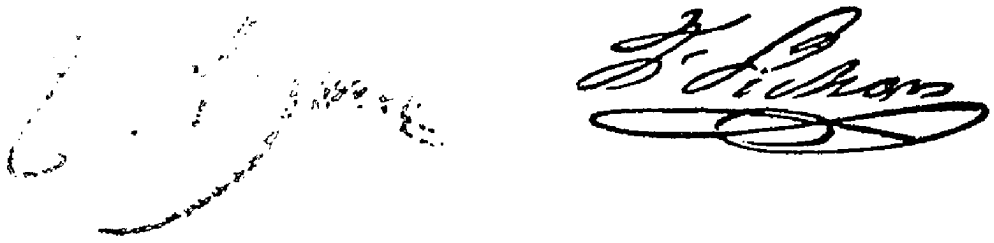
COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

VII

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de l'auteur et de celle de l'éditeur.



K
4702
7

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

PAR

THÉOPHILE HUC

Conseiller à la Cour d'appel de Paris,
Professeur honoraire des Facultés de droit.

TOME SEPTIÈME

Contrats et obligations; — Effets des obligations; — Condition; Solidarité; — Indivisibilité; — Clause pénale.

Art. 1101 à 1233.

034 229448 3

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'Etat et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

1894

COMMENTAIRE THÉORIQUE & PRATIQUE

DU

CODE CIVIL

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE TROISIÈME.

DES CONTRATS OU OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

1. — Observations terminologiques. — Définition de l'obligation.
2. — Distinctions entre le devoir, l'obligation civile, l'obligation naturelle et l'obligation de conscience.
3. — Des contrats. — Définition du contrat, art. 1101.
4. — Classification; contrats unilatéraux, synallagmatiques; articles 1102 et 1103.
5. — Intérêt de la distinction.
6. — Contrats commutatifs et aléatoires, art. 1104; intérêt de la distinction.
7. — Contrats de bienfaisance et à titre onéreux, art. 1105 et 1106.
8. — Contrats nommés, innomés, solennels ou autres, art. 1107.
9. — Eléments divers des conventions.

1. La rubrique de notre titre III est mal rédigée; elle tend à

confondre certaines obligations avec le fait juridique qui les engendre. Ainsi le contrat est une espèce de convention qui a pour effet d'engendrer des obligations que, pour ce motif, on peut appeler *conventionnelles*. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il faut distinguer entre le contrat et l'obligation qui en dérive. Les règles du contrat sont distinctes des règles de l'obligation.

D'un autre côté, le contrat est la source la plus ordinaire et la plus variée des obligations; mais ce n'est pas la seule. L'obligation peut encore dériver de la loi, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit (1).

Avant d'aller plus loin, il importe de bien préciser les termes dont nous allons nous servir.

D'abord qu'est-ce qu'une obligation? On connaît la définition romaine : *Vinculum juris...*, c'est une nécessité légale imposée à une autre personne appelée *débiteur*, de procurer à une autre personne appelée *créancier*, soit la prestation d'une chose ou d'un fait, soit l'abstention d'un fait.

Le corrélatif de l'expression *obligation*, est l'expression *créance* désignant le droit qu'a le créancier d'exiger la charge dont nous venons de parler, charge dont l'exécution porte le nom de *paiement*.

En quoi consiste maintenant la nécessité légale qui astreint le débiteur? Où est le pouvoir qui, le cas échéant, forcera le débiteur à exécuter son obligation? Ce n'est pas le créancier, car nul ne peut se rendre justice à soi-même; c'est l'intervention de *l'autorité publique*, se produisant suivant les formes voulues par la loi, qui fera obtenir au créancier ce qui lui est dû, ou tout au moins un équivalent. C'est en cela que

(1) Sur la matière des obligations il y a lieu de consulter, indépendamment des auteurs qui ont publié des traités ou commentaires généraux, les ouvrages spéciaux de : MOLITOR, LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des oblig.*, 1885, et surtout SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'oblig.*, Paris, 1890, Pichon.

consiste *la sanction* des obligations. Dans un milieu social, c'est la sanction ou garantie publique qui donne leur valeur aux avantages réclamés par un particulier.

Le mot *engagement* est, dans la doctrine, synonyme d'obligation. Cependant les rédacteurs du Code l'emploient spécialement pour désigner les obligations qui ne dérivent pas des contrats, suivant la nomenclature dressée par l'art. 1370. Mais cette nomenclature est abandonnée partout ailleurs.

Quelquefois le mot *obligation* est employé en français, comme en latin le mot *obligatio* (1), dans un sens actif, et signifie créance (art. 529). Enfin les praticiens confondent quelquefois l'obligation avec l'écrit contenant *la convention* d'où elle dérive, surtout quand cet écrit est notarié. Le Code lui-même donne un exemple de cette tournure de langage dans l'art. 2274, § 2.

2. L'obligation se distingue en outre nettement du *devoir*.

Ce qui caractérise le devoir, c'est qu'il est imposé *à tous*.

L'obligation, au contraire, n'astreint qu'une personne déterminée.

Ainsi, ce qui correspond à la propriété c'est, *pour tous*, le devoir de la respecter. La propriété individuelle peut donc être opposée à tous par celui qui en est investi; aussi est-elle un droit *absolu*.

Au contraire, ce qui correspond à une obligation, c'est un *droit de créance;* or ce droit ne peut être opposé qu'au débiteur seul; il est donc essentiellement relatif.

Les devoirs peuvent être divisés en deux classes:

1° Les devoirs *civils* dont l'observation est garantie par la loi, et dont, par suite, la violation donne naissance à une action, au profit de la partie lésée, et par conséquent rend débiteur (art. 1382);

(1) JUSTINIEN, *Inst.*, lib. III, tit. XXVIII, *Per quas personas nobis obligatio adquiritur.*

2° Les devoirs moraux dont la violation n'est pas sanctionnée par la loi positive, ex.: devoir de faire l'aumône, etc.

De même, l'obligation proprement dite, suivant une terminologie assez généralement reçue, mais inexacte, se subdivise à son tour en:

1° Obligation civile, garantie par une action, par une exception, etc., et par conséquent parfaite;

2° Obligation naturelle, non munie d'action, mais produisant cependant certains effets civils, et ainsi indirectement sanctionnée; on peut à cause de cela lui donner le nom d'obligation civile imparfaite. Son accomplissement volontaire constitue un paiement;

3° Obligation morale, ou de convenance, ou de conscience dénuée de toute sanction, même indirecte. Son accomplissement volontaire constitue une libéralité.

A cette terminologie qui a le tort de dénommer obligation naturelle, une obligation qui produit des effets civils, et dont l'accomplissement volontaire constitue un paiement, il vaudrait mieux substituer la terminologie suivante, dont nous nous servirons d'ailleurs :

1° Obligation civile *parfaite*, munie d'une action, d'une exception, etc.;

2° Obligation civile *imparfaite*, non munie d'action, mais pouvant produire une exception, servir de base à une novation, à un cautionnement, etc.;

3° Obligation naturelle, dénomination bien propre à désigner les obligations de conscience, ou de convenance, dont l'accomplissement volontaire n'est jamais qu'une pure libéralité (1).

Enfin, en dehors des obligations dont nous venons de parler, il y a certains *entraînements* auxquels on peut vouloir céder par *honneur* ou par *délicatesse;* on fait alors plus que

(1) Voy. MASSOL, *De l'oblig. natur.*

ce que l'on devrait, même simplement en conscience. On agit alors uniquement par crainte soit de l'opinion publique, soit de l'opinion d'une personne ou de quelques personnes.

Nous avons résumé, dans notre partie générale, les règles de droit international privé concernant les obligations. (Voy. t. I, nos 159 à 166).

3. Les contrats sont la source la plus ordinaire des obligations. Ils forment l'objet du titre III, qui, à propos des obligations, présente une théorie sur la formation des contrats et les vices du consentement, qui aurait pu former un titre spécial puisqu'elle constitue en réalité une théorie générale applicable à toutes les manifestations de volonté susceptibles d'effets juridiques. Le titre III comprend en outre une théorie des *obligations conventionnelles*, qui est en réalité une théorie générale, régissant toutes les obligations, même celles qui ne dérivent pas d'une convention. C'est dans le titre IV que se trouvent indiquées les particularités concernant ce dernier genre *d'engagements*.

Le mot convention, dans son sens général, exprime le concours de deux ou de plusieurs volontés sur la même chose.

Dans un sens plus spécial il désigne le concours de deux ou de plusieurs volontés sur la même chose, pour produire un effet juridique, consistant à former, à détruire ou à modifier un droit.

Quand la convention a précisément pour but de créer une obligation, alors seulement elle prend le nom de contrat.

ART. 1101. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (*).

Il faut cependant ajouter : que le contrat peut produire des obligations réciproques, qu'il peut aussi modifier ou anéantir l'obligation, et enfin qu'il peut, en certains cas, engendrer un droit réel.

(*) Art. 1101. — L. 3, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

Quant à l'accord qui interviendrait entre plusieurs personnes n'ayant en vue aucune espèce d'effet légal ou juridique, il ne constituerait pas une convention dans le sens spécial de l'expression, et par conséquent ne serait pas un contrat. Ainsi, les statuts et les règlements d'une société de musique, ayant uniquement pour but l'amusement des sociétaires, sans aucun intérêt pécuniaire, ne créent entre les membres de la société aucun lien civil obligatoire, à défaut de l'intention de s'obliger (1). De même le fonctionnaire qui reçoit de son supérieur l'ordre de faire un certain travail sous la réserve d'une indemnité ultérieure, n'a, de ce chef, aucun droit civil à une rémunération quelconque (2).

4. Après avoir défini les contrats, le Code va en dresser la classification.

Il se place d'abord au point de vue des parties qui se trouvent obligées par l'effet du contrat :

ART. 1102. Le contrat est *synallagmatique* ou *bilatéral*, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

ART. 1103. Il est *unilatéral* lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement (*).

Nous devons d'abord faire remarquer qu'un acte juridique quelconque peut être qualifié *unilatéral* quand il ne requiert, pour sa perfection, que l'activité d'une seule personne; tel est le testament.

Un acte est bilatéral quand il requiert pour sa perfection le concours de deux personnes. Le contrat est nécessairement un acte *bilatéral*. Mais le contrat, acte juridique toujours bilatéral, peut, au point de vue des engagements qu'il engendre, être tantôt unilatéral, tantôt bilatéral, suivant les précisions faites par les textes qui précèdent.

(*) Art. 1103. — L. 3, D. 50, 12, *De pollicit.*; GROTIUS, *De jure belli*, lib. 2, cap. II, § 3.

(1) Cass. belge, 2 déc. 1875, *Pas.*, 76, 1, 37.

(2) Trib. Bruxelles, 8 mai 1883, *Pas.*, 83, 3, 223.

Il est d'ailleurs reconnu que les contrats unilatéraux de leur nature, peuvent devenir bilatéraux en vertu de la volonté des parties (1).

Les anciens auteurs admettaient une sous-division des contrats synallagmatiques en contrats synallagmatiques *parfaits*, présentant une réciprocité d'obligation dès le moment de leur formation comme dans la vente; et les contrats synallagmatiques *imparfaits*, n'engendrant d'obligation que d'un côté, au moment où ils se forment, mais pouvant, *ex post facto*, en engendrer d'autre part. Ainsi dans le mandat, le mandataire apparaît d'abord comme seul obligé; mais le mandant pourra plus tard se trouver aussi obligé, si le mandataire a fait des dépenses pour l'exécution du mandat. Comme on doit envisager le contrat au moment de sa formation, pour le caractériser, il faut décider que les contrats que l'on appelait synallagmatiques imparfaits demeurent toujours unilatéraux, et que la vieille distinction signalée ne produit aujourd'hui aucune conséquence juridique.

5. On pourrait en dire presque autant de la division principale elle-même en contrats unilatéraux et contrats synallagmatiques, si une disposition purement réglementaire, qui peut disparaître demain du Code civil, comme elle a déjà disparu d'autres Codes (2), n'avait soumis les écrits sous seing privé, dressés pour constater un contrat synallagmatique, à la nécessité d'une rédaction en autant d'originaux que de parties ayant un intérêt distinct, avec mention sur chaque exemplaire de l'accomplissement de cette formalité (art. 1325). La même observation peut s'appliquer à la disposition spéciale contenue dans l'art. 1326, et concernant la promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une somme appréciable.

(1) Cass. 23 avr. 1877 (motifs), D. 77, 1, 366.
(2) Voy. notre *Code civil italien*, t. I, p. 255.

Aussi pour trouver un intérêt doctrinal à la distinction, les auteurs allèguent l'art. 1184 § 1, aux termes duquel la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement, et déclarent que cette disposition doit être considérée comme étrangère aux contrats unilatéraux.

Mais cette doctrine, sur laquelle nous reviendrons d'ailleurs, est loin d'être certaine. Les interprètes les plus autorisés remplacent le mot *synallagmatique* par les mots : *à titre onéreux*, et appliquent l'art. 1184 aux contrats unilatéraux (1).

C'est qu'en effet, on peut dire qu'en réalité il n'y a pas de contrats purement unilatéraux dans la classe des contrats à titre onéreux. L'opération a toujours commencé par être synallagmatique pour se résoudre finalement en un contrat unilatéral.

Ainsi, dans le contrat de prêt à intérêt, le plus manifeste des contrats appelés unilatéraux, il y a eu d'abord une convention aux termes de laquelle l'une des parties a promis à l'autre de lui prêter une certaine somme, et cette dernière a promis de rembourser cette somme à un terme indiqué, avec l'intérêt légal. Mais le prêteur exécutant immédiatement sa promesse, il ne reste plus que l'obligation de l'emprunteur. En un mot, dans les contrats à titre intéressé, il est impossible de concevoir qu'un individu doive quelque chose, sans qu'il y ait eu auparavant une prestation quelconque effectuée par le créancier aux dépens de son propre patrimoine; car s'il n'y en avait pas eu l'obligation serait nulle ou à titre gratuit (2).

(1) Voy. APPERT, *De l'interprét. des volontés dans le Code civil; Revue critique*, 1879, p. 132-133; DUVERGIER sur TOULLIER, t. III, n° 579, note 1.

(2) Voy. DOMAT, *Lois civiles*, L. I, tit. I, sect. 1, n°s 4, 5 et 6.

6. Dans un sens large, en effet, tout contrat intéressé est commutatif, c'est-à-dire que chaque partie doit recevoir l'équivalent d'une prestation effectuée déjà ou devant être effectuée par elle :

ART. 1104. Il est *commutatif* lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle. — Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est *aléatoire*.

Dans ce texte, le mot *commutatif* a un sens spécial; il suppose que chaque partie reçoit un équivalent effectif, non subordonné à une chance, et pouvant être immédiatement évalué.

Au contraire, le contrat est *aléatoire* quand cet équivalent ne peut être immédiatement évalué que par une appréciation des probabilités, attendu qu'il est subordonné à une chance, comme par exemple, le contrat de rente viagère.

Il doit y avoir chance de gain ou de perte pour les deux parties; c'est ce que dit l'art. 1104. L'art. 1964 paraît supposer, inexactement, qu'il pourrait n'y avoir chance de gain ou de perte *que pour une partie*. Il est en effet absurde de supposer que les deux parties ne sont pas également soumises à des chances. S'il en était ainsi, il y aurait contrat de bienfaisance et non à titre intéressé, ce qui serait une contradiction dans les termes puisque le contrat aléatoire est une variété des contrats à titre onéreux.

L'intérêt de la distinction consiste en ce que les contrats aléatoires n'admettent pas la rescision pour cause de lésion. L'art. 889 relatif à la vente des droits successifs en fournit un exemple. Mais comme la rescision pour cause de lésion n'est, ainsi que nous le verrons plus loin, qu'une disposition arbitraire du législateur, médiocrement justifiée et dont les économistes demandent la suppression, il faut reconnaître que la distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires est, avant tout, scolastique.

7. La distinction entre les contrats de bienfaisance et les contrats à titre onéreux, a une toute autre importance; il s'agit ici du but final que les parties se proposent d'atteindre :

ART. 1105. Le contrat de *bienfaisance* est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

ART. 1106. Le contrat *à titre onéreux* est celui qui assujettit *chacune* des parties à donner ou à faire quelque chose.

L'intérêt de la distinction consiste en ce que les contrats à titre gratuit sont soumis à des *formes* spéciales, et à des causes également spéciales de *révocation* et de *réduction*. Tous ces points ont précisément fait l'objet des études qui précèdent. Il faut observer en outre :

1° Que la considération de la personne est prépondérante dans les contrats de bienfaisance, tandis que elle est en général indifférente dans les autres (art. 1110);

2° Que l'appréciation des fautes ou de la responsabilité n'est pas aussi rigoureuse dans les contrats de bienfaisance que dans les contrats à titre onéreux;

3° Que dans les contrats de bienfaisance, les clauses ou conditions illicites sont simplement *non écrites*, alors que ces mêmes clauses entraînent la nullité dans les contrats à titre onéreux (1);

4° Que les droits de mutation sont plus élevés dans les contrats à titre gratuit.

Les juges apprécieront en fait si une convention présente les caractères d'un contrat de bienfaisance ou d'un contrat commutatif (2). Ainsi le contrat intervenu entre une société qui s'est engagée à décerner des prix aux vainqueurs des régates organisées par ses soins, et les concurrents qui se mettent en mesure de fournir des courses à leurs frais et risques, peut être considéré, à raison des conditions imposées

(1) Cass. 7 déc. 1885, S. 88, 1, 10.
(2) Arrêt précité, Cass. 15 janv. 1890, D. 91, 1, 30.

à chacune des parties, non comme un contrat de bienfaisance, mais comme un contrat commutatif (1).

Il n'y aura pas de doute en ce qui touche le caractère du contrat pour les donations entre-vifs proprement dites, le mandat gratuit, le dépôt, le prêt à usage et le prêt de consommation. Il en sera de même de la convention ayant pour objet de réaliser ultérieurement un dépôt ou un prêt.

Il faut observer toutefois que les promesses tendant à la réalisation ultérieure d'un prêt ou d'un dépôt, auxquelles il convient d'ajouter, sous ce rapport, la promesse de constituer un gage, rentrait, suivant la théorie du droit romain dans la nombreuse catégorie des pactes, et n'était pas évidemment obligatoire. Le contrat ne se formait que lorsque, au consentement des parties, s'ajoutait la tradition de la chose envisagée dans la convention, ce qui a permis de dire que ces contrats se formaient *re*, étaient réels.

Le simple consentement n'était obligatoire que lorsqu'il en résultait une convention ayant pu recevoir, à cause de ses caractères fixes et invariables, une dénomination propre; c'est ce qui avait eu lieu pour la vente, le louage, la société et le mandat. Toute autre convention ne rentrant pas dans une catégorie de contrats nommés, ne pouvait produire d'effet que comme simple pacte.

8. Cette distinction n'est plus admise aujourd'hui :

ART. 1107. Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. — Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

On peut donc dire, d'une manière générale, que les contrats sont aujourd'hui *consensuels*, c'est-à-dire se forment par le seul consentement des parties.

Cependant, et par exception, la loi soumet à certaines for-

(1) Cass. 28 juin 1886, S. 89, 1, 331.

mes prescrites à peine d'inexistence, certains contrats dits *solennels;* ce sont :

Le mariage;

L'adoption;

La donation (art. 931);

Le contrat de mariage (art. 1394 § 1);

Le contrat hypothécaire (art. 2127);

La subrogation conventionnelle consentie par le débiteur (art. 1250 § 2);

La subrogation dans l'hypothèque légale de la femme mariée (L. 23 mars 1855, art. 9).

Excepté dans les sept cas sus-énoncés, les parties ont le choix entre toutes les formes juridiques que la loi met à leur disposition. Elles peuvent prendre celle qui convient le mieux à leur situation et à leurs intérêts. Tout ce qui leur est défendu, c'est de faire servir ces formes à atteindre un but illicite. Elles peuvent par conséquent recourir même à des actes simulés, c'est-à-dire contenant des déclarations qui ne sont pas conformes à la vérité, pourvu que ce soit sans intention de fraude (art. 1231, 1307). Elles peuvent aussi modifier à leur gré tout ce qui ne touche pas à l'essence de la convention.

9. Il y a en effet des éléments qui sont *essentiels* et en l'absence desquels il serait impossible de concevoir l'existence d'une convention. Il en est d'autres qui sont seulement *naturels*, découlant de plein droit de la convention, sans que les parties aient besoin de s'expliquer à cet égard; l'art. 1719 en fournit un exemple. Enfin il en est qui sont purement *accidentels,* n'existant dans un contrat qu'en vertu d'une stipulation formelle (ex. : art. 1694).

La création d'une obligation conventionnelle, par application des principes qui viennent d'être exposés, ou de toute autre obligation, a pour résultat de faire entrer dans le patrimoine du créancier un élément nouveau, c'est-à-dire cette obliga-

tion elle-même envisagée comme créance, avec l'action, les exceptions, etc., qui la sanctionnent. Cette créance se confondra avec les autres biens du sujet qui s'en trouvera investi, et augmentera le gage de ses propres créanciers (article 1166).

Au point de vue économique, il ne faut pas confondre cette création d'obligation avec une création de *valeur*. En effet, si l'obligation a pour objet la livraison d'une chose, elle se traduit par un simple déplacement d'une valeur mobilière ou immobilière. Si elle a pour objet un fait à accomplir, elle représente, en cas d'inexécution de la part du débiteur, la somme qui serait nécessaire au créancier pour payer à un tiers l'accomplissement du fait promis, s'il ne s'agit pas d'un fait purement personnel au débiteur. S'il s'agit d'un fait personnel, l'obligation représente le prix qu'aurait eu ce fait s'il eût été accompli; c'est-à-dire, dans les deux cas, l'équivalent d'un certain travail.

Enfin, dans toute hypothèse, l'obligation n'a de valeur que dans les limites de la solvabilité du débiteur.

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

10. — Enumération de l'art. 1108; conventions inexistantes et conventions annulables.
11. — Consentement; offre unilatérale ou pollicitation.
12. — Valeur juridique d'une déclaration unilatérale de volonté d'après certaines doctrines allemandes.
13. — Doctrine traditionnelle reçue en France.
14. — Dans quels cas il y a offre unilatérale.
15. — Offres adressées au public par les commerçants.
16. — Autres cas d'offres faites à personnes incertaines pour prix d'un service à rendre, pour récompense, etc.
17. — Tarif applicable à certaines offres transmises par la poste.
18. — De l'acceptation des offres.
19. — Autres applications de l'efficacité d'une déclaration unilatérale de volonté; des déclarations de fondation, en Allemagne, et des déclarations de Habbous en pays musulman.

10. Ce chapitre traite *des conditions essentielles* des conventions.

Il faut observer que le mot *condition* présente trois sens distincts :

1° Il signifie tout fait nécessaire pour le concept d'un droit;

2° Il est synonyme de charge;

3° Il désigne un événement futur et incertain servant de base à une convention.

C'est dans le premier sens qu'il est employé dans notre chapitre. Il signifie donc : les éléments fondamentaux sur lesquels reposent toutes les conventions, productives ou non d'obligation, translatives ou non de propriété.

Ces éléments fondamentaux seraient les suivants d'après la lettre de la loi :

ART. 1108. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : — Le consentement de la partie qui s'oblige;

— Sa capacité de contracter; — Un objet certain qui forme la matière de l'engagement; — Une cause licite dans l'obligation (*).

D'après les termes ci-dessus, l'absence d'une seule des quatre conditions énumérées, devrait suffire pour empêcher la convention d'exister. Cela n'est vrai, toutefois, dans la théorie du Code, que pour l'absence de cause, d'objet, ou de consentement.

Cela n'est pas vrai pour l'absence de capacité; l'incapacité ne saurait affecter la convention considérée en elle-même; c'est un fait accidentel relatif à certaines personnes, ne pouvant produire qu'une nullité ou simple *annulabilité* relative dont certaines personnes seulement pourront se prévaloir durant un temps limité (art. 1125, § 2, 1304).

Quant au consentement, la convention ne pourra se former s'il est tout à fait absent. Mais s'il existe, la convention existera aussi. Les vices qui pourront l'affecter ne donneront lieu également qu'à une action en nullité au profit de certaines personnes et durant un temps déterminé.

L'objet *certain* formant *la matière* de l'engagement, consiste dans la prestation envisagée par les parties, et ne doit pas être confondue avec le *corps certain* se référant seulement à une individualité physique. L'absence d'objet et celle de cause, en admettant que la cause soit un élément distinct de l'objet, empêchent la convention d'exister.

Il y a donc des conventions *inexistantes*, c'est-à-dire n'ayant qu'une existence apparente (arg. art. 146, 1131, 932, 1339);

Et des conventions simplement *annulables*.

La majorité des auteurs admet aujourd'hui cette distinction entre les conventions inexistantes et les conventions annulables (1). La jurisprudence l'applique souvent, mais

(*) Art. 1108. — L. 1, § 2 et 3, D. 2, 14, *De pactis;* L. 2, D. 44, 7, *De oblig.;* L. 137, § 1; L. 2, L. 6, L. 94, 95, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(1) Voy. LAURENT, t. XV, nos 450, 451 et 465; t. I, no 71; t. II, no 269; t. XVIII, no 531 et t. XXVIII, nos 133 et suiv.

avec hésitation. Ce qui empêche l'accord d'être unanime, c'est que la terminologie n'est pas à cet égard rigoureusement fixée. Les uns emploient les expressions *nulle*, *nullité* comme se référant à des cas d'inexistence, tandis que d'autres se servent des mêmes expressions comme synonymes d'*annulable* et d'*annulabilité*. L'incertitude dans le langage produit toujours l'incertitude dans les doctrines. Nous préférons employer toujours le mot *inexistant*, qui exprime sans équivoque ce qu'il veut dire, et nous pourrons alors admettre comme synonymes les termes nuls et annulables, d'autant plus que la formule, « *action en nullité* » ne peut être employée que pour les cas de simple annulabilité.

11. Nous allons maintenant examiner en détail chacun des éléments dont parle l'art. 1108, en commençant par le consentement.

Le consentement est l'accord de deux ou de plusieurs personnes sur un même point.

Toute circonstance qui détruit la volonté chez l'une des parties, telle que la démence (1) ou l'ivresse (2), empêche l'accord de se produire, et le contrat apparent qui se serait formé dans ces conditions serait inexistant.

Au contraire, quand les deux volontés peuvent se rencontrer le consentement existe, la convention est formée. Pour qu'un tel résultat se produise, il faut évidemment que l'une des parties ait pris l'initiative de l'affaire en formulant une offre ou proposition quelconque. Si l'offre est acceptée aussitôt qu'elle a été formulée, ce qui pourra facilement arriver entre personnes présentes, le contrat sera immédiatement formé.

Si l'offre n'est pas immédiatement suivie d'acceptation, on dit généralement qu'elle demeure à l'état de simple *pollicitation*, ou promesse non obligatoire en ce sens qu'elle peut être

(1) Toulouse, 21 janv. 1885, D. 86, 2, 73.
(2) Rennes, 6 juin 1881, D. 81, 2, 248.

retirée, tant que l'acceptation de l'autre partie ne l'aura pas transformée en un contrat :

Pactum est duorum consensus, atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum (1).

La seule volonté du débiteur ne suffit donc pas pour qu'il y ait une obligation conventionnelle; c'est donc avec raison qu'on a critiqué les termes de l'art. 1108 qui semblent n'exiger le *consentement que de la part de la partie qui s'oblige* (2). La justesse de ces critiques n'empêche pas que la question de savoir quelle est la valeur juridique d'une manifestation unilatérale de la volonté de s'obliger demeure ouverte et entière. (Voy. pour les donations, t. VI, n° 4).

La question se présente à propos des transactions à conclure par les divers moyens connus de correspondance, depuis les plus lents jusqu'aux plus rapides, lettre, messager, télégramme, téléphone, etc. Il s'agit, en un mot, de la théorie des offres et de leur acceptation.

La doctrine française admet généralement que cette théorie doit être régie purement et simplement par les règles ordinaires des contrats. Sans doute, lorsqu'une offre a été suivie d'acceptation, que les parties sont d'accord sur ce point, que le dissentiment porte seulement sur l'étendue des offres, leur mode d'exécution, etc., on peut dire qu'il y a eu *contrat par correspondance*, qu'il y a eu, à un moment donné, non seulement *coexistence*, mais encore *concours* des volontés. Mais il n'en sera pas toujours ainsi, et Demolombe le démontre clairement en voulant établir le contraire; voici en effet comment il explique le mécanisme de l'opération :

« La règle est que l'offre, tant qu'elle n'a pas été acceptée peut être révoquée par celui qui l'a faite..... Donc, si au mo-

(1) L. 3, D. 50, 12, *De pollicit.;* Lyon, 25 mars 1873, D. 73, 2, 68; Comp. Conseil d'Etat, 13 janv. 1859, D. 59, 3, 39.

(2) LAURENT, t. XV, n° 466; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 796.

ment où il a adressé la dépêche retirant son offre, ou si au moment où la mort l'a frappé, l'acceptation n'avait pas encore eu lieu, le concours des volontés étant désormais impossible, le *consentement* ne pourrait pas se former... Mais dans le cas où celui qui a fait l'offre s'est engagé, expressément ou tacitement, à ne pas la retirer avant une certaine époque, si celui à qui elle est adressée accepte avant l'expiration du délai, la *convention* sera formée *lors même qu'au moment où il acceptait, l'offre aurait été retirée par celui qui l'avait faite* (1). »

« Ce n'est pas, continue Demolombe, que nous prétendions que le contrat a été formé dès le jour où l'offre a été reçue; non sans doute; et nous reconnaissons que la mort ou l'incapacité de celui qui a fait l'offre, empêcherait le contrat de se former, si elles survenaient même dans le délai indiqué avant l'acceptation de celui à qui l'offre a été faite; c'est-à-dire que la formation du contrat, s'il se formait en effet, par l'acceptation, ne remonterait ni au moment de l'offre, ni au moment de la réception de cette offre, et qu'elle daterait seulement du moment de son acceptation (2). »

12. En d'autres termes, l'auteur de l'offre aurait émis la volonté de *former le contrat* quand l'autre partie accepterait; cette dernière, par son acceptation émettrait une volonté analogue, de sorte que les deux volontés se rencontrant, le contrat se trouverait formé. Mais cela ne résiste pas à l'analyse. Le contrat, comme on l'a fort bien remarqué (3), ne peut se former que si la volonté *actuelle* de l'offrant concourt avec celle de l'acceptant. L'offrant a, il est vrai, manifesté par son offre la volonté de maintenir jusqu'à l'acceptation dans un délai indiqué, sa volonté de contracter. Mais si sa volonté de contracter a disparu au moment de l'acceptation,

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, nos 63, 64, 65.
(2) *Ibid.*, no 650; Conf. Cass. 21 avr. 1891, D. 92, 1, 181.
(3) R. WORMS, *De la volonté unilatérale*, etc. (1891), p. 178-179.

par quoi sera-t-il tenu? Il ne peut l'être qu'en vertu de sa première volonté qui l'obligeait à ne pas changer d'intention. Donc s'il est tenu, comme le reconnaît Demolombe, c'est uniquement en vertu d'une déclaration unilatérale de volonté et non en vertu d'un contrat. Il faut décider que l'acceptation forme simplement la condition dont l'arrivée fait produire effet à l'engagement pris par le promettant dans sa déclaration unilatérale de volonté. Mais alors il importe peu que lorsqu'elle arrive le promettant ait changé de volonté, car sa première déclaration l'oblige, quelles que soient ses intentions ultérieures. Il faut même aller jusqu'à dire qu'il importe peu qu'il soit mort ou devenu incapable, car sa capacité ne peut s'apprécier qu'au jour de son propre engagement. Il faut seulement que son offre n'ait pas été utilement rétractée; or la mort et la perte de la capacité la rendent justement irrétractable. Nous avons rencontré quelque chose d'analogue dans la matière des testaments (t. VI, n° 335).

Telle est la doctrine qui prévaut en Allemagne et qui est passée dans le projet de Code civil allemand (1).

13. La doctrine française, avons-nous dit, est différente. Pothier déclarait que dans les hypothèses auxquelles il vient d'être fait allusion, le contrat ne pouvait plus se former alors même que l'acceptation aurait eu lieu dans l'ignorance de la mort, de la démence ou du changement de volonté du pollicitant. Par conséquent toute offre adressée à une personne devait être interprétée ainsi :

Je vous propose tel marché, et vous aurez tel délai pour l'examiner, néanmoins mon offre tombera si je la retire, si je meurs ou si je deviens incapable avant votre acceptation.

Il est manifeste qu'une offre ainsi conçue ne donnant aucune sécurité, ne serait prise au sérieux par personne. Aussi pour atténuer les inconvénients d'une doctrine qui

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 138.

enlève aux offres toute leur utilité dans la pratique des affaires, Pothier, suivi par la plupart des auteurs modernes, admettait la possibilité d'une action en dommages au profit du destinataire : Si ma lettre, disait-il, a causé quelque dommage à mon correspondant, par exemple, le prix des marchandises ayant baissé, et le marchand ayant manqué une occasion qui se présentait de les vendre avant la baisse, je serai tenu de l'indemniser en vertu de cette règle d'équité que nul ne doit souffrir du fait d'un autre (1). Il y a cependant des auteurs qui n'admettent même pas le principe de cette indemnité (2).

14. Nous croyons, en ce qui nous concerne, que la matière des manifestations unilatérales de la volonté de s'obliger, dont le Code ne parle pas, est dominée par une considération de fait, et par une règle de droit.

La considération de fait, c'est que toute offre sérieusement faite doit produire un effet utile, alors surtout que, d'après les habitudes commerciales, c'est par un échange de correspondance que se concluent la plupart des transactions, même quand les parties se sont préalablement mises d'accord, par des conférences effectives, sur les points principaux. L'expiration du terme conventionnel ou d'usage accordé pour l'acceptation doit d'ailleurs avoir pour effet de délier l'auteur de l'offre (3).

La règle de droit peut être formulée ainsi : toute déclaration de volonté émise à l'adresse d'un tiers ne peut produire effet juridique à l'adresse de ce tiers, qu'à partir du moment où elle lui parvient.

Arrivons maintenant aux détails :

(1) POTHIER, *De la vente*, n° 32; AUBRY et RAU, § 343, texte et note 17; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 71.

(2) LAURENT, t. XV, n° 481.

(3) Bordeaux, 29 janv. 1892, D. 92, 2, 390; AUBRY et RAU, § 343, texte et note 14.

Aucune forme n'est requise pour la manifestation de la volonté, ni dans l'offre ni dans l'acceptation, sauf l'observation des règles particulières suivant la nature des personnes : ainsi tant que la délibération par laquelle le conseil municipal d'une commune a fait une offre, n'a pas été approuvée par l'autorité supérieure, le conseil peut retirer l'offre par lui faite. Le retrait n'est plus possible après approbation et acceptation par l'intéressé (1).

Les offres peuvent donc être faites verbalement, ou par téléphone, ou par écrit, elles peuvent résulter d'affiches, circulaires, prospectus, télégrammes, etc.

Elles peuvent même résulter d'un simple fait. Ainsi il a été jugé que le fait de stationner sur une place publique constitue de la part du conducteur d'une voiture publique une offre à tout venant, et met sa voiture à la disposition de quiconque y veut monter; qu'un voyageur a, par suite, le droit de s'introduire dans la voiture ainsi disponible, sans que cet acte puisse être considéré comme une voie de fait (2). Ce qui explique une telle décision, c'est qu'il s'agissait de l'exercice d'une industrie réglementée et tarifée dans l'intérêt du public; aussi peut-on admettre une solution semblable pour les entrepreneurs de messageries ayant établi un service public entre deux localités ; ils ne peuvent refuser une place disponible à un voyageur qui offre d'en payer le prix (3).

Mais on ne saurait l'étendre au stationnement sur un lieu déterminé par des habitudes locales, des individus qui s'y rendent pour se faire embaucher à l'occasion de certains travaux agricoles, par exemple les vendanges. Ces individus conservent le droit d'agréer la personne qui veut les engager à son service.

(1) Cons. d'Etat, 1er juin 1883 (2e espèce), D. 85, 3, 5.
(2) Just. Paix, Paris (14e arrond.), 5 janv. 1882, D. 82, 3, 110.
(3) Bordeaux, 8 mars 1881, D. 82, 2, 208.

Les offres faites par lettres missives, télégrammes ou au moyen du téléphone, ont un caractère personnel et s'adressent à une personne déterminée.

Au contraire, les offres faites par prospectus, circulaires prix-courants, affiches, etc., s'adressent au public, et par conséquent à des personnes indéterminées.

15. On dit généralement à ce propos, que les négociants qui font ainsi connaître les prix et conditions de leur négoce sont en état permanent d'offres à l'égard du public, de telle sorte que la demande conforme à ces conditions constitue une acceptation, et forme, dès qu'elle est parvenue à leur connaissance le lieu de droit (1). Cela est vrai pour l'offre de vendre à un prix déterminé. Le marchand, par exemple, est lié par le prix indiqué sur la marchandise mise dans son étalage sous les yeux du public (2). Dans ce cas, en effet, l'intention de s'obliger est manifeste, et l'obligation se trouve limitée précisément par le stock de marchandises qu'il s'agit de liquider.

Mais il ne saurait en être de même de l'offre d'acheter tel genre de marchandises, durant une certaine période, à tel prix déterminé. Ainsi dans les régions où sont exploités les produits du pin maritime, les journaux font régulièrement connaître au public des *avis* portant que tels résiniers sont prêts à acheter, jusqu'à une date indiquée, les diverses sortes de gemme moyennant certains prix. Dans ces conditions, l'offre de l'acheteur ne saurait impliquer l'intention de s'obliger à prendre livraison, aux prix indiqués, de toutes les marchandises qui lui seraient présentées. Pourquoi? Parce que son offre étant sans limites quant aux quantités de marchandises ne saurait être obligatoire. Celui de qui elle émane ne peut pas avoir voulu s'engager au delà de son capital disponible. Qu'adviendrait-il, en effet, si tous les détenteurs du produit

(1) LAURENT, t. XV, n° 474; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 797.
(2) Trib. comm. Seine, 5 janv. 1869, D. 69, 3, 14.

demandé, voulaient à la fois traiter avec le même acheteur? Ce dernier n'a fait aucune promesse ferme, quand à la quantité; il s'est borné à donner une indication qui ne saurait le lier, car il est demeuré seul juge du chiffre qu'il peut dépenser en achat de matières, et n'a, de ce chef, aucune explication ou justification à fournir (art. 1129 § 2).

16. L'offre est encore faite dans des conditions où elle oblige le pollicitant si elle est valablement acceptée par un créancier, lorsqu'elle a pour objet le paiement d'un certain prix en retour d'un ouvrage ou d'un service déterminé. Rentrent dans ce cas : la proposition de récompense à celui qui sera reconnu avoir accompli le mieux une certaine tâche à la suite d'un concours; la promesse de récompense à qui rapportera un objet perdu, etc.

Dans ce cas, l'acceptation ne saurait résulter uniquement d'une simple déclaration de volonté. Celui qui relève l'offre n'aura d'action contre le pollicitant que s'il a complétement exécuté l'ouvrage indiqué, retrouvé l'objet perdu, etc. Jusque-là, l'offre peut être retirée, puisque la condition sous laquelle elle a été faite n'a pas été remplie.

L'offre ne serait pas non plus obligatoire vis-à-vis de celui qui rapporte l'objet perdu, alors que, sur interpellation à lui adressée, il aurait déclaré ne pas l'avoir trouvée et aurait ainsi donné lieu à des recherches infructueuses et à la promesse de récompense (1).

Que faut-il décider en ce qui touche les offres publiques de prime ou de récompense en faveur de celui qui démontrera que tel produit ne possède pas les qualités affirmées par celui qui les met en vente?

D'abord il faut écarter comme se référant à une condition à remplir non suffisamment déterminée celles qui supposeraient une preuve négative à faire dans une période de temps

(1) LAURENT, t. XV, n° 473.

indéfinie, par exemple la promesse de payer une somme d'argent à celui qui prouvera que telle pommade ne fait pas pousser les cheveux.

Mais il pourrait en être autrement si la condition à remplir pouvait se traduire par un fait positif immédiat. Ainsi par exemple, a été déclarée obligatoire, tant qu'elle n'est pas rétractée, la promesse, faite dans les journaux, d'une somme d'argent à celui qui parviendra à ouvrir un coffre-fort exposé en public, et dont les combinaisons rendent, d'après le promettant, le meuble indécrochetable. Il a été jugé que cette promesse ne peut être considérée comme un jeu ou un pari. Toutefois celui qui a ouvert le coffre-fort n'aurait pas droit à la récompense promise s'il était établi qu'il a connu le secret par l'indiscrétion de personnes auxquelles le fabricant l'avait confié (1).

Remarquons enfin que les offres dont la réalisation suppose un agrément réciproque de la personne, ne sont pas obligatoires, même quand elles sont acceptées. Telles sont les offres et demandes d'emploi.

17. Un arrêté du 20 janvier 1885, pris en exécution de l'article 10 de la loi du 25 juin 1856 porte que certains papiers d'affaires, notamment les polices d'assurances et autres documents de service des compagnies, circulent par la voie de la poste au tarif réduit de 5 centimes par 50 grammes. — Or, il est admis par l'administration qu'on ne peut considérer comme papier d'affaires l'écrit se présentant sous formes de négociation d'accords à intervenir, dont les dispositions peuvent être modifiées au gré de leurs auteurs.

Il suit de là que les propositions d'assurance à primes adressées à une compagnie par le futur assuré, ne peuvent bénéficier du tarif réduit. Au contraire, doit en bénéficier l'acte d'adhésion aux statuts d'une compagnie d'assurances

(1) Trib. comm. Liège, 24 déc. 1888, *Cl.* et *B.*, 1889, 338.

mutuelles, même dans le cas où cet acte serait potestativement révocable par un refus du conseil d'administration; mais ce dernier point est contesté (1).

18. L'acceptation peut avoir lieu n'importe dans quelle forme, expressément ou tacitement. On discute la question de savoir s'il suffit que l'offre soit acceptée en temps utile, ou bien s'il faut que l'acceptation soit parvenue à la connaissance du pollicitant. Dans la doctrine qui prévaut en France, la controverse porte sur le point de savoir à quel moment se forme le contrat par correspondance. La majorité des auteurs et des arrêts reconnaît qu'il se forme seulement au moment où l'acceptation est parvenue à la connaissance du pollicitant, une lettre écrite mais non encore reçue par le destinataire étant à son égard comme une pensée non exprimée (2). Cette dernière considération doit également suffire pour ceux qui croient devoir écarter l'application de la théorie des contrats, et qui considèrent l'obligation du pollicitant comme dérivant d'une manifestation unilatérale de volonté.

Il suit de là que la vente doit être réputée conclue, non dans le lieu d'où est partie l'acceptation, mais dans le lieu où elle est arrivée à la connaissance de celui qui avait proposé le marché (3).

L'acceptation peut être tacite et résulter d'un fait, ou même de l'abstention à laquelle était subordonnée l'offre (4). Mais elle ne pourrait en principe résulter du silence seul gardé

(1) Voy. cinq arrêts en sens divers, rapportés par D. 92, 2, 457 et la note.

(2) Bourges, 19 janv. 1866, D. 66, 2, 64; Cass. 2 fév. 1885, D. 85, 1, 293; Orléans, 26 juin 1885, D. 86, 2, 135; LAURENT, t. XV, n° 479; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 797; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 72 et suiv.; AUBRY et RAU, § 343, texte et notes 25 et 26; MARCADÉ, sur l'art. 1108.

(3) Chambéry, 8 juin 1877, D. 78, 2, 113.

(4) Cass. 11 juill. 1888, D. 89, 1, 33.

par la partie à qui l'offre a été faite (1). On soutient cependant qu'en matière commerciale, et d'après les usages reçus, le négociant qui reçoit une lettre est obligé de répondre, et par suite est considéré comme ayant accepté l'offre qui lui est faite, quand même il n'aurait pas donné avis de son acceptation (2).

Un tel usage, en supposant qu'il soit établi, ne saurait être transporté dans les relations ordinaires. Celui qui fait une offre peut bien modifier ainsi sa situation personnelle, mais par son fait unilatéral il ne peut modifier à aucun point de vue la position d'autrui; il ne peut pas même imposer à un autre la nécessité d'une réponse, ou d'une réexpédition. Ainsi les formules que : les billets offerts et non rendus dans un certain délai seront considérés comme acceptés; que si les numéros d'un journal spontanément offert, ne sont pas retournés dans un certain délai, on sera considéré comme abonné; que si les marchandises expédiées ne sont pas réexpédiées dans un certain nombre de jours, on sera considéré comme acheteur et autres semblables formules, ne peuvent produire absolument aucun effet. Celui qui reçoit de telles offres et qui ne veut pas les accepter n'est tenu à rien. Si, en fait, il a pris livraison de la chose envoyée, ne connaissant pas encore la signification de l'envoi, il n'a qu'à garder la chose à la disposition de l'expéditeur qui aura à la faire retirer. Mais s'il connaissait la signification de l'envoi, le fait de recevoir des envois successifs, sans les refuser, pourrait être interprété comme une acceptation.

19. Le principe d'une obligation pouvant résulter d'une déclaration unilatérale de volonté, trouve encore d'autres applications dans la matière des titres à ordre et du titre au porteur, dont nous n'avons pas à traiter ici, et dans la ma-

(1) Toulouse, 11 juin 1881, D. 82, 2, 206.
(2) Aix, 13 août 1873, D. 77, 5, 456.

tière des stipulations pour autrui, dont nous parlerons sous l'art. 1121.

La doctrine allemande a encore fait une application de la force unilatérale de la volonté, à ce qu'on a appelé : *promesses* ou *déclaration de fondation*. Cette application qui a été jugée *très intéressante*, à cause de son but final, demande quelques explications.

On admet qu'en déclarant affecter certains biens à une destination déterminée, sans les attribuer d'ailleurs à aucun établissement existant déjà, le disposant peut donner une sorte de personnalité civile à la fondation par lui envisagée, de façon que cette fondation jouira de tous les avantages établis en sa faveur.

Cette conception a été préconisée en France par certains jurisconsultes (1).

« La doctrine allemande, dit M. Saleilles, sous l'influence de traditions qui ont leur source dans le droit canonique, est arrivée *peu à peu* à la notion d'un patrimoine *indépendant*, constitué sans qu'il soit nécessaire qu'il aille se confondre dans le patrimoine d'une personne morale déjà existante; c'est le patrimoine lui-même qui devient une personne morale, ou plutôt c'est sa propre destination, son but qui lui sert de fondement juridique, et qui lui donne l'indépendance et la vie juridique. La fondation devient un patrimoine existant en vue d'un but à remplir; on lui donne des administrateurs, on lui constitue des organes, et il fonctionne comme l'a voulu l'auteur de la fondation (2). »

Dans cet ordre d'idées, les musulmans ont marché plus vite que les Allemands. Dès les premiers siècles de l'Hégire, les fondations unilatérales étaient en honneur dans les pays

(1) Voy. BEUDANT, sous Besançon, 26 mars 1891, D. 93, 2, 1; WORMS, *loc. cit.*, p. 96, *Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, 1889, p. 152.

(2) *Loc. cit.*, n° 144.

soumis à l'Islam. Mais les biens qui les composent au lieu d'apparaître comme un « patrimoine indépendant », sont, à plus juste raison considérés comme étant « enchaînés », suivant les expressions : *Habous*, *ouak'f*, ou *wacoufs* qui servent à les désigner. Nous avons déjà eu l'occasion d'en parler à propos des substitutions qui offrent un cas particulier d'emprisonnement ou immobilisation de ces biens (Voy. t. VI, n° 421). Or, voici ce qu'écrivait Sidi Khalil, vers la fin du XIVe siècle :

« Est encore légale une immobilisation (fondation unilatérale) faite sous la condition que l'inspecteur ou administrateur du *ouak'f* ou *habous* recevra lui-même les produits de la chose immobilisée, et les livrera en mains et lieux voulus, conformément aux désignations et prescriptions de l'immobilisateur... L'immobilisation est constituée par ces simples mots : je mets en *habous* telle chose... ou par l'attribution de la chose à une destination qui ne peut pas cesser (1). » C'est absolument la *fondation* telle que les Allemands modernes prétendent l'avoir inventée.

Les conséquences du régime des *fondations-habous* sont connues; d'après certaines personnes l'étendue des terres ainsi retirées de la circulation, en Algérie et en Tunisie, devrait être évaluée à un tiers de la superficie totale du sol (2). On voit par là ce qui pourrait advenir en France si un tel régime y était autorisé.

SECTION PREMIÈRE.

Du consentement.

§ 1er. — De l'erreur.

20. — Vices du consentement, art. 1109. Cas où l'erreur est exclusive du consentement.

(1) KHALIL, *Précis de jurispr. musulmane*, Traduct. PERRON, t. V, p. 25, 29, 38, 39.

(2) CHALLAMEL, *Annuaire de législ. franç.*, 1886, p. 177, note 5.

21. — Cas où l'erreur est une cause de nullité, art. 1110.
22. — Erreur sur la substance.
23. — Suite.
24. — De l'erreur sur la matière, l'origine, l'ancienneté de la chose.
25. — Application au commerce des tableaux et objets d'art.
26. — Application aux contrats unilatéraux.
27. — Erreur sur la personne.

20. Les cas dans lesquels une obligation résultera d'une déclaration unilatérale de volonté seront toujours assez rares. Quelles que soient les innovations qui pourront se produire, la source la plus ordinaire des obligations sera le concours de deux volontés, c'est-à-dire le contrat, ou le consentement.

Mais il ne peut être question que d'un consentement valable.

Or,

ART. 1109. Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol (*).

Il faut cependant faire une précision en ce qui concerne l'erreur; il y a des cas où l'erreur empêche les volontés de se rencontrer, et est, par conséquent, exclusive du consentement.

C'est ce qui a lieu lorsque l'erreur porte :

1° Sur *la nature du contrat;* ainsi celui qui traite avec une compagnie d'assurances à primes fixes, alors qu'il croyait traiter avec une compagnie d'assurances mutuelles, n'a pas en réalité donné son consentement à un contrat qui n'est pas celui qu'il avait en vue (1);

2° Sur *l'identité de la chose* formant l'objet de la convention;

3° Sur *l'existence de la cause* de l'obligation (art. 1131).

(*) Art. 1109. — L. 57, D. 44, 7, *De oblig. et act.;* L. 116, D. 50, 17; L. 21, § 5, D. 4, 2, *Quod metus causa;* L. 1, D. 4, 3, *De dolo malo.*

(1) L'espèce a été considérée à tort comme un cas d'erreur sur la substance. Voy. Besançon, 30 déc. 1891, D. 92, 2, 155.

Dans aucun autre cas, l'erreur n'empêche le consentement d'exister; elle est même quelquefois indifférente, et sans influence sur la validité de la convention, par exemple lorsqu'elle porte uniquement sur *le motif du contrat*, à moins que les parties n'aient subordonné sa validité à la réalité du motif (1).

21. Mais dans certains cas, l'erreur, sans empêcher le consentement d'exister, n'est pas indifférente; elle *vicie* le consentement et rend la convention annulable.

Quand cela arrive-t-il?

ART. 1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. — Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention (*).

Il peut y avoir défaut de concordance entre la volonté réelle et véritable d'une partie, et sa volonté exprimée. Dans les dispositions de dernière volonté, la volonté réelle doit être recherchée, et doit même prévaloir sur la volonté exprimée (Voy. t. VI, n° 266).

Dans les conventions, les restrictions mentales ne peuvent en aucune façon modifier les effets de la volonté déclarée vis-à-vis d'un cocontractant de bonne foi (2).

Lorsque la discordance entre la volonté exprimée et la volonté réelle est le résultat d'une erreur de fait ou de droit (3), c'est-à-dire d'une appréciation inexacte de l'un des éléments de la convention, le sort de l'acte dépend du point de savoir si l'erreur est telle que la partie mieux informée n'eût pas contracté.

(*) Art. 1110. — L. 9, *infra* et § 2; L. 10, 11, 14, 41, § 1, D. 18, 1, *De contrah. empt.*; L. 21, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(1) Cass. 15 fév. 1870, D. 71, 1, 164; Cass. 27 mai 1891, D. 91, 1, 352.

(2) BUFNOIR, dans le *Bulletin de la Soc. de législ. comp.*, 1889, p. 156-157.

(3) Cass. 28 mai 1888, S. 89, 1, 248.

La loi présume qu'il en est ainsi quand l'erreur a porté *sur la substance même de la chose.*

22. La difficulté consiste donc à savoir ce que c'est que la substance.

En philosophie on entend par *substance* le support des qualités ou phénomènes pouvant affecter un être; l'atome considéré comme ayant ou pouvant avoir des *modes*. Les jurisconsultes ne l'entendent pas ainsi : Pothier, de qui nous vient l'usage de cette expression, l'employait pour désigner la qualité que les parties ont eue principalement en vue en contractant (1). L'erreur sur la substance, serait donc une erreur sur une qualité principale, et c'est l'intention des parties qui décidera si une qualité est principale ou non (2), intention appréciée d'après les circonstances de la cause (3).

Cette définition est contraire au texte qui parle de *substance* et non de *qualité;* de plus elle manque de précision, car il est des personnes qui s'attendent à trouver dans les choses des qualités extraordinaires, et il serait absurde d'annuler le contrat sous prétexte qu'elles ont versé dans l'erreur relativement à l'une de ces qualités extraordinaire qu'elles avaient principalement en vue.

Quelques jurisconsultes ont donné d'autres définitions qui se rapprochent beaucoup de celles que nous allons proposer, mais qui ont le tort de faire de la substance une *qualité* qualifiée de substantielle, alors que l'art. 1110 ne parle pas de *qualités*, ce qui a l'air de nier l'existence d'une substance *considérée en soi* (4).

Voici, croyons-nous, la véritable notion de la substance : c'est ce qui permet de donner à une chose le nom substantif

(1) *Des oblig.*, n° 18.

(2) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 88; LAURENT, t. XV, n° 488; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 802.

(3) Cass. 26 oct. 1886, D. 87, 1, 153.

(4) MARCADÉ, sur l'art. 1110; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 61 *bis* II.

qui la distingue; ce sont par conséquent les attributs sans lesquels la chose objet du contrat, serait classée dans une autre catégorie de substantifs; ces attributs ont pour trait distinctif de n'être susceptibles ni de plus, ni de moins (1). L'erreur sur de tels attributs est, *de plano*, une cause de nullité sans qu'il soit nécessaire d'une clause spéciale dans le contrat.

Ainsi une personne achète une boussole croyant acheter une montre;

Elle achète du vinaigre, croyant acheter du vin;

Elle vend une obligation à prime, alors que les parties ignorent qu'il n'y a plus d'obligation à prime, parce que le titre était sorti avec prime à un tirage antérieur (2);

Les parties ont entendu vendre et acheter la nue-propriété d'un domaine grevé d'usufruit, alors que, l'objet de la vente s'est trouvé être la pleine propriété, l'usufruit étant déjà éteint, à leur insu (3).

Il faut remarquer que dans les exemples qui viennent d'être cités, l'erreur a porté sur un point qui n'était susceptible ni de plus ni de moins, et qu'il n'a pas été nécessaire d'une clause particulière pour que le contrat soit annulable à raison d'une telle erreur.

23. Mais si l'erreur portait sur une simple qualité, susceptible de plus ou de moins, par exemple sur la valeur de la chose vendue (4), ou l'état plus ou moins prospère d'un fonds de commerce cédé (5) ou le rendement de lait espéré d'une vache laitière (6), ou l'importance des revenus d'un office vendu (7), il n'y aurait pas erreur sur la substance.

(1) Comp. AUBRY et RAU, § 343 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 89.
(2) Trib. comm. Bruxelles, 22 nov. 1883, *Pas.*, 84, 3, 184.
(3) LAURENT, t. XV, n° 494; *Contrà*, Cass. 8 mars 1858, D. 58, 1, 277.
(4) Cass. 1er mars 1876, D. 77, 1, 155.
(5) Bruxelles, 18 avr. 1864, *Pas.*, 67, 2, 99.
(6) Trib. Bruxelles, 4 mars 1891, *Pas.*, 91, 3, 333.
(7) Agen, 15 janv. 1889, D. 90, 2, 45.

Cette caractéristique d'être susceptible de plus ou de moins, n'apparaît pas toujours avec netteté. Ainsi on s'est demandé si la vente d'actions d'une société déclarée nulle, peut être annulée pour cause d'erreur sur la substance? La négative est certaine (1); l'acquéreur d'une action la prend, en effet, telle qu'elle est, avec ses chances plus ou moins grandes de plus value ou de baisse, sans se préoccuper des conditions de fonctionnement de la société (2), dont la nullité judiciairement prononcée, ne saurait d'ailleurs atteindre rétroactivement les négociations d'actions qui ont eu lieu antérieurement (3).

24. Que faut-il penser de certaines circonstances particulières tenant à la matière, à l'origine, à l'ancienneté d'un objet, et qui influent singulièrement sur sa valeur, comme dans les tableaux, les statues, les médailles, les objets d'art et autres meubles qui peuvent être en or ou en argent, comme en fer, cuivre ou bronze?

On confond assez facilement les qualités résultant de ces circonstances avec la substance, d'autant que ces prétendues qualités substantielles ne paraissent pas au premier abord susceptibles de plus ou de moins.

« La substance, dit Demolombe, est désignée par un *substantif* ou par une réunion de mots employés *substantivement :* un candélabre d'argent, un cheval arabe, un tableau de Rubens.... — Voilà la substance, la qualité substantielle, celle dont l'absence dénature la chose et fait qu'elle est une autre chose, un autre être que celui que les parties ou l'une d'elles avaient en vue... *aliud pro alio*, comme dit Ulpien. — Très différente est la qualité simplement accidentelle, etc. (4). »

(1) Orléans, 24 juill. 1890, D. 91, 2, 337.
(2) Lyon, 22 janv. 1884 (trois arrêts), D. 84, 2, 153.
(3) Cass. 3 et 29 juin 1885, D. 86, 1, 25.
(4) T. XXIV, n° 89.

Mais il y a contradiction dans les termes : la substance d'un chandelier, c'est d'être un objet portatif destiné à supporter un flambeau. Tout objet approprié à une telle destination sera un chandelier indépendamment de la matière dont il sera formé. — La matière n'est donc qu'un accident; sous le même volume apparent, elle peut exister en quantité plus ou moins grande; et le chandelier qu'il soit en or, en argent ou en bronze sera toujours un chandelier.

Mais, en vertu d'une convention spéciale, la présence d'une matière déterminée pourra devenir une condition de la validité du contrat. Or, la circonstance que les parties ont employé la dénomination spéciale de chandelier d'argent ou d'or, indique bien que cette convention a eu lieu. Si donc il y a eu erreur sur la matière, le contrat est annulable, non pour cause d'erreur sur la substance, mais pour cause d'erreur sur une qualité accidentelle, en vertu de la convention qui a fait de la présence de cette qualité une condition de validité du contrat.

L'existence d'une convention spéciale est ici révélée par la dénomination employée pour désigner l'objet; quelquefois l'existence de cette convention sera révélée par le prix convenu. Ainsi celui qui a acheté pour cinq francs un chandelier qui est en cuivre, ne sera pas reçu à prétendre qu'il avait eu l'intention d'acheter un chandelier d'or, etc.

25. Les cas d'erreur sur la matière sont assez difficiles à concevoir, et la pratique n'en fournit pas d'exemple. L'erreur se produit au contraire souvent dans le commerce des tableaux.

On suppose que l'erreur a porté sur le nom du peintre à qui devait être attribué le tableau acheté. Cette erreur peut-elle entraîner la nullité du contrat?

C'est une question d'intention, dit M. Laurent (1). « Lorsqu'une fois, dit Demolombe, il est constaté, en fait, que c'est

(1) T. XV, nos 490 et suiv.

une œuvre de Rubens, ou, comme on dit, un *Rubens* que j'ai cru acheter, et que c'est cette qualité que j'ai eu principalement en vue d'obtenir, on ne doit plus hésiter à dire qu'il y a là une erreur sur la substance de la chose, et que j'ai acheté *aliud pro alio*, si le tableau n'est pas de Rubens (1). »

Ainsi donc, un marchand met en vente un tableau ordinaire, présenté comme tel, sans aucune attribution à tel maître déterminé; un amateur croît reconnaitre dans ce tableau l'œuvre d'un peintre célèbre. S'il ne se trompe pas, le tableau vaut vingt fois le prix qu'on en demande; il se garde bien de faire part au marchand de ses soupçons et s'empresse, moyennant une somme modique, d'acheter un objet dont il ne voudrait pas s'il n'émanait pas réellement du maitre supposé. Mais celui qui voulait ainsi tromper le marchand, s'est trompé lui-même; le tableau n'est rien autre chose que le tableau ordinaire qui lui a été présenté; pourra-t-il demander la nullité du marché pour cause d'erreur sur la substance même en offrant d'indemniser le vendeur s'il lui a fait manquer une autre occasion de vente? Ce serait absurde. Mais, dit-on, son intention, que nous supposons prouvée, d'acheter un *Rubens* est indéniable (2)... Il faut répondre, suivant le principe que nous avons déjà formulé, que les restrictions mentales ne peuvent en aucune façon modifier les effets de la volonté déclarée vis-à-vis d'un cocontractant de bonne foi. Dans l'espèce le vendeur mettait en vente un tableau ordinaire, sans aucune attribution spéciale; l'individualité du peintre était donc en dehors du contrat. L'acheteur en acceptant le marché dans ces termes déclarait aussi, de son côté, vouloir acheter un tableau ordinaire, sans aucune attribution spéciale; comment admettre qu'il pourra se prévaloir, plus tard, d'un *in mente retentum*

(1) T. XXIV, nos 92, 93.

(2) Voy. MOURLON, t. II, p. 466; COLMET DE SANTERRE, t. V, no 20 *bis* IV; LAURENT, t. XV, nos 502 et suiv.

pour faire casser le contrat? L'erreur alléguée ne porte donc pas sur la substance, mais seulement sur une circonstance accidentelle concernant le tableau envisagé (1), circonstance demeurée en dehors du contrat.

Mais la réalité de l'attribution d'un tableau à un maître déterminé peut, en vertu d'une clause spéciale du contrat, constituer une sorte de substance conventionnelle. La Cour de Paris exige, pour que l'erreur sur le nom du peintre soit une cause de nullité du contrat que « *ce nom soit entré dans la convention et en ait formé une condition essentielle* (2). »

Il en sera ainsi chaque fois qu'un tableau sera mis en vente avec l'indication formelle du peintre à qui il est attribué, à moins qu'il ne soit déclaré que la vente est faite sans aucune garantie (3).

A l'inverse, chaque fois qu'un tableau, une médaille, une statue, un objet d'art quelconque est mis en vente sans aucune indication quant à l'origine, la provenance, l'antiquité, l'auteur, etc., il faut admettre que le vendeur n'entend mettre en vente que l'objet matériel, tel qu'il se trouve. Il faut admettre aussi que celui qui achète l'objet dans de telles conditions, entend l'acheter tel qu'on le lui vend. En un mot, le vendeur entend simplement livrer ce qui constitue *la substance* de la chose mise en vente, et l'acheteur acheter seulement *la substance* dont il s'agit.

Par conséquent supposons qu'une boussole d'une forme particulière soit mise en vente ; un individu l'achète la croyant ancienne; il ne pourra agir en nullité, car il ne s'est pas trompé sur la substance. La substance d'une boussole, c'est d'être boussole; l'acheteur a précisément l'objet qu'il voulait

(1) Voy. AUBRY et RAU, § 343 *bis*, note 2.

(2) Paris, 9 janv. 1849, S. 49, 2, 80; Trib. Bruxelles, 18 nov. 1885, *Pas.*, 86, 3, 123; 2 déc. 1873, *Pas.*, 74, 3, 100.

(3) Bruxelles, 12 déc. 1888, *Pas.*, 89, 2, 390.

avoir, et n'a rien dit pour faire de l'ancienneté une condition du marché.

Au contraire, il s'est trompé sur la substance; il a acheté l'objet croyant que c'était une montre; il n'a pas ce qu'il voulait avoir; l'art. 1110 lui permet de faire casser le marché, et il n'est pas nécessaire que l'erreur dans laquelle il est tombé ait été également partagée par le vendeur.

26. Les règles ci-dessus étudiées reçoivent sans difficulté leur application à tous les contrats commutatifs qui comportent des prestations réciproques ainsi qu'aux contrats judiciaires (1). Mais dans les contrats unilatéraux, donation, dépôt, commodat, etc., celui qui doit recevoir n'a aucun intérêt à ce que le contrat soit annulé (2). Il importe peu que le donataire, le dépositaire, le commodataire reçoive une chose autre que celle qu'il avait en vue. Le créancier gagiste s'il a reçu en gage un objet de cuivre alors qu'on devait lui remettre un objet en or pourra agir en supplément de garantie, mais l'objet de cuivre sera valablement engagé (3).

27. L'erreur sur la personne n'est une cause d'annulabilité que si le contrat a été déterminé par la considération de la personne; ce qui est le cas pour les contrats de bienfaisance en général, et presque toujours dans ceux qui soumettent le débiteur à une obligation de faire, notamment les contrats d'engagement passés avec des artistes (4), c'est du reste au juge du fond qu'il appartient de décider souverainement si le contrat a été fait en considération de la personne (5).

Mais en faisant annuler l'acte, celui qui a donné un consentement ainsi vicié, sera tenu de réparer le dommage

(1) Cass. 14 nov. 1881, S. 83, 1, 303; 30 mai 1862, S. 63, 1, 26.
(2) Voy. MOLITOR, *loc. cit.*, p. 144, n° 103.
(3) L. 1, § 2, D. 13, 7, *De pign. act.*
(4) Voy. Trib. comm. Bruxelles, 3 janv. 1887, *Pas.*, 1887, 3, 66.
(5) Cass. Belge, 24 mai 1878, *Pas.*, 78, 1, 274.

causé à l'autre partie, si celle-ci n'a pas connu ou pu connaître l'erreur.

§ 2. — De la violence.

28. — Influence de la violence sur la volonté.
29. — Caractères de la violence, art. 1112.
30. — De l'engagement contracté en cas de danger imminent; de l'assistance maritime.
31. — Sur qui doit être exercée la violence, art. 1113.
32. — De qui doit émaner la violence, art. 1111.
33. — De la crainte révérentielle, art. 1114; durée de l'action en nullité, art. 1115.

28. La discordance entre la volonté exprimée ou déclarée et la volonté réelle peut être le résultat de la violence.

La violence est une cause de rescision des contrats parce qu'elle produit une crainte qui vicie le consentement. Remarquons qu'il ne s'agit pas d'une coercition matérielle, d'une force mécanique qui aboutirait, par exemple, à produire une signature. Dans ce cas il y aurait absence complète de consentement et l'acte n'aurait qu'une existence apparente.

Il faut supposer que la personne se trouve en présence d'une alternative; elle fait une chose qu'elle ne ferait pas si elle était livrée à elle-même, mais elle fait cette chose pour éviter un mal plus considérable. Suivant la doctrine romaine, il y a dans ce cas un consentement : *Si metu coactus*, disait Paul, *adii hæreditatem, puto me hæredem effici, quia, quamvis si liberum essem noluissem, tamen coactus volui* (1). Dans cette doctrine, on dit : *qui mavult, vult; coacta voluntas est voluntas*. Cette idée est évidemment une conséquence des doctrines stoïciennes qui n'admettaient pas que la crainte ou la douleur eussent le pouvoir d'enlever à l'homme sa liberté. Mais la formule de Paul n'est vraie que si l'on place l'homme en présence de deux partis à prendre agréables pour lui à

(1) L. 21, § 5, D. 4, 2, *Quod metus causa*.

des degrés différents, de deux choses que, par conséquent, il voudrait faire. Si on lui impose, par la violence, un choix que, libre, il n'eût pas fait, il est vrai de dire qu'il a voulu, quoique forcé par la crainte : *qui mavult, vult.*

Mais si, au contraire, on place l'homme en présence de deux maux, de deux choses dont il ne veut ni l'une ni l'autre, et que par la violence il soit déterminé à choisir, c'est à peine si on peut voir dans cette résignation un léger exercice de la volonté, et il ne sera plus exact de dire : *qui mavult, vult.* Aussi le préteur peu touché par les maximes transcendantes des stoïciens, venait au secours de celui qui s'était engagé par crainte, et le restituait contre les effets de cet engagement : *Sed*, continue Paul, *per prætorem restituendus sum.*

La doctrine romaine mitigée par l'intervention prétorienne fut acceptée par notre ancienne jurisprudence; la convention viciée par la violence fut considérée comme simplement annulable et non pas comme inexistante. Mais pour pouvoir l'attaquer, il fallait obtenir de la chancellerie des lettres de rescision, souvenir de l'ancienne restitution du préteur. En 1790 les lettres de rescision furent supprimées, et depuis on a pu se pourvoir directement devant les tribunaux.

Il importe de ne pas confondre l'action en nullité pour violence, avec l'action en nullité pour défaut de cause ou d'objet. Il arrivera souvent que ces deux actions se rencontreront à propos du même fait. Ainsi, par exemple, celui qui, dominé par la crainte, signe un billet par lequel il s'oblige à payer une somme qu'il ne doit pas, aura à son service l'action en nullité pour défaut de cause. Il pourra avoir intérêt à exercer l'action en nullité pour défaut de cause, dans les cas où il lui serait difficile de prouver la violence, et surtout dans le cas où l'action de violence serait prescrite.

Quelquefois, au contraire, le contrat sera seulement vicié par la violence et non par ce que la loi appelle défaut de

cause. C'est ce qui aura lieu quand on aura été forcé de conclure un contrat synallagmatique. Dans cette hypothèse, le seul moyen de nullité qui puisse être invoqué, c'est la violence.

29. Mais quand y aura-t-il violence?

ART. 1112. Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. — On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes (*).

Ce n'est pas là une définition, mais seulement l'indication du degré de gravité que doit atteindre la violence pour constituer un vice du consentement. Nous la définissons : *Une contrainte extérieure exercée sans droit sur la volonté, par une tierce personne.*

Nous disions que cette contrainte doit s'exercer sur la volonté, afin de la distinguer de la contrainte physique qui fait plus que vicier le consentement, mais l'anéantit.

Elle doit être exercée sans droit; la menace d'exercer un droit rigoureux dont on est investi, ne saurait, en principe, faire prononcer la nullité du contrat proposé pour éviter l'exercice de ce droit. Le contrat ainsi proposé pourra, s'il y a lieu, être annulé pour défaut de cause. Mais si le créancier s'était fait de son droit un moyen d'intimidation pour arracher le consentement de son débiteur à une convention étrangère à la dette, cette dernière convention serait annulable (1).

30. Cette contrainte doit être extérieure, c'est-à-dire qu'elle ne saurait être produite par une terreur ou panique née spontanément, sans cause apparente, dans l'esprit d'une personne; elle doit émaner d'une intelligence humaine, qui

(*) Art. 1112. — L. 184, D. 50, 17, *De reg. jur.*; L. 2, 3, 5, 6, 8, 22, D. 4, 2, *Quod metus causa.*

(1) Cass. 25 fév. 1879, D. 79, 1, 158; 19 fév. 1879, D. 79, 1, 445; Rouen, 15 juill. 1881, S. 81, 2, 213.

voit son but et raisonne ses moyens : *timor illatus ab aliquo* (1).

Il suit de là que l'engagement contracté en cas de danger, pour être délivré d'une attaque de brigands, ou sous l'influence de la crainte résultant d'un incendie, d'un naufrage imminent, etc., ne saurait être annulé pour cause de violence, car on ne peut pas dire qu'il a été *extorqué* par violence, pour employer l'expression de l'art. 1109.

