* comme un fonds, une maison. Dans ce cas, il a dû plus facilement compter sur les moyens ordinaires d'exécution, et par conséquent avoir moins voulu se contenter de la somme, à la place de la chose qui fait la matière de l'obligation ; il sera plus facilement censé n'avoir pas voulu porter atteinte à l'obligation principale par la clause, mais avoir voulu seulement la stipuler dans l'esprit d'une clause pénale, pour que le débiteur fût plus porté, par la crainte de la peine, à exécuter l'engagement suivant sa teneur.

323. Il n'y aurait pas de difficulté dans le cas du § 5 de la même loi 44, ff. *de Oblig. et act.,* où le jurisconsulte Paul suppose qu'une stipulation a été faite en ces termes : « *Si ità stipulatus sim:* SI FUNDUM NON DEDERIS, CENTUM DARE SPONDES? *Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus,* » et où il décide qu'il n'y a que la somme de comprise dans l'obligation ; que le fonds peut seulement servir à l'extinction de la dette. Car, dans cette espèce, il n'y a réellement qu'une obligation, au lieu que dans le cas de la clause pénale il y en a deux : une principale ou

primitive, l'autre secondaire et conditionnelle. Dans l'espèce de ce texte, le créancier ne peut demander que la somme seulement ; mais le débiteur a la faculté de livrer le fonds pour se dispenser de payer cette somme, et même pour s'empêcher de la devoir. Son obligation quant à la somme est conditionnelle, c'est-à-dire pour le cas où il ne livrerait pas le fonds. Et comme ce fonds n'est point compris dans l'obligation, qu'il ne figure dans la convention que comme élément de la condition, sa perte arrivée même par cas fortuit et avant que le débiteur fût en demeure, par exemple, par le débordement d'un fleuve, ne dispenserait point celui-ci de payer la somme. Au lieu que si c'était le fonds lui-même qui fût l'objet de l'obligation, et la somme *in solutione tantùm*, la perte du fonds entraînerait absolument l'extinction de la dette. Tel serait le cas où un testateur aurait dit : « *Je lègue à Paul mon fonds, mais mon héritier pourra payer « à la place la somme de* 10,000 *fr.* » Tel serait aussi le cas où une convention porterait : « *Je m'oblige à vous livrer ma maison, mais je pourrai me libérer par le paiement de* 10,000 *fr.* » Dans ces cas, l'obligation ne serait point alternative, elle serait simplement du nombre de celles qu'on appelle *facultatives*, à moins qu'il ne résultât de l'ensemble de l'acte et des diverses circonstances de la cause, que le disposant ou les contractans ont, au contraire, entendu faire le legs ou la convention sous une alternative : alors la perte du fonds ou de la maison ne dispenserait pas de payer la somme. (Art. 1193.)

324. En cela, l'obligation alternative diffère grandement aussi de l'obligation avec clause pénale : dans la première, les deux choses sont comprises d'une manière principale, et il faut qu'elles périssent toutes deux par cas fortuit pour que le débiteur soit libéré. Au lieu que dans la dernière, la chose ou la somme qui fait la matière de la clause pénale, ou de la peine, n'est comprise dans la convention que d'une manière secondaire, et conditionnellement, c'est-à-dire seulement pour le cas où l'obligation principale ne serait pas remplie, et pour tenir lieu des dommages-intérêts, si elle ne peut plus l'être, ou si le créancier ne l'exige pas ; or, il n'est point dû de dommages-intérêts lorsque le débiteur n'a manqué de remplir son engagement que par suite d'une force majeure (art. 1148) ; par conséquent la perte par cas fortuit de la chose due principalement libérerait le débiteur, même à l'égard de la chose promise à titre de peine, quoique cette chose existât encore.

325. La loi 122, § 2, ff. *de Verb. oblig.* nous offre l'exemple d'une véritable obligation avec clause pénale. Dans l'espèce de cette loi, Sempronius a donné à Titius un esclave pour l'affranchir, et il a stipulé de lui, à titre de peine, une certaine somme pour le cas où il n'affranchirait pas l'esclave. Le jurisconsulte Scœvola se demande si Sempronius peut agir pour l'affranchissement, et le faire opérer par les voies de droit, ou bien s'il doit se borner à demander la peine qu'il a stipulée pour le cas où l'esclave ne serait pas affranchi. Scœvola décide que Sempro-

nius peut poursuivre l'affranchissement par les voies de droit ; ce qui est clairement reconnaître que la stipulation de la peine n'a porté aucune atteinte à la convention principale ou primitive, qui avait pour objet l'affranchissement de l'esclave donné.

326. La loi 71 *princip.* ff. *pro Socio* présente pareillement l'exemple d'un cas, où la stipulation n'a nullement non plus changé l'obligation principale. Dans l'espèce de ce texte, deux individus s'associent pour enseigner les belles-lettres : par leurs conventions ils règlent tout ce que chacun devra mettre en commun et faire ou s'abstenir de faire ; et ils terminent leur acte en stipulant chacun l'un de l'autre, que tout ce qui a été convenu serait exécuté suivant la teneur des conventions, et que dans le cas où il y serait contrevenu, le contrevenant paiera à l'autre la somme de vingt mille sesterces : « *Hæc quæ suprà scripta sunt ea ità dari, fieri, neque adversùs ea fieri : si ea ità data, facta non erunt, tùm viginti millia dari.* » Le jurisconsulte Paul se demande si, les conventions n'ayant pas été exécutées suivant leur teneur, l'associé lésé peut agir par l'action *pro socio*, ou bien s'il doit se borner à agir par l'action résultant de la stipulation, laquelle peut être moins avantageuse pour lui, puisque la somme stipulée peut être inférieure au préjudice éprouvé, et dont il obtiendrait l'entière réparation sur l'action du contrat de société ; et Paul décide qu'il peut exercer cette dernière action, attendu que, dans l'espèce, l'obligation résultant des conventions touchant la sociéte n'a point été éteinte

par la stipulation ; qu'il n'y a pas eu novation à cet égard, en un mot, que la stipulation, tout en rappelant les clauses de la société, n'avait pour objet qu'une peine pour le cas où ces clauses ne seraient pas exécutées dans tout leur contenu, et non d'opérer une novation des conventions elles-mêmes. Mais si, après avoir agi par l'action *pro socio*, et avoir ainsi obtenu l'indemnité due, l'associé voulait réclamer la peine par l'action de la stipulation, il serait déclaré non recevable *exceptione doli mali*. (L. 28, ff. *de Act. empti et vend.*)

PREMIÈRE RÈGLE : *La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.*

327. La clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts auxquels a droit le créancier, à raison du préjudice que lui fait éprouver l'inexécution de l'obligation principale, il est clair que lorsque cette obligation elle-même est nulle, la clause pénale l'est également (art. 1227) ; car il ne peut être dû de dommages-intérêts pour l'inexécution d'une obligation que l'on n'était point tenu d'exécuter. La peine est un accessoire, qui tombe par cela même avec le principal, parce que sans principal il n'y a pas d'accessoires [1].

De là si j'ai stipulé une chose qui n'était pas dans le commerce, par exemple si j'ai acheté un certain cheval qui se trouvait mort au moment de la stipulation, circonstance qu'ignorait le vendeur ainsi que moi, et que j'aie aussi stipulé une peine en cas d'in-

[1] L. 129, § 1, ff. *de Regul. juris.*

exécution de l'obligation de me livrer ce cheval, la vente est nulle d'après l'article 1601, et la clause pénale l'est pareillement suivant la loi 69, ff. *de Verb. oblig.* Le vendeur serait seulement obligé de restituer le prix, s'il l'avait reçu [1].

C'est là une notable différence d'avec l'obligation alternative, qui n'est pas moins valable quoique l'une des deux choses qui y sont comprises se trouvât détruite ou hors du commerce pour autre cause au moment de la convention; car l'obligation aurait encore l'autre chose pour objet. (Art. 1193). Au lieu que dans l'espèce de l'obligation avec clause pénale, la peine n'est comprise dans l'obligation que secondairement, et conditionnellement, suivant ce qui a été dit plus haut.

328. Toutefois, si l'obligation principale, nulle par rapport à la chose qui en fait la matière, pouvait donner lieu aux dommages-intérêts du créancier, à raison du dol de celui qui a fait la promesse, la clause pénale produirait tous ses effets. Tel serait le cas où, dans l'espèce ci-dessus, le vendeur aurait su au moment où il me promettait le cheval, que ce cheval était mort, quand j'ignorais moi-même cette circonstance. Tel serait aussi le cas où, dans les colonies, quelqu'un me promettrait un nègre libre, sachant qu'il est libre et moi l'ignorant, et se soumettrait à me payer une somme à titre de peine, ou même simplement à titre de dommages-intérêts, pour le cas

[1] L. 57, *Princip.* ff. *de Contrah. empt.*, et argument de la loi 33, ff. *Locati.*

où il ne me livrerait pas ce nègre : la vente assurément serait nulle par rapport à la chose qui en ferait l'objet, mais le dol du vendeur donnerait lieu aux dommages-intérêts [1] : il ferait considérer la vente comme valable [2] ; par conséquent la clause pénale, qui les représente, serait valable aussi ; car lors même qu'elle n'eût pas été convenue, je n'aurais pas moins eu droit à être indemnisé du préjudice résultant pour moi de l'inexécution du contrat que j'ai entendu former.

329. Mais comme les promesses de mariage n'assujettissent point civilement ceux qui les ont faites, à les remplir, qu'elles sont nulles sous le rapport du Droit civil, en tant qu'elles ne produisent pas d'action efficace, parce que le mariage doit être contracté librement au moment où il se contracte ; par cela même, les clauses pénales (ou *dédit*) attachées à ces sortes de promesses sont nulles et sans effet [3], suivant ce qui a été démontré au tome précédent, en traitant *de l'objet et de la matière des conventions*, chap. II, sect. III, n° 319 et *seq*. Chacune des parties sachant ou devant savoir que la promesse principale elle-même est sans effet, doit savoir aussi que la clause pénale l'est pareillement. Cette clause est sans cause dès qu'elle n'en a qu'une non obligatoire. Ce point, contesté par quelques-uns, a été clairement

[1] § 5, Instit. *de Empt. vendit.*

[2] *Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest* EMPTIO INTELLIGITUR, *si ab ignorante emitur*. L. 4, ff. *de Contrah. empt.*; et L. 62, § 1, *eod. tit.*

[3] L. 134, ff. *de Verb. oblig.*

établi à l'endroit précité [1]. Et il n'y a aucune distinction à faire entre les promesses faites par les parens d'unir leurs enfans, et celles faites par les enfans eux-mêmes.

330. Cependant, quoiqu'en principe la stipulation faite pour autrui soit nulle (art. 1119), comme péchant par défaut d'intérêt pour le stipulant, et par conséquent par défaut de lien, néanmoins, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent (n° 277), si le stipulant y a joint une peine pour lui, au cas où la chose stipulée au profit du tiers ne serait pas faite ou donnée, alors, ce cas échéant, la clause pénale a effet [2]. C'est comme s'il avait été dit : *Promettez-vous de me donner cent francs, si vous ne faites pas telle chose pour Paul?* Il n'y a même en réalité qu'une seule obligation dans ce cas, et c'est celle qui a pour objet les cent francs : la chose stipulée au profit de Paul est seulement l'objet de la condition de cette obligation ; aussi n'est-ce pas à proprement parler une exception à la règle qu'on ne peut stipuler pour autrui, ni à cette autre règle, que la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de l'obligation pénale, comme a paru le croire Pothier, n° 339 de son traité *des Obligations*.

Mais si la stipulation au profit du tiers avec clause pénale était valable même en ce qui concernerait le tiers, comme étant faite dans un des cas où, par ex-

[1] *Voyez* aussi au *Répertoire* de M. Merlin, v° *Peine contractuelle*, § 1, les autorités citées par cet auteur à l'appui de cette décision.

[2] § 18 (*aliàs* 16 Instit. *de Inutil. stipul.*

ception, l'on peut valablement stipuler pour autrui, parce que l'on a soi-même intérêt à l'exécution de la promesse faite en apparence pour le tiers, ou qu'elle est la condition d'une autre stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre (art. 1121), alors il y aurait deux obligations : une principale, et qui serait acquise au tiers du moment qu'il aurait déclaré vouloir en profiter (*ibid.*) ; l'autre secondaire ou pénale, conditionnelle de sa nature, c'est-à-dire pour le cas où celle au profit du tiers ne serait pas exécutée.

331. En sens inverse, si je promets le fait d'un tiers, sans me porter fort pour lui, en thèse générale [1] je ne suis point obligé, mais si j'ai aussi promis de payer une peine pour le cas où le tiers ne ferait pas la chose, cette promesse est très-valable, et elle recevra son effet si la condition sous laquelle elle a été consentie se réalise, c'est-à-dire si le tiers ne fait pas la chose [2].

332. Enfin, quoique la nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de l'obligation pénale, cela n'est vrai néanmoins qu'autant que les deux obligations se trouvent dans le même acte, ou bien que, étant dans des actes différens, l'obligation principale ne pouvait être ratifiée. De là, si j'ai traité avec un incapable, et qu'en temps de capacité il passe avec moi un acte confirmatif de son engagement, en se

[1] *Voyez*, pour le principe et les exceptions qu'il souffre, tome précédent, chap. 11, sect. 1re, § 5.

[2] § 19 (*aliàs* 20), Instit. *de Inutil. stipul.*

soumettant à une peine au cas où, au mépris de cet acte de confirmation, il reviendrait contre la convention primitive, cette obligation pénale est parfaitement valable, et elle produira son effet si celui qui l'a consentie revient contre l'acte confirmé, en se refusant ainsi à exécuter l'acte confirmatif [1].

Il en serait de même si la première obligation était susceptible d'être annulée pour vice de violence, d'erreur ou de dol; mais si elle était contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, si elle n'avait qu'une cause honteuse ou illicite, ou si elle n'avait aucune cause, la convention faite après coup et avec clause pénale pour en assurer l'exécution, ne serait pas plus valable que si la clause pénale avait été insérée dans l'acte même qui renferme cette obligation nulle ou illicite; car on ne peut confirmer valablement une semblable obligation, ni en assurer d'aucune manière l'exécution; or la clause pénale n'a pas d'autre objet. Et il faut se rappeler ce que nous avons dit plusieurs fois [2], que la condition ne tient pas lieu de cause à l'obligation; par conséquent la clause pénale jointe, sous la forme d'une condition, à une obligation réellement dépourvue de cause, ou une obligation pénale consentie après coup pour assurer l'exécution d'une pareille obligation, est nulle elle-même, comme convenue pour assurer l'effet d'un consentement qui n'est point obligatoire.

333. Au reste, dans les cas où le premier acte pou-

[1] Pothier, *des Obligations*, n° 343.
[2] *Suprà*, n° 26, et tome précédent, n° 360.

vait être confirmé, il importe de distinguer la manière dont le second a été conçu, de voir s'il contient réellement une confirmation du premier, ou s'il se borne simplement à la promesse d'une peine pour le cas où le débiteur ne l'exécuterait pas.

Dans la première hypothèse, le créancier a le choix de s'en tenir au second acte, en renonçant à la peine, ou demander la peine, en renonçant au bénéfice résultant de la ratification du premier acte; mais, en principe, il est obligé d'opter, conformément à l'article 1229, deuxième disposition, que nous allons bientôt expliquer, et conformément aussi à la loi 10, § 1, ff. *de Pactis* [1]; sauf toutefois ce que nous dirons pour le cas où il aurait en même tems le droit de conserver ce que lui a procuré le premier acte, et qu'il possèderait, et de demander aussi la peine, parce que telle aurait été l'intention des parties en passant le second acte, voulant, par la stipulation de cette peine, non seulement maintenir les choses dans leur état actuel, mais encore prévenir un procès. Mais pour que le second acte soit un acte de confirmation ou de ratification, il faut qu'il réunisse les conditions voulues par l'article 1338, c'est-à-dire que l'on y trouve la substance de l'obligation confirmée, la mention du motif de l'action en rescision ou en nullité, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action était fondée.

Au lieu que si ce second acte ne réunit pas toutes

[1] Pothier, *ibid.*

ces conditions, exigées pour prévenir les surprises, s'il se borne simplement à la promesse d'une peine, faite par le débiteur pour le cas où il reviendrait contre l'acte en date de tel jour...., qu'il a déjà exécuté, ou pour le cas où il se refuserait à l'exécuter, si cela n'a pas encore eu lieu, alors cet acte n'est point un acte confirmatif proprement dit, d'après l'article 1338, parce qu'il ne fait pas mention du motif de l'action en nullité dont était infecté la première obligation, ni de la substance même de cette obligation; il est valable, sans doute, mais comme contenant une obligation pénale : en conséquence, le créancier n'a pas le choix, comme dans le cas précédent; il ne peut demander que la peine, si le débiteur se refuse à exécuter la première obligation, ou revient contre, l'ayant exécutée en état d'incapacité ou pendant la violence, ou avant la découverte du dol ou de l'erreur.

DEUXIÈME RÈGLE : *La nullité de la clause pénale n'entraîne pas la nullité de l'obligation principale.*

334. L'accessoire ne peut subsister sans principal, mais le principal peut très-bien subsister sans l'accessoire : d'où il suit que la nullité de la clause pénale n'entraîne point la nullité de l'obligation principale. (Art. 1227.)

Si donc l'objet de la clause pénale n'est point dans le commerce, ou avait cessé d'y être, ou si c'est un fait impossible, contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, cette clause sera réputée non avenue, mais

l'obligation principale n'en aura pas moins son effet, si d'ailleurs elle est valable par elle-même. C'est le cas de la règle *utile par inutile non vitiatur*.

De là, si l'objet de la clause pénale est un cheval qui se trouvait mort au moment de la convention, la clause pénale est bien nulle, mais l'obligation principale n'en reste pas moins valable : c'est comme si elle avait été contractée purement et simplement.

Telle est aussi la décision des lois romaines : *Si stipulatus fuero* TE SISTI *(in judicio)*, ET NISI STETERIS, HIPPOCENTAURUM DARI ? *proindè erit atque te sisti solummodò stipulatus essem.* L. 97, *princip.*, ff. *de Verb. oblig.*

TROISIÈME RÈGLE : *Le créancier, au lieu de demander la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.*

335. La clause pénale n'est ajoutée à l'obligation principale que pour en assurer l'exécution, et non pour la détruire et la remplacer. Il suit de là que le créancier a le droit de poursuivre l'exécution de cette obligation, en négligeant de demander la peine (article 1228); car chacun peut renoncer à ce qui a été établi seulement en sa faveur. C'est ce que décidaient aussi les lois romaines de la manière la plus positive [1].

Autre chose serait, comme nous l'avons dit plus haut, de la clause par laquelle les parties, en convenant

[1] LL. 41 et 42, ff. *pro Socio;* L. 28, ff. *de Act. empti et venditi;* L. 10, § 1, ff. *de Pactis.*

d'une somme pour le cas où l'obligation ne serait pas exécutée, auraient eu l'intention de convertir l'objet de l'obligation elle-même en cette somme, ce cas échéant, comme dans l'espèce du § 6 de la loi 44, ff. *de Obl. et act.*, cité au même endroit. Mais alors ce ne serait plus une obligation avec clause pénale ; ce serait une obligation unique, ayant la somme pour objet, et conditionnellement, c'est-à-dire pour le cas où le débiteur ne ferait pas la chose mentionnée dans l'acte, chose qu'il pourrait faire ou ne pas faire, à sa volonté. L'engagement aurait alors le caractère d'une obligation du nombre de celles qu'on appelle *facultatives*, en ce que le débiteur pourrait se dispenser de payer la somme, en faisant la chose mentionnée dans la convention, non comme objet de l'obligation, mais comme objet de la condition : au lieu que nous raisonnons ici dans l'hypothèse d'une véritable clause pénale, d'une obligation jointe à une première, pour en assurer l'exécution, et non pour la remplacer, au gré du débiteur. Dans ce cas, la clause ne porte aucune atteinte à l'obligation à laquelle elle est jointe, obligation qu'on appelle pour cela principale (articles 1227 et 1228) ou primitive (art. 1230), parce qu'elle précède la clause pénale, soit qu'il n'y ait qu'un acte, soit qu'il y en ait deux, et parce que sans elle on ne peut concevoir d'obligation pénale.