Les auteurs se demandent alors ce qu'il faut décider si l'engagement est *immodéré, excessif :*

« C'est une mère, par exemple, qui, appelant un sauveur au secours de son enfant, lui a promis... *Toute sa fortune* (2) ! »

Cette manière de poser la question est vraiment singulière ; elle consiste, *après l'événement,* à rechercher ce que pouvait valoir, pour une mère, la vie de son enfant en danger ! Elle implique que cette mère ne devait pas dépenser, pour le sauver, une somme *immodérée*... En conséquence, dans le cas proposé, et autres semblables, Pothier, suivi par quelques auteurs modernes, décidait que : « Si une somme excessive avait été promise, l'auteur de la promesse pourrait faire réduire son obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service rendu (3). »

Mais cela n'est pas admissible ; si l'obligation est valable, le juge n'a pas le droit de la réduire : s'il résulte du fait que l'auteur de la promesse n'a pas eu la plénitude de la raison, il faut déclarer l'obligation inexistante (4), et conclure avec M. Colmet de Santerre que « celui à qui a été faite la promesse est dans la même position qu'un homme

(1) Voy. L. 9, pr. D. 4, 2, *Quod metus causa;* LAROMBIÈRE, *loc. cit.*, sur l'art. 1112, n° 2.

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 151 ; LAURENT, t. XV, n° 519.

(3) POTHIER, *Oblig.*, n° 24; DUVERGIER sur TOULLIER, t. III, n° 85, note *a;* DURANTON, t. X, n° 149; LAROMBIÈRE, art. 1112, n° 12.

(4) DEMOLOMBE et LAURENT, *loc. cit.*

qui se dévoue spontanément pour sauver une autre personne; il n'a pas d'action pour obtenir le paiement du service qu'il a rendu (1). » En théorie, dit M. Laurent, il faut s'en tenir à la rigueur du droit; quant à la pratique elle ignore ces débats (2).

Cette dernière assertion n'est malheureusement pas exacte; et la difficulté se présente souvent dans les cas d'assistance maritime.

L'assistance maritime est le secours prêté à un navire en péril; elle se distingue du sauvetage qui suppose un navire abandonné par l'équipage. L'assistance est facultative, sauf dans les cas d'abordage réglés par la loi du 10 mars 1891.

D'après les principes de la législation française il faut reconnaître que le contrat d'assistance conclu au moment du danger est valable, car il n'y a pas de texte qui l'annule à raison de cette seule circonstance qu'il suppose un danger couru par l'assisté. Mais si la rémunération convenue semble manifestement exagérée, on admet que les tribunaux peuvent la réduire (3). Cela est insoutenable; comment les juges pourraient-ils ainsi modifier les éléments d'une convention?

La jurisprudence à pris une autre voie pour arriver au même but. La Cour de cassation applique tout simplement les textes relatifs à la violence, et annule en vertu des art. 1109 et 1112, l'engagement contracté par un capitaine qui : *pour arracher son navire à une perte prochaine et fatale, a subi par nécessité les conditions léonines mises par le capitaine d'un remorqueur au concours de son bâtiment dans les opérations du sauvetage* (4). Mais il n'est pas possible d'assimiler ainsi la pression résultant des événements et des circonstances à

(1) T. V, n° 20 *bis*.
(2) *Loc. cit.*
(3) De Courcy, *Quest. de Dr. marit.*, t. III, p. 27.
(4) Cass. 27 avr. 1887, D. 88, 1, 263; Voy. Aix, *la Loi* des 10 et 11 fév. 1890; Rouen, 4 juill. 1871, S. 71, 2, 134.

la contrainte personnelle et directe exercée par un tiers sur la volonté de l'obligé. Quand le législateur a voulu tenir compte de la pression résultant des circonstances, il l'a déclaré. C'est ainsi que, par l'action en rescision, il a restitué le vendeur contre les effets d'une vente que, peut-être, le besoin d'argent l'a obligé de conclure à vil prix. Mais c'est le seul cas dans lequel le législateur a ainsi tenu compte de la pression exercée par les événements, et même la décision qu'il a prise sur ce point a été fort justement critiquée (1). Il serait souverainement arbitraire de transporter dans une autre matière cette théorie de la rescision pour cause de lésion que la loi déclare n'être faite que pour certains contrats et certaines personnes (art. 1118). Où en serait-on s'il était permis à une partie de faire annuler un contrat sous prétexte qu'elle n'a pas été tout à fait libre, et que les circonstances l'ont obligée à faire plus qu'elle n'aurait voulu !....

Il faut donc que la violence émane de quelqu'un : *timor illatus ab aliquo;* mais il faut qu'elle ait une certaine gravité.

31. Elle doit se traduire par un acte de nature à faire impression *sur une personne raisonnable*, dit l'art. 1112, c'est-à-dire sur la raison de la personne ;

En lui inspirant *la crainte d'un mal considérable et présent*, dit encore le texte, ce qui veut dire la crainte *présente* d'un mal considérable, même éventuel.

Ce mal doit menacer la fortune ou la personne, soit physique, soit même morale, en inspirant par exemple la crainte de la diffamation ou de la calomnie. Cependant la crainte d'un procès considéré comme pouvant être scandaleux, ne suffirait pas pour vicier le consentement donné à une transaction (2).

(1) Voy. notre *Code civil italien*, p. 272.
(2) Trib. Bruxelles, 22 juill. 1891, *Pas.*, 91, 3, 354.

Enfin il n'est pas nécessaire, comme dans la doctrine stoïcienne (1), que la menace soit de nature à faire impression *in homine constantissimo;* il faudra au contraire avoir égard à la condition des personnes.

Comme il s'agit de vérifier si la volonté de celui qui s'oblige a été déterminée par une crainte engendrée par la violence, il faut admettre que :

ART. 1113. La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ascendants (*).

Les enfants naturels aussi bien que les enfants légitimes paraissent devoir être compris au nombre des descendants.

La violence exercée sur les personnes dont parle l'art. 1113, est présumée par la loi être de nature à produire sur la volonté du contractant, la même impression que si elle avait été exercée sur lui-même. Il n'est donc besoin d'aucune preuve à faire à cet égard. Quant à la violence dirigée contre des personnes autres, il est soutenu par quelques auteurs que le juge peut, suivant les circonstances, reconnaître qu'elle a produit cet effet (2). D'après Demolombe la solution contraire *n'est pas tolérable!* « En présence d'un parent, d'un allié, d'un ami ou même d'un étranger, menacé de périr sous le fer d'un assassin, si je ne m'oblige pas, je ne suis, dit-il, vraiment pas libre de m'obliger! » Mais qui donc peut songer, comme le fait remarquer M. Laurent, à extorquer le consentement, en violentant un parent quelconque ou un ami ou un étranger? C'est donc avec raison que l'art. 913 a admis une exception limitée aux personnes qu'il indique (3). Sinon

(*) Art. 1113. — L. 8, § 3, D. 4, 2, *Quod metus.*

(1) L. 6, D. 4, 2, *Quod metus causa.*

(2) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 162; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 23 *bis;* MARCADÉ, sur l'art. 1113.

(3) DURANTON, t. V, n° 152; AUBRY et RAU, § 343 *bis*, note 14; LAURENT, t. XV, n° 320.

il faudrait le compléter par une disposition ainsi conçue : la violence exercée d'ailleurs contre *n'importe qui* sera une cause de nullité si la partie qui s'est obligée établit qu'elle a été émotionnée par le danger couru par *n'importe qui!*

32. A l'inverse, la violence émanée de n'importe qui, doit faire annuler le contrat :

ART. 1111. La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite (*).

La loi en accordant ainsi l'action en nullité pour cause de violence, sans soumettre le demandeur à la nécessité d'établir que la violence émane précisément de celui avec qui il a traité, prévoit implicitement plusieurs hypothèses :

1° Celle où la violence émane réellement de celui au profit de qui l'obligation est contractée, ce qui ne comporte aucune difficulté;

2° Celle où la violence émane d'individus opérant pour le compte d'un tiers, leur complice caché, au profit de qui l'obligation est contractée, ce qui ne comporte également aucune difficulté, s'il est possible de prouver la complicité dont s'agit;

3° Celle où la violence émane d'individus, connus ou inconnus, dont on ne peut établir les relations avec celui au profit de qui l'obligation est contractée.

Dans ce dernier cas, il est assez difficile de comprendre comment les auteurs de la violence ont pu agir ainsi dans l'intérêt d'un tiers qui ne serait pas leur complice. Quoi qu'il en soit, il était juste de dispenser le violenté d'alléguer même la complicité de ce tiers. Autrement il aurait été trop facile de faire violenter quelqu'un par des gens inconnus, et de profiter ensuite de leurs actes.

Il faut remarquer en outre que, suivant une remarque

(*) Art. 1111. — L. 9, § 1, L. 14, § 3, D. 4, 2, *Quod metus.*

d'Ulpien : *metus habet in se ignorantiam* (1) ; c'est-à-dire que la violence se produit toujours à l'improviste. Elle est *ignorée*, ou en d'autres termes *non prévue*, autrement celui contre qui elle est préparée ne s'exposerait pas à la subir.

Pour tous ces motifs l'action en nullité pour cause de violence est *concepta in rem* et non *in personam*, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire d'indiquer la personne à qui les faits de violence sont imputés.

33. Si la violence n'a pas atteint le degré de gravité dont l'art. 1112 indique les éléments, elle ne pourra servir de base à une action en nullité. Il lui manque quelque chose. Mais ce qui lui manque pourra se trouver en quelque sorte suppléé par l'appoint résultant de ce qu'on appelle la *crainte révérentielle* :

ART. 1114. La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrat.

C'est-à-dire que la crainte révérentielle pourra faire annuler le contrat si, à l'intimidation qui la constitue, s'ajoute une violence quelconque qui, à elle seule, ne suffirait pas pour vicier le consentement.

Les auteurs, à la suite de Pothier, déclarent que la crainte révérentielle : « a sa source dans ces sentiments de respect, de tendresse et de soumission qui sont la base excellente de l'autorité paternelle et de la discipline domestique (2). »

Nous doutons beaucoup de la vérité de cet aperçu ; les sentiments dont il s'agit ont pour conséquence naturelle une confiance réciproque, et jamais *la crainte*. La crainte révérentielle est au contraire le sentiment de terreur profonde que des parents trop rigides inspirent quelquefois à leurs enfants, sentiment qui ne s'efface jamais. Quand un enfant

(1) L. 14, § 3, D. 4, 2, *Quod metus causa*.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 27; DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 152, 153; LAURENT, t. XV, n° 514; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 809.

se trouve vis-à-vis de son père placé dans un tel *état d'âme*, comme on dit aujourd'hui, il suffit d'une simple menace pour neutraliser absolument sa volonté. Voilà pourquoi il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu *violence exercée* dans le sens de l'art. 1112.

L'action en nullité pour cause de violence quoique *concepta in rem*, au point de vue des faits de violence allégués, ne peut être dirigée que contre celui qui profite du contrat vicié. La nullité est simplement relative, d'où la conséquence suivante reproduite d'une manière plus générale dans l'article 1117 :

ART. 1115. Un contrat ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrat a été approuvé, soit expressément, soit tacitement, soit en laissant passer le temps de la restitution fixé par la loi (*).

§ 3. — Du dol et de la lésion.

34. — Caractères du dol, art. 1116.
35. — Il n'y a pas intérêt à distinguer entre un dol civil et un dol criminel.
36. — Des mensonges et réticences.
37. — Dol principal et dol incident.
38. — De qui doit émaner le dol; comparaison avec la violence.
39. — De la preuve en cette matière; action en nullité, art. 1117.
40. — De la lésion, art. 1118.
41. — Effets des diverses causes de nullité à l'égard des successeurs des parties.

34. Le consentement peut encore être vicié par le dol qui, à certains égards, est plus répréhensible que la violence, car il contient l'hypocrisie unie à la méchanceté.

Le dol peut être défini :

Toute manœuvre ou affirmation précise mensongère, émanée de l'une des parties, ayant pour but et pour effet de faire naître dans l'esprit de l'autre partie une erreur portant

(*) Art. 1115. — L. 2, 4, C. 2, 20, *De his quæ vi, metusve.*

cette dernière à faire un contrat qu'elle n'aurait pas fait sans ces mêmes agissements.

Le *dol* est donc caractérisé par cette circonstance qu'il fait naître une erreur entraînant la détermination de la volonté. Il faut donc le distinguer de la *fraude* qui désigne les actes de mauvaise foi commis au préjudice des tiers, en dehors de leur concours (1).

Le dol se rattache donc, par un certain côté, à la théorie de l'erreur. Nous avons vu que, d'après la loi, l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle porte sur la substance de l'objet formant la matière de la convention; elle est indifférente quand elle porte seulement sur les qualités accidentelles de la chose, ou sur les motifs de la convention. Mais dans ces mêmes hypothèses elle ne saurait être considérée comme indifférente quand elle a été déterminée par le dol de la partie avec qui le contrat a été conclu. Il était donc indispensable, pour compléter le système, de créer une action en nullité spéciale pour le cas de dol :

ART. 1116. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. — Il ne se présume pas, et doit être prouvé (*).

Il faut donc que les manœuvres dolosives aient un certain degré de gravité pour pousser ainsi à contracter la partie qui en a été victime. Mais cette gravité doit être uniquement appréciée au point de vue de l'influence que le dol peut avoir exercée sur la pureté du consentement.

35. Un auteur fait observer que : « Le dol dégénère en véritable délit lorsque les manœuvres qui le constituent atteignent une gravité telle que l'ordre public exige autre chose que l'annulation du contrat. La loi distingue formellement l'escroquerie du simple dol; dès lors le fait insuffisant pour

(*) Art. 1116. — L. 1, § 2; L. 7, § 10, D. 4, 3, *De dolo malo*.
(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 169.

constituer le délit puni par l'art. 405, C. P., peut créer une action en nullité de la convention ou en dommages-intérêts. La loi civile atteindra comme dol ce que la loi criminelle n'a pu atteindre comme escroquerie (1). »

Il faudrait donc distinguer entre le *dol civil et le dol criminel.* Cette distinction aurait pour base une sorte de triage opéré entre les faits dolosifs, d'après leur gravité. Les plus graves seraient réprimés par la loi pénale, les autres seraient abandonnés à la loi civile.

Cette distinction plus ou moins admise par les auteurs doit être absolument rejetée :

« Ce que la loi pénale punit, ce n'est pas la tromperie dans la conclusion d'un contrat, ou la déloyauté dans son exécution, c'est le détournement de la chose d'autrui; c'est le vol (et ses diverses formes, abus de confiance, escroquerie), qui est un délit, et non pas le dol. C'est au droit civil seul qu'il appartient de se préoccuper du dol, et de fixer les effets de l'obligation qu'il fait naître. Le dol criminel n'existe pas, si, par le dol criminel, on veut entendre le dol frappé d'une peine pour lui-même. Le dol ne devient délit que lorsqu'il sert à s'emparer du bien d'autrui, et quand le Code pénal sévit contre l'auteur d'un dol, c'est toujours parce qu'il a pris ce qui ne lui appartenait pas, comme l'eût fait un voleur. — Par suite, il faut rejeter comme entièrement fausse l'idée émise par certains auteurs, d'après laquelle le système de la loi serait fondé sur un triage à opérer entre les faits de dol, d'après leur degré de gravité. Or, il est faux que la loi pénale s'émeuve seulement des actes les plus immoraux et laisse au droit civil le soin de réprimer les dols bénins. La vérité est que la loi pénale fait un délit de toute atteinte au droit de propriété, et aban-

(1) BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude;* Voy. DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 173.

donne au droit civil toute la matière des conventions (1). »

36. Le dol consiste le plus souvent dans des manœuvres destinées à tromper, mais il peut consister aussi dans des mensonges, non combinés avec des manœuvres proprement dites, pourvu qu'ils revêtent la forme d'affirmations précises (2).

La simple réticence ne serait constitutive de dol que dans les circonstances où la loi impose à la partie qui ne dit rien l'obligation de parler, par exemple, lorsque le vendeur connaît les défauts de la chose (art. 1645), ou lorsqu'un individu contracte une assurance, alors qu'il n'a plus de doute sur la disparition du risque (art. 368, C. com.) (3). Mais une simple inexactitude dans les renseignements fournis par l'un des contractants à l'autre, ne saurait, en l'absence d'artifices ou manœuvres, équivaloir au dol (4).

Il faut d'ailleurs, pour apprécier la gravité des prétendus faits de dol allégués, et par suite leur conséquence sur la validité de la convention, rechercher quelle impression ont pu produire les procédés employés sur la partie qui se plaint. Ainsi on laisse passer les simples vantardises, l'exagération des qualités de la chose qu'on offre, l'atténuation de ses défauts. Pourquoi? Parce que ces procédés habituels, tant qu'ils consistent en paroles, ne trompent personne, n'empêchent aucune vérification et ne conduisent pas nécessairement à l'erreur (5).

Voilà le *criterium;* il faut que le dol ait pour but et pour effet de *conduire à l'erreur*, il faut que les manœuvres pratiquées soient telles qu'il devienne *évident* que sans ces

(1) M. PLANIOL, *Dol civil et dol crim.*, *Revue critique*, 1893, p. 662, n° 65.

(2) AUBRY et RAU, § 343 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 172.

(3) PLANIOL, *loc. cit.*, p. 570, n° 36.

(4) Rennes, 21 juill. 1880, D. 83, 1, 330.

(5) PLANIOL, *loc. cit.*, n° 37.

manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté... *évident*, pour qui? naturellement pour celui qui est chargé de les apprécier, c'est-à-dire pour le juge du fait dont la décision à cet égard doit être souveraine (1).

37. Quand l'évidence dont parle l'art. 1116 existe, on dit qu'il y a *dol principal* par opposition au *dol incident*, lequel, sans avoir déterminé l'une des parties à contracter, a eu seulement pour résultat de l'amener à traiter à des conditions plus onéreuses que celles qu'elle aurait acceptées sans les manœuvres qui l'ont circonvenue durant la négociation du contrat (2). Ainsi on peut citer comme exemple le cas d'un propriétaire qui, ayant trouvé pour sa maison un acquéreur qui s'est librement et spontanément présenté, fait monter outre mesure le prix de son immeuble, en simulant de fortes locations qui n'existent pas. Mais même dans cette hypothèse et quoique décidé à acheter la maison, il se peut très bien que, sans le dol qui l'a trompé, l'acheteur n'aurait pas conclu le marché aux conditions sous lesquelles il a traité. Le dol incident peut donc devenir principal, et par conséquent la distinction empruntée au droit romain ne sert à rien. Il vaut donc mieux appeler dol principal celui sans lequel le contrat n'aurait pas eu lieu, et dol incident ou accidentel, celui qui n'aurait pas empêché la partie trompée de contracter (3). Mais ces dénominations ne sont d'aucun secours pour distinguer ces deux espèces de dol (4). C'est seulement, en effet, quand le juge aura statué sur les conséquences du dol allégué que l'on pourra user de la classification, et dire que le dol était principal ou incident.

(1) Cass. 21 oct. 1885, D. 86, 1, 403.

(2) L. 18, § 1, D. 23, 3, *De jure dotium;* DURANTON, t. X, n° 171; Comp. AUBRY et RAU, t. IV, p. 302, notes 21 et 22.

(3) DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 175 et 176; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 814.

(4) LAURENT, t. XV, n° 523.

Si les juges estiment que le dol a déterminé l'une des parties à contracter, ils prononceront la rescision du contrat; le dol aura été principal :

S'ils estiment au contraire que le dol a eu simplement pour effet de lui imposer des conditions plus onéreuses, ils pourront accorder seulement des dommages-intérêts, et alors le dol aura été incident. Le dol incident aboutit en définitive à une action en *quanti minoris* ou diminution de prix; une Cour a appliqué cette règle aux honoraires d'un avocat (1).

Enfin, si le prétendu dol est reconnu avoir été postérieur à la conclusion du contrat, il est manifeste qu'il ne peut donner lieu à aucune nullité (2).

38. Pour que le dol puisse, comme dol principal, entraîner la rescision du contrat, il faut qu'il ait été pratiqué par l'une des parties contre l'autre.

Il faut remarquer :

1° Que la violence est une cause de nullité, quel qu'en soit l'auteur;

2° Que, par suite, on fait supporter les effets de la violence à quelqu'un qui ne l'a pas commise;

3° Que la violence n'est une cause de nullité que parce qu'elle altère la pureté du consentement.

Or, le dol n'est également une cause de nullité que parce qu'il altère la pureté du consentement;

Donc, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas une cause de nullité quel que fût son auteur, et pourquoi on n'en ferait pas subir les conséquences à l'autre partie, quoique cette dernière n'en soit pas l'auteur.

En effet, qu'il s'agisse de violence ou de dol, le consentement, considéré en soi, est également vicié dans les deux cas,

(1) Cass. 30 avr. 1884, D. 85, 1, 229; Bruxelles, 2 juin 1869, *Pas.*, 70, 2, 79.

(2) Agen, 4 mars 1889, S. 89, 2, 139.

et dans les deux cas celui qui a été violenté ou trompé devrait avoir droit, ce semble, au même mode de restitution contre les effets de l'acte qui lui a été arraché ou extorqué.

Aussi n'est-il pas facile de justifier la différence traditionnellement admise sur ce point entre la violence et le dol. Mais de toutes les raisons données dans ce but, la plus mauvaise est certainement celle que Demolombe formule de la manière suivante :

« Le dol ne trouble pas le bon ordre de la société autant que la violence, et il n'est pas nécessaire de le *réprimer* aussi sévèrement (1). »

Est-ce qu'il s'agirait de *punir*, de *réprimer* la violence ou le dol? Singulière punition dans tous les cas que celle qui est infligée sur le dos de la personne qui a, de bonne foi, contracté avec celui qui a été violenté par un tiers !

Pour nous, nous ne voyons qu'une raison pour expliquer, dans une certaine mesure, la distinction encore reçue :

Elle est fondée sur la remarque déjà faite que *metus habet in se ignorantiam*. La violence est toujours *ignorée* avant qu'elle éclate, c'est-à-dire imprévue. La loi peut donc dire aux citoyens : Vous pouvez vaquer sans crainte à vos transactions ordinaires ; s'il vous est fait violence, n'importe par qui, vous serez restitués.

A l'inverse, le dol ne peut jamais émaner que des personnes avec lesquelles on se trouve en rapports. Or on doit toujours se méfier des individus, qui sans intérêt personnel apparent, viennent s'immiscer dans nos affaires; puisqu'on doit se méfier, c'est que *dolus non habet in se ignorantiam;* on peut le prévoir et il sera prévu et par conséquent déjoué si on est circonspect. La loi peut donc dire aux citoyens : Soyez circonspects à l'égard des individus qui cherchent à vous circonvenir quand vous n'avez aucune affaire à traiter avec eux,

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 184.

car je ne vous relèverai des suites du dol dont vous serez victime, que si ce dol émane de la partie avec qui vous avez contracté.

Si donc il arrive que le dol réfléchisse contre une partie qui y est demeuré étrangère, ce ne peut être que par application de principes étrangers à la matière.

Ainsi un individu vend sa maison par indivis à deux acheteurs; l'un de ceux-ci a, par son dol, déterminé le vendeur à contracter; l'autre est de bonne foi. La vente est annulable à l'égard du premier, elle ne l'est pas à l'égard du second. Mais comme le consentement du vendeur est indivisible, le second subira le contre-coup de la mauvaise foi du premier. En s'associant avec celui-ci pour un achat commun, il s'est soumis à toutes les chances d'annulabilité provenant du chef de son co-acheteur.

39. Le dol, dit l'art. 1116 *in fine*, ne se présume pas et doit être prouvé. Cette formule est équivoque; il semblerait en effet que notre art. 1116 veut dire qu'en matière de dol, les présomptions dont parle l'art. 1349 ne sont pas admises. Mais le texte signifie simplement que, jusqu'à preuve du contraire, la bonne foi est toujours présumée, et non pas le dol. C'est-à-dire que jamais on ne sera tenu de prouver qu'on était de bonne foi, attendu qu'on ne saurait jamais être présumé de mauvaise foi. C'est à celui qui veut se prévaloir de la prétendue mauvaise foi de son adversaire, à établir cette mauvaise foi, à prouver le dol dont il parle. Mais il peut faire cette preuve par tous les moyens possibles, même en invoquant les présomptions dont parle l'art. 1349 (1); les juges du fait apprécient souverainement la portée et la signification de la preuve (2).

La preuve dont il s'agit sera faite dans l'instance en nullité qui aura été engagée, car

(1) Cass. 21 oct. 1885, D. 86, 1, 403.
(2) Cass. 11 mai 1887, D. 87, 1, 398; 21 déc. 1886, D. 87, 1, 230.

ART. 1117. La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section VII du chapitre V du présent titre.

40. Après avoir successivement caractérisé les trois vices qui peuvent directement affecter le consentement, la loi s'occupe d'un quatrième, la lésion, dont l'influence sur le consentement est loin d'être aussi directe :

ART. 1118. La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.

La lésion est le préjudice qu'on éprouve lorsque dans un contrat commutatif, on ne reçoit pas l'équivalent, même approximatif, de ce que l'on donne.

Nous disons : *même approximatif*, parce que le prix des choses ne saurait être exprimé par un chiffre indivisible. Il comprend au contraire une certaine étendue dans laquelle les parties peuvent débattre leurs prétentions; on peut dire que le prix peut osciller entre un *maximum* et un *minimum*. Si on suppose que le prix a été fixé au-dessus du maximum ou au-dessous du minimum, il y a lésion, ne fût-elle que de fort peu de chose.

La question est de savoir si cette lésion doit rendre le contrat annulable. L'affirmative est repoussée par les principes. Les textes qui cependant l'ont admise, sont des *rescrits* inspirés, peut-être, par des considérations personnelles (1). Ces rescrits, il faut le remarquer, n'ont pas été insérés dans le Code Théodosien, qui renferme au contraire plusieurs constitutions postérieures consacrant les vrais principes, et repoussant la lésion.

Dans l'ancien droit, elle ne produisait de rescision que si elle était énorme, c'est-à-dire d'outre moitié, et encore seulement dans les conventions relatives aux immeubles. La nécessité d'assurer le commerce des meubles et surtout la

(1) L. 2, L. 8, C. 4, 44, *De rescind. vend.*

rapidité de ce commerce ne permettait pas d'admettre, en matière mobilière, la rescision pour cause de lésion.

Dans les partages, il suffisait que la lésion dépassât le quart.

Enfin la simple lésion, c'est-à-dire une lésion quelconque produisait rescision au profit du mineur.

La loi du 14 fructidor an III supprima ces causes de nullité par suite de la valeur essentiellement mobile des assignats; mais l'ancien système fut bientôt rétabli par la loi du 3 germinal an V en exceptant les ventes de biens nationaux.

La loi moderne a consacré des règles analogues : l'article 1118 pose en principe que la lésion ne vicie pas les conventions, si ce n'est pour certaines personnes, ce qui fait allusion aux mineurs (art. 1305), et pour certains contrats auxquels renvoie l'art. 1313, et qui sont : les partages (article 887); les ventes amiables d'immeubles, dans l'intérêt du vendeur seulement (art. 1674).

Dans le cas où il y a rescision pour cause de lésion, on peut dire qu'il y a un certain vice du consentement lequel subit une sorte de pression résultant des circonstances. Il ne faut donc pas rattacher ce vice à une erreur; il existerait quand même la partie lésée aurait connu la véritable valeur des choses. Nous reviendrons d'ailleurs sur tous ces points à propos des art. 1304 et suiv. qui sont le siège de la matière.

41. Mais nous devons vérifier tout de suite si les diverses rescisions contenues dans ce chapitre peuvent être utilement invoquées contre les successeurs de la partie.

L'affirmative est incontestable à l'égard des successeurs universels qui sont tenus des obligations de leur auteur. Mais cette solution n'est pas aussi évidente à l'égard des successeurs particuliers.

Soit, par exemple, une convention entachée d'erreur, de violence, de dol ou de lésion; la partie qui est devenue propriétaire par suite de cette convention a transféré l'objet

à un autre; la question est de savoir si ce dernier, le sous-acquéreur, pourra être attaqué, c'est-à-dire mis en cause par celui qui a le droit de faire rescinder le contrat pour cause de violence, d'erreur, de dol ou de lésion, de façon que le jugement de rescision ait effet contre lui.

Il faut d'abord éliminer le cas où, s'agissant d'un meuble corporel, le sous-acquéreur de bonne foi, serait en situation de repousser l'action du vendeur primitif en invoquant l'art. 2279. La question se pose à l'égard d'un immeuble acquis en vertu d'une convention viciée et transféré à un tiers de bonne foi; ce dernier pourra-t-il être attaqué par le premier vendeur?

La question paraît résolue par cette remarque que le vendeur peut seulement transférer les droits dont il est investi, et tels qu'ils lui appartiennent; donc : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* C'est cette règle que l'art. 2182 applique en matière d'hypothèque : la question est de savoir si elle est applicable à la rescision.

Pour la rescision dérivant de la lésion, il y a un texte formel, l'art. 1681.

En ce qui touche la nullité pour cause d'erreur, l'art. 1110 suppose que l'erreur peut être invoquée même contre la partie qui ne s'est pas trompée; on peut donc, logiquement, la faire rejaillir contre les tiers.

Même observation pour la violence qui, d'après l'art. 1111, peut être opposée même à celui qui en est innocent.

Mais pour le dol il y a controverse. La raison de douter vint de ce que l'art. 1116 n'admet la nullité que lorsque le dol a été pratiqué par la partie contractante, et ne permet pas d'opposer à cette dernière le dol qui a été pratiqué par un tiers. Donc, dit-on, on ne peut opposer le dol qu'à celui qui l'a pratiqué, et non pas aux tiers-acquéreurs de bonne foi. On ajoute que, d'ailleurs, le dol n'est pas en réalité un vice du consentement, mais seulement un fait dommageable

dont la réparation consiste, vis-à-vis de la partie, dans le rétablissement du *statu quo ante* (1).

Cette opinion est rejetée par la majorité des auteurs comme contraire au texte formel et à l'esprit des art. 1109 et 1117 (2).

§ 4. — Des stipulations pour autrui.

42. — En principe on traite pour soi ; application faite par l'art. 1119.
43. — De la clause de porté-fort, art. 1120.
44. — De la stipulation pour autrui faite en qualité de représentant du tiers intéressé.
45. — De la stipulation faite pour autrui en son propre nom.
46. — Le stipulant doit avoir un intérêt, art. 1121.
47. — Condition du tiers en faveur de qui la stipulation est intervenue.
48. — Son acceptation n'est pas nécessaire pour l'acquisition même du droit.
49. — De la faculté de révocation appartenant au stipulant; à qui doit profiter le bénéfice de la stipulation révoquée.
50. — Applications diverses de la stipulation pour autrui faite à titre onéreux;
51. — Ou faite à titre gratuit; cas des assurances pour la vie au profit d'un tiers déterminé.
52. — De la détermination du tiers envisagé dans les divers cas d'assurances pour le compte d'autrui.
53. — Cas des ouvriers ou fournisseurs d'un sous traitant voulant agir contre un entrepreneur principal de travaux publics.
54. — Cas d'une stipulation faite au profit d'une commune future.
55. — Les stipulations faites pour soi réfléchissent-elles contre les héritiers? art. 1122.
56. — Peut-on stipuler pour ses héritiers sans stipuler pour soi-même? précédents historiques.

42. Il existait en droit romain deux règles bien distinctes et qu'il importe de ne pas confondre, d'autant que souvent

(1) MARCADÉ, sur l'art. 1116.

(2) TOULLIER, t. VIII, nos 549 et 550; DURANTON, t. XII, nos 564 à 567; AUBRY et RAU, § 336, texte et note 2; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 26 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 190; LAURENT, t. XIX, n° 75; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 820.

les commentateurs les ont prises l'une pour l'autre, et en fait les ont confondues, après les avoir théoriquement distinguées.

La première règle était celle-ci :

On ne peut pas être représenté par une personne libre dans un rapport juridique. Cette règle était générale et s'appliquait à tous les actes juridiques, notamment à tous les contrats (1).

La deuxième règle peut être ainsi formulée :

On ne peut valablement stipuler pour autrui, ni promettre pour autrui.

Cette règle signifiait seulement que les stipulations et les promesses pour autrui sont destituées de tout effet juridique, soit vis-à-vis du promettant, soit vis-à-vis du stipulant. Cette seconde règle paraissait ne concerner que les stipulations.

La première règle était faite pour les tiers; elle signifiait qu'on ne peut faire acquérir directement un droit de créance à un tiers, et qu'on ne peut obliger les tiers. Mais elle laissait intacte la question de savoir si l'acte ainsi posé, sans effet à l'égard des tiers, était valable *inter partes*.

Au contraire, la deuxième règle s'occupait uniquement des effets de l'acte, *inter partes*, pour le déclarer nul, inefficace ou inutile quand il s'agissait d'un contrat de droit strict :

Or, il ne faut pas perdre de vue que, dans notre droit, la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi a disparu, et de plus que le mandant est réellement représenté par le mandataire dans les actes juridiques.

C'est en présence de cette modification apportée aux idées anciennes, qu'a été introduite dans le Code une règle qui évoque les souvenirs qui viennent d'être rappelés :

ART. 1119. On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même.

Ce texte se décompose en deux propositions :

(1) L. 11, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

1° On ne peut s'engager en son propre nom, c'est-à-dire devenir débiteur, que pour soi-même ;

2° On ne peut en son propre nom stipuler, c'est-à-dire devenir créancier, que pour soi-même.

Occupons-nous d'abord de la première proposition : *on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même.*

Nous remarquons tout de suite qu'il s'agit d'un individu qui traite *en son propre nom*, c'est-à-dire qui n'agit pas au nom d'un autre. Par conséquent il n'est question, ni d'un mandataire, ni d'un gérant d'affaires, ni d'un représentant quelconque.

Or, on nous dit que cet individu, qui ne représente personne, ne peut, s'il veut créer une obligation, la créer qu'à la charge de lui-même. Cela paraît évident et n'avait pas, ce semble, besoin d'être dit.

Mais la formule critiquée a été inspirée par les souvenirs de l'ancienne stipulation. A la place du mot *engager*, on peut donc lire le mot *promettre*, et alors la proposition revient à ceci, que : lorsqu'une personne se borne à promettre le fait d'autrui, non seulement autrui n'est pas engagé, ce qui est manifeste, mais même l'auteur de la promesse ne doit pas être considéré comme ayant voulu s'engager lui-même.

43. En effet, lorsque des pourparlers s'établissent entre deux personnes au sujet d'un fait que l'une des deux aurait intérêt à voir réaliser par un tiers, il peut arriver que l'autre lui promette que le tiers réalisera le fait envisagé.

Mais cette promesse peut être faite de deux manières différentes :

L'auteur de la promesse peut avoir eu l'intention de s'obliger réellement à procurer à l'autre partie le fait d'un tiers, sinon à payer le préjudice résultant de l'abstention de ce fait.

C'est le cas prévu par le texte suivant :

ART. 1120. Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci sauf l'indemnité contre celui

qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement.

Mais on peut avoir simplement promis de bons offices pour déterminer le tiers à agir dans le sens voulu, sans toutefois se porter fort qu'il se décidera et par conséquent sans avoir l'intention de s'obliger soi-même. Dans ce cas, il est certain que la promesse faite n'aura pas engendré d'obligation.

Or, quand quelqu'un, parlant seulement en son nom, a promis le fait d'autrui, la question était de savoir s'il avait entendu s'obliger lui-même, ou bien s'il n'avait pas entendu s'obliger. Il y a donc lieu simplement d'interpréter la volonté de celui qui a promis, volonté qui n'est pas suffisamment manifestée. Tel est le but des art. 1119 et 1120.

La loi présume que lorsqu'on a promis le fait d'autrui sans s'expliquer davantage, on n'est pas tenu, parce que en général, on ne s'engage en son propre nom que pour soi-même, c'est-à-dire lorsqu'on promet un fait personnel, c'est ce que dit l'art. 1119.

Mais si au contraire on s'est expliqué, si on a déclaré se porter fort pour autrui, alors on est obligé, quoique on n'ait pas promis un fait personnel, et tel est le sens de l'art. 1120.

Seulement la question est de savoir si, pour qu'il y ait lieu d'appliquer l'art. 1120, pour qu'on puisse être considéré comme obligé quand on a promis le fait d'autrui, il faut nécessairement qu'une clause explicite de porté-fort ait été insérée dans le contrat, ou bien s'il ne serait pas permis, d'après les circonstances, de supposer que telle a été en effet la volonté des parties.

On peut faire une distinction : s'il n'est intervenu entre les parties qu'une convention purement verbale, comme il est impossible de savoir si le promettant a réellement eu l'intention de s'engager, il faudra appliquer l'art. 1119; il n'y aura pas d'obligation.

Si au contraire les parties ont passé acte sous seing

privé ou authentique de leur convention, on pourra supposer qu'il y a eu dans leur intention commune pacte de porté-fort, et appliquer l'art. 1120; il y aura obligation. En effet, la précaution prise par les parties de rédiger un écrit semble bien démontrer que le promettant a eu l'intention de s'obliger; autrement à quoi servirait cet écrit? Cette solution est d'ailleurs conforme à la règle d'interprétation donnée par l'art. 1157.

44. Voyons maintenant la seconde partie de la règle qu'on ne peut en son propre nom *stipuler*, c'est-à-dire devenir créancier que pour soi-même.

Pour bien comprendre cette règle, il faut se rappeler, qu'en droit romain, la créance, que le stipulant allait acquérir, ne pouvait se fixer que sur sa tête. Il ne pouvait pas stipuler au nom d'autrui, même lorsqu'il agissait en vertu d'un mandat.

Il ne faut pas, en effet, confondre la théorie du mandat avec celle de la représentation dans les actes juridiques. A Rome le mandataire ne représentait pas le mandant; donc il devait nécessairement agir en son propre nom.

Chez nous, au contraire, le mandataire représente complétement le mandant, excepté en matière commerciale. Dans ces conditions, le mandataire, quand il agit en cette qualité, agit toujours au nom du mandant, il stipule au nom du mandant.

Donc, en matière civile, lorsqu'on stipule au nom de quelqu'un, on stipule valablement pour lui. Les stipulations de ce genre ne tombent pas sous l'application de l'art. 1119.

N'y tombent pas davantage, les stipulations qu'un pouvoir public fait au profit de ses administrés qu'il représente.

Ainsi, les stipulations par lesquelles une autorité communale subordonne la permission d'établir sous la voie publique, une conduite de gaz, une amenée d'eau potable, un écoulement d'eaux, à des conditions formulées dans

l'intérêt et au profit des habitants abonnés, est valablement faite. En cas de contestation, l'autorité communale a qualité pour faire reconnaître en principe les droits qui, pour les habitants, résultent de cette convention; mais les habitants, individuellement, ont seuls le droit d'exiger de l'adjudicataire ou permissionnaire, l'exécution des stipulations faites à leur profit (1).

45. Lorsqu'au lieu de stipuler en qualité de représentant, au nom de quelqu'un, on stipule *en son propre nom*, comme alors on n'agit pas au nom d'un autre, il s'ensuit qu'on ne peut acquérir que pour soi le bénéfice de la stipulation. Si on avait prétendu appliquer à un autre le bénéfice de cette stipulation, un tel résultat aurait été impossible, puisqu'on n'était pas mandataire, et d'un autre côté on ne serait pas soi-même devenu créancier, car il y aurait eu absence d'intérêt.

Ainsi, quelqu'un stipule en son propre nom que vous donnerez une certaine somme à Paul. Notez bien que le stipulant entend devenir lui-même *personnellement créancier* d'une dation *devant être faite à Paul.* Or, c'est ce qui n'est pas possible d'après notre texte. En effet : en cas d'inexécution que pourrait réclamer le stipulant? Des dommages-intérêts égaux au préjudice que cette inexécution lui cause. Mais on suppose que le fait à exécuter ne présente de l'utilité que pour Paul; donc, puisque le stipulant n'a aucune espèce d'intérêt, l'obligation n'existe pas, et c'est tout ce qu'a voulu dire l'art. 1119.

Si donc l'obligation n'existe pas, cela tient uniquement à l'absence de tout intérêt pour le stipulant; si au contraire il a un intérêt quelconque *appréciable*, l'obligation existera. En fait cet intérêt se rencontrera presque toujours, car à moins d'être un fou on ne stipule pas pour autrui sans avoir

(1) Cass. Belge, 21 juill. 1888, S. 89, 4, 9, note de M. LABBÉ.

à cela quelque intérêt. On pourrait donc, à ce point de vue décider théoriquement que toute stipulation pour autrui est valable, et c'est précisément ce que décide le Code fédéral suisse qui, dans son art. 128, supprime la nécessité d'un intérêt (1). Mais l'art. 1119 ne permet pas d'introduire cette décision radicale dans notre jurisprudence.

L'intérêt du stipulant à ce que l'obligation soit exécutée au profit d'un tiers, devra donc clairement apparaître. Pour lever à cet égard toute difficulté, il sera bon d'ajouter à la stipulation une clause pénale. L'art. 1227 ne s'y oppose pas, car il prévoit seulement le cas où l'obligation principale est nulle pour défaut d'un élément essentiel, et non le cas où cette obligation est inefficace, à cause de l'impossibilité d'évaluer le dommage.

Dans cette hypothèse, quand on a stipulé avec clause pénale un fait dans l'intérêt d'un tiers, pourrait-on exiger l'exécution de ce fait *manu militari?* Ainsi, par exemple, un individu a stipulé en son propre nom que vous arracheriez des arbres nuisibles à Paul, et que, en cas d'inexécution vous lui paieriez 200 fr. Le stipulant n'a aucun intérêt à la stipulation principale considérée en elle-même. Si le lien de droit existe, cela tient uniquement à la clause pénale qui a évalué le dommage; c'est le dommage qui pourra seul être réclamé.

46. L'intérêt résultera de la situation elle-même, si le stipulant est, par exemple, précisément débiteur vis-à-vis du tiers de la chose qu'il a voulu lui faire avoir, ou bien s'il a voulu lui procurer une libéralité.

Toutes ces hypothèses rentrent dans les prévisions de la loi:

ART. 1121. On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter.

(1) Voy. WORMS, *loc. cit.*, p. 120.

Ici, le mot condition est employé à la fois dans deux sens : 1° comme se référant à un événement futur et incertain : Je stipule que si vous n'accomplissez pas telle prestation au profit de Pierre, vous me compterez telle somme; la créance est conditionnelle; — 2° Comme synonyme de charge : Ainsi j'aliène ma chose à votre profit, *à la condition* que vous donnerez telle somme à Pierre, c'est-à-dire : *à la charge*, etc. La créance du stipulant est alors pure et simple. Dans ce cas la clause additionnelle est valable, parce que le stipulant trouve dans la résolution du contrat principal un moyen de contrainte contre le débiteur.

47. La fin de l'art. 1121 nous place dans un tout autre ordre d'idées.

Il ne s'agit plus de la validité de la stipulation faite *pour le tiers*, mais de la question de savoir si le stipulant peut révoquer le bénéfice qu'il à prétendu conférer à ce tiers. Remarquons que la disposition finale de l'art. 1121 ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse où la clause accessoire insérée au profit d'un tiers constitue *une charge*, et non dans le cas où cette clause constitue une condition se référant à un événement futur et incertain.

Remarquons en outre que lorsque la loi permet de stipuler utilement au profit d'un tiers, il faut qu'il s'agisse d'un tiers dont il soit possible de déterminer l'individualité, sans qu'il soit nécéssaire de le désigner nominativement (comp. t. VI, n° 316).

En définitive, il résulte de l'art. 1121 :

1° Que dans les hypothèses envisagées, celui qui a joué le rôle de promettant pourra se trouver obligé envers un tiers, sans qu'aucune convention soit intervenue entre lui et ce dernier;

2° Que ce même tiers se trouve, vis-à-vis du stipulant, dans la situation soit d'un donataire, soit d'un créancier désintéressé, sans avoir même été consulté.

Comment ces divers résultats peuvent-ils se produire et s'expliquer?

Une première opinion partant de cette idée que la condition du tiers ne peut se trouver modifiée sans sa volonté, est conduite à admettre que la convention envisagée n'aura d'effet à l'égard du tiers que quand le tiers lui-même y aura accédé, c'est-à-dire que les rapports du stipulant avec le tiers, comme les rapports de ce dernier avec le promettant, ne naîtront que par une acceptation par le tiers des offres à lui faites (1).

Dans cette opinion, il s'agit d'une offre faite par le stipulant. Donc, si le stipulant meurt avant d'avoir fait offre au tiers, ce dernier n'aura aucun droit. D'un autre côté, l'acceptation faite par le tiers de l'offre émanée du stipulant, ne saurait établir de rapports entre le tiers et le promettant. Il semble donc impossible que la stipulation pour autrui devienne parfaite au moyen d'une offre du stipulant acceptée par le tiers.

On a donc proposé de dire qu'il s'agissait d'une offre *émanée du promettant* et acceptée par le bénéficiaire (2). Le promettant, dit-on, est en effet déjà lié envers le stipulant par son contrat; mais il ne peut être lié envers le tiers que par un contrat nouveau. En acceptant l'offre du promettant, le tiers crée le rapport de droit entre le promettant et lui-même, et il le crée aussi entre lui-même et le stipulant en adhérant implicitement, par son acceptation, à la convention principale intervenue entre le stipulant et le promettant. — Mais il est difficile de comprendre comment un accord intervenu entre le promettant et le tiers pourrait avoir effet à l'égard du stipulant; d'un autre côté, le tiers se trouve à

(1) MARCADÉ, sous l'art. 1221; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 33 *bis* VIII; LAURENT, t. XV, n° 571; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 826; Bruxelles, 26 déc. 1888, *Pas.*, 89, 2, 82.

(2) Voy. THALLER, note sur Besançon, 8 mars 1887, D. 88, 2, 1.

la merci du promettant si ce dernier retire son offre ou ne la fait pas.

Toutes ces solutions ont pour résultat d'enlever à la stipulation pour autrui presque toute son utilité dans la plupart de ses cas d'application, notamment en matière d'assurances sur la vie.

Aussi, plusieurs auteurs tout en admettant, comme base de la théorie de la stipulation pour autrui, une offre de la part du stipulant suivie d'une acceptation de la part du tiers, abandonnent cet aperçu, quand il s'agit d'en faire les applications. Ils enseignent qu'une pareille stipulation n'est pas une offre faite *en vue d'un contrat à conclure*, mais une simple clause, une charge ou un mode de *la convention déjà formée*, à laquelle elle se rattache, et qui la rend obligatoire pour le promettant. Rien ne s'opposerait donc à ce que l'on considère une stipulation pour autrui, dont l'effet, en principe, subsiste entre le promettant et les héritiers du stipulant, comme pouvant être acceptée, après la mort de celui-ci, par le tiers ou par ses héritiers (1). Mais dans cette opinion, comme d'ailleurs dans la précédente, le droit du tiers ne prendra date qu'à partir du jour de son acceptation, contrairement à l'intention probable du stipulant et du promettant.

48. S'il en est ainsi, pourquoi hésiter à reconnaître ouvertement qu'il faut soustraire la stipulation pour autrui aux règles étroites du contrat, et déclarer que l'acceptation du tiers n'est pas requise, et qu'il se trouve de plein droit lié au stipulant et au promettant par le seul fait de la convention passée entre ces deux derniers?

Il y a déjà des siècles que cette déclaration a été faite; une constitution célèbre de Dioclétien et de Maximien (2),

(1) AUBRY et RAU, § 343, note 27; LAROMBIÈRE, sous l'art. 1121, n° 8; DEMOLOMBE, t. XX, n° 93; t. XXIV, n° 252.

(2) L. 3, C. 8, 55, *De donat. quo sub modo.*

innovant sur la rigueur du droit antérieur, faisait naître de la stipulation pour autrui, un droit immédiat et direct au profit du tiers bénéficiaire, droit que ce dernier faisait valoir au moyen d'une action utile. « Sans doute, disait Pothier, en citant cette constitution, un contrat ne peut pas par lui-même et *propriâ virtute* produire un engagement envers un tiers, et donner un droit à un tiers qui n'y était pas partie. Mais c'est l'équité naturelle qui forme cet engagement (1). »

C'est cette théorie de Pothier, formellement invoquée par l'orateur du Tribunat (2), qui est passée dans le Code civil, comme le prouve avec une saisissante clarté l'art. 1165.

« Les conventions, dit cet article, n'ont effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans les cas prévus par l'art. 1121. »

Or, l'art. 1121 est précisément celui qui rend valable, sous certaines conditions, la stipulation pour autrui. Donc, s'il est vrai qu'une convention ne peut avoir d'effet à l'égard de quelqu'un qui n'y a pas été partie, il est manifeste que le Code a fait une exception en faveur du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Pouvait-on dire plus clairement que son acceptation n'est pas nécessaire pour lui faire acquérir un droit, que son droit naît directement et immédiatement de la convention passée entre le stipulant et le promettant, et que son acceptation a seulement pour effet de rendre ce droit irrévocable (3)?

Tout en paraissant par quelques arrêts maintenir la nécessité théorique d'une acceptation (4), la Cour de cassation a

(1) *Traité des Oblig.*, n° 72.

(2) LOCRÉ, *Séance du Corps législatif du 17 pluviôse an XII.*

(3) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 249; BELTJENS, *Encyclop.*, sous l'art. 1121, n° 29; WORMS, *loc. cit.*; PROCÈS, *Trav. publics de l'Etat*, etc., Bruxelles, 1894, n^{os} 8 à 20.

(4) Cass. 22 oct. 1888, S. 89, 1, 289.

en réalité consacré la doctrine qui vient d'être exposée, en décidant :

Que la stipulation pour autrui, lorsqu'elle est pure et simple, confère *immédiatement* un droit au tiers au profit de qui elle a lieu; qu'à la vérité ce droit peut être révoqué par le stipulant, mais qu'il devient irrévocable du jour où le tiers a déclaré vouloir en profiter; que l'art. 1121 n'impose *aucune autre condition de validité;* qu'il n'y a donc lieu d'appliquer, en pareille matière, ni l'art. 932, aux termes duquel les donations doivent être acceptées du vivant du donateur, *ni les principes généraux qui régissent la formation des contrats par l'acceptation d'une offre* (1).

C'est reconnaître en d'autres termes que l'obligation du promettant envers le tiers, quoique née à propos d'un contrat intervenu entre lui et le stipulant, dérive en réalité d'une simple déclaration unilatérale de volonté distincte du contrat qui lui a donné occasion de se produire.

49. Celui qui a fait la stipulation peut la révoquer tant que le tiers n'a pas *déclaré* vouloir en profiter. Il faut remarquer en effet que l'art. 1121 parle d'une simple *déclaration* et non d'une *acceptation.* Cette déclaration n'est d'ailleurs soumise à aucune forme particulière et peut être tacite (2). Il en est de même de la révocation. Le concours du promettant n'est pas nécessaire pour l'efficacité de la révocation, à moins qu'il n'ait un intérêt à ce que la charge soit exécutée (3).

Le bénéfice de la stipulation régulièrement révoquée doit

(1) Cass. 8 fév. 1888, S. 88, 1, 121; Comp. quatre autres arrêts des 16 janv., 6 fév., 22 fév., 27 mars, *ibid.* Voy. DUHAUT, *Justif. de la Jurisp. de la C. C. en matière d'assur. sur la vie;* (Paris, 1891); *Adde,* Cass. 7 août 1888, S. 89, 1, 97.

(2) Cass. Belge, 20 fév. 1885, *Pas.*, 85, 1, 64.

(3) AUBRY et RAU, § 343 *ter;* COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 33 *bis* VI; DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 249 et 250; LAURENT, t. XV, n° 564; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 826.

Cass. 4 avr. 95 S. 95.1.265

en principe revenir au stipulant pourvu qu'il n'en résulte aucune aggravation de l'obligation du débiteur. M. Laurent n'accepte cette solution que pour le cas où le contrat principal était onéreux, une vente, par exemple et où la charge stipulée au profit du tiers faisait partie du prix. Mais pour le cas où le contrat principal est une donation, le même auteur soutient que la prestation retirée ne doit pas tourner au profit du donateur, qui n'a rien stipulé pour lui, qui n'a droit à rien et ne peut se créer un droit en révoquant la charge (1). Les auteurs ne font pas en général cette distinction (2). Mais en définitive, il faudra toujours rechercher quelle a été l'intention de l'auteur de l'offre.

50. Quand la stipulation pour autrui constitue une libéralité, il faut appliquer toutes les règles de fond concernant les donations (3), mais non les règles de forme (arg. art. 1973).

C'est néanmoins par exception qu'il en est ainsi; le plus souvent le bénéficiaire acquiert à titre onéreux le droit qui lui est offert, soit parce qu'il l'a payé par des prestations antérieures, soit parce qu'il l'achète moyennant l'abandon d'un ancien droit.

C'est ce qui a lieu en cas de délégation : un individu débiteur d'un tiers, stipule de son propre débiteur qu'il s'acquittera de sa dette entre les mains du tiers désigné.

Il en est de même d'un expéditeur qui traite avec un agent de transport; il est réputé stipuler pour le destinataire lequel acquiert ainsi un droit direct contre l'agent de transport (4).

Il y a là une délégation contenue dans une stipulation pour

(1) LAURENT, t. XV, n° 566.

(2) AUBRY et RAU, § 343 *ter*, note 24; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 33 *bis* VII; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 251; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 826.

(3) Cass. 26 mars 1884, D. 84, 1, 275.

(4) Cass. 24 juill. 1889, D. 89, 1, 395.

autrui, et non une cession soumise à l'observation de l'article 1690 (1).

A l'inverse, la compagnie d'un chemin de fer qui charge un voiturier de transporter un colis à domicile, est censée stipuler pour l'expéditeur, et celui-ci acquiert un droit direct contre le voiturier, en cas d'accident survenu à la chose transportée (2).

On trouve encore une application de la stipulation pour autrui, dans le cas du mandataire qui se substitue quelqu'un dans sa gestion; il est censé stipuler une bonne gestion au profit du mandant, et ce dernier acquiert un droit direct vis-à-vis du tiers substitué (art. 1994) (3).

51. Quand la stipulation a pour but de procurer un avantage gratuit à un tiers, le moyen le plus simple est de faire prendre au promettant l'engagement de payer une certaine somme au tiers. Dans ce cas, le promettant s'oblige seul, et non le stipulant, à moins d'une clause spéciale (4). Mais le plus souvent l'obligation du promettant se présentera sous la forme d'un engagement conditionnel. En échange d'une prestation fournie par le stipulant, le promettant s'engage à acquitter envers une personne suffisamment désignée une certaine contre-prestation, pour le cas où un événement déterminé arriverait. C'est ce qui a lieu dans les cas d'assurances au profit d'autrui (5).

Les formes de ces assurances sont diverses, nous citerons d'abord les assurances sur la vie au profit d'un tiers déterminé.

Ces assurances sont valables, non parce qu'elles échapperaient, comme constituant une gestion d'affaires, à la prohibition de l'art. 1119, mais parce qu'elles rentrent véritable-

(1) Douai, 26 août 1882, D. 85, 1, 241.
(2) Cass. 9 avr. 1879 (2e arrêt), D. 80, 1, 13.
(3) Cass. 4 août 1879, D. 80, 1, 59.
(4) Cass. 6 juin 1888, D. 89, 1, 55.
(5) Voy. WORMS, *loc. cit.*, p. 124.

ment dans les termes de l'exception prévue par l'art. 1121. On peut y voir, en effet, soit la condition d'une stipulation que le stipulant fait pour lui-même, dans un intérêt qui sera pécuniaire ou moral, soit la condition d'une donation, ou plutôt d'une dation que l'on fait à un autre (1).

Quand il s'agit d'une assurance directement contractée au profit d'un tiers qui n'a pas été représenté au contrat par le stipulant lui-même, c'est-à-dire que le stipulant n'a pas considéré comme devant être son héritier, le droit à la somme constituant le capital assuré se fixe sur la tête du tiers, sans avoir fait partie de la succession du stipulant, et sans que les créanciers de ce dernier puissent y prétendre (2).

52. Les assurances dont il s'agit doivent être faites au profit d'un tiers déterminé, ou plutôt d'un tiers suffisamment indiqué pour que son individualité puisse apparaître. L'assurance pourra donc valablement être faite au profit d'un tiers non encore né ni même conçu au moment du contrat, puisque les parties peuvent toujours subordonner l'acquisition du droit à un délai ou à une condition qui est ici le fait de la naissance (3). On rencontre cependant des décisions contraires (4) qui proscrivent ces assurances comme faites au profit de personnes incertaines. Tout au plus pourrait-on soutenir que de tels bénéficiaires ne peuvent profiter de l'assurance qu'en vertu d'un droit successoral (5).

La même difficulté pourrait aussi être soulevée à l'occa-

(1) Lyon, 2 juin 1863, D. 63, 2, 119; Cass. 16 janv. 1888, D. 88, 1, 77.

(2) Cass. 6 fév. 1888, D. 88, 1, 193; Amiens, 31 janv. 1889, D. 91, 2, 9; Paris, 30 avr. 1891, D. 92, 2, 153; Comp. Cass. 22 juin 1891, D. 92, 1, 205.

(3) SALEILLES, *loc. cit.*, nos 251, 254; Voy. note à la suite des arrêts rapportés dans S. 88, 1, 121.

(4) Besançon, 23 déc. 1891, D. 92, 2, 111; Agen, 22 nov. 1880, D. 82, 2, 221; Cass. 7 fév. 1877, S. 77, 1, 399.

(5) Voy. sur ce point DESLANDRES, *Du cont. d'ass. sur la vie*, etc. *Revue crit.*, 1891, p. 175.

sion des autres assurances qui pourraient être faites pour le compte d'autrui. On n'hésite pas cependant à reconnaître comme régulière l'assurance contre l'incendie faite *pour le compte de qui il appartiendra*. Le propriétaire des objets confiés à l'assuré aura une action directe contre l'assureur (1).

Même observation pour les assurances du travail contractées par les patrons au profit de leurs ouvriers. Ces derniers, en cas d'accident professionnel, ont une action directe contre l'assureur tendant au paiement de l'indemnité convenue (2). Néanmoins, d'après une jurisprudence difficilement soutenable, il faudrait, pour qu'il en soit ainsi, que l'ouvrier ait été désigné nominativement dans le contrat d'assurance ; une désignation générale d'un nombre approximatif d'ouvriers assurés ne suffirait pas (3). Cette solution, si elle devait prévaloir, entraverait singulièrement le développement des assurances du travail. La jurisprudence la plus récente semble avoir une tendance à l'abandonner (4).

De ce que, dans le cas proposé, l'obligation a sa source dans une déclaration unilatérale de volonté, il suit, comme l'a déclaré la Cour de cassation elle-même (5), *qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les principes généraux qui régissent la formation des contrats*. Par conséquent la stipulation peut être faite au profit d'une catégorie de personnes, sans détermination actuelle d'aucune individualité. Cela n'est pas plus difficile en matière de stipulation pour autrui que pour les pollicitations qui se traduisent par les offres de vente adres-

(1) Cass. 18 mars 1890, D. 90, 1, 411; comp. Cass. 5 mars 1888, D. 82, 1, 366.

(2) Cass. 1er juill. 1885, D. 86, 1, 201.

(3) Paris, 4 avr. 1884, D. 85, 2, 42; Cass. 23 juill. 1884, D. 85, 1, 168; Rouen, 25 juill. 1881, D. 82, 2, 63.

(4) Douai, 21 mars 1887, S. 88, 2, 124; Paris, 30 oct. 1885, D. 88, 2, 25.

(5) Arrêt précité du 8 fév. 1888, S. 88, 1, 121.

sées au public par les marchands. La matière des titres au porteur présente encore un cas d'obligation créée au profit d'une personne incertaine, puisque le souscripteur aura pour créancier celui qui sera porteur du titre au moment de l'échéance (1).

53. Il est du reste à remarquer qu'une semblable difficulté n'a pas été soulevée dans les dicussions relatives à la question de savoir si les ouvriers qui ont été employés par des sous-traitants, ont une action contre les entrepreneurs principaux, soit à raison de leurs travaux, soit à raison des accidents dont ils ont été victimes.

Les ouvriers et fournisseurs soutiennent ordinairement qu'ils ont une action personnelle et directe contre l'entrepreneur général, fondée sur l'art. 1121, et prétendent trouver la stipulation faite à leur profit dans les clauses des cahiers des charges de l'entreprise principale (2). Ils invoquent surtout l'art. 9 du cahier des clauses et conditions générales, du 16 novembre 1866, en matière d'adjudications de travaux, fournitures et transports ; cet article est ainsi conçu : « L'entrepreneur ne peut céder son marché en tout ou en partie à des sous-traitants, sans le consentement de l'administration. » Pourquoi cette prohibition ? Parce que, suivant un préjugé trop répandu, l'adjudication serait un contrat *intuitu personæ* (3) ! Nous avons démontré ailleurs (4) qu'une telle clause n'avait aucune raison d'être, attendu que l'entrepreneur est tenu d'une certaine dette dont il ne peut s'affranchir, et qu'on ne peut jamais céder sa dette, qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu considération de la personne dans la formation du contrat. Par conséquent si l'administration a cru devoir insérer une telle clause dans ses cahiers des charges, c'est

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 274.
(2) Voy. PROGÈS, *loc. cit.*, n° 21
(3) *Pand. franç.*, v° *Adjud. admin.*, n° 1380.
(4) Voy. notre *Traité de la cession*, t. I, n° 189.

tout simplement par l'effet d'une confusion qui s'est produite quant à la manière d'envisager le droit de l'entrepreneur ; on a confondu l'élément actif avec l'élément passif, c'est-à-dire la créance dont il se trouvait investi, avec la dette dont il était tenu. Mais il serait puéril de prétendre qu'en insérant cette réserve inutile l'administration a entendu, d'accord sur ce point avec l'entrepreneur, stipuler au profit des ouvriers, fournisseurs ou autres qui pourraient, ultérieurement, se trouver en rapport avec des sous-traitants.

Il ne suffit pas, en effet, comme le fait observer fort justement Demolombe, que dans une convention se trouve une clause avantageuse en soi à un tiers, pour que ce tiers soit fondé à en demander l'exécution (1).

Quoi qu'il en soit la jurisprudence est variable. Tantôt elle ne voit dans la clause précitée et autres semblables qu'une réserve faite dans l'intérêt exclusif de l'administration et refuse d'en appliquer le bénéfice aux tiers (2) ; tantôt elle y voit au contraire une clause insérée dans l'intérêt des tiers engagés par les sous-traitants (3), et reconnaît au juge du fait le droit d'apprécier si les clauses dont il s'agit rentrent dans les prévisions de l'art. 1121 (4). Mais jamais il n'a été objecté aux demandeurs que la stipulation qu'ils prétendaient avoir été faite à leur profit ne pouvait produire d'effet, parce qu'elle n'aurait pas eu lieu en faveur d'une personne déterminée.

54. Il faut aller plus loin ; il y a des hypothèses où, par la force des choses, une stipulation doit être faite dans l'intérêt d'une personne qui n'existe pas encore ; nous voulons

(1) T. XXIV, n° 248 ; Voy. Cass. 9 mai 1887, D. 88, 1, 181.

(2) Cass. 28 janv. 1880, D. 80, 1, 254.

(3) Poitiers, 20 juin 1889, D. 90, 2 ; Cass. 5 mars 1872, D. 72, 1, 439, etc.

(4) Cass. 13 mars 1889, D. 90, 1, 317 ; Cass. 13 juill. 1886, D. 86, 1, 305 ; *Adde*, Cass. 4 fév. 1890, D. 91, 1, 366.

partir des stipulations faites en faveur d'une commune future. Ainsi il est arrivé que des compagnies se sont formées pour acheter de grands domaines à l'effet de les revendre en lots distincts propres à la construction de maisons d'habitation. Dans ce cas on ne tarde pas à voir s'élever un village à la place de l'ancien domaine morcelé. En attendent que ce groupe nouveau soit érigé en commune, il est en général convenu, dans les actes, que toutes les voies de communication, affectées à l'usage commun, demeureront la propriété de la compagnie venderesse; mais que le jour où le groupe d'habitants sera érigé en commune, les rues, routes, chemins, places, etc., appartiendront à la nouvelle commune, sans indemnité. C'est ainsi qu'ont été constituées les communes du Raincy (1), du Vésinet (2), etc. Il faut même remarquer que la difficulté résultant de ce qu'il y avait simple pollicitation faite au profit d'une personne incertaine fut soulevée au cours de la discussion de la loi relative à l'érection de la commune du Vésinet (3), et motiva l'insertion dans cette loi d'une disposition assez inusitée ainsi conçue : « il est pris acte de l'engagement souscrit par la compagnie X..., par acte unilatéral en date du... » La question de savoir si une stipulation pour autrui peut valablement intervenir en faveur de ce qu'on appelle une personne incertaine peut donc être considérée comme tranchée par voie d'interprétation législative.

55. L'inverse de la stipulation pour autrui, c'est la stipulation que l'on fait pour soi-même. L'effet résultant du contrat tombe, en principe, dans le patrimoine des parties, dont il augmentera les éléments actifs ou passifs.

La règle de la transmissibilité des biens, droits et actions aux héritiers a déjà été formulée d'une manière générale par

(1) Par décret du 20 mai 1869.
(2) Par une loi du 8 juin 1875.
(3) Séance du 31 mai 1875; *J. off.*, 1er juin 1875.

l'art. 724 (Voy. t. V, n° 34 *bis*); nous n'avons pas à y revenir. Le législateur a cru néanmoins devoir y faire une allusion à propos des contrats ou conventions, en tant seulement que cette transmissibilité pourrait être influencée dans un sens quelconque, par une volonté exprimée ou sous-entendue:

ART. 1122. On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

Le texte a donc pour but de consacrer une présomption en vertu de laquelle on est considéré comme ayant contracté, non seulement pour soi, mais encore pour ses héritiers et même pour ses ayants-cause. Les ayants-cause dont il parle, sont les ayants-cause à titre particulier, ceux qui succèdent à un droit déterminé, *titulo singulari*. Ainsi, le cessionnaire et l'acheteur sont les ayants-cause des cédant et vendeur; c'est de lui qu'ils tiennent leurs droits, *habent suam causam*.

Les contrats qui augmentent ou diminuent le droit de l'auteur sont donc opposables à l'héritier et à l'ayant-cause, de même que celui-ci peut s'en prévaloir. Mais cette règle peut être modifiée par la volonté des parties. Il faudra savoir si le pacte a été fait *in rem* ou *in personam*. Ainsi il est manifeste que la personne du créancier aura seule été envisagée et non celle des successeurs, quand il s'agira de constitution de rente viagère, d'usufruit, d'habitation, de louage d'ouvrage, etc. (Voy. t. V, n° 34 *bis*).

On peut même, en contractant une dette, convenir que les héritiers n'en seront pas tenus; c'est l'inverse de la rente viagère, c'est une charge viagère.

Mais peut-on convenir que tel héritier ne succèdera pas à un droit ou à une obligation de son auteur?

Prenons d'abord le deuxième cas; l'art. 1221 § 4 suppose qu'un des héritiers peut être chargé seul, par le titre, de *l'exécution* de l'obligation, que par conséquent ses cohéritiers sont dispensés de cette exécution. Mais ici, il n'est question que d'une avance à faire; on ne pourrait valablement convenir

que tel héritier supporterait seul, en définitive, certaines dettes dont les autres seraient affranchis.

A l'inverse, on ne pourrait convenir que telle créance appartiendra à un seul des héritiers du stipulant.

Pourquoi? Parce que d'après l'art. 1220, les créances et les dettes se divisent par portions héréditaires entre les héritiers du créancier ou du débiteur. Le créancier ou le débiteur originaires peuvent bien modifier cette distribution dans les limites que la loi admet, mais ils ne peuvent le faire que par testaments ou donation entre-vifs (1).

56. *Quid* de la réciproque de l'art. 1122; quand on à stipulé pour ses héritiers est-on censé avoir stipulé aussi pour soi? En un mot pourrait-on stipuler valablement pour après sa mort?

En droit romain, dit-on, on ne le pouvait pas; notre article aurait pour but de le permettre. Mais cela demande quelques explications :

D'abord, il ne faudrait pas croire que la règle qu'on ne pouvait stipuler : *aliquid dari post mortem suam* fût spéciale aux stipulations; ce n'est qu'une solution donnée pour un cas particulier. La règle générale est celle-ci : *inelegans visum est ex heredis personâ incipere obligationem* (2). Cela veut dire que pour exercer un droit en qualité d'héritier, il faut nécessairement que ce droit ait existé dans la personne de notre auteur (3). Rien de plus clair et de plus légitime que cette solution.

Il importe, en effet, de distinguer, comme nous l'avons fait ci-dessus, entre la clause qui retarde *l'exécution* de la convention jusqu'après la mort, et qui constitue un terme, et

(1) AUBRY et RAU, § 346, texte et note 8; MARCADÉ, sur l'art. 1122; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 34 *bis* V; DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 270 et 271; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 828.

(2) GAIUS, III, § 100.

(3) L. 11, D. 44, 7, *De oblig. et act.*

celle qui voudrait retarder jusqu'après la mort, la naissance même, l'*initium* du droit.

Les Romains admettaient complétement la validité de la clause qui retardait l'exécution jusqu'après la mort du créancier; de nombreux textes le prouvent. Mais ils n'admettaient pas qu'on pût retarder jusqu'après la mort la naissance, l'*initium* même du droit. En effet, il eût été absurde, *inelegans*, que l'obligation ou la créance prît naissance sur la tête de l'héritier.

Cela posé, comment fallait-il entendre une stipulation conçue dans les termes suivants : *Post mortem meam dare spondes, vel post mortem tuam?* Fallait-il l'entendre comme indiquant l'intention, chez les parties, de retarder jusqu'après la mort la formation même du lien obligatoire, ou seulement son exécution? Gaius tenait pour la première interprétation; d'autres jurisconsultes préféraient la seconde ; mais ils étaient tous d'accord sur le principe.

Le principe, néanmoins, finit lui-même par être mal compris, et les jurisconsultes du Bas-Empire, se figurèrent qu'il signifiait que les actions non exerceables par ou contre l'auteur ne passaient pas aux héritiers. En conséquence Justinien promulgua une constitution fort obscure, mentionnée dans ses *Institutes* (1), de laquelle il semble résulter que nous pouvons désormais contracter valablement en faveur ou à la charge de nos héritiers, sans que, de cette convention, il résulte une obligation en notre faveur ou à notre charge, ce qui est absurde.

L'erreur de Justinien après avoir été reproduite par Pothier, a inspiré encore les auteurs du Code civil, et a abouti à la rédaction de l'art. 1122. Mais il semble qu'ils n'aient pas plus compris la constitution de Justinien, qu'ils croyaient reproduire, que Justinien n'avait compris lui-même la règle qu'il

(1) Lib. III, tit. 19, § 13.

voulait abroger, de telle sorte qu'ils ont évité, sans le savoir, l'absurdité où était tombé Justinien. Ils ont, en effet, écrit cette disposition comme constituant une dernière dérogation à l'art. 1119. Or, cela était inutile et même inexact, car le sens de l'art. 1119 est : que nous ne pouvons pas, en principe du moins, appliquer immédiatement *à des tiers*, sans le faire reposer d'abord sur nous-mêmes l'effet de nos contrats, tandis que ici, dans le cas de l'art. 1122, nous nous appliquons d'abord cet effet à nous-mêmes, pour le reporter ensuite sur d'autres qui ne font que nous succéder ; ce qui veut dire que nous transmettons les droits que nous avons, et il était inutile de le répéter (1). Mais il reste toujours que nous ne pourrions pas les faire naître directement chez nos héritiers. Demolombe, pour expliquer qu'il peut en être ainsi, soutient qu'en réalité : « le droit ou l'obligation ont commencé *pour* ou *contre* la partie contractante elle-même, en ce sens que *le germe* du droit ou de l'obligation est né immédiatement, en sa personne (2). » Mais qu'est-ce que c'est que *le germe* d'un droit ou d'une obligation?...

SECTION II.

De la capacité des parties contractantes.