336. *Vice versâ*, lorsque la peine est encourue (et elle ne l'est que lorsque le débiteur est en demeure de remplir l'obligation principale (art. 1230), ainsi que nous le dirons tout-à-l'heure), le créancier peut négliger de

poursuivre l'exécution de l'obligation principale et demander la peine, puisqu'il l'a stipulée dans cette vue : il a le choix, suivant la loi 10 § 1, ff. *de Pactis*. Nous verrons plus bas les cas où il peut exiger l'un et l'autre, par exception au principe consacré par l'article 1229 second alinéa.

337. Du principe que, dans les obligations avec clause pénale, le créancier au lieu de demander la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale, il suit que en optant pour ce parti, si l'obligation est de donner une certaine chose, il a le droit de se la faire délivrer, s'il peut la faire saisir, et de se refuser à recevoir la peine à la place. En conséquence, si c'est un immeuble, il peut se le faire délivrer par les voies judiciaires, dans le cas où le débiteur n'en voudrait pas faire la délivrance à l'amiable ; et si c'est un meuble, il peut le faire saisir entre les mains du débiteur, s'il l'y trouve, et même entre les mains d'un tiers qui n'en aurait la possession que de mauvaise foi. (Art. 1141.) Si c'est une obligation de ne pas faire quelque chose que le débiteur a néanmoins faite, le créancier peut se faire autoriser à détruire, aux dépens du débiteur, ce que celui-ci a fait en contravention à l'engagement. (Art. 1143.) Et enfin, si c'est une obligation de faire quelque chose, que le débiteur ne veut pas faire, et qui peut être faite par un tiers, le créancier peut également se faire autoriser à faire faire la chose aux dépens du débiteur (art. 1144) ; car il aurait les mêmes droits dans ces divers cas, en l'absence de la clause pénale ; or,

cette clause ne porte aucune atteinte à l'obligation principale ; la loi le reconnaît elle-même, puisqu'elle donne au créancier le droit de poursuivre l'exécution de cette obligation, en négligeant de demander la peine.

338. Mais s'il s'agit d'une obligation qui ne peut être exécutée que par le débiteur lui-même, ou qui ne peut l'être *manu militari vel in specie*, par exemple la dette d'un meuble qu'il cache ou qu'il a fait périr, ou qu'il a vendu à un tiers de bonne foi : ou bien une obligation de ne pas faire quelque chose qu'il a faite et qui ne pourrait plus être détruite, ou enfin l'obligation de faire quelque chose qui ne pourrait être faite que par lui dans ces divers cas, le créancier est bien obligé de recourir à la peine.

339. Mais est-il obligé de se contenter, pour tous dommages-intérêts, de la somme ou de la chose qu'il a stipulée à titre de peine, quand bien même le préjudice souffert s'élèverait au-delà, et qu'il offrirait de le prouver clairement ?

Et, *vice versâ*, s'il poursuit l'exécution de la clause pénale, pour défaut d'exécution de l'obligation principale, n'importe la nature de cette obligation, le débiteur peut-il faire réduire la peine lorsqu'elle est excessive comparativement au préjudice souffert, et qu'il offre de le démontrer la preuve à la main ?

340. La première question n'est pas sans quelque difficulté. En faveur du créancier l'on peut dire que si la clause pénale ne porte aucune atteinte à l'obligation principale, il doit par cela même pouvoir obte-

nir les mêmes dommages-intérêts que ceux qu'il aurait obtenus si elle n'eût pas été convenue; or; dans cette hypothèse, il eût obtenu la réparation complète du préjudice qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation. (Art. 1149.) On peut ajouter que, si le Code décide, dans l'article 1152, que, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre, cette décision ne se trouve pas répétée à la section qui traite des obligations avec clause pénale. Enfin, Pothier [1], dans l'ouvrage duquel on a généralement puisé les règles qui concernent cette clause, après avoir dit que la peine est compensatoire des dommages-intérêts, et que le créancier a le droit de choisir entre la peine et l'exécution de l'obligation principale, ajoute : « Néanmoins, comme l'obligation pénale ne peut « donner aucune atteinte à l'obligation principale, « si la peine que le créancier a perçue pour l'inexécu- « tion de l'obligation principale ne le dédommageait « pas suffisamment, il ne laisserait pas, quoiqu'il « ait perçu cette peine, de pouvoir demander les « dommages-intérêts résultant de l'inexécution de « l'obligation principale, en imputant et tenant « compte, sur lesdits dommages-intérêts, de la peine

[1] Mais son opinion sur ce premier point n'était pas généralement adoptée; on admettait bien plus facilement la réduction d'une clause pénale excessive. C'est ce que nous avons déjà fait observer sur le cas de la convention d'une somme à titre de dommages-intérêts, tome précédent, nº 483, note 3.

« qu'il a déjà perçue : c'est la décision des lois 28, ff. « *de Act. empti*, 41 et 42, ff. *pro Socio*.

« Du reste, dit toutefois aussi Pothier, le juge ne « doit pas être facile à écouter le créancier qui pré- « tend que la peine qu'il a perçue ne le dédommage « pas suffisamment de l'inexécution de la conven- « tion ; car les parties ayant, par la fixation de la « peine, réglé et fixé elles-mêmes les dommages « et intérêts qui résulteraient de l'inexécution de la « convention, le créancier en demandant de plus « gros dommages et intérêts semble revenir contre « l'estimation qu'il a faite lui-même ; en quoi il ne « paraît pas recevable, à moins qu'il n'ait la preuve « à la main que le dommage par lui souffert excède « la peine convenue, comme dans cette espèce : Si « un marchand m'a prêté sa voiture, à la charge « que je lui rendrais un certain jour auquel il en « aurait besoin pour mener ses marchandises à une « certaine foire, à peine de trente livres, faute de « la lui rendre au jour indiqué ; ce marchand à qui « j'ai promis de la rendre peut ne pas se contenter « de cette somme de trente livres, s'il a la preuve à « la main qu'il a été obligé de louer une voiture « pour une somme de cinquante livres, et que le « prix commun des voitures pour aller à cette foire « était de cinquante livres dans le tems auquel je « devais lui rendre la sienne. »

Ainsi, Pothier décide bien en principe que le créancier ne doit pas facilement être écouté à demander de plus forts dommages-intérêts que ceux qu'il a

fixés lui-même par la clause pénale ; mais il fait exception pour le cas où ce créancier aurait la preuve à la main que l'inexécution de l'obligation lui a causé un préjudice plus considérable ; et c'est uniquement sur ce point qu'il y a question.

Mais, nonobstant les raisons exposées ci-dessus, et en laissant, pour le moment de côté, l'exemple donné par Pothier, nous croyons que le créancier doit se contenter de la peine, toutes les fois qu'à raison de l'impossibilité de faire exécuter l'obligation principale selon sa teneur, il y a lieu aux dommages-intérêts ; il a lui-même fixé ces dommages-intérêts par la clause pénale. Il en est à cet égard de la peine comme de la clause par laquelle on convient d'une somme à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation. L'orateur du gouvernement chargé de la présentation du projet de loi au corps législatif, M. Bigot-Préameneu, s'exprimait ainsi sur ce point : « La *peine* stipulée par les contractans fait « la loi entre eux ; le créancier ne doit pas être ad- « mis à dire que cette peine est insuffisante, ni le « débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel « serait le juge qui, mieux que les parties, pourrait « connaître les circonstances et les intérêts respec- « tifs qui ont déterminé la fixation de la peine ? ON « DOIT APPLIQUER ICI LES RAISONNEMENS FAITS SUR LA « FIXATION D'UNE SOMME STIPULÉE POUR DOMMAGES-INTÉ- « RÊTS. » Or, dans le cas de cette fixation, le juge ne peut allouer une somme plus forte ni une moindre. (Art. 1152).

L'on s'est donc positivement écarté de la doctrine de Pothier, et si l'on n'a pas répété à la section des obligations avec clause pénale, une disposition aussi précise que celle de cet article 1152, c'est parce que cela a paru et a dû paraître en effet inutile, car les raisons sont absolument les mêmes dans un cas que dans l'autre; les deux clauses, le plus souvent, signifient la même chose, et elles ne diffèrent que dans les mots, lorsque les parties n'ont pas eu l'intention, comme nous l'avons dit plusieurs fois, de substituer la somme promise à l'obligation primitive, au cas où le débiteur ne croirait pas devoir l'exécuter *in specie*. Dans les deux clauses, la somme est la compensation des dommages-intérêts, et son effet est d'en tenir lieu d'une manière absolue, parce que c'est une loi que les parties se sont faites elles-mêmes, et que par conséquent elles doivent observer. (Art. 1134).

Du reste, nous ne confondons pas avec ce cas, celui où une obligation de faire pouvant être exécutée par un autre, le créancier se serait fait autoriser à faire faire la chose par un tiers, aux dépens du débiteur, en négligeant la clause pénale : quand bien même, dans ce cas, la somme due au tiers serait plus forte que celle promise à titre de peine, le débiteur serait tenu de la payer, soit au tiers, soit au créancier qui en aurait fait l'avance; car cette somme ne serait pas à proprement parler réclamée à titre de dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation principale, puisqu'au contraire l'obligation se trou-

verait exécutée : seulement elle l'a été par un tiers ; mais le créancier aurait pu, quoiqu'il n'y eût pas eu de clause pénale, la faire exécuter de cette manière ; or, la clause pénale ne porte point atteinte à l'obligation principale. Aussi, dans l'exemple donné par Pothier, on pourrait peut-être dire avec lui qu'il est dû au créancier indemnité de cinquante francs, prix auquel un tiers lui a fourni une voiture pour conduire ses marchandises à la foire, et non pas seulement les trente francs montant de la clause pénale. Ce que nous repoussons de sa doctrine, c'est sa décision, portée en principe, que le créancier peut, en cas d'inexécution de l'obligation principale, réclamer ses dommages-intérêts selon leur valeur réelle, nonobstant la clause pénale qui lui attribuait une somme inférieure, s'il a la preuve à la main que le préjudice qu'il souffre surpasse le montant de la peine. Cette décision est trop générale ; nous ne la croyons applicable qu'aux cas où le créancier, usant du droit que lui attribuent les articles 1144 et 1228 combinés, a fait exécuter l'obligation par un tiers, aux dépens du débiteur, et qu'effectivement il en a coûté au-delà du montant de la clause pénale, ayant d'ailleurs agi avec prudence et bonne foi. Mais dans les cas où il y a lieu aux dommages-intérêts, parce qu'il n'a pas fait exécuter l'obligation par un tiers, *aux dépens* du débiteur, comme le dit l'article 1144 précité, il doit se contenter, pour le montant de ces mêmes dommages-intérêts, de la somme qu'il a fixée lui-même à titre de peine ou à titre de dommages-intérêts, n'importe.

341. La seconde question se trouve par cela même décidée contre le débiteur; et l'opinion de Pothier, qui voulait aussi [1], et bien mieux encore, que, dans le cas où la somme promise à titre de peine (ou de dommages-intérêts) était évidemment excessive, le créancier ne dût pas profiter de la témérité et de la bonne foi du débiteur qui s'était soumis à payer une telle somme dans la persuasion qu'il exécuterait son obligation; qu'il y eût lieu, au contraire, à modérer la peine et à la réduire au montant du préjudice réellement souffert; l'opinion de Pothier, disons-nous, n'est plus admissible aujourd'hui : le débiteur doit également observer la loi qu'il s'est faite à lui-même, comme il serait obligé de l'observer dans le cas de l'article 1152, puisque la clause pénale et la clause qui fixe une somme à titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, ne diffèrent point entre elles sous ce rapport. Vainement dirait-il, avec cet auteur, que la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts dus pour le préjudice que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, et que dès que ce préjudice est peu considérable, que la preuve de sa modicité est offerte d'une manière claire et positive, il y a lieu par cela même à modérer la peine, sinon à la juste mesure du préjudice éprouvé, du moins approximativement : on lui répondrait, avec l'orateur du gouvernement, que personne mieux que les parties ne pourrait faire con-

[1] D'après Dumoulin, mais toutefois contrairement au sentiment de plusieurs docteurs, notamment contre celui d'Azon, cité par Pothier.

naître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine, et qu'on doit appliquer ici les raisons qui ont fait porter la disposition formelle, précise et sans limitation, de l'article 1152.

342. Néanmoins si la clause pénale avait été convenue pour assurer l'exécution d'une obligation ayant pour objet le paiement ou la restitution, à une époque déterminée, d'une somme ou d'une quantité de choses qui se consomment par l'usage, et si la somme stipulée à titre de peine excédait sensiblement le taux de l'intérêt licite [1], il y aurait lieu à réduire une peine qui ne serait qu'une usure déguisée [2]. Tout ce que nous avons dit à cet égard [3] sur la clause par laquelle on a promis, à titre de dommages-intérêts, une certaine somme en cas d'inexécution, au jour fixé, d'une obligation ayant elle-même pour objet une somme ou une quantité de choses qui se consomment par l'usage, est applicable à la clause pénale attachée à une pareille dette.

Mais aussi, comme nous l'avons fait observer au même endroit, si la somme stipulée à titre de peine ou de dommages-intérêts n'était point une usure déguisée, elle serait due entière, quoiqu'elle excédât le taux de l'intérêt ordinaire et licite, dans le cas où

[1] L'intérêt conventionnel, comme l'intérêt légal, est de cinq pour cent par an en matière civile, et de six pour cent en matière de commerce. Loi du 3 septembre 1807.

[2] L. 15, Cod. *de Usuris;* LL. 9 et 44, ff. *de Usuris et fruct.* M. Merlin, *Répertoire*, v° *peine*. Pothier, *des Obligations*, n° 346.

[3] Tome précédent, n° 487 et suivans.

l'obligation ne serait point exécutée à l'époque fixée. Tel serait le cas où, ayant à exercer un réméré dans un certain délai, ou à prévenir l'exercice d'une contrainte par corps, ou une expropriation forcée, dont je serais menacé, ou bien à éviter moi-même l'effet d'une clause pénale, je stipulerais de mon débiteur, par exemple d'un acheteur, qu'il me comptera le prix de la vente à telle époque, sinon qu'il me paiera telle somme à titre de peine ou à titre de dommages-intérêts, n'importe. Dans cette espèce, c'est un risque dont mon débiteur a entendu me décharger, en le prenant en quelque sorte pour lui, par sa soumission à payer cette peine, au cas où il n'exécuterait pas sa promesse au jour convenu; et ici la peine n'étant point une usure déguisée, la clause devrait sortir son effet, si l'obligation principale n'était pas exécutée selon sa teneur, et au jour fixé. On doit le décider ainsi quand bien même j'aurais évité, par d'autres moyens ou par l'indulgence de mon créancier, d'éprouver le préjudice que j'avais en vue de prévenir en stipulant la peine, car non seulement la clause pénale dispense le créancier de prouver le préjudice qu'il a souffert, mais elle interdit même au débiteur, ainsi que nous venons de le dire, la faculté de prouver que le préjudice ne s'est pas élevé à la valeur de la peine, et, par voie de conséquence, elle lui interdit aussi de prouver que le préjudice a été nul.

Mais pour que ces clauses ne dégénèrent point en usure déguisée, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme ou d'une certaine

quantité de choses qui se consomment par l'usage, il est utile de mentionner dans l'acte la circonstance particulière à raison de laquelle la peine est stipulée au-delà du taux légitime de l'intérêt : on préviendra ainsi par là l'allégation d'usure cachée, du moins dans la plupart des cas.

QUATRIÈME RÈGLE : *Le créancier ne peut demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.*

343. La clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation (art. 1229), il est clair, comme nous l'avons déja dit, qu'il ne peut tout à la fois demander le principal et la peine, à moins toutefois qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard (*ibid*). Il doit opter [1].

Ainsi, je stipule de vous que vous me passerez acte de vente de votre maison moyennant 20,000 fr., et que dans le cas où vous n'exécuterez pas votre promesse, vous me paierez à titre de peine (ou de dommages-intérêts, n'importe), la somme de 2,000 fr.; comme la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement sur la chose et sur le prix (art. 1589) et qu'ici rien n'indique que, dans notre intention, il vous serait loisible de vous dispenser de passer la vente en payant la somme promise à titre de peine, j'ai le droit de vous demander de me passer acte de cette

[1] L. 10, § 1, ff. *de Pactis.*

vente; et si vous ne voulez y consentir, j'obtiendrai jugement qui me tiendra lieu d'acte volontaire. Car, ainsi qu'il a été dit plusieurs fois, la clause pénale ne porte point atteinte à l'obligation principale; le créancier peut demander l'exécution de cette obligation, en négligeant de demander la peine (art. 1228). J'ai aussi le droit, après vous avoir mis en demeure de me passer la vente (1230), et sur votre refus, de vous demander la peine, qui se trouve alors encourue, sans que vous puissiez désormais, pour l'éviter, offrir de me passer acte de vente. Mais je ne puis demander l'une et l'autre, à moins que cette peine n'eût été stipulée pour le simple retard. Nous verrons tout à l'heure quand le débiteur est en demeure à l'effet d'avoir encouru la peine.

344. Nous disons, *à moins que la peine n'ait été stipulée pour le simple retard;* mais quand est-elle stipulée pour le simple retard? Est-ce seulement lorsque les parties ont formellement déclaré leur intention à cet égard, comme lorsqu'elles ont dit que la peine serait encourue par le seul fait de l'inexécution de l'obligation à l'époque fixée, sans préjudice de l'obligation elle-même, ce que les jurisconsultes romains rendaient par ces mots, *rato manente pacto?*

D'abord, il est bien certain que la simple fixation d'un terme pour l'exécution de l'obligation principale (ce qui a presque toujours lieu), n'indique pas nécessairement que la peine a été stipulée pour le simple retard, quoiqu'il y eût mise en demeure du débiteur; loin de là. On peut même établir, au con-

traire, comme régle générale, qu'il n'y a pas lieu de présumer qu'il a entendu se soumettre à exécuter l'obligation principale et à payer aussi la peine par sa seule mise en demeure d'exécuter cette obligation, convenue avec un terme. Ainsi, dans l'espèce de la promesse de vente ci-dessus, s'il avait été dit : « *Vous me passerez acte de vente de votre maison dans les trois mois à dater de ce jour, moyennant* 20,000 *francs, à peine de* 2,000 *francs de dommages-intérêts,* il n'y aurait pas nécessité de conclure qu'après la mise en demeure à l'expiration du terme, j'ai acquis le droit de demander tout à la fois l'exécution de l'obligation principale et le paiement de la peine. La fixation d'un terme, en pareil cas, devrait être regardée comme convenue uniquement dans l'intérêt du débiteur, pour lui donner le tems qu'il a jugé nécessaire pour exécuter sa promesse. Il a seulement voulu par là qu'on ne pût lui demander l'exécution de l'obligation principale, ni la peine, avant que ce terme fût échu ; en un mot, la peine portait, non pas sur le retard qu'il mettrait dans l'exécution de l'obligation, mais sur l'inexécution absolue de l'engagement. Il faut donc, en l'absence d'une déclaration dans l'acte portant que la peine est stipulée pour le simple retard, des circonstances particulières qui indiquent clairement qu'elle a été convenue dans cette vue.