57. — La capacité est la règle, art. 1123.
58. — L'incapacité ne peut résulter que de la loi, art. 1124.
59. — Pouvoirs des mineurs et femmes mariées d'opérer des versements dans certaines caisses d'épargne ou de retraite.
60. — Du contrat d'apprentissage intéressant les mineurs.
61. — Conventions intéressant les personnes morales.
62. — La nullité résultant de l'incapacité est seulement relative.
62 *bis*. — Les notaires et agents de change sont-ils tenus d'attester la capacité des parties?

57. Nous avons vu que l'art. 1108 mettait au nombre des

(1) Voy. MARCADÉ, sur l'art. 1122; LAURENT, t. XVI, n° 9.
(2) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 269.

conditions exigées pour la validité des conventions, *la capacité de contracter*. C'est de cette capacité que va s'occuper le législateur dans les art. 1123, 1124, 1125.

La capacité, dans les contrats, est de droit commun ; l'incapacité ne peut être que l'exception ; donc

ART. 1123. Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

Il suit de là que la faculté de contracter ne peut appartenir qu'à une *personne*. L'acte auquel interviendrait une collectivité d'individus, ou une communauté d'intérêts dépourvue de personnalité civile, serait absolument inexistant. Nous renvoyons, sur ce point, aux aperçus que nous avons déjà fournis sur les diverses espèces de personnes (t. Ier, nos 202 et suiv. et surtout 217).

La capacité est régie par le statut personnel, tant en ce qui concerne les Français à l'étranger que les étrangers en France (t. Ier, nos 140 à 158).

La capacité peut être altérée ou détruite par des causes naturelles dérivant de l'aliénation mentale, de la maladie, de l'ivresse, de certaines infirmités physiques. Mais pour si compliquées que soient ces infirmités, la capacité n'est pas atteinte, si l'intelligence et la volonté sont demeurées intactes ; c'est ce qui a été jugé pour une personne à la fois sourde, muette et aveugle (1).

58. L'incapacité ne peut donc résulter que de la loi :

ART. 1124. Les incapables de contracter sont, — Les mineurs, — Les interdits, — Les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi, — Et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains contrats.

Une distinction doit d'abord être faite parmi ces incapables. Les uns ne peuvent en principe faire aucun contrat, ni figurer dans aucuns contrats ; ils doivent être repré-

(*) Art. 1124. — L. 1, § 12, 13, 14, 15, D. 44, 7, *De oblig. et act.*, L. 6, L. 142, § 2, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(1) Riom, 18 juin 1879, D. 80, 2, 58.

sentés; tels sont les mineurs non émancipés et les interdits.

Les autres, tels que le mineur émancipé et la femme mariée, non séparée de corps, peuvent au contraire faire certains contrats, mais ne peuvent y figurer valablement que s'ils sont habilités par l'assistance ou autorisation du curateur ou mari.

L'incapacité spéciale à laquelle fait allusion la disposition finale de l'art. 1124, concerne :

1° Les faibles d'esprit pourvus d'un conseil, art. 499;

2° Les prodigues également pourvus d'un conseil, art. 513;

3° Les aliénés non interdits placés dans un établissement; L. 30 juin 1838, art. 39;

4° Les interdits légalement, art. 29, C. P.;

5° Les époux relativement à la vente qui pourrait intervenir entre eux, art. 1595;

6° Les mandataires et administrateurs, art. 1596;

7° Les personnes qui concourent à l'administration de la justice, en ce qui touche les droits litigieux, art. 1597;

8° Les personnes incapables de recevoir l'une de l'autre, et ne pouvant, pour ce motif, faire une société universelle, article 1860;

9° Les personnes qui ne peuvent transiger, art. 2045;

10° Ou qui ne peuvent hypothéquer, art. 2124.

59. L'incapacité *générale* édictée à l'égard des mineurs et des femmes mariées, non séparées de corps, est quelquefois levée par des lois spéciales en vue de certaines opérations déterminées, par exemple : pour se faire ouvrir des livrets sur la caisse d'épargne postale et retirer les sommes inscrites sur ces livrets, dans les conditions prévues par l'art. 6 de la loi du 9 avril 1881; pour opérer des versements à la caisse des retraites pour la vieillesse, dans les conditions de l'art. 13 de la loi du 20 juillet 1886.

60. Il y a encore quelques précisions à faire touchant le contrat d'apprentissage intéressant les mineurs.

En ce qui concerne les mineurs émancipés, il faut reconnaître que le fait de passer un contrat d'apprentissage, c'est-à-dire de s'obliger à travailler pour un maître, paraît excéder les limites d'une simple administration. Ce mineur devra donc être assisté de son curateur.

Le mineur non émancipé sera, d'après la loi du 4 mars 1851, représenté par ses père et mère ou tuteur, et à leur défaut par toutes les sociétés, bureaux de bienfaisance et établissements autorisés à placer les enfants en apprentissage et à contracter en leur nom.

Avant la loi de 1851 on appliquait sans difficulté les articles 1120 et 1121. Mais cette loi est venue restreindre, en ce qui concerne le contrat d'apprentissage, l'application de ces textes. Elle porte en effet qu'un tiers n'aura la faculté de stipuler au profit de l'apprenti que lorsqu'il sera autorisé, soit par les parents, soit par les personnes qui représentent ou remplacent les parents, dans les cas où leur autorisation ferait défaut, par suite de mort, absence ou incapacité (art. 3, 3°).

61. Les personnes morales, communes, établissements publics, etc., peuvent contracter par l'intermédiaire de ceux qui ont qualité pour les représenter. Les conventions ainsi intervenues entre les particuliers et les personnes morales obligent ces dernières à faire les diligences nécessaires pour obtenir l'homologation, approbation, etc., de l'autorité compétente. Mais les particuliers n'ont pas de recours contentieux contre le refus d'approbation.

62. L'incapacité ayant pour but la protection de l'incapable, la nullité qui en résulte ne peut être que relative :

ART. 1125. Le mineur, l'interdit et la femme mariée, ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi. — Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté (*).

(*) Art. 1125. — JUSTINIEN, *Inst.*, L. 1, tit. 21, *in pr.*, L. 13, § 29, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

En appliquant cette règle à la femme mariée le Code a fait une innovation, car autrefois la nullité résultant de l'incapacité de la femme mariée était absolue.

La nullité relative existe, quand il est établi qu'une femme mariée a fait un acte juridique sans autorisation, ou qu'un individu judiciairement interdit a fait un acte de cette nature postérieurement à son interdiction.

Pour les mineurs il en est autrement; il ne suffit pas de prouver l'état de minorité à la date de l'acte dont la nullité est demandée, il faut de plus établir que l'acte lui a été préjudiciable, c'est-à-dire qu'il en est résulté pour lui une lésion; ce qu'on exprime par l'adage suivant : *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus*. La jurisprudence a eu spécialement l'occasion d'appliquer cette règle à l'engagement théâtral souscrit par un mineur (1). Nous reviendrons sur toutes ces questions quand nous traiterons de l'action en nullité.

Nous ferons seulement observer que, suivant la doctrine généralement admise :

1° L'art. 1125 ne s'applique pas aux donations; lorsqu'une donation faite à un mineur n'a pas été régulièrement acceptée par le tuteur, la nullité peut en être demandée, même contre le mineur, par toute personne intéressée (Voy. t. VI, n° 195).

2° L'art. 1125 ne s'applique pas davantage aux actes passés par un individu légalement interdit (Voy. t. III, n° 528 *bis*).

62 *bis*. C'est aux intéressés qu'il appartient de s'assurer de la capacité des personnes avec qui ils ont à traiter.

Les notaires ne sont pas, en principe, tenus de s'assurer de la capacité civile des parties qui ont recours à leur ministère. Ils doivent seulement faire attester leur individualité s'ils ne les connaissent pas (L. 25 vent. an XI, art. 13).

(1) Paris, 8 juill. 1882, D. 83, 2, 93.

Cependant le notaire qui aurait été chargé par l'une des parties de s'assurer de la capacité des autres contractants serait responsable des suites de l'inexécution de ce mandat.

Le notaire pourrait se trouver également responsable, si l'incapacité d'une partie avait été connue de lui, ou si cette incapacité était de nature à lui être révélée par l'examen des pièces déposées entre ses mains, ou par l'examen de la personne s'il avait exigé sa présence.

Cette incapacité pouvant être également révélée par les pièces établissant l'état civil des parties, il a été jugé que le notaire n'était pas seulement tenu de s'assurer du titre et des fonctions des individus comparaissant devant eux, mais aussi de leur état civil (1).

Les mêmes questions se posent à l'égard des agents de change; sont-ils tenus d'attester la capacité civile de leurs clients?

D'après l'art. 15 de l'arrêté du 27 prairial an X, les agents de change doivent certifier l'identité du propriétaire des titres, la vérité de sa signature ainsi que celle des pièces produites; ils sont, d'après l'art. 16 de cet arrêté, responsables seulement de ces faits. Aucune loi, aucun règlement ne les oblige à attester la capacité civile de leurs clients, à peine de répondre personnellement des erreurs qu'ils pourraient commettre à ce sujet (2).

Ils pourraient cependant engager leur responsabilité s'ils certifiaient la signature d'un individu incapable apposée sur un titre hors de leur présence. C'est là une faute grave, car si la présence de la partie avait été exigée, l'incapacité de cette dernière aurait peut-être été découverte (3).

(1) Cass. 19 juin 1872, D. 72, 1, 305.
(2) Cass. 8 août 1827, S. 27, 1, 425.
(3) Trib. Seine, 21 juill. 1881, *Gaz. Pal.*, 82, 1, 81; Comp. Cass. 11 juill. 1876, S. 76, 1, 400.

SECTION III.

De l'objet et de la matière des contrats.

63. — L'objet de l'obligation doit-il être confondu avec l'objet du contrat? Théorie du *contrat abstrait d'aliénation.*
64. — Système mixte du Code civil, art. 1126.
65. — Sens étymologique du mot *chose* (*causa*); équivoque consistant à traduire le mot *causa* par *cause* et non par *chose*.
66. — De l'usage et de la possession des choses, art. 1127.
67. — Des choses hors du commerce, art. 1128; application aux choses n'existant pas et aux faits impossibles;
68. — A l'état des personnes, aux distinctions honorifiques;
69. — Aux choses non susceptibles de propriété privée;
70. — Aux faits illicites;
71. — Aux choses dont la loi prohibe la libre circulation;
72. — Des choses futures, art. 1130; des pactes sur successions non ouvertes, ou sur la révélation de successions ouvertes.
73. — En quel sens les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation.
74. — Détermination de la chose objet du contrat, art. 1129; du défaut d'intérêt en cas de détermination insuffisante.

63. Théoriquement, le contrat a pour objet de créer une ou plusieurs obligations; quant à l'obligation créée elle-même par le contrat, elle a pour objet une certaine prestation à accomplir par le débiteur.

Donc l'objet du contrat est en réalité distinct de l'objet de l'obligation.

La rubrique de notre section annonce qu'il va être question *de l'objet et de la matière des contrats*. Mais dans les articles qui suivent, il est parlé tantôt de *l'objet du contrat* (art. 1126 à 1128), tantôt de *l'objet de l'obligation* (art. 1129 à 1130). La loi aurait-elle ainsi confondu l'objet du contrat avec celui de l'obligation? — Il semble difficile de le nier en présence de l'art. 1108 qui place au nombre des conditions essentielles à la validité d'une convention, c'est-à-dire d'un

contrat, un objet certain formant la matière de l'engagement, c'est-à-dire de *l'obligation*.

Aussi n'est-il pas surprenant de voir plusieurs auteurs reconnaître sans hésitation et approuver sans réserve la confusion établie par le Code entre ces deux éléments juridiques :

« La loi, dit Demante, confond avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. En effet, le contrat n'ayant pas d'autre but que de produire une ou plusieurs obligations, il a forcément pour objet ce qui fait la matière de l'engagement ou des engagements qui doivent en naître (1). »

Nous croyons aussi que la loi a confondu l'objet du contrat, avec celui de l'obligation, ou plutôt qu'elle a transporté dans le contrat la partie la plus importante des effets de l'obligation. Mais la raison métaphysique donnée par Demante et autres auteurs qui l'ont suivi, nous paraît insuffisante pour expliquer cette confusion. Cette raison est en effet étrangère aux motifs pratiques qui ont fait repousser cette confusion en droit romain et dans les législations qui procèdent du droit romain, et qui ont permis au contraire de l'admettre dans notre droit français moderne.

A Rome, en effet, on distinguait toujours entre le titre à une acquisition de droits, c'est-à-dire le contrat, et les moyens particuliers à l'aide desquels celui qui était tenu de procurer un droit à quelqu'un le lui procurait en effet.

Cette distinction conservée en Allemagne, a finalement abouti à la théorie du *contrat abstrait d'aliénation* qui a trouvé place dans le projet du nouveau Code civil allemand.

« A côté des actes créateurs d'obligations, dit M. Saleilles (2), il existe (dans le projet précité), un contrat spécial d'aliéna-

(1) T. V, n° 40; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 300; *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 835.

(2) *Loc. cit.*, n° 5.

SECTION III.

De l'objet et de la matière des contrats.

63. — L'objet de l'obligation doit-il être confondu avec l'objet du contrat? Théorie du *contrat abstrait d'aliénation.*
64. — Système mixte du Code civil, art. 1126.
65. — Sens étymologique du mot *chose* (*causa*); équivoque consistant à traduire le mot *causa* par *cause* et non par *chose.*
66. — De l'usage et de la possession des choses, art. 1127.
67. — Des choses hors du commerce, art. 1128; application aux choses n'existant pas et aux faits impossibles;
68. — A l'état des personnes, aux distinctions honorifiques;
69. — Aux choses non susceptibles de propriété privée;
70. — Aux faits illicites;
71. — Aux choses dont la loi prohibe la libre circulation;
72. — Des choses futures, art. 1130; des pactes sur successions non ouvertes, ou sur la révélation de successions ouvertes.
73. — En quel sens les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation.
74. — Détermination de la chose objet du contrat, art. 1129; du défaut d'intérêt en cas de détermination insuffisante.

63. Théoriquement, le contrat a pour objet de créer une ou plusieurs obligations; quant à l'obligation créée elle-même par le contrat, elle a pour objet une certaine prestation à accomplir par le débiteur.

Donc l'objet du contrat est en réalité distinct de l'objet de l'obligation.

La rubrique de notre section annonce qu'il va être question *de l'objet et de la matière des contrats.* Mais dans les articles qui suivent, il est parlé tantôt de *l'objet du contrat* (art. 1126 à 1128), tantôt de *l'objet de l'obligation* (art. 1129 à 1130). La loi aurait-elle ainsi confondu l'objet du contrat avec celui de l'obligation? — Il semble difficile de le nier en présence de l'art. 1108 qui place au nombre des conditions essentielles à la validité d'une convention, c'est-à-dire d'un

contrat, un objet certain formant la matière de l'engagement, c'est-à-dire de *l'obligation*.

Aussi n'est-il pas surprenant de voir plusieurs auteurs reconnaître sans hésitation et approuver sans réserve la confusion établie par le Code entre ces deux éléments juridiques :

« La loi, dit Demante, confond avec raison l'objet du contrat avec l'objet de l'obligation. En effet, le contrat n'ayant pas d'autre but que de produire une ou plusieurs obligations, il a forcément pour objet ce qui fait la matière de l'engagement ou des engagements qui doivent en naître (1). »

Nous croyons aussi que la loi a confondu l'objet du contrat, avec celui de l'obligation, ou plutôt qu'elle a transporté dans le contrat la partie la plus importante des effets de l'obligation. Mais la raison métaphysique donnée par Demante et autres auteurs qui l'ont suivi, nous paraît insuffisante pour expliquer cette confusion. Cette raison est en effet étrangère aux motifs pratiques qui ont fait repousser cette confusion en droit romain et dans les législations qui procèdent du droit romain, et qui ont permis au contraire de l'admettre dans notre droit français moderne.

A Rome, en effet, on distinguait toujours entre le titre à une acquisition de droits, c'est-à-dire le contrat, et les moyens particuliers à l'aide desquels celui qui était tenu de procurer un droit à quelqu'un le lui procurait en effet.

Cette distinction conservée en Allemagne, a finalement abouti à la théorie du *contrat abstrait d'aliénation* qui a trouvé place dans le projet du nouveau Code civil allemand.

« A côté des actes créateurs d'obligations, dit M. Saleilles (2), il existe (dans le projet précité), un contrat spécial d'aliéna-

(1) T. V, n° 40; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 300; *Contrà*, BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 835.

(2) *Loc. cit.*, n° 5.

tion, lequel suppose, au moins en matière immobilière, la participation d'un officier judiciaire, et l'inscription de l'acte dans les registres fonciers. Ce que ce contrat a surtout de particulier, c'est qu'il est comme l'ancienne tradition romaine, une pure convention de transfert, indépendante de la cause en vertu de laquelle les parties procèdent à l'aliénation. Les parties déclarent vouloir transférer; cela suffit pour que leur consentement soit pleinement efficace. Il n'y a pas à rechercher en vertu de quel titre elles veulent aliéner; il en résulte que le contrat (d'aliénation) étant ainsi dégagé de sa cause juridique, le titre en vertu duquel on procède à l'aliénation, pourra être nul ou annulable, l'aliénation n'en sera pas moins maintenue, et la partie qui aura fait annuler le titre n'aura à son service qu'une action personnelle en restitution, analogue aux anciennes *condictiones;* on en voit l'avantage au point de vue des tiers. Ce contrat abstrait, que les Allemands appellent aussi contrat réel, n'a pas été restreint au contrat d'aliénation de la propriété; toute convention par laquelle on cède un droit, se trouvera distincte du titre en vertu duquel on procède à la cession, et par suite tout acte de cession sera aussi un contrat abstrait dégagé de sa cause; c'est ce qui sera admis, par exemple, pour la cession de créances et également pour la remise de la dette, laquelle est, de toutes les aliénations, la plus complète, puisqu'elle équivaut à l'extinction du droit. »

Dans un pareil système on doit nécessairement distinguer entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation qui en résulte : promettre d'aliéner et réaliser l'aliénation promise, demeurent en effet deux choses différentes. Mais notre Code civil, au moins pour les obligations de corps certains, a cru devoir supprimer l'espace intermédiaire; il a cru plus simple, sans d'ailleurs s'en rendre compte, comme nous le verrons plus tard, d'attribuer au même acte le double effet de créer l'obligation et de réaliser l'aliénation (art. 1138), il est donc

permis, à ce point de vue, de confondre les effets du contrat avec ceux de l'obligation.

64. Suivant les textes du droit romain, l'objet de toute obligation consiste à *dare* ou à *facere* ou à *præstare;* c'est l'idée que les rédacteurs du Code civil ont voulu appliquer au contrat :

ART. 1126. Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire (*).

D'après ce qui vient d'être dit, quand un contrat a pour objet un *dare*, c'est-à-dire le transfert de la propriété d'une chose qu'une partie s'oblige à *donner*, ou d'un droit réel sur cette chose, l'objet de l'obligation se confond réellement avec l'objet du contrat.

Quand il s'agit d'un *facere* ou d'un *præstare*, l'observation précitée de Demante reprend sa force ; l'objet paraît être le même dans le contrat et dans l'obligation, mais il n'est pas envisagé sous le même aspect, de sorte qu'en définitive le Code semble avoir consacré un système mixte.

Envisagé par rapport au contrat, l'objet doit être étudié au point de vue de l'influence que les particularités qui le concernent peuvent avoir sur la formation et la validité du contrat lui-même, ou, d'une manière plus générale, de l'acte juridique d'où l'obligation doit procéder, c'est ce qui fait plus particulièrement l'objet de la présente section.

Envisagé par rapport à l'obligation elle-même supposée créée, l'objet doit être étudié au point de vue de l'influence qu'il peut avoir sur le contenu de l'obligation, sur la manière de l'exécuter, etc. C'est ce qui fait spécialement l'objet des sections II, III et IV du chapitre suivant, consacré aux *effets des obligations*.

L'objet du contrat peut donc consister, selon les termes de l'art. 1126, dans une *chose*, dans un *fait* ou dans une *abstention*.

(*) Art. 1126. — L. 3 in pr., D. 44, 7, *De oblig. et act.*

Il faut observer que le mot *chose* est ici détourné de son sens juridique ordinaire. Dans son sens ordinaire cette expression signifie un *bien* sur lequel on peut avoir des droits. Dans notre article, le mot chose peut s'entendre d'un service, ou même d'une abstention; ainsi, faire un voyage, ne pas couper tel arbre.... serait une chose dans le sens de l'art. 1126. Par conséquent en employant ce mot dans un sens aussi large, le législateur a voulu désigner toute espèce de bénéfice que l'on procure au créancier, et non pas seulement les prestations d'objets.

On a quelquefois critiqué la distinction admise par le droit entre les choses à fournir et les faits à prester. On a dit que tout pouvait, en définitive, se réduire à un fait. Cela peut être soutenu; il y a cependant intérêt à maintenir la distinction; nous verrons en effet plus tard que la perte de la chose et l'impossibilité de produire le fait, objet du droit, n'entraînent pas les mêmes conséquences.

65. Il y a encore un grand intérêt à déterminer exactement le sens étymologique du mot chose.

Le mot *chose* vient du mot latin *causa* dont il n'est qu'une transcription. Sans doute, le mot *causa* employé dans les sources, signifie quelquefois le *principe générateur d'un effet;* mais dans son acception la plus ordinaire, il est synonyme de *res;* il signifie tout simplement *objet* ou *prestation* effectuée ou à effectuer (1). Plus spécialement *res* indiquait une prestation à effectuer ou subséquente, *causa* une prestation déjà effectuée ou antécédente (2). La même expression signifie surtout ce que dans le langage moderne on appelle *contre-partie* ou *contre-valeur*, dans les cas où *causa sub est conventioni.* C'est notamment dans ce sens que le

(1) L. 7 § 2 et 4, D. 2, 14, *De pactis.*

(2) L. 1 pr. D. 12, 5, *De condict. ob turp. vel injust. causam;* L. 92 D. 12, 6, *De condic. ind.*

mot *causa* est employé pour caractériser certaines *condictiones* : la *condictio causâ datâ, causâ non secutâ;* la *condictio ob turpem causam*, la *condictio sine causâ*, etc. Le mot *causâ* signifie encore toute *res* qui est perçue à l'occasion d'un bien (1). Dans ce sens on dit que certaines restitutions doivent être faites *cum omni causa* (2). D'autres fois, le mot *causa* est employé dans le sens de *negotium* (*ex variis causarum figuris*) (3).

Tous les lexicographes sont d'accord pour déterminer, comme nous venons de le faire, les acceptions diverses du mot *causa* dans les textes auxquels nous avons dû nous référer. Or les commentateurs, chaque fois qu'ils ont rencontré la même expression *causa*, ont été portés à lui donner le sens spécial et tout à fait particulier de *principe générateur d'un effet* (*causa efficiens*), et à méconnaître le sens général qui est celui de *res, chose, objet, prestation;* de sorte que, par exemple, la locution *sine causâ*, qui veut dire *sans objet*, a revêtu une signification toute différente et leur a paru vouloir dire *sans cause*. L'empire de la routine est même si fort, quant au point qui nous occupe, qu'à propos d'une formule où le mot *causa* est manifestement employé comme synonyme de *res* (*cum nulla sub est causa propter conventionem*), un auteur a été jusqu'à dire « qu'il n'y avait pas à se préoccuper de cette *singulière* acception de la cause (4)! »

Il est du reste remarquable qu'une telle confusion ou équivoque ne s'est jamais produite dans la formation de notre langue française : Le mot *causa*, en tant qu'il pouvait signifier d'une manière spéciale, le principe générateur d'un effet

(1) L. 1 § 10, D. 47, 4, *Si is qui testam. liber.;* L. 2 § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(2) L. 29, D. 6, 1, *De reivind.*

(3) L. pr. D. 44, 7, *De oblig. et act.*

(4) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1131, n° 1.

quelconque, est entré dans notre langue sans modification sensible, et est devenu le mot *cause*. Mais dans son acception générale, comme synonyme de *res*, il a d'abord été reçu avec une transcription différente; il a formé le vieux mot *coze*, comme on peut le voir, notamment dans Beaumanoir (*Cout. de Beauv.*). Enfin le mot coze est devenu le mot *chose* par un adoucissement de prononciation qui s'est produit uniformément dans la plupart des mots commençant par les lettres *ca : caulis* (chou), *calor*, *castellum*, *castanea*, *castus*.

Il faut donc rapporter à la théorie de l'*objet*, de la *prestation* ou de la *chose* dans les contrats, un grand nombre de textes dont les auteurs se sont fort mal à propos servis, pour édifier une théorie spéciale sur *la cause dans les obligations*.

Ainsi pour citer encore un texte présentant à la fois *causa* et *res* comme synonymes, quand on traite à l'occasion de l'aliénation d'une chose, les accessoires futurs sont censés compris dans le contrat, sauf réserve contraire :

Alienatio quum fit CUM SUA CAUSA, *dominium ad alium transferimus quæ esset futura, si apud nos* EA RES *mansisset; idque toto jure civili ita se habet, præterquam si aliquid nominatim sit constitutum* (1).

66. A l'inverse, on peut concevoir certaines restrictions dans les contrats relatifs à une chose soit corporelle, soit ncorporelle; en effet :

ART. 1127. Le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat.

Si les termes du contrat visent *la chose elle-même* sans restriction, il est rationnel d'admettre que les parties ont entendu traiter sur la propriété.

Si elles ont seulement envisagé l'usage ou la possession de la chose, elles doivent le dire. Remarquons que le texte ne résout pas la question de savoir si le contrat aura pour

(1) L. 67, D. 18, 1, *De contrah. empt.*

résultat un droit réel ou un droit de créance. Il en sera ce que les parties auront voulu ou pu légalement vouloir. (Voy. t. IV, n° 74).

Le contrat peut aussi avoir pour objet une créance déjà existante; il constituera alors une *cession* dont il est traité dans une section particulière du titre *de la vente*.

67. Dans les cas ci-dessus, l'objet envisagé ne mettait aucun obstacle à la formation de la convention; il n'en est pas toujours ainsi :

ART. 1128. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions (*).

Mais il ne faudrait pas induire de ce texte, *a contrario*, que les choses hors du commerce ne peuvent faire l'objet d'aucune convention; il faut entendre la règle en ce sens que les choses hors du commerce ne peuvent faire l'objet d'une convention qui irait contre le but que la loi s'est proposée en mettant la chose hors du commerce. Ainsi, il y a des choses qui, de leur nature, sont dans le commerce, mais qui ont été mises hors du commerce en ce qui concerne, par exemple, l'achat ou la vente. Tels sont les biens dotaux. Ces biens pourront faire l'objet de toute espèce de contrats, pourvu qu'on ne les aliène pas en tout ou en partie.

Il faut considérer comme étant hors du commerce :

1° Les choses qui n'existent pas ou qui ont cessé d'exister. Peu importe que, par l'effet d'une erreur quelconque, les parties aient cru faussement à leur existence ou à la possibilité de leur existence, ou qu'elles aient connu la vérité; ainsi : aucun accord valable ne peut intervenir sur des obligations fausses, de prétendues créances procédant de titres faux, d'effets ou billets fabriqués (1);

(*) Art. 1128. — L. 182, D. 50, 17, *De reg. jur.*; L. 34; L. 85 § 5; L. 103, D. 45, 1, *De verb. oblig.*; L. 6; L. 34 § 1, D. 18, 1, *De contr. empt.*

(1) Grenoble, 19 mars 1875, D. 77, 2, 202.

2° Les faits ou prestations impossibles; mais il faut qu'il s'agisse d'une impossibilité absolue, et non d'une impossibilité dérivant d'une circonstance accidentelle.

La stipulation d'une chose n'existant pas ou ne pouvant exister, ou bien d'une prestation impossible en soi, est inexistante et ne peut produire aucun effet.

Au contraire, la stipulation d'un fait impossible à prester à cause seulement d'une circonstance accidentelle, pourra produire certaines conséquences : ainsi dans le cas prévu par l'art. 1601, quand la chose vendue était déjà périe, l'acheteur se trouve trompé dans son attente; or il peut se faire qu'il y ait eu faute ou dol de la part du vendeur; ce dernier devra alors des dommages à cause de son dol ou de sa faute (1).

Quand on a promis *le fait d'autrui*, le contrat est valable, car le fait n'est pas impossible en soi. On peut aussi valablement s'obliger à *procurer* la propriété de la chose d'autrui, ce qui n'est pas la même chose que *vendre* la chose d'autrui.

Quand il y a doute sur la possibilité ou l'impossibilité d'une chose, la convention qui intervient dans le but de garantir la possibilité de cette chose est valable (2).

68. 3° L'état des personnes doit encore être considéré comme étant hors du commerce (3). Toute convention qui tendrait à modifier cet état serait nulle, par exemple les promesses d'adopter, de mariage, etc. (Voy. t. II, nos 5, 11).

4° Les distinctions honorifiques, sont essentiellement attachées à la personne du titulaire; aucun traité, aucune convention ne pourrait autoriser une autre personne à s'en

(1) Voy. MAYNZ, *Élém. de Dr. rom.*, t. II, § 283, p. 118; SALEILLES, *loc. cit.*, nos 153 à 161; Comp. AUBRY et RAU, t. I, § 37; t. IV, § 351, note 45; COLMET DE SANTERRE, t. VII, n° 28 *bis* XVI; DEMOLOMBE, t. XXIV, nos 64, 65.

(2) Paris, 11 mars 1892, D. 92, 2, 415.

(3) Cass. 23 nov. 1885, D. 86, 1, 55.

prévaloir. — Cependant l'usage des médailles ou autres distinctions obtenues dans les expositions et autres concours de même genre, étant permis non seulement au titulaire, mais encore à la maison de commerce en considération de laquelle elles ont été décernées (L. 30 avril 1886, art. 6); il s'ensuit que le titulaire en cédant son fonds peut transmettre accessoirement à son successeur, le droit de se prévaloir de telles récompenses; mais ce dernier, dans ses imprimés commerciaux, ne pourrait se prévaloir de la croix de la Légion d'honneur obtenue par son prédécesseur (1).

69. 5° Sont encore hors du commerce les choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, par exemple les choses dépendant du domaine public. Par conséquent on ne pourrait valablement s'obliger à en procurer la propriété à autrui, et la convention demeurerait nulle quand même, en fait, la chose viendrait à cesser d'être hors du commerce, parce qu'il y aurait toujours *eadem causa obligandi*, même objet dans l'obligation telle qu'il faut la concevoir quant à son *initium* (2). A l'inverse : ITEM *contra, licet initio utiliter* RES *in stipulatum deducta sit, si postea* IN EARUM QUA CAUSA, *de quibus supra dictum est* (des choses hors du commerce) *sine facto promissoris devenerit extinguetur stipulatio* (3).

Causa est encore ici synonyme de *res*.

Mais quand il s'agit de choses mises hors du commerce en raison de leur soumission à l'usage public, les parties pourraient valablement traiter en vue de leur désaffectation éventuelle (4). Ainsi on peut valablement s'obliger à faire les diligences nécessaires pour qu'un chemin soit déclassé, et à en procurer ensuite la propriété à quelqu'un.

(1) Cass. 16 juill. 1889, D. 91, 1, 61.
(2) L. 83, § 5, D. 45, 1, *De verb. oblig.*; L. 137, § 6, D. *ibid.*
(3) Just. *Inst.*, lib. III, tit. XIX, § 2.
(4) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 146.

70. 6° On considère encore comme étant hors du commerce, c'est-à-dire comme ne pouvant faire l'objet d'une convention, les faits contraires aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi.

Voici les exemples classiques «..... *Si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet* (1). » Il pourrait paraître puéril d'insister pour faire remarquer que la nullité de la convention tient uniquement au caractère illicite de son *objet* et qu'il ne saurait, à aucun point de vue, être question de la *cause*. Cependant ici encore la confusion s'est produite, parce que le passage précité commence en réalité par ces mots : *Quod turpi ex causâ promissum est, veluti si quis homicidium*, etc., et qu'on s'obstine à vouloir toujours traduire *causa* par *cause* et non par *chose*, ce qui conduit à dire : La promesse qui repose sur une cause honteuse....., au lieu de : La promesse qui repose sur une chose honteuse. Il y a cependant des auteurs qui n'ont pas hésité à reconnaître que le mot cause ne doit pas être pris ici dans le sens technique de *causa efficiens* (2).

Pour l'appréciation des faits contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, les juges devront se conformer aux principes que nous avons développés dans notre partie générale (t. I^er^, n^os^ 186 à 197).

Quant aux faits illicites, c'est-à-dire défendus par une disposition de la loi positive, et que, pour ce motif, on appelle quelquefois légalement impossibles, nous rappellerons qu'il n'est pas exact de prétendre que ces faits ne peuvent, sous aucun rapport, être valablement envisagés dans une convention. Nous avons déjà démontré qu'il n'y a pas en réalité de conditions légalement ou moralement impossibles (t. VI, n° 49) ; nous aurons l'occasion de revenir sur ce point en parlant des conditions.

(1) *Inst.*, lib. III, tit. XIX, § 24.
(2) ÉTIENNE, *Inst. de Just.*, t. II, p. 129.

La circonstance que certains animaux sont classés, par les arrêtés préfectoraux, parmi les animaux nuisibles, ne met pas obstacle à ce que, dans une convention entre un adjudicataire de chasse et son cofermier, il soit inséré une clause interdisant à ce dernier la chasse de ces animaux. Une telle interdiction n'est contraire ni à la loi, ni à l'ordre public, ni même, a cru devoir ajouter un tribunal, *au droit naturel* (1)!

71. 7° Il est des choses qui ne sont pas dans le commerce parce que le législateur en a prohibé l'aliénation ou la libre circulation. Ainsi, nul autre qu'un pharmacien ne peut vendre des poisons. S'il y a litige sur la propriété d'un produit pharmaceutique, le moyen tiré de ce que ce produit serait hors du commerce, ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation, comme étant mélangé de fait et de droit (2).

La fabrication des cartes à jouer est également soumise à certaines prescriptions que les conventions particulières ne sauraient éluder (3).

Les choses et services dont l'État s'est réservé le monopole ne sont pas dans le commerce (Voy. t. IV, n° 63).

Il en est de même des armes et munitions chargées (4).

Une loi du 23 messidor an III, pour éviter les accaparements, avait prohibé la vente; des blés et grains en vert cette loi est encore en vigueur (5).

72. Cette dernière décision n'empêche pas que les choses futures, lorsqu'elles sont suffisamment déterminées, ne puissent être valablement envisagées par les parties :

(1) Trib. Langres, 30 janv. 1889, S. 89, 2, 94.
(2) Cass. 17 nov. 1885, S. 88, 1, 14.
(3) Décret 26 mars 1889.
(4) L. 14 août 1885.
(5) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 332, et les autorités citées.

ART. 1130. Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. — On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit (*).

La loi avait déjà prohibé les renonciations anticipées à une succession non ouverte (art. 791). Voy. t. V, nos 157 et 198. Notre texte prohibe d'une manière plus générale tous les pactes relatifs à une succession future, qu'il s'agisse d'une succession déterminée ou indéterminée, sauf le cas de l'article 1837; il va plus loin que le droit romain qui tolérait les pactes sur la succession d'un homme vivant, pourvu que ce dernier donnât son adhésion à la convention. La prohibition moderne est motivée surtout parce que les pactes successoraux peuvent donner lieu à des spéculations peu avouables, sans aucun profit économique appréciable. Ainsi on n'hésite pas à annuler la convention faite entre les héritiers présomptifs d'un homme vivant de considérer comme non avenu tout testament qui avantagera l'un d'eux (1), ou la convention par laquelle une personne emprunte une somme d'argent, en affectant à la garantie du remboursement une somme égale à provenir de l'héritage de ses père et mère encore vivants lors du prêt (2), ou une donation faite sous la condition formelle que le donataire ne prendra dans la succession de ses père et mère que ce qui lui a été constitué en avancement d'hoirie (3).

Quand les pactes successoraux paraissent présenter un suffisant avantage économique, la loi les valide; tel est le cas pour l'institution contractuelle, qui est une espèce de testament irrévocable, pour le contrat de rente viagère, ou à fonds perdus, pour le contrat d'assurances sur la vie.

Quant aux successions ouvertes, il ne saurait y avoir de difficultés.

(*) Art. 1130. — L. 8, D. 18, 1, *De contr. empt.*
(1) Cass. 13 mai 1884, D. 84, 1, 468.
(2) Trib. Bruxelles, 28 mars 1887, *Pas.*, 87, 3, 120.
(3) Cass. 8 avr. 1889, D. 90, 1, 205.

La révélation à un intéressé d'une succession ouverte à son profit peut faire l'objet licite d'une convention, pourvu qu'il y ait réellement révélation d'un secret qui, suivant les probabilités, n'aurait pas été connu sans cette révélation.

Dans le cas contraire, il y aurait simplement anticipation sur une découverte qui aurait lieu plus tard, et la convention serait nulle faute d'objet.

Les agissements du révélateur pourront alors, s'ils ont été utiles, valoir, tout au plus, comme constituant une gestion d'affaires.

73. Tout en prohibant les pactes sur succession non encore ouverte, la loi admet cependant que les choses futures peuvent être envisagées dans une convention et devenir l'objet d'une obligation. Comment faut-il entendre cela?

Serait-il permis d'aliéner d'avance ses biens à venir, au fur et à mesure de leur acquisition, de façon qu'on n'aurait plus le droit de rien acquérir pour soi-même et qu'on ne serait plus qu'un instrument d'acquisition pour autrui? C'est ce qui aurait lieu si l'aliénation pouvait porter sur l'ensemble du patrimoine à venir; or, nous savons qu'il n'en est pas ainsi quand il s'agit d'aliénation à titre gratuit (art. 943).

Pour concevoir une telle opération à titre onéreux, il faudrait supposer qu'on a aliéné son patrimoine présent et futur, moyennant une pension ou une rente viagère. Or cela n'est pas possible, à raison de l'insuffisante détermination de l'objet,

Le Code permet seulement la société universelle de gains. Les associés peuvent mettre d'avance dans la société, la jouissance des successions qui pourront leur échoir, mais contrairement à ce qui avait lieu en droit romain (1) ils en garderont la propriété (art. 1837).

Par conséquent, lorsqu'on dit que les choses futures peu-

(1) L. 3 § 2; L. 73, D. 17, 2, *Pro socio*.

vent faire l'objet d'une obligation, cela s'entend seulement des choses particulières, ayant une détermination suffisante, par exemple, les fruits à naître de tel fonds en telle année.

Ainsi encore, un emprunteur peut valablement céder au prêteur à qui il confère hypothèque sur certains immeubles, sa créance éventuelle d'indemnité, en cas d'incendie des bâtiments hypothéqués, contre une compagnie d'assurances avec laquelle il n'a pas encore actuellement traité, lorsque par une clause de l'acte d'emprunt, il s'est engagé à faire un contrat d'assurances avec telle compagnie que lui indiquerait son créancier. Cette clause donne une suffisante consistance à la créance future qui a été envisagée (1).

74. C'est en effet une règle générale que la chose formant l'objet de l'obligation, qu'elle soit actuelle ou future, doit être suffisamment déterminée pour qu'il apparaisse que les parties ont eu quelque intérêt à contracter.

Dans cet ordre d'idées,

ART. 1129. Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. — La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée (*).

Une chose peut donc être déterminée :

1° Quant à son individualité ; elle constitue alors un corps certain ; elle est en principe aux risques du créancier, et sa propriété peut en être transférée par le seul effet du contrat ;

2° Seulement quant à son *espèce*, suivant l'expression de l'art. 1129, qui désigne ainsi un genre limité ; par exemple *un cheval*. Dans ce cas la convention ne peut jamais être translative de propriété ; elle produit seulement un droit de créance.

Si la chose n'est pas déterminée au moins quant à son espèce, dans le sens de l'art. 1129, on peut dire que la chose

(*) Art. 1129. — L. 94, 95, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(1) Cass. 17 mars 1891, D. 92, 1, 26.

est indéterminée, si on a promis, par exemple, de vendre du café, du blé, de l'étoffe. En pareil cas le contrat est nul à raison de l'inutilité de son objet.

Mais quel est le principe en vertu duquel il en est ainsi ? On répond généralement que lorsqu'un contrat ne procure aucune utilité, il n'engendre pas d'intérêt, et que lorsqu'il n'y a pas d'intérêt, il ne saurait y avoir d'action (1). On déduit de là une nouvelle règle concernant l'objet dans les obligations, d'après laquelle il faudrait, à peine de nullité de la convention, que l'objet présente un intérêt appréciable en argent. C'est l'ancienne théorie romaine énergiquement repoussée par le projet de Code civil allemand :

« Depuis longtemps, dit M. Saleilles, on commençait à faire justice de cet adage qui s'expliquait à Rome par des motifs propres au formalisme et à la procédure romaine, et dont l'admission dans le droit moderne constitue une véritable anomalie. Aussi verrons-nous la validité des stipulations pour autrui pleinement acceptée; qu'importe que le fait promis doive se réaliser au profit d'un tiers et que le stipulant n'ait en vue que l'intérêt d'autrui? Il n'y a pas de raison pour lui refuser l'action; seulement le projet admet que si le débiteur n'exécute pas le fait promis, le créancier ne pourra lui demander d'indemnité que s'il peut évaluer en argent le dommage que lui cause personnellement l'inexécution; ceci est conforme aux principes en matière de dommages-intérêts (2). »

Ces aperçus ne sont pas demeurés étrangers à la jurisprudence française. Après avoir cassé un jugement qui condamnait un débiteur à la prestation d'un fait promis, parce que le tribunal n'avait pas prononcé une condamnation pécuniaire pour le cas d'inexécution (3), la Cour de cassation a

(1) LAURENT, t. XVI, nos 77, 81.

(2) *Loc. cit.*, n° 8; conf. AUBRY et RAU, § 344, *in fine*, DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 232; LAROMBIÈRE, art. 1128, n° 37.

(3) Cass. 26 juill. 1812.

fini par décider que le tribunal peut se borner à condamner le débiteur à exécuter l'obligation, en ajoutant seulement qu'en cas d'inexécution *il sera fait droit* (1).

Mais suit-il de là qu'un tribunal, après avoir admis le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts *à fixer par état*, peut, sans contradiction, refuser toute espèce de dommages, si le demandeur se trouve finalement dans l'impossibilité d'en justifier le chiffre (2)? C'est une autre question que nous examinons plus loin sous l'art. 1149.

La chose objet du contrat doit donc être appréciable dans le sens qui vient d'être indiqué, et réunir les autres caractères ci-dessus décrits. Par conséquent, et pour résumer toute la théorie qui précède, on peut formuler la règle suivante :

L'obligation sans objet ou sans chose, ou sur une chose fausse, ou sur une chose illicite, ne peut avoir aucun effet.

SECTION IV.

De la cause.

75. — Distinction entre la *cause* ou *motif* de la convention, et la cause de l'obligation. Divers systèmes sur ce point.
76. — Système qui paraît être celui du Code civil, art. 1131. Équivoque sur le véritable sens du mot *cause*, traduction prétendue du mot *causa*.
77. — Critique de l'explication généralement admise.
78. — La théorie de la cause se confond en réalité avec celle de l'objet.
79. — Justification en ce qui touche, d'abord, les obligations dites *sans cause;*
80. — En ce qui touche les obligations sur *fausse cause;*
81. — En ce qui touche les obligations sur *cause illicite*, art. 1133.
82. — Confusion entre la *cause* et les *motifs*.
83. — Des obligations contractées pour obtenir l'accomplissement d'un devoir, ou l'abstention d'un fait illicite.

(1) Cass. 12 fév. 1862; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 491.
(2) Voy. Paris, 17 nov. 1886, *Gaz. des Trib.*, 86, 1er décembre.

84. — Conclusion.
85. — Des écrits mentionnant ou ne mentionnant pas la cause de la convention, art. 1132.
86. — La difficulté porte uniquement sur la preuve. Sur qui porte le fardeau de la preuve.

75. Il va ici être question de la cause de l'obligation qu'il ne faut pas confondre avec la cause ou motif de la convention.

La cause ou motif de la convention est la circonstance quelconque qui pousse une partie à contracter. Peu importe que ce motif soit vrai ou faux; il n'y a pas lieu de le prendre en considération, excepté quand la formation du lien a été subordonnée à la réalité du motif qui, alors, a dû être exprimé, ou quand il y a eu dol.

La cause de l'obligation serait tout autre chose; il faudrait entendre par là le principe générateur de l'obligation, la circonstance qui fait qu'on est obligé, ce qui n'a aucune espèce de rapport avec le motif de la convention.

La notion de la cause pourrait donc servir de base à des théories diverses.

Dans une législation arrivée à un développement suffisant et ayant trouvé sa formule exacte, on devra, dit-on, pour savoir si une personne est obligée, se préoccuper du *mobile déterminant* qui la portait à s'engager, du *but final* qu'elle se proposait d'atteindre.

Dans un pareil système, les obligations conventionnelles dériveraient d'une *cause finale*.

Mais il pourra arriver, surtout si les moyens de preuve sont imparfaits, que le législateur, au lieu de se préoccuper de la *cause finale*, attribue à un fait *externe* la vertu d'engendrer le *vinculum juris*. Alors, par la volonté de la loi, le fait extérieur ainsi envisagé, deviendra la *cause efficiente* de l'obligation, ou *cause formelle*. Dans ce système, qui fut celui des Romains au moins avant l'apparition des contrats

consensuels, la simple convention ne sera point obligatoire, *nuda pactio obligationem non parit;* il faudra au contraire que le consentement se manifeste dans une forme déterminée par la loi, par ex. : la stipulation.

Entre ces deux systèmes, l'un reposant sur la *cause finale*, l'autre sur la *cause formelle*, il y a place pour un troisième système dans lequel la volonté de s'engager, clairement manifestée, abstraction faite du but final que l'on se proposait d'atteindre immédiatement, suffirait pour engendrer l'obligation, en supposant d'ailleurs les parties capables, et les règles concernant *l'objet*, pleinement observées. Ce système paraît avoir été celui du droit coutumier.

Voici maintenant la différence pratique qui existerait entre ces trois systèmes :

Une personne capable a promis de payer une certaine somme d'argent; cet engagement, examiné au point de vue de la cause, constitue-t-il une obligation civile munie d'une action contre celui de qui il émane? Voilà la question :

Pour la résoudre, en droit romain et sous l'empire de la *cause efficiente* ou *formelle*, on eût recherché si, pour contracter l'engagement, les formes civiles voulues par la loi avaient été observées; par exemple si on avait employé les formes de la stipulation ;

En droit coutumier on se serait simplement demandé si l'auteur de la promesse avait réellement voulu s'engager, abstraction faite d'ailleurs du *but final* qu'il s'agissait d'atteindre.

Dans le droit moderne, dit-on, il faut sans doute rechercher si l'auteur de la promesse a voulu sérieusement s'engager, mais cela ne peut pas suffire : il faut pénétrer plus avant dans la volonté des parties, et analyser la nature de cette volonté pour en déterminer la valeur. Il faudra donc se demander : Pourquoi l'auteur de la promesse a-t-il voulu s'engager? Quel *but final* se proposait-il d'atteindre? Ce but existe-

t-il? S'il existe, est-il licite ou illicite? C'est seulement lorsqu'il sera permis de dire : en s'engageant celui qui a promis s'est proposé d'atteindre un but; ce but existe; il n'est ni faux ni imaginaire; ce but est licite; c'est alors seulement que le lien obligatoire apparaîtra dans toute son évidence, alors seulement l'obligation aura une cause...

76. La cause serait donc le but immédiat et apparent, que les parties se proposent d'atteindre en contractant.

Dans les contrats à titre onéreux synallagmatiques, la partie qui s'oblige ne le fait qu'en vue d'un avantage qu'elle attend de l'autre partie; c'est donc l'obtention de cet avantage, ou plutôt cet avantage lui-même, qui constituera la cause de l'engagement.

Ainsi, dans la vente d'un immeuble moyennant un certain prix, quelle sera la cause de l'obligation de l'acheteur de payer le prix? Ce sera l'obligation prise par le vendeur de livrer l'immeuble; c'est en considération de cette obligation que l'acheteur a promis un prix. Donc si, par hypothèse, l'immeuble n'existait plus au moment de la vente, l'obligation de le livrer n'ayant pu naître à la charge du vendeur faute d'objet, n'a pu engendrer celle de l'acheteur de payer le prix : cette dernière obligation serait donc sans cause.

Il faudrait donc conclure que, dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'une des parties a sa cause dans l'obligation de l'autre, que les deux obligations se servent réciproquement de cause (1).

Dans les contrats unilatéraux la cause de l'obligation consisterait simplement dans l'avantage procuré au débiteur par le créancier, avantage qui, d'ordinaire, a précédé l'engagement, ou tout au moins l'a déterminé, par exemple, dans le prêt de consommation.

(1) Voy. notamm. DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 346; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 846.

Telle est la théorie que le Code aurait eu l'intention de résumer dans le texte suivant :

ART. 1131. L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet (*).

Mais nous connaissons déjà cette formule; elle est le résultat d'une pitoyable équivoque sur le sens et l'orthographe du mot *cause!*

En se conformant à l'usage de son temps, Beaumanoir n'aurait pas manqué d'écrire :

L'obligation *sans coze*, ou sur une *fausse coze*, ou sur une *coze illicite*, ne peut avoir aucun effet.

Aujourd'hui c'est le mot *chose* qui doit remplacer le vieux mot emprunté au latin, et les règles sur la *cause* dans les obligations ne sont que la reproduction, en des termes différents et sans signification précise, des règles sur l'objet.

77. La théorie qui prétend les expliquer ne supporte pas l'examen. Il est d'abord rationnellement impossible de concevoir comment deux effets distincts peuvent se servir réciproquement de cause, comme on prétend que cela se passe dans les contrats synallagmatiques. Ainsi on prend l'hypothèse d'un contrat de vente, et quoiqu'il ne soit pas possible de considérer comme séparées deux obligations dont l'une, par la volonté des contractants, ne peut pas exister sans l'autre dont elle est la contre-valeur, on a commencé par envisager la seule obligation du vendeur comme si elle avait une sorte d'antériorité chronologique. On fait remarquer que si la chose vendue n'existait pas en réalité, l'obligation du vendeur est nulle *faute d'objet;* que dès lors cette obligation n'a pu engendrer celle de l'acheteur, que par suite l'obligation de ce dernier n'a pas pu naître et est nulle *faute de cause!*.....

Mais on oublie qu'on a posé en principe que les deux obligations se servaient *réciproquement* de cause; donc l'obliga-

(*) Art. 1131. — L. 7 § 4; L. 27, D. 2, 14, *De pactis;* L. 121 § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

tion de l'acheteur n'ayant pu prendre naissance faute de cause, l'obligation du vendeur n'a pas pu davantage prendre naissance faute de cause..... Comment donc peut-on dire que l'obligation du vendeur (qui n'existe pas, puisqu'elle n'a pas pu naître) est néanmoins nulle faute d'objet!.... On se trouve ainsi engagé, surtout quand les deux obligations sont valables, dans un *circulus* sans issue, rappelant celui auquel donne lieu la question relative à l'antériorité de la poule ou de l'œuf.

La vérité est que l'opération doit être envisagée dans son ensemble, parce que telle est la commune intention des parties qui doit faire loi. Quand dans la vente l'objet du contrat fait défaut, l'opération est nulle, et la nullité est la même tant à l'égard de l'acheteur qu'à l'égard du vendeur; elle dérive de l'absence d'objet, et jamais les Romains, pour justifier une solution aussi simple, n'ont songé à introduire dans le débat cet élément inutile et d'ailleurs insaisissable de la cause finale; Pomponius disait tout simplement :

Nec emptio, nec venditio sine re quæ veneat potest intelligi (1).

S'il n'était pas arrivé à quelques anciens ou modernes commentateurs (2) de vouloir toujours donner au mot *causa* le sens de *cause*, même dans certains cas où il était synonyme de *res*, on ne serait pas dans la nécessité de faire remarquer que, d'après le texte précité, ce n'est pas seulement la *venditio* qu'il est impossible de concevoir *sine re*, mais encore l'*emptio;* qu'il s'agit d'une opération unique, quoique à double face, et qu'il est absurde de prétendre que les

(1) L. 8, pr. D. 18, 1, *De contr. empt.*

(2) DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. II, nos 5 et 6 ; POTHIER, *Traité des oblig.*, nos 42, 43, etc. ; MERLIN, *Répert.*, v° *Convention*, § 2 ; *Questions de droit*, v° *Causes des oblig.*, § 1 ; MALEVILLE, III, p. 31, 33, 90, 91 ; TOULLIER, t. VI, n° 166, note 1 ; AUBRY et RAU, § 345, note 2, § 442 *bis ;* LAROMBIÈRE, art. 1131, n° 2 ; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 353 ; GIDE, *De la novation*, p. 30.

deux faces se sont réciproquement engendrées l'une l'autre.

78. Cela est si vrai que les auteurs eux-mêmes qui admettent sans difficulté qu'il peut exister une théorie spéciale sur la cause, sont obligés de reconnaître que cette théorie se confond en réalité avec celle qui concerne l'objet :

Selon Aubry et Rau, « la théorie de la cause, en ce qui concerne les contrats synallagmatiques, se rattache donc à celle de l'objet. Quand il s'agit de l'objet des conventions, on envisage en elle-même et isolément la prestation due par chacune des parties. Quand on s'occupe de la cause on apprécie les prestations respectivement dues par les contractants, en les opposant l'une à l'autre (1). »

Larombière exprime à peu près la même idée, en demeurant un peu plus terre à terre : « Dans tout contrat, dit-il, l'objet est..... tour à tour cause et objet suivant le point de vue auquel on le considère. Je vous vends ma maison 10,000 francs; la maison, voilà l'objet du contrat de la part du vendeur, qui s'oblige, d'ailleurs, à cause des 10,000 francs; les 10,000 francs, voilà l'objet du contrat de la part de l'acquéreur qui contracte, de son côté, à cause de la maison, et c'est pour cela que la théorie de l'objet des contrats a bien des points communs avec celle de leur cause (2). »

Des points communs! ce n'est pas assez; Demolombe affirme que : « ..... ces deux éléments se confondent, et..... la cause devient l'objet, comme l'objet devient la cause, avec cette différence seulement que, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'objet même de la convention, on considère isolément, d'une manière absolue, les prestations fournies ou promises par chacune des parties, tandis que lorsqu'il s'agit d'apprécier la cause on considère ces prestations d'une manière relative et comparée en les opposant l'une à l'autre (3). »

(1) § 345, note 4.
(2) Sur l'art. 1126, n° 3.
(3) T. XXIV, n° 348.

Cela revient à dire que la chose regardée, changera de nature suivant la façon dont on la regardera!

Que conclure de tout cela? « ..... Que la théorie du Code sur la cause, comme le dit M. Laurent, n'est pas juridique. Si la cause se confond avec l'objet, la loi a tort de distinguer la cause de l'objet, et d'en faire une quatrième condition essentielle pour la validité des conventions. Une chose est certaine : c'est que le contrat existe et est valable dès que les trois premières conditions exigées par l'art. 1108 existent : le consentement, la capacité et l'objet. Je vous vends un cheval pour 1,000 francs; dès qu'il y aura consentement sur la chose et le prix, la vente sera parfaite, en supposant que nous soyons capables de contracter. Faut-il encore une quatrième condition; la cause? Non, car il y a cause, par cela même qu'il y a promesse de vendre et promesse d'acheter (1). »

Donc, si la théorie de la cause se confond avec celle de l'objet, elle se trouve déjà expliquée par ce que nous avons dit sur l'objet, et, négligeant les exercices scolastiques sur le *quid* et le *cur debetur* (2), nous n'avons plus qu'à établir, en examinant la jurisprudence, qu'il y a en effet identité parfaite et nécessaire entre la cause et l'objet, et que chaque fois qu'une obligation a été annulée en vertu d'un motif tiré de la considération de la *cause*, le motif était en réalité tiré de la considération de la *chose* ou prestation, c'est-à-dire de l'objet.

79. Prenons d'abord le cas d'une obligation dite sans cause :

Nous avons déjà démontré, en prenant pour exemple le contrat de vente, que lorsque la chose vendue n'existait pas, l'application des règles sur l'objet suffisait pour dégager l'acheteur de l'obligation de payer un prix, qui n'est qu'une contre-valeur : *nec emptio, nec venditio sine re quæ veneat potest intelligi.*

(1) T. XVI, n° 111.
(2) Voy. MOURLON, t. II, n° 1101.

Il en est de même dans les autres rapports synallagmatiques; ainsi, il était intervenu un traité par lequel une compagnie d'assurance à primes fixes réassurait l'ensemble des polices présentes et à venir d'une compagnie mutuelle. Il entrait dans l'esprit du contrat que la compagnie réassurante trouverait dans les cotisations versées par les mutualistes, la contre-valeur des charges qu'elle assumait. Or il résultait des statuts de la compagnie réassurée que l'excédant des cotisations sur les charges demeurait définitivement acquis au fonds de réserve de cette dernière compagnie, de sorte que la compagnie réassurante était soumise à des chances de perte, sans avoir aucune chance de gain. La Cour de cassation a déclaré qu'il y avait *défaut de cause* au regard de la compagnie réassurante (1).

Mais quand même les art. 1108 et 1131 n'auraient jamais parlé de la nécessité d'une cause, est-ce que la nullité d'une obligation, dont la contre-valeur n'existe pas, aurait pu faire le moindre doute? C'est à titre de contre-valeur, il ne faut pas l'oublier, que chaque partie promet la prestation qu'elle prend à sa charge. La partie ne doit rien, si la contre-valeur n'existe pas. Tous les rapports à titre onéreux peuvent en effet être ramenés à la forme primitive de l'échange. Pour concevoir un échange, qu'il s'agisse d'échanger des objets corporels ou des droits de créance ou des faits, en un mot des prestations quelconques, il faut toujours deux éléments distincts.

S'il n'y en a qu'un, l'objet ou la matière du rapport fait défaut; il n'y a pas *de quoi* faire l'échange; *sine re* l'opération n'est pas seulement nulle, mais, ce qui est plus fort, impossible même à concevoir : *intelligi non potest.*

C'est ce qui est l'évidence même en matière de novation. Ainsi un individu se croyant débiteur d'un legs en vertu d'un

(1) Cass. 19 nov. 1889, D. 90, 1, 293.

testament olographe de son père, révoqué à son insu, s'engage à donner un immeuble en paiement de la somme léguée. Il est certain que l'engagement est nul; mais on n'a pas besoin, comme le font plusieurs auteurs après Pothier (1), de recourir à la théorie de la cause pour expliquer la nullité. La novation est un contrat synallagmatique qu'il est impossible de concevoir *sine re*, c'est-à-dire sans une dette à éteindre formant la contre-valeur de la dette nouvelle; or, dans l'espèce, il n'y a pas de dette à éteindre puisque le legs révoqué est censé n'avoir jamais existé; donc il n'y a pas de novation (2).

La *res* peut cependant consister dans une simple chance. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que la convention par laquelle, après le décès d'un de leurs parents, deux personnes, ignorant leurs droits héréditaires, stipulent que, quel qu'ils soient, elles partageront par moitié la part revenant à l'une d'elles ou les deux parts revenant à l'une et à l'autre, est valable à titre de contrat aléatoire, *et ne saurait être annulée pour défaut de cause*, alors même qu'au moment où elle est intervenue, l'une de ces parties était déjà, à leur insu, saisie de la succession à l'exclusion de l'autre (3).

Cette décision peut être approuvée, si en effet il y avait incertitude dans l'esprit des parties quant à l'événement d'où dépendaient pour elles des chances réciproques de gain ou de perte. Mais pourquoi venir compliquer la question par des difficultés tirées de la cause?

Cette constante préoccupation de la cause a eu quelquefois pour résultat de la faire rechercher et exiger là où, d'après la théorie même qui l'accepte, elle ne doit pas se trouver. Ainsi, un entrepreneur ou un concessionnaire d'un chemin

(1) *Des oblig.*, n° 43; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 47 *bis*; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 357; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 850.

(2) LAURENT, t. XVI, n° 120.

(3) Cass. 19 avr. 1882, D. 83, 1, 77.

de fer en Belgique, souscrit au profit d'une commune avant l'adoption régulière du tracé définitif, l'engagement d'établir une station dans un lieu convenu, moyennant certains avantages stipulés à son profit. D'après les théoriciens de la cause, il faudrait dire : l'engagement de l'entrepreneur est nul, car il a pour objet une chose qui n'est pas dans le commerce; cet engagement étant nul n'a pu engendrer celui de la commune qui, par conséquent n'existe pas faute de cause. Pas du tout; c'est l'engagement de l'entrepreneur qui a été déclaré avoir été pris *sans cause* (1) !

80. D'après l'art. 1131 l'obligation sur une fausse cause ne peut avoir aucun effet. Mais par fausse cause, il faut entendre la cause erronée ou l'erreur sur la cause. Or, quand il y a erreur sur la cause, il n'y a réellement pas de cause, c'est-à-dire d'objet, ainsi que nous l'avons déjà remarqué à propos de la novation. La fausse cause se confond donc avec le défaut de cause (2).

Mais quand les deux parties ont indiqué une cause qu'elles savaient ne point exister, il y a simulation. Nous en parlerons à propos de l'art. 1132.

81. Il ne suffit pas, d'après le Code, que la cause existe; il faut encore qu'elle ne soit pas illicite :

ART. 1133. La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public (*).

Demolombe, qui est loin de répudier la théorie de la cause, est curieux à entendre sur ce point :

« Nous avons déjà, dit-il, en traitant de l'objet de l'obligation dans les contrats synallagmatiques, fourni un certain nombre d'exemples de causes contraires à la loi, aux bonnes mœurs ou à l'ordre public; on se rappelle, en effet, que, dans

(*) Art. 1133. — L. 7 § 7, D. 2, 14, *De pactis*.

(1) Bruxelles, 1er août 1881, *Pas.*, 81, 2, 22; Bruxelles, 8 août 1881, *Pas.*, 81, 2, 415.

(2) LAURENT, t. XVI, n° 120.

ces contrats, l'objet de l'obligation de l'une des parties étant la cause de celle de l'autre, et *réciproquement* (1), il s'ensuit que, lorsque l'objet de l'obligation de l'une est illicite, la cause de l'obligation de l'autre devient, par cela même, aussi illicite (1) ! »

Donc un exposé de la cause illicite ne peut être qu'une réédition surperflue des règles sur l'objet illicite.

Mais la déclaration ci-dessus faite par Demolombe a, nous ne saurions trop le répéter, une autre portée : ou elle ne signifie absolument rien, ou elle veut dire que si la loi n'avait pas pris soin de déclarer que la cause illicite ne peut produire aucun effet, il ne serait pas possible d'annuler l'engagement de celui qui s'est obligé en vertu d'une cause illicite !

Ainsi une Cour a reconnu que l'obligation résultant d'une convention par laquelle une personne a cédé à une autre l'exploitation d'une maison de jeu *repose sur une cause illicite* et ne peut produire aucun effet; que, *dès lors*, le cédant ne peut réclamer en justice le prix stipulé (2). Cela veut-il dire qu'en l'absence des dispositions relatives à la cause, il ne serait pas possible de refuser l'action en justice, en vertu de l'art. 1128, à celui qui a vendu une chose hors du commerce et qui en réclame le prix ou la contre-valeur? L'absurdité de la supposition suffit pour faire juger toute la théorie de la cause.

On peut donc comprendre que la vente d'une licence pour tenir une maison de tolérance et celle du mobilier servant à son exploitation soit nulle à raison du caractère de l'objet vendu (3) ; mais il ne serait pas possible d'annuler l'achat et la vente d'un mobilier, sous prétexte que l'acheteur avait l'intention d'employer ce mobilier à l'exploitation d'une

(1) T. XXIV, n° 374.
(2) Pau, 31 janv. 1889, S. 89, 2, 52.
(3) Paris, 14 déc. 1889, D. 90, 2, 189.

maison de tolérance. Le législateur n'a pas en effet subordonné la validité des conventions à l'examen d'une question d'intention ou de motifs (1). Or, nous savons que les motifs d'une convention doivent demeurer juridiquement indifférents (2).

82. Il est bien vrai que la théorie de la cause a la prétention d'éviter toute confusion entre la cause et les motifs. Mais du moment que l'on se croit autorisé à rechercher une cause distincte de l'objet, il est difficile de ne pas tomber dans la confusion que l'on veut théoriquement éviter :

Ainsi un individu loue ses services à un autre moyennant salaire. Les deux obligations, d'après la théorie de la cause, se servent mutuellement de cause. Mais, en fait, les services de domesticité dont il s'agit sont rendus dans une maison de tolérance; or, a-t-on dit, les obligations contractées par le propriétaire d'une maison de tolérance de rémunérer les services rendus dans son établissement sont immorales, donc ce sera tant pis pour le domestique ! Les salaires dus à ce dernier devront tourner au profit du maître et servir à désintéresser les autres créanciers de celui-ci. En conséquence on devra éliminer les domestiques de l'ordre ouvert entre les créanciers du maître (3)! Mais s'il est immoral de contracter vis-à-vis d'un domestique des engagements en vue de l'exploitation d'une maison de tolérance, il est pareillement immoral d'emprunter des capitaux en vue de cette même exploitation; or si l'on écarte de l'ordre les domestiques créanciers à raison de leur salaire, pourquoi admettre à l'ordre les autres créanciers? On pourrait objecter que le domestique a nécessairement connu l'exploitation immorale à laquelle devait concourir ses services, tandis qu'un prêteur ordinaire

(1) Bordeaux, 6 fév. 1885, D. 86, 2, 16; Voy. Paris, 13 fév. 1877, S. 77, 2, 233.

(2) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 355; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 853.

(3) Cass. 11 nov. 1890, D. 91, 1, 484.

a pu ignorer l'emploi qui devait être fait des capitaux avancés par lui. Mais cela est inadmissible; le législateur n'a pas voulu autoriser les juges à scruter ainsi les intentions, à entrer dans une voie pleine de périls (1). Quant au domestique il n'y a d'immoralité dans son engagement que si la nature même des services par lui loués, examinés en eux-mêmes, implique cette immoralité, et non dans les services ordinaires qu'un domestique rend de la même manière dans tous les milieux où il peut être employé.

Cette confusion entre la cause et les motifs a engendré d'autres décisions qu'un auteur, d'ailleurs partisan de la théorie de la cause, n'a pas hésité à qualifier de « véritablement fantastiques » : « N'a-t-on pas vu, dit-il, le tribunal de commerce de la Seine refuser, sur le fondement de la cause illicite, tout effet à l'obligation contractée par le directeur d'une maison de tolérance pour acquisition de vins de Champagne destinés à être consommés dans son établissement (2)? »

Dans un autre ordre de faits, le tribunal de la Seine avait déclaré qu'un achat fait par six individus était nul comme ayant une cause illicite, parce que l'immeuble était acquis pour être affecté au service d'une congrégation non autorisée. Le jugement a été, avec raison, réformé par la Cour de Paris (3). On a fait remarquer que la décision du tribunal confondait la cause finale voulue par les art. 1108 et 1131, avec la cause impulsive qui est sans influence sur la formation et sur la validité du contrat. Mais dans ce cas, comme dans tous les autres, la responsabilité de la confusion remonte à la doctrine qui prétend, contre toute évidence, assigner à la cause finale un rôle distinct de celui que doit jouer *l'objet* dans les obligations.

(1) Bordeaux, 6 fév. 1885, D. 86, 2, 16.
(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 853.
(3) 21 fév. 1879, D. 79, 2, 229, et note de M. BEUDANT.

83. Dans la même doctrine on discute encore une question qui, en réalité, n'existe pas. On se demande s'il faut déclarer nulle, comme ayant une cause illicite, l'obligation qu'une personne a contractée envers une autre pour obtenir d'elle l'accomplissement d'un devoir, ou pour la détourner d'un fait que la morale ou les lois réprouvent. On reconnait en général que la question n'a pas d'intérêt dans les conventions synallagmatiques, puisque, d'après la théorie admise, la cause de l'obligation de l'une des parties se confondant avec l'objet de l'obligation de l'autre, si l'objet de l'une des obligations est illicite, il ne peut servir de cause à l'obligation de l'autre. Mais, dit-on, la question peut s'élever sérieusement dans les conventions unilatérales (1).

On cite comme exemples : une promesse d'argent faite à un journaliste pour qu'il cesse ses attaques calomnieuses contre un homme honorable; ou encore une semblable promesse faite pour obtenir la restitution d'une chose volée ou prêtée... Mais ces exemples comme tous les autres qui ont été produits ou qu'on pourrait produire se rapportent à des conventions synallagmatiques. On voit en effet une partie promettre une somme d'argent, pour obtenir de l'autre l'accomplissement d'un fait, déjà obligatoire en soi, ou l'abstention d'un fait prohibé. Or, d'après la doctrine reçue : « L'obligation d'accomplir un fait obligatoire ou de s'abstenir d'un fait prohibé manque véritablement d'objet, car ce n'est pas cette prétendue obligation qui lie le débiteur déjà tenu à d'autres titres, et il n'y a pas d'obligation quand il n'y a pas de lien; par conséquent l'obligation corrélative manque de cause; c'est l'absence de la cause et non son caractère illicite qui entraine la nullité de l'obligation (2). »

Demolombe, considérant les conventions dont il s'agit

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 380; LAURENT, t. XVI, n° 125.
(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 49, *bis* II.

comme étant unilatérales, déclare que la cause, *envisagée en soi, d'une manière absolue* est illicite, quoique le caractère illicite du fait ne se trouve pas du côté du promettant (1).

« C'est ainsi, dit-il, que les jurisconsultes romains décidaient que la cause peut être illicite soit de la part des deux parties, soit de la part de l'une ou de l'autre seulement, sans distinguer entre le promettant et le stipulant : « *Turpem autem causam, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis; aut accipientis duntaxat non autem dantis, aut utriusque* (2)....»

Ce qui est véritablement curieux à noter, c'est que Demolombe cite précisément l'un des principaux textes desquels il résulte que *causa* est synonyme de *res* avec cette précision que *causa* désigne une prestation déjà effectuée ou antécédente, et *res* une prestation à effectuer ou subséquente. Il importe de rétablir le texte cité, d'autant que pour le mieux faire servir à la justification de sa thèse, Demolombe a substitué le mot *causam* au mot *rem*.

Omne quod datur, disait Paul, *aut ob rem datur* (pour une prestation à effectuer), *aut ob causam* (pour une prestation déjà effectuée); *et ob rem aut turpem aut honestam; turpem autem ut dantis sit turpitudo*, etc. (3).

Nous avons quelque peu insisté, pour montrer de quelle manière, et sur quels textes absolument incompris avait été édifiée la théorie de la cause finale.

84. Notre démonstration aboutit à cette conclusion que chaque fois qu'il est question de *la cause*, dans les obligations, il ne s'agit en réalité que de *l'objet*, et que par suite les art. 1108 *in fine*, 1131 et 1133 font double emploi avec les

(1) *Loc. cit.*
(2) *Loc. cit.*
(3) L. 1, pr., D. 12, 5, *De condict. ob turp. vel injust. caus.*

dispositions concernant *l'objet*, notamment avec l'art. 1128. Il serait donc à souhaiter que dans le langage de la doctrine, comme dans le style des arrêts, on ne parle plus d'obligations sans cause, ou sur fausse ou sur cause illicite, mais seulement d'obligations sans objet réel, suffisamment déterminé, ou sans objet licite.

85. Voyons maintenant comment les choses se passent dans la pratique.

Admettons qu'il s'agisse de rédiger par écrit une convention synallagmatique, une vente par exemple : Les parties devront nécessairement faire mention de l'obligation prise par le vendeur quant au transfert de la chose vendue et de l'obligation prise par l'acheteur quant au prix, c'est-à-dire que mention sera nécessairement faite de l'objet de chacune des obligations réciproques dérivant du contrat. Cela est suffisant pour les parties et doit l'être pour tout le monde. Il demeure cependant loisible aux théoriciens de la cause, d'en dégager cet élément purement métaphysique et insaisissable que nous affirmons être confondu dans l'objet.