Mais lorsque le montant de la peine sera évidemment de beaucoup inférieur à l'intérêt qu'aurait le créancier à ce que l'obligation principale fût exé-

cutée, et qu'il y aura un terme fixé pour l'exécution, alors on présumera facilement que la clause pénale a été convenue pour le simple retard, puisqu'autrement, loin d'assurer l'exécution de l'obligation principale, ce qui est son but, elle ne serait d'aucune utilité pour le créancier, ne signifierait absolument rien, celui-ci ne pouvant raisonnablement avoir eu en vue une chose d'une bien moins grande valeur que celle qui est l'objet de l'obligation elle-même, on le suppose.

Par exemple, si, en vendant à quelqu'un une certaine chose moyennant 3,000 francs, je le charge, par le contrat, de payer cette somme dans deux mois à Paul, mon créancier, qui menace de me poursuivre avec rigueur, qui pourrait même exercer contre moi la contrainte par corps, et qu'à cette convention j'ajoute une clause pénale de 200 fr. pour le cas où cet acheteur ne remplirait pas son engagement, sans autre explication, il est clair que la peine est stipulée ici pour le simple retard, bien qu'il n'ait pas été dit formellement qu'elle serait encourue par le seul défaut du paiement à l'échéance du terme; car si je ne pouvais demander la peine et le principal, dans le cas où ce paiement n'aurait pas eu lieu à l'époque fixée, la clause pénale ne signifierait absolument rien du tout. Au lieu que, dans l'espèce précédente, les 2,000 francs qui forment la peine ne sont pas évidemment inférieurs au montant de l'intérêt que je puis avoir à ce que celui qui m'a fait la promesse de me passer acte de vente de sa maison moyennant

20,000 fr., et sous la peine de 2,000 francs, exécute cette promesse, puisque si la maison peut valoir plus de 20,000 francs, elle peut aussi valoir moins. D'autres raisons encore, et que j'ai pu prévoir, pouvaient même me faire préférer la peine à la maison avec l'obligation d'en payer le prix. Aussi, dans ce cas, et en l'absence d'une clause qui indique clairement que la peine a été stipulée même pour le simple retard, et non pas seulement pour l'inexécution absolue de la promesse, je ne puis demander le principal et la peine : je dois opter, et encore, quant à la peine, seulement lorsque le débiteur aura été mis en demeure, suivant ce qui sera dit plus bas.

L'on voit, d'après cela, que la volonté des parties touchant le point de savoir si la peine a été ou non stipulée pour le simple retard, lorsqu'il n'y aura pas de déclaration précise à cet égard dans l'acte, sera bien plus facile à connaître dans les contrats unilatéraux, où celui qui aura stipulé la peine n'aura rien à faire ni à donner de son côté, parce qu'il aurait déjà fait ou donné, ce qui est la cause de l'obligation principale, qu'elle ne le sera dans les contrats synallagmatiques. Dans ces derniers, il sera bien rare, en effet, en l'absence d'une clause à ce sujet dans l'acte, qu'on doive regarder la peine comme stipulée pour le simple retard, quoiqu'il y ait un terme convenu pour l'exécution de l'obligation ; il faudrait pour cela des circonstances particulières qui ne permissent pas de douter que telle a été l'intention des parties, ou que la nature même de l'affaire indiquât que la peine

a été convenue pour le simple retard : comme dans le cas où un marchand aurait loué sa voiture à quelqu'un, à la charge de la lui rendre un certain jour pour qu'il pût s'en servir pour transporter ses marchandises à une certaine foire, à peine de 30 francs, indépendamment du prix du louage. Ici la peine ne porterait que sur le fait de la non restitution de la voiture au jour fixé, et non sur la non restitution elle-même, ni sur le défaut de paiement du prix convenu pour le loyer.

345. En disant que le créancier ne peut demander le principal et la peine, l'article 1229 ne fait exception que pour le cas où elle a été stipulée pour le simple retard, et nous venons d'expliquer ce que l'on doit entendre par là. Mais l'article 2047 porte que « l'on peut ajouter à une transaction une peine con- « tre celui qui manquera de l'exécuter. » En quel sens cette disposition doit-elle être entendue? Est-ce dans le sens du principe consacré par l'article 1229, que l'on ne peut tout à la fois demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard; ou bien en ce sens que la transaction doit être maintenue et que la peine n'en sera pas moins due par celui qui se refusera à l'exécuter selon sa teneur?

Nous avons dit plus haut que, lors qu'ayant traité avec un incapable, je fais ensuite avec lui, devenu capable, un acte par lequel il confirme son engagement, en se soumettant aussi à une peine pour le cas où il reviendrait contre, j'ai bien le choix, ce cas

échéant, ou de m'en tenir à l'acte confirmatif, et par conséquent de faire maintenir le premier acte, ou, en abandonnant le bénéfice de la ratification, de demander la peine; mais qu'en principe je ne puis tout à la fois profiter de la ratification et demander la peine. Telle est la doctrine de Pothier, qui s'exprime ainsi sur ce point dans son traité *des Obligations*, n° 343 : « De même que la clause pénale n'ôte pas à « celui qui a stipulé la peine, l'action qui naît de « l'engagement principal; de même elle ne lui ôte « point non plus les exceptions et fins de non-rece- « voir qui en pourraient résulter.

« Par exemple, si je suis convenu avec un mineur « devenu majeur, qu'il ne reviendrait point contre « la vente d'un héritage qu'il m'a faite en minorité, « et que j'aie stipulé de lui par forme de peine une « certaine somme, au cas qu'il contrevînt à la con- « vention; s'il vient par la suite à m'assigner en en- « térinement de lettres de rescision contre cette « aliénation, la clause pénale insérée dans notre « traité n'empêchera pas que je ne puisse opposer « contre sa demande la fin de non recevoir qui ré- « sulte de l'engagement principal qu'il a contracté « dans notre traité, de ne point revenir contre cette « aliénation. Mais comme celui qui a stipulé la « peine ne peut pas percevoir et la peine et ce qui « est renfermé dans l'engagement principal, si j'use « de la fin de non-recevoir, et que je le fasse décla- « rer non-recevable, je ne pourrai plus exiger de lui « la peine que j'ai stipulée; et, *vice versâ*, si j'ai

« exigé de lui la peine, je ne pourrai pas user de la « fin de non recevoir. C'est ce qui résulte de la « loi 10, § 1, ff. *de Pactis*.

« La décision de cette loi, continue Pothier, n'a « rien de contraire à celle de la loi 123, § 6, ff. *de « Verb. oblig*. Lorsque j'ai eu convention sous une « certaine peine avec vous devenu majeur, que vous « ne reviendriez pas contre la vente d'un héritage « que vous m'aviez faite en minorité, l'objet de cette « convention est de me procurer ma libération d'une « action rescisoire que vous aviez effectivement con- « tre moi: c'est pourquoi, lorsqu'en vous opposant « la fin de non recevoir qui résulte de cette conven- « tion, et en vous faisant en conséquence déclarer « non recevable dans votre action, je me suis procuré « la libération de cette action, je ne puis plus vous « demander la peine; autrement j'aurais tout à la « fois et la chose et la peine, ce qui ne peut pas être. « Telle est l'espèce de la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*, « que nous venons de rapporter. Celle de la loi 122 « qui nous est opposée, est très-différente. Après « un partage qui est par lui-même valable, et non « sujet à aucune action rescisoire, dans la crainte « d'essuyer un procès, quoique mal fondé, nous « sommes convenus, sous une certaine peine, de ne « pas revenir contre. L'objet de cette convention « n'est pas, comme dans l'espèce précédente, de me « procurer la libération de quelque action rescisoire « que vous eussiez contre ce partage, puisque vous « n'en aviez aucune : le seul objet de la convention

« est de ne pas essuyer un procès: c'est pourquoi,
« si vous m'en avez fait un, quoique j'aie obtenu
« congé de votre demande, il y aura lieu à la peine,
« car la seule chose qui faisait l'objet de notre con-
« vention étant de ne pas essuyer un procès, quoi-
« que mal fondé, m'en ayant fait essuyer un, il est
« vrai de dire que vous m'avez privé de ce qui fai-
« sait l'objet de notre convention; d'où il suit qu'il
« y a lieu à la peine. »

Et cet auteur, agitant plus loin (au n° 348) la question de savoir s'il est nécessaire que le fait qui donne ouverture à l'obligation pénale ait eu effet pour que la peine soit due, dit que cela dépend de l'intention qu'ont eue les parties; mais que la peine est due dans le cas de la décision qu'il a donnée sur l'espèce d'une clause pénale ajoutée à un acte de partage, contre celui qui contreviendrait à cet acte, et où il cite à l'appui de sa décision cette loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.*, qui, selon lui, n'est point contraire à la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*.

Mais nous devons faire observer que Pothier, en citant cette loi 122 *de Verb. oblig.* à l'appui de son sentiment, a omis une circonstance importante, et qui fait précisément que cette même loi paraît formellement opposée à l'autre. En effet, il ne s'agit pas simplement, dans l'espèce de cette loi, d'un acte de partage ordinaire avec clause pénale; il s'agit de deux frères institués héritiers par leur père, et qui étaient réciproquement grevés par lui de fidéicommis pour leur part au profit du survivant d'entre

eux [1]. Ils ont partagé les biens, en se remettant le fidéicommis; et à cet effet ils ont déclaré dans l'acte de partage qu'ils ne reviendraient pas contre la division ainsi opérée entre eux, et que si l'un d'eux revenait contre, il paierait une peine à l'autre. Après la mort de l'un d'eux, le survivant a formé, contre les héritiers du prédécédé, demande en restitution des objets composant la part de ce dernier dans l'hérédité paternelle, comme étant, celui-ci, chargé de les lui remettre à sa mort, suivant la volonté du testateur, mais oubliant à cet égard la renonciation faite dans l'acte de partage, et qui était une sorte de transaction, un traité qui affranchissait la part de chacun, de la charge dont elle était grevée. Le demandeur a donc été déclaré non-recevable dans sa demande, sur le fondement qu'il y avait eu transaction au sujet de ce fidéicommis. C'est dans cet état de choses que le jurisconsulte Scœvola agite la question de savoir si la peine portée dans l'acte de partage est encourue par celui qui a formé la demande, pour avoir par là contrevenu à l'acte de partage; et il dit que, d'après les faits de la cause, la peine est effectivement due: « *Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi* NIHIL SE CONTRA EAM DIVISIONEM FACTUROS : ET SI CONTRA QUIS FECISSET, POENAM ALTER ALTERI PROMISIT : *post mortem alterius, is qui supervixit petit ab heredibus ejus hereditatem, quasi ex causâ fideicommissi sibi à patre relicti debitam, et adver-*

[1] Probablement pour le cas ou le prémourant ne laisserait pas d'enfans, ainsi que l'observe Godefroy en ses notes sur cette loi.

sùs eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset : Quœsitum est, an pœna commissa esset? Respondit pœnam, secundùm ea quæ proponuntur, commissam. »

Ainsi, les héritiers du prédécédé ont eu tout à la fois l'avantage de garder la part de leur auteur, par l'abolition du fidéicommis, et la peine ; l'acte de partage par lequel les deux frères avaient transigé sur ce fidéicommis, en renonçant réciproquement à son bénéfice éventuel, a produit un double effet au profit des héritiers du prédécédé : le congé de la demande formée par le survivant, par conséquent la conservation des objets grevés du fidéicommis, et la peine promise par le premier pour le cas où il reviendrait contre le partage opéré avec son frère; ce qui, comme on le voit, n'est pas le cas prévu par Pothier, celui d'un simple partage entre héritiers qui n'étaient chargés d'aucun fidéicommis les uns envers les autres, qui n'ont traité sur rien autre chose que sur la division des biens, cas où l'on conçoit très-bien que la clause pénale n'ayant pour objet que de prévenir une demande en nouveau partage, la peine soit encourue par celui qui, au mépris du partage opéré, forme cette demande, et cela sans préjudice du maintien du partage, si d'ailleurs ce partage est valable par lui-même. Au lieu que dans l'espèce de la loi romaine, outre la division des biens opérée entre les deux frères, il y avait renonciation au fidéicommis dont ils étaient réciproquement grevés l'un envers l'autre; la clause pénale

portait donc aussi sur cette renonciation, et même principalement. Or, si cette renonciation a eu son effet, et si néanmoins la peine a dû être payée, ainsi que le dit le jurisconsulte, la partie a eu tout à la fois le principal et la peine, contrairement à la loi 10, § 1, ff. *de Pactis,* quoi qu'en dise Pothier.

La loi 16, ff. *de Transactionibus,* décide bien que le créancier, dans le cas qui y est prévu, peut tout à la fois faire maintenir la transaction et demander la peine au débiteur qui est revenu contr'elle; mais, dans l'espèce de cette loi, les parties étaient convenues de ce double effet : la clause pénale n'avait pour objet que de prévenir un procès ; elle était stipulée sans préjudice du maintien de la transaction, et si c'était uniquement d'un cas semblable que doit être entendu l'article 2047, quand il dit que l'on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter, il n'y aurait pas de difficulté : les parties devraient observer la loi qu'elles se seraient faite. *Quid fidem licitæ transactionis, rupit,* dit Hermogénien dans cette loi, *non exceptione tantùm summovebitur, sed et pœnam, quam si contrà placita fecerit,* RATO MANENTE PACTO, *stipulanti rectè promiserat, præstare cogetur.*

Ainsi, lorsque les parties sont convenues que, en cas de contravention à l'acte, la peine sera encourue, sans préjudice du maintien de la transaction, *rato manente pacto,* l'acte doit en effet être maintenu, et la peine doit être payée par la partie qui contrevient à la convention. Rien de plus raisonnable que cette

décision, parce qu'en effet la peine a été stipulée principalement en vue de prévenir un procès. Mais on ne trouve pas une pareille déclaration, *rato manente pacto,* dans l'espèce de loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.*

La loi 37, au Code, *de Transactionibus,* dont nous n'avons pas encore parlé, se borne à décider que lorsqu'une peine a été ajoutée à une transaction pour le cas où l'une des parties manquerait de l'exécuter, l'autre partie peut exiger la peine; mais cette loi ne dit pas que la partie peut aussi faire maintenir la transaction tout en exigeant la peine, seul point qui fasse difficulté : *Promissis transactionis causâ non impletis, pœnam in stipulationem deductam, si contrà factum fuerit, exigi posse constat.*

Enfin dans le rapport fait au tribunat sur la loi *des Transactions,* au nom de la section de législation, on lit : « La transaction, comme les autres contrats « en général, est susceptible de la stipulation d'une « peine contre celui qui manquerait de l'exécuter. « Cette stipulation a des règles particulières relative- « ment à son exécution ; et ces règles sont expliquées « avec soin dans la section VI du chapitre III de la loi « sur *les Contrats et obligations conventionnelles en gé-* « *néral.* » D'après cela, la règle que le créancier ne peut tout à la fois demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard, serait donc applicable aux transactions comme aux autres contrats.

Plusieurs explications ont été données pour conci-

lier les deux lois romaines citées d'abord, indépendamment de celle de Pothier, qui ne les concilie réellement point du tout, parce que cet auteur a dénaturé l'espèce de l'un de ces textes. Nous croyons les avoir mieux entendus. On a aussi cherché à concilier nos articles 1229 et 2047 par l'analyse des lois romaines, et il faut avouer que l'on n'a guère mieux réussi sous ce rapport.

M. Toullier dit fort bien [1] « que la clause pénale ajoutée à une transaction étant stipulée pour mettre fin à un procès ou pour en prévenir un, l'infraction à la transaction, ou le refus de l'exécuter, est la seule condition dont les contractans ont fait dépendre la naissance de l'obligation pénale; que cette condition est donc accomplie, et par conséquent la peine encourue est exigible du moment où la transaction est enfreinte, ou que le débiteur est constitué en demeure de l'exécuter; et que le juge qui se permettrait de joindre au fond la demande de la peine, ou d'en retarder la condamnation jusqu'au jugement à rendre au fond, contreviendrait à la loi du contrat, parce qu'il préjugerait que l'obligation de payer la peine ne dépend pas de la seule condition qu'y ont mise les contractans, c'est-à-dire de l'infraction de la transaction ou du refus de l'exécuter, mais encore de l'issue du jugement à rendre sur le fond soit en faveur de celui qui a enfreint la transaction, soit contre lui ; ce qui n'est pas. »

Mais cet auteur ajoute que, « après avoir exigé le

[1] Tome VI, n° 829.

paiement de la peine, la partie peut encore demander l'exécution de la transaction, ou tirer de cet acte une exception contre la demande de son adversaire; qu'en cela elle ne contrevient point au principe consacré par l'article 1229, qui ne veut pas qu'on puisse demander en même tems le principal et la peine; qu'il y a deux exceptions à ce principe : l'une, lorsque la peine est stipulée pour le simple retard; l'autre, lorsqu'elle est stipulée indépendamment de l'obligation primitive, et sans préjudicier à son exécution, *rato manente pacto,* comme dit la loi 16 ff. *de Transact.;* qu'il n'y a aucune difficulté lorsqu'il résulte de la convention que la peine a été stipulée pour le seul fait de l'infraction de la transaction, par le refus de l'exécuter; qu'alors aucune des parties ne sera reçue à l'attaquer avant de payer la peine convenue, en un mot, qu'elle est due sans préjudice de l'exécution de la transaction; mais, de plus, que cette convention *paraît implicitement* contenue dans la clause pénale ajoutée à la transaction; que la peine est stipulée, non pas comme une compensation des dommages-intérêts qui pourraient résulter de l'inexécution absolue de la transaction, mais comme une indemnité des embarras, des frais, des inquiétudes que cause à l'autre partie la nécessité de soutenir un procès qu'on aurait voulu prévenir; que c'est ainsi qu'on doit interpréter les clauses pénales ajoutées aux transactions, lorsque les termes de la convention n'y résistent pas. »

Ainsi, selon cet auteur, toutes les fois que les

termes de la convention n'y résisteraient pas, l'on devrait entendre l'article 2047 comme renfermant un principe indépendant de celui de l'article 1229.

M. Delvincourt donne une autre interprétation. « Comment, dit-il, doivent être entendus ces mots « de l'article 2047 : On peut ajouter à une transac- « tion la stipulation d'une peine *contre celui qui man- « quera de l'exécuter,* quand les parties ne se sont « pas expliquées sur le motif qu'elles ont eu en sous- « crivant la clause pénale? Si l'une des parties revient « sur quelqu'objet compris dans la transaction, et « qu'au moyen de cette même transaction qui lui est « opposée, elle soit déboutée de sa demande, le dé- « fendeur pourra-t-il exiger la peine? ne lui oppo- « sera-t-on pas le principe qu'il ne peut avoir tout « à la fois le principal et la peine?