Supposons maintenant qu'il s'agisse de rédiger par écrit une convention unilatérale, soumettant, par exemple, une partie à l'obligation de payer une somme d'argent à une autre. Nous savons qu'une telle obligation, quand elle ne dérive pas d'une donation, ne peut exister que comme étant la contre-valeur d'une prestation déjà effectuée par le créancier aux dépens de son propre patrimoine, prestation qui était désignée par l'expression *causa*. Si donc l'écrit rédigé est complet, il fera mention de la prestation déjà effectuée par le créancier, c'est-à-dire de la *cause*, en retour de laquelle l'obligation de payer une somme d'argent est souscrite ; il pourra donc être ainsi conçu : *Je m'oblige à payer à X..., la somme de..., en remboursement de pareille somme qu'il m'a prêtée*, ou *comme valeur de telle fourniture qu'il m'a faite.*

Mais il peut se faire que l'écrit soit incomplet, et ne men-

tionne pas la *causa*, c'est-à-dire la prestation dont l'obligation souscrite est l'équivalent; il est par exemple ainsi conçu : *Je promets de payer à X..., la somme de....*

Dans l'ancienne jurisprudence, il s'était établi une certaine confusion entre *l'obligation* et l'écrit rédigé pour la constater. Plusieurs avaient pensé qu'il fallait assimiler le défaut d'expression de la *causa* dans l'écrit, au défaut de *causa* dans l'obligation. Or, si la *causa*, c'est-à-dire une prestation antécédente n'avait pas déjà été effectuée par le créancier, il est manifeste qu'il aurait été impossible de concevoir qu'une personne s'obligeât à payer quelque chose *en retour* de ce qui n'avait pas été presté. On proposait donc de considérer l'écrit ne mentionnant pas la *causa*, comme non avenu (1).

Mais la jurisprudence repoussa cette erreur, et le Code a fait de même, en paraissant conserver au mot *cause* le sens métaphysique et abstrait qui n'est pas celui du mot *causa* :

ART. 1132. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée.

La loi consacre cependant une exception en matière de commerce, pour les lettres de change et les billets à ordre.

86. Il s'agit donc ici, non d'une question de validité de la convention, mais d'une question de preuve.

La difficulté consiste à savoir si, quand un écrit n'est pas causé, c'est à celui qui en est porteur à prouver l'existence de la prestation antécédente (*causa*), dont l'obligation résultant de l'écrit serait l'équivalent.

C'est là une vieille controverse qui paraît aujourd'hui terminée, du moins dans la doctrine.

Il faut d'abord écarter la distinction proposée d'après laquelle le demandeur serait soumis à la nécessité de prouver l'existence de la *causa antecedens*, quand l'écrit porte : *je promets payer*, et ne serait pas soumis à cette nécessité quant

(1) Voy. MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Cause des oblig.*

l'écrit porte : *je reconnais devoir*, parce que, dit-on, dans ce dernier cas, il y aurait un aveu (1).

Mais le texte n'autorise pas une distinction d'ailleurs aussi peu consistante.

Dans un premier système on soutient que le demandeur doit prouver tous les éléments de fait qui sont une condition essentielle de l'existence de l'obligation par lui invoquée et par conséquent de la cause (art. 1108), alors surtout qu'on ne saurait mettre à la charge du prétendu débiteur la preuve d'un fait négatif.

Mais on répond facilement que la difficulté de prouver un fait négatif est plus apparente que réelle, car il est toujours possible de prouver le fait positif contraire à celui que le demandeur aura pu être amené à formuler pour expliquer la présence entre ses mains de l'écrit qu'il allègue, et dans tous les cas il est facile de prouver les faits de violence, d'erreur, de dol ou autres qui ont eu pour résultat la signature de l'écrit contesté. Quant à l'objection tirée de l'art. 1108, elle prouve trop et par conséquent ne prouve rien, car elle tendrait à mettre à la charge du demandeur la preuve de sa capacité, de la pureté du consentement échangé entre les parties, etc. (2).

La jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de faire l'application de ces principes (3), elle a même décidé que le souscripteur d'un billet à ordre n'est pas tenu de payer le tiers-porteur, quand ce billet se trouve *sans cause* entre les mains de ce dernier (4).

(1) AUBRY et RAU, § 345, texte et note 5; Cass. 25 juill. 1876, D. 78, 1, 123.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 48 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 366; LAURENT, t. XVI, n° 166; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 855; Cass. 28 nov. 1885, S. 86, 1, 200; Cass. 20 juill. 1885, S. 85, 1, 308.

(3) Cass. 28 nov. 1889, D. 90, 1, 52; Agen, 4 mars 1889, S. 89, 2, 139; Paris, 16 nov. 1888, D. 89, 2, 253.

(4) Cass. 25 juin 1890, D. 90, 1, 369.

Lorsqu'un écrit est *causé*, pour employer le langage indépendant de la pratique, c'est-à-dire quand il mentionne la prestation antécédente dont l'obligation qu'il constate est l'équivalent, il faut en principe s'en tenir aux énonciations qu'il renferme, car les parties ne doivent pas être facilement présumées avoir voulu dissimuler la vérité.

Le principe, à cet égard, a été formulé dans une constitution insérée au Code de Justinien, dont nous croyons devoir citer les termes, car ces termes nous fourniront une dernière démonstration du sens véritable qu'il faut, dans toute cette matière, donner au mot *causa :*

Generaliter sancimus : ut, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscumque pecuniis, ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem exigere stipulatorem, cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta, scriptis inserta, religionem judicis possit instituere (1).

Le prétendu débiteur pourra donc être admis à prouver que la cause énoncée est fausse. La simulation qui aura eu lieu ne sera pas par elle-même une cause de nullité de l'acte. Les parties, en effet, ont pu faire sous une forme fictive ce qu'elles auraient pu accomplir sous une forme différente, pourvu qu'à la place de la prestation antécédente faussement énoncée, il y en ait une autre réelle et licite.

La preuve de cette simulation aura lieu conformément au droit commun ; elle ne pourra être faite par témoins ou par présomptions, sauf les cas de fraude, que s'il y a un commencement de preuve par écrit (2). Quand la simulation est reconnue, c'est au bénéficiaire de l'acte qu'il appartient de prouver l'existence d'une prestation antécédente réelle et

(1) L. 13, C. 4, 30, *De non num. pec.*
(2) Cass. 30 mai 1883, D. 84, 1, 292.

licite, et faute par lui de faire cette preuve, il doit succomber dans ses prétentions (1). Il n'y a plus lieu, en effet, d'appliquer la présomption dérivant de l'art. 1132, qui prévoit seulement le cas où l'écrit n'exprimait aucune prestation expliquant l'obligation souscrite par le débiteur (2).

Le porteur de l'écrit, impuissant à faire la preuve de cette prestation, pourrait-il soutenir que la créance qui y est mentionnée doit au moins valoir comme donation déguisée ? Nous avons déjà examiné la question, voy. t. VI, n° 194.

Quant à la théorie de la cause dans les actes à titre gratuit, nous renvoyons à ce qui a déjà été dit sur ce point, t. VI, nos 38 à 43.

(1) Cass. 9 nov. 1891, D. 92, 1, 151 ; 30 nov. 1885, D. 87, 1, 443.

(2) Comp. DURANTON, t. X, n° 351 ; AUBRY et RAU, § 35, § 345 ; DEMOLOMBE, t. XXIX, n° 370 ; LAURENT, t. XVI, nos 169 et suiv. ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 855.

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SECTION PREMIÈRE.

Dispositions générales.

87. — Objet du chapitre III.
88. — Force légale des conventions, art. 1134; pouvoirs du juge du fait et de la Cour de cassation.
89. — Leur révocabilité.
90. — Leur exécution de bonne foi, quant à leur contenu et aux suites qu'elles comportent, art. 1135.

87. La rubrique générale de notre chapitre III: *De l'effet des obligations* est inexacte. Ce chapitre traite en effet de diverses matières, notamment des effets des conventions. Mais le Code a fait comme les praticiens qui confondent souvent la convention ou le contrat, *cause productive*, avec l'obligation, *effet produit* qui peut résulter d'une cause autre que la convention. Or, il faut distinguer entre les effets de la convention et les effets de l'obligation.

La convention a pour effet normal de produire une obligation à la charge d'une seule partie, quand elle est unilatérale, ou à la charge des deux, quand elle est synallagmatique. Elle peut aussi modifier ou éteindre des obligations préexistantes, et quelquefois procurer le transfert ou l'établissement d'un droit réel.

Quant à l'obligation les effets qu'elle doit produire, et que par conséquent elle contient en germe, convergent tous vers un résultat final, l'exécution, ce qui comprend la manière d'accomplir la prestation due, le retard dans l'exécution et par suite la demeure, les conséquences de l'inexé-

cution, et enfin le refus légitime d'exécution, en tant qu'il autorise le droit de rétention.

Ce sont ces effets de l'obligation qui forment l'objet principal de notre chapitre III. Mais dans la *section première* sous le titre de dispositions générales, il s'occupe en premier lieu de certains effets des conventions.

88. Il appartient d'abord aux juges du fond de décider souverainement, d'après les faits et documents de la cause, si les conventions alléguées par l'une des parties ont été définitivement formées (1), peu importe qu'il s'agisse d'une convention conclue dans les formes ordinaires, ou d'une adhésion donnée aux statuts d'une société (2).

ART. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. — Elles doivent être exécutées de bonne foi (*).

De ce que les conventions forment la loi des parties, il ne s'ensuit pas qu'un jugement puisse être sujet à cassation pour avoir mal interprété une convention, absolument comme s'il avait mal interprété une loi.

Voici quelles sont à cet égard les règles qui dérivent de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation :

Toutes les fois qu'un tribunal a reconnu un fait en dehors des écrits produits, la Cour de cassation ne pouvant vérifier les faits, ne peut, quant à ce, réformer la décision.

Lorsqu'un tribunal statue au contraire sur les clauses d'un acte produit il doit s'abstenir de dénaturer, sous prétexte d'interprétation, le sens et la portée de la convention (3), et il appartient à la Cour de cassation de rectifier la qualification erronée donnée par les juges du fond au contrat liti-

(*) Art. 1134. — L. 23, D. 50, 17, *De reg. jur.*

(1) Cass. 3 mars 1880, D. 80, 1, 455; Comp. Cass. 14 janv. 1891, D. 91, 1, 220.

(2) Montpellier, 25 fév. 1888, D. 89, 2, 220.

(3) Cass. 23 fév. 1892, D. 92, 1, 150; Cass. 21 déc. 1891, D. 92, 1, 104.

gieux (1). Il y a, en effet, ouverture à cassation pour violation de l'art. 1134 quand un tribunal, après avoir reconnu en fait l'existence de tous les éléments d'un acte juridique déterminé, n'a pas donné à cet acte la qualification voulue par la loi, ce qui conduit à appliquer à un contrat les règles qui sont faites pour un autre. En toute autre hypothèse, il y a seulement erreur de fait ne donnant pas ouverture à cassation (2).

Nous rappelons à cet égard que l'erreur sur une disposition d'une loi étrangère ne donnant pas ouverture à cassation (Voy. t. I, n° 176), la violation d'un contrat régi par une loi étrangère ne peut à elle seule donner ouverture à cassation; il faut de plus qu'il y ait atteinte portée à un texte de la loi française (3).

Il arrive souvent que, pour échapper à la censure de la Cour suprême les Cours et tribunaux se fondent sur « *les circonstances du fait* » et *l'esprit de la convention*, pour décider que : *dans l'intention des parties*, telle clause d'un contrat doit être entendue de telle manière. Ces formules banales qui, en réalité, ne correspondent à rien, n'empêcheront pas les parties intéressées d'établir, le cas échéant, que l'interprétation donnée par la décision attaquée a dénaturé la convention (4).

D'autres fois, pour justifier une solution contraire à une convention bien claire et bien précise, les juges admettent une dérogation résultant : *des conditions dans lesquelles tel fait s'est produit.* La Cour de cassation a décidé avec raison qu'une déclaration aussi vague était inopérante, et ne pouvait empêcher la cassation, alors qu'il n'était indiqué aucune

(1) Cass. 11 nov. 1884, D. 85, 1, 116.

(2) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Cassation*, n° 1628; Comp. Cass. 6 mars 1876, D. 76, 1, 193; Cass. 17 avr. 1874, D. 74, 1, 341.

(3) Cass. 12 fév. 1892, D. 92, 1, 300.

(4) Arg. Cass. 11 mars 1890, D. 90, 1, 357.

circonstance précise pouvant justifier une dérogation aux engagements des parties (1).

En définitive, puisque la Cour de cassation se déclare juge du point de savoir si la convention est claire ou si elle ne l'est pas, si elle a été ou non dénaturée par le juge du fait, il est certain que, même pour l'appréciation du fait, la Cour de cassation se réserve le dernier mot. Cela est facile à comprendre puisque la distinction du fait et du droit n'est qu'une abstraction et qu'en réalité on ne les sépare jamais (2), et cela est justifié par la nécessité de réprimer l'arbitraire des juges du fait.

Observons qu'en matière d'enregistrement, la Cour de cassation contrôle plus sévèrement qu'en toute autre les décisions des tribunaux. Elle n'examine pas seulement le caractère de l'acte; elle apprécie l'intention des parties et peut décider que cette intention n'est pas celle que le juge du fond leur a prêté. On justifie cette solution on invoquant d'abord une tradition constante et très ancienne. On ajoute que, dans les questions d'enregistrement, une erreur dans l'interprétation d'une convention entraîne ou peut entraîner une violation de la loi, car elle modifie la nature ou la quotité du droit qui doit être exigé (3).

89. De ce que les conventions tiennent lieu de loi entre les parties, s'ensuit-il qu'elles doivent être irrévocables?

La loi déclare d'abord que les conventions peuvent être révoquées par les parties en vertu de leur consentement mutuel. Il va sans dire qu'en faisant un contrat, les parties n'ont pas entendu s'interdire pour l'avenir la possibilité de faire un nouveau contrat qui aurait précisément pour but de défaire ce qui résulte du premier.

(1) Cass. 24 déc. 1888, D. 89, 1, 415.
(2) Voy. CHARMONT, *Exam. doctrin. Revue critique*, 1894, p. 74.
(3) *Ibid.* p. 77; Cass. 29 juillet 1890, S. 91, 1, 183.

Mais dans quelle mesure les parties peuvent-elles détruire ainsi les conséquences d'un premier contrat? Il n'y a aucune difficulté en ce qui concerne les obligations dérivant de ce contrat et durant encore; la partie qui en était tenue pourra en être déclarée affranchie.

Il en est autrement quant aux mutations de propriété qui ont été la conséquence du premier contrat. Le fait de cette mutation ne peut être rétroactivement effacé. Le mutuel dissentiment ne pourra donner lieu qu'à une mutation nouvelle. Si, dans l'intervalle entre les deux mutations, des droits réels ont été régulièrement consentis au profit de tiers, ces droits seront maintenus; et un nouveau droit de mutation devra être payé.

Par exception le mariage, le contrat de mariage et le contrat d'adoption, ne peuvent être révoqués par le mutuel consentement.

Si les parties ne sont pas d'accord pour rompre le contrat, chacune d'elles ne peut en demander la révocation que pour les causes que la loi autorise (art. 1674, 1736, 1759, 1845 6°, 1871, 2003, etc.). Les actions en nullité et en rescision doivent aussi être mises au nombre des causes légales de révocation. Ces causes de révocation, résolution ou résiliation produisent leur effet rétroactivement, qu'elles soient constatées en justice, par jugement ou par un simple acte, pourvu qu'il soit certain que la cause de révocation n'a pas été simulée.

Mais en dehors des causes légales de révocation, l'une des parties aurait-elle le droit de se dégager du contrat en convertissant en argent, l'obligation existant à sa charge ?

« Les conventions, dit Demolombe, ne tiendraient plus lieu de loi aux parties qui les ont faites, si chacune d'elles pouvait à son gré s'en départir (1). » — Un autre auteur

(1) T. XXIV, n° 390.

déclare que : « Le lien produit par la convention est *essentiellement irrévocable* (1). »

Il est fâcheux que l'imperfection de la loi autorise ces formules étroites incompatibles avec la liberté de l'individu.

Il aurait fallu admettre pour tous les débiteurs la faculté que l'art. 1794 accorde au maître, de résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, pourvu que l'entrepreneur soit totalement indemnisé. Il y a du reste d'autres contrats qui peuvent se dissoudre par la volonté d'un seul des contractants, comme le mandat (art. 2003), et la société faite pour une durée illimitée.

Il convient d'ailleurs de remarquer que la règle de *l'irrévocabilité essentielle* des conventions se réduit à peu près à rien dans la pratique. D'abord, il n'y aurait aucun intérêt à déclarer révocables moyennant indemnité de la part du débiteur les conventions assujettissant ce dernier à une prestation en argent, puisqu'une prestation égale devrait être payée à titre d'indemnité. Les contrats de cette nature doivent donc demeurer étrangers à la difficulté.

D'un autre côté les contrats engendrant des obligations de faire, se résolvant, d'après la loi, en dommages-intérêts, en cas d'inexécution, offrent toujours au débiteur la possibilité de se dégager en payant une juste indemnité, sauf l'application de l'art. 1143.

Quant aux contrats procurant transfert ou création de droits réels, ils demeurent quant à ce, également étrangers à la difficulté.

Restent donc les contrats engendrant des obligations dont l'exécution est indépendante du fait du débiteur, ce qui comprend les contrats soumettant le débiteur à une abstention (art. 1143), ainsi que certains autres contrats spéciaux (art. 1760, 1736, 1837, 1838, etc.).

(1) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1134, n° 7.

90. L'art. 1134 se termine par cette déclaration que : les conventions doivent être exécutées *de bonne foi.* Les auteurs ne manquent pas de faire observer que notre droit français a ainsi entendu repousser la distinction admise autrefois par le droit romain entre les actions *bonæ fidei* et les actions *stricti juris* et qu'aujourd'hui tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi, *la bonne foi étant l'âme des relations sociales* (1)!

Cela tendrait à faire croire qu'il s'agit d'une découverte faite par les modernes et que les Romains ne se sont pas doutés que la bonne foi pouvait être *l'âme des relations sociales.....* Au fond la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi, correspondait, dans une certaine mesure, à la division admise entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques, en ce sens du moins que tous les contrats de droit strict étaient unilatéraux. Au point de vue pratique, la distinction produisait des effets utiles en ce qui touche les pouvoirs du juge.

Quand il s'agissait du prêt d'une somme d'argent, *certa pecunia*, ou de tout autre *certa res*, la justice et l'équité voulaient que le débiteur qui n'avait opposé aucune exception devant le préteur fût forclos, et ne put en proposer aucune devant le *judex*. Au contraire quand il s'agissait d'obligations dérivant de rapports synallagmatiques le *judex* était autorisé de plein droit à liquider la situation respective des parties; mais jamais il n'a été question d'opposer : *les tempéraments voulus par l'équité, à la rigueur du droit civil proprement dit.*

Aujourd'hui les pouvoirs du juge sont les mêmes dans tous les cas; sans doute, il doit, pour déterminer le genre d'exécution qui doit être donné à la convention, rechercher quelle a été l'intention des parties et le but qu'elles se sont proposé

(1) LAROMBIÈRE, art. 1134, n° 5; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 393; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 362.

en contractant (1); mais dans tous les cas où il y avait lieu autrefois à l'action de droit strict, quand le fait obligatoire est établi, ce que l'équité exige avant tout, c'est que le débiteur paie.

Du reste,

ART. 1135. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (*).

Les contrats entre patrons et ouvriers donnent fréquemment l'occasion d'appliquer cette règle (2). Ainsi, par le seul fait de louage de services, le maître contracte envers l'ouvrier l'obligation de garantir la sécurité de ce dernier, et il répond de la qualité des engins qu'il met à sa disposition (3).

Mais le contrat qui donne à un commis la qualité d'intéressé dans une maison de commerce, ne lui attribue pas celle d'associé, et ne saurait lui donner le droit de critiquer les actes de son patron, ni de s'immiscer dans le détail comme dans l'ensemble des opérations de ce dernier (4).

Ainsi encore, la vente du droit d'exploiter une carrière dans le tréfonds d'un héritage, n'entraîne pas, comme conséquence nécessaire, le droit d'ouvrir des puits d'exploitation dans la superficie de cet héritage (5).

SECTION II.

De l'obligation de donner.

§ 1er. — Théorie de la prestation des fautes.

91. — Ce que contient l'obligation de donner, art. 1136.

(*) Art. 1135. — L. 2, § 3, D. 44, 7, *De oblig. et act.*
(1) Cass. 31 janv. 1887, S. 87, 1, 420.
(2) Gand, 18 juin 1887, S. 89, 4, 1.
(3) Trib. comm. d'Anvers, 21 sept. 1885; Trib. civ. Mons, 14 novembre 1885, S. 88, 4, 6.
(4) Aix, 6 déc. 1888, S. 89, 2, 219.
(5) Cass. 25 janv. 1886, S. 89, 1, 298.

92. — Diligence que doit prester le débiteur; ancienne théorie de la prestation des fautes.
93. — Théorie moderne, art. 1137.
94. — Applications diverses.
95. — De la faute aquilienne ou délictuelle.

91. L'expression *donner* est prise ici dans le sens de *dare*, transférer la propriété, entière ou démembrée, d'une chose, à titre gratuit ou à titre onéreux :

ART. 1136. L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier (*).

Il va de soi que l'obligation de donner une chose implique celle de la livrer. Mais il y a une autre conséquence moins évidente de cette obligation. Elle suppose en effet de la part du débiteur l'obligation de garder la chose afin de pouvoir la livrer en bon état, sous peine d'être tenu de payer des dommages. Nous parlerons des dommages quand nous aurons à traiter des conséquences de l'inexécution des obligations.

Lorsque le débiteur n'est pas tenu de transférer la propriété d'un objet, mais seulement d'en effectuer la restitution ou remise, comme dans les cas de louage, de commodat, etc., il est pareillement soumis à l'obligation de garder la chose pour la rendre en bon état.

C'est donc à tort que notre art. 1136 semble limiter l'obligation de *garder* aux cas où il y a obligation de *donner*, c'est-à-dire de transférer la propriété, il faut l'étendre à toutes les obligations dont l'objet consiste dans la tradition d'objets certains.

Il faut seulement remarquer que lorsqu'il s'agit de donner un corps certain, et que le transfert de la propriété a lieu à titre onéreux, l'obligation de livrer impliquera non seulement l'obligation de *garder* jusqu'à l'époque fixée pour

(*) Art. 1136. — L. 11, § 1 et 2, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

la délivrance, mais encore l'obligation de *garantir* qui n'est autre qu'une délivrance continue.

Au contraire, quand il s'agit d'une simple tradition de corps certain, non translative de propriété, il ne saurait être question que de l'obligation de délivrer exécutée par le fait matériel d'une remise effective, mais non de délivrer d'une *manière continue*, c'est-à-dire de garantir.

Il demeure donc établi que l'obligation de faire tradition d'un corps certain, qu'il s'agisse d'une tradition translative de propriété ou non translative de propriété, emporte toujours l'obligation de garder la chose jusqu'à l'époque fixée pour la délivrance.

92. Il faut rechercher maintenant quelle est l'étendue de la diligence que doit apporter le débiteur à la garde de la chose, ou, en d'autres termes, dans quels cas il pourra être considéré comme étant en faute. Il faut remarquer que ces deux propositions expriment en réalité la même idée.

Que l'on veuille, en effet, rechercher la somme de diligence que doit prester le débiteur, ou qu'il s'agisse de vérifier dans quels cas il peut être considéré comme étant en faute, c'est toujours la même question posée sous deux formes différentes.

Il faut donc construire une théorie générale sur les soins que doit apporter un débiteur à l'exécution de son obligation, afin de savoir quand il pourra être considéré comme en ayant empêché l'exécution complète.

Le Code contient cette théorie générale; mais comme cette théorie s'écarte sensiblement des idées romaines, ou plutôt des idées attribuées aux Romains, il serait impossible de la bien comprendre, sans rappeler en quelques mots l'ancienne doctrine.

En droit romain, la matière des fautes se trouve disséminée dans une multitude de textes qui ont donné lieu à divers systèmes.

Celui qui avait fini par dominer et avait été adopté par Domat et Pothier (1), reposait sur une division tripartite des fautes; on reconnaissait :

1° Une *culpa lata*, faute lourde, assimilée au dol ;

2° Une *culpa levis*, faute légère;

3° Une *culpa levissima*, faute très légère.

C'est sur cette base, manifestement contraire à des textes positifs, qu'on avait établi la responsabilité des débiteurs dans les divers contrats, et cela de la manière suivante :

Si la personne obligée dans un contrat, n'avait aucun intérêt, comme un dépositaire, elle n'aurait été tenue que de la faute lourde, ou de son dol. La faute lourde aurait consisté dans une négligence grossière, consistant, par exemple, quand on est dans une grande ville, à ne pas fermer sa porte durant la nuit. De même un dépositaire aurait commis une faute lourde en commettant une négligence qu'il aurait évité pour ses propres affaires.

Au contraire, dans les contrats ayant pour objet l'utilité commune des deux parties, le débiteur était tenu de ce qu'on appelait la faute légère. Sa responsabilité était donc plus grande. La faute légère consistait à ne pas donner à la chose *les soins habituels d'un homme diligent*, d'un bon administrateur. Ainsi, le vendeur, le locataire en étaient tenus.

Le débiteur était ainsi comparé à un type abstrait, celui d'un bon père de famille : pour ce motif la faute légère fut appelée par les commentateurs : *culpa levis in abstracto*.

Enfin, dans cette même théorie, si le contrat, n'avait pour objet que l'utilité de l'obligé, comme dans le commodat, le débiteur était tenu plus sévèrement, il devait apporter à l'exécution de l'obligation tous les soins possibles, les soins que l'homme le plus vigilant du monde n'aurait pas manqué d'employer s'il avait pu ainsi empêcher le dommage. L'ab-

(1) *Oblig.*, n° 142; VINNIUS, *ad Inst.*, lib. 3, tit. 15, § 3.

sence d'une telle diligence constituait la faute très légère *culpa levissima*.

Ce système, qui paraît séduisant par sa simplicité, est en réalité impraticable à cause des nombreuses dérogations qu'il fallait y apporter, ainsi que Pothier lui-même, le reconnaissait.

En outre ce système qu'on présentait comme étant celui des jurisconsultes romains, se trouvait manifestement contrarié par les textes.

Ainsi, par exemple, cette *culpa levissima* dont on parlait, n'existe pas le moins du monde dans la matière des contrats. Cette expression ne se rencontre qu'une fois dans tout le corps du droit, et bien loin de se référer à la responsabilité dans les contrats, elle fait allusion à la responsabilité de celui qui devient débiteur par suite d'un fait dommageable : *in lege aquilia et levissima culpa venit* (1) : ce texte se rapporte à tout autre chose qu'à la matière des contrats, il correspond en quelque sorte aux art. 1382 et 1383.

Pothier avait déjà été réfuté par Lebrun (2), et ne méconnaissait pas le fondement des critiques qui lui étaient adressées.

93. Quoi qu'il en soit, cette théorie reconnue fausse est aujourd'hui abandonnée, et voici celle qui a été adoptée par les interprètes modernes.

Il n'existe que deux degrés de faute :

1° *Culpa lata*, faute lourde, assimilable au dol;

2° *Culpa levis*, faute légère.

Il n'y a pas de *culpa levissima*.

Seulement la *culpa levis* est appréciée tantôt *in abstracto*, et tantôt *in concreto*. Elle est appréciée *in abstracto* quand on compare le débiteur au type abstrait du bon père de famille.

(1) L. 44, D. 9, 2, *Ad leg. aquil.*

(2) *Essai sur la prest. des fautes*, etc. (1764); Voy. une analyse de cet essai par BLONDEAU, *Thémis*, t. II, p. 313.

Elle est appréciée *in concreto* quand au contraire on compare le débiteur à lui-même, et qu'on se demande s'il a apporté à l'exécution de l'obligation, tout au moins la vigilance qu'il apporte à ses propres affaires.

C'est suivant la nature des contrats que la faute est appréciée soit *in abstracto*, soit *in concreto*, en partant de ce principe que le débiteur ne doit jamais des soins pouvant dépasser ceux d'un bon père de famille.

Cette théorie repose en partie, comme la vieille théorie des fautes, sur le degré d'utilité que procurent les contrats. Or chaque fois que, pour déterminer la responsabilité du débiteur, on prend pour base l'utilité des contrats, on se heurte à des difficultés inextricables. Aussi le législateur, qui connaissait ces difficultés, a-t-il voulu abroger complétement les anciennes distinctions du droit romain, et il s'est borné à exiger du débiteur, et cela *dans tous les cas*, des soins identiques à ceux d'un bon père de famille :

ART. 1137. L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. — Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

Ce texte paraît se référer uniquement à un débiteur tenu de veiller à la conservation d'une chose. Il faut cependant généraliser le principe qu'il consacre, et l'appliquer à tout débiteur sans distinction, même à celui qui est obligé à faire ou à ne pas faire (1).

Nous avons ainsi, en droit français, une règle beaucoup plus simple qu'en droit romain, puisque, pour toutes les obligations, la vigilance qui est due en général est la vigilance *in abstracto*.

Ainsi donc, en règle générale, on ne comparera plus

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 404; LAURENT, t. XVI, n° 232; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 869.

aujourd'hui, comme on le faisait quelquefois en droit romain, le débiteur à lui-même, pour apprécier sa vigilance *in concreto*. Le débiteur devra toujours quelque chose de plus; il devra être comparé au type abstrait du père de famille, mais d'un père de famille pris dans la classe ou catégorie de personnes à laquelle il appartient lui-même, et jamais on ne lui imputera de *culpa levissima*.

94. Énumérons maintenant les divers textes du Code, où se trouve appliquée la règle générale de notre art. 1137; ces textes sont :

L'art. 450, pour le tuteur (1) (t. III, nos 379, 380);

L'art. 601, pour l'usufruitier tenu de restituer la chose d'autrui (Voy. t. IV, n° 214);

L'art. 627, pour l'usager et celui qui a droit d'habitation (Voy. t. IV, n° 253);

L'art. 1374, pour le gérant d'affaires;

L'art. 1728, pour le preneur à bail;

L'art. 1806, pour le cheptelier;

L'art. 1880, pour l'emprunteur à usage, quoique le contrat n'ait que son utilité pour objet;

L'art. 1962 pour le sequestre;

Enfin l'art. 2086, pour le créancier gagiste.

Mais pour si générale que soit l'application du principe posé, le Code y a apporté quelques dérogations qu'il fait même prévoir dans le 2e alinéa de l'art. 1137. Or, il faut bien se rendre compte de la portée de ce second paragraphe comparé au premier.

Dans le premier le législateur repousse l'application de la faute *in concreto;* il déclare que la faute sera toujours appréciée *in abstracto*. Or c'est cette responsabilité, appréciée *in abstracto*, qui d'après le § 2e sera plus étroite dans certains contrats que dans d'autres.

(1) Ex.: Cass. 19 août 1879, D. 82, 1, 470.

Donc, ce § 2 bien loin de rétablir l'appréciation *in concreto*, en maintient au contraire l'abrogation formelle, de sorte qu'il ne faudra jamais rechercher ce que faisait habituellement l'obligé; il faudra toujours comparer sa conduite à celle qu'aurait tenue un bon père de famille. Seulement cette comparaison se fera d'une manière plus ou moins rigoureuse selon les cas. Tel est le sens de l'art. 1137 § 2.

Ce texte accorde donc au juge une certaine latitude d'appréciation, l'art. 1374 en fournit un exemple; l'art. 1992 en donne un autre (1).

On peut encore rattacher à notre texte l'art. 804. Sans doute, il semble rationnel d'exiger de l'héritier bénéficiaire seulement la diligence qu'il apporte à ses propres affaires, ainsi que l'ont soutenu certains auteurs (Voy. t. V, n° 234). Mais on peut soutenir aussi que l'art. 804 veut dire simplement qu'il faudra toujours comparer l'héritier bénéficiaire au bon père de famille, et qu'il sera tenu seulement quand il se sera écarté *d'une manière grave* de la conduite qu'aurait tenue un bon père de famille. Pourquoi cela? parce qu'il y a une sorte de communauté d'intérêts entre lui et les créanciers de la succession. En administrant la succession, il a administré une chose qui était un peu sienne. La même considération devrait s'appliquer à l'associé, au cohéritier, au communiste, à tous ceux en un mot qui en administrant la chose d'un autre, administrent aussi leur chose propre. Il n'en est pas moins vrai que la formule de l'art. 804 est équivoque.

Dans un seul cas le Code, dérogeant formellement à l'article 1137, rétablit la faute *in concreto*, c'est dans le cas de dépôt (art. 1927, 1928). Le dépositaire, en effet, n'a rien promis; il a consenti seulement à ce que la chose déposée fût mise au milieu des siennes; on a donc attendu de lui les mêmes soins qu'il donnait aux siennes, et rien de plus.

(1) Cass. 21 janv. 1890, D. 91, 1, 380.

Nous devons enfin mentionner l'art. 1882 où l'on prétend trouver une faute très légère, dans le cas d'un emprunteur qui n'a pas voulu sauver la chose prêtée en sacrifiant la sienne. Mais c'est là une disposition spéciale au commodat. Le législateur qui ne pouvait obliger le commodataire à faire un sacrifice en argent pour sauver la chose prêtée (art. 1890), a pu lui imposer l'obligation, dans le cas envisagé, de faire un sacrifice en nature.

On admet généralement que les obligations dérivant d'un quasi-contrat ou de la loi doivent être régies par le principe de l'art. 1137. C'est ce que semble bien décider le législateur qui applique cet article à l'obligation légale du tuteur (art. 450) et au quasi-contrat de gestion d'affaires (art. 1374). Il est donc logique d'appliquer le même principe au père administrateur légal des biens de ses enfants, au mari administrateur des biens de sa femme et à l'administrateur provisoire de biens appartenant aux aliénés placés dans une maison de santé (1).

95. Mais la *levissima culpa* ou faute *aquilienne*, appelée quelquefois faute *délictuelle* n'existe jamais dans les rapports contractuels. L'obligation de réparer le dommage résultant d'une faute *quelconque* ne se retrouve que dans les délits et les quasi-délits (2).

Il faut remarquer, en effet, que celui qui procède à une opération, quelle qu'elle soit, en vertu d'une convention qui l'y autorise, ne peut pas encourir la même responsabilité que celui qui a procédé à la même opération sans y être autorisé. Quelles que soient les précautions prises par ce dernier, il sera tenu en cas d'accident dommageable. Il en sera ainsi, par exemple, de celui qui, voyant chez autrui une pendule arrêtée, veut la faire marcher quoique personne ne l'en ait chargé. Il aura beau s'entourer de toutes les précautions

(1) LAURENT, t. XVI, n° 232.
(2) Cass. 21 janv. 1890, D. 90, 1, 380.

voulues, sans en négliger aucune, il sera responsable en cas d'accident. Il n'avait en effet qu'à s'abstenir; il a volontairement couru au devant de son obligation.

Au contraire, dans la même hypothèse, celui qui aura agi en exécution d'un contrat, qui aura voulu faire marcher la pendule parce qu'il en avait été chargé, n'encourra aucune responsabilité en cas d'accident s'il a pris toutes les précautions réclamées par les circonstances.

Dans les deux cas nous supposons que l'accident est le même, et que les précautions prises pour l'éviter ont été identiques. Mais dans un cas, et, par l'effet de cette seule circonstance qu'un contrat est intervenu entre les parties, l'une d'elles a été autorisée à agir en prestant une somme déterminée de diligence. On suppose que la diligence voulue par la nature du contrat a été prestée, donc aucune responsabilité n'a été encourue. Dans l'autre cas, en l'absence de tout contrat, il n'y avait pas de diligence à apprécier. L'auteur du dommage n'avait qu'une seule obligation négative à remplir; ne pas toucher à une chose qui ne lui appartenait pas. Une contravention quelconque a donc pu suffire pour engager sa responsabilité.

Reconnaissons donc que la conclusion d'un contrat a pour effet de remplacer la responsabilité qu'on pourrait appeler *naturelle* par une responsabilité *juridique*, ordinairement quelque peu atténuée, sauf clause contraire. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point quand nous expliquerons les art. 1310 et 1382.

L'intérêt de la distinction des deux fautes apparaît encore à d'autres points de vue. Ainsi, de ce que la faute délictuelle se produit en dehors de toutes relations entre les intéressés, il suit qu'elle doit être directement prouvée par le demandeur en dommages-intérêts, tandis que la faute contractuelle peut se présumer (arg. art. 1147 et 1302 § 3) (1);

(1) Cass. 22 oct. 1889, D. 90, 1, 122.

Par la même raison, une mise en demeure est nécessaire pour obtenir les dommages-intérêts dus à raison d'une faute contractuelle (art. 1139 et 1146); celui qui est recherché a raison d'une faute délictuelle est au contraire en demeure de plein droit (arg. art. 1382 et suiv.);

De même, l'art. 1153 ne peut pas recevoir d'application aux dommages-intérêts dus à raison d'un délit ou d'un quasi-délit. Il s'agit ici de dommages-intérêts compensatoires dont le juge peut fixer le montant comme il l'entend. Enfin les art. 1149 et 1150, fondés sur l'intention présumée des parties contractantes, ne peuvent pas recevoir d'application à la faute délictuelle (1). Tout cela n'empêche pas que la distinction entre la responsabilité *délictuelle* et la responsabilité *contractuelle* a été niée; on a soutenu : « que *responsabilité contractuelle* est une formule vicieuse, une forme erronée de langage, et que la responsabilité est (toujours) nécessairement délictuelle (2)!! »

§ 2. — Effet translatif de l'obligation de livrer un corps certain.

96. — Transition. Comment il est arrivé que le transfert de la propriété se trouve rattaché à la question des risques, art. 1138.
97. — Intérêt que présente la question de savoir si le créancier d'un corps certain en devient immédiatement propriétaire. Cet intérêt est nul entre les parties.
98. — Que faut-il penser d'une propriété qui serait seulement relative?
99. — Conséquences accidentelles du transfert de la propriété entre les parties par le seul effet de l'obligation; d'abord quant à la nature de l'action et à la prescription;
100. — Quant à la constitution des servitudes;
101. — Quant à la novation et à la dation en paiement;
102. — Quant au mutuel dissentiment et à la remise de la dette.

96. L'art. 1136 nous a dit que l'obligation de *donner*, c'est-

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 869.
(2) LEFEBVRE, *De la respons.*, etc., *Revue crit.*, 1886, p. 485.

à-dire de *transférer actuellement la propriété*, emporte celle de *livrer* la chose et de la conserver jusqu'à la livraison. La somme de diligence que doit prester à cet effet le débiteur, est fixée par l'art. 1137. Mais supposons que la chose vienne à périr; l'ordre logique des idées amenait le législateur à s'occuper alors de la question des risques. Comment fallait-il la régler?

On avait admis de tout temps, et sans difficulté, que si la chose due venait à périr par cas fortuit, avant sa livraison, c'était tant pis pour le créancier qui devait en supporter la perte. Les rédacteurs du Code civil voulaient naturellement consacrer cette solution. Mais quand il fut question de rédiger dans ce but l'art. 1138, quelqu'un fit la remarque que, la chose ayant péri avant d'avoir été livrée au créancier, ce dernier n'était pas encore propriétaire et que cependant la chose périssait pour son compte. Comment donc fallait-il s'y prendre pour mettre un tel résultat en harmonie avec la règle : *res perit domino?* Ce n'était pas, en effet, le créancier qui était *dominus*, c'est le débiteur qui était resté *dominus* de la chose tant qu'il ne l'avait pas livrée... Tout fut bientôt concilié; sans prendre garde qu'il n'y avait pas à se préoccuper d'une prétendue règle qui n'a jamais existé (1), on décida que le créancier serait devenu *dominus* ou propriétaire tout d'un coup, par l'effet de la convention, ou comme le disait Portalis, par l'effet d'une sorte de tradition civile. Voilà comment on a été amené à trancher ensemble, dans un même article, la question de propriété et la question des risques :

ART. 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. — Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.

(1) Voy. MOLITOR, *loc. cit.*, n° 278.

Mais cela n'est-il pas puéril? Du moment que tout le monde admet que le créancier d'un corps certain, l'acheteur par exemple, doit supporter la perte de la chose due, qu'importe pour lui qu'il la supporte en qualité de propriétaire ou en qualité de créancier? Qu'est-ce qu'il a de plus à être déclaré propriétaire?

On répond qu'il pourra agir contre son débiteur par l'action en revendication, au lieu d'avoir seulement à son service l'action personnelle. Mais qu'est-ce que cela peut faire? Dans les rapports du créancier avec le débiteur l'action réelle ne se confond-elle pas complétement avec l'action personnelle (1)?

97. Voyons d'ailleurs à quels points de vue peut présenter de l'intérêt, la question de savoir si le créancier d'un corps certain en devient propriétaire par le seul effet de la convention, indépendamment de toute tradition ou de tout autre acte juridique (2) :

1° Le débiteur d'un corps certain étant tombé en déconfiture avant la tradition, le créancier, s'il est propriétaire, pourra revendiquer la chose, sinon il ne pourra être admis qu'au marc le franc en concours avec les autres créanciers;

2° Si le débiteur est demeuré propriétaire, il pourra valablement aliéner la chose due au profit d'une autre personne, sans qu'il y ait à distinguer si cette dernière est de bonne ou de mauvaise foi;

3° Si le débiteur est demeuré propriétaire, le contrat consensuel pourra être dissous par le mutuel dissentiment sans que la chose ait pu, dans l'intervalle, être grevée de droits réels du chef du créancier, et sans qu'aucun droit de mutation soit dû;

(1) Voy. notre *Transfert de la propriété*, etc., *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1864.

(2) Voy. HUMBERT, *Revue histor.*, *Nouvelles observ. sur la loi relative à la transcr.*, 1855, p. 465.

4° Si le débiteur est demeuré propriétaire, tant que le fait translatif ne sera pas intervenu, lui seul pourra revendiquer contre les tiers posssédant sans titre, les *prædones*, et par suite devra, le cas échéant, constituer le créancier son mandataire *in rem suam* pour revendiquer;

5° La chose due venant à périr avant la tradition par le fait d'un tiers, si le créancier est propriétaire, il pourra directement et de son chef exercer contre ce tiers toutes actions en indemnité, sinon il ne pourra agir que du chef du débiteur et sera passible des mêmes exceptions que ce dernier;

6° Enfin si le débiteur est resté propriétaire tant qu'il n'y a pas eu tradition, après l'expiration du temps requis, il sera libéré de l'obligation de délivrer par l'effet de la prescription extinctive de l'action personnelle à laquelle il était soumis; si, au contraire, le créancier est devenu propriétaire par le seul effet de la convention, il y aura lieu d'examiner la question de savoir si, après l'expiration du temps requis, le débiteur aura pu reconquérir la propriété au moyen d'une usucapion *pro suo*.

Si on examine un à un ces divers points de vue, on remarquera que tous, sauf le dernier, impliquent que la question du transfert de la propriété se trouve posée à l'égard d'un tiers, et que ce tiers peut être tantôt le fisc, tantôt un créancier ordinaire, tantôt un concessionnaire de droits réels. Sans doute, il est facile de reconnaître qu'une distinction doit être faite entre les tiers concessionnaires de droits réels et les tiers créanciers ordinaires. Ces derniers n'ayant jamais été investis que d'un *jus ad rem*, ont suivi la foi de leur débiteur qui a conservé, à leur égard, le droit de diminuer son patrimoine d'une manière indéfinie, aussi bien par des aliénations proprement dites, que par des obligations nouvelles. Par conséquent, si le débiteur a aliéné sa chose, on comprend très bien que l'acquéreur puisse valablement opposer son titre aux créanciers chirographaires sans qu'on songe

à exiger aucune condition de publicité. Mais on ne saurait admettre une solution analogue à l'égard des tiers concessionnaires de droits réels, attendu qu'une chose ne peut être aliénée qu'une fois; or pour qu'un acquéreur puisse opposer son titre à un autre acquéreur, il faut bien que ce titre ait été rendu public. Toutes ces distinctions peuvent être faites; mais elles n'empêchent pas que, dans toutes les hypothèses diverses ci-dessus indiquées, la question du transfert de la propriété ne présente de l'intérêt qu'à l'égard des tiers. On peut, en effet, négliger la dernière qui ne peut surgir que dans des circonstances extrêmement rares, et qui d'ailleurs est controversée.

Il n'y a donc en réalité aucun intérêt à savoir si le créancier d'un corps certain doit, vis-à-vis de son débiteur, être considéré comme propriétaire.

98. Ne pourrait-on pas, cependant, comme on a essayé de le faire, édifier une théorie contraire, en distinguant entre une propriété relative et une propriété absolue?

« Dépouiller la propriété de son caractère absolu, a écrit M. Bonnier, c'est lui enlever son essence même. On est propriétaire ou on ne l'est pas. Il est impossible de concevoir un véritable droit réel, un *jus in re* qui n'existe que vis-à-vis d'un seul individu..... Singulier droit réel que celui qui ne vous permet de triompher que vis-à-vis de la personne qui s'est spécialement obligée envers vous! Mais, est-ce que, par hasard, l'action personnelle ne suffisait plus au créancier pour obtenir la condamnation de son débiteur. Vis-à-vis de celui de qui je réclame un corps certain, ai-je besoin de m'en dire propriétaire pour me le faire livrer *manu militari* (1)? »

Il faut donc reconnaître avec Bonnier et bien d'autres,

(1) *De la transmiss. de la prop. par l'effet des oblig.*, *Revue de législ.*, t. VI (1837), p. 437.

que ce fameux système tant prôné de la transmission de la propriété par l'effet des obligations, que « *ce grand principe de la société moderne* », ainsi que le qualifiait Demolombe (1), si grand que, d'après Larombière « Le Code civil n'aurait introduit nulle part de changement aussi grave, ni aussi fécond en conséquences (2) », que ce principe, disons-nous : « n'est qu'une de ces superfétations, une de ces subtilités puériles, *idola fori*, qu'il faut bannir d'une législation sérieuse (3) ».

Il n'y avait donc pas lieu, pour le législateur, de s'occuper de cet effet restreint entre les parties. Mais en réalité il ne s'en est occupé, ainsi que nous l'avons vu, que pour mieux justifier la solution qu'il donnait à la question des risques. — Lorsque le législateur dit dans l'art. 1138 que l'obligation de livrer la chose *est parfaite par le seul consentement*, et qu'*elle rend le créancier propriétaire*, il entend cette *perfection* EN CE SENS que la chose doit passer immédiatement aux risques du créancier. Ce qui prouve l'exactitude de cette explication, c'est la rédaction de l'art. 1583. Ayant en effet à appliquer à la vente de marchandises au poids, au compte ou à la mesure le principe déjà formulé, le législateur nous dit que : *cette vente n'est point parfaite*, EN CE SENS *que les choses vendues sont aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles soient comptées, pesées ou mesurées.*

99. Faudrait-il conclure des aperçus qui précèdent, que la transmission de la propriété par le seul effet des obligations ayant pour objet un corps certain, ne peut produire absolument aucune conséquence juridique entre les parties contractantes? Cela serait exagéré.

Il ne faut pas confondre, en effet, l'intérêt législatif que

(1) T. XXIV, n° 416.

(2) Sur l'art. 1138, n° 3.

(3) *Loc. cit.*, p. 442; Conf. HUREAUX, *Revue de Dr. fr. et étr.*, t. III, p. 784.

présente une question dont on discute la solution, avec les conséquences secondaires et non recherchées que peut entraîner la solution qui aura été admise. L'intérêt législatif se détermine par le résultat précis en vue duquel le législateur a préféré telle solution à telle autre. Or nous savons que, dans la question examinée, cet intérêt consistait principalement pour le législateur, dans la responsabilité des risques ; c'est-à-dire que le législateur avait, par erreur, placé l'intérêt de la question dans un ordre d'idées tout à fait étranger à cette même question. Par conséquent, si la solution adoptée par le législateur sur la transmission de la propriété entre les parties produit, dans quelques circonstances rares et bizarres, des résultats quelconques, il ne faudra voir là qu'un fait purement accidentel.

Puisque le créancier est déclaré propriétaire, il se trouve investi d'une action réelle qui, vis-à-vis du débiteur, se confond avec l'action personnelle, même au point de vue de la compétence, en matière immobilière.

Il ne faut pas confondre, en effet, les actions personnelles et réelles avec les actions mobilières et immobilières. Lorsqu'on divise les actions en personnelles et réelles, on se préoccupe uniquement de la nature du droit invoqué par le demandeur. Or, l'action réelle présente les deux caractères distinctifs suivants :

1° Elle peut être intentée contre tout possesseur ;

2° Le défendeur n'est tenu que *propter rem*, uniquement sur la chose revendiquée.

L'action personnelle, au contraire, ne peut être intentée que contre la personne obligée, et cette dernière est tenue sur tout son patrimoine (art. 2092).

Le point de vue change complétement quand il s'agit de diviser les actions en mobilières et immobilières ; alors on a seulement égard à la nature de la chose demandée ; peu importe que le demandeur agisse comme propriétaire ou comme

créancier. Donc l'action en délivrance, en matière immobilière eût toujours due être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble, conformément à l'art. 59, C. pr. c., que le créancier eût été déclaré propriétaire par le seul consentement, ou qu'il ne l'eût pas été.

Envisageons maintenant la question au point de vue du second caractère de l'action réelle.

Supposons que le débiteur d'un corps certain ait négligé d'en effectuer la délivrance, et que le temps le plus long requis pour la prescription se soit écoulé. Si la loi n'a pas déclaré que le créancier était devenu propriétaire de plein droit, ce créancier n'est investi que d'une action personnelle et le débiteur pourra le repousser en lui opposant la prescription extinctive de cette action. Si, au contraire, le créancier est devenu immédiatement propriétaire, comme le dit l'article 1138, on peut alors se demander si le débiteur ne pourra, dans la même hypothèse, résister à l'action en délivrance, qu'en invoquant à son profit une prescription acquisitive de la chose due. L'art. 1138 a donc pour effet de rendre nécessaire l'examen d'une question qui ne pourrait même pas être soulevée si la loi n'avait pas déclaré que le créancier était devenu propriétaire de plein droit.

100. Cette même déclaration peut encore donner occasion entre le créancier et le débiteur à certaines conséquences dérivant de ce fait, qu'en matière de corps certain, il n'y a plus désormais, en droit français, à distinguer entre le *titulus ad adquirendum* et le *modus adquirendi*, et que l'obligation de transférer ou constituer un droit réel sur un objet déterminé, est confondue et absorbée dans l'acquisition même de ce droit.

Ainsi, il ne saurait être question, dans notre droit moderne, d'obligations qui seraient indivisibles comme ayant pour objet la constitution de servitudes prédiales. La servitude se trouvant directement constituée par le seul effet de

la convention, il n'y a pas lieu de se préoccuper de ce qui arriverait si le propriétaire du fonds servant venait à mourir avant d'avoir mis le propriétaire du fonds dominant en possession de la servitude, c'est un point que nous avons déjà signalé (Voy. t. IV, n° 434).

101. De la confusion qui existe entre le *titulus ad adquirendum* et le *modus adquirendi*, il suit encore que la théorie de la *dation en paiement* et de la *novation* ne correspond plus parfaitement avec les matières analogues du droit romain.

Ainsi, le mot *dation* en paiement se réfère, comme on sait, à un transfert de propriété ; cette dation a lieu lorsqu'à la place de la chose due on procure au créancier la propriété d'une autre chose. Mais si à la place d'une obligation déjà existante, on procurait tout simplement au créancier une obligation nouvelle, l'obligation constituerait alors une novation. Or cela posé, il est facile de voir que tel acte qui constituerait une novation selon les principes du droit romain, constituera au contraire une dation en paiement selon les principes de notre droit. Ainsi, par exemple, il est convenu entre le créancier et le débiteur d'un genre qu'à la place de la quantité due, le débiteur donnera au créancier tel corps certain. En droit romain il y aurait là une véritable novation ; en droit français, au contraire, le créancier étant devenu tout de suite propriétaire, on peut dire qu'il y a eu dation en paiement. Cette solution est très importante au point de vue pratique, car si le créancier est évincé de la chose par lui reçue en paiement, il n'a pas seulement le droit d'agir en garantie contre le débiteur, il peut encore faire valoir contre ce dernier l'action de l'ancienne créance, laquelle se trouve n'avoir jamais été éteinte (1). Cette solution a cependant été contestée, et nous aurons à revenir sur ce point.

(1) Voy. L. 46, D. 46, 3, *De solut. et lib.* ; MALLEVILLE, *Analyse raisonnée*, etc., sur l'art. 2038.

Si, au contraire, il s'était agi d'éteindre une dette de corps certain, l'opération ci-dessus aurait constitué un échange, puisque le créancier, déjà propriétaire de la chose à lui due, l'aliénerait pour en recevoir une autre à la place. En cas d'éviction, il faudrait admettre une solution analogue à celle qui a été donnée pour l'hypothèse précédente. Le co-échangiste évincé recouvrerait, même à l'égard des tiers, sauf application de l'art. 2279, son droit de propriété sur la chose par lui donnée.

102. Enfin le principe de l'art. 1138 a encore pour conséquence de soustraire les obligations translatives de propriété à l'application des modes d'extinction résultant du mutuel dissentiment et de la remise de la dette.

Pour le mutuel dissentiment, il ne saurait y avoir de difficulté; l'extinction d'une obligation par le mutuel dissentiment suppose en effet que l'obligation dure encore, c'est-à-dire que les choses sont encore entières. Or quand il s'agit d'un corps certain, l'obligation en ce qui touche le transfert de la propriété est tenue pour accomplie par le seul effet de la convention; donc le mutuel dissentiment qui interviendrait produirait une nouvelle mutation de propriété (V. *suprà*, n° 89).

Il en est de même pour la remise de la dette; ce mode d'extinction suppose en effet que la dette dure encore. Or, quand il s'agit d'un corps certain, l'obligation, en ce qui concerne le transfert de la propriété, étant censée accomplie par le seul effet du consentement, il ne saurait être question de la remise de dettes déjà acquittées. Par conséquent, les présomptions de remise de la dette résultant de la délivrance du titre, telles qu'elles sont réglées par les art. 1282 et 1283, doivent être restreintes aux obligations génériques, et sont tout à fait étrangères aux obligations qui sont par elles-mêmes translatives de propriété. Il résulte de là que la position du vendeur et de l'acquéreur d'un corps certain

n'est pas la même. Supposons que le vendeur, créancier du prix, fasse remise volontaire de son titre à l'acquéreur, ce sera le cas d'appliquer les art. 1282 et 1283. Supposons au contraire que l'acquéreur, avant d'avoir reçu tradition, fasse remise de son titre au vendeur, il serait impossible de voir là une remise tacite portant sur l'obligation même de livrer la chose ; les art. 1282 et 1283 ne s'appliquent pas aux droits réels. Sans doute il pourra arriver, dans le cas de vente faite par acte sous seing privé, que l'acheteur qui a remis son exemplaire au vendeur, se trouve à la merci de ce dernier et dans l'impossibilité de faire valoir son droit, mais ce sera la preuve qui fera défaut et non le droit.

Telles sont, entre les parties contractantes, les seules conséquences du transfert de la propriété par la simple convention. Il faut convenir que ces conséquences sont de médiocre importance et ne suffisent pas pour donner un véritable intérêt législatif à la solution formulée par l'art. 1138.

§ 3. — Des risques de la chose due.

103. — Transition.
104. — Rejet de la prétendue règle : *res perit domino.*
105. — Que faut-il penser de la règle : *debitor certi corporis liberatur interitu rei?*
106. — En quoi consistent les risques dans un contrat?
107. — Solution qui met les risques à la charge du créancier d'un corps certain; insuffisance des raisons alléguées.
108. — Théoriquement cette solution est-elle légitime?
109. — Justification au point de vue pratique du droit positif.
110. — Quand la chose a péri, l'obligation dont le créancier reste tenu à le caractère d'indemnité. — Conséquences.
111. — Application au cas où la chose qui a péri avait été l'objet de contrats ou ventes multiples au profit de créanciers différents étrangers les uns aux autres.
112. — Autres applications pour des cas analogues.
113. — *Quid*, si au moment de la perte la chose était frappée de saisie?
114. — Les risques peuvent porter sur une chose ne faisant pas l'objet direct du contrat.

115. — Conclusion; la solution admise en matière de risques a sa base dans une interprétation de la volonté des parties. — Influence du terme et de la condition.

103. Après avoir formulé le principe du transfert de la propriété par le seul consentement, l'art. 1138 consacre la solution qu'il avait principalement en vue, en déclarant que la chose passe aux risques du créancier, *dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait pas été faite ;* c'est-à-dire dès l'instant où la chose a commencé à être due, en d'autres termes du jour de la convention elle-même, quoique un terme ait été accordé. Il est de règle, en effet, que le terme diffère seulement *l'exécution* de l'obligation.

Les uns rattachent cette décision à la prétendue règle *res perit domino ;*

Le plus grand nombre la rattache au brocard, *debitor certi corporis liberatur interitu rei.*

104. Il faut d'abord écarter la règle *res perit domino*, dont l'introduction dans la doctrine est due à la volonté de réagir contre certaines singularités du vieux droit germanique. D'après le droit germanique, celui qui avait pris une chose sous sa garde, en qualité de commodataire, de créancier gagiste, et même de dépositaire, devait en répondre, même en cas de perte fortuite (1) ! Cette décision absurde fut repoussée par les jurisconsultes. Mais comme ces derniers n'étaient pas fâchés d'avoir un texte à opposer au droit germanique, ils cherchèrent et finirent par découvrir dans le Code de Justinien, la loi 9, *De pign. act.*, où il était dit que si la chose donnée en gage venait à périr, elle périssait pour le compte du débiteur qui ne peut se prétendre libéré ; *Pignus in bonis debitoris manere, et ideo ipsi perire dubium non est.* C'est sur ce texte que les interprètes fondèrent la règle *res*

(1) *Lex salica a Car. Magno emendata*, tit. 54, *De re prestata.* Voy. PARDESSUS, *Notes sur la loi salique*, Paris, 1843, p. 265 et suiv.

perit domino, uniquement pour réagir contre le droit germanique. Il est vrai qu'il était difficile de mettre cette prétendue règle en harmonie avec les décisions qui font supporter les risques à l'acheteur, même avant qu'il soit devenu propriétaire par la tradition; mais avec les *limitations*, *exceptions* et *distinctions* dont on était si prodigue au moyen âge, on finit par construire un système tel quel. Or de l'aveu même de ceux qui ont admis la règle: *res perit domino*, et entre autres de Pothier, cette règle ne s'appliquerait qu'aux contrats où il s'agit de la restitution d'une chose dont la détention ou l'usage a été concédé, et non à ceux où il s'agit du transport de la propriété, dans lesquels il faudrait plutôt suivre la règle: *species perit creditori* (1).

105. Aussi préfère-t-on généralement rattacher la question des risques à la règle: *debitor certi corporis liberatur interitu rei*, combiné avec la maxime : *impossibilium nulla obligatio;* voici comment on raisonne :

A l'impossible nul n'est tenu. Donc celui qui n'accomplit pas son obligation parce qu'il a été mis, sans qu'il y ait de sa faute, dans l'impossibilité de l'accomplir, doit être considéré et traité comme s'il l'avait accomplie. Telle est la condition du vendeur quand la chose a péri fortuitement entre ses mains avant la tradition. Il est libéré d'après l'art. 1302; c'est-à-dire qu'il faut le considérer *comme ayant rempli son obligation; le créancier n'a donc plus rien à réclamer contre lui* (2). Cette explication résulte, a-t-on dit, de plusieurs textes et on a invoqué notamment le suivant: *mortuo homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset* (3); mais le texte ajoute immédiatement; *ut pote quum venditor liberatur et emptori home pereat.* Ce qui signifie seulement que, *pour*

(1) MOLITOR, *loc. cit.*, n° 294.

(2) *Sic*, LAURENT, t. XVI, n°s 206, 207; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 883.

(3) L. 5, § 2, D. 18, 5, *De rescind. vend.*

le vendeur, c'est comme s'il avait exécuté l'obligation puisqu'il se trouve libéré, et qu'il percevra le prix. Mais ce n'est pas vis-à-vis de lui qu'existe la difficulté, c'est vis-à-vis de l'acheteur. Or, à l'égard de ce dernier il serait injuste et absurde de prétendre que le vendeur doit être considéré comme ayant exécuté son obligation ; une telle fiction aurait l'air d'une plaisanterie vis-à-vis de l'acheteur obligé de payer sans recevoir la chose.

Par conséquent rattacher la question des risques à la règle : *debitor certi corporis*... consacrée par l'art. 1302, c'est confondre l'influence que peut exercer la perte d'une chose sur la situation du débiteur de cette chose, avec la question toute différente de savoir laquelle des deux parties contractantes doit, dans un contrat, porter les risques et périls. L'article 1302 déclare le débiteur libéré ; mais la libération du débiteur ne suffit pas à trancher la question du risque. Il faut encore savoir si cette libération du débiteur entraîne libération réciproque du créancier, et c'est un point que l'art. 1302 n'a nullement pour but d'élucider (1).

106. Or, en quoi consiste le risque ou le péril dans un contrat? consiste-t-il à perdre la chose objet du contrat? certainement non ; le péril consiste dans le danger de perdre le droit résultant du contrat lui-même.

Ainsi, lorsque le contrat qui a produit l'obligation de livrer un corps certain, est unilatéral, dans la donation par exemple, la perte par cas fortuit de la chose promise, en même temps qu'elle libère le débiteur, prive le créancier du droit qui résultait pour lui du contrat de donation.

Pour les contrats synallagmatiques où l'on voit d'un côté une obligation de livrer une chose, et de l'autre une obligation corrélative, la question se pose de la même manière : en prenant la vente comme exemple, si la chose vendue

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 181.

périt fortuitement avant la tradition, il s'agit de savoir si la perte de la chose, qui libère le vendeur, anéantit en même temps le droit qui était résulté pour lui du contrat de vente, c'est-à-dire le droit de réclamer le prix de l'acheteur, ou bien au contraire si l'acheteur, quoiqu'il ne doive rien recevoir, ne doit pas, au contraire, être tenu de payer le prix.

107. Or, les Romains avaient admis que cette dernière solution était seule conforme à l'équité, dans la vente et dans tous les contrats impliquant l'obligation de faire avoir un corps certain; c'est-à-dire que, dans ces contrats, il était juste de faire supporter au créancier les risques de la chose.

Pour justifier cette solution, on fait remarquer que tout contrat synallagmatique et spécialement la vente, se traduit, en définitive, par un échange de créances entre deux parties contractantes, et qu'une fois l'échange opéré par la conclusion du contrat, chacune des deux créances devient indépendante de l'autre; si l'une vient à disparaître, ce n'est pas une raison pour que l'autre subisse le même sort. Mais jamais les Romains n'ont fait un raisonnement aussi manifestement faux. Ils décidaient, au contraire, que si, par l'effet d'un bénéfice légal quelconque, l'acheteur obtenait d'être restitué contre l'obligation par lui prise de payer le prix, l'équité ne lui permettait pas de réclamer la chose (1). Pourquoi en serait-il autrement dans la situation inverse? Il ne s'agit pas, d'ailleurs, de construire un raisonnement mais de savoir si le résultat auquel il conduit est d'accord avec l'équité et la volonté probable des parties.

Pour le mettre d'accord avec l'équité, on invoque une sorte de compensation des chances; si la chose vendue augmente de valeur avant la tradition, c'est l'acheteur qui en profite; puisqu'il a les chances de profit, il est juste, dit-on,

(1) L. 50, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

qu'il supporte les chances de perte (1). Mais on oublie que les chances de plus-value, si elles accroissent le bénéfice du créancier qui en profite, sans augmentation de prix, ne constituent jamais pour le débiteur qu'un gain manqué et non une perte véritable, puisque ce surcroît de valeur n'a jamais été destiné à entrer dans son patrimoine, tandis que les chances de détérioration ou de perte complète se produisant sans rien changer à l'obligation du créancier, constitueront toujours pour celui-ci une perte sèche, puisqu'il aurait à s'exécuter lui-même sans rien recevoir en retour. La corrélation invoquée n'existe donc pas (2).

Le législateur français en déclarant le créancier propriétaire, n'a en rien atténué la faiblesse des raisonnements qui précèdent.

Ces raisonnements conduisent à la singulière solution suivante que l'on semble trouver naturelle :

1° Le créancier d'un corps certain, par exemple l'acheteur est tenu de payer le prix *quand la chose n'a pas péri;*

2° Ce même acheteur est également tenu de payer le prix *quand la chose a péri.*

On voit ce qu'il y a d'étrange dans une théorie qui, pour deux situations diamétralement opposées aboutit à la même solution. Il est manifeste que l'obligation dont l'acheteur est tenu, *quand la chose a péri*, ne saurait avoir le même caractère juridique que l'obligation dont il est tenu *quand la chose n'a pas péri.*

Et d'abord quand la chose a péri, pourquoi soumettre le créancier qui ne doit rien recevoir, à la nécessité de payer le prix? Est-ce qu'en matière d'obligations de faire, il pourrait s'élever seulement un doute sur ce point? Or s'il est certain

(1) DURANTON, t. X, n° 422; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 58 *bis* III; LAURENT, t. XVI, n° 209; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 883.

(2) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 182.

que le créancier qui a stipulé l'exécution d'un ouvrage, a subordonné à cette exécution le paiement du prix par lui promis, pourquoi admettre une solution différente quand il s'agit d'une obligation de livrer un corps certain? ne devrait-il pas y avoir pour les deux cas une règle unique : Celui qui ne doit rien recevoir ne doit rien débourser (1)?

108. Il y a lontemps que la question a été posée, et on peut dire qu'elle est encore ouverte, puisque le projet de Code civil allemand propose aujourd'hui une solution contraire à celle qui a prévalu en droit romain.

On sait que Cujas avait d'abord soutenu que le vendeur devait supporter les cas fortuits; vaincu par l'évidence des textes, il fut obligé de rejeter plus tard cette opinion, mais en ajoutant toutefois qu'elle lui paraissait la plus équitable. Les raisons alléguées pour justifier la décision qui met les risques à la charge de l'acheteur ne peuvent pas détruire ce fait que l'acheteur ne s'est obligé à payer le prix que pour avoir la chose, et, qu'à la condition d'avoir réellement cette chose.

« Tout cela, dit Puffendorff, ne nous fournit pas une raison claire et convaincante pourquoi le vendeur étant obligé de mettre l'acheteur en pleine possession de la chose vendue, le dernier doit, plutôt que le premier, porter la perte qui survient avant que celui-ci ait effectué son engagement. Et il ne sert de rien d'alléguer ici quelques lois qui disent que quand on a promis quelque chose en espèce on n'en est point garant au cas qu'on la perde..... Mais d'où vient que dans un contrat intéressé de part et d'autre, comme la vente, lorsque le vendeur n'a pas encore exécuté ce à quoi il est tenu par le contrat, l'acheteur doit se résoudre à perdre la marchandise et à la payer pourtant? Pour moi, il me semble que le meil-

(1) On peut soutenir que telle était en droit romain la règle générale (arg. L. 50, D. 19, 1), à laquelle aurait dérogé la solution admise pour le cas de perte de la chose vendue.

leur moyen de découvrir ici les règles de l'équité naturelle, c'est de distinguer si le retardement de la délivrance vient de ce que la chose vendue ne pouvait être transportée qu'en un certain temps au lieu où elle devait être délivrée, ou de la faute du vendeur qui, pouvant délivrer la marchandise ne l'a pas fait, ou bien s'il n'a tenu qu'à l'acheteur d'en prendre possession. Dans les deux premiers cas, il n'y a point de doute que la perte ne soit pour le compte du vendeur. » — Barbeyrac adopte le même sentiment (1).

109. Il nous semble qu'en proposant une distinction aussi rationnelle, les théoriciens du droit naturel sont demeurés fidèles aux vrais principes en matière d'obligations. Mais le droit positif ne peut pas se borner à consacrer purement et simplement une telle distinction ; il faut en pareille matière statuer par voie de présomption légale, de manière à pouvoir, dans tous les cas, mettre les risques à la charge de l'une des parties.

C'est qu'en effet, dans la pratique, l'application de la distinction proposée par Puffendorff aurait donné lieu à une foule de procès dans lesquels le juge aurait eu à élucider, d'après des circonstances bien difficiles à déterminer, le point fort obscur de savoir dans l'intérêt de qui la délivrance de la chose vendue avait été retardée.

Le législateur a donc tranché la question par voie de présomption. Dans quelques pays, en Angleterre, par exemple et en Autriche, il s'est prononcé contre le vendeur ; c'est ce dernier qui porte les risques de la chose vendue. Le projet de Code civil allemand, nous l'avons déjà dit, s'est prononcé dans le même sens (2). En France, au contraire, on a suivi sur ce point les principes du droit romain ; on a laissé les

(1) PUFFENDORFF, *Droit de la nat. et des gens*, avec les notes de BARBEYRAC, t. V, chap. 5, § 3.

(2) Voy. SALEILLES, *loc, cit.*, n° 184.

risques à la charge de l'acheteur, et pour mieux expliquer cela, on l'a même déclaré propriétaire.

Laissant donc de côté la question de savoir qui doit être considéré comme responsable du retard dans l'exécution du contrat, la loi française, comme la loi romaine, présume l'existence, entre les parties, d'une clause tacite, *mettant les risques à la charge de l'acheteur, alors même que le retard serait imputable au vendeur.*

Le vendeur fait le raisonnement suivant :

« Si je vous vends la chose livrable à terme, je dois d'après la rigueur des principes purs, porter les risques de la chose sans pouvoir m'en décharger en disposant de cette même chose au profit d'un tiers. Or, je vends précisément pour me soustraire aux chances de perte qui peuvent menacer la chose ; donc, je ne consens au contrat que si vous, acheteur, prenez les risques à votre charge, à titre de compensation ou indemnité, comme le ferait un assureur. »

La vente est en effet un moyen fréquent de se soustraire aux cas fortuits. Il arrive souvent que le propriétaire d'un objet précieux hésite à le conserver uniquement à cause des éventualités qui peuvent se produire : perte, vol, incendie, etc. Pour se soustraire à ces éventualités, il cherchera à le vendre. Si, d'après les principes abstraits, il devait continuer de porter les risques, malgré la vente, il est manifeste qu'il ne vendrait pas du tout, ou qu'il ne voudrait vendre qu'au comptant. Or, une vente au comptant est loin d'être aussi facilement praticable qu'une vente à terme. Il peut y avoir pour le vendeur difficulté ou impossibilité à livrer actuellement la chose, comme, pour l'acheteur, impossibilité à payer immédiatement le prix. Néanmoins le propriétaire n'hésitera pas à vendre à terme si l'acheteur consent à prendre les risques à sa charge, c'est-à-dire à jouer vis-à-vis de lui le rôle d'un véritable *assureur.*

110. Par conséquent l'obligation dont l'acheteur est tenu,

quand la chose a péri n'a pas le même caractère que l'obligation dont il est tenu *quand la chose n'a pas péri*.

Dans ce dernier cas, l'obligation de payer le prix est la réciproque naturelle de l'obligation de livrer la chose.

Quant au contraire la chose a péri, l'obligation de payer le prix représente l'*indemnité* stipulée par le vendeur en compensation du préjudice résultant pour lui de ce qu'il a renoncé à la faculté de transporter sur un autre les risques de la chose, *alias* de ce qu'il a accepté une vente à terme, quand il pouvait, peut-être, espérer une vente au comptant.

La créance du vendeur *quand la chose a péri* est donc une créance *d'indemnité* (1) dont l'évaluation ou le montant est déterminé naturellement par l'évaluation donnée au prix lui-même, dans la convention principale, et qui, pour ce motif, paraît se confondre avec l'action proprement dite en paiement du prix.