« Je pense que cette question, qui est assez déli- « cate, et sur laquelle les lois romaines elles-mêmes « ne paraissent pas être d'accord, comme on peut le « voir par le rapprochement des lois 10, § 1, ff. *de « Pactis,* et 122, § 6, ff. *de Verb. Oblig.* [1], peut-être « résolue à l'aide de la distinction suivante : Si tout « est fini par la transaction, de manière qu'il n'y ait « rien à faire, rien à exécuter par aucune des par- « ties, et que cependant il y ait une peine de stipu- « lée, l'on présumera que les parties ont voulu pré- « venir tout procès; et dès qu'il en a existé un, la

[1] Ainsi M. Delvincourt ne pense pas, comme Pothier, que ces deux textes se concilient parfaitement; pour nous, nous croyons, ainsi que M. Delvincourt, qu'ils sont opposés au fond.

« peine est encourue, quand même le demandeur se-
« rait débouté. Mais si la transaction portait aussi
« obligation, de la part des parties, ou de l'une d'elles,
« de donner ou de faire quelque chose, l'on présu-
« mera que la peine n'a été stipulée que pour le cas
« où les choses promises ne seraient pas exécutées, et
« en conséquence, si la partie qui a intérêt que l'obli-
« gation soit exécutée, en poursuit et obtient l'exé-
« cution, elle ne pourra exiger la peine. »

Cette conciliation nous paraît bien plus conforme aux principes, que la décision trop absolue de M. Toullier. Elle rentre d'ailleurs beaucoup dans celle de Pothier, suivant la manière dont il a cherché à concilier la loi 10, § 1, ff. *de Pactis*, avec la loi 122, § 6, ff. *de Verb. oblig.* Du reste, il est bien certain que la loi 16, ff. *de Transact.*, ne fait rien à la question, puisqu'elle statue sur un cas où les parties ont exprimé leur intention que la clause pénale aurait son effet, sans préjudice de celui de la transaction elle-même (*rato manente pacto*), au cas où l'une des parties n'exécuterait pas la convention. Elle serait même contraire à la décision de M. Toullier, par argument *à contrario*, si les argumens de cette sorte étaient toujours d'un grand poids.

Quoiqu'il en soit, il n'y a pas plus de raison de dire, dans une transaction qui laisse à faire ou à donner quelque chose par chacune des parties, ou par l'une d'elles, et à laquelle on a ajouté une clause pénale, qu'il y a lieu tout à la fois à l'exécution de la transaction et à la peine, en cas d'infraction, qu'il n'y a

lieu de le prétendre dans un contrat de vente, de société, dans un acte confirmatif, etc.; car dans tous ces cas aussi la clause pénale a été stipulée pour assurer l'exécution de la convention, par conséquent pour prévenir des embarras, un procès même, par la crainte qu'elle a pour objet d'inspirer au débiteur. C'est donc une question d'intention, mais qui ne doit pas, en général, même en matière de transaction, être résolue en ce sens, qu'il y a lieu à demander le principal et la peine, ainsi que le dit M. Toullier.

Nous conviendrons toutefois, et par cela même que c'est une question d'intention, que, si la peine stipulée était peu considérable, en comparaison de la valeur des droits réclamés et que la transaction assure à la partie qui l'exécute, cette peine devrait être considerée comme convenue principalement pour le préjudice que lui ferait éprouver le défaut d'exécution volontaire de l'acte, et en conséquence, que la contravention ferait encourir la peine, quoique cette contravention n'eût eu aucun résultat, la transaction devant être aussi exécutée. Mais si la peine n'était pas visiblement d'une valeur inférieure à ce que l'une des parties devait encore faire pour l'autre en exécution de la transaction, alors cette dernière partie n'aurait que le choix, ou de la peine, en cas d'inexécution, et en conservant ce qu'elle a dans sa main, ou de conclure à l'exécution de la transaction dans toute sa teneur.

346. On doit, en général, appliquer les mêmes décisions, et avec les mêmes modifications, aux actes

de confirmation ou de ratification, avec clause pénale, des obligations annulables ou rescindables, susceptibles d'être confirmées; et, d'après cela, si l'obligation confirmée a été exécutée en tems d'incapacité, ou pendant la violence, ou avant la découverte du dol ou de l'erreur, comme c'est évidemment en vue seulement de prévenir une action en nullité ou en rescision que l'acte confirmatif avec clause pénale a été consenti, on doit décider que la partie qui revient contre cette obligation, et par cela même contre l'acte de ratification, doit subir la peine et être forcée aussi de respecter cet acte. Mais si, au contraire, l'obligation primitive n'a point encore été exécutée lorsqu'est intervenu l'acte confirmatif avec clause pénale, et que le débiteur, nonobstant cet acte, ne veuille pas exécuter le premier engagement, alors le créancier n'a que le choix, ou de demander la peine au débiteur mis en demeure, mais en laissant à celui-ci les moyens qu'il avait à faire valoir contre cet engagement, ou bien de demander l'exécution de ce même engagement, en vertu de l'acte confirmatif, et en négligeant de demander la peine; car autrement ce serait demander le principal et la peine, contre le principe de l'article 1229. Au lieu que dans le premier cas, comme elle n'a évidemment été promise que pour prévenir un procès, en la demandant pour ce cas, on la demande précisément quant à l'objet pour lequel elle avait été stipulée.

347. La même décision doit aussi s'appliquer, et

avec la même distinction, aux clauses pénales insérées dans les actes de partage, et surtout lorsque, dans ces actes, faits avec clause pénale, il n'y aura pas de points litigieux ou contestés entre les parties, comme des questions de rapport ou de réduction, ou des difficultés sur la quotité qui revient à chacune d'elles; que ce sera simplement une division des biens : alors la clause pénale aura été évidemment convenue dans le seul but de prévenir une demande en nouveau partage, et si cette demande a lieu, la peine sera encourue, sans préjudice du maintien du partage.

348. Toutefois, ce partage pourrait encore être attaqué pour les causes ordinaires de nullité ou de rescision, par conséquent pour cause de lésion de plus du quart, conformément à l'article 888, qui porte que l'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière. Et la peine elle-même ne serait pas due s'il y avait effectivement lésion de plus du quart, attendu qu'elle n'est pas due quand la convention principale est nulle (art. 1227); or, la rescision a le même effet que la nullité quant à la clause pénale. On ne peut pas plus, sous la forme d'une peine, couvrir le vice de lésion de plus du quart dans un partage, qu'on ne le peut par une autre voie indirecte, telle que la vente ou la transaction : autrement le but de la loi serait facilement éludé.

349. Enfin, si l'on a ajouté une peine à un compromis contre celui qui manquerait d'exécuter la

sentence arbitrale, ou qui l'attaquerait par l'une des voies établies au Code de procédure (art. 1023 à 1028), la partie qui l'attaque ou se refuse à l'exécuter, peut être contrainte par l'autre à payer de suite la peine, à moins toutefois que le compromis lui-même ne fût attaqué pour cause de nullité. Mais celui qui a obtenu la peine ne peut plus demander l'exécution de la sentence, parce qu'il ne doit pas avoir l'un et l'autre. Les parties seront à cet égard dans le même état qu'avant le compromis. Et s'il a poursuivi et obtenu l'exécution de la sentence, il ne pourra plus demander la peine.

350. Dans les cas ordinaires, où le créancier ne peut exiger que l'exécution de l'obligation principale ou la peine, s'il opte pour la peine, il ne doit pas demander, soit par interpellation judiciaire, soit par commandement ou sommation, l'exécution du contrat, ni même l'exécution du contrat ou la peine, mais seulement la peine; autrement le débiteur lui notifiant aussitôt qu'il entend se conformer à la demande, le pacte serait formé (argument de l'art. 1211), et il n'y aurait plus lieu à réclamer la peine. Il serait obligé de se contenter de l'exécution du contrat, parce qu'il serait censé avoir renoncé à la peine, comme le créancier est censé avoir renoncé à la solidarité vis-à-vis de celui des débiteurs solidaires contre lequel il a formé une demande pour sa part, dès que ce débiteur a acquiescé à la demande, ou qu'il est intervenu un jugement de condamnation. Et s'il veut constituer le débiteur en demeure, à l'effet d'ob-

tenir la peine, il doit le sommer de la payer, en lui notifiant qu'il est en demeure de remplir l'obligation principale. Si le débiteur ne satisfait pas à cette sommation, le créancier forme contre lui demande en justice, à moins toutefois qu'il n'ait un titre en forme exécutoire, ce qui le dispenserait, du moins généralement, de former cette demande.

CINQUIÈME RÈGLE : *La peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation.*

351. L'article 1230 consacre cette règle en ces termes : « Soit que l'obligation primitive contienne, « soit qu'elle ne contienne pas de terme dans lequel « elle doive être accomplie, la peine n'est encourue « que lorsque celui qui s'est obligé, soit à livrer, « soit à prendre, soit à faire, est en demeure. »

352. Ainsi, la simple fixation d'un terme ne suffit pas pour faire encourir la peine au débiteur qui n'a point rempli son obligation à l'époque fixée, du moins en général, parce qu'en effet généralement elle ne le constitue pas en demeure. Mais il semble résulter de plusieurs textes du Droit romain que la fixation d'un terme faisait encourir la peine, *ipso facto*, si le débiteur ne remplissait pas son obligation au jour marqué. Suivant ces textes, il n'était besoin, pour cela, d'aucune demande ou interpellation ; la seule échéance du terme suffisait. La loi 23, ff. *de Obligat. et actionib.* paraît être en ce sens.

Le jurisconsulte Ulpien décide même, dans la

loi 77, ff. *de Verb. oblig.*, que la seule échéance du terme fait encourir la peine au débiteur qui n'exécute pas l'obligation au jour fixé, quoique le créancier soit venu à mourir et que son hérédité ne soit point encore acceptée, par conséquent dans le cas où personne n'a pu interpeller le débiteur. Et cette loi statue même sur un cas d'obligation de somme, payable à un certain jour, avec clause pénale.

Bien mieux, dans les obligations de faire, dans un certain délai, un ouvrage qui exigeait un certain tems pour sa confection, la peine stipulée était due, même avant l'expiration du terme, aussitôt qu'il était devenu certain que l'ouvrage ne pouvait plus être fait dans le délai fixé; de manière que la prorogation du terme qui aurait été depuis accordée au débiteur par le créancier ne le déchargeait pas de la peine encourue avant cette prorogation. Mais si la prorogation avait eu lieu à une époque où il restait encore assez de tems jusqu'au terme pour faire ou achever l'ouvrage, la peine n'était encourue que lorsqu'il ne pouvait plus être achevé avant l'expiration de la prorogation. Ces décisions résultent de la loi 113, ff. *de Verb. oblig.*

Toutefois, il semble, d'un autre côté, qu'il n'y avait pas uniformité de décisions parmi les jurisconsultes sur le point de savoir si la seule préfixion d'un terme faisait encourir la peine dans les cas ordinaires, lorsque le débiteur n'avait pas exécuté au terme ; car Justinien dit, dans la loi 12, au Code, *de Contrah. et commit. stip.*, qu'il entend trancher une difficulté

qui a fait naître beaucoup de procès jusqu'à lui, et il décide à cet effet que, si quelqu'un promet de faire ou de donner quelque chose à un certain jour, *et ajoute à sa promesse une peine au cas où ce qu'il s'oblige à faire ou à donner ne serait pas fait ou donné au terme fixé,* la peine sera encourue par le seul défaut d'exécution à l'échéance du terme, et que le débiteur ne pourra l'éviter en alléguant qu'il n'a point été interpellé d'exécuter, attendu qu'il devait savoir qu'il devait le faire, sans avoir besoin pour cela d'avertissement [1]. Or, si, dans le cas prévu par Justinien, où les parties étaient convenues que le défaut d'exécution au terme fixé ferait encourir la peine, il y avait controverse sur le point en question, à combien plus forte raison devait-elle exister lorsque l'acte portait simplement un terme pour l'exécution. Quoiqu'il en soit, Pothier regardait comme un principe certain que, dans le Droit romain, la simple fixation d'un terme, dans toute espèce d'obligation, suffisait pour mettre le débiteur en demeure, et lui faire encourir la peine, s'il n'exécutait pas au terme. En admettant comme exacte cette interprétation de Pothier, qui est aussi, il faut le dire, celle de beaucoup d'au-

[1] *Magnam legum veterum obscuritatem, quæ protrahendarum litium magnam occasionem usquè adhuc præbebat, amputantes, sancimus : ut si quis certo tempore facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit, promiserit et adjecerit, quod si statuto tempore minimè hæc perfecta fuerunt, certam pœnam dabit : sciat minimè se posse debitor ad evitandam pœnam adjicere quod nullus eum admonuit.* Sed etiam citrà *ullam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius, cùm ea, quæ promisit, ipse in memoriâ suâ servare, non ab aliis sibi manifestare debeat poscere.*

tres interprètes, il convient d'établir les rapprochemens du Droit romain sur ce point, ainsi entendu, avec notre ancienne jurisprudence et les principes du Code civil.

Du reste, lorsqu'il n'y avait pas de terme fixé pour l'exécution de l'obligation, la peine n'était encourue que par la litis-contestation, opérée sur la demande du créancier, ainsi qu'il résulte de la loi 122, § 2, ff. *de Verb. oblig* [1].

Dans notre ancienne jurisprudence, au contraire, soit que l'obligation primitive contînt un terme dans lequel elle devait être exécutée, soit qu'elle n'en contînt pas, il fallait généralement une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et pour donner en conséquence ouverture à la peine [2]. On faisait toutefois exception pour les cas où le débiteur se met de lui-même en demeure, comme dans les obligations de ne pas faire quelque chose, lorsqu'il contrevient à sa promesse; et dans les obligations de faire ou de donner quelque chose qui ne pouvait être faite ou donnée avec la même utilité pour le créancier que dans un certain tems qu'il a laissé passer sans exécuter l'engagement : alors la peine était encourue par ce seul fait; cela n'était point douteux dans le Droit romain, dans ces mêmes cas, et ne l'est pas non plus sous le Code.

353. On voit, d'après la combinaison des articles

[1] Pothier, n° 349, interprète aussi ce texte en ce sens.
[2] Pothier, *ibid.*

1139 et 1230, que, même dans les cas ordinaires, le Code s'est rapproché des principes du Droit romain, sans cependant les adopter entièrement dans ces mêmes cas, et qu'il a dérogé en un point important à l'ancienne jurisprudence, suivant laquelle, dans ces cas, il fallait une interpellation judiciaire pour constituer le débiteur en demeure et lui faire encourir la peine.

Le Code s'est rapproché du Droit romain en ce que, d'après l'article 1139, la demeure peut résulter de la seule échéance du terme, si la convention porte que, *par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure.* Or, le débiteur en demeure encourt la peine, suivant l'article 1230. La loi 12, au Code, *de Contrah. vel. commit. stipul.*, précitée, décide pareillement, comme on vient de le voir, que la peine est due lorsque la convention porte qu'elle sera encourue par le seul défaut d'exécution de l'obligation au jour fixé.

Mais le Code diffère du Droit romain, tel que l'interprétait Pothier, en ce que, même dans les cas ordinaires, suivant ce Droit, la simple fixation d'un terme constituait le débiteur en demeure, et lui faisait encourir la peine, s'il n'avait pas exécuté au jour fixé; tandis que, d'après le Code civil, il faut pour cela qu'il y ait eu convention que, sans qu'il soit besoin d'acte, la seule échéance du terme constituera le débiteur en demeure; sauf les cas d'obligations de ne pas faire, auxquelles le débiteur serait contrevenu, et celles aussi qui ont pour objet

une chose qu'il ne pouvait faire ou donner que dans un certain tems, qu'il a laissé passer sans exécuter l'engagement.

Ainsi, la convention que le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le constituant en demeure pour les dommages-intérêts, si effectivement l'engagement n'est point exécuté au terme fixé, elle lui fait, par la même raison, et dans le même cas, encourir la peine, qui en est la compensation. Au lieu que dans l'ancienne jurisprudence, et sauf les cas dont nous venons de parler, il eût fallu une interpellation judiciaire pour lui faire encourir la peine; une simple sommation n'aurait pas suffi pour cela.

On a pensé que l'ancienne jurisprudence exigeait sans nécessité une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure, et qu'une simple sommation était même inutile lorsque la convention porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, la seule échéance du terme l'y constituera; car c'est une loi que le débiteur s'est faite et qu'il doit respecter. Mais, d'un autre côté, on a cru que ce n'était pas assez, dans les cas ordinaires, de la seule fixation d'un terme, comme dans le Droit romain, interprété comme l'ont fait Pothier et autres. On a dû en effet mettre en parfaite harmonie la clause pénale avec les dommages-intérêts, dont elle tient lieu, et l'on a voulu que les dommages-intérêts, dans les cas ordinaires, ne fussent dus que par la mise en demeure opérée par une sommation ou un autre acte équiva-

lent, ou par l'effet d'une convention spéciale, et non pas par la seule expiration du terme fixé pour l'exécution de l'obligation. On a craint les surprises.

Ces observations étaient nécessaires, parce que souvent en cette matière on invoque des dispositions du Droit romain qui ne sont pas toujours d'un grand poids dans la décision des questions qui se présentent, et qui même, bien interprétées, sont parfois contraires.

En résumé, suivant le Code civil, soit que l'obligation contienne un terme dans lequel elle doive être exécutée, soit qu'elle n'en contienne pas, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure.

Or, suivant l'article 1139, le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par tout autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. Dans ce dernier cas, *dies pro homine interpellat*. Le débiteur était averti par la convention, il n'a pas à se plaindre; il devait se mettre en mesure d'exécuter son engagement; le tout, sauf ce qui sera dit plus bas.

A plus forte raison, une demande judiciaire constitue-t-elle le débiteur en demeure, et lui fait-elle encourir la peine, sauf aussi ce qui va être dit.

Et il s'y constitue de lui-même dans les obligations de ne pas faire, lorsqu'il fait ce qu'il s'était interdit. Par cela seul il doit les dommages-intérêts

(art. 1145), et par conséquent la peine, qui en est la compensation. (Art. 1229).

Toutefois, comme l'observe Pothier, si le fait n'a eu aucune conséquence pour le créancier, n'a diminué en rien ses droits, ne l'a troublé en aucune manière, la peine n'est point encourue. Tel serait le cas, dit cet auteur, où je serais convenu avec quelqu'un, sous une clause pénale, qu'il ne louerait pas sa maison, voisine de la mienne, à un individu de la profession de serrurier ou forgeron: quand bien même il l'aurait louée à quelqu'un de cette profession, si le bail n'a pas eu d'exécution, par une cause ou par une autre, par exemple parce qu'il y a eu résiliation volontaire ou forcée, la peine n'est pas due, attendu que ce que je voulais éviter en la stipulant, c'était le voisinage d'une personne dont le travail m'aurait incommodé : c'était là mon intention. Par l'événement, n'éprouvant aucun préjudice ou incommodité, il ne peut y avoir lieu à aucuns dommages-intérêts, ni par conséquent à aucune peine, puisque la peine est stipulée pour en tenir lieu. On doit toujours interpréter les conventions, dans leurs effets, suivant l'intention vraisemblable des parties. (Art. 1156).

Enfin, dans les obligations de faire ou de donner quelque chose qui ne pouvait être faite ou donnée avec la même utilité pour le créancier, que dans un certain tems que le débiteur a laissé passer sans exécuter son engagement, celui-ci est aussi constitué en demeure par le seul fait du retard (art. 1146), et

en conséquence la peine est encourue. Dans ce cas aussi, *dies pro homine interpellat.*

En un mot, ce que nous avons dit au tome précédent [1], sur la constitution en demeure du débiteur, relativement à la perte de la chose et aux dommages-intérêts, s'applique à la clause pénale.

354. Mais aussi, comme nous l'avons fait observer au même endroit, le paiement devant être exécuté dans le lieu désigné par la convention; si le lieu n'y est pas désigné et qu'il s'agisse d'un corps certain, le paiement devant être fait au lieu où était, au tems de l'obligation, la chose qui en fait l'objet, et dans les autres cas, au domicile du débiteur (art. 1247), il s'ensuit que la peine n'est point encourue par la seule échéance du terme, si le créancier ne se présente pas pour recevoir le paiement au lieu où il doit être fait, quoique la convention portât d'ailleurs que, sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure par la seule expiration du terme; car il n'est pas pour cela obligé de porter la chose ou la somme chez le créancier : celui-ci doit, au contraire, se présenter pour la recevoir au lieu où le paiement doit être effectué, et lorsque c'est par le fait du créancier que l'obligation n'est point exécutée, il ne saurait y avoir lieu à la peine [2]. Mais s'il se présente, ou quelqu'un pour lui, et que le débiteur n'exécute pas son engagement, alors il doit faire constater le refus de paiement, et la peine

[1] Chap. III, sect. II, § 3, et sect. III et IV, n° 464 à 467, *inclusivè.*
[2] L. 122, § 3, ff. *de Verb. oblig.*

sera encourue : il ne peut toutefois le faire constater que le lendemain du jour de l'échéance, parce que, ainsi qu'on l'a dit plus haut (n° 111), le jour du terme appartient en entier au débiteur [1].

355. De plus, dans les obligations qui n'ont pas de terme fixé pour leur exécution, la seule sommation faite au débiteur d'exécuter l'engagement ne suffit pas pour lui faire encourir la peine; il faut encore qu'il n'exécute pas dans le délai qui serait nécessaire pour que la chose pût être faite ou livrée; car celui qui obéit à l'injonction qui lui est faite n'est point en retard : *Is moram videtur fecisse qui litigare maluit, quàm restituere.* (L. 82, § 1, ff. *de Verb. oblig.*) Et si la sommation contenait un délai pour l'exécution, la peine ne serait encourue qu'à l'expiration de ce délai; mais alors elle le serait, sans qu'il fût besoin d'un nouvel acte pour constituer le débiteur en demeure, si le délai était suffisant, car il y avait été constitué par la sommation, quoiqu'il ne fût point encore en retard à l'époque où elle a eu lieu : elle l'y a mis pour l'avenir, sans préjudice encore de ce qui vient d'être dit relativement au lieu où doit être fait le paiement, et à l'obligation, pour le créancier, de se présenter ou de faire présenter quelqu'un pour l'y recevoir, quand il ne doit pas être fait chez lui ou chez un tiers désigné.

Enfin, même dans le cas où l'obligation contient un terme, et que le créancier a fait sommation au dé-

[1] L. 42, ff. *de Verb. oblig.*, et § 2, Instit. *eod. tit.* *Voyez* aussi au tome précédent, n° 443.

biteur d'exécuter, si celui-ci offre de le faire sur-le-champ, la peine n'est point encourue. Il en serait même ainsi dans le cas d'une demande judiciaire. Que l'on ne perde pas de vue, en effet, que le débiteur n'est point obligé de faire des offres pour prévenir une demande ; qu'il a seulement la faculté d'en faire, et que dès que, sur la sommation ou demande de payer qui lui est faite, il paie ou offre de payer, il n'est point en retard, quoiqu'on ait fait un acte qui devait avoir pour effet de le constituer en demeure, d'après l'article 1139. Mais cet acte ne devait avoir cet effet qu'autant que le débiteur n'y obtempérerait pas de suite : il était conditionnel en soi. En un mot, celui qui fait ce qu'on lui demande, et qui le fait où il doit le faire, et au tems convenu, n'est point en retard, parce que, encore une fois, *is moram videtur fecisse qui litigare maluit quàm solvere*.

356 Et comme nous venons de le dire, lorsque c'est par le fait du créancier que le débiteur a été empêché de s'acquitter, il ne saurait y avoir lieu à la peine. (L. 122, § 3. ff. *de Verb. oblig.*) Tel est le cas où il n'a pas voulu recevoir les offres régulières qui lui ont été faites, ou lorsqu'il a fait sommation au débiteur de ne pas faire ce que celui-ci s'était obligé de faire, ou lui a refusé la matière qu'il devait lui fournir pour cela.

357. Il en est de même lorsque c'est par suite de force majeure que le débiteur n'a pas fait ce qu'il avait promis de faire, ou a fait ce qu'il s'était interdit : dans ces cas aussi il n'est dû aucuns dommages-

intérêts (art. 1148), ni par conséquent aucune peine, puisque la peine est stipulée pour en tenir lieu. (Article 1229).

SIXIÈME RÈGLE : *La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation a été acquittée en partie.*

358. Un débiteur ne peut faire à son créancier, malgré celui-ci, un paiement partiel (art. 1220 et 1244), tant que son obligation, quoique divisible, n'est pas divisée par l'effet de quelque circonstance, tel que serait le cas où la compensation se serait opérée pour partie (art. 1290) : aussi les offres qu'il lui ferait d'une partie de la dette ne lui éviteraient aucune partie de la peine stipulée, parce qu'elles seraient nulles. (Art. 1258.)

Mais si le créancier a consenti à recevoir un paiement partiel, ou si la dette a été éteinte en partie par l'effet de la compensation, la peine doit être modifiée, car n'étant stipulée que pour tenir lieu des dommages-intérêts qui pourraient être dus à raison du préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation, il est clair qu'il recevrait, contre le vœu de la loi, tout à la fois le principal et la peine, en recevant partie de la dette et la totalité de cette peine. Elle doit donc être réduite.

L'article 1231 semble, il est vrai, laisser cela à la sagesse du juge, car il porte : « La peine *peut* être « modifiée par le juge, lorsque l'obligation a été « exécutée en partie. » C'est qu'en effet il est des cas où l'exécution partielle n'empêcherait point la peine

d'être due en totalité, parce que cette exécution partielle n'aurait prévenu pour aucune partie le dommage qu'a éprouvé le créancier à raison du défaut d'exécution de l'obligation pour le total. Nous en donnerons tout à l'heure des exemples; mais, en principe, lorsque la dette a été acquittée en partie, la peine doit être modifiée, parce qu'elle est stipulée pour tenir lieu des dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation, et que ces dommages-intérêts représentant l'objet de la dette en son entier, ils doivent être moindres quand elle a été acquittée en partie.

C'est sur ce fondement qu'Ulpien, dans la loi 9, § 1, ff. *si quis cautioni in judicio sistendi causâ factæ non obtemperaverit,* dit que, bien que selon la subtilité du Droit, la peine, dans le cas prévu à cette loi, pût paraître avoir été encourue pour le total, néanmoins il est équitable quelle ne le soit que dans la proportion de la partie de l'obligation qui n'a point été acquittée. Dans l'espèce de cette loi, un individu s'était obligé à représenter en justice certains esclaves, qu'on réclamait de lui, et il avait promis une peine en cas d'inexécution. L'un de ces esclaves n'ayant point été représenté, Ulpien dit, d'après Labéon, qu'à la vérité la peine est encourue pour le total par ce seul fait, parce qu'elle avait été stipulée pour le défaut de représentation de tous les esclaves; mais le jurisconsulte ajoute que, si le débiteur offre la peine à raison de l'esclave non représenté, et que, nonobstant cela, le créancier le poursuive ensuite

pour la totalité de la peine, il pourra le repousser par l'exception de dol, attendu qu'il ne doit pas, après avoir exécuté l'obligation en très-grande partie, payer encore la totalité de la peine.

En conséquence de ce principe, Dumoulin décide que : « *In omnibus obligationibus, sive individuis, sive dividuis, pœna non committitur, nisi pro parte contraventionis efficacis, nec potest exigi cum principali ; sed creditor non tenetur partem principalis, et partem pœnæ accipere.* » (*Molin. tract. de Divid. et indiv.*, § 3, n° 112.)

Ainsi, je conviens avec une personne qu'elle me fournira, au printemps prochain, mille jeunes arbres de telle espèce, pour planter un verger ou une avenue, à peine de 1,000 francs de dommages-intérêts. Le débiteur, comme dit Dumoulin à la fin de sa décision, ne peut me forcer à recevoir cinq cents arbres, en offrant de me payer la moitié de la peine. D'abord, parce que je ne pourrais être contraint de recevoir partie d'une chose et partie de l'autre, lors même que l'obligation serait alternative, et elle ne l'est point; en second lieu, parce que je ne puis être forcé de recevoir partie de la dette, fût-elle d'une somme; et enfin parce que les mille arbres stipulés étant nécessaires pour faire la plantation complète que je me suis proposé de faire, j'éprouverais un préjudice si je n'avais de quoi la faire qu'en partie seulement. Mais si je veux bien recevoir les cinq cents arbres que m'offre le débiteur, je ne puis ensuite exiger la peine en totalité, puisque cette peine ayant été con-

venue pour tenir lieu des dommages-intérêts, et les dommages-intérêts tenant lieu de toute la dette, dès qu'une partie de cette dette est acquittée, une partie correspondante de la peine n'a plus d'objet. Demander encore la peine en totalité serait donc une injustice.

Cependant, comme nous l'avons dit, l'article 1231 semble laisser au juge la faculté de modifier ou non la peine, puisqu'il porte que « la peine *peut* être mo-« difiée par le juge lorsque l'obligation principale a « été acquittée en partie. » Toutefois nous ne pensons pas que cela soit facultatif au juge lorsque le créancier a reçu volontairement du débiteur un paiement partiel sans faire de réserve que la peine serait encore due pour le total à défaut d'exécution du surplus de l'obligation selon sa teneur; s'il a fait cette réserve, et que le débiteur y ait adhéré, alors c'est une nouvelle convention, qui doit recevoir son effet comme dans les cas ordinaires. Il y a une sorte de novation quant à la peine, en ce qu'elle eût dû être réduite d'après le Droit commun, et qu'elle ne devra pas l'être d'après la convention.

Mais le juge a la faculté de maintenir la peine en son entier lorsque l'exécution partielle de l'obligation n'a pas eu lieu de l'aveu formel du créancier et qu'elle n'a prévenu pour aucune partie le préjudice qu'il voulait prévenir en la stipulant. C'est dans la prévoyance de ce cas que l'article 1231 a été rédigé, en laissant au juge le pouvoir de la modifier. Par exemple. je me suis obligé envers vous à payer à Paul,

qui menace d'exercer la contrainte par corps contre vous et de faire vendre vos biens, la somme de 3,000 francs dans un mois à compter de ce jour, à peine de 200 francs de dommages-intérêts. La peine est ici stipulée pour le simple retard. J'ai payé seulement 1,500 francs, que Paul a bien voulu recevoir. Dans ce cas il faut distinguer : si les 1,500 francs payés n'ont pas empêché Paul de faire des poursuites, notamment d'exercer contre vous la contrainte par corps, ce paiement partiel n'empêchera pas non plus la peine d'être encourue pour la totalité, parce que, bien que Paul ait reçu volontairement ces 1,500 francs, vous n'êtes pas censé les avoir volontairement reçus vous-même, et que ce paiement partiel n'a pas prévenu le préjudice que vous vouliez prévenir en stipulant la peine. Mais si ce paiement a, de fait, détourné Paul du dessein de vous poursuivre, ainsi qu'il l'aurait fait sans cela, s'il a prévenu réellement le préjudice que vous vouliez éviter, il est clair qu'il vous a été utile en partie, puisqu'il vous a libéré en partie; en conséquence, le juge peut et même doit modérer la peine, et la proportionner à la partie de la dette qui n'a point été acquittée à son échéance.

359. L'article 1244 porte que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible; mais il ajoute que, « les « juges peuvent *néanmoins*, en considération de la « position du débiteur, et en usant de ce pouvoir « avec une grande réserve, accorder des délais mo- « dérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des

« poursuites, toutes choses demeurant en état. » De là s'élève la question de savoir si, lorsque le débiteur a obtenu un délai de grâce, la peine ne doit être encourue qu'autant qu'il ne satisferait point à son obligation à l'expiration de ce délai, même dans le cas où cette peine n'aurait été stipulée que pour le simple retard ?

Pour l'affirmative, l'on peut dire que la peine n'est stipulée que pour prévenir ou réprimer la mauvaise foi du débiteur, et que puisqu'il obtient un délai de grâce, c'est parce que le juge, qui ne doit l'accorder qu'avec une grande réserve, et en considération seulement de la position du débiteur, n'a vu en lui aucune mauvaise foi, aucune résistance injuste. On peut dire aussi que, nonobstant la règle que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134), si la loi générale permet au juge d'accorder des délais modérés au débiteur, si elle soustrait celui-ci momentanément à toutes les poursuites et contraintes auxquelles il s'était librement soumis, et qui sont la peine de l'inexécution de son engagement, par la même raison il est entré dans l'esprit de la loi de le soustraire momentanément à l'effet de la peine stipulée, car les poursuites en expropriation forcée, et autres, sont censées convenues entre les parties, même celle de la contrainte par corps, dans les cas où la loi l'autorise. On peut dire en outre que, puisque le débiteur a obtenu un délai, c'est comme si le terme convenu n'était pas expiré (sauf en ce qui touche la compensation, art. 1292),

et dès lors que la peine n'est point encore encourue par la seule expiration de ce terme. Enfin, puisque l'article 1244 porte que *toutes choses demeureront en état*, cela doit être aussi quant à la peine, autrement il y aurait un notable changement dans la position du débiteur, et il ne serait pas vrai de dire que toutes choses demeurent en état.

Mais pour prétendre que la peine est encourue, l'on peut dire que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que si le Code permet au juge d'accorder des délais modérés au débiteur, en considération de sa position, cette faculté ne va pas jusqu'à ravir au créancier un droit acquis en vertu de la stipulation qu'il a faite précisément en vue du cas où l'obligation ne serait point exécutée selon sa teneur; qu'à la vérité le juge peut accorder, même pour le paiement de la peine, un délai de grâce, comme il peut le faire pour le paiement de l'obligation principale elle-même, mais cela ne doit pas s'étendre jusqu'à détruire l'effet de la stipulation, ou du moins à l'altérer aussi sensiblement, puisque, d'un droit certain et acquis, l'exercice de cette faculté ferait un droit purement éventuel, subordonné au cas où le débiteur ne paierait pas à l'échéance du terme de grâce. Ce serait méconnaître la lettre et l'esprit de l'article 1230, suivant lequel la peine est encourue lorsque le débiteur a été mis en demeure de remplir son obligation : or, dans l'espèce, il a été mis en demeure. Et quant à l'objection tirée de ce que l'article 1244 veut que les choses restent dans le même

état pendant ce délai, pour en conclure que l'effet de la clause pénale doit être aussi suspendu, on y répond facilement en disant que, précisément pour que les choses restent dans le même état, la peine qui était alors encourue ne peut plus dépendre d'un événement postérieur. Le juge peut suspendre les poursuites, mais non ravir au créancier un droit acquis, sans méconnaître la loi particulière que le débiteur s'est faite, et sans violer la loi générale.

360. Le principe que la peine n'est généralement encourue qu'en proportion de la partie pour laquelle l'obligation principale n'est point exécutée, a pareillement lieu lorsque je me suis fait fort d'un tiers et que ce tiers a exécuté en partie l'obligation. Par exemple, si je me suis porté fort pour Paul qu'il ne vous évincerait pas d'un fonds qui lui appartient et que je vous ai livré, et que j'aie promis une peine au cas où il vous évincerait : si, Paul étant venu à mourir, l'un de ses héritiers seulement vous évince pour sa part, *putà* pour la moitié du fonds, la peine ne sera encourue que pour la moitié, à moins qu'il n'apparaisse d'une intention contraire des parties. Dumoulin *tract. de Divid. et individ.* § 3 n° 531, et Pothier, *des Obligations,* n° 351.

Toutefois, dans ce cas, le juge pourrait ne pas réduire la peine à la juste moitié, à cause du préjudice que cette éviction partielle pourrait faire éprouver au créancier sous d'autres rapports encore que celui de la privation de moitié du fonds, celle qui lui reste pouvant ne plus avoir pour lui la même valeur qu'elle

avait quand le fonds était en entier à sa disposition. C'est en vue de ce cas, et autres semblables, que l'article 1231 se borne à dire que la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation a été exécutée en partie, sans ajouter qu'elle devra être réduite à la juste mesure de la partie de l'obligation qui n'a point été exécutée.

361. Mais quoique le débiteur n'ait apporté que peu de retard à exécuter son obligation depuis l'échéance du terme et sa mise en demeure, néanmoins, si la peine a été stipulée pour le simple retard, elle est encourue en entier, et le juge n'a pas le pouvoir de la réduire, sur la seule considération que le retard a été peu considérable. Tel serait le cas où je m'obligerais à vous passer acte de vente de mon jardin moyennant 10,000 fr. dans les trois mois à compter de ce jour, à l'expiration desquels, faute par moi de l'avoir fait sur votre demande, je serais en demeure, et tenu de payer 1,000 fr. à titre de peine, sans préjudice de l'obligation principale. Si, après avoir été mis en demeure de passer l'acte à l'expiration du délai fixé, et m'y étant refusé, j'offrais quelques jours après de le passer, je n'éviterais pas pour cela la peine en totalité; car elle aurait précisément été stipulée pour un cas qui se serait complètement réalisé.

362. Les obligations qui consistent à faire un certain ouvrage, comme une maison, un théâtre, une salle de bains, sont bien, ainsi que nous l'avons dit précédemment, indivisibles, en ne considérant l'ouvrage que comme un tout parfait, *opus consummatum*

et perfectum, et non le fait passager de la construction, l'addition d'une matière à une matière déjà employée, mais néanmoins le principe que le juge peut modérer la peine lorsque l'obligation a été exécutée en partie, s'applique aussi à ces sortes d'obligations, quand elles ont été exécutées en partie, par la confection d'une partie seulement de l'ouvrage, et lorsque ce qui a été construit peut être utile au créancier. La peine ne doit pas cependant nécessairement être réduite à la juste proportion de la partie qui resterait à faire, attendu que le créancier peut souffrir un préjudice de l'inexécution de l'obligation en totalité, à raison de ce que la confection de cette partie pourrait lui coûter davantage qu'elle ne devait lui coûter d'après le contrat, et à raison aussi d'autres circonstances. Ce serait un de ces cas laissés à la sagesse du juge par notre article 1231.

Il faut toutefois remarquer que, si le contrat avait été fait avec un ouvrier, architecte, ou entrepreneur, traitant en cette qualité, et que l'ouvrage fût resté sans être achevé à cause de sa mort, la peine stipulée ne serait due pour aucune portion, parce que, dans ce cas, le contrat étant dissous, aux termes de l'article 1795, il ne peut pas être dû de peine ; sauf le cas où l'entrepreneur de l'ouvrage aurait été en retard de remplir son engagement par sa faute.

363. Le principe que le créancier ne doit pas avoir toute la peine quand il retire ou peut retirer un avantage de l'exécution en partie de l'engagement, s'applique même aux obligations d'une indivisibilité ab-

solue, telle qu'une promesse de servitude ; et Pothier, d'après Dumoulin [1], donne l'exemple suivant.