De ce qu'il s'agit alors d'une créance d'indemnité, il suit :

1° Que cette créance ne pourra plus être réclamé, si le créancier ne devait éprouver aucun préjudice par suite de la perte de la chose ;

2° Que cette créance ne peut être perçue qu'une fois, même quand il y a plusieurs débiteurs qui en sont tenus.

La première conséquence se produira chaque fois que la chose périe ne faisait plus partie du patrimoine du créancier :

Ainsi, celui qui a déjà vendu une chose mobilière livrable dans un certain délai, profite de ce que, en fait, il est demeuré détenteur de la chose pour la vendre et *la livrer* à un second acheteur étant encore dans le délai convenu, ou bien pour en faire donation et *livraison* à un tiers.... La délivrance effec-

(1) Nous avons développé ce point dans une dissertation intitulée : *Nature juridique du prix*, etc., *Revue critique*, 1880 ; Conf. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 182.

tuée a pour effet immédiat de rendre l'*accipiens* propriétaire, dans les conditions prévues par l'art. 1141, et de mettre désormais les risques à sa charge. — Donc, si la chose périt même avant l'expiration du délai convenu avec le premier acheteur elle périt aux dépens du patrimoine de l'*accipiens* et non aux dépens du patrimoine du vendeur. Ce dernier n'éprouve donc aucun préjudice dont il puisse demander la réparation. Qu'il ait agi de bonne ou de mauvaise foi, peu importe; il n'aura pas d'action contre l'autre acheteur.

111. La seconde conséquence se vérifiera dans toutes les hypothèses de ventes multiples d'une même chose par un même vendeur, à plusieurs acheteurs différents, et autres cas semblables.

Première espèce. — Un objet a été vendu le même jour à plusieurs acheteurs différents, ou ce qui revient au même, les diverses ventes n'ont pas eu lieu, en fait, le même jour, mais comme aucune d'elles n'a date certaine, il est impossible d'établir à leur égard un ordre chronologique; un délai pour la livraison a été convenu, la chose périt dans le délai. Le vendeur pourra-t-il réclamer le prix à chacun des acheteurs?

Deuxième espèce. — Vente d'un champ riverain d'un fleuve, livrable après la récolte. L'acheteur ne fait pas transcrire. Donc le délai, vente du même champ à un deuxième acheteur qui fait transcrire; le champ est emporté par le fleuve avant la récolte. Le vendeur est-il fondé à réclamer le prix tant au premier qu'au deuxième acheteur?

Troisième espèce. — Le propriétaire d'une chose a donné mandat à un ami de la vendre. Le mandant et le mandataire agissant à l'insu l'un de l'autre, vendent le même jour, à deux acheteurs différents, la chose dont il s'agit livrable à terme. Avant l'arrivée du terme, l'objet périt, l'aliénateur peut-il réclamer le prix aux deux acheteurs?

La solution que l'équité semble commander n'est pas douteuse : il n'est pas possible que le créancier puisse exiger

deux ou plusieurs fois le prix de sa chose, même dans le cas où il aurait été de bonne foi.

Or, en présence des règles généralement admises, il serait difficile de ne pas autoriser le vendeur à agir utilement contre tous les acheteurs.

Chaque vente semble en effet devoir être traitée comme si elle était seule, et produire ses conséquences ordinaires. Aucun des acheteurs ne peut opposer au vendeur le fait de l'autre vente, car ce fait doit être, en droit, considéré comme indifférent.

Que serait-il arrivé, en effet, si la chose n'avait pas péri? C'est que le vendeur se serait trouvé obligé, en vertu de chaque contrat, vis-à-vis de chaque acheteur. L'un des acheteurs aurait la chose elle-même, les autres pourraient réclamer des dommages (1); nous savons en effet qu'une même chose peut être due, à la fois, à plusieurs créanciers différents (Voy. t. IV, n° 3). Donc, si chaque acheteur a une action quand la chose n'a pas péri, chaque acheteur doit être soumis à une action quand la chose a péri.

Il s'agit, par exemple, d'une chose précieuse, d'une statue antique ayant attiré l'attention des archéologues et des artistes de tous les pays. Elle est transportée en France sur un navire, et par conséquent exposée à des chances constantes de perte tant que durera le voyage en mer. Il est donc permis de supposer qu'elle périra. Dans cette supposition le propriétaire peut cependant la vendre à un tiers sans que la probité la plus scrupuleuse puisse y trouver à redire. Pourquoi en serait-il autrement, si au lieu de la vendre à un seul, il la vend à dix, à vingt acheteurs? C'est aux dépens de son patrimoine seul que le vendeur spécule; il est ruiné si l'objet arrive au port, car il devra faire la livraison à l'un des acheteurs, et payer des dommages considérables à tous les autres

(1) L. 15, C. 3, 32, *De reivind.*

pour inexécution de ses engagements. Si au contraire la chose périt il s'enrichit; le prix, en effet, suivant une heureuse expression de Paul, *propter negotiationem percipitur* (1). Quel que soit l'acheteur à qui le vendeur s'adressera, il faudra traiter la *negotiatio* intervenue avec lui comme si elle était seule. La spéculation à laquelle le vendeur s'est livré est tout simplement un *négoce;* l'expression est devenue française...

Mais un tel raisonnement aboutit simplement à démontrer que l'examen de la question, vis-à-vis de chacun des acheteurs considéré comme s'il était seul, conduit à cette conclusion que chacun d'eux est tenu. Or, de ce que chacun des acheteurs doit être considéré comme tenu, il n'en résulte pas *nécessairement* que le créancier puisse encaisser plusieurs fois le prix de la même chose. Il pourra réclamer le prix convenu de l'un des acheteurs, à son choix, et le paiement effectué par l'acheteur interpellé libérera tous les autres. En d'autres termes, nous rencontrons ici un cas d'obligation *in solidum* qui n'est pas sans quelque analogie avec celui de plusieurs personnes ayant isolément cautionné, par des actes différents, la même dette.

C'est d'après les mêmes principes qu'il faut résoudre la difficulté qui se présente assez souvent dans la pratique, au cas où la chose vendue était assurée, et a péri dans des circonstances où l'indemnité aurait dû être payée au vendeur si la vente n'avait pas eu lieu. Après ce que nous venons de dire on voit facilement que le vendeur se trouve en présence de deux débiteurs *in solidum*. Mais les auteurs et la jurisprudence ont quelquefois donné sur ce point les décisions les plus singulières (2).

(1) L. 21, D. 18, 4, *De hered. vend.* Voy. le véritable sens de ce texte dans notre *dissertation* précitée.

(2) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Assurances terrestres*, n°s 55 et suiv.

112. Les règles ci-dessus ne peuvent recevoir d'application que s'il s'agit de rapports issus du contrat de vente, ou de conventions assimilables à la vente. Les rapports nés d'autres contrats devront être régis par les principes spéciaux qui leur sont propres.

Ainsi, un commissionnaire a reçu commission d'acheter, pour un prix déterminé, la cargaison d'un navire attendu au port. Il ne s'agit pas de la vente d'une chose future, mais d'une chose actuelle; il a reçu plusieurs autres commissions semblables concernant la même cargaison; il l'achète et le navire périt. Pourra-t-il réclamer le prix à chacun des commettants sous le prétexte, allégué vis-à-vis de chacun, que c'est à lui qu'il aurait transmis et livré la chose, avec les documents ordinaires, si elle n'avait pas péri ?

Autre espèce: un marchand de tableaux reçoit de plusieurs personnes, agissant chacune isolément, le mandat d'acheter moyennant un certain prix un tableau vendu aux enchères publiques, et dont livraison devra être prise dans les magasins de l'intermédiaire quand il sera devenu adjudicataire. Le fait se réalise ; mais le tableau périt par cas fortuit dans le magasin où il a été transporté. Le mandataire pourra-t-il réclamer le montant de l'adjudication et ses honoraires à chacun des mandants, en faisant le même raisonnement que ci-dessus ?

La négative est certaine, mais il faut faire une distinction : si l'intermédiaire, dans les deux hypothèses qui précèdent, agit d'abord contre un seul des mandants ou commettants, la difficulté résultant du cas envisagé n'aura pas encore l'occasion d'apparaître, et le défendeur actionné seul devra payer.

La difficulté n'apparaîtra que si l'intermédiaire, après avoir agi et triomphé contre un premier mandant, voulait agir ensuite vis-à-vis d'un second. Celui-ci pourrait évidemment repousser la demande en opposant que la récla-

mation adressée d'abord au premier, prouve que le mandataire n'a pas rempli le mandat vis-à-vis du second qui, par suite, ne doit rien. Mais alors nous pensons que le premier qui a déjà été condamné à payer, peut se prévaloir à son tour de la réclamation dirigée contre le second pour établir que le mandat n'a pas non plus été exécuté vis-à-vis de lui, mais peut-être dans l'intérêt d'un troisième qu'on ne nomme pas; que dès lors le paiement ayant été effectué *sans cause*, d'après la locution vulgaire, c'est-à-dire sans correspondance avec aucune prestation effectuée, peut être répété. Au besoin il pourrait y avoir lieu à requête civile (art. 481 § 1 et 10, C. pr. c.). Il est manifeste que si l'intermédiaire avait la maladresse de diriger sa demande en même temps contre les divers mandants ou commettants, il résulterait de là qu'il n'a en réalité exécuté le mandat vis-à-vis d'aucun.

113. La question de savoir laquelle des parties contractantes doit supporter les risques, suppose qu'il est au préalable reconnu qu'il y a eu entre les parties, des rapports contractuels concernant la garde ou la conservation de la chose qui a péri. Or, on peut concevoir qu'un débat s'élève sur ce point. Ainsi un objet qui a été compris dans une saisie-exécution vient à périr, il est certain que le saisissant ne saurait en être responsable. La saisie n'enlève pas en effet au débiteur la propriété des objets saisis; d'un autre côté l'établissement d'un gardien, dont le choix appartient d'ailleurs en première ligne au saisi, n'a pas pour résultat d'imposer au saisissant l'obligation de prendre les mesures nécessaires à la conservation de son gage. Donc si l'objet saisi vient à périr, ce ne peut être que pour le saisi lui-même. Une Cour a cru nécessaire de dire que s'il en est ainsi, c'est en vertu de la règle : *res perit domino* (1)!

(1) Dijon, 28 déc. 1891, D. 92, 2, 119.

114. Mais on peut au contraire considérer comme régis par la théorie générale des risques, certaines pertes qu'une partie doit supporter d'après un contrat, quoique ces pertes ne portent pas sur la chose même qui fait véritablement l'objet du contrat. Si l'associé, par exemple, en gérant les affaires de la société perd fortuitement une chose qui lui appartient, cette perte est supportée, non par lui, mais par la société (art. 1852); il en est de même du mandataire quant aux pertes fortuites qu'il fait à l'occasion du mandat (art. 2000). Il fallait encourager l'associé et le mandataire dans leur gestion en leur donnant l'assurance qu'ils seraient indemnisés de leurs pertes; la loi présume donc qu'il est intervenu sur ce point une convention spéciale entre les parties.

115. Il résulte, en définitive, des explications qui précèdent que la règle mettant la chose due aux risques du créancier n'est en réalité qu'une règle d'interprétation. La loi suppose que telle a été la volonté des parties. Par conséquent, l'article 1138 devra s'appliquer, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, même dans le cas où le débiteur d'un corps certain jouit d'un terme pour se libérer. Mais il en serait autrement s'il s'agissait d'une obligation conditionnelle, car alors il n'y aurait pas encore d'obligation.

La même règle devrait encore s'appliquer même dans le cas où les parties auraient, par une clause expresse, retardé le transfert de la propriété jusqu'à une époque postérieure à la conclusion du contrat, par exemple jusqu'au moment de la tradition réelle, une telle clause n'indiquant en aucune façon l'intention de déroger à la règle générale concernant les risques (1).

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 58 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 423 et suiv.; LAURENT, t. XVI, n°s 208 et 209; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 883.

§ 4. — Mise en demeure du débiteur.

116. — En quels cas les risques sont à la charge du débiteur. — De la demeure ou retard dans l'exécution de l'obligation.
117. — D'où peut résulter la mise en demeure, art. 1139.
118. — Influence de la convention à cet égard.
119. — Spécialement en matière d'assurances.
120. — Mise en demeure résultant du fait générateur de l'obligation; des injonctions administratives.

116. Par exception, les risques sont à la charge du débiteur;

1° Lorsqu'il s'en est chargé par une clause du contrat, soit expresse, soit tacite.

2° Lorsque le fait qui a entraîné la perte de la chose ou sa détérioration a été occasionné par une faute du débiteur, par exemple si la chose a été volée parce que ce dernier a négligé de la mettre en lieu sûr.

3° Lorsque la chose a péri pendant la demeure du débiteur; c'est ce que dit la disposition finale de l'art. 1138 ainsi rédigé : « ..... *A moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier.* » Il suffit alors de constater la demeure (*mora*), ou en d'autres termes le retard apporté par le débiteur dans l'exécution de son obligation. Il faut qu'il s'agisse d'un retard imputable au débiteur, c'est-à-dire dérivant d'une faute (1).

La demeure a pour effet, non seulement de mettre la chose aux risques du débiteur, mais encore de soumettre ce dernier à des dommages-intérêts (art. 1146); elle peut aussi entraîner la résolution du contrat (2), ou convertir à la charge de l'acheteur, en intérêts moratoires calculés au taux légal les intérêts conventionnels d'un prix de vente inférieurs à ce taux (3).

(1) Cass. 3 déc. 1890, D. 92, 1, 127.
(2) Cass. 11 juill. 1889, D. 90, 1, 415.
(3) Cass. 25 avr. 1881, D. 82, 1, 78.

117. A raison de la gravité de ces conséquences, il est de tradition, en France, que la demeure ne peut résulter, en principe, que d'une interpellation personnelle et directe adressée au débiteur :

ART. 1139. Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou 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 (*).

Il va sans dire que la mise en demeure supposant de la part de l'une des parties la volonté d'exécuter la convention, cette formalité devient sans objet quand la résiliation est demandée de part et d'autre (1).

D'après le droit commun pour remplir cette formalité, il faut une *sommation* signifiée par huissier, ou même dressée par notaire (2), ou un *acte équivalent* qui ne saurait être qu'un écrit. Cet acte pourra être un commandement, une demande en justice, même ne concluant qu'à la résolution du contrat avec dommages-intérêts (3), une citation en conciliation suivie dans le mois d'une demande en justice.

Tout acte suffisant pour interrompre la prescription (article 2244), suffira aussi pour constituer le débiteur en demeure. Par conséquent l'écrit sous seing privé par lequel le débiteur reconnaît qu'il est en demeure, dispensera le créancier d'un acte quelconque (4).

La mise en demeure pourrait-elle résulter d'une simple lettre missive? La question est plus de fait que de droit. La loi exige une *sommation,* mais se contente d'un *acte équivalent.* La lettre missive peut-elle être un acte équivalent à une sommation? Les juges du fond doivent avoir à cet égard une appréciation souveraine, et peuvent admettre qu'une

(*) Art. 1139. — L. 23, L. 127, D. 45, 1, *De verb. oblig.;* L. 23, D. 44, 7, *De oblig.*

(1) Cass. 15 nov. 1887, D. 88, 1, 120.

(2) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 531; LAURENT, t. XVI, n° 234.

(3) Cass. 2 juill. 1883, D. 84, 1, 302.

(4) Bruxelles, 23 juin 1879, *Pas.*, 79, 2, 302.

lettre peut, d'après ces termes, constituer une interpellation suffisante (1). En matière civile cela est contesté, surtout s'il s'agit d'une lettre du créancier demeurée sans réponse (2). En matière commerciale, au contraire, les réclamations par correspondance peuvent être considérées comme constituant des mises en demeure suffisantes (3), mais seulement dans la limite admise par les usages commerciaux qui peuvent n'être pas les mêmes pour les divers marchés (4). La mise en demeure pourrait donc valablement résulter d'un télégramme (5).

On comprend que les usages commerciaux puissent modifier, en les simplifiant, les formalités de la mise en demeure; mais on ne saurait admettre qu'ils puissent supprimer la mise en demeure elle-même. Aussi a-t-il été jugé, avec raison, que l'agent de change qui a acheté pour le compte d'autrui des valeurs à terme, sans se faire remettre les sommes nécessaires pour les payer, ne peut revendre ces valeurs, faute par son client d'en prendre livraison et d'en acquitter le prix, sans avoir préalablement et régulièrement mis celui-ci en demeure d'exécuter le contrat. Il importe peu qu'il existe à cet égard des usages contraires à la bourse (6). La jurisprudence belge a adopté sur le même point une solution opposée, et consacre, l'usage suivi à la bourse (7).

118. D'après le droit commun la mise en demeure ne peut résulter que d'une sommation ou d'un acte équivalent. Quelquefois la loi exige plus qu'une simple sommation; d'autres fois elle se contente de moins.

(1) Cass. 5 déc. 1883, D. 84, 1, 130.
(2) Liège, 9 déc. 1871, *Pas.*, 71, 2, 412.
(3) Paris, 6 nov. 1874, D. 77, 2, 11; 5 fév. 1874, D. 77, 2, 11; Bruxelles, 1er déc. 1881, *Pas.*, 82, 2, 389.
(4) Paris, 1er déc. 1874, D. 77, 2, 11.
(5) Bruxelles, 10 fév. 1877, *Pas.*, 77, 2, 287.
(6) Paris, 22 juin 1882, D. 83, 2, 134.
(7) Cass. belge, 21 mai 1874, *Pas.*, 74, 1, 220; Trib. Bruxelles, 19 janv. 1881, Cl. et B. 1881-1882, 519.

Ainsi nous verrons que la mise en demeure ne fait courir les intérêts que si elle résulte d'une demande en justice (1153 *in fine*); quelquefois au contraire la simple convention suffira. Mais il faudra, pour qu'il en soit ainsi, pouvoir dégager du contrat une clause manifestant suffisamment la volonté des parties. que la demeure soit encourue sans acte, par le seul fait de l'inexécution de l'engagement dans le délai convenu (1). L'ancienne maxime : *Dies interpellat pro homine*, n'est plus admise en effet, sauf dans le cas de l'art. 1146.

Les juges du fond pourront donc, par une interprétation souveraine de la volonté des parties, décider qu'un acte spécial de mise en demeure a été par elles considéré comme inutile; mais il serait contradictoire de décider en même temps que cette mise en demeure (inutile) résulte suffisamment d'une réquisition orale (2)!

119. Les compagnies d'assurances contre l'incendie, contre les accidents, mutuelles ou à primes fixes etc., insèrent d'ordinaire dans leurs polices une clause aux termes de laquelle : « à défaut de paiement de la prime dans le délai fixé, et *sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure*, l'assuré n'a droit en cas de sinistre, à aucune indemnité. » En pareil cas les primes d'assurance sont stipulées *portables*. Mais les juges du fond constatent souverainement que ces primes sont devenues *quérables* en vertu d'une dérogation constante apportée en fait au contrat par les compagnies qui envoient des agents au domicile des assurés pour l'encaissement des primes. Il suit de là que la déchéance pour défaut de paiement de la prime au terme fixé ne peut être encourue qu'en vertu d'une mise en demeure faite en la forme ordinaire (3).

(1) LAURENT, t. XIV, n° 236.

(2) Voy. cep. Cass. 16 mai 1882, D. 83, 1, 175.

(3) Cass. 25 janv. 1888, D. 88, 1, 432; Cass. 27 déc. 1887, D. 88, 1, 384; Cass. 20 déc. 1887, D. 88, 1, 432; Voy. cep. Cass. 1er fév. et 16 déc. 1884, D. 85, 1, 422.

Dans les obligations de faire ou de ne pas faire, toute contravention imputable au débiteur met, *ipso facto*, ce dernier en demeure (art. 1145, 1146).

120. Enfin, il est un cas où le fait même qui soumet une personne à une obligation, la met en même temps en demeure, c'est le cas de vol; aussi, d'après l'art. 1302, le voleur supporte-t-il toujours les risques. Du reste la mise en demeure n'est requise qu'en matière de contrats; elle n'est pas exigée quand il s'agit de la responsabilité d'un délit ou d'un quasi-délit.

L'expression *mise en demeure* se rencontre quelquefois en dehors de la théorie générale des contrats, et se trouve notamment employée dans certains actes émanés de l'autorité administrative. Cette expression se réfère le plus souvent aux injonctions qui doivent être adressées aux particuliers qui se sont mis dans le cas d'être l'objet de certaines poursuites (1). Le fait de ne point obtempérer à ces mises en demeure, peut constituer une contravention (2).

§ 5. — Des effets, à l'égard des tiers, de l'obligation de livrer un corps certain.

121. — Quels sont les tiers dont il s'agit? Le transfert de la propriété devait-il être soumis à une formalité de publicité? Question d'abord réservée quant aux immeubles, art. 1140.

122. — Hypothèses diverses à prévoir quant à l'accomplissement ou l'inaccomplissement de la formalité déclarée translative.

123. — Rôle de la tradition civile et de la transcription pour les immeubles.

124. — Rôle de la tradition réelle pour les meubles.

125. — Comparaison entre les effets de la tradition et ceux de la transcription; décision de l'art. 1141.

126. — Suite.

(1) Ex. : Arrêt du Conseil du 24 juin 1777, art. 3; Cons. d'Et., 24 mai 1878, D. 78, 3, 90.

(2) Cons. d'Et., 30 mai 1884, D. 85, 3, 107.

127. — Suite; de la connaissance acquise par un second acheteur du fait d'une première aliénation.
128. — Explication de l'art. 1141 par la théorie d'une prétendue prescription instantanée; réfutation.
129. — Suite; raison tirée de l'art. 2102, § 4.
130. — Conclusion sur ce point.
131. — Limitations que reçoit l'application de l'art. 1141.

121. Après avoir réglé, de la façon que nous venons d'indiquer, les effets entre les parties contractantes, de l'obligation de livrer un corps certain, en ce qui concerne les risques et le transfert de la propriété, le législateur s'est préoccupé, à ce dernier point de vue, des effets de la même obligation, à l'égard des tiers.

Il faut tout d'abord déterminer le sens du mot tiers.

Si l'on entend cette expression d'une manière générale, comme désignant toute personne autre que les parties elles-mêmes, on pourra distinguer trois catégories de tiers :

1° Les créanciers ordinaires (chirographaires) de l'aliénateur;

2° Les *prædones* et autres possesseurs ou détenteurs sans titre de la chose aliénée;

3° Ceux à qui l'aliénateur lui-même a concédé, antérieurement ou postérieurement à l'aliénation actuelle, des droits réels sur la chose aliénée.

La question est de savoir si, vis-à-vis de ces trois catégories de personnes, le transfert de la propriété devra être subordonné à une formalité quelconque distincte de la convention.

Une telle formalité ne saurait avoir d'autre but que de donner à l'acte d'aliénation une certaine publicité. Or, il est manifeste que les créanciers ordinaires de l'aliénateur ayant été représentés par ce dernier dans l'acte d'aliénation, cet acte n'a pas besoin d'être rendu public pour leur être opposé.

En ce qui concerne les *prædones* ou autres possesseurs ou détenteurs sans titre d'une chose vendue ou, plus généra-

lement, aliénée par le véritable propriétaire, il est encore certain que la loi a pu déclarer l'acheteur véritablement propriétaire à leur égard. L'acquéreur pourra donc agir directement contre eux par l'action réelle, et faire valoir son titre sans qu'une autre formalité quelconque soit nécessaire pour le rendre propriétaire. Ce titre, en effet, n'a pas besoin d'être rendu public à l'égard des *prædones* ou des simples détenteurs qui savent très bien qu'ils n'ont aucun droit à la chose. La publicité n'a de raison d'être qu'à l'égard des tiers exposés à traiter avec l'ancien propriétaire, considéré par erreur comme étant encore investi de la propriété.

La question, agitée pendant la période intermédiaire, avait été tranchée, pour les aliénations d'immeubles, par la loi du 11 brumaire an VII, qui avait subordonné le transfert de la propriété à l'égard des tiers, à la formalité de la transcription.

Lors de la rédaction du Code civil, on fut assez facilement d'accord pour maintenir le principe de la transcription en matière d'aliénations à titre gratuit (art. 939) ; mais il ne fut pas possible de s'entendre pour les aliénations à titre onéreux ; il fut donc convenu que la question serait tranchée plus tard ; d'où le renvoi suivant :

ART. 1140. Les effets de l'obligation de donner ou de livrer un immeuble sont réglés au titre *de la Vente* et au titre *des Privilèges et Hypothèques*.

Mais la discussion ne fut pas rouverte sur ce point, et le Code fut promulgué sans qu'une décision ait été prise. C'est seulement en 1855 que la loi du 23 mars vint faire revivre, pour les aliénations à titre onéreux, le principe de la transcription.

Pour les aliénations de meubles la question était de savoir si elles devaient être subordonnées à une tradition. Nous allons voir comment l'art. 1141 a statué sur ce point.

122. Ces constatations étant faites, nous devons d'abord faire observer que lorsque la même chose aura été successivement

promise à plusieurs, en propriété, par le même propriétaire, il faut nécessairement prévoir deux hypothèses distinctes :

Il peut d'abord arriver qu'aucune des parties n'ait accompli la formalité voulue pour consommer à l'égard des tiers le transfert de la propriété ; on peut supposer qu'il y a eu simple convention de livrer à l'égard de chacune d'elles. Par l'effet de cette convention chacune des parties est devenue créancière du même corps certain ; or l'obligation de livrer étant réputée parfaite par la seule force de la volonté, rend le créancier propriétaire, comme le dit l'art. 1138, et cela au moyen d'une sorte de tradition civile résultant du contrat ; donc le premier à qui la chose a été promise est devenu à la fois créancier et propriétaire. Quant aux autres à qui la même chose a été ultérieurement promise, il est certain qu'ils en sont devenus créanciers ; mais peuvent-ils aussi en être devenus propriétaires ? Cela est impossible ; il serait absurde, en effet, d'admettre qu'une tradition civile, *translative de propriété*, pourra résulter d'un contrat postérieur à un contrat précédent qui, lui-même, était *translatif de propriété*. Ceux qui auront traité postérieurement avec l'aliénateur pourront devenir *créanciers*, mais ils ne pourront pas devenir *propriétaires*. Cela revient à dire que si la même chose a été promise à plusieurs, et qu'aucun n'ait rempli la formalité considérée comme translative, celui-là est propriétaire dont le titre est le plus ancien. Une fois pour toutes, il demeure entendu que le titre le plus ancien, quand il s'agit d'actes sous seing privé, est toujours celui qui a reçu le premier *date certaine* (1).

Mais il peut arriver, au contraire, que l'un de ceux à qui la chose a été promise ait accompli la formalité déclarée translative, c'est alors celui-là qui sera propriétaire. Toute cette

(1) DU CAURROY, *Thémis*, t. III, p. 34 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 291, I ; AUBRY et RAU, § 756, note 110 ; Comp. TOULLIER, t X, (4e éd.), p. 576.

théorie se réduira donc à reconnaître que la formalité dont il s'agit ne sera pas nécessaire pour rendre le créancier propriétaire à l'égard des tiers concessionnaires de droits réels sur la chose aliénée et qui n'auraient pas eux-mêmes accompli cette formalité, et que cette formalité sera, au contraire, nécessaire à l'égard seulement de ces mêmes concessionnaires, ayants-cause de l'aliénateur, qui l'auraient eux-mêmes accomplie.

Il faudrait donc encore restreindre le sens du mot *tiers* et ne l'entendre que comme désignant : *les concessionnaires de droits réels, ayants-cause de l'aliénateur lui-même et s'étant, de leur côté, conformés à la loi.* C'est précisément ce qu'a fait la loi du 11 brumaire an VII dans son art. 26, et la loi du 23 mars 1855, dans son art. 3, en organisant la transcription pour les immeubles. C'est donc uniquement à l'égard des tiers de cette catégorie que la question devra être désormais envisagée.

123. Dans le dernier état du droit romain, et sous l'empire de la *tradition*, pour laisser de côté ce qui concernait la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, il y avait unité parfaite dans les règles afférentes au transfert de la propriété. Aucune distinction n'était nécessaire entre les meubles et les immeubles. L'abandon de la *mancipatio* et de l'*in jure cessio* ayant affaibli l'idée de publicité, la tradition seule suffisait pour consommer le transfert du droit réel ; mais aussi elle était indispensable entre les parties contractantes comme à l'égard des tiers.

Ainsi, en matière mobilière comme en matière immobilière, tant que le débiteur n'avait pas fait tradition, la chose due continuait à faire partie de son patrimoine et par conséquent demeurait soumise à l'action des créanciers chirographaires.

Dans le droit moderne, il n'en est plus tout à fait ainsi, et des distinctions sont nécessaires.

D'abord en matière immobilière, par le seul effet de la con-

vention, l'immeuble vendu sort du patrimoine du vendeur pour entrer dans le patrimoine de l'acheteur ; la tradition civile résultant du consentement des parties suffit pour consommer cette transmission, non seulement entre les parties contractantes et à l'égard des simples créanciers chirographaires qui ont été représentées par elles dans le contrat translatif, mais encore à l'égard d'acquéreurs ultérieurs qui n'auraient pas fait transcrire leurs titres. La transcription n'est en effet requise qu'à l'égard des tiers concessionnaires de droits réels de la part du vendeur lui-même, *et qui ont conservé ces droits en se conformant aux lois*, c'est-à-dire en faisant eux-mêmes transcrire leurs titres.

Il suit de là qu'entre deux acquéreurs du même immeuble dont aucun n'a fait transcrire, celui-là sera préféré dont le titre est antérieur en date. Si, au contraire, un des acquéreurs a fait transcrire avant les autres, c'est lui qui sera préféré. Par conséquent, en matière immobilière il ne saurait jamais être question de tradition *réelle* pour le transfert de la propriété. Ou bien la tradition *civile* résultant du seul consentement suffit, ou bien il faut la transcription du titre, formalité de publicité qui n'est, en réalité, qu'une espèce de tradition perfectionnée.

124. En ce qui concerne les meubles, la question n'est pas aussi simple. Il s'agit de savoir si la tradition *civile* résultant du seul consentement suffit pour rendre le créancier propriétaire à l'égard des tiers, ou bien si une tradition réelle destinée à jouer pour les meubles le même rôle que la transcription pour les immeubles, est nécessaire.

L'esprit est tout d'abord frappé par la considération suivante : c'est que les motifs si puissants qui militent en faveur de la transcription pour les immeubles se représentent avec plus d'énergie encore lorsqu'il s'agit de la tradition en fait de meubles, car les meubles n'ont pas d'assiette fixe, et sont comme on l'a dit souvent, ambulatoires comme la personne.

C'est le fait seul de la possession qui peut révéler l'existence du droit de propriété. On peut donc concevoir à la rigueur un système qui exigerait la tradition pour le transfert des meubles, tout en repoussant à l'égard des immeubles la transcription considérée comme moins indispensable. Mais le contraire ne se comprendrait pas; tout système qui reconnaîtrait la nécessité de la transcription pour les immeubles et rejetterait la tradition pour les meubles, serait un système boiteux, indigne d'une législation bien faite.

Or, s'il était vrai, comme ont cherché à le démontrer de savants auteurs, que la loi du 11 brumaire an VII ne fut jamais abrogée par le Code, et que ce fut une erreur de la jurisprudence d'avoir considéré comme n'étant plus en vigueur une loi de cette importance, il y aurait là, il faut en convenir, un puissant préjugé en faveur de l'opinion qui considère la tradition comme étant nécessaire. Ce préjugé se renforcerait encore si l'on remarque qu'en matière de créances l'art. 1690 a organisé une sorte de publicité relative dans les limites de ce qui était nécessaire, et qu'en matière de gage, l'art. 2076 dispose que : « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier. » Ce qui revient à dire que les meubles ne peuvent plus être l'objet d'un droit réel qui ne serait pas rendu palpable par la possession, les meubles n'ayant pas de suite par hypothèque.

Théoriquement la tradition réelle, avons-nous dit, est destinée, si elle est admise, à jouer, en matière mobilière absolument le même rôle que la transcription en matière d'immeubles. La question relative à la transcription étant réservée, le Code s'est occupé uniquement de la question relative à la tradition, abstraction faite du parti qui serait adopté plus tard pour la transcription. Mais si on était décidé à maintenir la nécessité de la tradition en matière mobilière, il fallait le faire de manière à ce qu'elle fût pour les meubles

absolument ce que la transcription aurait pu être pour les immeubles. Cela était d'autant plus facile que la transcription fonctionnait encore à cette époque, que sa théorie était parfaitement connue et avait été supérieurement organisée par la loi de brumaire an VII. La transcription devait donc servir de type à la tradition, et cette dernière devait se développer sur son type d'une façon en quelque sorte parallèle.

125. Par conséquent :

1° De même que la transcription n'était pas requise à l'égard des créanciers ordinaires du vendeur ; de même il fallait décider qu'à leur égard, et en fait de meubles, la tradition réelle ne serait pas requise ;

2° De même qu'en matière d'immeubles la transcription n'était pas requise à l'égard des acquéreurs ultérieurs ayant négligé de faire transcrire, la préférence devant alors être accordée à l'antériorité du titre ; de même il fallait décider que, dans le cas de conflit entre deux acquéreurs d'une chose mobilière dont aucun n'aurait reçu tradition, la préférence serait accordée à l'antériorité du titre ;

3° Enfin, de même qu'en matière d'immeubles entres plusieurs acquéreurs la préférence doit appartenir à celui qui a transcrit le premier, quelle que soit la date de son titre ; de même en matière mobilière il fallait décider qu'entre plusieurs acquéreurs la préférence appartiendrait à celui qui, le premier, aurait reçu tradition, quelle que fût la date de son titre.

Or, c'est précisément ce qui a été fait ; les trois solutions parallèles que nous venons d'indiquer, ont été adoptées par le législateur et résumées dans la disposition suivante :

ART. 1141. Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

Ce texte contient en effet trois idées distinctes :

1° Il s'occupe uniquement du conflit qui peut s'élever entre deux acquéreurs de la même chose, c'est-à-dire entre un premier acheteur et les tiers à qui des droits réels auraient pu avoir été promis par l'aliénateur lui-même. Il ne s'occupe pas le moins du monde des créanciers ordinaires de ce dernier, car ils ont été représentés dans l'acte par leur débiteur;

2° Entre deux acquéreurs d'une même chose dont aucun n'a reçu tradition, l'art. 1141 accorde la préférence au premier; cela résulte de ce qu'il n'accorde la préférence au second que lorsque celui-ci a été mis en possession réelle;

3° Enfin, il décide que la tradition réelle doit l'emporter sur l'antériorité de la tradition civile, c'est-à-dire sur l'antériorité du titre.

126. Ce parallélisme entre la tradition et la transcription peut être poussé plus loin encore.

Que faudra-t-il décider, en effet, quand le second acquéreur mis en possession le premier, s'il s'agit d'un meuble, ou ayant fait le premier transcrire son titre, s'il s'agit d'un immeuble, était de mauvaise foi? Que la question se pose à l'occasion d'une aliénation mobilière ou d'une aliénation d'immeubles, il serait vraiment téméraire d'en nier la parfaite identité dans les deux cas. La loi ne saurait jamais protéger la fraude. Par conséquent, s'il y a eu collusion frauduleuse entre le vendeur et un second acheteur dans le but de dépouiller le premier, les principes généraux du droit doivent suffire pour protéger la victime du dol. Si donc le vendeur d'un meuble non encore livré, voulant éluder l'exécution de son obligation s'entendait avec un second acheteur au profit de qui interviendrait une tradition réelle, le premier acheteur trouverait évidemment dans les art. 1382 et 1383 le principe d'une action personnelle contre le second en réparation du préjudice causé.

En quoi devra consister cette réparation? Il faut distinguer : si l'acquéreur frauduleux se trouve dans l'impossibi-

lité de restituer la chose, soit parce qu'elle a péri entre ses mains, soit parce qu'il l'a transmise à un tiers de bonne foi, il ne sera évidemment passible que d'une condamnation pécuniaire en dommages-intérêts. Mais s'il a encore la chose entre ses mains, la restitution de cette chose sera naturellement la meilleure réparation qu'il soit possible d'accorder au premier acheteur. Sans doute, d'après la rigueur du droit la tradition a rendu le second acheteur propriétaire. Mais comme la chose n'est entrée dans son domaine que par l'effet d'une fraude, il n'a reçu cette chose que sous l'obligation de la rendre; il est tenu de reconstituer la propriété sur la tête du premier acheteur. Or, d'après l'art. 711, cette reconstitution du domaine a lieu *par l'effet seul de l'obligation*. Voilà pourquoi, dans ce cas, l'art. 1141 accorde implicitement la préférence au premier acheteur.

Or, il n'y a pas de raison pour décider autrement en matière de vente d'immeubles, si un second acheteur, colludant avec le vendeur pour dépouiller le premier, s'arrangeait de manière à faire transcrire son titre avant l'autre.

127. Mais voici maintenant une question toute différente et qu'il ne faut pas confondre avec la précédente :

La simple connaissance que le second acheteur aurait eue n'importe comment, du fait de la première vente, suffit-elle pour constituer la fraude caractérisée que le législateur doit réprimer (1) ?

La négative est certaine en ce qui concerne les aliénations immobilières.

« Le défaut de transcription, a-t-on fait judicieusement remarquer, a autorisé le second acquéreur à penser

(1) La même difficulté s'élève, en matière de cession, pour le cas de la connaissance acquise par un second cessionnaire d'une première cession non signifiée. Voy. notre *Traité de la Cession*, t. II, nos 359 et suiv.

qu'il n'avait pas été donné suite au premier contrat (1). »

Cette solution justifiée par un puissant argument tiré de l'art. 1071, a été adoptée par la jurisprudence et la majorité des auteurs.

« Les tiers, disent Aubry et Rau, recevables à exciper du défaut de transcription, peuvent en général le faire valoir malgré la connaissance de fait qu'ils auraient acquise, par des voies quelconques, de l'existence de l'acte non transcrit. Il en serait toutefois autrement si la convention qu'ils ont passée avec l'auteur de cet acte, avait été frauduleusement concertée dans le but d'en neutraliser ou d'en restreindre les effets (2). »

Mais s'il en est ainsi en matière immobilière, pourquoi en serait-il autrement pour les meubles? si le défaut de transcription d'un acte translatif de la propriété d'un immeuble peut autoriser le public à penser qu'il n'a pas été donné suite à cet acte, *à plus forte raison*, le défaut de tradition d'un objet mobilier, qu'on sait accidentellement avoir fait l'objet d'une convention translative, peut nous autoriser à croire qu'il n'a pas été donné suite à la convention, alors surtout que, pour les meubles, une telle convention est le plus souvent suivie d'une exécution immédiate.

Nous pouvons donc conclure que le transfert de la propriété mobilière a lieu par le seul consentement, *en ce sens* qu'en cas de conflit entre plusieurs acquéreurs successifs dont aucun n'a reçu tradition réelle, la préférence est accordée à l'antériorité du titre; mais que, à l'égard des tiers, la tradition réelle est nécessaire, *en ce sens* que lorsqu'il y a conflit entre la tradition purement civile résultant du seul consentement et la tradition réelle, c'est toujours

(1) BRESSOLES, *Exposé des règles résultant de la loi du 23 mars 1855*, n° 43.

(2) T. III, p. 277 et les autorités citées en note.

cette dernière qui devra l'emporter, sauf le cas de fraude (1).

128. Les auteurs adoptent généralement une explication différente de l'art. 1141 qui leur paraît présenter un cas de *prescription instantanée*, conception bizarre, exprimée par deux vocables, dont le premier implique un laps de temps appréciable que le second a précisément pour but d'exclure.

Voici comment on raisonne : Dans le cas prévu par l'article 1141, le premier acheteur est réellement devenu propriétaire par le seul effet du consentement suivant la règle de l'art. 1138. Donc, le second acheteur a réellement reçu la chose d'autrui. Mais comme il était de bonne foi et porteur d'un juste titre, il pouvait acquérir par prescription la chose livrée. Or, cette acquisition s'est produite immédiatement, attendu qu'en fait de meubles possession vaut titre, ce qui signifie qu'en matière de meubles la prescription doit s'accomplir d'une manière instantanée (2).

Il nous semble que cette explication repose principalement sur une équivoque consistant à ne voir dans l'art. 2279 rien autre chose qu'une prescription instantanée, alors que la maxime : en fait de meubles possession vaut titre, avait, dans l'ancien droit, d'après Bourjon, une double signification :

1° *A l'égard de l'acquéreur*, et pour le cas où il recevait la chose *a non domino quem dominum esse credebat*, par exemple : d'un locataire, commodataire, dépositaire, etc., la maxime faisait dériver l'acquisition de la propriété de la seule acquisition de la possession, c'est ce résultat qui a été décoré du nom de prescription instantanée.

2° *A l'égard de l'aliénateur*, elle subordonnait le transfert de la propriété au transfert de la possession, c'est-à-dire qu'au

(1) TOULLIER, t. VII, n°s 35, 36; JOURDAN, *Thémis*, t. V, p. 487; TROPLONG, *Vente*, n° 42; RENAUD, *Revue de législ.*, 1845, t. II, p. 81; HUREAUX, *Revue de Dr. fr. et étr.*, 1846, p. 772 et suiv.

(2) Voy. DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 467 et suiv.; LAURENT, t. XVI, n°s 363 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 875.

profit de tous intéressés, elle maintenait la propriété sur sa tête, tant qu'il n'y avait pas eu tradition, ou en d'autres termes qu'elle exigeait la tradition d'une manière absolue, même à l'égard des créanciers ordinaires de l'aliénateur (1).

Or les rédacteurs du Code civil se sont précisément inspirés de Bourjon quand ils ont inséré la formule coutumière dans l'art. 2279; il faut donc admettre qu'aujourd'hui comme dans l'ancien droit, la maxime : *en fait de meubles...* n'organise pas seulement une prescription instantanée en faveur de celui qui a reçu de bonne foi la chose d'autrui, mais a, de plus, pour but de subordonner, à l'égard de l'aliénateur, le transfert de la propriété au transfert de la possession, c'est-à-dire d'exiger la tradition vis-à-vis des tiers.

C'est précisément là, il faut le remarquer, ce que déclarait l'orateur du Tribunat Goupil-Préfeln, en présentant le vœu d'adoption : « Les meubles, disait-il, se transmettent par la seule tradition; ainsi, en fait de meubles tradition vaut titre (2). » Or, comment aurait-il pu dire que les meubles se transmettaient par la seule tradition, et cela par application de la maxime coutumière, s'il avait déjà été admis que le simple consentement suffisait à l'égard des tiers, et que la maxime coutumière se bornait à organiser une prescription instantanée ?...

129. Ce qui prouve d'ailleurs la rigoureuse exactitude de l'explication que nous venons de fournir de l'art. 1141, c'est la disposition de l'art. 2102 § 4. Ce texte déclare privilégié le prix d'effets mobiliers non payés, *s'ils sont encore en la possession du débiteur,* qu'il ait acheté à terme ou sans terme. Le vendeur non payé pourra donc faire valoir son privilège sur les objets vendus, quand même l'acheteur les aurait

(1) BOURJON, t. I, p. 146, liv. II, tit. 1, chap. 6, sect. 3; t. II, p. 692, liv. VI, tit. 8, ch. 3, sect. 1; Voy. notre dissert. précitée, sur le *Transfert de la propriété.*

(2) LOCRÉ, t. XVI, p. 598.

déjà revendus, mais non encore livrés à un nouvel acheteur. Par conséquent ce nouvel acheteur n'aura pas été rendu, par l'effet seul du contrat, propriétaire à l'égard du vendeur primitif; il ne le deviendra que par la tradition réelle.

Cependant, pourrait-on peut-être objecter, nous sommes ici dans l'hypothèse où un objet mobilier se trouve exceptionnellement grevé d'un droit réel; ne faudrail-il pas, dans ce cas, raisonner pour les meubles comme pour les immeubles? Ne faudrait-il pas dire que l'objet vendu, quel qu'il soit, passe dans le domaine de l'acheteur tel qu'il se trouvait dans celui du vendeur, c'est-à-dire grevé des mêmes droits réels? Or, ces droits peuvent disparaître par l'effet de la prescription, qui s'accomplira par 10 ou 20 ans, s'il s'agit d'un immeuble (art. 2280 § 4), et d'une manière instantanée s'il s'agit d'un meuble; voilà pourquoi le privilège du vendeur non payé s'évanouirait au cas où les meubles vendus ne seraient plus en la possession de l'acheteur.

Ce ne serait pas exact; s'il en était ainsi, il faudrait en effet décider que la prescription instantanée n'a pu s'accomplir si le nouvel acheteur avait su que le vendeur primitif n'étant pas payé pourrait *suivre* le meuble dans ses mains, et faire valoir son privilège à l'encontre des créanciers ordinaires de lui, second acheteur. Or, c'est ce que ne permet pas l'art. 2102 § 4 qui n'accorde de privilège au vendeur non payé que si le meuble vendu est encore en la possession de l'acheteur, et qui le lui refuse sans distinction chaque fois que le meuble est réellement sorti de la possession de ce dernier.

130. Au fond, quel que soit le système d'interprétation qu'on adopte pour rendre compte de l'art. 1141, les solutions demeureront les mêmes, sauf sur un point. Les partisans de la prescription instantanée estiment que le second acheteur de bonne foi n'étant devenu propriétaire que par une prescription, peut ne pas vouloir, par conscience ou par délica-

tesse, invoquer un pareil moyen contre le propriétaire revendiquant. Il aurait en conséquence le droit de demander la nullité de la vente ou du paiement résultant de la tradition à lui faite, quoiqu'il lui fût possible de repousser toute tentative d'éviction en invoquant l'art. 2279 (1). Mais nous verrons que cette opinion est difficilement soutenable. Quoi qu'il en soit, dans notre système, le second acheteur n'ayant pas acquis la chose d'autrui, la question de savoir s'il pourrait ou non renoncer, vis-à-vis du premier acheteur et au préjudice du vendeur à une prescription quelconque, ne pourrait pas même se présenter.

131. L'art. 1141 ne s'applique pas aux meubles incorporels, puisqu'il exige une possession matérielle. Il ne s'applique donc pas aux universalités mobilières. Le possesseur ne pourrait repousser la pétition d'hérédité en invoquant les art. 1141 et 2279. Ce n'est pas en effet comme propriétaire que le demandeur agit, mais comme héritier; le débat porte, non sur la question de savoir qui est propriétaire, mais sur celle de savoir qui est héritier; il ne s'agit pas d'une action en revendication (2).

La transmission des créances est réglée par les art. 1689 et 1690.

Pour les effets publics ou autres susceptibles d'être cotés, le droit exclusif accordé aux agents de change pour leur négociation, ne met pas obstacle à ce que les parties intéressées fassent des ventes et des achats de titres entre elles et sans intermédiaires. La propriété des actions nominatives est transmise entre le cédant et le cessionnaire par le seul effet de la convention; c'est seulement à l'égard des tiers que la déclaration de transfert est une condition essentielle de la transmission. Par conséquent la transmission des actions nomina-

(1) V. MOURLON, t. II, sur l'art. 1141 et t. III, sur l'art. 2279.
(2) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 487; LAURENT, t. IX, n° 518.

tives peut être établie, entre les parties, par tous les moyens de preuve indiqués en l'art. 107, C. com. (1).

SECTION III.

De l'obligation de faire ou de ne pas faire.

(Généralités sur l'inexécution des obligations).

132. — Transition. — Effets généraux des obligations en cas d'inexécution. — Droits du créancier en ce cas.
133. — Quand la créance a pour objet une somme d'argent, le créancier obtient précisément ce qui lui est dû. — Des diverses espèces de saisie.
134. — *Quid* si l'obligation a pour objet une chose autre qu'une somme d'argent;
135. — Ou bien un fait ou une abstention? art. 1142. — Transformation de l'obligation première en son équivalent en argent.
136. — Les dommages en argent ne peuvent être accordés à titre purement comminatoire.
137. — L'art. 1142 est étranger aux constitutions de droits réels.
138. — Cas où l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire est possible, art. 1143, 1144.
139. — *Quid* si la dette a pour objet la fourniture d'une certaine quantité de choses déterminées quant à leur genre seulement?
140. — Contravention à une obligation de ne pas faire.

132. Les divisions extérieures du Code et la teneur des rubriques qui ont été adoptées, ne sont pas toujours en parfaite corrélation, comme nous avons eu plusieurs fois l'occasion de le remarquer, avec le contenu des textes correspondants. C'est ce qui a lieu pour notre section III et la suivante qui, au fond, se rattachent directement aux règles d'après lesquelles toute obligation doit être exécutée.

Le Code, en effet, après avoir posé le principe de l'obligation de faire ou de ne pas faire dans l'art. 1101, ne s'en occupe,

(1) Cass. 20 mai 1889, D. 90, 1, 250 (trois arrêts).

dans notre section, qu'au point de vue de son exécution. Mais les explications que nous avons à donner sur ce point seraient incomplètes si nous ne commencions par indiquer quels sont, à cet égard, les effets légaux des obligations en général.

Il ne saurait y avoir de difficulté en cas d'exécution volontaire et complète par le débiteur.

Il en est autrement en cas d'inexécution.

Le créancier se trouve alors investi d'un droit de coercition dont l'exercice peut aboutir à deux effets distincts :

1° Quelquefois la justice interviendra pour procurer au créancier le bénéfice réel, effectif que lui assurait son titre de créance ;

2° D'autres fois, la justice ne pourra procurer au créancier que l'équivalent en argent de ce bénéfice. Tel est le cas des obligations de faire de nature à ne pouvoir être exécutées que par le débiteur ; ce sont alors des dommages-intérêts qui sont accordés (art. 1142) ;

3° Enfin il pourra quelquefois y avoir cumul au profit du créancier qui obtiendra à la fois le bénéfice effectif de l'obligation et des dommages (art. 1143).

133. Voyons d'abord ce qui est relatif à la première hypothèse, celle où le créancier peut obtenir la prestation même à laquelle il a droit.

Ce résultat ne se produira que pour les dettes ayant pour objet des sommes d'argent, ou des choses facilement réductibles en argent, des denrées par exemple. Le créancier porteur d'un titre exécutoire pourra faire saisir et vendre les objets saisissables du patrimoine du débiteur et se faire payer sur le prix en provenant une somme d'argent avec laquelle il pourra se procurer immédiatement les denrées qui lui étaient dues.

C'est qu'en effet l'art. 2093 accorde au créancier un gage général sur tous les biens du débiteur.

Il fallait donc organiser un moyen de réalisation de ce gage correspondant à chacun des éléments pouvant composer le patrimoine.

C'est ce qui a été fait;

1° Pour la réalisation des immeubles, le créancier peut recourir à l'expropriation ou saisie immobilière.

2° Pour celle des meubles corporels il peut recourir, suivant les cas, aux diverses formes de la saisie mobilière, saisie-exécution, saisie-gagerie, saisie-brandon, etc.;

3° Pour celle des créances, le créancier peut recourir à la saisie-arrêt;

4° Pour celle des actions, il peut exercer les droits de son débiteur, en vertu de l'art. 1166, mais ce n'est pas là une véritable saisie; c'est plutôt le préalable d'une saisie;

Pour procéder aux diverses saisies, le créancier doit être porteur d'un titre (art. 545, 557, C. pr. c.), sauf à obtenir en certains cas la permission du juge. (art. 558, C. pr. c.). Il faut observer que la saisie ne peut avoir lieu que pour choses *liquides* et *certaines*, et que l'art. 551, C. pr. c., a dérogé à l'art. 2213, C. C.

Par exception, on n'a pas besoin de titre exécutoire, pour procéder :

1° A la saisie-gagerie, art. 819, C. pr. c.;

2° A la saisie foraine, art. 822, C. pr. c.

134. Voilà pour l'hypothèse où l'obligation a pour objet une somme d'argent ou des denrées. Mais il peut arriver, et c'est maintenant la deuxième hypothèse, que l'obligation ait pour objet une chose, un fait, ou une abstention.

Dans ces cas, il ne saurait être question de procéder par voie de saisie. Cependant la justice pourra directement intervenir dans certaines circonstances, pour procurer au créancier l'émolument en nature auquel il a droit. C'est ce qui aura lieu d'une manière générale : *toutes les fois que l'exécution forcée sera possible sans*

exercer une contrainte directe sur la personne du débiteur.

C'est le contraire des idées romaines d'après lesquelles les condamnations étaient toutes pécuniaires, la force publique n'intervenant qu'au profit du revendiquant.

Chez nous chaque fois que la dette aura pour objet un corps certain, nous savons que la force publique pourra intervenir au profit du créancier, vis-à-vis de son débiteur; le créancier a même été déclaré propriétaire.

135. Dans le cas au contraire d'une obligation de faire ou de ne pas faire, s'il est impossible de concevoir l'exécution forcée sans une violence matérielle exercée sur la personne du débiteur, alors seulement on n'accordera au créancier qu'un équivalent en argent, c'est-à-dire des dommages; tel est le sens de la disposition suivante :

ART. 1142. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur (*).

C'est l'application de la règle : *nemo potest cogi præcise ad factum.*

Mais cette règle n'est elle-même qu'une exception. La règle générale, c'est que l'obligation de faire doit être ramenée à exécution par la force publique. C'est par exception seulement, et dans le cas où il faudrait pour y arriver violenter la personne du débiteur, que, par la force des choses, le créancier devra se contenter de dommages-intérêts. Mais en réalité il demeure créancier du fait promis, c'est seulement l'exécution de ce fait qu'il peut demander en justice; c'est à l'exécution de ce fait que le débiteur devra être principalement condamné, et subsidiairement seulement à des dommages-intérêts.

Ainsi, le débiteur ne pourrait être matériellement contraint à exécuter un voyage promis, à jouer tel rôle sur une scène déterminée. Il pourra seulement être condamné à ac-

(*) Art. 1142. — L. 75, § 7, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

complir ces prestations, sinon à payer les dommages résultant de la violation de ses engagements. Mais les juges ne pourraient autoriser le créancier à empêcher un acteur de jouer sur un théâtre, parce qu'il a pris l'engagement de jouer sur un autre (1).

Il en sera de même en cas de contravention à une obligation de ne pas faire, lorsque cette contravention ne pourrait être empêchée que par une violence sur la personne.

Les obligations dont nous parlons se *résolvent*, c'est-à-dire se transforment, en cas d'inexécution, en une obligation subsidiaire de payer des dommages-intérêts. Les juges ne pourraient pas la transformer en une autre obligation. Aucune disposition légale, en effet, n'autorise les tribunaux à condamner une partie, en réparation d'un dommage causé par elle-même par contravention à une obligation de faire ou de ne pas faire, à exécuter un acte qui ne lui est imposé ni par une loi, ni par une convention, alors qu'elle refuse de remplir cet acte (2).

Si l'obligation originaire était garantie par un gage, sa transformation en obligation de dommages-intérêts laisserait subsister le gage qui, désormais, garantirait le paiement des dommages (3).

136. L'obligation de faire, bien que se résolvant en dommages-intérêts, n'est donc pas alternative pour le débiteur. Les dommages-intérêts ne sont pas l'objet de l'obligation; ils en sont l'effet accidentel en cas d'inexécution. Le débiteur ne serait donc pas reçu à offrir au créancier une somme quelconque, à titre de dommages-intérêts, pour obtenir, à ce prix, la libération de son obligation (4).

Les dommages-intérêts alloués par le juge ne peuvent

(1) Voy. LAURENT, t. XVI, n° 198 et la note.
(2) Cass. 9 juill. 1888, D. 89, 1, 156.
(3) Cass. 9 mai 1881, D. 82, 2, 13.
(4) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 490; LAURENT, t. XVI, n°s 188, 197, 198; Bruxelles, 13 mai 1886, *Pas.*, 87, 2, 5.

dépasser le préjudice réel résultant de l'inexécution, ni par conséquent être proportionnés à la résistance à vaincre ou à l'importance des revenus de la partie qui est en demeure d'exécuter son obligation. — Les tribunaux n'ont pas le droit de prononcer, pour assurer l'exécution de leurs dispositions, des condamnations pécuniaires à titre de pure contrainte (1).

Sans doute le juge qui condamne à la prestation d'un fait peut sanctionner sa décision par la condamnation au paiement d'une certaine somme, d'une *astreinte*, comme on dit dans la pratique, par chaque jour de retard dans l'exécution. Mais quoique la formule employée soit souvent ainsi conçue : *à peine de*.... la condamnation dont il s'agit n'est pas une pénalité, mais une indemnité autorisée par les art. 1142 et 1226, et représentant le préjudice évalué par anticipation, causé par le retard (2). Nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons spécialement des dommages-intérêts, et à propos de l'art. 1149.

137. On décide généralement que le principe posé par l'art. 1142, s'applique à toutes les obligations de faire, indépendamment de leur origine et par conséquent même aux engagements résultant des quasi-délits (3).

Il faut cependant observer qu'il ne saurait en être ainsi des obligations de faire dérivant pour un propriétaire des servitudes d'utilité publique, dont il peut être grevé comme propriétaire. Ainsi, au sujet des alignements, des plantations le long des routes, des frais de premier pavage le long des rues, etc., on trouve des obligations de faire assez onéreuses. Mais malgré ce lien d'obligation, il s'agit toujours d'une charge réelle, car ce n'est qu'à cause de la détention de l'immeuble que le propriétaire en est tenu, et il cesserait d'y

(1) Cass. Belge, 19 janv. 1882, *Pas.*, 82, 1, 36.
(2) Cass. 9 janv. 1889, D. 91, 1, 128.
(3) Cass. 10 juin 1879, D. 80, 1, 418; Orléans, 26 déc. 1878, D. 79, 2, 49.

être soumis, s'il vendait l'immeuble ou s'il l'abandonnait, art. 699 (1). Cette considération et le but final des obligations dont il s'agit, ne permettent pas de leur appliquer l'art. 1142.

Cet article ne peut concerner en effet que les obligations proprement dites et non les constitutions de droits réels. Il y a intérêt à ce point de vue à bien déterminer l'objet précis de la convention; ainsi la clause d'un acte de vente par laquelle, en exigeant que l'acquéreur n'élève pas de construction sur une certaine bande du terrain vendu, le vendeur s'oblige à imposer la même condition aux futurs acheteurs de la partie limitrophe du terrain non encore aliéné par lui, constitue, non la stipulation d'une servitude ou d'un droit réel au profit du fonds acquis, mais une simple obligation de faire à la charge du vendeur (2).

138. Des observations qui précédent, il résulte que s'il est possible de concevoir l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire, sans qu'une violence sur la personne du débiteur soit nécessaire, le créancier peut obtenir cette exécution.

Cependant la Cour de cassation décide le contraire et admet que les termes de l'art. 1144 ont une portée facultative et laissent aux juges du fait le pouvoir d'apprécier *l'opportunité* d'une exécution littérale de l'engagement, et de décider par suite que les ouvrages construits par contravention à cet engagement ne seront pas détruits (3). Mais les juges sont institués pour faire avoir aux parties *ce qui leur est dû* et non pour apprécier *l'opportunité* de leurs réclamations.

ART. 1143. Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu.

(1) GAUTIER, *Précis des mat. admin.*, p. 126.

(2) Cass. 6 fév. 1889, D. 89, 1, 307.

(3) Cass. 18 juin 1883, D. 84, 5, 353; Bruxelles, 13 mars 1886, *Pas.*, 87, 2, 6.

ART. 1144. Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.

C'est donc une faculté pour le créancier de demander l'exécution aux dépens du débiteur, chaque fois que cette exécution est possible. Mais c'est une obligation pour le juge de l'accorder quand le créancier y a formellement conclu. La combinaison des deux textes qui précèdent ne peut laisser aucun doute sur ce point; ces textes n'ont pas pour but et ne sauraient avoir pour effet de donner aux juges la faculté d'accorder ou de refuser à leur gré l'autorisation demandée (1).

Il faut observer que, dans le cas de l'art. 1144, il s'agit d'une obligation de faire devant être exécutée sur le propre terrain du débiteur. Ainsi le voisin s'était obligé à abattre un arbre s'élevant sur sa propriété et gênant la vue du créancier. Celui-ci pourra se faire autoriser par justice à couper cet arbre aux frais du débiteur si ce dernier refuse de remplir son engagement.

139. Le créancier a été ainsi autorisé à se procurer lui-même, aux frais du débiteur, l'exécution de l'obligation. Pourra-t-il en être de même quand il s'agit de l'obligation de fournir une certaine quantité de choses déterminées seulement quant à leur genre, par exemple une certaine quantité de sel, ou de fonte?

Le débiteur condamné à livrer une certaine quantité de sel, n'exécute pas le jugement; il est certain que l'exécution directe par voie de saisie n'est pas possible. Le créancier demande que le tribunal l'autorise à acheter le sel aux frais du débiteur. Il a été jugé que l'obligation se résolvait en dommages-intérêts. « L'erreur est évidente, dit M. Laurent..... L'obligation de livrer une chose fongible n'est pas

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, nos 503 et 504 et les autorités qu'il cite; LAURENT, t. XVI, n° 199; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 887.

une obligation de faire. Elle peut être exécutée directement aux frais du débiteur..... *l'acheteur avait droit au sel qu'il a stipulé*..... Quand même ce serait une obligation de faire, on arriverait au même résultat par application de l'article 1144 (1). »

N'y a-t-il pas là une équivoque? Est-il bien vrai que l'acheteur a droit *au sel qu'il a stipulé?* Un tel langage tendrait à faire croire que *ce sel* a déjà reçu une sorte de détermination par la stipulation dont il a été l'objet. Or cela n'est pas exact. Nulle part il n'existe un sel sur lequel l'acheteur puisse réclamer un droit. Tout ce qu'il peut réclamer c'est que son vendeur détermine par une délivrance émanée de lui-même le sel qui doit servir à acquitter l'obligation. L'obligation de livrer n'est qu'un cas particulier de l'obligation de faire (2).

140. Le débiteur qui contrevient à une obligation de ne pas faire est en demeure sans sommation ni clause spéciale.

ART. 1145. Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention.

La formule dont les parties se seront servies sera ordinairement rédigée de manière à indiquer clairement qu'il s'agit, dans leur pensée, d'une obligation de ne pas faire; par exemple si un voisin a pris l'engagement de ne pas clore son avenue. Mais quelquefois l'obligation de ne pas faire se trouvera contenue dans une obligation de faire et il faudra l'en dégager. Ainsi un commerçant s'est obligé à accorder le monopole de la vente de ses produits, ou de l'exploitation d'un brevet d'invention lui appartenant, dans telle ville ou zone déterminée; il contrevient à cet engagement en faisant vendre ses marchandises par d'autres personnes, il devra des dommages-intérêts par le seul fait de l'infraction, sans qu'il

(1) T. XVI, n° 196.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 887; Comp. AUBRY et RAU, § 299, note 10; Cass. Belge, 2 juill. 1874, *Pas.*, 74, 1, 244.

soit besoin de mise en demeure. Il s'agit en effet d'une obligation de ne pas faire (1).

Il résulte donc des explications qui précèdent que, dans certaines hypothèses, le créancier ne pourra obtenir que des dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation prise vis-à-vis de lui, ou bien qu'il pourra exiger certains dommages-intérêts en sus de l'exécution de cette obligation. — Cette remarque nous conduit tout naturellement à parler des dommages-intérêts.

SECTION IV.

Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

§ 1er. — De l'étendue des dommages en cas de manquement à une obligation de donner n'ayant pas pour objet une somme d'argent.

141. — Base des dommages. Des obligations ne pouvant être exécutées que dans un certain temps, art. 1146.

142. — L'inexécution doit être dommageable en soi et imputable au débiteur, art. 1147.

143. — Du cas fortuit et de la force majeure, art. 1148; applications diverses.

144. — Effets du cas fortuit et de la force majeure.

145. — Evaluation des dommages-intérêts, art. 1149; des *astreintes* par jour de retard prononcées d'une manière comminatoire.

146. — Le juge, après avoir admis le principe de dommages à fixer *par état*, peut-il ultérieurement refuser toute allocation de dommages?

147. — Etendue des dommages suivant qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu fraude dans l'inexécution de l'obligation, art. 1150; Pertes intrinsèques.

148. — *Quid*, en cas de bonne foi de la part du débiteur, si le dommage est excessif?

149. — Pertes extrinsèques.

(1) Bruxelles, 8 juin 1887, *Pas.*, 88, 2, 242.

150. — En cas de fraude dans l'inexécution, les dommages imprévus, mais immédiats sont dus, art. 1151.
151. — Les règles ci-dessus sont applicables aux délits, quasi-délits, quasi-contrats.
152. — Stipulation d'une somme fixe en cas d'inexécution, art. 1152; applications diverses.

141. Lorsqu'un créancier éprouve un dommage par suite de l'inexécution d'une convention, c'est parce que, en réalité, il subit une perte (*damnum*) ou est empêché de réaliser un gain (*lucrum*); il a donc le droit d'obtenir, par le paiement d'une somme d'argent, la réparation du préjudice résultant soit du *damnum emergens*, soit du *lucrum cessans*. La créance des dommages-intérêts constitue donc pour le créancier un droit nouveau correspondant à une obligation secondaire du débiteur, prenant sa source dans un défaut d'exécution ou dans une exécution incomplète.

Pour que l'inexécution de l'obligation soit imputable au débiteur, il n'est pas nécessaire qu'elle soit le résultat d'un *dol*, ni même d'une *faute* de sa part; le *fait* suffit, mais il faut que le débiteur soit en demeure, au moins quand il s'agit d'un simple retard dans l'exécution :

ART. 1146. Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer (*).

Nous savons déjà en quoi consiste la mise en demeure du débiteur (*Suprà*, n° 117). Nous n'avons pas à y revenir.

Une mise en demeure proprement dite est inutile quand il s'agit de l'exécution d'une l'obligation dont le caractère est de ne pouvoir être exécutée que dans un certain temps.

Le point de savoir quelles sont les obligations qui présentent ce caractère ne soulève qu'une question de fait.

(*) Art. 1146. — L. 113, D. 47, 1, *De verb. oblig.*; L. 12, C. 8, 38, *De contrah et committ. stip.*

Dans les marchés à livrer de denrées assujetties qnant à leur prix à des fluctuations rapides, le terme stipulé pour la livraison doit être considéré comme condition déterminante de l'achat. Ce délai est de rigueur, et l'action en résolution de la vente n'a pas besoin d'être précédée d'une mise en demeure (1). L'art. 1146 ne s'applique pas en effet aux cas de l'art. 1184. La mise en demeure suppose d'ailleurs que l'exécution de l'obligation est encore possible. A quoi servirait-elle en effet, si l'exécution était devenue impossible par la faute ou le fait du débiteur?

142. Pour que l'inexécution totale ou partielle d'une obligation puisse donner lieu à des dommages-intérêts, il faut en outre :

1° Que cette inexécution ait causé un préjudice au créancier;

2° Qu'elle soit imputable au débiteur.

Ces deux idées sont contenues dans le texte suivant :

ART. 1147. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part (*).

Or, il ne peut *y avoir lieu* de condamner le débiteur au paiement de dommages que si le juge estime que le créancier a souffert un préjudice, et il ne peut en être ainsi que s'il existe un rapport direct de cause à effet entre l'inexécution ou le retard dans l'exécution et le préjudice subi. C'est au demandeur en dommages-intérêts à justifier de ce rapport de causalité. Par conséquent il ne suffit pas que le débiteur ait été reconnu ou déclaré en faute pour qu'il soit rendu responsable de plein droit; il faut qu'il soit démontré par le créancier que le dommage dont il se plaint a

(*) Art. 1147. — L. 5, D. 12, 1, *De reb. cred.*

(1) Trib. Termonde, 25 juill. 1891, *B. J.*, 91, 1338.

été amené directement par l'inexécution de l'obligation (1).

Quand ce rapport de causalité existe, le débiteur pourrait-il échapper à une condamnation au paiement de dommages en alléguant qu'il n'y a eu aucune mauvaise foi de sa part? Evidemment non; la bonne foi ne saurait être une excuse pour le débiteur qui ne remplit pas ses obligations envers son créancier; la loi ne tient compte de la bonne foi que pour déterminer l'étendue des dommages-intérêts.

143. On peut donc poser en principe que, en cas d'inexécution, et sans qu'il y ait à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi, la faute du débiteur se présume. Le débiteur pourrait objecter utilement que l'inexécution *provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.*

En quoi consistera cette cause étrangère dégageant le débiteur de toute responsabilité?

ART. 1148. Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui lui était interdit (*).

Le cas fortuit et la force majeure sont donc les *causes étrangères*, c'est-à-dire non personnelles au débiteur, qui font disparaître sa responsabilité.

Le *cas fortuit*, c'est l'accident produit par une force physique inintelligente, dans des conditions qui ne pouvaient être prévues par les parties;

La *force majeure*, c'est le fait d'un tiers, *vis major*, qui a créé à l'exécution de l'obligation un obstacle que la bonne volonté du débiteur n'a pu surmonter.

Les deux expressions sont quelquefois employées mal à propos l'une pour l'autre.

Les événements de la nature, tels que les tremblements de terre, la tempête, le feu du ciel, les inondations imprévues,

(*) Art. 1148. — L. 23, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*
(1) Bruxelles, 15 oct. 1890, *B. J.*, 91, 1304.

la grêle, les épidémies, etc., doivent être rangés dans la classe des cas fortuits. Mais les grands vents qui, d'ailleurs, ne présentent rien d'insolite, les crues ordinaires des fleuves ou des rivières, ne sont pas des cas fortuits. Il faut en dire autant du brouillard et du verglas. Ces cas, en effet, n'ont rien de fortuit quand ils sont le résultat du cours ordinaire et régulier de la nature, des saisons. Ils ne deviennent fortuits que lorsque par leur intensité exceptionnelle, ils sortent de l'ordre accoutumé. Les cas d'imprudence ou d'impéritie ne sauraient jamais être assimilés aux cas fortuits. Ainsi le fait qu'un navire appartenant à une compagnie a touché sur un écueil en plein jour et par un beau temps, ne constitue pas, sans autres circonstances, un cas de fortune de mer de nature à dégager la responsabilité de la compagnie à raison de la perte des objets transportés (1).

La guerre, l'invasion du territoire par une force ennemie, le blocus, le bombardement, le fait du prince, c'est-à-dire les commandements et les défenses de l'autorité publique ou les injonctions de la loi (2), constituent des cas de force majeure.

Le fait d'un tiers, simple particulier, peut aussi être un cas de force majeure, pourvu qu'on ne soit pas responsable de l'acte de ce tiers, et sans qu'il y ait d'ailleurs à rechercher si cet acte constitue ou non une infraction pénale, ou si son auteur est connu ou inconnu.

L'appréciation de la force majeure implique une comparaison entre la gravité de l'obstacle mis à l'exécution de l'obligation et l'énergie que devait dépenser le débiteur pour le surmonter. S'il apparaît que l'obstacle a été le plus fort, *vis major*, le débiteur ayant fait ce qu'il pouvait est affranchi de toute responsabilité ; il faut, en effet, qu'il ait été *empêché* (3).

(1) Cons. d'Et., 18 mars 1884, S. 89, 3, 50.
(2) Douai, 10 mai 1886, S. 89, 2, 3.
(3) LAURENT, t. XVI, nos 265, 268, 269.

Donc, si, malgré l'obstacle allégué comme force majeure, le débiteur pouvait exécuter l'obligation, même sous des conditions plus onéreuses pour lui, il n'y aurait pas eu en réalité, force majeure.