Vous vous êtes obligé à me faire constituer un droit de passage sur un héritage dont vous jouissez à titre d'usufruitier, et qui est voisin du mien, en vous faisant fort des copropriétaires, à peine de 600 francs de dommages-intérêts. Trois des copropriétaires ratifient, mais le quatrième s'y refuse : la peine, à la vérité, m'est due en totalité, parce que le refus d'un seul des propriétaires empêche que la servitude ne soit constituée; une servitude ne pouvant s'acquérir pour partie, et par conséquent ne pouvant être imposée que par tous les copropriétaires du fonds sur lequel on veut l'établir. Cependant, comme cette ratification ôte le droit à ceux qui l'ont donnée, de s'opposer à ce que j'exerce la servitude, et qu'elle peut m'être utile au cas où je viendrais à acquérir la portion de celui qui n'a pas voulu y adhérer, ou à obtenir son adhésion, je ne puis demander la peine que pour partie seulement; ou bien, si je la demande pour le tout, parce que, de fait, l'obligation ne se trouve encore exécutée utilement pour moi pour aucune partie, je devrai renoncer au bénéfice de la ratification ; car je ne dois pas pouvoir percevoir toute la peine et retirer quelque chose de l'obligation principale, quoique ce que j'en retirerais maintenant n'eût qu'une utilité éventuelle.

[1] *Tract. de divid. et individ.*, § 3, n° 472 et 473, Pothier, *des Oblig.*, n° 358.

364. Notre principe s'applique aussi au cas où ce qui ferait l'objet de la peine serait quelque chose de parfaitement indivisible. Par exemple, je me suis obligé à vous payer la somme de 1,000 francs à telle époque, à peine de souffrir que vous passerez sur mon fonds pour aller au vôtre. La peine n'est pas stipulée ici pour le simple retard, mais cela ne fait rien à la question. Si je vous paie par à-compte 500 francs seulement, que vous avez bien voulu recevoir, vous ne pourrez pas ensuite exiger la peine pour le total, à défaut du paiement du surplus de la somme à l'échéance. Si vous tenez de préférence à l'exécution de la clause pénale, après ma mise en demeure, comme la peine consiste en quelque chose qui n'est pas susceptible de parties, il faudra qu'en exerçant le passage, vous m'offriez de me payer la moitié de sa valeur, la peine ne vous étant due que pour moitié, et cela, soit qu'elle ait été stipulée pour le cas d'inexécution absolue de l'obligation, soit qu'elle l'ait été seulement pour le simple retard. Pothier, n° 354.

365. Nous avons dit plus haut que, lorsque le créancier, en recevant un paiement partiel de son débiteur, a fait ses réserves dans la quittance que la peine serait encore due pour la totalité si le surplus de l'obligation n'était pas acquitté à l'échéance, cette nouvelle convention devait recevoir son exécution comme dans les cas ordinaires. En effet, elle opère une sorte de novation quant à la peine, laquelle, sans les réserves, n'eût plus été due que pour partie,

au moyen de l'exécution de partie de l'obligation principale. Mais cette décision est susceptible de modification dans quelques cas. Par exemple, s'il s'agissait d'une obligation de somme ou de choses fongibles, que la peine fût hors de proportion avec l'intérêt ordinaire pour ce qui resterait encore à payer, et qu'il n'y eût pas dans l'affaire quelqu'une de ces circonstances qui motiveraient les réserves et feraient disparaître l'usure, alors la peine pourrait être réduite, comme elle doit l'être, dans le même cas, lorsqu'elle a été convenue dès le principe à un taux exagéré, et qu'elle n'a été stipulée que pour couvrir un intérêt illicite, ainsi que nous l'avons dit au tome précédent, n° 487 et suivant.

Et même dans les cas ordinaires, si c'était un incapable qui eût fait le paiement partiel, avec les réserves dont il s'agit, ces réserves n'empêcheraient point le juge de modérer la peine, suivant les circonstances de la cause; car l'incapable ne pouvant pas plus quant à la peine que quant à l'obligation principale, faire une novation qui puisse lui préjudicier (art. 1272), il n'a pu par conséquent renoncer au bénéfice du droit commun, établi par l'article 1231. Toutefois le créancier aurait le droit de remettre les choses au même état qu'avant le paiement partiel, et tout se passerait ensuite comme si ce paiement n'avait pas eu lieu; car l'acte ou la quittance qu'il a fait ou donné avec réserve de tous ses droits ne devrait pas être scindé contre son gré.

§ II.

Des effets de la clause pénale par rapport aux héritiers du débiteur.

SOMMAIRE.

366. *Comment la peine est encourue par les héritiers du débiteur, par leur contravention, dans le cas où l'obligation est indivisible, et dans quelle proportion.*

367. *Dans quelle proportion elle est due par eux, dans ces mêmes obligations, lorsquelle a été encourue par leur auteur.*

368. *Cas dans lesquels la peine consiste en quelque chose d'indivisible.*

369. *La nature de l'obligation indivisible ne donne pas nécessairement cette qualité à la peine dans ses effets entre les héritiers des parties.*

370. *Application de l'article* 1232, *par un exemple donné par Pothier, et lois romaines.*

371. *Différence entre les héritiers du débiteur d'une dette indivisible avec clause pénale, et les débiteurs solidaires obligés aussi sous une peine.*

372. *Différence aussi quant à l'obligation des héritiers du débiteur d'une dette indivisible sous une peine, d'avec le cas où il n'y aurait pas de peine.*

373. *A quel titre celui des héritiers qui a fait encourir la peine en est tenu par le tout dans le cas d'une obligation indivisible.*

374. *Lorsqu'un héritier, en contrevenant à l'engagement du défunt, n'a fait qu'user de son droit particulier, il ne doit que sa part de la peine, quoiqu'il eût empêché la convention d'être exécutée en totalité; et les autres doivent aussi la leur.*

375. *Les décisions portées sur le cas d'une dette indivisible avec clause pénale, relativement aux héritiers du débiteur, s'appliquent généralement aussi au cas d'une pareille obligation contractée par plusieurs sans solidarité.*

376. *Quel est, par rapport aux héritiers du créancier, l'effet de la peine, lorsque l'obligation indivisible n'a pas été exécutée à*

l'égard de l'un d'eux, mais l'a cependant été à l'égard des autres, nonobstant son indivisibilité; Droit romain.

377. *Texte de l'article* 1233.

378. *La première partie a été puisée dans la loi* 4, § Cato, 1, *ff.* de Verb. oblig., *qui paraît opposé à la loi* 5, § Si sortem, *au même titre, et qui est le type de la seconde partie de cet article. Conciliation d'après Cujas, Dumoulin et Pothier.*

379. *Interprétation du véritable sens de la seconde disposition de ce même article.*

380. *Résumé de l'analyse des articles* 1232 *et* 1233.

366. Lorsque l'obligation avec clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur; et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine. (Art. 1232).

Par conséquent elle peut l'être pour le tout contre chacun des héritiers si tous ont fait la contravention, sauf leur recours entre eux.

367. On suppose ici que la peine n'a point été encourue du vivant du débiteur; qu'elle ne l'a été que par le fait de ses héritiers, ou de l'un ou plusieurs d'entre eux; et l'on suppose aussi qu'elle consiste en quelque chose de divisible, ce qui est le cas le plus ordinaire. Si, dans cette hypothèse, elle avait été encourue par le débiteur lui-même, elle ne pourrait être demandée à chacun de ses héritiers que pour sa part héréditaire, et hypothécairement pour le tout, sauf le recours.

368. Mais si ce qui serait la matière de la peine était quelque chose d'indivisible, comme une servitude sur l'un des fonds du débiteur, ou un corps certain, ou quelque autre chose qui, dans l'intention des contractans, ne devait pas être payé partiellement, et que le créancier optât pour la peine, alors il y aurait lieu d'appliquer ce qui a été dit précédemment sur ces différens cas, suivant celui dans lequel on se trouverait; et cela, soit que la peine eût été encourue du vivant du débiteur, soit qu'elle le fût seulement par le fait de l'un de ses héritiers; sans préjudice, dans cette dernière hypothèse, de l'action et de la *condamnation* pour le tout, sans division, contre celui ou ceux des héritiers qui auraient eux-mêmes fait la contravention.

Il y aurait même lieu à le décider ainsi quoique l'objet de l'obligation principale fût quelque chose de très-divisible : dès que c'est la peine qui est demandée aux héritiers, et que cette peine est quelque chose d'indivisible en soi ou à raison du paiement, c'est comme si c'était l'objet de l'obligation principale elle-même qui fût tel et que le créancier le demandât; car, optant pour la peine, cette peine est la chose qui se trouve maintenant être due.

369. Nous ne voulons toutefois pas dire par là que la peine, en ce qui concerne l'action contre les héritiers du débiteur, est absolument subrogée à la place de l'objet de l'obligation principale, et qu'il y ait lieu, en conséquence, de dire dans ce cas, d'une manière absolue, *subrogatum naturam rei subrogatæ*

sapit; car l'article 1232 est la preuve du contraire, puisqu'il suppose que l'objet de l'obligation principale est une chose indivisible dont chacun des héritiers par conséquent était tenu pour le total (art. 1223), sauf le droit particulier accordé par l'article 1225, et néanmoins, quant à la peine, ceux des héritiers qui n'ont pas fait la contravention ne sont tenus de cette peine que pour leur part héréditaire, sauf les effets de l'action hypothécaire. Aussi les héritiers du créancier ne pourraient chacun demander le tout dans une peine divisible, quoique l'obligation fût indivisible, bien qu'à l'égard du principal chacun d'eux eût l'action pour le tout, sous les limitations que nous avons déduites précédemment. Mais nous disons que, lorsque l'objet de la peine elle-même est indivisible sous quelque rapport, il y a lieu d'appliquer les règles qui seraient applicables à l'obligation principale elle-même, si son objet était tel, et si c'était de cette obligation que l'exécution fût demandée. L'article 1232 lui-même fournit d'ailleurs la preuve de la justesse de cette observation, en donnant l'action hypothécaire pour le tout indistinctement contre chacun des héritiers détenteurs des immeubles hypothéqués pour sûreté du paiement de la peine, sauf le recours.

370. La disposition de notre article 1232 est expliquée de la manière suivante par Pothier (n° 355) : « Si quelqu'un, dit-il, s'est obligé envers moi à me « laisser passer sur son héritage contigu à la maison « que j'occupe, tant que j'occuperais cette maison, à

« peine de dix livres de dommages-intérêts en cas « d'empêchement; et si quelqu'un des héritiers de « mon débiteur me bouche le passage, quoique sans « la participation et contre le gré de ses cohéritiers, « la peine entière de dix livres sera encourue, et elle « le sera contre chacun des héritiers de mon débi- « teur, qui en seront tenus chacun pour leur part « héréditaire; car le fait qui fait l'objet de l'obliga- « tion primitive étant indivisible, n'étant pas su- « sceptible de parties, la contravention qui est faite « par l'un des héritiers du débiteur à cette obli- « gation est une contravention à toute l'obligation, « qui doit par conséquent faire encourir toute la « peine par tous ceux qui en sont tenus comme héri- « tiers du débiteur, qui s'est obligé à cette peine en « cas de contravention. »

C'est la décision de Caton, dans la loi 4, § 1, ff. *de Verb. oblig. Cato scribit:* « *Pœnâ certæ pecuniæ promissâ, si quid aliter sit factum, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contrà quàm cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus, pœnam committi pro portione hereditariâ, aut ab uno pro portione suâ: ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti iter fieri; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur.* » Et plus bas : « *Omnes commississe videntur, quod nisi in solidum peccari poterit, in illam stipulationem per te non fieri quominùs mihi ire agere liceat.*

Le jurisconsulte Paul décide la même chose dans la loi 85, § 3, ff. au même titre : « *Quoniam licet ab uno*

prohibeor, non tamen in partem prohibeor ; » mais, ajoute-t-il: « *cœteri familiæ erciscundæ judicio sarcient damnum.* »

371. Les héritiers qui n'ont pas fait la contravention, et qui ne sont en conséquence tenus de la peine que pour leur part héréditaire (quand, ainsi que nous l'avons dit, la peine elle-même est divisible) quoique l'objet de l'obligation soit indivisible, diffèrent en cela des débiteurs solidaires, lesquels sont aussi solidairement débiteurs de la peine pour le total, lorsqu'elle est encourue par l'un d'eux, comme ils le sont du principal. Tandis que lorsqu'il n'y a pas de clause pénale, et que la chose due est venue à périr par la faute de l'un de ces débiteurs, ou depuis sa mise en demeure, les autres, à la vérité, ne sont pas déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose, mais ils ne sont point tenus des dommages-intérêts qui pourraient être dus en sus du prix. Le créancier peut seulement répéter ces dommages-intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure (art. 1205), ainsi que nous l'avons dit plus haut en traitant de la solidarité. La raison de cette différence tient à ce que lorsqu'il y a eu une peine, cette peine est stipulée en vue du cas d'inexécution de l'obligation principale, comme une condition, dont l'accomplissement fait produire à cette obligation tous les effets qu'elle peut produire, et contre chacun de ceux qui l'ont contractée.

372. C'est pour cela que, dans l'obligation indi-

visible, les héritiers du débiteur qui n'ont point contrevenu à l'obligation sont néanmoins tenus de la peine pour leur part héréditaire, sauf leur recours contre ceux qui y ont contrevenu ; tandis que s'il n'y avait pas de clause pénale, ceux des héritiers qui n'auraient point contrevenu à l'obligation, ceux qui, dans l'espèce d'une servitude promise par le défunt sur un de ses fonds, déclareraient ne point s'opposer à ce que celui qui a fait la stipulation exerce cette servitude, ne devraient aucune portion de la peine, laquelle serait due seulement par les contrevenans. Dans les obligations pénales indivisibles, dit Dumoulin, la contravention d'un seul des héritiers réfléchit sur les autres pour leur part héréditaire, « *non immediatè, sed ejus occasione, et tanquàm ex conditionis eventu, ab obligatione defuncti, quæ in eos sub eâ conditione descendit.* » Or, le fait de la contravention est l'accomplissement de la condition sous laquelle la peine a été stipulée ; et en ce qui concerne l'obligation, et par suite la peine pour la part des cohéritiers de celui qui a fait la contravention, il est indifférent que cette contravention ait été commise par lui ou par le défunt, la condition étant pour le fait d'inexécution d'une manière absolue, sauf les cas de force majeure. Comme la peine aurait pu être stipulée sous une condition purement casuelle, au cas où tel événement fort incertain n'arriverait pas, il n'est point étonnant que la contravention d'un seul des héritiers ait des effets qui réfléchissent sur les autres pour leur part héréditaire, sans que cela soit

contraire au principe qu'un héritier ne garantit pas le fait de son cohéritier, lequel, en général, est en effet un étranger par rapport à lui.

Mais aussi, comme tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer (art. 1382), l'héritier non contrevenant qui a été obligé de payer sa part de la peine, sans retirer avantage de la contravention, a une action en recours contre son cohéritier, ainsi que le porte notre article 1232, et la loi 85, § 3, ff. *de Verb. oblig.*, citée ci-dessus.

373. Pothier (n° 356), pour compléter sa solution sur le cas en question, se demande si le créancier peut exiger la peine en totalité de celui ou de ceux des héritiers qui ont fait la contravention, question décidée pour l'affirmative par notre article 1232. La raison de douter qu'il en donne, c'est, dit-il, que la loi romaine 4, § 1, ff. *de Verb. oblig.*, d'où il a tiré l'exemple qu'il propose, et sa solution, n'en parle pas, et que l'héritier contrevenant à une obligation même indivisible, ne représente toujours son auteur que pour sa part héréditaire dans une peine divisible, lorsque c'est cette peine qui est demandée. Il déclare, du reste, que le créancier, sans le moindre doute, a l'action pour le total contre cet héritier, par voie indirecte, comme ayant, pour les parts des cohéritiers, l'action en recours qu'auraient ceux-ci contre le contrevenant, s'ils étaient obligés de payer leur part de la peine; et il dit que pour éviter ce circuit inutile d'actions, le créancier a, *de plano*, l'action

pour le tout contre celui qui a fait la contravention.

Dumoulin [1] rejetait même ce détour : il donnait directement, et en principe, l'action pour le tout contre le contrevenant, et contre chacun d'eux s'ils étaient plusieurs, ainsi que le faisait au surplus Pothier lui-même, quoiqu'il hésitât sur le motif en droit pur. L'obligation primitive étant supposée indivisible, disait Dumoulin, l'héritier contrevenant en est débiteur pour le total, d'après les principes sur les obligations indivisibles, et il est débiteur pour le total de la peine convenue, sinon *tanquàm heres*, du moins *partim tanquàm heres, et partim ex proprio facto* : car, dit-il, dans un autre endroit de son traité [2], *aliud est teneri heredem ut heredem, aliud teneri ut ipsum.* L'obligation *præstandi bonam fidem et diligentiam, individuam est.* Et voilà pourquoi il est décidé dans la loi 9, ff. *Depositi vel contrà,* que, bien que chacun des héritiers du dépositaire ne soit tenu que de sa part dans l'obligation de restituer le dépôt, qui, d'après cette loi, est considérée comme divisible, néanmoins celui qui a fait périr la chose déposée doit les dommages-intérêts pour le tout : « *et meritò, quia æstimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit.* » C'est par ce motif aussi qu'Ulpien, dans la loi 3, § 3, ff. *Commodati vel contrà,* dit que celui des héritiers de l'emprunteur à usage qui peut exécuter l'obligation de restituer la chose prêtée, et qui ne le fait pas, est passible de l'action et de la condamnation

[1] *Tract. de Divid. et individ., part.* 3, nos 173 et 174, *et Passim alibi.*
[2] *Part.* 3, nos 5 et 112.

pour le tout : « *quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.* »

Aussi, comme nous l'avons dit, si plusieurs des cohéritiers, ou tous, ont contrevenu à l'exécution de l'obligation indivisible avec clause pénale, tous ceux qui y ont contrevenu sont tenus de la peine *in solidum*, sauf leur recours entre eux ; car, dit encore Dumoulin, « *quisque eorum tenetur in solidum, quia nec qui peccavit ex eo relevari debet, quod peccati consortem habuit : multitudo peccantium non exonerat, sed potius aggravat.* » (*Molin., part.* 3, n° 148.)

374. Au reste, dans le cas où le contrevenant ne ferait qu'user de son droit particulier et indépendant de sa qualité d'héritier, en se refusant à l'exécution de l'obligation, même indivisible, il ne devrait pas la peine pour le total ; il ne la devrait que pour sa part héréditaire, parce qu'il ne serait pas vrai de dire qu'il a agi de mauvaise foi pour le tout comme héritier ; et à plus forte raison si c'était dans le cas d'une obligation divisible *quoad obligationem*, quoiqu'elle fût indivisible *quoad solutionem*. C'est par ce motif que, suivant la loi 86, § 3, ff. *de Legatis* 1°, que nous avons déjà eu occasion de citer plus haut (n° 285), lorsqu'un testateur a légué une chose qui appartient à l'un de ses héritiers, en faisant le legs sur tous, cet héritier n'est pas obligé de livrer la chose au-delà de sa part, et les autres héritiers sont tenus du legs chacun pour leur portion héréditaire.