De là il suit qu'il ne saurait être question, dans l'art. 1148, d'une force majeure éventuelle ou à l'état d'hypothèse, mais d'une force majeure actuelle contre laquelle le débiteur a dû lutter. Ces principes ont été singulièrement méconnus dans une espèce où un directeur de concerts avait cru devoir suspendre ses représentations à la suite de manifestations hostiles qui s'étaient produites aux abords du théâtre lors des premières représentations, et dont on pouvait craindre le retour (1). La Cour de cassation déclare que, dans de telles circonstances, le débiteur, en suspendant ses représentations : « a fait, au détriment de ses propres intérêts, un sacrifice nécessaire à la paix publique. » Mais alors, il faut qu'il supporte seul un tel sacrifice, ce n'est plus *au détriment de ses propres intérêts* qu'il l'a effectuée, s'il est admis à en faire supporter les conséquences à ceux avec qui il devait partager le bénéfice des représentations interrompues.

144. Le cas fortuit ou la force majeure n'entraînent la résiliation du contrat ou ne servent d'excuse à l'inexécution que lorsqu'ils empêchent le débiteur d'exécuter l'obligation principale. Ils n'ont souvent qu'un effet dilatoire (2). Ainsi, par exemple, une grève n'altère pas les conditions essentielles d'un marché de charbons; elle empêche seulement l'exécution pendant un certain temps, et n'autorise pas le vendeur à demander la résiliation du contrat, alors même qu'une hausse serait survenue sur les prix, cette hausse ne mettant pas le vendeur dans l'impossibilité de satisfaire à ses obligations.

(1) Cass. 3 déc. 1890, D. 92, 1, 127, Voy. M. PLANIOL, *Exam. doctrin.*, *Revue critique*, 1893, p. 203.

(2) Cass. 15 fév. 1888, D. 88, 1, 203.

C'est au débiteur à prouver le cas fortuit qu'il allègue, ou la force majeure (art. 1147, 1302 § 3).

Cette preuve aura lieu d'après les règles du droit commun. Si on prétend la faire résulter de certificats ou autres pièces, il faut que ces documents soient réguliers tant au point de vue des signatures que de leur légalisation (1). Si, le cas fortuit étant prouvé par le débiteur, le créancier prétend que, nonobstant l'événement dont s'agit, le débiteur est responsable parce qu'il a commis une faute qui a amené le prétendu cas fortuit, c'est à lui de prouver la faute imputée au débiteur (2).

On voit donc qu'en définitive, la faute du débiteur se présume chaque fois qu'il s'agit de rapports contractuels.

Il faut remarquer que lorsque le créancier pourrait obtenir la prestation effective de la chose due, et qu'il ne la demande pas, il peut se contenter de dommages-intérêts. L'art. 1142 est en effet général et peut même être étendu aux cas où il s'agit de la prise de possession d'un corps certain.

Quelquefois au contraire il arrive que le créancier, ainsi que nous l'avons vu, ne peut obtenir que des dommages.

145. Enfin il peut arriver que, dans les cas où l'exécution forcée peut être demandée, et l'est en effet, le créancier ait encore le droit d'obtenir des dommages pour le retard.

Dans toutes ces hypothèses :

ART. 1149. Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après (*).

Telle est la seule base que la loi admette pour autoriser une allocation de dommages-intérêts, il s'agit uniquement du *lucrum cessans* et du *damnum emergens*, c'est-à-dire de réparer un préjudice réellement subi. Nous répéterons ce que

(*) Art. 1149. — L. 13, D. 46, 8, *Ratam rem.*
(1) Cass. 1er août 1887, D. 88, 1, 380.
(2) Cass. 3 janv. 1883, D. 83, 1, 373.

nous avons déjà dit (*Suprà*, n° 136) : il ne saurait être question de trouver dans une allocation de dommages-intérêts, à tant par jour, prononcée à titre purement comminatoire, le moyen de vaincre la résistance d'un débiteur refusant d'obéir à une décision judiciaire.

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître tout ce qu'il y a d'arbitraire et d'illégal dans un pareil procédé (1), la jurisprudence belge a une tendance marquée à se prononcer dans le même sens (2).

La jurisprudence française admet cependant une solution opposée ; elle décide que les condamnations à des dommages fixés à tant par jour de retard peuvent être prononcées à titre de simple *astreinte* purement *comminatoire*, c'est-à-dire *provisoire* (3).

Les conséquences avouées et même recherchées d'une telle jurisprudence doivent précisément la faire repousser :

Ainsi quant il s'agit d'une condamnation ferme à des dommages-intérêts, les juges doivent la motiver par la constatation d'une faute et l'évaluation exacte du préjudice causé (4), il n'en est pas de même quand il s'agit d'une condamnation comminatoire (5).

Bien mieux, le véritable caractère de la condamnation demeure en quelque sorte incertain, et il n'y aura pas violation de la chose jugée quand un nouvel arrêt refusera d'allouer la totalité des dommages réclamés en vertu du premier arrêt (6). Il en serait autrement si la première décision, au lieu

(1) AUBRY et RAU, § 299; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 494; LAURENT, t. XVI, n° 301.

(2) Cass. Belge, 19 ,janv. 1882, *Pas.*, 82, 1, 36.

(3) Cass. 23 nov. 1889, D. 91, 1, 31; Cass. 20 mars 1889, D. 89, 1, 382; Cass. 7 nov. 1888, D. 89, 1, 259.

(4) Aix, 12 août 1876, D. 77, 2, 175.

(5) Arrêt précité de Cass. du 23 juill. 1889.

(6) Arrêt précité de Cass. du 20 mars 1889.

d'être comminatoire, était ferme, car alors elle serait irrévocable (1). Par conséquent, si plus tard il y a lieu de rechercher : *quel est celui des deux caractères que la condamnation présentait, les juges du fait doivent avoir, à cet égard, un pouvoir absolu* (2)!

Mais quel peut être le fondement d'un aussi incroyable arbitraire? C'est, dit-on, que l'art. 1029, C. pr. c., ne parlant que des solutions données par le Code de procédure, *aucune disposition de loi n'impose aux tribunaux l'obligation de prononcer d'une manière irrévocable les condamnations à des dommages-intérêts* (3)! Donc ils peuvent le faire d'une manière comminatoire! On ne paraît pas avoir songé à se demander s'il existe une disposition de loi permettant d'accorder des dommages en dehors des conditions indiquées en l'art. 1149.

Remarquons d'ailleurs que, dans le cas envisagé, le fait de la condamnation principale demeure irrévocablement acquis et que les juges ont, en réalité, entendu créer un moyen d'exécution en dehors de ceux qui sont autorisés par la loi.

Nous concluons donc que l'allocation d'une certaine somme à payer par jour de retard n'est régulière que si elle a pour objet de réparer le préjudice, apprécié d'avance d'après les éléments du procès, que pourra causer au créancier la morosité du débiteur condamné.

Il faut cependant tenir compte des décisions de la jurisprudence, notamment pour la solution de certaines questions secondaires.

Ainsi, on se demande si les dommages-intérêts alloués par jour de retard sont exigibles quoique il y ait eu appel de la partie condamnée et si ces dommages sont dus à partir du

(1) Cass. 9 janv. 1889, D. 91, 1, 128; Cass. 14 juill. 1874, D. 75, 1, 460.

(2) Arrêt précité de Cass. du 7 nov. 1888.

(3) Note sous l'arrêt précité.

jour fixé par le jugement ou seulement à partir de l'arrêt confirmatif ou de sa signification.

Il paraît rationnel de décider que si le jugement est confirmé, ces dommages-intérêts, quand ils ont le caractère d'indemnité, continuent de courir en instance d'appel en cas de silence de l'arrêt sur ce point et qu'ils demeurent dus à partir du jour fixé par le jugement et non pas seulement à partir de l'arrêt de confirmation.

Si, au contraire, les dommages n'ont été prononcés qu'à titre de disposition pénale pour assurer l'exécution de la condamnation principale, il a été jugé que cette exécution étant suspendue par l'appel de la partie condamnée, celle-ci ne peut être tenue, même en cas de confirmation et sauf les cas d'exécution provisoire, du paiement des contraintes encourues pendant l'instance d'appel, et que la pénalité ne pouvait être réclamée qu'à partir de l'arrêt ou de sa signification (1).

146. Il est une autre question qui touche de près celle que nous venons d'examiner, et qui a été plus haut formulée (*Supra*, n° 74) :

Un tribunal après avoir admis le principe d'une condamnation à des dommages *à fixer par état*, peut-il, sans porter atteinte à la chose jugée, refuser toute espèce de dommages si le demandeur se trouve finalement dans l'impossibilité d'en justifier le chiffre? L'affirmative a été jugée (2). Mais cette décision est fort contestable. La Cour de cassation a décidé d'une manière générale que : « Lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée a reconnu et constaté le principe légal qui régit la situation respective des parties, et qu'il ne reste plus qu'à faire l'application de ce principe au moyen

(1) Trib. Liége, 13 fév. 1884, Cl. et B., 84, 876; Trib. Arlon, 9 fév. 1882, Cl. et B., 455. 83,

(2) Paris, 7 nov. 1886, *Gaz. des trib.*, 86, 1er déc.

d'un mode d'exécution, le juge qui, par un deuxième jugement, décide que le demandeur est mal fondé à réclamer cette application, viole l'autorité de la chose jugée (1). » Elle a de même décidé que lorsque le juge a ordonné une expertise, pour fixer le montant des dommages-intérêts reconnus être dus au demandeur, il doit, alors même que l'expertise conclut à l'absence de préjudice, et par respect pour sa première sentence, prononcer une condamnation. Il n'est pas possible, en effet, d'admettre des sentences conditionnelles, c'est-à-dire subordonnées à la preuve de l'un des faits allégués par le demandeur, de telle sorte que la partie condamnée *en principe* puisse se trouver plus tard gagner définitivement le procès, alors que, au contraire, celui qui a obtenu la condamnation se verra débouté de sa demande.

Du reste, le Code de procédure semble avoir tranché la difficulté ; les textes exigent que, sur la signification à lui faite de la déclaration des dommages réclamés, le défendeur fasse ses offres au demandeur (art. 128, 523, 524, C. pr. c.). Le débat se trouve donc restreint entre la réclamation du demandeur et celle du défendeur, par suite il ne peut porter que sur une question de chiffre (2). Cela n'empêche pas cependant que les tribunaux, après avoir condamné à des dommages-intérêts à fixer par état, conservent le droit non seulement d'évaluer la quotité de ces dommages, mais même d'apprécier l'importance relative des causes diverses d'où ils peuvent provenir (3).

(1) Cass. 5 août 1868, S. 69, 1, 68.

(2) Voy. A. TISSIER, *De l'effet des jug.*, etc., *Revue critique*, 1884, p. 543. La loi 59 § 2, D. 42, 1, *De re judicata*, invoquée dans la discussion et où on lit que le juge doit *certam facere condemnationem*, est tout à fait étrangère à la difficulté ; elle signifie, non pas que toute condamnation doit être définitive *en soi*, mais qu'elle doit toujours porter sur une *certa pecunia*.

(3) Cass. 7 août 1877, S. 78, 1, 223.

147. Les juges ont donc un pouvoir discrétionnaire pour procéder aux évaluations voulues en tant qu'il s'agit du *quantum* de leurs évaluations. Il n'en est pas ainsi en ce qui touche la base même de ces appréciations.

Il résulte d'abord de l'art. 1146, qu'en matière d'obligations conventionnelles, les juges ne peuvent donner pour base aux dommages-intérêts, que le préjudice matériel dérivant de l'inexécution de la convention. C'est seulement pour les obligations ayant leur source dans un délit ou un quasi-délit qu'il est permis de tenir compte du préjudice moral, à moins qu'un tel préjudice n'implique nécessairement un préjudice pécuniaire, comme dans le cas d'un protêt qu'un banquier occasionne en ne payant pas un effet de commerce pour lequel il a provision (1).

Quand il s'agit de déterminer, d'après la base qui vient d'être indiquée, l'étendue des dommages-intérêts, la loi distingue, avec Dumoulin et Pothier, entre le cas où il y a eu dol dans l'inexécution de l'obligation, et celui où il n'y a pas dol :

ART. 1150. Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée (*).

Il ne s'agit pas ici du *dol* considéré comme vice du consentement, et agissant directement sur la volonté d'autrui pour le pousser à contracter sous l'empire d'une erreur qu'on fait naître dans son esprit. Il s'agit ici de la *fraude* contre un créancier, consistant à *frustrer* celui avec qui on a déjà contracté, ou dont on est débiteur pour une autre cause (2).

Quand il n'y a pas eu fraude de la part du débiteur, la loi part de cette idée qu'il y a eu entre les parties une conven-

(*) Art. 1150. — L. unic., C. 7, 47, *De sentent. quæ pro eo.*

(1) LAURENT, t. XVI, n° 281.

(2) PLANIOL, *Dol civil*, etc., *Revue critique*, 1893, p. 550; Comp. LAROMBIÈRE, sur l'art. 1116, n° 4; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 169.

tion tacite par laquelle le débiteur s'est engagé à réparer le préjudice résultant de l'inexécution par son fait ou par sa faute, non par son dol, mais seulement, dans les limites qu'elles ont pu prévoir. L'art. 1150 n'est donc qu'une interprétation de la volonté présumée des parties.

Toute la difficulté consiste à savoir quels sont les dommages qui ont pu être prévus.

On peut d'abord diviser en deux catégories les pertes dont le créancier a le droit d'obtenir la réparation :

1° Les pertes *intrinsèques;*

2° Les pertes *extrinsèques.*

Les pertes intrinsèques se rapportent à la valeur même de l'objet que les parties ont eu naturellement en vue; ce sont celles qu'on éprouve *propter ipsam rem non habitam.* Ainsi le créancier, privé de la chose qui lui était due, a été obligé de s'en procurer une semblable, mais à un prix plus élevé; le débiteur devra lui tenir compte du prix actuel. De même un bailleur n'exécute pas son contrat, et ne maintient pas le locataire en jouissance des lieux loués, il devra indemniser ce dernier du loyer d'un appartement semblable quoique le prix du bail ait augmenté, ainsi que des frais de déménagement.

L'art. 1633 contient une application bien nette de ce principe en matière d'éviction, lorsqu'il accorde à l'acheteur tous ses dommages-intérêts à quelque chiffre qu'ils s'élèvent, à raison de l'augmentation de valeur que la chose a reçue. Les parties ont dû prévoir en effet ces variations de valeur. Au contraire les dépenses d'agrément faites par l'acheteur évincé ne lui sont pas dues d'après l'art. 1635. Pourquoi? Parce qu'elles n'ont pas été prévues.

148. Ainsi donc, d'après le Code, le débiteur est tenu d'indemniser le créancier de toute perte résultant pour lui de la privation de la chose due, en prenant pour base la valeur de cette chose au moment de l'accident, cette valeur

fût-elle devenue excessive ; l'éventualité d'une augmentation de valeur a dû entrer en effet dans les prévisions des parties.

Cependant Pothier admettait avec Dumoulin que dans le cas où il n'y a pas en fraude de la part du débiteur, les dommages ne pouvaient être excessifs parce que les parties ne pouvaient pas avoir prévu une augmentation de valeur dépassant toutes les probabilités. Ils invoquaient en ce sens une constitution de Justinien décidant qu'en cas de non exécution d'une obligation relative à un objet déterminé (*certum*), les dommages-intérêts ne pouvaient jamais dépasser le double de la valeur de la chose au moment du contrat (1). Cette décision s'explique par l'influence que l'usage prolongé de la *stipulatio duplæ* avait exercé sur les habitudes privées. Dans toutes les ventes on stipulait le remboursement du prix au double en cas d'éviction ; et même on supposait que la stipulation avait eu lieu quoique en fait il n'en eût pas été ainsi. On s'était donc peu à peu habitué à considérer *le double* de la valeur de la chose comme étant le *maximum* des dommages qui pourraient éventuellement être dus.

Mais dans le droit moderne les habitudes sont différentes; il n'y avait aucune raison pour conserver une détermination aussi arbitraire, et les rédacteurs du Code ne l'ont pas reproduite. Ont-ils entendu consacrer la prétendue règle d'équité admise par Pothier, et abandonner à l'arbitraire du juge le soin de limiter les dommages-intérêts ?... L'art. 1633, application manifeste de l'art. 1150, ne permet pas de le penser (2). Quant à l'objection tirée de ce que l'art. 1150 parlant des dommages prévus, impliquerait que la quotité même des dommages doit avoir été prévue (3), elle est réfutée

(1) L. unic., C. 7, 47, *De sent. quæ pro eo quod interest.*

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 66 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 579, 590; LAURENT, t. XVI, n° 291.

(3) AUBRY et RAU, § 308, note 41.

par cette simple observation qu'une quotité ne peut être prévue que par une clause formelle commune aux deux parties.

Puisque l'art. 1150 ne trace et ne pouvait tracer aucune limite, il y a donc contradiction dans les termes à juger : qu'on ne peut tenir compte, dans l'évaluation des dommages-intérêts, de la hausse imprévue et extraordinaire d'une marchandise, *si ce n'est dans les limites tracées* par les art. 1150 et 1151 (1).

149. Parlons maintenant des pertes *extrinsèques*, en restant toujours dans l'hypothèse où le débiteur est demeuré de bonne foi. Les pertes extrinsèques sont celles que le créancier, abstraction faite de la chose due, a subies *dans ses autres biens*. Ainsi le locataire obligé de déménager par la faute du bailleur, perd en partie sa clientèle. Cette perte tient à la circonstance accidentelle que le locataire était marchand; elle est donc tout à fait en dehors de la valeur de la chose que le débiteur devait procurer à son créancier; elle est donc extrinsèque. Néanmoins, comme on a dû raisonnablement la prévoir, la réparation en sera également due par le créancier Il faut en dire autant des droits payés par le créancier pour l'enregistrement de l'acte dont l'exécution était poursuivie (2).

150. Passons au cas où il y a eu fraude dans l'inexécution.

Quand il y a eu fraude dans l'inexécution, la loi repousse toute clause restrictive tacite. Cela est juridique; toute clause en effet qui interviendrait en prévision d'une fraude, et qui limiterait, en ce cas, la responsabilité du débiteur, serait nulle puisqu'elle autoriserait celui-ci à commettre impunément une fraude plus considérable. Le législateur devait donc, laissant

(1) Gand, 19 déc. 1855, *Pas.*, 56, 2, 125.
(2) Cass. 14 nov. 1876, D. 77, 1, 345.

de côté toute interprétation de la volonté présumée des parties, se borner à formuler une règle d'équité.

Or, que veut l'équité quand l'inexécution provient de la fraude du débiteur? L'équité veut que le débiteur soit tenu de réparer le dommage dans toute son étendue, quelles qu'aient été ses prévisions : ainsi, l'art. 1635 soumet le vendeur de mauvaise foi de la chose d'autrui au remboursement des dépenses même voluptuaires ou d'agrément faites par l'acheteur. L'art. 1645 déclare encore que si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. Il y a eu, par exemple, livraison d'un cheval atteint d'une maladie contagieuse qui a été communiquée aux autres chevaux de l'acheteur qui ont péri, une indemnité de ce chef sera due.

En résumé, quand il y a eu fraude ou mauvaise foi dans l'inexécution, le débiteur est tenu de tous les dommages *prévus* et *imprévus*.

Néanmoins,

ART. 1151. Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

L'obligé ne devra donc aucune indemnité pour les pertes qui sont seulement une suite *médiate* ou éloignée de l'inexécution, ce que Dumoulin appelait : le *damnum remotum*. Il ne faut pas, en effet, que le juge allant de déduction en déduction, de conséquence en conséquence, suive, sans s'arrêter, l'enchaînement des faits. On arriverait ainsi à des dommages énormes, contraires à l'équité, qu'il faut toujours observer même à l'égard de celui qui a commis une fraude. Le dommage à réparer est celui qui a été une conséquence nécessaire et directe de l'inexécution. Lorsqu'on arrive en effet aux conséquences éloignées, la cause première, la fraude, se

mêle et concourt avec d'autres causes pour produire des effets combinés.

La question de savoir quand cette perte sera ou ne sera pas une conséquence immédiate et directe de l'inexécution constitue une question de fait qu'il sera assez facile de résoudre pour chaque espèce. Ainsi dans le cas plus haut cité relatif à la livraison d'un animal atteint d'une maladie contagieuse, il est facile de voir que la perte de tous les animaux contaminés par suite de leur contact avec l'animal livré est une conséquence directe de la mauvaise exécution frauduleusement donnée au contrat. Mais la perte subie par le créancier dans sa culture parce qu'il n'avait pas les moyens d'acheter d'autres animaux qui lui auraient été nécessaires, est une conséquence éloignée indirecte et non immédiate.

151. Les règles que nous venons d'exposer à propos des art. 1149 à 1151, quoique formulées à l'occasion des obligations conventionnelles sont néanmoins applicables aux dommages-intérêts encourus à raison d'une faute commise en l'absence de tout engagement (1), ainsi que nous le verrons plus amplement sous les art. 1382 et suiv.

Il faudra donc les appliquer notamment en matière de *délit civil*, c'est-à-dire de violation volontaire d'un devoir commun à tous. Le délinquant ne devra les dommages que dans les limites de l'art. 1151, car c'est à cause de l'impossibilité de déterminer la part de la fraude dans la perte que ce tempérament a été admis, mais les dommages imprévus seront dus.

Pour les quasi-délits qui, consistant dans la violation involontaire, sans fraude, d'un devoir commun à tous, l'auteur sera tenu de tous les dommages, prévus ou non, car il est impossible de trouver ici une convention tacite de limitation

(1) Bruxelles, 7 août 1878, *Pas.*, 79, 2, 134.

comme dans le cas de l'art. 1150; aussi l'art. 1382 ne contient aucune restriction.

En ce qui concerne les quasi-contrats, il est dans l'esprit de la loi d'en assimiler les effets à ceux des contrats, et de les soumettre aux mêmes règles.

152. Pour éviter toutes ces difficultés d'appréciation en cas d'inexécution d'obligations conventionnelles, les parties contractantes n'ont qu'à user du moyen bien simple que leur offre l'article suivant :

ART. 1152. 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.

Dans les obligations de sommes d'argent, le créancier en matière civile ne peut valablement stipuler des dommages et intérêts moratoires supérieurs au taux légal de 5 0/0 fixé par la loi du 3 septembre 1807; en matière commerciale, depuis la loi du 13 janvier 1886, les parties peuvent régler comme elles l'entendent les dommages et intérêts moratoires.

Sauf en cas de violation de la loi de 1807, la loi ne permet pas aux juges de s'écarter de l'évaluation anticipée faite par les parties, évaluation qui dispense le créancier de toute preuve relative au *quantum* du préjudice. Il est vrai que Dumoulin et Pothier admettaient le contraire, mais cette opinion, qui se comprend à une époque où tous les contrats commutatifs étaient rescindables pour lésion, ne serait plus soutenable aujourd'hui puisque la lésion, sous l'empire du Code, n'est prise en considération que très exceptionnellement. En effet celui qui demanderait que le juge s'écartât de la clause pénale stipulée ne ferait en réalité que demander une rescision pour lésion. C'est seulement dans le cas d'exécution partielle que la peine peut être modifiée (art. 1231).

Ces principes s'appliquent notamment aux stipulations de dédit insérées dans les engagements conclus entre artistes et

directeurs de théâtre. Mais c'est surtout en matière de contrat de transport que l'art. 1152 a lieu d'être appliqué (1).

Ainsi, la clause imprimée sur un billet de passage destiné à un voyageur et qui limite à un chiffre déterminé la somme qui doit être allouée en cas de perte de ses bagages, quel qu'en soit le nombre et le contenu, est obligatoire. Par conséquent le jugement qui refuserait d'appliquer cette clause, sans relever contre le transporteur aucune circonstance constitutive de dol ou de fraude, devrait être cassé (2) (Voy. t. I, n° 196).

Est également obligatoire la clause d'un tarif spécial par laquelle une compagnie de chemin de fer stipule que l'indemnité pouvant être due à raison de la casse de certains objets, sera limitée au remboursement du prix de transport; cette clause devra être observée quand même l'avarie aurait pour cause la faute de la compagnie, le cas de fraude excepté (3).

Si la valeur de la marchandise est déterminée dans la lettre de voiture ou la note d'expédition adressée à une compagnie de chemin de fer, celle-ci ne peut, en cas de perte du colis, être condamnée envers l'expéditeur ou le destinataire, au paiement d'une somme supérieure à la valeur ainsi indiquée; peu importe que la marchandise soit ou non susceptible d'être taxée *ad valorem* (4).

L'État exploitant un chemin de fer peut aussi valablement stipuler qu'en cas de perte des marchandises dont le transport lui est confié, il ne sera tenu qu'à une somme déterminée de dommages. Mais la clause qui stipulerait l'irresponsabilité des agents de l'administration en cas de dol ou de faute lourde serait nulle (5).

(1) Cass. 11 juill. 1889, D. 91, 1, 29.
(2) Cass. 2 avr. 1890, D. 91, 1, 34.
(3) Cass. 11 avr. 1892, D. 92, 1, 574; Cass. 22 fév. 1888, D. 90, 1, 223.
(4) Cass. 17 mai 1892, D. 92, 1, 520.
(5) Cass. Belge, 23 avr. 1880, *Pas.*, 80, 1, 132.

Nous compléterons, quand nous parlerons de la clause pénale, les explications que provoque l'application du principe formulé dans l'art. 1152.

§ 2. — De l'étendue des dommages en cas de manquement à une obligation ayant pour objet une somme d'argent.

153. — Des dommages en cas d'obligations de somme, art. 1153.
154. — Ils ne consistent que dans les intérêts dits moratoires. Exceptions indiquées par l'art. 1153.
155. — Autres exceptions.
156. — Point de départ des intérêts moratoires.
157. — *Quid* pour les demandes dirigées contre les communes?
158. — Formes de la demande des intérêts; quand elle a lieu en cours d'instance rétroagit-elle au jour de la demande du capital?
159. — Cas où les intérêts courent de plein droit.
160. — Des dettes à la charge de l'Etat ou des administrations publiques.
161. — Les règles précédentes peuvent-elles être modifiées par la convention?
162. — De l'anatocisme, art. 1154.
163. — L'intérêt échu pour moins d'une année peut-il être capitalisé en vertu d'une convention spéciale?
164. — La convention permise de capitalisation peut-elle être insérée dans la convention primitive, ou doit-elle être postérieure à l'échéance?
165. — Nulle restriction pour les loyers, fermages, etc., art. 1155.
166. — Règles de droit international privé.

153. Quand il s'agit d'obligations ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent, on applique certaines règles spéciales pour la détermination des dommages-intérêts.

D'abord ces dommages ne peuvent jamais être prononcés que *pour simple retard*, et jamais pour inexécution de l'obligation. Comment, en effet, concevrait-on qu'une obligation de somme d'argent puisse se trouver utilement transformée en une obligation de somme d'argent? Par conséquent, en cas d'inexécution le débiteur se trouvera d'abord tenu de

son obligation primitive, mais il devra en sus une certaine somme à raison du retard. Voilà pourquoi, alors que l'article 1147 prévoit deux hypothèses, celle de l'inexécution et celle du retard, l'article suivant prévoit uniquement celle du retard :

ART. 1153. Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi; sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. — Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. — Ils ne sont dus que du jour de la demande, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit (*).

Il faut examiner à ce sujet :

Quel est le montant des dommages dus à raison du retard;

A partir de quel moment ces dommages sont dus;

Dans quelle mesure la convention peut modifier soit le montant des dommages, soit leur point de départ.

Et d'abord quelle est l'étendue des dommages dus à raison du simple retard?

Il y a sur ce point une théorie toute particulière. Les dommages ne sont plus arbitrés par le juge d'après le *damnum-emergens* et le *lucrum cessans;* l'art. 1149 ne s'applique pas, non plus que l'art. 1151; peu importe qu'il y ait eu fraude ou non dans l'inexécution de l'obligation.

Les dommages consistent dans une certaine somme fixée par la loi; ils sont dus qu'il y ait eu ou qu'il n'y ait pas eu perte éprouvée par le créancier, quand même il eût dû garder chez lui, sans la faire valoir, la somme principale qui lui était due.

Pourquoi cela? A cause de l'invincible difficulté de connaître le degré exact du *lucrum cessans* et du *damnum emergens*. L'utilité de l'argent est si multiple et si variable, qu'il serait impossible au juge de dire combien telle personne a

(*) Art. 1153. — L. 127, D. 45, 1, *De verb. oblig.;* L. 13 § 23, D. *De act. empt. et vend.*

perdu, pour ne pas avoir reçu, au terme fixé, la somme qui lui était due. Il y aurait eu là un trop grand arbitraire laissé au juge. On a donc pensé qu'il valait mieux régler le montant des dommages par une sorte de *forfait*, par une fixation forcément *aléatoire* pour les parties.

La loi a donc décidé que les dommages-intérêts à raison du retard ne pourraient jamais consister que dans le montant des intérêts que la somme eût produits, si elle eût été mise à la disposition du créancier au moment même où il a réclamé (1).

154. Ce sont donc, en définitive, de simples intérêts qui sont attribués au créancier à titre de dommages. Ces intérêts portent le nom de *moratoires*, par opposition aux intérêts *compensatoires* dérivant soit de la convention, soit d'une disposition de la loi.

Les intérêts ne peuvent donc jamais dépasser le taux légal; mais aussi le créancier n'obtiendra jamais moins, et pour obtenir le taux légal il n'a besoin de prouver qu'une seule chose, le retard, et jamais une perte.

Il est des cas cependant où le créancier pourra obtenir *plus;* notre art. 1153 ajoute en effet : *sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement.*

Cette disposition consacre une exception limitée aux *règles particulières* différentes reçues en matière commerciale. Par conséquent elle ne signifie pas que l'art. 1153 n'est pas applicable en matière de commerce, bien au contraire, mais seulement à la lettre de change qui n'est pas payée à l'échéance. D'après la règle particulière à laquelle il est fait allusion, le porteur peut tirer une nouvelle lettre de change sur le tireur, et les endosseurs, et y ajouter, outre l'intérêt légal, le prix du rechange et le remboursement de ses frais (art. 177 à 186, C. com.).

(1) Cass. 26 janv. 1881, D. 81, 1, 150; Cass. 30 mai 1877, D. 78, 1, 474.

Quant à la caution qui a payé, elle a son recours contre le débiteur principal, tant pour le capital que pour les intérêts et les frais, elle a aussi son recours pour les dommages-intérêts, s'il y a lieu, dit l'art. 2028.

155. Il y a encore une troisième exception résultant de l'art. 1846. D'après ce texte l'associé qui a promis une somme d'argent et qui n'effectue pas son apport au terme convenu doit payer à la société, non seulement l'intérêt de cette somme au taux légal à compter du jour où il aurait dû la verser, mais encore de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu. Cette dérogation est facilement justifiée; dans ce cas, en effet, *il est certain* que le simple intérêt légal serait insuffisant puisque la société a précisément pour but d'obtenir, avec des capitaux réunis, un intérêt ou bénéfice plus considérable qu'avec des capitaux isolés.

Enfin la Cour de cassation ajoute une quatrième exception en déclarant que, si la résistance à une action en justice est en principe un droit (1), cette résistance peut devenir une faute justifiant des dommages-intérêts spéciaux, quand il est constaté que la partie qui succombe a multiplié les retards vexatoires et les incidents de procédure, en faisant défaut sur son propre appel, etc. (2).

156. Les intérêts moratoires ne sont dus qu'à partir de la mise en demeure. Mais dans le cas de notre art. 1153 la mise en demeure ne peut résulter que d'une demande en justice; aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile (3); une simple sommation ou un commandement ne suffirait pas (Conf. art. 1904). Pourquoi cela? Afin que la volonté de faire courir les intérêts soit manifestée plus énergiquement,

(1) Cass. 22 janv. 1881, D. 81, 1, 150.

(2) Cass. 22 juin 1892, D. 92, 1, 566; 16 mars 1892, D. 92, 1, 224; Cass. 13 nov. 1889, S. 90, 1, 24; 11 juin 1899, D. S. 90, 1, 472; Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 898.

(3) Cass. 25 août 1880, D. 81, 1, 435.

répond Demolombe avec la majorité des auteurs (1); c'est se contenter d'une bien faible raison (2). La vérité est que cette rigueur n'est pas justifiée; peut-être faut-il y voir une trace de la défaveur qui a toujours poursuivi le capital monétaire à cause de la facile augmentation de la dette par l'accumulation successive des intérêts.

Une demande nulle en la forme ou portée devant un juge incompétent ne ferait pas, en principe, courir les intérêts moratoires (3). Cependant la citation devant un juge incompétent fera courir les intérêts dans tous les cas où une simple sommation suffirait pour produire ce résultat, car elle équivaut à une mise en demeure (art. 2246, Cbn. 2244) (4).

La citation en conciliation fera aussi courir les intérêts pourvu qu'elle soit suivie dans le mois d'une demande en justice (art. 57, C. pr. c.).

157. D'après l'art. 124 de la loi du 4 avril 1884 aucune action judiciaire, autre que les actions possessoires, ne peut à peine de nullité, être intentée contre une commune qu'autant que le demandeur a préalablement adressé au préfet un mémoire relatif à la réclamation. L'article ajoute que la présentation du mémoire interrompt toute prescription ou déchéance si elle est suivie d'une demande en justice dans le délai de trois mois.

Le dépôt du mémoire produit-il cet autre effet de la citation en conciliation de faire courir les intérêts moratoires pourvu qu'il soit suivi, dans le délai fixé, d'une demande en justice.

La loi de 1837 (art. 51), décidait aussi que le dépôt du mémoire interrompait la prescription, mais ne prescrivait,

(1) DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 625.
(2) LAURENT, t. XVI, n° 319; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 900.
(3) Cass. 25 mai 1887, S. 87, 1, 385; Gand, 11 avr. 1872, *Pas.*, 72, 2, 279.
(4) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 902.

aucun délai pour l'introduction ultérieure de l'action, de sorte que la difficulté se présentait non seulement quant à l'interruption de la prescription, mais encore quant au cours des intérêts.

La loi de 1884 a mis fin à la controverse qui s'était élevée à cet égard, en ce qui touche l'effet interruptif de la prescription. Mais comme elle ne dit rien des intérêts, il semble bien que l'intention du législateur ait été de maintenir la solution qui prévalait déjà sous l'empire de la loi de 1837. — Or, sous l'empire de cette loi la Cour de cassation décidait que le dépôt du mémoire ne saurait faire courir les intérêts (1). L'art. 51 de cette loi, faisait-on remarquer, parle seulement de l'effet interruptif de prescription. On ne saurait appliquer ici les règles de la conciliation, parce que le mémoire n'est pas, quand il est déposé, remis à la commune, et qu'on ne saurait, dès lors, le considérer comme une mise en demeure. La loi de 1884 permet encore de faire le même raisonnement. Mais, pourrait-on objecter, si le dépôt du mémoire ne produit pas de mise en demeure, l'effet interruptif de prescription devient inexplicable. Il ne faudrait donc pas attacher au silence de l'art. 124 de la loi de 1884, remplaçant l'art. 51 de la loi de 1837, une portée qu'il n'a pas; l'interruption de prescription et le cours des intérêts devraient subir le même sort, puisque, dans l'un et l'autre cas, il est juste d'exonérer l'adversaire de la commune des conséquences les plus rigoureuses du retard qui lui est imposé pour l'introduction de son action (2).

158. Du moment qu'une demande en justice est exigée, il est certain qu'il ne saurait être question de la remplacer par un prétendu équipollent, puisqu'il n'y a pas d'équipollent à une demande judiciaire (3). Mais il n'est pas indispensable

(1) Cass. 17 nov. 1880, D. 81, 1, 127; Cass. 25 mars 1874, D. 174, 1, 201.
(2) A. GAUTIER, *Précis des mat. admin.*, p. 96.
(3) AUBRY et RAU, § 308, note 17; LAURENT, t. XVI, n° 325; Cass. 15 avr. 1846, D. 52, 2, 119; Bruxelles, 10 janv. 1865, *Pas.*, 65, 2, 211.

que cette demande se produise dans l'acte même introductif d'instance; elle peut être formulée dans des conclusions signifiées au cours du procès (1); il a même été jugé que la réclamation des intérêts peut être utilement faite devant le notaire commis par le tribunal au cours d'une instance en partage (2).

Toute la question est de savoir si, dans ces diverses hypothèses, les intérêts courront seulement à partir de la date de la demande spéciale dont ils auront été l'objet, ou bien à partir de l'acte introductif d'instance contenant seulement réclamation du capital?

Il semble que la question n'existe pas; l'art. 1153 parlant des intérêts moratoires dit formellement: « *Ils ne sont dus que du jour de la demande* » (Conf. art. 1207). On objecte que la demande dont il s'agit peut s'entendre tout aussi bien de la demande du capital (dont il n'a jamais été question), que de celle des intérêts. C'est tout simplement affirmer que le législateur français ne savait pas parler sa langue, ou que, soi-même, on ne la comprend pas.

Partant de cette idée que l'art. 1153 peut s'entendre dans les deux sens, la Cour de cassation décide que la demande du capital suffit pour faire courir les intérêts (3).

Voici le singulier sophisme qui sert de base à cette solution. Dans les obligations de somme d'argent, la demande remplace la sommation. Donc le créancier doit demander judiciairement au débiteur ce qu'il pourrait le sommer de payer. Or il ne pourrait le sommer de payer que le capital, et cependant cette sommation vaut mise en demeure. Donc le créancier doit seulement demander le capital, puisqu'à ce moment c'est

(1) Toulouse, 1er fév. 1877, D. 78, 2, 166.

(2) Cass. 15 avr. 1891, D. 91, 1, 332.

(3) Cass. 27 fév. 1877 (1re espèce), D. 77, 1, 209); Cass. 8 fév. 1864, D. 64, 1, 72; Conf. LAURENT, t. XVII, nos 320 et suiv.; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 901.

seulement le capital que doit le débiteur. Donc cette demande vaut mise en demeure comme la sommation et fait courir les intérêts de plein droit.

Mais de ce que la demande remplace la sommation, il ne s'ensuit pas que la demande devienne une sommation. La sommation a pour but de provoquer un paiement immédiat de la part du débiteur; il est donc logique qu'elle soit restreinte au capital qui seul est dû au moment où elle intervient.

La demande, au contraire, a pour but de provoquer une intervention de la justice dont la décision ne sera connue que dans un délai plus ou moins long durant lequel on conçoit que les intérêts puissent courir, *si on les demande*, comme le dit l'art. 1153; il est donc logique de réclamer ces intérêts quoiqu'ils ne soient pas encore dus au moment de la demande. Cette solution s'impose d'autant plus que l'on est obligé de reconnaître : 1° que les juges ne pourraient pas accorder les intérêts s'ils n'étaient pas spécialement demandés par des conclusions prises à un moment quelconque de l'instance; 2° que la loi exige une demande en justice précisément pour faire apparaître dans toute son énergie la volonté du créancier de faire courir les intérêts. Il importe peu que ce motif, en soi, paraisse insuffisant (1).

Il convient de remarquer que, pour faire courir les intérêts, il n'est pas nécessaire que la créance réclamée, d'ailleurs certaine, soit liquide, pourvu que les éléments de la réclamation soient indiqués avec une suffisante précision.

159. Nonobstant la règle qui vient d'être exposée, la loi, dans certains cas, fait courir les intérêts de plein droit. Ces cas sont tellement nombreux qu'ils semblent absorber en quelque sorte la règle générale. Il n'en est rien cependant;

(1) Voy. en ce sens : AUBRY et RAU, § 308, texte et note 13; MARCADÉ, sur l'art. 1153; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 70 *bis* VII; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 127.

mais il faut bien se rendre compte du sens et de la portée de cette règle : l'art. 1153 n'exige une demande spéciale que pour les obligations *qui se bornent* au paiement d'une somme d'argent. Tels sont les cas de prêt, de dépôt de sommes avec faculté de s'en servir, de donations de sommes, de promesse d'une somme pour une cause antérieure, quand il y a, par exemple, novation. Dans toutes ces hypothèses l'objet unique du contrat est une somme d'argent. Le législateur a pensé, avec raison, qu'on n'a pas pu oublier les intérêts, et que si les parties n'en ont pas parlé, c'est qu'elles n'en ont pas voulu.

Au contraire dans les contrats ayant des objets complexes, le législateur a pu faire courir les intérêts de plein droit, parce qu'ils peuvent avoir été oubliés ; c'est ce qui a lieu dans les cas suivants :

1° Vente d'une chose frugifère, art. 1650 3° ;

2° Associé qui n'a pas versé son apport, art. 1866 ;

3° Récompenses en matière de communauté, art. 1473 ;

4° Sommes employées à son usage par un mandataire art. 1996 ;

5° Avances faites par un mandataire, art. 2001 ;

6° Dot à payer, art. 1440, 1548 ;

7° Dot à restituer, art. 1570.

Dans toutes ces hypothèses, l'obligation de payer une somme d'argent avait sa source dans un contrat.

Il peut arriver que cette obligation dérive d'une cause autre qu'un contrat. On ne peut pas dire alors que les parties ont négligé de stipuler les intérêts, et que la loi répare leur oubli en les accordant de plein droit. Cependant, quelquefois, par des raisons de justice et d'équité, c'est ce qui a lieu :

1° Pour le tuteur, art. 455, 456 ;

2° Pour le reliquat du compte de tutelle, art. 474 ;

3° En matière d'usufruit, art. 609, 612 ;

4° Pour les sommes sujettes au rapport, art. 856;

5° Pour les sommes employées à son usage par un gérant d'affaires, art. 1372 *in fine* et 1996 comb.

L'art. 1153 ne s'applique qu'aux intérêts moratoires; il est étranger aux intérêts alloués à titre de réparation du préjudice causé par un détournement frauduleux ou autre acte analogue (1). Du reste la difficulté est oiseuse, puisque, en matière de délit, le juge a mission d'évaluer le préjudice en bloc (2).

Cependant, en matière de délit civil, la loi fait courir les intérêts de plein droit en cas de paiement indû reçu de mauvaise foi (art. 1378). Application de cette règle a été faite à une hypothèse où il s'agissait d'un paiement effectué en exécution d'un traité consenti en violation d'une loi d'ordre public (3). A plus forte raison devrait-il en être ainsi quand il s'agit d'un délit actif et non d'une simple mauvaise foi purement passive, pourvu toutefois qu'il s' agisse d'une somme d'argent.

Remarquons enfin que le débiteur d'une somme d'argent productive d'intérêts, soit moratoires, soit conventionnels, n'est pas dispensé de les payer, par cela seul que des saisies-arrêts ont été pratiquées entre ses mains, il ne peut faire cesser le cours des intérêts qu'en consignant le capital.

160. En ce qui concerne les dettes existant à la charge de l'État ou des administrations publiques, les règles de comptabilité ne permettent guère d'admettre qu'elles puissent être grossies par des intérêts moratoires. Ainsi il a été décidé qu'il n'était pas permis d'allouer des intérêts pour le retard du paiement d'une subvention due par l'État (4) ni pour le

(1) Cass. 4 juin 1890, D. 91, 1, 391; Comp. Cass. 9 janv. 1889, S. 89, 1, 264.

(2) Cass. 21 nov. 1882, D. 83, 1, 379.

(3) Cass. 11 déc. 1888, S. 89, 1, 80.

(4) Cons. d'Etat, 3 mars 1882, D. 83, 3, 113.

retard dans le paiement d'un traitement à la charge du Trésor (1) ou des remises dues à un receveur de l'enregistrement (2).

Mais d'un autre côté, il a été décidé que si le retard dans le paiement d'un mandat à vue délivré par l'administration provient d'une faute de l'administration elle-même, l'État doit tenir compte au créancier des intérêts que ce retard peut lui avoir fait perdre (3). Il a été également jugé que des sommes reversées au Trésor sur le montant d'un traitement en vertu d'une décision ministérielle, et dont le Conseil d'État annulant cette décision ordonne la restitution, peuvent produire des intérêts à partir du jour où ces intérêts sont demandés (4).

Pour les marchés de fournitures, les intérêts dus à un entrepreneur courent à partir du jour de la demande adressée au ministre que la matière concerne (5).

En matière de travaux publics, l'entrepreneur est fondé à réclamer les intérêts de la somme indûment retenue par l'administration sur le montant de son fonds de garantie, ou de son cautionnement (6).

Mais il en est autrement pour les sommes affectées au paiement des travaux. Le principe est posé par l'art. 49 des clauses et conditions générales du 16 novembre 1866. Les paiements aux entrepreneurs ne pouvant être faits qu'au fur et à mesure des fonds disponibles, il ne peut jamais être alloué d'indemnité, sous aucune dénomination, pour retard de paiement pendant l'exécution des travaux. Les intérêts des

(1) Cons. d'Etat, 13 avr. 1883, D. 84, 3, 82; Voy. cep. Cons. d'Etat, 9 août 1880, D. 82, 3, 4.
(2) Cons. d'Etat, 29 déc. 1876, D. 77, 3, 47.
(3) Cons. d'Etat, 24 mars 1882, D. 83, 3, 91.
(4) Cons. d'Etat, 8 août 1885, D. 86, 5, 259.
(5) Cons. d'Etat, 12 juill. 1882, D. 84, 3, 13.
(6) Cons. d'Etat, 2 mars 1877, D. 77, 3, 46; Comp. Cons. d'Etat, 16 mars 1883, D. 85, 5, 494.

sommes dues à l'entrepreneur ne pourront courir à son profit que trois mois après la réception définitive des travaux et cela de plein droit (1).

161. Recherchons si l'on pourrait, par une convention, modifier les règles résultant de l'art. 1153 ?

Rappelons d'abord que les parties ne pourraient, en matière civile, stipuler des dommages-intérêts moratoires, supérieurs à l'intérêt légal. Une telle convention serait entachée d'usure d'après la loi du 3 septembre 1807, art. 1. Mais elle serait valable en matière commerciale où la liberté, quant à la fixation du taux de l'intérêt, est admise depuis la loi du 12 janvier 1886.

Remarquons que la limitation légale du taux de l'intérêt n'existe que dans les obligations consenties pour cause de prêt. Par conséquent si un immeuble a été vendu moyennant 100,000 fr. payables dans cinq ans, avec stipulation d'un intérêt de 10 0/0 par an jusqu'à l'expiration du terme convenu, la convention sera valable, car la somme payable comme intérêts n'est en réalité qu'une partie intégrante du prix. Il en serait autrement de la clause qui, en cas de non paiement du prix de 100,000 fr. au délai fixé, prétendrait lui faire produire, pour l'avenir, un intérêt supérieur au taux légal.

La question est encore de savoir si, en vue d'un préjudice spécial pouvant résulter du retard dans le paiement d'une somme d'argent, les parties pourraient, en sus de l'intérêt légal, stipuler une somme en réparation d'un préjudice particulièrement envisagé.

Ainsi, par exemple, une personne consent à prêter à un ami une somme d'argent sous cette condition que le remboursement en sera effectué à une époque rigoureusement fixée, attendu que le lendemain le créancier a besoin de cette somme pour exercer un droit de réméré qui expire le

(1) Cons. d'Etat, 20 fév. 1880, D. 80, 5, 378.

jour même. Il est convenu, en conséquence, que si le créancier ne recevant pas le paiement promis, est mis dans l'impossibilité d'exercer en temps utile la faculté de rachat, le débiteur devra lui payer, à titre de dommages, une somme qui, en fait, dépasse le taux légal.

On a soutenu que cette dérogation à l'art. 1153 était justifiée par les termes généraux de l'art. 1152. Mais l'art. 1153 emploie l'expression *jamais* qui est exclusive de toute dérogation. Il faut d'ailleurs remarquer que le législateur a voulu un taux invariable, pour éviter les difficultés de vérification. Or ces mêmes difficultés se retrouvent dans l'hypothèse qui vient d'être examinée et autres hypothèses analogues qui pourraient se produire. Il faudrait toujours, pour éviter les conventions usuraires, vérifier si le montant du préjudice réellement souffert n'est pas inférieur à la somme stipulée (1). Ajoutons cependant que la convention des parties peut modifier les conditions de la mise en demeure du débiteur, et l'époque à compter de laquelle les intérêts sont dus.

162. Voyons maintenant comment il convient d'appliquer les règles que nous venons d'exposer aux intérêts des intérêts.

Il s'agit de savoir si, quand le débiteur est en retard de payer les intérêts, les intérêts ainsi arrérages peuvent eux-mêmes en produire de nouveaux en se capitalisant. C'est cette *renovatio usurarum ex usuris præteritis*, qui porte le nom d'*anatocisme* ou nouveau produit.

On connaît l'énorme puissance des intérêts composés. Ainsi un capital placé à 5 0/0 est plus que doublé en quinze ans; il est plus que quadruplé en vingt-neuf ans; plus qu'octuplé en quarante-trois ans. Même au faible taux de 2 0/0 il ne faudrait que trente-cinq ans pour doubler le capital; à 6 0/0 il ne faudrait pas plus de onze ans.

(1) AUBRY et RAU, § 308; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 70 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXIV, n°s 642, 643; LAURENT, t. XVI, n° 317.

C'est pour cela que l'anatocisme a toujours paru plus odieux qu'un premier intérêt usuraire pour le capital. Aussi a-t-il été défendu même à une époque très reculée. Cicéron, dans son gouvernement de Cilicie avait permis de joindre au capital l'intérêt échu de l'année (*anatocismus anniversarius*). Mais vers la même époque, un sénatus-consulte dont Cicéron parle lui-même, paraît en avoir prohibé l'usage. Cette règle fut souvent éludée. Ce qui est certain c'est que l'ancien droit romain ne prohiba sérieusement l'anatocisme que pour les intérêts futurs et le toléra pour les intérêts échus. Justinien le prohiba d'une manière absolue. Cette décision fut suivie dans l'ancienne jurisprudence, et même l'Ordonnance de 1673 qui avait permis aux négociants de Lyon de stipuler les intérêts de leurs capitaux, leur défendit cependant l'anatocisme sous quelques prétextes que ce fût.

La législation intermédiaire consacra cette prohibition (1), en même temps qu'elle proclamait le principe de la liberté absolue quant à la détermination du taux de l'intérêt, mais c'est à cause du danger particulier que présente l'anatocisme.

Après discussion, les rédacteurs du Code conservèrent l'anatocisme sous les conditions suivantes :

ART. 1154. Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière (*).

Il faut donc qu'il s'agisse, soit dans la convention, soit dans la demande :

1° D'intérêts échus ;

2° D'intérêts dus au moins pour une année entière.

Quand ces deux conditions sont remplies, on peut les obtenir, mais non de plein droit ; il faut une demande en justice

(*) Art. 1154. — CICÉRON, *Ad Atticum*, lib. 6, n° 2 (lettre 256e) ; L. 29, D. 22, 1, *De usur.*

(1) Trib. Cass. 8 frim. an XII, S. 4, 1, 120.

ou bien une convention spéciale. On ne pourrait, en principe, obtenir au moyen d'une convention ce qu'on ne pourrait obtenir au moyen d'une demande, la loi met ces deux actes sur la même ligne.

163. Voyons les difficultés que soulèvent l'application de cette règle :

Supposons d'abord qu'il s'agit d'intérêts échus pour moins d'une année. Le créancier qui pourrait recevoir l'intérêt échu, et, *illico*, le prêter de nouveau au même débiteur, ne peut-il pas convenir avec ce dernier que cet intérêt sera capitalisé? — On dit généralement que non, attendu que la loi ne permet pas d'obtenir, par la convention, ce qu'on ne pourrait exiger par une demande. Mais il faut bien comprendre la portée de l'art. 1154 : cet article s'occupe de déterminer le droit qu'il convient de reconnaître au créancier. Il constate en sa faveur le droit *d'exiger* l'anatocisme, quand les deux conditions voulues sont remplies. Il était alors tout simple de dire que ce qu'il pouvait obtenir par une demande et *malgré* son débiteur, il pourrait l'obtenir du libre consentement de ce dernier. Mais s'il ne s'agit pas d'une annuité entière échue, peut-il exiger l'anatocisme? Non. Or, de ce qu'il ne peut *l'exiger* s'ensuit-il qu'il ne puisse l'obtenir du libre consentement du débiteur? La logique ne permet pas de conclure que, par le motif qu'on ne peut exiger une chose de son débiteur, on ne peut l'obtenir de sa libre volonté. Mais on insiste sur ce que le Code met la convention sur la même ligne que la demande pour soutenir qu'il n'est pas possible d'obtenir par la convention ce qu'on ne pourrait exiger au moyen d'une demande..... Cela est vrai, mais uniquement à ce point de vue qu'il faut une convention *spéciale* se produisant, comme la demande, après l'échéance, et non pas une convention insérée à l'avance dans le contrat primitif (1).

(1) DURANTON, t. X, n° 499; PAILLET, *Encyclop. du dr.*, v° *Anato-*

164. Cette observation nous conduit à examiner maintenant une nouvelle difficulté :

Quelques auteurs soutiennent en effet que la convention primitive peut établir à l'avance l'anatocisme des intérêts à échoir (1). Nous croyons que c'est là une erreur ; la convention, de même que la demande, ne peut être que postérieure à l'échéance, et par conséquent spéciale aux intérêts qui sont déjà échus (2).

165. La capitalisation des intérêts dans les conditions où elle est admise par la loi s'applique aux intérêts des sommes dont le rapport est dû par un successible à ses cohéritiers (3).

En matière de compte-courant, la capitalisation des intérêts a lieu de plein droit lors de chaque arrêté annuel ; mais quand le compte-courant a pris fin, notamment par le décès de l'une des parties, la capitalisation des intérêts de la somme due pour solde est soumise aux conditions de l'art. 1154 (4). La capitalisation pourrait aussi avoir lieu par trimestre, en vertu d'une convention des parties (5).

Les intérêts compensatoires ne sont pas, comme les intérêts moratoires, soumis pour leur capitalisation à la règle de l'art. 1154. Toutefois cette capitalisation ne peut avoir lieu

cisme, n° 7 ; MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ, t. III, p. 403 ; Cass. 20 nov. 1820, S. 21, 1, 308 ; Paris, 26 mars 1831, S. 31, 2, 249 ; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 71 *bis* ; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 658 ; LAURENT, t. XVI, n° 346 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 905 ; Cass. 18 mars 1850, S. 50, 1, 381 ; Chambéry, 3 juill. 1878, D. 79, 2, 218 ; Comp. AUBRY et RAU, § 308, p. 72.

(1) AUBRY et RAU, § 308, texte et note 58 ; Bourges, 21 août 1872 ; D. 73, 2, 181 ; Nancy, 10 avr. 1878, D. 79, 2, 240.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 71 *bis* III ; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 656 ; LAURENT, t. XVI, n° 344 ; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 904 ; Nancy, 16 déc. 1880, D 82, 2, 140.

(3) Cass. 8 déc. 1884, D. 86, 1, 74.

(4) Voy. Cass. 11 janv. 1887, D. 88, 1, 382 ; Cass. 11 janv. 1886, D. 86, 1, 121.

(5) Cass. 13 fév. 1883, D. 84, 1, 31.

qu'à partir du jour de la demande (1). Le moyen tiré de ce qu'une capitalisation d'intérêts à certaine date n'a pu légalement avoir lieu, à défaut d'arrêté de compte, étant mélangé de fait et de droit, ne peut être proposé pour la première fois devant la Cour de cassation (2).

La capitalisation est encore permise sans restrictions pour les fruits civils qui représentent la jouissance d'une chose. Après avoir en effet parlé de l'anatocisme, la loi ajoute :

ART. 1155. Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent intérêts du jour de la demande ou de la convention. — La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur.

Malgré l'insertion, non intentionnelle certainement, du mot échu dans le texte qui précède, on est généralement d'accord pour reconnaître que la capitalisation dont il parle peut avoir lieu par anticipation (3).

166. Sur la question de savoir quelle est la loi qui doit régir la condition du débiteur qui a manqué à ses engagements, on est généralement d'accord pour reconnaître que *la loi du contrat* doit prévaloir, à défaut de stipulations contraires, sur la loi du lieu de l'exécution (Voy. t. I, nos 159 et suiv.).

« C'est la loi du contrat, dit M. Despagnet, qu'il faut appliquer :

« Pour déterminer le genre de faute dont le débiteur est tenu, ainsi que la portée de l'obligation de délivrer l'objet dû et de supporter les cas fortuits ;

« Pour régler les dommages-intérêts ;

« Pour la mise en demeure ;

« Pour fixer les actions qui appartiennent au créancier (4). »

(1) Bruxelles, 6 janv. 1868, *Pas.*, 68, 2, 74

(2) Cass. 11 janv. 1887, D. 88, 1, 382.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 72 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 664; LAURENT, t. XVI, n° 351; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 906 *bis*.

(4) *Précis de Dr. intern. pr.*, n° 417.

Il y a cependant controverse sur certains points. Ainsi certains auteurs règlent par la *lex loci executionis* les questions se rattachant à la mise en demeure, aux intérêts moratoires, aux dommages-intérêts, pour retard (1).

D'après M. Laurent l'intérêt moratoire est régi par la loi sous laquelle a eu lieu le retard, et l'intérêt conventionnel est régi par la loi sous laquelle le contrat a été formé. Ainsi, les intérêts moratoires réclamés devant un tribunal français doivent être calculés au taux de la loi française, alors même qu'ils sont dus sur le reliquat de comptes dressés en exécution d'un mandat contracté en pays étranger (2). Cela paraît douteux, avant tout il faut rechercher quelle a été l'intention des parties. Tout ce qu'on peut dire c'est que pour la mise en demeure et les intérêts on peut plus facilement admettre chez les parties l'intention de se référer à la loi du lieu d'exécution.

APPENDICE A LA SECTION IV.

Résistance légitime du débiteur à l'exécution de l'obligation ou droit de rétention.

167. — Silence des rédacteurs du Code sur le principe du droit de rétention.
168. — L'existence de ce principe résulte implicitement de plusieurs textes.
169. — Définition du droit de rétention; comparaison avec la compensation.
170. — Conditions de son exercice;
171. — Sa nature,
172. — Son effet.
173. — Peut-on concevoir une revendication du droit de rétention quand le détenteur a négligé, par erreur, de s'en prévaloir ?
174. — Cessation du droit de rétention.

167. Après avoir parlé *des dommages et intérêts résultant*

(1) AUBRY et RAU, § 31.
(2) *Droit civ. intern.*, t. VIII, n° 216.

de l'inexécution de l'obligation, ce sont les termes mêmes de la rubrique de notre section IV, afin d'indiquer de quelle manière le débiteur pouvait être amené à exécuter son obligation, la loi aurait dû prévoir les cas dans lesquels il peut y avoir lieu à l'exercice de ce qu'on appelle *le droit de rétention*.

Ces cas se rattachent directement à l'exécution de l'obligation de la part des deux parties en cause. On suppose que les deux parties sont respectivement créancières l une de l'autre à l'occasion d'un même fait. L'une réclame contre l'autre l'exécution de l'obligation existant à son profit, sans être prête à exécuter elle-même l'obligation existant à sa charge. Dans ce cas le refus d'exécution de la part de celui qui est interpellé est légitime et se traduira par l'exercice du droit de rétention. Nous en avons déjà parlé à propos de l'action en revendication (t. IV, n° 118) et du rapport (t. V, n° 387). Les rédacteurs du Code n'en ont rien dit, probablement parce qu'ils se sont trouvés dans l'embarras pour assigner à ce droit une place convenable dans leur œuvre (1). Mais les auteurs du projet de Code civil allemand s'en sont occupé à la place qui correspond à celle que nous choisissons ici pour donner sur cette matière quelques idées générales (2).

168. La première question à résoudre est celle de savoir si les textes isolés du Code civil qui ont trait à l'application de ce droit (art. 867, 1673, 1948) doivent être considérés comme l'expression d'un droit exceptionnel, ou s'il ne vaut pas mieux y voir les conséquences d'un principe plus général, implicitement reconnu par la loi, et qu'il faudra appliquer chaque fois qu'une disposition formelle n'y mettra pas obstacle.

De ce que les conventions doivent être exécutées de bonne foi (art. 1134); de ce qu'elles obligent à toutes les suites que

(1) V. RAUTER, *Rev. de Dr. fr. et étr.*, t. I, p. 586.
(2) V. SALEILLES, *loc. cit.*, p. 17, n°s 19 et suiv.

l'équité donne à l'obligation d'après sa nature (art. 1135); de ce que l'art. 4 fait un devoir au juge de recourir aux règles de la justice naturelle pour former sa décision, il suit que le créancier, qui est en même temps débiteur, ne peut réclamer ce qui lui est dû qu'en étant prêt à payer ce qu'il doit lui-même. L'art. 1381 formule presque le principe, en mettant au nombre des engagements qui se forment sans convention l'engagement tacite pris par celui auquel une chose est restituée de tenir compte, même au possesseur de mauvaise foi, de toutes les dépenses faites pour la conservation de la chose. Enfin le législateur en se croyant obligé de refuser formellement dans certains cas le droit de rétention (art. 1885, C. C., 306, C. com.), montre bien qu'il admet le principe général qui en est la base. C'est d'ailleurs un point sur lequel la doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui d'accord.

169. On peut donc affirmer que le droit de rétention est admis d'une manière générale dans notre législation actuelle (1). C'est le droit en vertu duquel celui qui détient une chose qu'il est obligé de restituer, peut, en s'autorisant d une créance exigible se rapportant au même fait que celui d'où est né sa dette, retarder la restitution jusqu'à ce que satisfaction lui soit donnée. S'il n'y avait pas connexité entre l'obligation de restituer la chose et la créance dont se prévaut le détenteur, il n'y aurait pas lieu à rétention ; c'est ainsi que l'art. 1885 refuse à l'emprunteur le droit de retenir la chose prêtée pour arriver à obtenir ainsi le paiement de ce que le prêteur lui doit.

Nous avons dit que la créance alléguée par le détenteur qui veut retenir doit être exigible, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit d'ores et déjà liquidée. Sur cette matière, dit

(1) Voy. TOULLIER, t. III, n° 140; AUBRY et RAU, § 844; PROUDHON, *Dom. de propr.*, t. II, n° 569; VALETTE, *Priv. et hyp.*, n° 6; DURANTON, t. IV, n° 382; MARCADÉ, sur l'art. 555, n° 5; MASSOL, *Oblig. natur.*, p. 247.

M. Saleilles, les théoriciens allemands aiment à rapprocher le droit de rétention de la compensation (1). Dans les deux cas, il y a dette réciproque, et l'un des débiteurs s'autorise de ce fait pour refuser de payer ce qu'il doit. Dans le cas de rétention, il refuse le paiement pour forcer son créancier à lui payer ce que celui-ci lui doit; c'est donc un moyen de contrainte pour obtenir un paiement. Dans le cas de compensation, il s'agit de deux dettes fongibles entre elles, liquides et exigibles, alors le débiteur se paie sur ce qu'il doit lui-même, en d'autres termes en ne payant pas ce qu'il doit. Le droit de rétention est une sorte de saisie temporaire opérée sur soi-même, mais n'allant pas jusqu'à la libération. La compensation est une véritable saisie opérant libération réciproque.

La créance que le droit de rétention est destiné à protéger peut être civile ou même simplement naturelle (2). Dans ce dernier cas le droit de rétention supplée en quelque sorte au droit d'action (3). Ce point est d'autant plus certain que l'obligation naturelle engendre de l'aveu de tout le monde une exception, et que le droit de rétention se produisait à Rome par l'*exceptio doli*, et se produit pareillement dans le droit moderne sous la forme d'une exception. D'ailleurs, suivant une observation de Cujas, c'est précisément pour protéger les créances naturelles que le droit de rétention a été introduit : *Nam his est effectus naturalis debiti, ut possit naturale debitum servari per retentionem* (4).

170. Le droit de rétention peut être exercé sur toute chose susceptible de détention, et à l'occasion de laquelle une dette a été créée; il s'applique donc aux meubles comme aux immeubles. Mais il ne s'applique pas aux créances, car il n'est

(1) *Loc. cit.*, p. 17, n° 19.
(2) Ex. : L. 7, § 1, D. 18, 5, *De rescind. vend.*
(3) MASSOL, *loc. cit.*, p. 63, 248.
(4) *De usuris.*

pas possible de concevoir comment on pourrait être détenteur d'une créance appartenant à autrui. Mais on peut être détenteur de l'*instrumentum* ou titre établissant une telle créance. Il n'est plus contesté aujourd'hui que les notaires et les avoués ont, pour le paiement de leurs frais, le droit de retenir les pièces de leurs clients.

171. Le but que le droit de rétention est destiné à atteindre, et la manière dont il s'exerce nous montrent qu'il s'agit d'un droit accessoire tirant son existence de la créance du détenteur, il ne saurait avoir une existence distincte de cette dernière, et par conséquent ne peut être cédé qu'avec elle.

C'est de plus un droit indivisible frappant pour le tout la chose sur laquelle il s'exerce, et subsistant en entier tant que la créance n'est pas payée intégralement.

Le droit de rétention se rapproche donc, dans une certaine mesure, du droit de gage, mais ne saurait être confondu avec celui-ci. Le gage produit un droit réel, et par conséquent un privilège, il peut en certains cas permettre de garder en paiement l'objet engagé; il donne une action réelle contre les tiers devenus indûment détenteurs de l'objet engagé et ne s'exerce que sur les meubles. Il n'en est pas ainsi du droit de rétention. Il est vrai que le droit de gage donne lieu à la rétention, mais la réciproque n'est pas vraie. Les mêmes différences empêchent de confondre la rétention avec l'antichrèse. Mais tous ces points ont été souvent méconnus (1).

Le droit dont nous parlons ne confère au détenteur que la possibilité légale de conserver la détention de la chose sans le rendre possesseur. Aussi ne fait-il pas les fruits siens; il peut seulement les retenir, sauf à en rendre compte. Par conséquent le détenteur ne peut jamais prescrire la chose qu'il détient (art. 2236), mais, par contre, sa créance ne peut jamais être prescrite tant que la rétention subsiste.

(1) Voy. surtout CABRYE, *Du dr. de rétention* (1860).

Pothier avait déjà émis l'idée que le propriétaire *dans l'indigence* pouvait rentrer dans son héritage, sans rembourser au préalable les impenses, pourvu qu'il se chargeât envers le détenteur d'une rente représentant la plus-value procurée à l'héritage (1). On reconnaissait encore, dans notre ancien droit, que le créancier devait restituer la chose, quand on lui offrait une garantie suffisante pour remplacer les avantages résultant de la rétention.

172. Le seul effet du droit de rétention est donc de retarder le paiement, car la rétention n'est qu'une simple garantie offerte au débiteur et non un mode de libération. Les auteurs du projet de Code civil allemand ont déduit de cet aperçu le droit, pour le créancier, d'écarter la rétention qu'on lui oppose en offrant une autre garantie suffisante, pourvu que ce ne soit pas une caution (2). Cette solution ne pourrait être admise dans notre droit. Le créancier ne peut opposer au débiteur que des actes satisfactoires auxquels il pourrait être condamné le cas échéant, et dont le débiteur doit se contenter. La Cour de cassation ayant décidé que les tribunaux ne sont pas autorisés à condamner une partie à réparer le dommage résultant d'un manquement à son obligation, en exécutant un acte qui ne lui est imposé ni par une loi, ni par la convention (3), il en résulte que l'autre partie ne saurait être soumise à la nécessité de se contenter d'un acte de cette nature. Donc, si cette dernière est investie du droit de rétention et prétend en user, son adversaire ne saurait avoir le droit de substituer à cette garantie une garantie différente.

Mais il ne saurait être question de classer le droit de rétention parmi les droits réels. Sans doute il sera utile pour écarter le débiteur et les créanciers de ce dernier simplement chirographaires qui sont les ayants-cause du débiteur, mais

(1) *Dom. de propr.*, n° 347.
(2) SALEILLES, *loc. cit.*, p. 19, n° 22.
(3) Cass. 9 mai 1881, D. 82, 1, 13.

non pour repousser les créanciers privilégiés ou hypothécaires qui sont investis d'un droit réel propre (1), sans qu'il y ait à distinguer si l'hypothèque de ces derniers est antérieure ou postérieure au fait qui a donné lieu à la rétention.

173. Que faut-il décider, en matière de contrat synallagmatique, si le créancier a payé ce qu'il devait lui-même, sans se prévaloir, par erreur, du droit de rétention? Pourrait-il se faire restituer la chose, afin de la retenir jusqu'au paiement de ce qui lui est dû? Il ne saurait être ici question d'une action réelle, puisque nous admettons que le demandeur n'est investi d'aucun droit réel; mais simplement d'une action personnelle analogue à la *condictio ob rem* (2). La question semble avoir été tranchée dans le sens de la négative par Pomponius qui s'exprime ainsi : *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, et si solverimus repetere non possumus* (3). Certains auteurs modernes ont cependant admis une sorte de revendication à l'effet de ressaisir le droit de rétention, analogue à celle que, suivant une opinion assez accréditée, l'art. 2102 4° admet, sous certaines conditions, au profit d'un vendeur d'effets mobiliers (4).

Cette façon d'expliquer l'art. 2102 est plus que contestable. Il est bien vrai que l'action *réelle* n'est pas l'apanage exclusif du propriétaire, mais il en est autrement de l'action réelle appelée *revendication*. Chaque fois que ce mot est employé, il signifie : l'action par laquelle une personne se prétend propriétaire et réclame la possession. Dans les

(1) Voy. MASSOL, *loc. cit.*, p. 247, 248.
(2) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, p. 413, n° 346.
(3) L. 51, D. 12, 6.
(4) Voy. COLMET DE SANTERRE, t. IX, n° 33 *bis* II; MOURLON nous apprend dans une note (t. III, sur l'art. 2102) que cette explication dont l'honneur revient à M. Bugnet qui le premier en a donné la formule a été plus tard exposée dans un concours par M. VUATRIN, et enfin développée par M. VALETTE, dans son *Traité des privilèges*.

ventes de meubles faites au comptant, la célérité qu'exige le règlement des transactions dont les meubles sont l'objet, a fait admettre que, faute de paiement du prix, la résolution de la propriété a lieu de plein droit. En conséquence, suivant les expressions de l'art. 2102 § 4 : *Si la vente a été faite sans terme, le vendeur pourra revendiquer les effets vendus*... Mais *la revendication d'un droit de rétention* est une idée arbitraire et divinatoire; elle aboutit à une conception bizarre qui se rapproche à certains égards de l'interdit Salvien du droit romain, mais qui ne paraît pas être entrée le moins du monde dans la pensée des rédacteurs du Code (1).

174. La perte de la détention entraînera donc l'extinction du droit de rétention, si cette perte est volontaire ou provient de la faute ou négligence de l'intéressé.

S'il s'agit d'un immeuble, et que l'intéressé soit privé de sa détention par un acte de violence, émané soit d'un tiers, soit du propriétaire, il faut admettre qu'il pourra la recouvrer au moyen d'une action personnelle dirigée contre l'auteur de la violence. La jurisprudence admet en effet que, pour intenter la réintégrande, il suffit de justifier d'une possession actuelle et matérielle, c'est-à-dire d'une simple détention (2).

SECTION V.

De l'interprétation des conventions.

175. — Art. 1156 à 1164, ces règles ne sont pas impératives.
176. — Les conventions privées peuvent être complétées par référence aux règles de droit commun.
177. — Il en est autrement en matière de *concessions*.

175. Pothier écrivant un traité sur les obligations conven-

(1) Voy. Le développement de cette idée dans notre dissertation sur le *Transfert de la propriété*, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1864, § 4, 15 et suiv.

(2) Cass. 20 juill. 1880, D. 81, 1, 476.

tionnelles, ne sortait pas de son rôle en empruntant au droit romain certaines formules exprimant les principales règles *d'interprétation des conventions*. Mais les auteurs du Code civil en reproduisant presque textuellement ces mêmes règles dans leur compilation, semblent avoir fait œuvre de doctrine plutôt que de législateurs.

Il faut cependant reconnaître que ces règles ont rendu quelques services, et ont contribué, dans la jurisprudence, à éviter sur certains points des divergences qui, sans elles, auraient pu se produire. Il est d'ailleurs de jurisprudence que les art. 1156 et suiv. dont nous allons donner le texte, n'ont pas un caractère impératif. Par leur nature même, dit la Cour de cassation, les règles qui en résultent constituent des conseils donnés au juge par le législateur pour l'interprétation des conventions, et non des règles absolues dont l'inobservation entraînerait l'annulation de la décision qui l'aurait consacrée (1).

ART. 1156. On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (*).

ART. 1157. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (**).

ART. 1158. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat (***).

ART. 1159. Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé (****).

ART. 1160. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées (*****).

ART. 1161. Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier (******).

(*) Art. 1156. — L. 219, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(**) Art. 1157. — L. 80, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(***) Art. 1158. — L. 67, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*
(****) Art. 1159. — L. 34, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*
(*****) Art. 1160. — L. 31, § 20, D. 21, 1, *De ædil. edit.*
(******) Art. 1161. — L. 24, D. 1, 3, *De legib.*
(1) Cass. 16 fév. 1892, D. 92, 1, 248; Cass. 13 fév. 1883, D. 84, 13, 8.

ART. 1162. Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation (*).

ART. 1163. Quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter (**).

ART. 1164. Lorsque, dans un contrat, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés (***).

Tout ces textes, sauf l'art. 1162, ne sont que le développement de l'idée contenue dans l'art. 1156, que le juge doit, avant tout, rechercher quelle a été la commune intention des parties pourvu cependant que cette intention paraisse douteuse (1). Cette intention peut d'ailleurs être recherchée, en dehors de l'acte, dans d'autres écrits et les circonstances de la cause (2). Comme aussi l'exécution donnée par les parties à une convention en sera souvent le meilleur interprète (3).

176. Il arrive souvent que les conventions intervenues entre les parties, même quand elles ont été rédigées par écrit, ne se suffisent point; elles doivent alors être complétées, interprétées et jugées par référence aux règles du droit commun. Ainsi les juges peuvent admettre comme prévue une éventualité sur laquelle la convention est muette (4). Il en est ainsi même quand il s'agit de conventions conclues avec des administrations publiques agissant dans un intérêt public (5).

Il faut en dire autant des conventions intervenues entre une compagnie de chemins de fer et les propriétaires d'usines ou de mines pour l'établissement et l'exploitation d'un chemin de fer d'embranchement. Ces conventions ont toujours

(*) Art. 1162. — L. 172, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*
(**) Art. 1163. — L. 5, D. 2, 15, *De transact.*
(***) Art. 1164. — L. 81, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*
(1) Cass. 10 nov. 1891, D. 92, 1, 406.
(2) Cass. 3 juill. 1889, D. 90, 1, 250; Cass. 16 juin 1884, D. 85, 1, 161.
(3) Liège, 3 mai 1871, *Pas.*, 71, 2, 248.
(4) Paris, 30 mai 1888, D. 90, 2, 31.
(5) Gand, 17 déc. 1890, *Pas.*, 91, 2, 221.

le caractère de contrats privés, et l'approbation qui doit leur être donnée par l'autorité administrative n'en change ni le caractère, ni la nature, ni la portée (1).

De même il n'est pas douteux que les règles du droit commun, notamment quand il s'agit d'interpréter la convention, pour connaître le droit des parties intéressées, ne soient applicables aux marchés d'entreprise de travaux publics. Ces marchés sont en effet des contrats de louage d'ouvrage dont les effets généraux sont réglés par la loi civile, sauf les modifications que l'administration peut introduire dans les clauses et conditions générales, devis ou cahier des charges (2).

177. Mais pour les *concessions* il en est autrement. En cas de concession, le travail est exécuté par une ou plusieurs personnes substituées au droit de l'administration, qui, au lieu de payer directement le concessionnaire, le substitue au droit qu'elle aurait elle-même de percevoir, par exemple, un péage ou un prix de transport de ceux qui profiteront du travail. Le contrat de concession se forme de gré à gré, ou par adjudication (arrêté du 19 avril 1862). Mais dans tous les cas, il se suffit à lui-même, et ne saurait être complété ou interprété par une référence au droit commun. Ainsi en matière de concession de chemin de fer, un conseil de préfecture avait pensé que les stipulations du cahier des charges pouvaient être complétées et interprétées par application des principes du droit commun. En conséquence, et en vertu des art. 1142 et 1147 du Code civil il avait mis à la charge du concessionnaire une indemnité pécuniaire pour inexécution, alors que le cahier des charges, pour le même cas d'inexécution, prononçait la déchéance. Le Conseil d'État a décidé que le concédant n'était pas le maître de substituer à la pénalité

(1) Cass. 4 mars 1890, D. 91, 1, 227.
(2) Voy. Ducrocq, n° 323.

prévue une demande en dommages-intérêts dans les termes du Code civil (1).

SECTION VI.

De l'effet des conventions à l'égard des tiers.

§ 1er. — Généralités.

178. — Les conventions sont sans effet à l'égard des tiers, art. 1165.
179. — Mais une convention considérée comme fait existe à l'égard de tout le monde.
180. — Quels sont ceux qui ont la qualité de tiers; des ayants-cause.
181. — Exceptions à la règle de l'art. 1165.

178. La rubrique de notre *Section VI* nous annonce qu'il va être question *de l'effet des conventions à l'égard des tiers.* Mais comment la convention résultant du consentement des parties pourrait-elle produire un effet juridique quelconque à l'égard des personnes qui y sont demeurées étrangères? Est-ce qu'il était nécessaire de formuler une règle pour constater qu'il en est ainsi? Aussi le texte suivant peut être considéré plutôt comme une simple réflexion dont la place n'était pas dans un Code, que comme une véritable prescription législative :

ART. 1165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 (*).

Est-ce qu'il aurait pu en être autrement et en quoi une telle déclaration était-elle nécessaire? Ainsi une ville a conféré certains avantages à une compagnie d'éclairage au gaz. A-t-elle pu en agissant ainsi porter atteinte aux droits de l'État sur les voies qui dépendent de la grande voirie? Evidemment non puisque ces droits ne lui appartiennent pas. C'est ce qu'a reconnu la Cour de cassation, mais en

(*) Art. 1165. — L. 7, § 19, L. 20, L. 27, § 4, D. 2, 14, *De pactis.*
(1) Cons. d'Etat, 11 janv. 1884, LEBON, 84, p. 39 et la note.

motivant sa décision sur ce que : *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, mais ne peuvent être opposées à ceux qui y ont été étrangers, et les priver des droits dont les contractants n'avaient pas la libre disposition* (1). Ce singulier motif voudrait-il dire que si l'art. 1165 n'existait pas, on pourrait priver un tiers de sa chose en vertu de conventions auxquelles il serait demeuré étranger? Certainement non; alors pourquoi se référer à un texte aussi manifestement inutile?

179. Une convention, par la force des choses, ne peut avoir que des effets relatifs. Mais en tant que *fait* et considérée comme étant *un fait*, une convention ne peut pas avoir une existence relative, elle doit exister vis-à-vis de tout le monde. Ainsi nous verrons plus tard, dans la théorie de la preuve, que l'acte authentique fait pleine foi, à l'égard de tout le monde, sans exception, de la convention qu'il constate. Seulement les effets juridiques de cette même convention ne se produiront qu'entre les parties contractantes, leurs héritiers ou ayants-cause. Ainsi, par exemple, un acte authentique établit qu'une personne a vendu une maison qui lui provenait de la succession d'un parent. Cette personne actionnée comme héritière pure et simple du *de cujus*, allègue qu'elle n'a pas encore accepté la succession. On pourra lui opposer qu'il y a eu de sa part acceptation tacite, qu'elle a fait acte d'héritier en vendant la maison (art. 778). Si le fait de la vente est nié, le demandeur pourra invoquer, pour établir ce fait, l'acte authentique, quoiqu'il y soit demeuré étranger. Il est en effet reconnu aujourd'hui que le fait prouvé et constaté dans un acte peut être invoqué par tout tiers, même étranger à l'acte, qui y a intérêt, les obligations concernant seulement les parties contractantes (2). Il importe donc de

(1) Cass. 8 août 1883, D. 84, 1, 81.

(2) Cass. 27 juin 1892, D. 1, 379; Cass. 20 mars 1888, S. 89, 1, 62; Bordeaux, 13 juill. 1886, S. 88, 2, 159 et la note; Cass. 14 août 1884,

ne pas confondre la convention avec ses effets. A l'égard des tiers les effets juridiques qu'elle peut produire sont à considérer comme inexistants. La difficulté consistera donc, d'abord à rechercher quelles sont les personnes à qui appartient la qualification de tiers, et en outre quelles sont les dérogations apparentes ou réelles que comporte le principe.

180. Il faut donc déterminer quels sont les caractères qui révèlent la qualité de *tiers*. D'abord les individus qui sont demeurés étrangers à la formation d'un contrat sont des tiers, à moins qu'ils ne se soient plus tard soumis aux obligations résultant de ce contrat (1), ou qu'ils n'y aient été valablement représentés. On sait qu'en droit romain la représentation n'était pas admise dans les actes juridiques; chacun y agissait ou était censé y agir pour soi. Le mandataire lui-même restait directement investi des effets juridiques dérivant de l'acte par lui posé.

Dans le droit moderne, au contraire, sauf le cas de contrat de commission, le mandataire représente complétement le mandant, par conséquent, et pourvu qu'il agisse dans les limites de son mandat, le mandataire acquiert pour le mandant et lui impose des charges (art. 1998). De même les associés, dans certaines limites (1862), sont les mandataires les uns des autres, et celui d'entre eux qui a reçu un pouvoir oblige les autres *in solidum*. Enfin un gérant d'affaires d'après l'art. 1375, représente le maître dont l'affaire a été bien gérée et l'oblige envers les tiers.

Indépendamment des mandataires exprès ou tacites dont il vient d'être parlé il y a encore des mandataires légaux qui représentent d'autres personnes, par exemple le tuteur (article 450) qui représente complétement la personne du mineur. Dans ces diverses hypothèses le représenté n'est pas un

S. 86, 1, 196; Cass. Belge, 3 mars 1882, *Pas.*, 1, 89; Conf. LAURENT, t. XVI, n° 372.

(1) Cass. 18 avr. 1877, D. 77, 1, 395.

tiers, c'est lui qui est censé avoir agi, ou plutôt il a réellement agi lui-même par l'organe de son représentant; il n'est pas un tiers mais au contraire partie contractante.

Poussons plus loin cet examen : celui qui a acquis un droit par l'effet d'une convention peut le transmettre. Celui au profit de qui la transmission s'est opérée est un *ayant-cause;* le premier s'appelle *auteur;* les héritiers sont des ayants-cause a titre universel pour leur part héréditaire. Il peut aussi y avoir des ayants-cause à titre singulier: tels l'acheteur, le légataire, etc. Or, nous avons vu que, d'après l'article 1122, on est censé avoir stipulé pour ses héritiers ou ayants-cause; c'est-à-dire qu'une convention portant sur les droits transmis a effet à leur égard, qu'il s'agisse d'un droit réel ou d'un droit de créance.

C'est qu'en effet les ayants-cause ayant été représentés par leur auteur ne sont pas des tiers. Les créanciers chirographaires agissant en cette qualité, sans faire valoir des droits autres que ceux qu'elle leur confère, sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur, doivent être traités comme ses ayants-cause et non comme des tiers (1).

Voici quelques exemples de *tiers :* une succession étant grevée de dettes est échue à quatre héritiers, chacun d'eux est tenu du quart du passif; dans le partage ils conviennent que telle dette sera payée en entier par l'un d'eux. Le créancier pourra agir contre chacun pour sa part, nonobstant cette convention dans laquelle il n'a pas été représenté; c'est un tiers. De même, si le créancier accorde un délai à un des cohéritiers, les autres ne pourront s'en prévaloir.

181. L'art. 1165 comporte quelques exceptions au moins dans un certain ordre d'idées. Quoique les conventions ou manifestations de volonté ne puissent pas, en général, profiter à ceux qui y sont demeurés étrangers, on comprend cepen-

(1) Cass. 29 oct. 1890, D. 91, 1, 475.

dant qu'il puisse, par exception, en être autrement, et personne ne pourra s'en plaindre, ni celui à qui un tel bénéfice est accordé, ni ceux qui ont manifesté la volonté qu'il en fût ainsi. C'est pour cela que l'art. 1165 indique formellement l'exception résultant de l'art. 1121 dont nous avons plus haut indiqué le caractère (*Suprà*, n° 48).

On peut encore considérer comme consacrant une autre exception, le cas d'une substitution par actes entre-vifs (articles 1048, 1049); les appelés sont des tiers étrangers à cette convention, et cependant ils en profitent.

De même on peut, dans les contrats de mariage, faire au profit des époux des institutions contractuelles qui passeront à leurs enfants à naître en cas de prédécès de l'institué. Les enfants se trouvent ainsi substitués vulgairement (art. 1082) et viennent *jure proprio* et non comme héritiers (Voy. t. VI, n° 457).

Mais il est impossible de concevoir comment une convention pourrait nuire à celui qui y est demeuré étranger. On cite cependant le concordat consenti au failli par la majorité de ses créanciers représentant les trois quarts de la totalité des créances. Ce concordat est obligatoire pour la minorité qui l'a repoussé et pour les créanciers qui, absents ou inconnus, n'ont pas pris part à la délibération (art. 507, 516, C. com.). Mais il s'agit ici d'un *jus singulare*. La profession de commerçant comporte certains privilèges entraînant, comme compensations nécessaires, quelques restrictions au droit commun. Ici le *jus singulare* consiste, non pas en ce que, dans une délibération, la majorité fait la loi à la minorité, car c'est le propre de toute délibération suivie d'un vote, autrement à quoi servirait la délibération? Mais en ce que des créanciers d'un même débiteur sont constitués en assemblée pour délibérer ensemble sur le parti qu'il convient de prendre.

Les difficultés que nous venons d'examiner supposent qu'il

y a eu une convention dont on prétend opposer les effets à une personne qui y est demeurée étrangère. Il est manifeste que la réflexion contenue dans l'art. 1165 n'est pas méconnue quand il n'y a pas eu de convention, et que l'obligation que l'on invoque vis-à-vis d'un tiers a sa source dans une cause autre qu'un contrat, par exemple lorsqu'un jugement décide qu'une personne peut être obligée envers d'autres, à raison du profit qu'elle a retiré de l'emploi de marchandises fournies par celles-ci à un tiers (1).

§ 2. — De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier.

182. — Base juridique de la faculté accordée aux créanciers par l'art. 1166.
183. — Développement historique de l'idée de gage commun.
184. — Éléments de ce gage.
185. — La saisie-arrêt est-elle un mode d'application de l'art. 1166?
186. — Conditions d'exercice de l'art. 1166.
187. — En quelle qualité agissent les créanciers.
188. — Conséquences.

182. Il semble que la loi ait voulu consacrer une autre dérogation à la règle que les conventions ne peuvent profiter aux tiers, en décidant que :

ART. 1166. Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

Mais nous verrons bientôt que les créanciers agissent alors, soit comme investis d'un droit qui leur est propre, soit, d'après une opinion différente, comme étant les ayants-cause de leur débiteur, et que par suite la dérogation indiquée est plus apparente que réelle.

L'art. 1166 est une application du principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (art. 2093). Il offre à ces derniers, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, le

(1) Cass. 15 juin 1892, D. 92, 1, 596.

moyen d'arriver à réaliser les éléments de ce gage commun qui ne sont pas susceptibles d'une saisie proprement dite (1).

L'exécution sur les biens du débiteur a en effet remplacé l'exécution sur la personne.

Toute obligation emporte l'idée d'un paiement à effectuer et à recevoir ; le paiement ne peut évidemment avoir lieu qu'à l'aide des éléments divers composant le patrimoine. Le créancier compte naturellement pour être payé sur le patrimoine du débiteur. Il demeure entendu que le débiteur emploiera volontairement son patrimoine à payer son créancier ; sinon ce dernier aura le droit de poursuivre la vente du patrimoine. C'est là un résultat nécessaire. Il est absurde, *a priori*, de supposer que le créancier aura besoin, pour avoir le droit d'agir sur le patrimoine, d'obtenir du débiteur ou du magistrat une sorte de droit de gage général portant sur l'universalité du patrimoine. Comment donc se fait-il qu'à l'origine on ait procédé de cette bizarre façon. C'est l'influence persistante de l'ancienne propriété collective qui peut seule expliquer cette particularité, qui peut seule expliquer comment, chez les Romains, on ne pouvait atteindre les biens de son débiteur qu'indirectement par une contrainte sur la personne, et que l'idée du gage commun ne se fit jour que grâce à l'influence prétorienne. Dans le principe ce gage commun était réalisé par une procédure générale, la *missio in possessionem* des biens du débiteur au profit d'un *magister* à qui tous les droits du débiteur étaient transportés en masse. Ce syndic procédait à la vente en bloc de tous ces biens, mais en attendant il exerçait les actions appartenant au débiteur. Après la vente il était remplacé par l'*emptor bonorum*, à qui appartenait désormais l'exercice de tous les droits et actions du débiteur.

(1) Cette matière a été plus amplement développée dans notre *Traité de la Cession* où elle forme le *livre troisième*, t. I, nos 71 et suiv.

183. Chez les peuples d'origine germanique, où la propriété individuelle fut d'abord inconnue, au moins pour le sol (1), il est également facile de se rendre compte des raisons qui mettaient le créancier dans la nécessité d'obtenir un gage formel. C'est l'influence de la copropriété de famille qui le voulait ainsi. Comment un créancier aurait-il pu poursuivre le paiement sur les biens de son débiteur, alors que ce débiteur n'en était pas propriétaire exclusif? Il ne pouvait donc agir sur les biens qu'à la condition d'avoir obtenu un droit de gage général, et pour cela le consentement exprès ou tacite de tous les membres de la famille du débiteur était nécessaire. Telle est l'origine de l'ensaisinement de tous ses biens consenti par le débiteur au créancier suivant les formes de la *festucatio* (2), dans le *mallum*, en présence des membres de la famille ; et telle est l'origine de l'*obligation générale* qui en dériva, au moyen de laquelle un débiteur affectait à son créancier, tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, et parmi eux *les actions contre les tiers*.

Nous voyons donc l'idée du gage commun, entravée dans son développement par la même influence chez les anciens Romains, comme chez les peuples d'origine germanique, arriver peu à peu à se dégager, et par des moyens différents, aboutir en définitive à cette conclusion que les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur. On peut donc, historiquement, rattacher le principe de l'art. 1166 aussi bien au droit romain qu'au vieux droit germanique. Il semble cependant qu'il ait reçu du droit germanique une empreinte plus pénétrante. Nous avons remarqué, en effet, que les Romains avaient organisé, pour la réalisation du gage commun, une procédure générale, la *missio in possessionem ;* notre droit moderne plus directement inspiré par le droit germanique, n'admet, sauf le cas de faillite, que des

(1) GINOUILHAC, *Hist. du droit français*, n° 86.
(2) GINOUILHAC, *ibid.*, n°s 114, 118 et ailleurs.

procédures individuelles. Chaque créancier a le droit d'invoquer, s'il le juge convenable, l'art. 1166. Mais le bénéfice qui pourra être retiré de l'exercice des droits et actions du débiteur sera commun à la masse des créanciers.

Au fond des choses, l'existence d'un tel droit de gage se présente comme un résultat nécessaire et forcé de tout rapport juridique engendrant un droit de créance. Si donc le créancier a un droit de gage sur les biens de son débiteur, ce n'est pas du tout parce qu'il y aurait eu une sorte d'engagement tacite supposé effectué par le débiteur lui-même. Cet élément en quelque sorte conventionnel doit être rejeté. « D'après le nouveau droit, dit fort bien M. Massol, un gage général et tacite est nécessairement lié à la créance. Cela est tellement vrai qu'il ne pourrait être convenu que la créance existerait sans le gage général ; en effet, ce serait convenir que l'on entend être créancier, et que l'on consent en même temps à ne pas être payé (1). »

184. Les biens qui constituent le gage commun sont, d'après l'art. 2092, les biens meubles et immeubles, présents et à venir.

Donc, lorsqu'on envisage l'étendue compréhensive du *gage commun*, il faut reconnaître que ce gage comprend seulement les biens qu'il est possible de distribuer, soit dans la classe des meubles, soit dans celle des immeubles.

Cette observation démontre que le mot *biens* employé

(1) *De la cessibilité des créances*, Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse, t. XXXI, 1882-1883, p. 98. Le même auteur ajoute en note : « Nous pensons qu'une pareille clause annulerait l'obligation. Qu'est-ce qu'un engagement qui procurerait au débiteur la facilité de ne pas payer, de renoncer, par exemple, à des successions pour nuire à ses créanciers? La loi moderne, en accordant de plein droit un gage sur tous les biens du débiteur, ne saurait permettre à ce dernier de se faire un jeu de l'obligation qu'il a contractée, et de pouvoir, au détriment de ses créanciers, distinguer le cas où il diminue son patrimoine, et le cas où il manque de l'augmenter. »

dans les art. 2092 et 2093 a une signification moins générale que dans l'art. 724 relatif à la transmissibilité. Cet art. 724 pose le principe de la transmissibilité aux héritiers de tous les biens, droits et actions du défunt. Dans cette dernière disposition, l'expression *biens* est employée dans son sens le plus général, elle comprend notamment *les simples facultés* qu'il n'est pas possible de distribuer entre les meubles et immeubles, et qui ne sont rien autre chose que le libre fonctionnement de l'activité humaine dans le domaine juridique.

Au contraire, dans les art. 2092 et 2093, il s'agit uniquement des biens considérés, en tant qu'ils peuvent faire partie du gage commun des créanciers. Donc, dans le gage commun des créanciers sont compris non pas tous les biens dont parle l'art. 724, C. C., au nombre desquels se trouvent notamment les facultés, mais seulement les biens, qu'il est possible de considérer soit comme meubles, soit comme immeubles, ce qui, par conséquent, laisse en dehors les *facultés*.

Cela est rationnel; il n'est possible en effet de comprendre dans le gage offert par un débiteur que les éléments qui sont de nature à déterminer ou à augmenter son crédit.

La disposition spéciale de l'art. 1166 tient à cette circonstance que les voies ordinaires d'exécution ne sont pas applicables aux droits et actions. Il faut faire à ce sujet une importante précision.

On ne doit pas confondre une action avec son objet. Ainsi par exemple l'action en revendication d'un immeuble déterminé a pour objet la constatation du droit de propriété allégué par le demandeur et par conséquent la reprise de l'immeuble dont il est propriétaire. Or, quelle est la situation du créancier? Il soutient que l'immeuble appartenant à son débiteur fait partie de son gage; l'immeuble en lui-même est saisissable et pourrait faire l'objet

d'une expropriation; mais dans l'espèce, cet immeuble étant entre les mains d'un tiers qui conteste les droits du propriétaire, ce dernier n'a plus à son service qu'une action en revendication. Or, il est admis à peu près généralement que cette action ne peut pas faire l'objet d'une saisie immobilière (1). C'est pour cela que l'art. 1166 devait permettre aux créanciers de l'exercer. Ceci revient à dire que l'article 1166 est tout à fait inutile pour réaliser le gage appartenant aux créanciers sur les objets qui se trouvent dans le patrimoine du débiteur et qu'il est au contraire indispensable pour permettre aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur ayant pour but final de faire rentrer dans le patrimoine de ce dernier des objets corporels qui devraient s'y trouver et qui sont saisissables.

185. Nous devons faire une observation semblable en ce qui concerne les créances et la saisie-arrêt.

Il n'est pas rare d'entendre soutenir que la saisie-arrêt n'est qu'une application de l'art. 1166, et que par conséquent, en ce qui concerne les créances, l'unique moyen de réaliser pratiquement l'exercice dont parle cet article, c'est de recourir à la saisie-arrêt (2). M. Laurent lui-même semble admettre cette opinion, que nous trouvons également formulée dans un arrêt de la Cour de cassation (3). Nous pensons qu'un tel aperçu repose sur une équivoque. De même qu'il ne faut pas confondre l'action réelle avec son objet, ainsi que nous venons de le faire remarquer : de même il ne faut pas confondre la créance avec l'action personnelle qui a pour but de la faire judiciairement constater, c'est-à-dire avec le *droit de demande*.

(1) Voy. AUBRY et RAU, t. VIII, § 778; Cass. 14 avr. 1847, S. 47, 1, 341; Caen, 29 juin 1870, S. 71, 2, 29.

(2) V. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 18 *bis* et les autorités citées.

(3) Cass. 13 nov. 1877; Amiens (sur renvoi), 8 août 1878, S. 78, 1, 197, note.

Quand la créance existe, qu'elle est liquide, qu'elle résulte d'un titre exécutoire, elle ne peut donner lieu qu'à une poursuite en *recouvrement*, et non à une *demande*. Dans ces conditions elle peut faire l'objet d'une saisie-arrêt, mais ne peut donner lieu à l'application de l'art. 1166. Dans le cas où elle ne résulterait pas d'un titre exécutoire, la créance pourra donner lieu à une *demande* ayant uniquement pour objet l'obtention d'un titre exécutoire, c'est-à-dire d'un jugement de condamnation; elle pourra encore être frappée de saisie-arrêt.

Mais quand la créance n'est pas reconnue, quand son existence ne pourra être établie que par une décision judiciaire après débat contentieux sur le fond, alors il s'agira d'un *droit de demande*, c'est-à-dire d'une action à intenter. Si celui à qui cette action appartient néglige de l'intenter, ses créanciers pourront recourir à l'art. 1166.

Dans la pratique, les choses ne se passent pas toujours avec cette netteté. La saisie-arrêt, en effet, peut intervenir dans deux situations bien différentes. Elle peut d'abord être pratiquée sur une créance d'ores et déjà liquide et alors, elle n'est rien autre chose qu'une mainmise sur cette créance. C'est l'emploi pur et simple d'une voie d'exécution qui n'a rien de commun avec l'art. 1166. D'autres fois, au contraire, la saisie-arrêt sera pratiquée au sujet d'une créance que le saisissant soutient exister au profit de son débiteur, et il entend exercer l'action appartenant à ce dernier qui néglige de l'exercer lui-même. Il s'agira, par exemple, d'une action en réparation d'un dommage causé au patrimoine du débiteur : à tout événement, le saisissant fait pratiquer une saisie-arrêt entre les mains de celui qui est responsable du dommage, et en même temps il exerce contre ce dernier l'action en dommage appartenant à son débiteur. De sorte que la demande en validité contiendra deux chefs distincts : 1° liquidation des dommages dus au

tiers saisi, c'est l'exercice autorisé par l'art. 1166 ; — et 2° validité de la saisie-arrêt pratiquée. Mais remarquons que dans cette hypothèse, le demandeur aurait pu se dispenser de faire une saisie-arrêt, et s'en tenir à l'exercice de l'article 1166. Ce qui prouve bien que chaque procédé a son but spécial bien défini.

186. Nous disons que le but final de l'art. 1166 est de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur l'un des éléments sur lesquels portait le droit de gage de tous les créanciers ; mais en quoi consiste le moyen à l'aide duquel ce but sera atteint? — Ce moyen consiste, d'après les termes même de l'art. 1166, dans l'*exercice* des droits et actions du débiteur ; les créanciers pourront les *exercer*, c'est-à-dire les faire valoir *tels quels*. Cet exercice *de la part du créancier* modifie singulièrement l'exercice *de la part du débiteur*. Le débiteur cesse d'être maître de son droit, puisque, en vertu de la loi, un créancier s'est emparé de l'exercice de ce même droit ; ce qui revient à dire que le droit a été *saisi*. Donc, l'exercice d'un droit, par le créancier, n'est pas simplement un acte *conservatoire*, c'est un acte d'*exécution* (1), ou tout au moins le préalable nécessaire d'une exécution ultérieure, mais ne faisant qu'un avec l'exécution elle-même ; c'est une saisie qui précède la vente.

Donc, les créanciers à terme ou conditionnels ne pourront user de l'art. 1166, avant l'arrivée du terme ou la réalisation de la condition. Cependant l'action intentée par un créancier au nom de son débiteur sera recevable quoique le jugement en vertu duquel il agit ait été frappé d'appel, si la partie condamnée a reconnu la dette et s'est bornée à en contester le chiffre (2).

(1) Lyon, 22 mai 1885, *Pandect. franç.*, 362, 2, 1886.
(2) Nimes, 31 déc. 1879, D. 80, 2, 246.

Dans tous les cas, les créanciers qui veulent user du bénéfice de l'art. 1166, peuvent le faire directement sans cession ni subrogation contractuelle ou judiciaire, sauf, si cela est nécessaire, à mettre en cause le débiteur dont les droits sont exercés (1). Il faut que leur droit soit établi (2) et qu'ils en aient l'exercice personnel. Ainsi une action ayant pour base un préjudice commun à tous les créanciers d'un failli ne pourrait être exercée que par les syndics représentant la masse (3). Ils sont du reste passibles de toutes les exceptions dont serait passible le débiteur lui-même (4). Il va sans dire que le créancier ne pourrait exercer au nom de son débiteur les droits que ce dernier fait déjà valoir lui-même dans une instance distincte (5) : il pourrait seulement intervenir.

187. En quelle qualité les créanciers peuvent-ils user du bénéfice résultant de l'art. 1166? Nous avons déjà vu (n° 66) que le gage commun avait finalement été reconnu et admis dans le Code civil comme étant la conséquence forcée, nécessaire et irréductible de l'existence constatée de toute espèce de droit de créance. C'est, avons-nous dit, un effet légal. Donc les créanciers qui voudront user de l'art. 1166 pour réaliser les éléments de ce gage auquel cet article se réfère, agiront en leur propre nom, comme lorsque, dans l'intérêt de leur créance, ils provoquent contre le débiteur, ou plutôt contre son patrimoine, toute autre mesure d'exécution. Ils ont donc le droit d'agir directement, *de plano*, sans autorisation ni subrogation de justice : « Car, dit la Cour de Rouen, lorsque les créanciers font saisir les biens du débiteur, ils usent d'un droit qui leur est propre et qu'ils ne tiennent que de la loi (6). »

(1) Trib. civ. Grenoble, 5 oct. 1888, *Rec.* Grenoble, 1889, 167.
(2) Montpellier, 5 mai 1888, D. 88, 2, 292.
(3) Cass. 23 juill. 1889, D. 91, 1, 53.
(4) D. 92, 2, 518.
(5) Orléans, 16 août 1882, D. 84, 2, 36.
(6) Rouen, 22 juin 1872, S. 73, 2, 209.

Cependant les auteurs admettent en général une opinion différente; ils subissent manifestement l'influence des vieilles doctrines qui considéraient le gage commun comme étant le résultat d'une sorte de concession réelle émanée du débiteur lui-même. Ils enseignent en conséquence que, dans le cas de l'art. 1166, le créancier agit au nom et comme mandataire de son débiteur (1). C'est là une affirmation qui a pu être vraie autrefois, mais qui ne l'est plus aujourd'hui. A cette affirmation, Mourlon ajoute un raisonnement qu'on peut considérer comme étant la condensation de toutes les erreurs admises en matière de transmission volontaire ou forcée de créances : « Le créancier, dit Mourlon, n'exerce pas un droit qui lui est propre : c'est le droit du débiteur qu'il fait valoir; il agit *donc* au nom et du chef du débiteur, de la même manière qu'un mandataire agit au nom et pour le compte de son mandant (2). »

Par conséquent, de cette circonstance que le droit exercé est le droit d'autrui, c'est-à-dire un droit dérivé, l'auteur tire cette conséquence qu'on agit nécessairement et qu'on ne peut agir que comme mandataire!

D'après M. Labbé, au contraire, il faut écarter de notre sujet cette idée de mandat. Ce n'est pas au nom, ni surtout pour le compte et dans l'intérêt de leur débiteur, que les créanciers exercent ses droits; c'est en leur nom et surtout pour leur propre compte et dans l'intérêt de leurs créances (3).

« Ce système, dit Demolombe, se rapproche suivant nous beaucoup plus que l'autre de la vérité juridique, et nous n'hésitons pas à nous y ranger. Mais sa formule est trop absolue; il faut dire que les créanciers agissent tout à la

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 81 *bis* II; LAURENT, t. XVI, n° 385; t. XIX, n°s 323 et 324.

(2) 2e examen, sur l'art. 1166; 3e examen, sur l'art. 2092.

(3) *Revue critique*, 1856, t. IX, n°s 25 et suiv.

fois au nom de leur débiteur et en leur propre nom. — Ils agissent au nom de leur débiteur, en ce sens que c'est en effet son droit à lui-même qu'ils exercent, et qu'ils ne sauraient *dès lors* avoir, *en cette occurrence*, d'autre droit que le sien ; à ce point de vue ils sont ses mandataires, *procuratores!* — Ils agissent en leur propre nom, en ce sens qu'ils exercent son droit, non pas dans son intérêt, mais dans leur intérêt particulier, et seulement afin d'obtenir contre la partie actionnée, satisfaction jusqu'à concurrence du montant de leur créance. Ils sont, comme a dit Proudhon, *procuratores in rem suam* (1). »

Il est vraiment puéril de ressusciter la notion surannée de la *procuratio in rem suam* pour expliquer que les créanciers ne sauraient avoir, *en cette occurrence*, plus de droits que leur débiteur. Est-ce qu'il resterait une *occurrence* dans laquelle il pourrait en être autrement? Est-ce que les créanciers autorisés par la loi à saisir en leur nom personnel, *un bien* appartenant à leur débiteur, ne sont pas obligés, par la force même de la situation, de saisir ce bien *tel qu'il se poursuit et comporte*, pour parler le langage des agents chargés de l'opération? Et puisqu'il ne peut pas en être autrement, quelle nécessité y a-t-il de recourir à l'idée d'un mandat, même *in rem suam*, pour expliquer ce qui va de soi!

188. Quoi qu'il en soit, l'opinion qui soumet les créanciers à la condition de simples mandataires aboutit à des conséquences graves dont il importe de signaler les principales.

Ainsi, la chose jugée pour ou contre les créanciers, serait, dans cette opinion, jugée pour ou contre le débiteur et les autres créanciers (2).

(1) DEMOLOMBE, *Contr. et oblig.*, t. II, n° 113; PROUDHON, t. V, n° 2300; AUBRY et RAU, t. VI, § 312, note 4.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 81 *bis*, II.

Un autre auteur soutient que c'est le débiteur lui-même et lui seul qui doit être considéré comme partie dans l'instance où ses créanciers exercent son droit, quoiqu'il n'y ait pas figuré, d'où il suit d'après lui : « que les condamnations que les créanciers obtiennent, ne s'exécutent pas dans leurs mains, mais dans celles du débiteur ; que lui seul est créancier; à ce point que, faute par les créanciers d'avoir pratiqué une saisie-arrêt, ils ne sont pas saisis, *même à son égard* (!), du bénéfice de l'action qu'ils ont intentée *de son chef* (!!), par exemple de la somme d'argent pour laquelle ils ont obtenu condamnation (1). »

Dans le même système on ne pourrait pas réclamer la caution *judicatum solvi* à un créancier étranger qui voudrait exercer contre un Français les droits de son débiteur français, etc. (2).

§ 3. — Champ d'application de l'art. 1166.

189. — L'art. 1166 concerne seulement les droits à l'égard desquels l'idée de gage est admissible ; exemple : *Quid*, du droit de jouissance légale, du retrait successoral ?
190. — Des simples facultés ; *quid* du retrait litigieux?
191. — De la faculté appartenant au débiteur d'exercer des poursuites contre ses propres débiteurs ;
192. — Spécialement de la faculté de pratiquer une saisie-arrêt.
193. — La faculté accordée par l'art. 1166 est-elle, elle-même, exerceable par le créancier?
194. — De la faculté d'accepter une offre de contrat.
195. — Du droit d'option.
196. — Option résultant de l'art. 1722.
197. — Du *jus eligendi*.

189. Pour déterminer le champ d'application de l'art. 1166, il faut toujours prendre pour point de départ l'idée de gage. Il

(1) LAROMBIÈRE, sur l'art. 1166, n° 22.
(2) Voy. d'autres conséquences dans notre *Traité de la Cession*, texte, n° 81.

n'y a que les droits et actions pouvant rentrer dans le gage commun des créanciers qui tombent sous l'application de la règle générale de l'art. 1166.

En d'autres termes, l'art. 1166 ne peut recevoir d'application qu'à l'égard des éléments qui constituent ce qu'on appelle le *crédit réel* du débiteur. Donc ne rentrent pas dans cette catégorie les expectatives ou espérances d'enrichissement résultant des aptitudes professionnelles diverses du débiteur, de sa situation personnelle, des circonstances en un mot qui déterminent ce qu'on appelle le *crédit personnel.*

Par conséquent, tous les droits qui, à raison de leur nature, ne peuvent pas être considérés comme rentrant dans le gage commun des créanciers, qui, par suite, ne sont pas au nombre des *biens* du débiteur, se trouvent naturellement en dehors de la règle de l'art. 1166.

Sont donc en dehors de la règle : tous les droits relatifs à l'état des personnes ou aux rapports de famille ; — les actions en réclamation ou en contestation d'état ; — l'action en désaveu appartenant au mari ; — le droit d'administration légale appartenant au père durant le mariage sur les biens de ses enfants ; — le droit appartenant au père d'émanciper son enfant mineur (1) ; — le droit aux aliments dérivant de la parenté ou de l'alliance, etc., etc.

Que faut-il penser du droit de jouissance légale appartenant au survivant des père et mère en vertu de l'art. 384 du Code civil?

On sait qu'il y a controverse sur ce point : la solution dépendra de l'opinion qu'on adoptera sur la nature juridique de ce droit. Si on admet, comme le soutiennent plusieurs auteurs, que c'est un véritable usufruit, on pourra concevoir la possibilité d'une saisie proprement dite de cet usufruit, mais non l'application de l'art. 1166. Il ne faut pas en

(1) Pau, 13 mars 1888, D. 88, 2, 283.

effet équivoquer sur ce point, l'art. 1166 n'a été édicté que pour les éléments du patrimoine qui ne sont pas susceptibles des voies d'exécution ordinaires, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer. Or, l'usufruit pouvant être saisi et vendu sur la poursuite des créanciers, dans les formes ordinaires, ne tombe pas sous l'application de l'art. 1166. Si l'on admet, au contraire, que la jouissance légale dont nous parlons n'est pas un véritable droit d'usufruit, mais constitue plutôt un droit de créance, attribut de la puissance paternelle, il faut reconnaître que cet attribut ne rentre pas dans le gage des créanciers, quand même on admettrait la possibilité de sa transmission volontaire à un tiers (Voy. t. III, nos 188, 189). Toutefois, si le droit lui-même n'est pas saisissable au moyen de l'art. 1166, les éléments particuliers formant l'objet de ce droit pourront être saisis par les moyens ordinaires. Ainsi, les créanciers du père pourront faire pratiquer une saisie-brandon sur les récoltes, une saisie-arrêt sur les intérêts des créances rentrant dans la jouissance légale, etc.

Quant au retrait successoral, nous avons déjà démontré qu'il ne peut être exercé par les créanciers (Voy. t. V, n° 321).

190. On doit définir la faculté : la possibilité pour une personne de produire à sa convenance des actes juridiques ne se rattachant à l'exercice d'aucune action contre un tiers (1). On dit souvent que les facultés ne sont pas exerceables par les créanciers par le motif qu'elles sont intimement liées à la personne et qu'elles rentrent dans l'exception formulée par l'art. 1166 lui-même. C'est ce qui a été dit notamment à l'occasion de la disposition du contrat de mariage réservant à la femme dotale la faculté d'hypothéquer avec la seule autorisation du mari les immeubles dotaux (2). C'est là une erreur; elles ne sont pas exerceables par un motif plus puissant, c'est

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 62.
(2) Aix, 3 janv. 1883, D. 83, 2, 206.

qu'elles sont en dehors même de la règle, car elles ne font pas partie du gage. Il ne peut y avoir de doute pour les facultés qui ne sont que l'exercice personnel de la liberté individuelle et du droit de propriété, telles que la faculté de bâtir, de défricher, de cultiver, etc., etc. Nous en dirons autant du droit d'administration qui appartient à tout homme sur son patrimoine, et qui comprend notamment le libre choix dans le mode de perception de ses revenus, comme dans le recouvrement de ses créances.

On ne saurait évidemment admettre les créanciers à s'ingérer dans la direction des affaires de leur débiteur et à prétendre faire mettre aux enchères ses baux à ferme ou de location, sous prétexte qu'il ne sait pas lui-même, ou ne veut pas tirer le meilleur parti de sa chose (1).

L'exercice du retrait litigieux (art. 1693), constitue aussi pour le débiteur cédé, un mode particulier de comprendre et d'administrer ses intérêts, se résolvant en une faculté tout à fait en dehors du gage des créanciers (2).

191. Les créanciers ne pouvant pas s'ingérer dans la direction des affaires de leur débiteur, n'ont pas davantage le droit de se substituer à lui pour le recouvrement et la rentrée des créances qui peuvent lui appartenir; mais ils peuvent se substituer à lui pour l'accomplissement des charges dont celui-ci est tenu, quand l'accomplissement de ces charges doit avoir pour effet de sauvegarder l'intégrité de leur gage, quand il s'agit, par exemple, de payer une rente viagère qui est la condition d'une donation faite à leur débiteur (3).

Mais que faut-il penser du droit de *contrainte* ou de *poursuite* appartenant au débiteur contre ses propres débiteurs, et qu'il néglige d'exercer?

(1) Un arrêt de la Cour de Douai, du 20 juin 1842, avait admis une telle solution.

(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 86.

(3) Nancy, 11 juin 1887, D. 88, 1, 183.

Ainsi, le débiteur est lui-même créancier pour des sommes considérables; il est porteur de titres exécutoires; il pourrait faire pratiquer au préjudice de ses débiteurs en retard, une saisie-immobilière, une saisie-exécution, une saisie-arrêt..... Ses créanciers pourront-ils, en vertu de l'art. 1166 exercer le droit de poursuite qui lui appartient?

Le droit de poursuite ne doit pas être confondu avec le droit d'action. L'action tend à faire constater l'existence d'un droit au profit d'une personne. La poursuite tend à une exécution forcée sur les biens du débiteur pour le contraindre au paiement. De la possibilité d'exercer une action, il ne faut donc pas conclure à la possibilité d'exercer une poursuite du chef de son débiteur.

Il semblerait, au premier abord, que la question ne peut même pas se présenter au sujet de l'expropriation ou de la saisie-exécution. En effet, la procédure organisant ces voies d'exécution implique que le poursuivant est porteur d'un titre exécutoire, lequel est nécessairement notifié au débiteur. Or, le créancier de celui qui pourrait jouer ce rôle de poursuivant, n'ayant pas à sa disposition le titre exécutoire se trouve donc, en fait, dans l'impossibilité d'accomplir les formalités voulues par la loi.

L'observation, quoique fondée, ne doit pas empêcher d'examiner la question dans sa généralité. Une telle objection dérive en effet, non de l'appréciation du fond du droit, mais uniquement de la façon dont la procédure à fin d'exécution forcée a été réglementée. Elle ne pourrait d'ailleurs se produire dans le cas de saisie-arrêt, ou dans le cas d'application de l'art. 1166 lui-même.

Il faut donc se demander quel est, au point de vue de la gestion d'un patrimoine, le véritable caractère d'un acte de poursuite dirigé contre un débiteur.

Il ne saurait y avoir à cet égard le plus léger doute, ce sont des actes d'administration; cela a été jugé, il y a long-

temps, par un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 12 novembre 1806. Il s'agissait de savoir si l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour l'exercice du droit de saisir immobilièrement un débiteur; la Cour a décidé négativement : « Considérant qu'il s'agit de *poursuite* (en vertu) d'un titre exécutoire ayant pour objet le recouvrement d'une somme de deniers, conséquemment d'un simple fait d'administration (1). » Mais cela n'empêche pas que, dans un ordre, le créancier dont le débiteur est créancier lui-même de la partie saisie, ne puisse produire au nom de ce débiteur (2).

192. La question a fait plus de difficulté en ce qui concerne l'exécution qui a lieu au moyen d'une saisie-arrêt. Voici comment la formulait Chauveau : « Un créancier peut-il arrêter, au nom de son débiteur, et contre le débiteur de celui-ci, les sommes dues à ce dernier par une quatrième personne (3). » Mais pourquoi s'en tenir à une quatrième personne? Pourquoi ne pas pousser plus loin l'hypothèse, et en reculer indéfiniment les termes? C'est qu'en effet, l'absurdité de l'affirmative résulterait alors avec évidence du seul énoncé de la question. Soit donc, une série indéfinie de personnes débitrices l'une de l'autre; le créancier de l'une d'elles, de *Primus* par exemple, exerçant les droits et actions de son débiteur considéré comme ayant le droit d'exercer les actions de *Secundus*, considéré à son tour comme pouvant exercer les actions de *Tertius*, lequel pourrait exercer celles de *Quartus*... et ainsi de suite, pourrait-il faire une saisie-arrêt entre les mains de *Decimus* ou de tout autre individu encore plus éloigné? Théoriquement, toute la terre pourrait y passer, s'il est permis d'employer cette locution vulgaire.

(1) DALLOZ, v° *Vente publique d'immeubles*, n° 148.
(2) Douai, 6 mars 1891, D. 91, 2, 363.
(3) CHAUVEAU-CARRÉ, *Lois de la Procédure civile*, t. IV, question 1929 *bis*, p. 566.

Il paraît que quelques auteurs et même quelques arrêts avaient admis le principe d'une telle solution.

M. Chauveau l'a repoussé avec raison. « Nous préférons, dit-il, le système des Cours de Rouen et de Bordeaux, par un double motif; il faut distinguer, dans les actions du débiteur que peut exercer le créancier, ce qui tient essentiellement au droit commun, les nullités des donations ou autres actes, etc., de ce qui n'est que pure faculté, comme les actes de bonne administration, ou les actes d'exécution contre les débiteurs. Dans le premier cas l'art. 1166 est évidemment applicable; dans le second son application semble répugner à la liberté de l'individu que son créancier placerait dans une espèce de tutelle (1). »

193. Enfin, le droit qui appartient à une personne d'exercer les actions de son débiteur, est-il lui-même au nombre des droits que peuvent exercer les créanciers de cette personne? C'est la même question formulée dans sa généralité abstraite, et non restreinte à l'hypothèse unique de la saisie-arrêt. Le genre particulier d'exécution autorisée par l'art. 1166 constitue une pure faculté se traduisant par un acte d'administration. Il est donc inadmissible que les créanciers puissent y recourir.

Cependant M. Labbé, incidemment il est vrai et sans discuter la question en elle-même, semble ne voir aucune difficulté dans cette application successive de l'art. 1166 par la même personne contre une série indéfinie de tiers interpellés les uns après les autres (2).

194. Les créanciers ne sauraient donc exercer aucune des facultés se rattachant au droit qui appartient à leur débiteur de diriger contre des tiers des actes de poursuite. Il faut en

(1) *Ibid.* V. les auteurs et les arrêts cités dans le texte.

(2) Voy. notre *Traité de la Cession*, t. I, n° 90; voy. Lyon, 30 juin 1887, S. 89, 2, 180.

dire autant pour certaines facultés appartenant au débiteur, mais ne se rattachant à l'exercice d'aucun droit spécial; par exemple l'acceptation d'une offre de contrat. — Il est certain que la faculté d'accepter une offre de cette nature ne rentre pas dans le gage des créanciers, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat unilatéral ne présentant pas les caractères d'une libéralité et qui est offert au débiteur afin de rendre plus efficace un droit actif dont il se trouve investi. Il en sera ainsi dans le cas d'une hypothèque constituée par le débiteur en l'absence du créancier. Il faut supposer qu'un débiteur purement chirographaire redoutant les exigences de son créancier constitue spontanément au profit de ce dernier, dans la forme voulue, une hypothèque dans le but d'obtenir, moyennant cette garantie, un délai suffisant. Le créancier doit évidemment accepter l'offre qui lui est ainsi faite pour que le contrat d'hypothèque soit valable.

Remarquons qu'il s'agit ici de rendre plus efficace un droit de créance existant déjà contre un tiers. C'est là une nuance importante. Aussi ne voyons-nous pas de raison pour refuser au créancier de celui à qui une telle offre a été faite, le droit de l'accepter de son chef.

195. Dans certaines situations juridiques, la personne peut se trouver investie du droit d'exercer une option, par exemple en matière de legs, de succession, de communauté, de retrait d'indivision (1) dans le cas prévu par l'art. 1570, etc.

Dans toutes ces hypothèses et avant que le débiteur ait manifesté une intention quelconque, le droit d'option apparaît comme une pure faculté et non comme la mise en œuvre d'un droit contre un tiers. Cette faculté ne fait donc pas partie du gage commun. Tel est le motif, le motif unique pour lequel cette faculté ne peut être exercée par les créanciers, et non parce que ce droit d'option serait attaché à la per-

(1) Riom, 12 déc. 1888, D. 90, 2, 324.

sonne. Ainsi un tribunal a décidé que, dans une donation de biens présents et à venir, la faculté d'option laissée par la loi au donataire dans l'art. 1084, C. C., constituant une prérogative dont l'usage est abandonné à sa propre inspiration, est un droit exclusivement attaché à sa personne, et que ses créanciers ne sauraient exercer pour lui dans les termes de l'art. 1166 (1). Il était plus vrai et plus court de dire tout simplement qu'une telle faculté ne fait pas partie du gage commun des créanciers. Tous ces points ont été établis par M. Laurent avec une grande force de logique (2). Quand le débiteur aura manifesté sa volonté, c'est-à-dire exercé lui-même l'option, le créancier pourra, selon les cas, soit se faire restituer contre les effets préjudiciables de l'option, au moyen de l'action Paulienne, soit revenir sur l'option déjà faite, dans le cas où le débiteur aurait ce droit (Voy. t. V, n° 581).

196. Que faut-il penser du choix qui, d'après l'art. 1722, C. C., appartient au locataire d'un immeuble détruit partiellement, entre une diminution du prix du loyer et la résiliation du bail? Il s'agit là d'un droit propre au locataire, dont l'exercice n'est pas soumis à l'acceptation du bailleur, il peut se traduire par une simple déclaration qui est irrévocable (3). Ce n'est pas à proprement parler la mise en œuvre d'un droit contre un tiers, c'est l'exercice du droit d'administration qui appartient à tout homme sur son patrimoine (V. *suprà*, n° 190); ses créanciers ne sauraient donc être, en principe, admis à exercer une telle faculté; on ne voit pas d'ailleurs quel intérêt ils pourraient y trouver. Mais si le locataire tombe en faillite ou en déconfiture, et que la faculté d'exercer l'option dérivant de l'art. 1722 s'ouvre à son profit, nous

(1) Trib. civil Périgueux, 12 nov. 1888, *Gaz. Palais*, 89, 261.
(2) T. XVI, nos 425 à 428 inclus.
(3) Cass. 9 janv. 1889 (résolu par la Cour d'appel), *Gaz. Pal.*, 89, 189.

pensons que les créanciers seront admis à s'en prévaloir (arg., art. 2102, n° 1).

197. *Quid du jus eligendi* (1)? Constitue-t-il une simple faculté indépendante de la mise en œuvre d'un droit contre un tiers? Il est manifeste que non, puisque le *jus eligendi* se rattache à un droit de créance existant déjà, et que son exercice n'est que le préalable de la *demande* à former contre le débiteur. Donc, le *jus eligendi*, complément de la créance, est exerceable par les créanciers qui en useront en faisant valoir la créance elle-même.

Il résulte donc des explications ci-dessus données, qu'un grand nombre de cas doivent demeurer en dehors de l'application de l'art. 1166, uniquement parce qu'ils concernent des droits qui, par leur nature, ne peuvent jamais figurer dans le gage commun, tels que les droits de famille ou les pures facultés qu'il est impossible de rattacher à l'exercice d'un droit contre un tiers, et qui, pour ce motif, sont également en dehors du gage.

§ 4. — Champ d'application de l'art. 1166 (*suite*).

198. — L'art. 1166 ne concerne que les droits patrimoniaux, sauf ceux qui sont susceptibles d'une voie ordinaire d'exécution.
199. — Résumé des observations qui précèdent.
200. — Des actions en contestation de légitimité ; des actions *vindictam spirantes*.
201. — Des actions en dommages pour délits commis sur la personne physique.
202. — Des actions en nullité, etc.
203. — Droits des créanciers quant aux instances introduites par le débiteur.
204. — Dans l'exercice autorisé par l'art. 1166, les créanciers doivent avoir absolument la même condition que leurs débiteurs.

(1) Voy. notre *Traité de la Cession*, n°s 50 et 97.

198. Nous devons maintenant faire observer qu'il existe certains éléments du patrimoine qui font certainement partie du gage commun des créanciers et qui cependant doivent demeurer en dehors de l'application de l'art. 1166, par la raison bien simple que cet article n'a pas été fait pour eux.

L'art. 1166 a été édicté en effet pour permettre aux créanciers d'atteindre certains éléments du patrimoine de leur débiteur qui ne sont pas susceptibles des voies ordinaires d'exécution. L'exercice autorisé par l'art. 1166 constitue une saisie d'un genre particulier ou tout au moins le préalable d'une exécution. Il suit de là, comme nous l'avons déjà fait incidemment remarquer, que l'art. 1166 ne concerne pas les éléments du patrimoine qui peuvent faire l'objet d'une saisie proprement dite. Nous faisons allusion surtout au droit d'usufruit. Les créanciers peuvent faire saisir et vendre le droit d'usufruit appartenant à leur débiteur dans les formes ordinaires. Ce n'est pas dans ce cas l'art. 1166 qu'ils appliquent, sauf en ce qui concerne l'action confessoire qu'ils pourront intenter du chef de leur débiteur pour obtenir les restitutions auxquelles ce dernier pourrait avoir droit pour non-jouissance de son usufruit.

Cette observation permet de débarrasser la théorie de l'art. 1166 de la présence de ce droit d'usufruit qui met obstacle à toute tentative sérieuse de généralisation. Elle nous conduit encore à faire la remarque que si les droits *d'usage* et *d'habitation* cessaient, dans une révision du Code, d'être considérés comme attachés, quant à leur exercice, à la personne du sujet, ils n'en demeureraient pas moins en dehors de l'art. 1166 car alors ils seraient susceptibles des modes ordinaires de saisie.

199. De tout ce qui précède, il suit que le champ d'application de l'art. 1166 doit être restreint aux *droits et actions existant dans le patrimoine, pouvant à ce titre faire partie*

du gage commun des créanciers et non susceptibles des voies ordinaires d'exécution.

Toutes les actions présentant ce caractère seront exerceables, *à moins qu'elles ne soient exclusivement attachées à la personne*. C'est là *l'exception*.

Le champ de l'exception doit se trouver circonscrit dans le champ de la règle. C'est un point qui a été bien souvent méconnu par les auteurs, et c'est ce qui explique l'obscurité et l'incohérence de la doctrine.

Nous avons donc établi que doivent demeurer en dehors de la règle de l'art. 1166 :

1° Tous les droits et actions relatifs à l'état des personnes;

2° Les facultés ne se rattachant à l'exercice d'aucun droit contre un tiers;

3° L'usufruit comme étant susceptible d'une saisie proprement dite.

La sphère d'action de l'art. 1166 comprend tous les autres droits dont le caractère est d'être patrimoniaux. Nous citerons seulement ceux à l'égard desquels on a soulevé quelques difficultés.

200. L'action en désaveu en tant qu'elle appartient aux héritiers du mari est exerceable par les créanciers de ces derniers : c'est plutôt une action en contestation de légitimité (art. 317, C. C.); elle ne présente pour les héritiers du mari qu'un intérêt purement pécuniaire (Voy. t. III, n° 23).

Les actions *vindictam spirantes* sont également exerceables quand leur existence dans le patrimoine du sujet a été manifestée par un acte de volonté ou bien lorsque le sujet étant décédé dans le délai imparti par la loi l'action appartient aux héritiers. Nous citerons comme exemple l'action en évocation d'une donation pour cause d'ingratitude quand elle est passée aux héritiers (art. 957, § 2, C. C.). Nous avons déjà examiné la question (Voy. t. VI, n° 246).

201. Que faut-il décider à l'égard d'une action en dom-

mages-intérêts pour réparation d'un délit ou quasi-délit commis contre la personne physique du débiteur? La question s'est posée devant le tribunal civil de la Seine dans une espèce où le débiteur avait été victime de coups et blessures ayant entraîné une incapacité de travail. Un créancier prétendait exercer au nom de la victime l'action en réparation du préjudice causé au patrimoine. Le tribunal a décidé que l'action dont il s'agit était exclusivement attachée à la personne et ne pouvait être exercée par les créanciers (1).

M. Labbé a vivement critiqué cette décision. « Dans notre législation, dit-il, où les biens à venir du débiteur forment, comme les biens présents, la sûreté des créanciers, ceux-ci sont autorisés à *prendre en considération, en accordant crédit, les espérances d'enrichissement,* les facultés industrielles du débiteur. Sans doute le débiteur reste libre d'employer, comme bon lui semble, ses facultés..... Il n'en est pas moins vrai que les créanciers sont autorisés à compter sur les émoluments à provenir de l'industrie du débiteur. Si la faute d'un tiers enlève au débiteur la source du gain qui réside dans son travail, les créanciers ne peuvent-ils pas dire : « non seulement les dommages-intérêts obtenus seront notre gage, comme ceux provenant d'une atteinte à l'honneur, mais encore le droit aux dommages-intérêts correspond à un appauvrissement du débiteur, à un vide fait dans son patrimoine. Ce droit est dans son principe et non pas seulement dans son résultat d'intérêt pécuniaire, nous pouvons l'exercer au nom de notre débiteur (2). »

Cette solution repose, à notre avis, sur une confusion entre l'idée de *crédit* et l'idée de *gage*. Nous admettons parfaitement que les créanciers sont autorisés, comme le dit

(1) Trib. Seine, 9 janv. 1879, S. 81, 2, 21 et note de M. LABBÉ.

(2) Dans le même sens : MANGIN, *Act. publ.*, n° 12 et un arrêt de Bastia du 15 mars 1866, cité par ROLLAND DE VILLARGUES, *Codes crim.*, sur l'art. 182, C. inst. crim.

M. Labbé, *à prendre en considération, en accordant crédit, les espérances d'enrichissement* dérivant des aptitudes industrielles du débiteur. Mais si ces aptitudes sont un élément du *crédit personnel* à accorder au débiteur, elles ne font pas du tout partie du *gage réel*, c'est-à-dire des biens formant le patrimoine de ce dernier. Si par l'effet d'un accident, d'un délit ou d'un quasi-délit, le travail du débiteur est interrompu ou rendu impossible, *l'espérance d'enrichissement* s'évanouit comme dans dans le cas où le travail cesse par suite du caprice du débiteur; tant pis pour les créanciers; ils se sont trompés sur la valeur des éléments du *crédit*, mais leur véritable *gage réel* n'a pas été amoindri. En d'autres termes, et vis-à-vis des créanciers, les *espérances* fondées sur les résultats éventuels du travail du débiteur, sont de simples expectatives, à l'égard desquelles il est impossible d'avoir une visée juridique suffisante.

Par conséquent, si les créanciers ne peuvent pas exercer l'action en réparation du préjudice causé à la personne physique de leur débiteur, ce n'est pas, comme l'a jugé le tribunal de la Seine, par cette considération qu'une telle action serait attachée à la personne du sujet, mais parce que l'objet de cette action ne fait pas partie du gage commun.

202. Sont encore exerceables par les créanciers :

Les actions en dommages à suite d'un délit contre le patrimoine du débiteur, ou les actions en indemnité pouvant lui appartenir à raison d'une assurance contre l'incendie (1);

Les actions en indemnité appartenant au patron à raison d'une assurance de ses ouvriers contre les accidents professionnels (2);

Les actions en nullité ou rescision pour cause de violence, erreur, dol ou lésion;

(1) Lyon, 5 mars 1887, D. 88, 2, 91.
(2) Paris, 14 nov. 1887, D. 88, 2, 225.

Les actions en nullité pour cause de minorité ou interdiction;

Les actions en nullité pour cause de dotalité du fonds aliéné;

Pour défaut d'autorisation maritale, etc.

Quand le créancier exerce les droits d'une femme mariée, il n'a pas besoin de demander au mari son autorisation (1).

La circonstance que ces diverses actions sont relatives et constituées au profit de la personne incapable est indifférente, puisque dans tous les cas auxquels s'applique l'art. 1166, il s'agit d'un créancier faisant valoir en son propre nom le droit d'autrui, et ne pouvant le faire valoir que comme tel. D'ailleurs les actions dont il s'agit ont uniquement pour but de protéger l'intégrité du patrimoine, et l'incapacité ne fait aucunement obstacle à l'application des règles dérivant de l'existence du gage commun.

Même solution pour le droit ouvert au profit de la femme de retirer son apport franc et quitte (art. 1514) (2).

203. Si des actions proprement dites nous passons aux instances, il faut admettre que les créanciers pourront, du chef de leurs débiteurs, faire opposition ou appel des sentences prononcées contre ces derniers, à suite d'actions intéressant le patrimoine. Ils pourront aussi faire valablement tous les actes utiles à la conservation de l'instance, mais à la condition d'avoir, au préalable, été reçus parties intervenantes.

On s'est demandé à ce sujet si la qualité de créancier de l'une des parties en cause suffit pour faire admettre son intervention? Quelques auteurs ont considéré l'affirmative comme étant une conséquence de la faculté reconnue par l'art. 1166. Mais comme l'art. 1166 semble ne devoir s'appli-

(1) Poitiers, 12 déc. 1887, S. 88, 2, 32.
(2) V. POTHIER, *Communauté*, n° 394.

quer qu'aux hypothèses où le débiteur néglige d'exercer ses droits, d'autres auteurs admettent que la faculté d'intervenir doit être complétement illimitée (1). Nous croyons aussi que la faculté d'intervenir est directement accordée par la loi à tout intéressé, et ne constitue pas l'exercice d'un droit appartenant au débiteur.

204. Le créancier ne peut être considéré comme exerçant le droit de son débiteur que dans le cas où il a lui-même introduit l'instance que le débiteur aurait eu le droit d'introduire. Dans une telle situation le créancier se borne à faire valoir, tel quel, le droit de son débiteur, et ne saurait avoir une condition différente de la sienne. La jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de faire application de cette règle. L'une des dernières décisions est relative à un cas d'exécution provisoire. Il a été jugé que l'exécution provisoire ne peut être ordonnée à l'occasion d'une demande formée par un créancier en licitation et partage d'une succession dans laquelle son débiteur est intéressé, alors même qu'il y aurait promesse reconnue entre le débiteur et le créancier. Ce n'est pas, en effet, à ce point de vue que la question doit être examinée : l'exécution provisoire, dans une instance en partage, n'aurait pas pu être accordée à un des cohéritiers poursuivants et obtenant le partage; on ne saurait, à plus forte raison, en attribuer le bénéfice au créancier de l'un des cohéritiers (2).

Il arrivera souvent que plusieurs créanciers de la même personne se trouveront réunis dans le même procès pour faire valoir les droits de leur débiteur en vertu de l'art. 1166; dans ce cas, quoique ces créanciers aient entre eux et dans leurs rapports respectifs, des droits et des intérêts distincts, ils ont néanmoins agi dans un même intérêt qui est de faire

(1) V. CHAUVEAU sur CARRÉ, 9, 1270 *bis*.
(2) Lyon, 27 juill. 1888, *Mon. Lyon*, 8 janv. 1889.

valoir les droits de leur débiteur. En conséquence leur pourvoi en cassation ne sera soumis qu'à la consignation d'une seule amende (1).

§ 5. — Exceptions à la règle de l'art. 1166. — Formule générale.

205. — Deux catégories d'exceptions.
206. — Droits attachés à la personne.
207. — Droits insaisissables.
208. — Résumé des observations qui précèdent.
209. — Sont attachés à la personne les droits et actions insaisissables.
210. — Applications diverses de cette formule : à l'action en nullité de l'aliénation d'un fonds dotal;
211. — Au droit de demander la séparation de biens au nom de la femme;
212. — Au deuil de la femme;
213. — Au droit de présentation appartenant au titulaire d'un office.
214. — Conclusion. — A qui profite l'exercice autorisé par l'art. 1166?

205. Arrivons maintenant aux exceptions.

Nous en trouvons deux; les créanciers ne pourront pas exercer :

1° Certains droits et actions déclarés insaisissables pour des motifs divers (art. 580 et 581, C. pr. c.);

2° Les droits qui sont *exclusivement attachés à la personne*.

Quels sont ces droits? Où faut-il les chercher? Il faut évidemment les chercher dans le champ de la règle elle-même, puisque le champ de l'exception doit être forcément circonscrit dans celui de la règle. Or, la règle comprend tous les biens, droits et actions pouvant constituer le gage commun des créanciers, donc, l'exception relative aux droits exclusivement attachés à la personne doit porter sur des droits qui pourraient, d'après leur nature, faire partie de ce gage s'ils

(1) Cass. 8 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 86, 638.

n'avaient pas été placés dans l'exception pour une raison quelconque.

206. Nous placerons au nombre des droits attachés à la personne :

1° Le droit de demander la séparation de biens sans le consentement de la femme (art. 1446, C. C.) ;

2° Le droit de présentation accordé au titulaire d'un office par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 (1).

207. Nous placerons au nombre des droits insaisissables :

1° Les actions relatives aux objets et créances que le Code de procédure civile déclare insaisissables (art. 580 et 592, C. pr. c.). Ainsi, par exemple, les actions en restitution qui peuvent appartenir au débiteur, concernant les objets mobiliers, énumérés dans l'art. 592 et se trouvant entre les mains d'un tiers. Si ces objets se trouvaient, en effet, en la possession du débiteur, ils ne pourraient pas être saisis par les créanciers de ce dernier. Or, l'action que lesdits créanciers voudraient exercer en vertu de l'art. 1166 aurait uniquement pour but de faire rentrer ces objets en la possession du débiteur pour pouvoir en effectuer la saisie. Donc, une telle action n'est pas exerceable ;

2° Les actions relatives à la propriété de rentes sur l'État et de leurs arrérages, rentes déclarées insaisissables par la loi des 8 nivôse et 22 floréal an VI ;

3° Les actions relatives aux sommes déclarées insaisissables par le donateur ou testateur (art. 581 § 3, C. pr. c.);

4° Les actions relatives aux sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables.

Néanmoins, les actions relatives à ces deux dernières sortes de créances pourront être exercées par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs en vertu

(1) V. DALLOZ, v° *Office*.

de la permission du juge et pour la portion déterminée par lui (arg.: art. 582, C. pr. c.), ou plutôt le créancier exercera *de plano* l'action dont il s'agit et le juge devant qui elle sera portée accueillera ou rejettera la demande, et s'il l'accueille, indiquera dans quelle mesure elle produira son effet.

L'art. 581 §§ 3 et 4, dont nous venons de parler, statue pour le cas de saisie-arrêt. Or, nous avons vu que la saisie-arrêt n'est pas, comme on l'a dit, la forme unique de l'exercice des droits résultant de l'art. 1166 en ce qui concerne les créances. L'art. 581 déclare en effet insaisissables, c'est-à-dire non susceptibles de saisie-arrêt, les créances qu'il mentionne dans les paragraphes 3 et 4. Ce n'est pas de ces créances même que nous nous occupons, ni des actions qu'elles engendrent directement, mais, ce qui est bien différent, des actions distinctes qui peuvent être mises en mouvement à leur occasion. Par exemple : à propos d'une pension léguée par testament, indépendamment de l'action directe résultant du testament, contre celui qui doit payer la pension, on peut concevoir : l'action en délivrance du legs, une action en nullité dirigée contre un testament postérieur contenant révocation de la pension léguée. Or de l'insaisissabilité de la créance considérée en elle-même, dans l'espèce de la pension léguée, nous concluons à la non-possibilité de l'exercice par les créanciers des autres actions qui s'y rattachent.

Dans toutes les hypothèses que nous venons d'examiner, l'action considérée en elle-même aurait parfaitement pu être soumise au droit de gage des créanciers. Mais une disposition de la loi en a décidé autrement.

208. Nous avons simplement voulu indiquer les principaux droits et actions rentrant dans l'exception formulée par l'art. 1166 sans avoir l'intention d'en dresser le catalogue complet. Mais les omissions commises seront sans inconvénient si nous pouvons trouver une formule générale

pour désigner quels sont les droits qui peuvent être ou ne pas être exercés par les créanciers.

Avant de rechercher les éléments d'une formule, il importe de constater les résultats acquis dérivant des démonstrations qui précèdent.

Doivent être considérés comme demeurant tout à fait en dehors de l'application de l'art. 1166 :

1° Les actions ayant pour but principal et direct la constatation de l'état des personnes ou d'un droit de famille;

2° Les simples facultés ne se rattachant à l'exercice d'aucun droit contre un tiers;

3° L'usufruit, comme étant susceptible d'une saisie proprement dite (art. 2204, C. C.).

Ce qui revient à dire que l'art. 1166 n'est fait que pour les droits patrimoniaux, les seuls à l'égard desquels on puisse concevoir l'existence d'un droit de gage au profit des créanciers.

Donc, lorsque l'art. 1166 déclare que les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, cet article ne parle et ne peut parler que des droits patrimoniaux.

Mais parmi les droits patrimoniaux il en est certains que les créanciers ne peuvent pas exercer, soit :

1° Parce qu'ils sont exclusivement attachés à la personne, comme le dit l'art. 1166;

2° Soit parce qu'ils sont insaisissables, comme le disent les art. 580, 581, 592, C. pr. c.

209. Si l'on veut trouver une formule destinée à indiquer quels sont les droits que les créanciers peuvent exercer, et ceux qu'ils ne peuvent pas exercer, il faudra donc, d'après ce qui précède, que cette formule ne s'applique absolument qu'aux droits patrimoniaux et laisse de côté les droits de famille et autres qui ne sont pas dans le patrimoine.

C'est ce que n'ont pas fait les auteurs qui se sont préoccupés de la difficulté. Ils ont mêlé ensemble avec les droits patrimoniaux, les droits de *famille*, ou droits *moraux*, ou droits *propres*, suivant les diverses locutions qu'il leur a plu d'employer; de sorte que, finalement, il leur a été impossible de se reconnaître au milieu d'une telle confusion.

Ils ont encore compliqué la difficulté en enchevêtrant ensemble les questions d'aliénabilité, de transmissibilité et de cessabilité (1), de telle façon que tous ces efforts ont abouti en définitive à une nomenclature plus ou moins exacte, mais sans principes bien démontrés, et par conséquent inconsistante et incohérente (2).

Voici le système que nous croyons pouvoir proposer :

Le champ d'application de l'art. 1166 ne peut s'étendre, comme nous l'avons démontré, que dans le domaine des droits patrimoniaux. Ce constat nous servira de point de départ pour rechercher quels sont les droits (patrimoniaux) *qui sont attachés à la personne.*

Mais d'abord quelles sont la valeur, la portée et la signification de cette proprosition : *Droit attaché à la personne?*

Un droit est attaché à la personne :

1° Quand il n'est pas transmissible, comme l'usufruit que, pour ce motif, on appelle quelquefois un droit *personnel;*

2° Quand il n'est pas cessible, comme par exemple le droit d'usage;

3° Quand il n'est pas exerceable par le créancier, par exemple les actions relatives à la restitution d'un objet insaisissable.

Donc, l'expression *droit attaché à la personne*, n'a pas

(1) Ex. : Cass. 3 déc. 1883, D. 84, 1, 334.

(2) Voir les divers systèmes dans notre *Traité de la Cession*, t. I, n°s 111 et suiv.; MERLIN, *Questions de droit*, v° *Hyp.*, § 4, n° 4; AUBRY et RAU, § 342; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1166, n° 2; DEMOLOMBE, t. XXV, n°s 79 et 80; LAURENT, t. XVI, n° 413.

une portée absolue, mais seulement relative. Elle signifiera, tantôt que le droit ainsi désigné comme attaché à la personne est intransmissible; tantôt qu'il est incessible; tantôt qu'il est insaisissable. Cela dépendra du sens général de la proposition entière et de l'ordre d'idées auquel elle se réfère.