Ainsi, et plus spécialement encore, si je vous passe bail pour neuf ans d'un héritage qui appartient à quelqu'un qui devient ensuite mon héritier pour

partie, et que je promette une peine en cas d'inexécution du bail, *putà* 600 francs : si je laisse quatre héritiers par égale portion, et que celui qui est propriétaire du fonds fasse prononcer la résiliation du bail, il y aura bien lieu à la peine, sauf à la modérer en raison du tems dont vous aurez joui de la chose, mais cette peine ne sera due par lui aussi que pour sa part héréditaire seulement ; et s'il la payait en totalité, il aurait droit à être indemnisé par ses cohéritiers. Car ayant, en sa qualité de propriétaire du fonds, le droit d'en jouir, il n'aurait pas péché contre la bonne foi en vous expulsant : *dolo non facit qui jure suo utitur*. Il n'est tenu de l'inexécution du bail, et de la peine, qu'en sa qualité d'héritier, et par conséquent seulement pour sa part héréditaire. Dumoulin, part. 3, n° 430, et Pothier, n° 363.

Au lieu que si le fond eût appartenu au défunt, et qu'étant échu à l'héritier par le partage de la succession, cet héritier s'opposât à la jouissance du fermier, par exemple en vendant le fonds, lorsque, dans le droit actuel, le bail n'étant pas authentique ou n'ayant pas acquis date certaine, l'acquéreur expulserait le fermier (art. 1743), alors l'héritier devrait la peine en totalité, sauf son recours, s'il y avait lieu, contre ses cohéritiers, ce qui dépendrait de leurs conventions de partage, et les cohéritiers devraient la peine chacun pour leur part, sauf leur recours aussi s'il y avait lieu [1].

[1] *Voyez* Pothier, n° 361 et suivant.

375. Ce que nous venons de décider à l'égard des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible avec clause pénale, s'applique également au cas où une semblable obligation a été contractée par plusieurs, soit que la peine elle-même fût divisible ou non (art. 1222, 1223 et 1232 combinés), et sans préjudice toutefois du cas où l'obligation serait solidaire entre les débiteurs, lesquels alors seraient aussi obligés solidairement quant à la peine, comme on l'a dit ci-dessus.

376. Si, dans le Droit romain, l'obligation indivisible avec clause pénale n'avait pas été exécutée envers l'un des héritiers du créancier, en principe la peine était encourue au profit de tous; car dès que l'on était contrevenu à l'égard de l'un d'eux, on était par cela même contrevenu à toute l'obligation, puisqu'elle n'était pas susceptible de parties. Mais cela n'était vrai néanmoins que selon la subtilité du Droit; en équité, et dans les résultats, ceux à l'égard desquels l'engagement avait été exécuté étaient écartés par l'exception de dol, s'ils demandaient la peine, même simplement pour leur part héréditaire. Telle est la décision du jurisconsulte Paul, dans la loi 2, § fin., ff. *de Verb. oblig.*, où il s'agit d'un individu qui avait stipulé pour lui et ses héritiers la faculté de passer sur un certain terrain, et qui avait joint une peine à la stipulation; le débiteur était contrevenu à la convention à l'égard de l'un des héritiers, et l'avait exécutée à l'égard des autres : le jurisconsulte se demande si ceux-ci ont une action pour la

peine, et il décide la question pour l'affirmative, mais en ajoutant qu'ils seront repoussés par l'exception de dol, ce qui voudrait dire, chez nous, qu'ils n'ont pas d'action : « *Si stipulator decesserit qui stipulatus erit sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus ejus prohibeatur ; si pœna sit adjecta, in solidum committetur ; sed qui non sunt prohibiti, doli exceptione sommovebuntur : sit verò pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantùm qui prohibitus est, committetur stipulatio.* »

La loi 3, § 1er, au même titre, paraît, il est vrai, contraire, en ce qu'elle donne l'action pour obtenir la peine même à celui qui n'a point été empêché d'exercer le passage, sans réserver au débiteur l'exception de dol contre lui. Mais, comme l'observe Pothier (n° 364), Ulpien, dans cette loi, ne parle que selon la subtilité du Droit ; autrement il y aurait opposition formelle sur ce point entre Paul et Ulpien, ce qui ne serait au surplus pas impossible.

Toutefois, Pothier a dénaturé la décision du premier de ces jurisconsultes, quand il a dit que, « selon l'équité, qui doit, en ce cas, prévaloir à la « subtilité, la peine ne doit être encourue qu'en- « vers celui des héritiers à qui on refuse le passage ; « *et qu'elle ne doit l'être que pour sa part héréditaire* « *seulement.* » Car précisément Paul décide que cet héritier y a droit pour le tout, quoique, s'il n'y eût pas eu de peine stipulée, il n'eût eu droit à la stipulation, et par suite aux dommages-intérêts à raison de l'inexécution, que pour sa part seulement : « *Si verò*

pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantùm qui prohibitus est committetur stipulatio. » Donc s'il y a une peine, celui à qui on a fermé le passage n'a pas l'action seulement, *pro parte,* mais *in solidum,* et cela serait incontestablement vrai même chez nous, si c'était un droit de passage pour le service de son fonds qu'un individu eût stipulé pour lui et ses héritiers, et que l'empêchement fût fait à celui à qui le fonds serait échu par le partage de la succession. Mais nous pensons bien que, dans le cas où le fonds serait encore en commun entre les héritiers, si l'empêchement n'était fait qu'à l'un d'eux, celui-ci n'aurait droit à la peine que pour sa part, et encore faudrait-il qu'il renonçât à la servitude en ce qui le concerne, puisqu'il ne peut pas avoir le principal et la peine. Mais dans l'espèce de la loi romaine, rien n'indique que la stipulation eût pour objet une servitude ou un passage pour le service d'un fonds : c'était une stipulation pour la commodité de la personne et de ses héritiers ; et comme la peine avait été stipulée pour l'avantage de chacun d'eux, et que le cas prévu s'était réalisé, la peine était effectivement due pour le total à celui des héritiers à l'égard duquel avait eu lieu l'empêchement, sans que le débiteur pût opposer au demandeur l'exception *doli mali* pour la faire réduire à la proportion de sa part héréditaire.

Voilà pour le cas où l'obligation est contractée avec une clause pénale et indivisible; voyons maintenant celui où elle est divisible.

377. L'article 1233 qui statue sur ce cas, porte :

« Lorsque l'obligation primitive (ou principale) con-
« tractée sous une peine est divisible, la peine n'est
« encourue que par celui (ou ceux) des héritiers du
« débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour
« la part seulement dont il était tenu dans l'obliga-
« tion principale, sans qu'il y ait d'action contre
« ceux qui l'ont exécutée.

« Cette règle reçoit exception lorsque la clause pé-
« nale ayant été ajoutée dans l'intention que le paie-
« ment ne pût se faire partiellement, un cohéritier a
« empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité.
« En ce cas, la peine entière peut être exigée contre
« les autres cohéritiers pour leur portion seulement,
« sauf leur recours. »

Quoique cette disposition ne dise pas, comme celle de l'article 1232, que le créancier peut poursuivre la peine hypothécairement pour le tout contre celui des héritiers qui serait détenteur d'immeubles hypothéqués pour sûreté de la peine, néanmoins cela n'est pas douteux. L'hypothèque suit la chose en quelque main qu'elle se trouve. (Art. 2114). La raison est absolument la même que lorsque l'obligation principale est indivisible, puisque dans les deux cas il s'agit de la peine avec hypothèque, et c'est probablement pour cela qu'on n'a pas répété, dans cet article 1233, ce qu'on avait déjà dit dans l'article précédent relativement à l'hypothèque. Aussi l'action hypothécaire aurait-elle lieu pour ce qui serait dû de la peine même, contre ceux des héritiers qui auraient acquitté leurs parts de l'obligation dans le premier cas de

notre article 1233, quoiqu'il y soit dit : *sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée ;* car on n'entend parler ici que de l'action personnelle, et non de l'action hypothécaire, laquelle a lieu contre tout détenteur quelconque des biens ou d'une partie des biens hypothéqués à la dette, et pour tout ce qui est dû. Le tout, sauf le recours.

378. La disposition principale de cet article est tirée de la loi 4, § 1^er^, *de Verb. oblig.* ainsi conçue : « *Si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti amplius non agi : eum heredem qui adversùs ea fecit, pro portione suâ solùm pœnam committere.* » Par exemple, Paul et moi, étant en difficulté au sujet d'une prétention tendant à ce que je lui livrasse cent hectolitres de froment, réclamés par lui par tel ou tel motif, n'importe, nous avons fait un compromis, par lequel nous avons choisi des arbitres pour décider de cette contestation; et nous sommes convenus d'une peine de 400 fr., à payer par celui qui reviendrait contre la décision des arbitres, pour quelque cause que ce fût. Les arbitres ont décidé que la prétention de Paul était tout-à-fait mal fondée; mais ce dernier étant venu à mourir, laissant quatre héritiers, chacun pour un quart, l'un d'eux, au mépris de la convention portée au compromis, a cru devoir renouveler la prétention et me demander judiciairement sa part dans les cent hectolitres de blé, que les arbitres ont jugé que je ne devais pas. Il a évidemment encouru la peine, mais il ne l'a encourue que pour sa part seulement, parce que l'obligation principale était divisible. Et les autres

qui ne sont point revenus contre la décision des arbitres, ne sont nullement tenus de la peine, autrement je recevrais tout à la fois toute la peine et une partie de l'obligation principale, contre le principe consacré à l'article 1229, et aussi contre celui de l'article 1231, suivant lequel la peine peut (et même *doit* dans la plupart des cas) être modérée lorsque l'obligation a été exécutée en partie. Pothier, n° 359.

Mais à cette loi 4, § 1, ff. *de Verb. oblig.*, semble fortement opposé le § 4, *si sortem,* de la loi 5, au même titre. Ce dernier texte décide aussi, dans le cas d'une obligation divisible, celle d'une somme, avec clause pénale, que, bien que l'un des héritiers du débiteur ait satisfait à l'obligation pour sa part héréditaire, il ne laisse pas néanmoins d'encourir la peine si son cohéritier n'y satisfait pas également pour la sienne, sauf à lui son recours contre le cohéritier qui a fait encourir la peine : « *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilomiùs pœnam committet, donec portio coheredis solvatur...., sed à coherede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine injuriâ stipulatoris constitui potest.*

Les interprètes, tant anciens que modernes, observe Pothier, se sont efforcés de concilier ces deux textes. Dumoulin rapporte à ce sujet différentes conciliations des anciens interprètes, qu'il réfute toutes; et suivant Pothier, dont la décision a été adoptée par les rédacteurs du Code, il faut s'en tenir à la con-

ciliation de Cujas et à celle de Dumoulin [1], qu'il a réunies en une seule de la manière suivante :

« Lorsque, dit-il, l'obligation est divisible *tàm « solutione, quàm obligatione,* et que l'intention des « parties, en ajoutant la clause pénale, a été sim- « plement d'assurer l'exécution de l'obligation, et « non d'empêcher que le paiement ne pût s'en faire « par parties par les différens héritiers du débiteur, « surtout lorsque le fait qui fait l'objet de l'obligation « primitive est tel que ces différens héritiers ne peuvent « l'accomplir autrement que chacun pour la part dont il « est héritier; en ce cas la décision de Caton (dans la « première des lois ci-dessus citées) doit avoir lieu : « celui des héritiers du débiteur qui contrevient à « l'obligation doit seul encourir la peine, et pour la « part seulement dont il est héritier. Le fait rapporté « dans l'espèce du § *Cato amplius non agi,* est de ces « faits divisibles *tàm solutione, quàm obligatione,* et « qui, par la nature des choses, ne peuvent s'accomplir « par les différens héritiers de celui qui a contracté « l'engagement, que pour la part dont chacun est « héritier; car chacun de ces héritiers ne succédant « que pour sa part au droit et à la prétention que le « défunt s'est engagé de ne pas exercer, chacun d'eux « ne peut que pour sa part contrevenir à cet enga- « gement ou l'exécuter, en renouvelant ou en ne re- « nouvelant pas cette prétention pour la part qu'il y a. »

« Au contraire, poursuit Pothier, lorsque l'obli- « gation est divisible, à la vérité, *quoad obligationem,*

[1] *Tract. de Divid. et individ., part.* 1, nº 62 et *seq.*

« mais indivisible *quaod solutionem*, et que l'inten-
« tion des parties a été, en ajoutant la clause pénale,
« que le paiement ne pût se faire que pour le total,
« et non par parties : en ce cas, chacun des héritiers,
« en satisfaisant pour sa part à l'obligation primi-
« tive, n'évitera pas d'encourir la peine ; et c'est à
« ce cas qu'on doit restreindre le § *si sortem*, lequel
« se concilie très bien avec le § *Cato* »

Et là Pothier, d'après Dumoulin, donne pour exemple de la décision du § *si sortem*, « L'espèce d'un
« négociant qui a stipulé de son débiteur une cer-
« taine somme par forme de peine, au cas que la
« somme principale à lui due ne lui fût pas remise
« dans un certain lieu, au tems d'une certaine foire.
« Les offres que l'un des héritiers ferait de lui re-
« mettre sa part de ladite somme, n'empêcheraient
« pas que la peine ne fût due pour le total, faute d'of-
« frir le total ; parce que ce négociant ne pouvant
« faire les affaires qu'il a à la foire qu'avec le total de
« la somme qui lui est due, l'intention des parties a
« été, en stipulant la peine, qu'elle fût encourue pour
« le total, faute du paiement du total de la somme
« due, et nonobstant le paiement partiel qui en
« serait fait ; car ce paiement partiel ne peut répa-
« rer, même pour partie, le tort que le créancier
« souffre du retard du paiement du surplus, et c'est
« pour la réparation de ce tort que la peine a été sti-
« pulée. Et il faut observer que, dans cette espèce,
« qui est celle du § *si sortem*, la peine est stipulée
« pour le retard de l'exécution, et non pour l'inexé-

« cution ; c'est pourquoi le créancier doit recevoir le « principal et la peine. »

« Enfin, continue Pothier, la loi 85, § 6, ff. *de « Verb. oblig.*, est aussi dans l'espèce d'une obliga- « tion divisible, à la vérité, *quoad obligationem*, mais « indivisible *quoad solutionem*. Il est dit dans l'es- « pèce de cette stipulation : « *Si fundus Titianus datus « non erit, centum dari? nisi totus detur, pœna commit- « titur centum ; nec prodest partes fundi dare cessante « uno, quemadmodùm nec prodest ad liberandum pi- « gnus partem creditori solvere.* » Quoique l'obligation « de donner *fundum Titianum* soit une obligation di- « visible *quoad obligationem*, néanmoins cette obli- « gation, soit qu'elle naisse d'un contrat de vente ou « d'un contrat d'échange, ou d'une transaction, ou « de quelqu'autre cause, est indivisible *quoad so- « lutionem*, le créancier ayant intérêt de n'avoir « pas le fonds Titien pour partie, ayant entendu « l'acquérir pour le total : c'est pourquoi, si l'un « des héritiers du débiteur est en demeure de don- « ner sa part de cet héritage, les offres des autres « héritiers de donner les leurs, la cession même « qu'ils en auraient faite au créancier, qui ne l'au- « rait acceptée qu'en attendant, et comptant sur « la cession du surplus, n'empêcherait pas le « créancier de pouvoir demander la peine pour le « total, en offrant néanmoins de se désister des por- « tions de l'héritage qu'il aurait reçues ; car il ne « peut avoir l'un et l'autre. »

On peut encore supposer bien d'autres cas, par

exemple, celui où quelqu'un, obligé lui-même sous une clause pénale, ou ayant à éviter une contrainte par corps, ou à excercer un réméré dans un certain tems, stipulerait de l'un de ses débiteurs, *putà* de celui à qui il vendrait un objet, qu'il lui en paiera le prix à tel jonr, faute de quoi il paiera telle somme à titre de peine, stipulant aussi cette peine en vue que le paiement ne pût se faire partiellement. Si, dans ces cas, le débiteur étant venu à mourir avant que la peine ait été encourue, l'un de ses héritiers empêche, comme le dit l'article 1233, l'exécution de l'obligation pour la totalité, cet héritier, suivant ce même article, peut être poursuivi pour le total de la peine, et les autres pour leur portion seulement, sauf leur recours. Et la peine étant stipulée même pour le simple retard, celui qui l'aurait encourue pour la totalité, et qui l'aurait payée, n'aurait pas de recours à cet égard contre les autres, parce que le paiement de la peine seulement ne les libérerait pas quant à l'obligation principale. Mais si la dette elle-même avait été aussi acquittée par lui, il aurait son recours contre ses cohéritiers pour la portion héréditaire de chacun d'eux.

Il serait utile, au surplus, dans ces cas, de faire mention, dans l'acte, des circonstances qui motiveraient la clause pénale, afin de prévenir l'allégation d'usure.

Nous disons, *si le débiteur est venu à mourir avant que la peine ait été encourue*; et en effet, s'il est venu à mourir après, la peine a passé à chacun de ses

héritiers pour leur part héréditaire, et il n'y a pas de raison pour qu'aucun d'eux en soit tenu pour le total, aucune disposition du Code ne le dit; au contraire, la première de celles de notre article 1233 divise la peine entre les héritiers, dans l'hypothèse même où c'est par eux qu'elle a été encourue, et elle n'en rend passible que ceux qui n'ont pas exécuté l'obligation; et la seconde suppose aussi que c'est par le fait de l'un des héritiers, et non par le débiteur lui-même, qu'elle a été encourue; ce qui ne fera pas toutefois que la dette elle-même puisse, contre le gré du créancier, s'acquitter par parties par les héritiers, puisqu'elle a été contractée dans l'intention que le paiement ne pourrait s'en faire partiellement, ce qui rend applicable, par conséquent, la disposition du n° 5 de l'art. 1221, et ce que nous avons dit en expliquant cette disposition.

376. Mais celle que nous analysons maintenant présente quelques difficultés sur le sens de ces mots : *un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité,* cas dans lequel, suivant l'article, cet héritier est passible de la peine pour le total, et les autres pour leur portion seulement, et sauf le recours.

De là on demande si le créancier n'ayant pas voulu recevoir les offres que l'un ou plusieurs des héritiers lui auraient faites de leur part (car il ne pouvait être contraint à recevoir un paiement partiel), la peine entière n'a pas été encourue par chacun d'eux, faute par eux d'avoir offert le total?

Et si, lorsque le créancier, avant l'échéance ou lors

de l'échéance, a volontairement reçu d'un cohéritier sa part dans la dette, sans faire de réserve quant à la peine, cet héritier doit encore sa part dans ladite peine, qu'un cohéritier a fait encourir?

Sur la première question, l'on peut dire que, par cela même que le créancier n'était point obligé de recevoir d'un cohéritier sa part dans la dette, ce cohéritier, en ne lui offrant pas un paiement intégral, lorsque c'était une chose qu'il pouvait faire, parce que l'obligation était d'une somme ou d'une autre chose qu'il pouvait se procurer, *a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité* relativement au créancier, tout comme le cohéritier qui n'a pas offert sa part, sur la demande qui lui a été faite de payer la dette, et en conséquence que, comme lui, il doit être tenu de la peine pour le total, sauf son recours contre le cohéritier qui est cause, à son égard, qu'elle a été encourue.

Cependant tel ne nous paraît pas être le sens de notre article 1233; il ne semble point exiger que les autres héritiers aient réellement payé leur part, pour qu'ils ne soient tenus de la peine que pour leur portion seulement. S'ils l'ont offerte, il n'est pas vrai de dire qu'ils ont empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité, ce qu'exige cet article pour qu'ils soient passibles de la peine chacun pour le tout: c'est leur cohéritier qui a empêché cette exécution pour le total.

Dans le Droit romain, celui-là même qui avait fait encourir la peine, pour n'avoir pas satisfait à l'obli-

gation, n'en était tenu que pour sa part, quand elle consistait dans quelque chose de divisible. Le § *si sortem* lui-même ne dit pas en effet qu'aucun des héritiers en est tenu pour le tout. A la vérité, suivant Pothier, n° 360, dont la décision a été adoptée par les rédacteurs du Code, celui qui a fait encourir la peine en est tenu pour le total, même vis-à-vis du créancier, mais ce n'est pas directement: il n'en est tenu directement que pour sa part, et indirectement pour le surplus, comme obligé à indemniser ses cohéritiers du préjudice qu'il leur cause; et le créancier ayant leur droit à cet égard, peut, pour éviter un circuit inutile d'actions, lui demander la peine en totalité. Mais cela ne peut se dire de ceux des héritiers qui ont voulu exécuter l'obligation, et qui loin de devoir une indemnité aux autres, auraient au contraire droit d'en réclamer une s'ils étaient obligés de payer une partie quelconque de la peine.

Du reste, nous pensons bien que, si plusieurs des héritiers, ou tous, mis en demeure de remplir l'obligation principale, s'y étaient refusés, la peine serait encourue pour le total par chacun d'eux, d'après notre article 1233, seconde disposition; sauf le recours entre eux, au profit de celui qui l'aurait payée. Car, dès que le créancier a le droit de réclamer la peine en son entier contre celui qui a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité, il a par cela même le droit de la réclamer pour le tout contre tous ceux qui sont dans le même cas. Il y a lieu d'appliquer la règle de Dumoulin, « *nec is qui peccavit ex eo*

relevari debet quod peccati consortem habuit : multitudo peccantium non exonerat, sed potiùs aggravat. » Cette décision est une conséquence de la disposition de notre article, qui ne dit pas, comme on le disait dans notre ancienne jurisprudence, que c'est indirectement que le débiteur qui a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité, est tenu de la peine en son entier; mais qui dit, au contraire, d'une manière absolue, qu'il en est tenu pour le total par rapport au créancier. Mais autre chose est un héritier qui, mis en demeure de satisfaire à l'obligation, n'y satisfait pas; autre chose est un héritier qui offre d'y satisfaire pour la part pour laquelle il a succédé au débiteur. Les deux cas sont donc bien différens, et, répétons-le, suivant le § *si sortem* lui-même, on n'eût pas pu lui demander au-delà de sa part dans la peine. Dans notre ancienne jurisprudence, non plus, on n'eût pu exiger de celui des héritiers qui avait offert de payer sa part dans la dette, que sa part dans la peine; car il ne pouvait être tenu directement que de cela, et, pour le surplus, il n'en pouvait pas être tenu indirectement du chef du cohéritier, puisqu'il ne lui avait fait aucun tort; au contraire, c'était le cohéritier qui eût dû l'indemniser. Ainsi, nous sommes bien persuadés que les cohéritiers qui ont fait constater leur offre d'exécuter l'obligation pour leur portion, ne peuvent pas devoir la peine pour le tout, mais seulement pour leur part, et encore sauf leur recours.

La seconde question posée d'abord présente plus

de difficulté. En effet, si, dans le cas où le créancier a reçu volontairement, avant l'échéance ou à l'échéance de la dette, la part d'un ou plusieurs des héritiers dans ladite dette, sans faire de réserve quant à la peine, il peut encore l'exiger d'eux pour leur part, et pour le tout de celui qui l'a fait encourir, il est clair qu'il reçoit tout à la fois le principal et la peine hors le cas où l'un et l'autre peuvent être exigés; et l'on méconnaît aussi la règle de l'article 1231, qui porte que la peine peut être modifiée par le juge lorsque la dette a été acquittée en partie. Car, quoiqu'elle eût été stipulée pour le simple retard, comme dans les cas ci-dessus donnés en exemple, elle est sans cause pour une partie, puisque pour une partie de la dette il n'y a pas eu de retard.

Le § *si sortem,* il est vrai, statue dans l'hypothèse où l'un des héritiers a payé sa part de la dette, et néanmoins il décide que cet héritier n'est pas exempt de la peine (pour sa part), si le cohéritier ne paie aussi sa portion dans l'obligation principale; tandis que le § *Cato,* de la loi 4, ff. *de Verb. oblig.* veut, au contraire, que celui des héritiers qui a acquitté sa part dans la dette divisible, soit affranchi de la peine; et c'est aussi ce que décide la première disposition de notre article 1233.

Pothier ne s'explique pas positivement sur ce point. Il dit seulement, sur la loi 85, § 6 *hoc tit.,* que, « dans le cas où l'un des héritiers du débiteur d'un « fonds (ce qui est l'objet d'une obligation divisible « *quoad obligationem*, quoiqu'elle soit indivisible

« *quoad solutionem*), est en demeure de livrer sa part « dans ce fonds, les offres des autres héritiers de « donner les leurs, *la cession même qu'ils en auraient « faite au créancier, qui ne l'aurait acceptée qu'en at- « tendant, et comptant sur la cession du surplus,* n'em- « pêcheraient pas le créancier de pouvoir demander « la peine pour le total, en offrant néanmoins de se « désister des portions de l'héritage qu'il aurait re- « çues; car il ne peut avoir l'un et l'autre. » Et ensuite, dans l'espèce du § *si sortem,* où l'un des héritiers du débiteur en ne satisfaisant pas à l'obligation a encouru la peine, et l'a fait encourir aux autres, sauf leur recours, Pothier suppose seulement que ceux-ci étaient *prêts à satisfaire à la dette pour leurs portions.* Il ne suppose pas qu'ils l'ont payée, ainsi qu'on le suppose dans le § *Cato.* Toutefois, il résulte de ces expressions restrictives de Pothier, citées d'abord : *qui ne l'aurait acceptée qu'en attendant, et comptant sur la cession du surplus,* que cet auteur pensait, *è contrariò,* que, hors le cas de cette réserve, car ces mots en expriment une, le créancier, en recevant volontairement de l'un des héritiers sa part dans l'obligation principale, ne peut plus lui demander une portion de la peine, quoique l'autre héritier ne satisfît pas ensuite à l'obligation pour sa part.

Nous croyons en effet que tel est le sens de la dernière disposition de l'article 1233, combinée avec la première. Nous convenons bien, du reste, qu'elle statue sur un cas différent, celui où la peine a été ajoutée à une obligation divisible, mais en vue que le

paiement ne pût se faire partiellement; tandis que la première partie de l'article statue sur le cas d'une peine jointe à une obligation divisible, en vue seulement de l'inexécution de cette obligation: et c'est la différence signalée par Cujas, Dumoulin et Pothier, pour concilier le § *Cato* de la loi 4, ff. *de Verb. oblig.* avec le § *si sortem* de la loi 5 au même titre, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Mais cela ne fait rien quant à la question qui nous occupe maintenant: la seule différence, et elle est importante toutefois, qui existe entre les deux dispositions de l'article 1233, relativement à la peine, c'est que, dans la première, chacun des héritiers peut faire des offres de sa part de la dette, et peut éviter par là d'encourir la peine même pour sa part; au lieu que, dans la seconde, un héritier ne peut, pour éviter la peine, même pour sa part, faire des offres de sa portion dans la dette, si ses cohéritiers n'offrent en même tems les leurs, attendu que le paiement ne peut se faire partiellement contre le gré du créancier. Mais dans ce dernier cas comme dans le premier, si le créancier a bien voulu recevoir de l'un des héritiers sa part dans la dette, sans réserver ses droits quant à la peine aussi contre cet héritier, et pour sa part, celui-ci en est affranchi: autrement il réclamerait ensuite une partie de la peine *sine causâ*, celle correspondante à la partie de l'obligation qui a été acquittée, ce qui serait blesser la règle qu'on ne peut avoir le principal et la peine. Elle n'a point été encourue pour cette partie, même pour le simple retard, puisqu'il n'y a pas eu de retard

quant à cette partie de la dette, qu'il a bien voulu recevoir.

En l'absence de la réserve de ses droits quant à la peine, soit par rapport à l'héritier qui lui a fait le paiement, soit par rapport à celui qui n'a pas satisfait à l'obligation, on peut soutenir que le créancier ne serait même pas en droit d'exiger de ce dernier la totalité de la peine; car la dette ayant été acquittée en partie, cette peine reste soumise à la règle générale de l'article 1231, et par conséquent le juge pourrait la modifier, en la réduisant à des proportions convenables, suivant les circonstances, en raison du tort que le défaut de paiement intégral à l'échéance aurait pu faire éprouver au créancier, qui a bien voulu lui-même consentir à recevoir un paiement partiel d'un cohéritier, sans faire de réserve au sujet de la peine.

Mais si, en recevant de l'un des héritiers, avant l'échéance de la dette, ou même lors de l'échéance, le paiement de sa part, le créancier réserve ses droits quant à la peine, qui serait due sans préjudice de l'obligation principale, cette peine, le cas échéant, est encore due par l'héritier qui a fait le paiement, et pour sa part; et elle est due par l'autre pour le tout. Elle serait due aussi pour le total par ce dernier, quoiqu'elle n'eût été réservée spécialement qu'à son égard seulement, puisque le créancier pouvait renoncer au droit de l'exercer vis-à-vis du cohéritier qui lui a fait le paiement, sans faire de tort pour cela à l'autre, qui, l'ayant fait encourir, n'a point d'in-

demnité à réclamer de son cohéritier à ce sujet, mais qui, au contraire, lui en devrait une si celui-ci se trouvait avoir payé une portion de la peine.

380. En résumé, dans les obligations indivisibles de livrer, de faire ou de ne pas faire, avec clause pénale, comme celles de livrer une servitude, ou de ne pas troubler quelqu'un dans la jouissance d'une servitude, et la plupart de celles de faire un certain ouvrage, la peine est encourue pour le total par chacun des héritiers du débiteur pour n'avoir pas fait la chose, sauf le recours de celui qui l'a payée; mais elle n'est encourue par ceux qui ont déclaré ne point s'opposer à l'exercice de la servitude promise par le défunt sur son fonds, ou qui n'ont point contrevenu à la promesse qu'il avait faite de ne point troubler le tiers, que pour leur part seulement, et sauf leur recours.

Dans les obligations de ne pas faire *quæ recipiunt divisionem*, aussi avec clause pénale, telles qu'étaient, dans le Droit romain, celles que les jurisconsultes rendaient par ces mots, *amplius non agi*, la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, en sa qualité d'héritier, lui fait encourir la peine pour le tout, s'il contrevient à toute l'obligation, comme dans les obligations indivisibles; et ceux qui n'y ont point contrevenu ne sont nullement tenus de la peine, à la différence des obligations indivisibles, où ils doivent leur part de la peine, sauf leur recours. Mais si le contrevenant n'a contrevenu à l'obligation que pour sa part, il ne doit la peine que pour sa part, et

les autres qui n'y ont point contrevenu ne doivent rien à ce sujet.

Par exemple, si je me suis engagé, sous une peine, à ne point vous troubler dans la jouissance d'un certain héritage, celui de mes héritiers qui vous en demandera la restitution devra la peine pour le tout, si cet héritage n'est pas le sien : il devra la peine pour sa part, *tanquàm heres pro parte,* et le surplus à raison de son dol, *propter bonam fidem præstandam, quæ est individua.* Si l'héritage lui appartenait, il ne devrait la peine que *pro parte hereditariâ,* et *tanquàm heres pro parte ;* car il n'y aurait pas de dol dans celui qui réclamerait une chose qui lui appartiendrait. Il ne la devrait aussi que pour partie même dans le cas où le fonds ne lui appartiendrait pas, s'il ne le réclamait que pour partie seulement. Et les cohéritiers qui exécuteraient l'obligation, en ne troublant point celui qui a fait la stipulation, ne devraient aucune partie de la peine. A ce cas s'applique parfaitement la première disposition de l'article 1233, ainsi que le § *Cato* de la loi 4, ff. *de Verb oblig.* analysé plus haut ; et telle est la doctrine de Dumoulin et de Pothier, comme on a pu le voir par ce qui précède.

A plus forte raison en est-il ainsi dans les obligations de donner, divisibles aussi bien sous le rapport du paiement que sous celui de l'obligation, *putà* une somme ou une certaine quantité de denrées, lorsque la clause pénale a été ajoutée seulement en vue de l'inexécution de l'obligation, et non pas en vue que le paiement ne pût s'en faire partiellement :

celui-là seul des héritiers qui n'a pas payé ou régulièrement offert de payer sa part, doit la peine, et il ne la doit que pour sa portion.

Cela peut avoir lieu aussi dans certaines obligations de faire divisibles aussi à raison de l'objet, et suceptibles d'être exécutées aussi bien par les héritiers du débiteur que par le débiteur lui-même, par exemple dix journées de travail pour moissonner.

Enfin, dans les obligations de donner ou de faire divisibles même *quoad solutionem*, si la clause pénale a néanmoins été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pourrait se faire partiellement, le créancier est en droit de refuser les offres qu'un héritier lui ferait de sa part dans la dette; et si aucun de ceux qui ont été mis en demeure ou qui y sont par l'effet même de la convention, parce qu'elle porterait que, par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure, ou parce que la chose qu'il se serait obligé de faire ou de donner ne pouvait être faite que dans un certain tems qu'il a laissé passer; si, disons-nous, aucun d'eux n'a satisfait à l'obligation, la peine est encourue pour le total par chacun, sauf le recours entre eux. Mais à l'égard de ceux qui ont offert en tems utile d'exécuter l'engagement pour leur part, la peine n'est encourue aussi contre eux que pour leur part seulement, et sauf leur recours contre ceux qui l'ont fait encourir. Et si le créancier a bien voulu recevoir leur part dans la dette, sans faire de réserve, soit contre eux, soit contre les autres quant à la peine, les

premiers en sont affranchis, et elle doit même être réduite quant aux derniers. S'il a fait ses réserves, elles produiront leur effet.

Celui des cohéritiers qui a encouru la peine ou une partie de la peine par la faute de son cohéritier, et qui a été obligé de la payer, a droit aussi à être indemnisé des frais et dépens qu'il a été obligé de supporter (Art. 1382), et aux intérêts des sommes qu'il a déboursées en raison ou à l'occasion de la peine, parce qu'il a fait leur affaire, comme une caution ou un mandataire, et qu'une caution ou un mandataire a droit aux avances de ce qu'ils ont payé pour le débiteur (Art. 2001 et 2028).

FIN DU ONZIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

TITRE III.

DES CONTRATS OU DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE IV.

Des diverses espèces d'obligations. . . . . Pag. 1

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations conditionnelles. 3
§ Ier. De la condition en général, et de ses diverses espèces . . . *ibid.*
§ II. De la condition suspensive, et de ses effets 78
§ III. De la condition résolutoire, et de ses effets. 92

SECTION II.

Des obligations à terme 113

SECTION III.

Des obligations alternatives. 148

SECTION IV.

Des obligations solidaires. 167
§ Ier. De la solidarité entre les créanciers 168
§ II. De la solidarité de la part des débiteurs 190
ART. Ier. Des conditions requises pour qu'il y ait solidarité. . . 195
ART. II. Des cas où la solidarité a lieu entre les débiteurs. . . . 209
ART. III. Des effets de la solidarité entre les débiteurs. 253

SECTION V.

Des obligations divisibles et indivisibles 296
§ Ier. Des obligations divisibles et indivisibles considérées sous un point de vue général. 298

§ II. Des effets de l'obligation divisible 343
Ire Exception : lorsque la dette est hypothécaire. 360
IIe Exception : lorsque la dette est d'un corps certain 364
IIIe Exception : lorsqu'il s'agit de la dette alternative des choses, au choix du créancier, dont l'une est indivisible 376
IVe Exception : lorsque l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation. 382
Ve Exception : lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractans a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. 394
§ III. Des effets de l'obligation indivisible. 403

SECTION VI.

Des obligations avec clause pénale 420
§ Ier. De la nature de la clause pénale, et quels sont ses effets entre les parties. 421
Ire Règle : La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. 433
IIe Règle : La nullité de la clause pénale n'entraîne pas la nullité de l'obligation principale. 440
IIIe Règle : Le créancier, au lieu de demander la peine, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. 441
IVe Règle : Le créancier ne peut demander le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. 453
Ve Règle : La peine n'est encourue que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation. 474
VIe Règle : La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation a été acquittée en partie 485
§ II. Des effets de la clause pénale, par rapport aux héritiers du débiteur. 498

BIBLIOTHÈQUE PUBLIQUE MONTBÉLIARD

FIN DE LA TABLE.

CORBEIL — IMPRIMERIE DE CRÉTÉ.

LIVRES DE FONDS.

Traité théorique et pratique des actions possessoires, par M. J. Carou, juge de paix à Nantes; seconde édition considérablement augmentée, 1 gros vol. in-8°. 8 fr.

Juridiction civile des juges de paix (de la), ouvrage faisant suite aux Principes des *actions possessoires*, et dans lequel on traite de toutes les autres matières civiles, contentieuses et non contentieuses, entrant dans les attributions des juges de paix, comme juges civils et comme juges de police, par le même; édition considérablement augmentée, par M. Bioche, auteur du Dictionnaire de Procédure; 2 vol. in-8°. 15 fr.

Procédure civile (la) des tribunaux de France, par Pigeau; 5e édit., revue par Crivelli, 1837, 2 vol. in-4°. 30 fr.

Œuvres complètes de Domat, nouvelle édition, augmentée de l'indication des articles de nos Codes qui se rapportent aux différentes questions traitées par cet auteur; des lois, arrêtés, etc., etc., par Remy; 4 gros vol. in-8°. 15 fr.

Traité des Faillites et Banqueroutes, ou Commentaire de la loi du 28 mai 1838, par Bédarrides, avocat à la Cour royale d'Aix, 2 vol. in-8°. 15 fr.

Traité du Cautionnement civil et commercial, par M. Ponsot, avocat à la Cour royale de Dijon, docteur en droit, 1 vol. in-8°. 7 fr. 50 c.

Codes français expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence, avec la solution, sous chaque article, des difficultés, ainsi que des principales questions que présente le texte, la définition des termes de droit, et la reproduction des motifs de tous les arrêts-principes, suivis de formulaires; ouvrage destiné aux étudiants en droit, aux personnes chargées d'appliquer les lois, et à toutes celles qui, désirant les connaître, n'ont pu en faire une étude spéciale, par M. Rogron, secrétaire du Parquet de la Cour de cassation, 2e édit.; 1 seul vol., grand in-8° à deux colonnes, formant la matière de plus de 15 vol. in-8°. 35 fr.

Traité des transactions d'après les principes du Code civil, par M. Marbeau; 1 vol. in-8°. 5 fr.

Des fonctions d'officier de police judiciaire, par M. Demolènes, procureur du roi à Versailles; in-8°. 3 fr.

Traité des absents, suivant les règles consacrées par le Code civil, par Moly; 1 vol. in-8°. 4 fr.

Traité du domicile et de l'absence, par Desquiron; 1 vol. in-8°. 4 fr.

Traité de la preuve par témoins en matière civile, suivant les principes des Codes, par le même; in-8°. 7 fr.

Traité de la preuve par témoins en matière criminelle, suivant les principes des Codes d'instruction criminelle et pénal, par le même; in-8°. 7 fr.

Traité de la législation, concernant les manufactures, ateliers dangereux, insalubres et incommodes, par M. Taillandier, conseiller à la Cour royale de Paris, député; in-8°. 4 fr.

Études de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants, par A. Fremery, avocat à la Cour royale de Paris 1 fort vol. in-8°. 8 fr.

Corbeil, imp. de Crété

Duranton, Alexandre
Cours de droit français suivant le 11
28056