Or, il faut maintenant remarquer qu'il ne s'agit pas de rechercher, d'une manière générale, quelle est la signification de la proposition *droit exclusivement attaché à la personne*, quand cette proposition est employée dans un sens *abstrait* sans détermination aucune. Il s'agit, au contraire, ce qui est bien différent, de rechercher quel est le sens de cette proposition en tant que nous la trouvons dans l'art. 1166 et non pas ailleurs, c'est-à-dire quel est son sens concret.

Or l'art. 1166 en déclarant que les créanciers peuvent, d'une manière générale, exercer les droits et actions de leur débiteur ne fait rien autre chose, nous le savons, qu'organiser à l'égard de certains éléments du patrimoine sinon une véritable saisie, tout au moins le préalable d'une saisie qui produira ultérieurement ses effets utiles.

Donc lorsque l'art. 1166 déclare que : seront exceptés de cette saisie *les droits attachés à la personne*, il veut tout simplement parler des actions relatives aux droits et objets insaisissables. C'est là le sens naturel de cette locution lorsqu'on l'emploie pour désigner les objets qu'on déclare n'être pas soumis à l'action des créanciers. Voilà donc notre formule trouvée, et, remarquons-le bien, elle est fournie par le texte même que nous cherchons à élucider :

Sont exclusivement attachés à la personne, au point de vue de l'art. 1166, les droits patrimoniaux déclarés insaisissables et les actions qui s'y rattachent.

210. Nous allons maintenant faire la preuve de la vérité de cette formule en vérifiant, dans chaque droit non exerceable, le caractère d'insaisissabilité.

D'abord, il ne peut y avoir aucune difficulté à l'égard des

actions relatives à des objets insaisissables. Il est certain que ces actions ne peuvent être exercées par les créanciers puisqu'elles ne produiraient aucun effet utile à leur égard. Quel intérêt en effet pourraient-ils avoir à faire rentrer dans le patrimoine de leur débiteur des objets qu'ils ne pourraient saisir ni faire vendre?

Dans quelques autres cas particuliers, nécessairement fort rares, nous allons voir que c'est l'insaisissabilité, ou l'impossibilité de saisir, qui met obstacle à l'action des créanciers.

Ainsi que décider par rapport à l'action en nullité qui appartient à la femme pour attaquer l'aliénation d'un fonds dotal ou la concession de droits réels qu'elle aurait faite sur un fonds dotal? Ce n'est qu'une action en nullité ordinaire, et on reconnaît généralement que cette action peut être intentée par les créanciers de la femme. Ceux qui adoptent cette solution font cependant une distinction nécessaire : ils distinguent entre les créanciers dont les titres sont exécutoires sur la dot, et les créanciers, au contraire, dont les titres ne sont pas exécutoires sur la dot, c'est-à-dire à l'égard desquels on peut considérer la dot comme étant insaisissable. Il est bien vrai qu'il ne s'agit pas ici d'une insaisissabilité provenant d'un caractère inhérent à la chose elle-même, ainsi que nous l'avons démontré à propos de l'inaliénabilité (Voy. t. IV, n° 77). Mais il s'agit toujours d'un cas où les créanciers sont dans l'impossibilité de saisir. Or c'est cette impossibilité de saisir l'objet dotal qui met obstacle à l'exercice, de leur part, de l'action en nullité appartenant à la femme.

211. Que faut-il penser maintenant du droit de demander la séparation de biens au nom de la femme (art. 1446, C. C.).

Il résulte de cet article, d'après tous les auteurs, que le droit de demander la séparation de biens est attaché à la personne, puisqu'il ne peut être exercé sans le consentement

du sujet investi. Mais cela voudrait-il dire qu'un droit attaché à la personne pourrait être exercé par un créancier si le débiteur donnait son consentement? Nous n'hésitons pas à le penser pourvu que le débiteur soit capable. Ainsi, la femme dotale, dans l'exemple ci-dessus, ne pourrait pas donner un consentement valable. Il faut supposer de plus que la loi ne le défend pas. Ainsi, en matière de droit d'usage et d'habitation, l'action confessoire ne pourrait être intentée du chef de l'usager et de son consentement par un créancier de celui-ci. Le nu-propriétaire défendeur opposerait avec raison que le consentement ne peut intervenir qu'à l'égard des actions pouvant être cédées.

Mais, pourrait-on dire, la précision faite par l'art. 1446, que la séparation de biens ne peut être demandée par les créanciers de la femme, bien loin de prouver que le droit invoqué par les créanciers est attaché à la personne de la femme, semble impliquer, au contraire, qu'il n'en est rien puisque la femme pourra les autoriser à agir; c'est ce qu'il faut examiner.

On ne doit pas équivoquer en effet sur le droit que les créanciers prétendent exercer. Ils se bornent à demander que vis-à-vis d'eux, la communauté soit considérée comme dissoute; et par voie de conséquence, ils veulent exercer du chef de la femme les droits pouvant appartenir à cette dernière, droits qui ne sont pas le moins du monde attachés à sa personne. Voilà en quoi consiste la prétention des créanciers de la femme : ils ne demandent pas du tout que la communauté soit dissoute entre elle et le mari; il leur est en effet complétement indifférent que la communauté continue ou ne continue pas entre les époux; — ce qui leur importe, c'est qu'elle soit non avenue à leur égard ou en d'autres termes, qu'il leur soit permis d'exercer contre le mari les droits et actions de la femme, comme si la communauté n'existait pas. La loi a accueilli cette prétention des

créanciers pour le cas où le mari est en faillite ou en déconfiture, c'est ce qui résulte du paragraphe 2 de l'art. 1446.

Mais dans le cas où le mari n'est pas encore en faillite ou en déconfiture, quoique le désordre de ses affaires mette en péril la dot et les reprises de la femme, c'est-à-dire le gage des créanciers de cette dernière, la loi dit, fort arbitrairement, à ces créanciers : — Vous ne pourrez exercer contre le mari les droits et actions de votre débitrice que si cette dernière demande la séparation de biens. Si elle ne veut pas demander elle-même cette séparation, elle pourra cependant donner son consentement à ce que vous le fassiez en son nom.

Ce consentement pourra être donné, tout le monde est d'accord sur ce point, dans une forme quelconque, déclaration pure et simple d'autorisation, mandat, cession, etc., ce qui revient à reconnaître que le droit de demander la séparation de biens est un droit *cessible*.

D'un autre côté, nous admettons que la demande en séparation de biens formée par la femme peut être continuée après sa mort par ses héritiers, ou après la mort de son mari, contre les héritiers de celui-ci à cause de l'intérêt que présente l'effet rétroactif de l'art. 1445 (1); l'action en séparation de biens est donc transmissible.

Elle est cessible, elle est transmissible; seulement, l'article 1446 ne permet pas de l'exercer malgré la femme... Qu'est ce que cela veut bien dire?...

Qu'elle est insaisissable, et voilà tout.

212. *Quid* du droit de la femme à une certaine somme à titre de deuil? (art. 1570, C. C.).

Ce droit n'est pas transmissible : Si la femme vient à décéder peu de temps après son mari, sans avoir encore fait la dépense des habits de deuil, ses héritiers ne retrouveraient pas dans son patrimoine la créance dont il s'agit.

(1) Voy. RODIÈRE et PONT, *Contrat de mariage*, t. III, n° 2117.

Il est manifeste, en outre, que les créanciers de la femme ne pourraient pas faire une saisie-arrêt entre les mains des héritiers du mari, puisque cela pourrait avoir pour résultat de donner un prétexte à la femme pour ne pas porter le deuil. Cette créance est donc insaisissable, et par suite, non exerceable. Il faudrait cependant faire une exception en faveur de ceux qui auraient précisément fourni à la femme ses habits de deuil à crédit. Il est certain qu'ils pourraient agir de son chef contre les héritiers du mari.

Quelques auteurs pensent que le droit appartenant à l'héritier présomptif de se faire envoyer en possession des biens d'un absent est essentiellement attaché à la qualité d'héritier, et que pour ce motif, il ne peut être exercé par les créanciers (1). Il est peut-être plus vrai de dire que c'est un droit d'option que l'héritier présomptif est appelé à exercer, pure *faculté* tout à fait en dehors de l'application de l'art. 1166. Mais que décider des droits analogues appartenant aux autres intéressés énumérés dans l'art. 123 du Code civil, qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès? Ainsi, par exemple, l'absence a été déclarée; le testament de l'absent a été ouvert, il contient le legs d'une créance, et le légataire accepte ce legs. Les créanciers de ce légataire pourraient évidemment faire une saisie-arrêt sur la créance léguée : cette créance est donc saisissable. Les créanciers pourront donc exercer les droits et actions de leur débiteur, dérivant du testament, et cette solution peut être généralisée au profit des créanciers de tous les intéressés dont parle l'art. 123. Nous renvoyons d'ailleurs à ce qui a été dit sur ce point, t. I, n° 413.

213. Le droit de présentation accordé au titulaire d'un office ministériel ne peut pas être exercé par ses créanciers. Pourquoi?

(1) DALLOZ, v° *Oblig.*, n° 335; LAROMBIÈRE, art. 1166, n° 8.

Parce qu'il est insaisissable, car, différemment, il est transmissible et cessible.

214. Finalement, il faudra toujours réduire la discussion à l'examen de la question de saisissabilité. Or, tous les droits patrimoniaux sont saisissables, voilà la règle. L'insaisissabilité ne peut résulter que d'une déclaration formelle de la loi, ou d'une prohibition d'aliéner comme pour les objets dotaux ou d'une disposition restrictive dans le genre de celle de l'art. 1446. La volonté de l'homme ne peut imprimer le caractère d'insaisissabilité à un élément du patrimoine que dans les limites de l'art. 581, C. pr. c. Toute clause qui se produirait en dehors de ces limites devrait être, suivant les cas, déclarée nulle ou non écrite.

La plus grave erreur qui puisse être commise dans notre matière est celle qui consiste à considérer comme *attaché* à la personne tout droit *constitué* en considération de la personne. Il n'y a aucune espèce de rapport entre ces deux idées. Il arrive souvent que la considération d'une personne est déterminante pour la création d'un droit à son profit. C'est ce qui a lieu notamment dans les donations proprement dites et les simples libéralités. Mais lorsque le droit a été ainsi *constitué* par suite de la considération de la personne, ce droit est entré dans le patrimoine de la personne considérée, et se trouve dès lors englobé dans le gage commun des créanciers de cette dernière. Il est singulier qu'une vérité aussi simple ait été quelquefois méconnue par la jurisprudence. Ainsi on a jugé que l'engagement pris par un neveu, vis-à-vis de son oncle, de solder en son acquit le prix de l'acquisition d'un établissement commercial, *précédemment faite par ce dernier*, dans le dessein de lui assurer un avenir commercial, a le caractère d'une obligation personnelle non susceptible d'être invoquée par les créanciers de celui au profit duquel elle est souscrite! L'arrêt ajoute qu'il doit en être ainsi quand même à ces sentiments de

bienveillance se trouverait mêlé, chez le prêteur, l'espoir de recouvrer plus facilement des créances antérieures (1). Cela revenait à dire que l'action appartenant à l'oncle en vertu de la libéralité émanant du neveu, était absolument insaisissable dans le patrimoine de l'oncle. On voit jusqu'où pourrait conduire la généralisation d'une telle solution.

L'exercice par un créancier de droits ou actions appartenant à son débiteur profite d'abord directement au débiteur lui-même, puisque le droit envisagé rentre dans son patrimoine. Il profite indirectement au créancier demandeur, mais sans lui procurer une situation privilégiée. Ce qui revient à dire que le bénéfice résultant de l'exercice autorisé par l'art. 1166 profitera à tous les créanciers du même débiteur qui retrouveront leur gage dans le patrimoine de ce dernier. Les biens ainsi rentrés dans ce patrimoine seront distribués entre les créanciers par contribution, à moins qu'il n'existe, au profit de quelques-uns, des droits de préférence.

§ 6. — De l'action paulienne.

215. — Dans quelles circonstances il y a lieu, pour les créanciers, de recourir à l'action Paulienne autorisée par l'art. 1167.
216. — Origine de cette action.
217. — Définition et champ d'application de l'action Paulienne.
218. — Des aliénations et omissions d'acquérir.
219. — A quels créanciers appartient l'action Paulienne.
220. — Conditions d'exercice de l'action ; de la fraude dans les actes à titre onéreux.
221. — De la fraude dans les actes à titre gratuit ; application aux art. 622, 788, 1053, 2225.
222. — *Quid* en ce qui concerne les constitutions de dot?
223. — Conséquences de l'action à l'égard des sous-acquéreurs.
224. — De la fraude dans les contrats judiciaires et de la tierce-opposition.

(1) Amiens, 13 août 1885, *Rec. d'Amiens*, 85, 205.

225. — Condition du tiers défendeur à l'action Paulienne.
226. — Le demandeur profite seul du bénéfice de sa poursuite.
227. — Le défendeur à l'action Paulienne a un recours contre le débiteur; base et nature de ce recours.
228. — Le demandeur n'a pas à subir le concours des créanciers personnels du tiers défendeur, sauf quand l'acte attaqué était une remise de dette.
229. — Durée de l'action Paulienne. Du renvoi contenu dans la dernière partie de l'art. 1167.
230. — De l'action en déclaration de simulation, distincte de l'action résultant de l'art. 1166, et de celle qui dérive de l'article 1167.
231. — A qui appartient cette action.
232. — Son effet à l'égard des sous-acquéreurs.
233. — De la preuve en cette matière. — Renvoi.

215. Le gage commun que trouvent les créanciers dans le patrimoine de leur débiteur est *imparfait* en ce sens qu'il peut diminuer ou même disparaître par l'effet des aliénations que leur débiteur conserve le droit de consentir. Les créanciers ont en effet suivi la foi de ce dernier en ne stipulant aucune sûreté particulière; ils sont donc en quelque sorte représentés par lui. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que les aliénations aient été faites de bonne foi.

Nous avons vu que pour avoir raison de l'inertie ou de la négligence de leur débiteur l'art. 1166 leur permettrait d'agir au nom de ce dernier;

ART. 1167. Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. — Ils doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre *des Successions* et au titre du *Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux*, se conformer aux règles qui y sont prescrites (*).

Quand un débiteur cherche à soustraire tout ou partie de son actif aux poursuites de ses créanciers, deux moyens s'offrent à lui, il peut d'abord s'entendre avec un tiers complaisant à qui il fera semblant de vendre ou de donner son bien. Les créanciers n'ont besoin d'aucun secours particulier pour déjouer cette tactique; ils saisiront le bien qui n'a pas

(*) Art. 1167. — *Tot. tit.*, D. 42, 8, *Quæ in fraudem.*

cessé d'appartenir réellement à leur débiteur, et si l'acquéreur apparent leur oppose son titre fictif, ils auront recours à une action en déclaration de simulation (1) dont nous parlerons plus loin (*infrà*, n° 320).

Mais il peut arriver que le tiers à qui s'adresse le débiteur lui réponde : je veux bien vous aider à frauder vos créanciers; mais pas de cette manière : Vous allez me vendre sérieusement le bien dont il s'agit à de bonnes conditions, je vous en remettrai immédiatement le prix, et vos créanciers n'auront rien (2). Dans ce cas, les créanciers seront-ils obligés de subir les conséquences d'une aliénation qui détermine ou augmente l'insolvabilité de leur débiteur ?

Si l'art. 1167 n'existait pas, l'affirmative serait certaine; d'une part, en effet, les créanciers n'ayant stipulé aucune sûreté particulière, comment leur accorder indirectement une espèce de droit de suite en leur permettant de poursuivre un bien qui est sorti du patrimoine de leur débiteur (3) ? D'autre part pourquoi enlever à un tiers le bénéfice d'un contrat régulièrement conclu ?

Aussi pour bien comprendre la portée de l'art. 1167 est-il nécessaire d'en indiquer l'origine.

216. Nous avons déjà vu (*suprà*, n° 183), que primitivement, l'exécution des dettes ne pouvait être poursuivie que sur la personne même du débiteur. Mais le préteur finit par établir au profit des créanciers un droit de gage général et imparfait sur la totalité du patrimoine du débiteur. On put alors concevoir l'exécution sur les biens, et la *bonorum venditio* fut introduite par Publius Rutilius (4) contemporain de Cicéron. Or, il paraît résulter d'un texte de Cicéron (5) que l'on admettait de son temps la révocation des actes fraudu-

(1) Lyon, 28 fév. 1884, S. 85, 2, 129.
(2) Ex. : Cass. 28 mars 1892, D. 92, 1, 465.
(3) Voy. LAURENT, t. XVI, n° 431.
(4) GAIUS, IV, § 35.
(5) *Litt. ad Atticum*, I, 1.

leux. L'action révocatoire apparaît donc comme étant le corollaire du droit de gage général appartenant aux créanciers. Donc, chaque fois qu'un individu propose un acte devant avoir pour résultat de diminuer son actif, les tiers avec qui il prétend traiter ne peuvent pas ignorer que cet acte peut porter atteinte au gage commun ; ils doivent donc repousser certaines propositions, et s'ils prêtent leur concours à la fraude du débiteur, ils engagent leur responsabilité. Les mœurs publiques se sont développées dans ce sens, et ont ainsi ratifié le principe qui, d'abord, paraît excessif, de l'action Paulienne.

217. L'action Paulienne ou révocatoire peut être définie : une action individuelle et personnelle, en réparation du préjudice résultant pour le créancier demandeur d'une aliénation frauduleuse faite aux dépens du gage commun, donnée contre un tiers complice de la fraude du débiteur ou en ayant bénéficié comme donataire. Il faut donc qu'il s'agisse d'actes ayant diminué le gage commun, l'action ne pourrait être donnée au sujet de droits ne faisant pas partie de ce gage. On tire généralement de là cette conclusion que les créanciers ne peuvent attaquer les actes concernant les droits exclusivement attachés à la personne dans le sens de l'article 1166, et que par conséquent ils ne pourraient pas exercer au nom de leur débiteur (1). Dans ce système l'art. 1166 servirait en quelque sorte de limite à l'art. 1167. Ainsi formulée l'observation manque d'une rigoureuse exactitude. Nous avons vu, en effet (*suprà*, 298) que l'art. 1166 constituant une espèce particulière de saisie, n'avait pas été fait pour les éléments du patrimoine qui peuvent être l'objet d'une saisie ordinaire proprement dite. Il en est ainsi de l'usufruit qui peut être directement saisi sans qu'il y ait lieu de recourir à

(1) AUBRY et RAU, t. IV, § 303, note 5; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 82 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 169; LAURENT, t. XVI, n° 473; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 923.

l'art. 1166. La vente frauduleuse d'un droit d'usufruit pourra donc donner lieu à l'application de l'art. 1167 quoiqu'elle ne donne pas occasion d'appliquer l'art. 1166. Ce qu'il y a de vrai c'est que les deux textes ne concernent que les droits pouvant rentrer dans le droit de gage des créanciers. Ces derniers ne pourraient donc pas attaquer un mariage ou une émancipation comme faits en fraude de leurs droits (1).

218. En droit romain les créanciers ne pouvaient attaquer que les actes par lesquels le débiteur se dépouillait, et non ceux par lesquels il manquait d'acquérir (2). Dans l'ancienne jurisprudence l'action Paulienne fut aussi admise, mais on ne faisait plus de distinction entre les omissions d'acquérir et les aliénations. Cette distinction ne présentait guère d'intérêt en droit romain qu'au point de vue des renonciations à succession. Or, en droit français, l'héritier étant directement investi par la loi de la propriété de l'hérédité, en répudiant il diminuait son patrimoine et son acte pouvait être atteint par l'action Paulienne; ces principes sont passés dans le Code civil. Celui qui renonce à une succession (art. 788), à une communauté (art. 1464), à un legs (arg. art. 1014), fait sortir de son patrimoine un bien qui y était entré, et peut ainsi donner lieu à l'exercice de l'action Paulienne dans des circonstances où les Romains ne l'admettaient pas. On fait alors observer que cela ne tient pas à un changement dans les principes relatifs à l'action Paulienne, mais à un changement dans les règles concernant l'acquisition des successions. La renonciation qui, pour l'héritier externe du droit romain était une simple omission d'acquérir, est au contraire une aliénation d'après notre système moderne.

On part de là pour décider que les principes de l'action Paulienne, étant demeurés les mêmes, il faut admettre que cette action n'est pas recevable contre les actes par lesquels

(1) LAURENT, t. XVI, nos 475, 476.
(2) Voy. GAIUS, II, § 195; L. 6 pr. § 2, D. 42, 8.

le débiteur a simplement négligé d'acquérir, et que par suite les créanciers ne pourraient pas faire annuler le refus fait par le débiteur d'accepter une donation offerte (1).

La solution est évidente, mais il est inutile pour la justifier de recourir à une distinction scolastique qui ne correspond à rien. Les omissions d'acquérir sont de pures facultés qui n'ont jamais fait partie du gage du créancier (*suprà*, 292).

219. L'action Paulienne appartient individuellement à tout créancier qui agit, en l'exerçant, *proprio jure*, en son nom personnel, et non comme représentant son débiteur (2); il importe peu d'ailleurs qu'il soit privilégié, hypothécaire ou chirographaire (3), qu'il ait d'autres moyens de sauvegarder ses intérêts.

L'action appartient à tous les créanciers contre qui a été machinée la fraude dont il s'agit de faire cesser les effets;

Elle appartient donc tout naturellement à ceux qui justifient d'un droit de créance ayant une date certaine antérieure à l'acte dont ils se plaignent (4). Quelques auteurs n'exigent pas que l'antériorité de la créance soit constatée, par un acte ayant date certaine surtout quand l'action est dirigée, contre un tiers de mauvaise foi (5). Mais alors d'où résulterait l'antériorité? Ce serait donc au défendeur à établir, contrairement à la généralité des termes de l'art. 1328, l'antidate. Il convient du reste de considérer comme préexistant les droits dont le principe était antérieur à l'acte attaquée, bien que leur existence n'ait été déclarée que par un jugement postérieur (6).

(1) LAURENT, t. XVI, n° 438; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 917; Voy. cep. AUBRY et RAU, § 313, note 16; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 166.
(2) Cass. Belge 10 juin 1886, *Pas.*, 86, 1, 258.
(3) Bordeaux, 14 juill. 1873, D. 75, 2, 18.
(4) LAURENT, t. XVI, n° 461; comp. Cass. 23 janv. 1889, D. 90, 1, 73.
(5) Comp. AUBRY et RAU, § 313 note 4; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 234; Bourges, 18 juill. 1892, D. 92, 2, 609.
(6) Cass. 12 nov. 1872, S. 73, 1, 59; Cass. 2 avril 1872, S. 73, 4, 217.

Quant aux créanciers postérieurs à l'acte ils pourront également agir, mais seulement dans les cas où l'acte argué de fraude a été réalisé en vue de l'avenir, et précisément dans le but d'enlever aux créanciers futurs les garanties sur lesquelles ils devaient compter (1).

Le droit d'intenter l'action appartient à chacun des créanciers individuellement sauf le cas de faillite où il appartient seulement au syndic, et il peut être exercé aussitôt que le débiteur a commis un acte déterminant ou augmentant son insolvabilité, c'est-à-dire entraînant tout au moins sa déconfiture, et par suite la déchéance du terme. Les créanciers à terme ne sauraient donc être empêchés d'agir. Quant aux créanciers conditionnels, la circonstance qu'ils peuvent, *pendente conditione*, prendre *à l'égard de leur débiteur* lui-même des mesures conservatoires, ne saurait les autoriser à réclamer, *à l'égard de tiers*, des mesures révocatoires (2).

220. Il ne suffit pas que l'acte attaqué ait porté préjudice aux créanciers, il faut encore qu'il y ait eu fraude de la part du débiteur, et il y aura fraude de sa part chaque fois qu'il aura eu connaissance du préjudice qu'il causait à ses créanciers; c'est au demandeur à faire la preuve dans les termes du droit commun et il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement si l'aliénation a eu lieu en fraude du droits des créanciers (3).

De qui doit émaner la fraude?

Le principe, en cette matière, est nettement formulé par la Cour de cassation :

Au cas d'actes à titre onéreux, l'action Paulienne n'est admissible, de la part des créanciers, que si la fraude *(consilium fraudis)* existe chez les deux parties contractantes; au

(1) Bourges, 18 juill. 1892, D. 92, 2, 609; Montpellier, 16 nov. 1889, D. 90, 2, 171.

(2) LAURENT, t. XVI, nos 458, 459; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 922.

(3) Cass. 16 avr. 1889, D. 90, 1, 260.

cas d'actes à titre gratuit, il suffit d'établir la fraude de la part du donateur (1).

Ainsi la vente consentie par un mari à sa femme en exécution d'un jugement de séparation de biens ne pourra être attaquée utilement par les créanciers du mari que si elle est le résultat d'un concert frauduleux entre les époux (2), même décision pour une cession de droits successifs, le concert frauduleux entre les parties devra être établi (3).

Pour qu'il y ait fraude de la part du tiers avec qui le débiteur a traité, il suffit que le tiers ait eu connaissance de l'insolvabilité ou déconfiture du débiteur, et il pourra y avoir intérêt à rechercher à quel moment précis il a eu cette connaissance. Ainsi un créancier chirographaire qui attaque comme passé en fraude de ses droits, un acte dûment transcrit portant transfert de droits immobiliers doit, si ce transfert a eu lieu antérieurement par acte sous seing privé enregistré, prouver la fraude à l'époque de l'enregistrement. Il ne lui suffirait pas d'établir que l'acquéreur connaissait la déconfiture de son vendeur à l'époque de la transcription (4).

221. Pour les actes à titre gratuit on a soutenu que la loi se contentait de l'existence du préjudice. On invoque en ce sens, d'abord l'art. 622, qui permet aux créanciers d'un usufruitier de faire annuler la renonciation à son usufruit que celui-ci aurait faite *à leur préjudice*. Mais une telle renonciation faite gratuitement doit être traitée comme un acte de libéralité pour laquelle il suffit d'établir la fraude du renonçant (5) (Voy. t. IV, n° 246).

On invoque encore l'art. 788 (Voy. t. V, n° 186) autorisant

(1) Cass. 21 mai 1889, S. 89, 1, 357.
(2) Chambéry, 18 janv. 1888, D. 88, 2, 259.
(3) Douai, 30 déc. 1890, D. 92, 2, 27.
(4) Liège, 4 août 1877, *Pas.*, 77, 2, 400.
(5) Cass. 11 nov. 1878, D. 79, 1, 416.

les créanciers d'un héritier à faire annuler la renonciation faite par lui *au préjudice* de leurs droits; et l'art. 1053 (Voy. t. VI, n° 406), aux termes duquel la renonciation faite par le grevé au bénéfice de la substitution, ne peut *préjudicier* à ses créanciers.

On fait remarquer que dans les trois textes précités il est seulement question du préjudice et non de la fraude, ce qui serait une raison décisive fortifiée en outre par cette raison d'équité qu'il y aurait quelque chose de choquant à ce qu'une portion du patrimoine du débiteur serve à enrichir un tiers, tandis que les créanciers perdent ce qui leur est dû.

Une seconde opinion distingue entre les actes unilatéraux de pure renonciation, et les actes bilatéraux qui sont en même temps investitifs de droits, tels que : une donation proprement dite, une remise de dette, etc. or, dit-on, dans les cas de renonciation il y a simple *abdication*, et non *donation*, et l'art. 1167 ne se réfère qu'aux actes contractuels; donc il n'exige la fraude que pour les actes de cette nature, et implicitement il ne l'exige pas pour les autres. Il est en effet assez remarquable que les art. 622, 788, 1053, tous relatifs à de pures renonciations, ne parlent que de préjudice. On ajoute pour justifier cette opinion que, en réalité, toute renonciation unilatérale permet de présumer la fraude.

Mais nous pensons qu'il faut toujours appliquer l'art. 1167, dont les art. 622, 788 et 1053 ne paraissent être qu'une application anticipée. Si dans ces textes le législateur n'a parlé que de préjudice, c'est parce que au moment où ils ont été rédigés, on ne savait pas encore avec certitude à quel système général on s'arrêterait. Or, le système général a été formulé d'une manière absolue dans l'art. 1167, et il est remarquable qu'après l'adoption de cet article, il semble qu'il n'y ait plus eu de doute, car l'art. 1464 qui prévoit un

cas de pure renonciation exige la fraude. L'art. 1167 est donc général (1).

Nous croyons cependant qu'il faut faire exception pour le cas de l'art. 2225 qui est spécial à la renonciation à la prescription. Dans ce texte, on ne parle même pas de préjudice, et il ne saurait être question de fraude. La renonciation à la prescription a en effet sa source dans un sentiment de délicatesse. Seulement le créancier se plaint d'une délicatesse exagérée, et produisant son effet à ses dépens. Même observation pour l'art. 1338 *in fine*.

Nous avons déjà vu que la jurisprudence, appliquant les principes admis par le droit romain, exige que le tiers avec qui le débiteur a traité, soit complice de la fraude quand il s'agit de faire tomber un acte à titre gratuit, et ne l'exige pas quand il s'agit d'un acte à titre onéreux (2).

Le donataire sera donc passible de l'action Paulienne, quoiqu'il soit de bonne foi. Seulement, il ne sera tenu que *quatenus locupletior factus est;* car s'il n'est pas complice, il ne doit rien perdre; il suffit qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens du créancier. Par conséquent, s'il a vendu l'immeuble donné, il suffira qu'il rembourse le prix qu'il en a retiré, quel qu'il soit. Il faudra appliquer la même solution au cas où une personne a reçu de bonne foi ce qui ne lui était pas dû (art. 1380). Mais le donataire gardera les fruits en vertu de l'art. 549, car il avait un juste titre et la possession de bonne foi.

222. Il pourra y avoir quelques difficultés dans l'application de ces principes à l'égard des actes dont le caractère

(1) DEMOLOMBE, t. XXV, nos 192 et suiv.; LAURENT, t. XVI, nos 443 et suiv., BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 918; comp. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 82 *bis* IX et X; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 313, texte et note 18.

(2) L. 6, § 8 et 11, D. 42, 8, *Quæ in fraud.;* Cass. 21 mai 1889, S. 89, 1, 337.

est incertain, qui apparaissent comme étant à titre gratuit de la part du disposant et à titre onéreux de la part de ceux qui reçoivent (Voy. t. VI, n° 89), comme pour les donations faites en faveur du mariage.

Il faut d'abord décider qu'une donation entre vifs faite par un futur époux à la future épouse, ne perd pas son caractère de pure libéralité parce qu'elle a été faite par contrat de mariage. Si donc, elle est attaquée comme faite en fraude des créanciers du donateur, il n'y a pas lieu de rechercher, pour prononcer la révocation, si la personne gratifiée a été de mauvaise foi (1).

Mais quand il s'agit d'une dot proprement dite constituée en faveur de la femme, la Cour de cassation pose en principe que les donations de cette nature faites par contrat de mariage doivent être considérées comme des actes à titre onéreux, sans distinguer, comme on le fait en général dans la doctrine, entre les droits de la femme sur sa propre dot, et ceux du mari sur la dot de la femme. La Cour a même étendu cette solution à la donation faite au mari par ses père et mère en considération du mariage (2).

Les créanciers du donateur doivent donc établir, non seulement la mauvaise foi de leur débiteur, mais encore celle du donataire, et s'il s'agit d'une constitution de dot faite au profit de la femme, la mauvaise foi du mari de cette dernière considéré comme ayant acquis à titre onéreux des droits sur cette dot. La Cour suprême va plus loin; elle décide que la femme doit être considérée comme ayant sur ce qui tient lieu de dot au mari des droits analogues à ceux que le mari a sur la dot de sa femme, et qu'en conséquence, lorsque des créanciers attaquent la donation faite dans son contrat de mariage à un mari par un de ses ascendants, leur action ne

(1) Pau, 17 déc. 1890, D. 92, 2, 18.
(2) Cass. 14 mars 1848, D. 48, 1, 66.

peut réussir du vivant de la femme qu'autant qu'ils prouvent non seulement la mauvaise foi du donateur et du mari donataire, mais encore celle de la femme (1). Cette solution peut paraître excessive, même dans un système qui a pour base le désir d'assurer la stabilité quand même du contrat de mariage. Aussi est-elle vivement contestée (2).

En Belgique l'intérêt des créanciers qui cherchent à éviter une perte paraît préférable à celui de la fille dotée qui poursuit uniquement la réalisation d'un gain. Par suite, et nonobstant la bonne foi de cette dernière on annule la donation à elle faite par son père en faveur de son mariage (3).

La lutte existe donc entre les prétentions des époux d'une part, et l'intérêt des créanciers d'autre part. Pour arriver sur ce point à des conclusions définitives, il faudra soumettre à un nouvel examen la question de savoir si la constitution de dot, la donation faite par le contrat de mariage, n'est pas une pure libéralité aussi bien à l'égard de l'époux donataire et de son conjoint, mari, ou femme, qu'à l'égard du donateur. C'est ce que nous ferons quand nous nous occuperons du contrat de mariage.

223. Que faut-il maintenant décider pour le cas où celui qui a directement profité de l'acte frauduleux, et qui, d'après les distinctions précédentes, serait tenu de restituer, a lui-même aliéné au profit d'un sous-acquéreur de bonne foi, le droit qui lui avait été transmis ? S'il s'agit d'un sous-acquéreur de bonne foi à titre gratuit, il ne saurait y avoir de doute, il devra subir le contre-coup de la révocation de l'acte du débiteur (4).

S'il s'agit d'un sous-acquéreur de bonne foi à titre onéreux

(1) Cass. 18 janv. 1887, D. 87, 1, 257.

(2) Voy. GODEFROY, *De l'exerc. de l'act. Paulienne à l'égard des donat. faites par contr. de mar.*, *Revue critique*, 1887, p. 731.

(3) Cass. Belge, 9 janv. 1890, S. 91, 4, 5.

(4) Gand, 6 avr. 1889, *Pas.*, 89, 2, 324.

c'est en vain que les créanciers invoqueraient, pour l'atteindre, les maximes banales : *Nemo dat quod non habet; resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*, qui n'ont rien à faire dans la question. En effet : le débiteur avait-il le droit d'aliéner en fraude de ses créanciers? Evidemment non. Donc, théoriquement, la fraude du débiteur seul devrait suffire, et il ne serait pas nécessaire que le tiers acquéreur fût complice de la fraude. Cependant on l'a exigé, on a décidé que la bonne foi du tiers acquéreur à titre onéreux le mettait à l'abri de l'action Paulienne; pourquoi décider autrement à l'égard d'un sous-acquéreur de bonne foi? Et d'ailleurs, si ce dernier, au lieu de traiter avec le premier acquéreur avait traité avec le débiteur lui-même, ne serait-il pas à l'abri de l'action Paulienne ? L'affirmative est évidente; or il a traité avec l'ayant-cause du débiteur; c'est donc comme s'il avait traité avec le débiteur lui-même ou avec son mandataire. La maxime *nemo dat.....* doit donc être écartée, puisque son application conduirait à donner l'action Paulienne même contre le premier acquéreur de bonne foi. Elle doit être écartée à un autre point de vue; elle est faite seulement pour le propriétaire qui, après avoir fait annuler une vente, agit contre les tiers à qui l'acheteur avait concédé des droits; on peut dire alors : *resoluto jure dantis resolviter jus accipientis* (art. 2125), et le vendeur étant censé être toujours demeuré propriétaire peut revendiquer contre les tiers. Mais il n'en n'est pas de même des créanciers qui ne sont pas, qui n'ont jamais été propriétaires, et qui ont seulement une action personnelle à raison de la fraude de leur débiteur (1).

224. Nous avons supposé, jusqu'à ce moment, que cette

(1) DURANTON, t. X, n° 582; AUBRY et RAU, § 313, note 24; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 82 *bis* XII; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 200; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 920; *Contrà*, LAURENT, t. XVI, n°s 465, et 466; DUVERGIER sur TOULLIER, t. III, p. 227, note 1.

fraude intervenait dans un contrat ordinaire ou bien dans un acte unilatéral contenant renonciation. Que décider si la fraude a lieu au cours d'un procès et se réalise au moyen du contrat judiciaire?

Le principe qu'une personne assignée en justice y représente la masse de ses créanciers chirographaires, cesse d'être applicable au cas où l'existence d'une collusion entre le débiteur et la partie adverse est sérieusement alléguée (1). Ainsi il peut arriver que le débiteur, voulant frauder ses créanciers, s'arrange de manière à se faire condamner en justice par une sentence judiciaire qui lui enlève un bien ou une action. Quelle sera dans ce cas la position des créanciers? D'abord les créanciers auraient pu intervenir; l'intervention et l'action Paulienne peuvent être exercées simultanément (2).

S'ils ne sont pas intervenus et que le jugement puisse encore être attaqué par les voies ordinaires de l'opposition ou de l'appel, il n'y aura pas de difficulté; les créanciers pourront user de ces voies de recours par application de l'art. 1166. Dans le cas contraire ils feront tomber le jugement au moyen de la tierce-opposition (art. 474, C. pr. c.).

225. Il est certain que le tiers contre lequel l'action Paulienne est dirigée, n'importe dans quelle circonstance, peut toujours, s'il reste des biens au débiteur, demander que ces biens soient avant tout discutés, c'est-à-dire vendus. Il faut en effet que l'insolvabilité du débiteur soit établie. Si le débiteur ne possède pas de biens apparents, c'est au tiers à indiquer ceux qui devront être discutés (3).

Il peut encore arrêter l'action en désintéressant le créancier qui le poursuit. Mais que devra-t-il lui offrir pour arrêter les poursuites?

Supposons qu'un individu ayant un passif chirographaire de

(1) Cass. 24 fév. 1892, D. 92, 1, 155.
(2) Liège, 17 janv. 1872, *B. J.*, 72, 1497.
(3) LAURENT, t. XVI, n° 437.

100,000 fr. et pas de créanciers hypothécaires, ait pour unique actif un immeuble valant 10,000 fr. Cet immeuble a été aliéné en fraude des créanciers; un de ces derniers à qui il était dû 5,000 fr. exerce l'action Paulienne.

Quel bénéfice doit-il retirer de cette action?

Si l'immeuble avait été saisi et vendu, par exemple 10,000 fr. ou environ, le prix à distribuer entre les créanciers aurait donné à chacun un dividende de 10 0/0, diminué du montant des frais privilégiés. Le créancier dont il a été parlé ci-dessus aurait perçu pour sa créance de 5,000 fr. un dividende de 500 fr.

L'aliénation frauduleuse révoquée ne pouvait donc, ce semble, causer au créancier plaignant qu'un préjudice réel de 500 fr., en supposant que tous les autres créanciers aient produit utilement leur titre de créance dans la distribution. La question est alors de savoir si le tiers, contre qui l'action Paulienne est dirigée, pourrait l'arrêter en offrant au créancier poursuivant une somme de 500 fr., c'est-à-dire une somme égale au dividende paraissant probable?

Personne n'a jamais songé à soutenir une telle absurdité; s'il n'y avait pas eu aliénation, et que le créancier se fût adressé directement au débiteur; ce dernier n'aurait pas pu prétendre que, si tous ses créanciers étaient présents, le saisissant n'aurait pu toucher qu'un dividende de 500 fr., et doit donc être rendu taisant par le paiement de cette somme. Or le tiers contre qui l'action Paulienne est possible, et qui est l'ayant-cause du débiteur, ne saurait avoir d'autres droits que le débiteur lui-même. Donc si le créancier est seul, le tiers doit lui laisser absorber le prix ou la valeur de la chose aliénée à concurrence de la créance entière du poursuivant. Voilà qui n'est pas douteux.

226. Mais le poursuivant va-t-il profiter seul de cette valeur ou devra-t-il subir le concours des autres créanciers qui n'ont pas exercé l'action Paulienne? Il semble, au premier

abord, qu'il faille se prononcer dans ce dernier sens. L'action Paulienne, avons-nous dit, est un corollaire de l'art. 2093 relatif au gage commun des créanciers ; elle a pour but de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur un bien qui en était frauduleusement sorti, ce bien redevient donc le gage commun de tous les créanciers sans qu'il y ait même à distinguer entre les créanciers antérieurs à l'acte et les créanciers postérieurs (1).

Une telle solution est parfaitement rationnelle et d'ailleurs conforme aux principes de la matière. La question est de savoir si le législateur a entendu la consacrer. Or il est manifeste qu'il n'aurait pu le faire qu'en instituant d'office celui qui prend l'initiative de l'action Paulienne, le mandataire légal des créanciers restant dans l'inaction, qu'en lui attribuant les caractères d'une espèce de syndic, représentant la masse. Le législateur a-t-il ainsi procédé? D'un autre côté, est-il possible de supposer que le demandeur a entendu gérer les intérêts des autres créanciers? Sur tous ces points la négative s'impose. Le demandeur a agi pour son compte exclusif; il a obtenu la révocation de l'acte dont il se plaint ; cette révocation procède d'un jugement, et les jugements ne peuvent être invoqués que par les parties en cause. L'action Paulienne doit donc uniquement profiter à celui ou à ceux des créanciers qui l'ont exercée (2).

Mais en quoi consiste précisément le bénéfice résultant de l'action Paulienne en faveur de celui qui l'a exercée? Ce bénéfice consiste uniquement en ce que l'acte attaqué ne lui sera pas opposable. L'acte n'est pas annulé, il n'est pas révoqué d'une manière absolue, il l'est seulement à l'égard du

(1) DURANTON, t. X, n° 594; MARCADÉ, sur l'art. 1167; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 82 *bis* XIV et XV; LAURENT, t. XVI, n° 488.

(2) AUBRY et RAU, § 313, texte et note 41; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 266; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 925; Bordeaux, 10 juill. 1890, S. 91, 2, 9.

créancier qui a agi; le contrat continue de subsister entre le débiteur et le tiers avec qui ce dernier a traité. On a dit qu'il y avait là une conception assez extraordinaire et même qu'il était bizarre de voir une révocation ne produisant qu'un effet partiel (1). Mais le droit, sous un certain aspect, est la science des situations relatives. Il n'est pas plus extraordinaire de voir un contrat maintenu entre les parties, et cependant révoqué à l'égard des créanciers ou d'un créancier de l'une d'elles qu'il n'est surprenant de voir la même personne posséder la qualité d'enfant légitime vis-à-vis d'un de ses frères, et celle d'enfant naturel vis-à-vis d'un autre. L'art. 788 prévoit précisément le cas d'une révocation relative, et d'ailleurs, il faut le remarquer, c'est tout ce que réclame le demandeur; ses conclusions tendent à ce que l'acte attaqué ne lui soit pas opposable, et il n'a pas qualité pour donner à ses conclusions une plus grande portée.

227. Donc, lorsque le créancier est payé, le droit de gage qui servait de base à son action disparaît, et l'aliénation subsiste à tous les autres points de vue.

Il suit de là que le tiers attaqué par un créancier en vertu de l'art. 1167, doit avoir, en principe, un droit de recours contre le débiteur, dont il se trouve, par le fait, avoir payé la dette, recours qui sera utile si le débiteur revient à meilleure fortune.

Il importe de bien mettre en relief la base juridique de ce recours. Elle consiste, disons-nous, dans ce fait que le tiers a été obligé de subir, aux dépens de son propre patrimoine, le paiement d'une dette qui, en réalité, ne le concernait pas. Dans le cas examiné, ou bien il a été complice de la fraude du débiteur s'il a traité avec lui à titre onéreux, ou bien il s'est enrichi au préjudice des créanciers s'il a traité à

(1) Voy. PLANIOL, *Note sur les effets de l'act. Paul.*, *Revue critique*, 1882, p. 494.

titre gratuit. Or, soit en vertu de sa complicité dans la fraude, soit en vertu de son enrichissement, il est tenu, d'après l'art. 1167, de payer, avec le bien aliéné et qui est devenu sien, la dette du débiteur. En principe on est libre de payer ou de ne pas payer la dette d'autrui. Mais quand on se trouve, comme tiers, dans le cas de l'art. 1167, on est obligé de payer la dette d'autrui en y employant le bien qu'on a reçu et dont on est devenu propriétaire. On se trouve donc tenu pour la dette d'un autre, et quand on l'a acquittée, on est subrogé au créancier désintéressé, et on peut recourir contre le débiteur (1).

Ainsi, par exemple, dans le cas de l'art. 788 que nous avons déjà étudié en partie (voy. t. V, n° 191), la succession répudiée a été dévolue au degré subséquent. Supposons qu'elle soit acceptée par l'héritier de ce degré, ce dernier sera obligé de payer en vertu de l'art. 1167 ou de laisser vendre une partie des biens. Il aura son recours contre le renonçant dont il aura ainsi payé la dette, car la renonciation n'a pas été annulée en faveur du renonçant. Si on refusait le recours, il arriverait que l'action Paulienne tournerait à son profit, puisqu'il se trouverait libéré par le fait d'un autre. On opposerait en vain que l'action Paulienne diminuant, en fait, le montant de la succession, l'héritier subséquent n'a fait que payer sa dette comme héritier. La succession, en effet, ne devait rien; seulement elle était grevée du droit de gage commun, et elle est arrivée entre les mains de l'héritier subséquent grevée de ce droit de gage. Donc, cet héritier devait payer ou délaisser, mais sauf recours; c'est une situation analogue à celle qui a été prévue par l'art. 2178.

Néanmoins ce recours n'a pas pour base une éviction, mais uniquement le fait d'avoir payé la dette d'autrui. Ce n'est donc pas un recours en garantie, ni une action en répétition

(1) Comp. PLANIOL, *loc. cit.*, p. 498.

d'un prix; il suit de là que le tiers ne pourra jamais réclamer que le montant exact de ses déboursés.

L'exercice de ce recours suppose donc que les créanciers qui ont agi par la Paulienne ont été désintéressés; si après le paiement par eux perçu, il reste entre les mains du tiers un certain reliquat, ce reliquat ne revient pas au débiteur mais appartient au tiers, car dans les rapports du débiteur et du tiers avec qui il a traité, l'acte est maintenu et produit ses effets normaux.

228. L'action Paulienne, quand elle réussit, a donc pour conséquence unique de rendre l'acte frauduleux non opposable au créancier par le tiers au profit de qui il a été consenti.

Cette action est *persécutoire de la chose*, ce qui ne l'empêche pas d'être personnelle; elle tend à obtenir l'exécution de l'obligation dont se trouve tenu le tiers acquéreur de rétablir le gage diminué, ou en d'autres termes de ne point opposer au créancier de l'aliénateur l'acquisition attaquée.

Or, ce que ne peut pas faire le tiers acquéreur lui-même, ses créanciers ordinaires, qui sont ses ayants-cause, ne le peuvent pas davantage; cela va de soi; ils ne peuvent donc pas opposer au demandeur l'aliénation dont s'agit pour venir concourir avec lui sur le prix du bien aliéné. Le contraire n'a pu être soutenu que par suite d'une appréciation inexacte de l'obligation contractée par le tiers. Le tiers vis-à-vis de qui l'action Paulienne a réussi, ne devient pas, pour cela, débiteur personnel de la dette dont le débiteur était tenu; il est mis simplement dans la nécessité de ne pouvoir opposer au demandeur l'aliénation consentie à son profit, et c'est pour ce motif que ses créanciers personnels doivent être écartés.

Mais cela n'est vrai que si le bien aliéné consiste dans un corps certain. Il en sera autrement si l'aliénation a consisté dans une remise frauduleuse d'une dette dont le tiers se trouvait tenu. La remise de dette est, de toutes les aliéna-

tions, la plus complète, puisqu'elle équivaut à l'extinction même du droit (1). En pareil cas, le rétablissement du gage réclamé par le créancier demandeur ne peut se traduire que par la reconstitution d'une créance ordinaire grevant le patrimoine de celui contre qui elle existait, et soumise au concours des créanciers ordinaires de ce dernier.

229. L'action Paulienne n'étant pas une action tendant à la nullité de l'acte attaqué, mais seulement à la reconstitution relative du gage diminué, échappe à la prescription décennale de l'art. 1304, et est seulement soumise, conformément au droit commun, à la prescription extinctive de trente ans (art. 2262), à compter du jour où l'acte frauduleux a été fait. Comme cette action est personnelle, le défendeur ne saurait opposer à celui qui agit la prescription acquisitive des articles 2265 et 2279 dont un tiers possesseur peut se prévaloir contre un tiers qui revendique sa chose.

Le deuxième alinéa de l'art. 1167 porte que les créanciers *doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre des successions et au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux, se conformer aux règles qui y sont prescrites.*

Ce renvoi fait d'abord allusion à l'art. 882 qui a déjà été expliqué plus haut (t. V, n° 435) et duquel il résulte que les créanciers qui ont négligé de faire opposition au partage ne peuvent plus l'attaquer, sauf le cas où, par précipitation frauduleuse, les cohéritiers auraient enlevé aux créanciers la possibilité de former opposition et d'intervenir (2). Le renvoi au titre du contrat de mariage se réfère à l'art. 1476 qui déclare applicable au partage de la communauté les règles concernant le partage des successions, et par conséquent les dispositions de l'art. 882.

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 5.
(2) Pau, 11 fév. 1891, D. 92, 2, 231.

230. Parlons maintenant de l'action en déclaration de simulation que nous avons déjà mentionnée (*suprà*, n° 215), qui est voisine de l'action Paulienne, mais ne doit pas être confondue avec cette dernière.

On suppose que, pour soustraire tout ou partie de son actif aux poursuites de ses créanciers, un débiteur fasse semblant d'aliéner un bien au profit d'un tiers. Le plus souvent ce tiers sera un complaisant qui consent à faciliter au débiteur le genre de fraude qu'il médite. C'est ce qui aura lieu quand l'acte apparent qui intervient est une vente, une donation, une constitution d'hypothèque en garantie d'une créance fictive. Mais on peut concevoir que le tiers soit de bonne foi et ne soupçonne pas les intentions du débiteur. Ainsi, par exemple, le débiteur veut soustraire à l'action de ses créanciers un tableau de prix qu'il a recueilli dans une succession. L'ami à qui il voudrait faire semblant de le vendre, ne consentirait pas à jouer le rôle peu délicat d'acheteur fictif. En conséquence le débiteur imagine de faire croire a cet ami que ce tableau lui a été légué et que par conséquent il peut le recevoir. Nous verrons plus tard que, lorsque le danger sera passé, la répétition du tableau sera possible contre le prétendu légataire. Dans toutes ces hypothèses et autres semblables, les créanciers ne peuvent évidemment être obligés de subir une diminution de leur gage par l'effet de cet acte apparent qui ne correspond à aucune réalité.

D'abord entre les parties elles-mêmes, cet acte ne saurait produire aucun effet :

Contractus imaginarii, disait Modestin, *etiam in emptionibus, juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate* (1).

Et à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties, il était vrai de dire, avec la rubrique d'un titre du Code de Justinien :

(1) L. 54, D. 54, 7, *De oblig. et act.*

Plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur (1).

Les créanciers pourront donc comprendre dans leurs poursuites les biens de leur débiteur aliénés par ce dernier en apparence seulement. Mais il importe de savoir sur quel principe va reposer leur action.

D'abord ils pourront, en vertu de l'art. 1166, exercer du chef de leur débiteur l'action en répétition, ou en restitution qui appartient incontestablement à ce dernier. Mais alors ils ne pourront agir que dans les mêmes conditions que leur débiteur lui-même. Or, il n'est pas possible que les créanciers directement lésés par le fait de leur débiteur se trouvent réduits à exercer l'action indirecte de l'art. 1166. Ils doivent pouvoir agir en leur nom personnel, et l'action qui naît à leur profit de la simulation frauduleuse de leur débiteur, sera souvent plus favorable que celles qu'ils pourraient intenter du chef de leur débiteur; ainsi ils doivent pouvoir prouver la simulation sans avoir un commencement de preuve par écrit, tandis que bien souvent les parties contractantes ne le pourront pas, et leur action en déclaration de simulation ne pourra pas être repoussée par les exceptions dont le débiteur serait passible.

Les créanciers doivent donc avoir une action directe distincte de celle que peut leur fournir l'art. 1166.

Les explications qui précèdent démontrent que cette action ne peut être l'action Paulienne qui a pour but de reconstituer l'intégrité du gage frauduleusement mais réellement entamé par un acte sérieux.

L'action dont il s'agit a seulement pour but la détermination de la consistance actuelle du gage résultant des articles 2092 et 2093, et la constatation que ce gage comprend certains biens que les manœuvres du débiteur tendent à dissimuler. Il importe donc de ne pas confondre, comme on le

(1) C. 4. 22.

fait encore bien souvent dans la pratique (1) l'action en simulation avec l'action indirecte de l'art. 1166, et surtout avec l'action Paulienne de l'art. 1167 (2).

231. L'action en simulation ayant uniquement pour but de substituer la situation vraie du débiteur à sa situation apparente, et ne pouvant porter aucune atteinte à un droit sérieusement conféré à un tiers, présente un caractère nettement conservatoire. Elle doit donc pouvoir être intentée non seulement par les créanciers à terme, mais encore par les conditionnels. C'est là une première différence avec l'action Paulienne (Voy. *suprà*, n° 219). Si le débiteur est en faillite, l'action sera intentée par le syndic (3).

De ce que cette action a pour but de faire apparaître la véritable consistance du gage commun, il suit qu'elle doit appartenir non seulement aux créanciers dont les créances remontent à une époque antérieure à l'acte simulé, mais encore à ceux dont les créances ont une date postérieure. Du moment, en effet, que tous les biens présents et à venir du débiteur, quelle que soit l'époque de leur acquisition, forment le gage des créanciers, tout créancier a le droit de faire constater que tel bien fait partie du patrimoine de son débiteur.

Cette constatation, avons-nous dit, présente un caractère principalement conservatoire ; donc, à la différence de ce qui a lieu pour l'action Paulienne, elle pourra être poursuivie sans qu'il soit nécessaire d'établir au préalable l'insolvabilité du débiteur. De plus les créanciers n'ont pas besoin de démontrer la fraude ; le simple préjudice suffit. Mais la chose

(1) Ex. : Bourges, 18 juill. 1892, D. 92, 2, 609.

(2) Voy. VARAMBON, *Revue pratique*, t. III, p. 347 ; AUBRY et RAU, § 313, n° 5 et note 49 ; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 235 ; LAURENT, t. XVI, n° 497 ; PLANIOL, *Revue critique*, 1886, p. 622, sur l'arrêt précité de Lyon, 28 fév. 1884, S. 85, 2, 129.

(3) Cass. Belge, 3 juill. 79, *Pas.*, 1879, 1, 344.

jugée entre le créancier demandeur et le tiers défendeur ne peut nuire ni profiter aux autres créanciers.

232. Que faut-il décider à l'égard des sous-acquéreurs de bonne foi à qui l'acquéreur apparent a sérieusement concédé des droits réels sur l'immeuble qui n'a pas cessé d'appartenir au débiteur? On soutient que les sous-acquéreurs, qu'ils soient ou non de mauvaise foi, peuvent toujours être recherchés par application de l'art. 2125; le droit concédé au tiers doit tomber avec le droit du concédant: « Quand il s'agit des droits concédés à des tiers en vertu d'un acte simulé, il faut, dit-on, appliquer le même principe, et à plus forte raison. En effet un acte simulé ne donne aucun droit à celui au profit duquel il est souscrit; et comment celui qui n'a aucun droit sur une chose pourrait-il transmettre à des tiers des droits qu'il n'a pas (1)? »

Cette solution est fort douteuse; sans doute, les droits concédés au tiers doivent tomber avec le droit du concédant, mais c'est lorsque la lutte existe entre le véritable propriétaire qui fait reconnaître son droit et un propriétaire apparent qui a prétendu conférer des droits à des tiers. Or, dans le cas envisagé, c'est le véritable propriétaire lui-même qui, en feignant de vendre sa chose à un tiers, a présenté au public cet acheteur simulé comme son véritable successeur autorisé en cette qualité à disposer de la chose. Donc les tiers qui ont traité de bonne foi avec cet acheteur apparent, doivent être considérés comme ayant sérieusement traité, avec le véritable propriétaire lui-même; c'est sur ce principe qu'est fondé l'art. 1321 aux termes duquel les contre-lettres n'ont pas effet contre les tiers. C'est-à-dire que les tiers de bonne foi qui ont traité avec un individu paraissant investi de la qualité de propriétaire actuel par un acte émané d'un vé-

(1) LAURENT, t. XVI, n° 499; *Contrà*, Gand, 6 avr. 1889, *Pas.*, 89, 2, 324.

ritable propriétaire antérieur, ne peuvent se voir opposer, les contre-lettres établissant que cet acte est simulé.

233. Nous ne parlerons pas ici des présomptions de simulation admises dans certains cas particuliers (art. 911, 918, 1100 et 1328). Nous nous occuperons seulement de la preuve d'une simulation portant sur la nature du contrat ou sur l'une des clauses qu'il renferme, en tant que cette simulation a pour but de diminuer en apparence le gage du débiteur.

La preuve d'une telle simulation pourra se faire par témoins et par présomptions simples dont l'appréciation est abandonnée à la prudence du juge, sans même qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit car le créancier demandeur n'a pas eu la possibilité de se procurer une preuve littérale de la simulation (1). La prohibition de la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, ne concerne en effet que les personnes qui y ont été parties, et non les tiers en fraude de qui les actes simulés ont été passés (2).

Nous compléterons ces aperçus, quand nous parlerons des contre-lettres, à propos de l'art. 1321.

(1) LAURENT, t. XVI, n° 498; Montpellier, 8 fév. 1876, S. 76, 2, 295; Cass. 22 mars 1875, S. 76, 1, 119; Comp. Cass. 30 juin 1879, 1, 134.
(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 776.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

Généralités. — Obligations civiles et obligations naturelles.

234. — Terminologie à adopter. Notion de l'obligation civile imparfaite dite naturelle. — Historique.
235. — L'accomplissement d'une telle obligation n'est garanti par aucune action; c'est-à-dire que l'obligation ne peut produire aucun effet malgré la volonté du débiteur. Principaux cas d'obligation naturelle.
236. — Cette obligation peut servir de base à un paiement volontaire; autres effets; renvoi.
237. — Les dispositions contenues dans un testament irrégulier peuvent-elles servir de base à une obligation naturelle ? — Jurisprudence sur ce point.
238. — *Quid* des rapports de famille?
239. — Il ne peut y avoir d'obligation naturelle à l'encontre des prohibitions de la loi positive.

234. Les *diverses espèces d'obligations* dont le législateur va s'occuper, comprennent principalement les obligations *civiles*. Mais il sera aussi question des obligations *naturelles* (art. 1235). Il est donc convenable d'indiquer ici les divers points de contact qui existent entre les obligations civiles proprement dites, et les obligations que l'on désigne d'habitude sous le nom de *naturelles*.

Nous rappelerons d'abord la terminologie que nous avons cru devoir adopter en cette matière (*Suprà*, n° 2):

Nous reconnaissons:

1° L'obligation civile *parfaite*, munie d'une action, d'une exception, etc.;

2° L'obligation civile *imparfaite*, non munie d'action, mais pouvant produire une exception et certains autres effets;

c'est l'obligation qu'on appelle ordinairement *naturelle*, et dont l'accomplissement volontaire constitue un paiement;

3° L'obligation pour laquelle nous réserverons la dénomination d'obligation *naturelle;* c'est celle qu'on appelle souvent obligation morale, ou de conscience, ou de convenance, dont l'accomplissement volontaire constitue une pure libéralité.

La théorie de l'obligation naturelle a moins d'importance pratique dans notre droit moderne qu'elle n'en avait dans le droit romain. Cela tient à ce que les pactes qui étaient en droit romain la source la plus féconde des obligations civiles imparfaites appelées communément obligations naturelles, constituent aujourd'hui des conventions obligatoires engendrant des obligations civiles parfaites.

Mais les pactes n'étaient pas la seule source de l'obligation naturelle, et de ce qu'ils ont disparu, il ne s'ensuit pas que la théorie qui s'est peu à peu formée, principalement à leur occasion, doive disparaître aussi. Cette théorie est devenue moins compréhensive et voilà tout. Pothier a donc eu tort de s'exprimer sur ce point d'une manière équivoque (1) qui a permis à certains auteurs modernes d'affirmer que la tradition romaine, en cette matière, doit être écartée (2). L'orateur du gouvernement dont on invoque l'opinion en ce sens, n'a jamais exprimé une pareille idée: « Il ne s'agit point ici, disait-il à propos de l'art. 1235, de ces obligations qui, dans la législation romaine, avaient été mises au nombre des obligations naturelles, parce que n'ayant ni la qualité du contrat, ni la forme des stipulations, elles étaient regardées comme de simples conventions dont une action civile ne pouvait naître. Ces conventions sont dans notre législation au rang des obligations civiles, et on ne regarde comme obligations purement naturelles que celles qui, par des motifs particuliers,

(1) *Oblig.*, n° 192.
(2) Voy. LAURENT, t. XVII, n° 1.

sont considérées comme nulles par la loi civile (1). » Qu'est-ce que cela veut dire? qu'il faut tout simplement éliminer de la catégorie des obligations naturelles les obligations dérivant de ce qu'on appelait autrefois *les simples pactes*. Mais la théorie appelée à régir les obligations naturelles, ou plutôt les obligations civiles imparfaites dont on peut aujourd'hui encore constater l'existence dans les cas particuliers auxquels faisait allusion l'orateur du gouvernement Bigot-Préameneu demeure la même.

235. M. Laurent qui rejette énergiquement les traditions romaines, reconnaît cependant que l'obligation naturelle est, *au fond*, identique avec l'obligation civile, dont elle ne diffère que sous un rapport, c'est qu'elle n'est pas munie d'une action; par conséquent le lien de droit qui existe entre les parties est *imparfait* (2). La dénomination d'obligation civile imparfaite est donc plus convenable que celle d'obligation simplement naturelle.

Donc la définition classique des obligations civiles convient parfaitement aux obligations dites naturelles, avec cette seule restriction que le *vinculum juris* ne comporte pas le droit d'action au profit du créancier.

Quelle est la véritable signification de cette restriction? C'est qu'une telle obligation ne peut produire aucun effet, direct ou indirect, malgré la volonté du débiteur.

La question est donc de savoir dans quelles circonstances on rencontrera entre un créancier déterminé et un débiteur également déterminé, un lien présentant ce caractère imparfait. On remarquera que, par cette formule, nous éliminons tout ce qui concerne les *devoirs* qui n'ont aucune espèce de rapport avec l'obligation.

Il faut d'abord observer que dans un certain nombre de

(1) LOCRÉ, t. VI, p. 168.
(2) T. XVII, n° 6.

cas, la loi, en vertu de motifs d'ordre divers, dépouille du droit d'action une créance correspondant à une obligation paraissant exister civilement.

C'est ce qui se produit notamment, suivant l'opinion commune, dans les cas suivants :

1° Quand un mineur de 21 ans s'est obligé sans l'autorisation de son tuteur et s'est fait restituer contre son engagement;

2° Quand un mineur s'est obligé envers son tuteur;

3° Quand un interdit s'est obligé dans un intervalle lucide;

4° Quand un prodigue s'est obligé sans l'assistance de son conseil judiciaire;

5° Quand une femme mariée s'est obligée sans l'autorisation de son mari.

Dans toutes ces hypothèses l'obligation est entachée d'un vice résultant de l'incapacité de l'obligé. Mais nous savons que l'incapacité de ce dernier n'empêche pas l'obligation d'exister, pourvu que les autres conditions essentielles soient remplies (*Suprà*, n° 10). — Donc, en soi, l'obligation peut exister. La circonstance qu'un incapable, mineur, femme mariée, etc., a, par exemple, reçu un prêt d'une certaine somme, sans avoir les autorisations voulues par la loi, n'est pas destructive du fait obligatoire qui s'est produit. Néanmoins si l'incapacité du débiteur au moment même où l'on prétend que s'est produit ce fait obligatoire, est alléguée et établie, la loi, à raison de l'apparence suspecte que revêt la situation révélée, ne permet pas au créancier de faire la preuve du fait obligatoire, c'est-à-dire du prêt dans le cas proposé. En d'autres termes la loi dépouille ce fait du droit d'action qui l'aurait protégé dans des circonstances ordinaires. Ce fait ne pourra donc produire des conséquences juridiques qu'en vertu de l'aveu que pourra faire le débiteur lui-même, s'il redevient capable, ou son héritier.

236. L'aveu le plus significatif est celui qui résultera d'une

exécution volontaire de l'obligation au moyen d'un paiement ; c'est ce que dit l'art. 1235. Par conséquent si celui qui a volontairement payé une obligation civile imparfaite prétend exercer une action en répétition, il sera repoussé par une exception. Voilà comment les obligations dont nous parlons produisent une exception. Elles produisent encore d'autres effets ; ainsi nous avons déjà vu qu'elles peuvent donner lieu au droit de rétention (*Suprà*, n° 169). Nous verrons plus loin qu'elles peuvent faire l'objet d'une novation ; qu'elles comportent le cautionnement, le gage, l'hypothèque, la solidarité, et qu'ainsi la créance correspondant à une obligation civile imparfaite figure au nombre des éléments appréciables qui constituent le patrimoine des créanciers.

Les règles ci-dessus s'appliquent disons-nous, sans grande difficulté, aux obligations annulables à raison de l'incapacité de l'obligé.

Faut-il les appliquer également aux obligations annulables à raison d'un vice du consentement, pour cause d'erreur, de violence ou de dol ? Nous ne le pensons pas. Si le prétendu débiteur paie volontairement, sans invoquer la nullité dont il pourrait se prévaloir, ce paiement sera maintenu, non comme étant le paiement d'une obligation naturelle prévu par l'art. 1235, mais comme constituant une ratification dans les conditions de l'art. 1338 dont nous aurons à parler. Si le prétendu paiement a été effectué après que l'annulation de l'obligation a été prononcée par le juge sur l'action en nullité intentée par l'intéressé, la prestation pourra être maintenue comme libéralité, mais non comme paiement.

Nous aurons encore à examiner si les principes ci-dessus doivent aussi recevoir application lorsque par l'effet de la chose jugée, du serment décisoire, de la prescription ou de toute autre exception péremptoire, l'action du créancier aura été civilement paralysée. Le débiteur restera-t-il alors tenu de cette obligation civile imparfaite que les auteurs appellent

naturelle? Nous démontrerons, quand nous traiterons de ces matières, que la négative doit être admise dans toutes ces hypothèses.

237. Les dispositions contenues dans un testament irrégulier ne sauraient servir de base à une obligation naturelle ou civile imparfaite. Sans doute les héritiers peuvent renoncer à l'action en nullité qui leur appartient pour faire tomber le testament; ils peuvent notamment l'exécuter volontairement (Voy. t. VI, n° 310), et toute répétition leur sera interdite. Mais s'il en est ainsi, ce n'est pas parce qu'ils auraient effectué le paiement d'une obligation civile imparfaite, mais seulement parce qu'ils auraient acquitté une obligation morale ou de convenance, ce qui est un acte de libéralité.

La jurisprudence admet qu'une disposition de dernière volonté : irrégulière et même purement verbale, bien qu'étant nulle de plein droit, pourrait cependant servir de cause à une obligation civile valable (1). Nous le croyons aussi (Voy. t. VI, n° 266). Mais quel sera le caractère de cette obligation civile? Faudra-t-il considérer cette obligation comme dérivant d'un acte à titre gratuit, ou comme dérivant d'un acte onéreux? Ainsi, il a été jugé que le bénéficiaire d'une disposition de cette nature peut, au cas où il existe à son profit un commencement de preuve écrit, être admis à prouver par témoins que le légataire universel a pris envers lui, pour obéir aux intentions que le testateur avait exprimées à son lit de mort, l'engagement d'exécuter cette disposition (2). Mais cet engagement ayant été pris *nullo jure cogente* constituait une libéralité de la part du légataire universel lui-même, et une telle libéralité ne peut valoir que si elle résulte d'un don manuel ou d'un acte revêtu des formes voulues pour les donations. Une Cour a pareillement décidé que le donataire

(1) Montpellier, 30 janv. 1893, D. 94, 2, 15.

(2) Cass. 20 nov. 1876, D. 78, 1, 376; comp. Toulouse, 5 avr. 1892, D. 92, 2, 568.

d'un immeuble qui, par lettre missive, s'engage, « *pour accomplir un devoir sacré,* » à rendre au donateur l'immeuble donné, prend un engagement légal qui ne peut plus être révoqué, du moment qu'il a été accepté par le donateur (1). Mais quand on s'engage « *pour accomplir un devoir sacré,* » c'est précisément parce qu'on n'est civilement tenu ni directement, ni indirectement, on agit encore *nullo jure cogente*, et on fait une libéralité soumise, à toutes les règles concernant les actes à titre gratuit.

La même solution doit être admise quand *le devoir sacré* dont il s'agit résulte d'une reconnaissance nulle d'enfant naturel, quand même cette reconnaissance contiendrait l'engagement de prester des aliments. Il est vrai que la jurisprudence a prétendu corriger la loi sur ce point (Voy. t. II, nos 312 à 314; t. III, n° 75), mais certainement elle ne l'a pas appliquée.

238. On peut dire d'une manière générale que les rapports de famille, les liens du sang ou de parenté engendrent des obligations civiles parfaites dans les cas prévus par la loi; mais, par eux-mêmes, n'en engagent aucune, même imparfaite, et par conséquent peuvent servir de motif à une libéralité, mais non de cause à un paiement.

On ne saurait trouver une objection contre cette manière de voir, dans l'art. 349 aux termes duquel: « *l'obligation naturelle* qui continuera d'exister entre l'adopté et ses père et mère, de se fournir des aliments dans les cas déterminés par la loi, sera considérée comme commune à l'adoptant et à l'adopté, l'un envers l'autre. »

Il est évident que cette expression *obligation naturelle* est employée dans l'art. 349 par opposition à l'obligation qui ne dérive pas des liens du sang, mais d'une parenté uniquement civile (2).

(1) Aix, 21 juin 1875, D. 77, 2, 125.
(2) MASSOL, *loc. cit.*, p. 225.

239. Enfin, il faut décider d'une manière générale que les conventions interdites par le législateur, parce qu'elles lui ont paru, à tort ou à raison, porter atteinte à l'intérêt général, ne sauraient jamais laisser subsister une obligation civile soit parfaite soit imparfaite ou naturelle. Il n'est pas nécessaire pour qu'il en soit ainsi, qu'une disposition spéciale soit insérée dans le texte prohibitif. Une seule fois, et cela est curieux à mentionner, nous trouvons dans une ordonnance de janvier 1629 (Code Michaud), une disposition déclarant les promesses faites pour le jeu, nulles et de nul effet, *et déchargées de toutes obligations civiles ou naturelles* (art. 138).

Les conventions prohibées peuvent cependant servir de motif à une libéralité, car le législateur n'a pas à s'immiscer dans les actes de conscience, et d'ailleurs n'a pas le pouvoir d'empêcher que celui qui croit s'être enrichi aux dépens d'un autre répare le tort qu'il a commis. Mais la prestation au moyen de laquelle il réparera ce tort sera une libéralité. Ces principes élémentaires ont été singulièrement méconnus dans des écrits où on a proclamé l'existence d'une nouvelle classe d'obligations civiles *inexigibles* (1)!

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations conditionnelles.

§ 1er. — De la condition en général et de ses diverses espèces.

N° 1.— *Règles générales concernant les diverses espèces de conditions.*

240. — Notion de la condition, art. 1168.
241. — Les conditions tacites dites légales ne sont pas de véritables conditions.
242. — Il en est autrement des conditions tacites sous-entendues.
243. — De l'événement envisagé comme conditionnel. Du mode.

(1) Voy. FRÉREJOUAN DU SAINT, *Jeu et pari*, n° 37.

244. — Toute condition est suspensive soit de la formation, soit de la résolution d'un droit, d'où la distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire.
245. — Des conditions dites casuelles ou potestatives, art. 1169, 1170, et spécialement des conditions mixtes, art. 1171.
246. — Des conditions dites purement potestatives, art. 1174.
247. — Des conditions impossibles, illégales ou immorales, art. 1172.
248. — De la condition impossible négative, art. 1173.
249. — Comparaison entre la condition illicite et la cause illicite.
250. — Actes qui n'admettent aucune condition; *quid* des partages?
251. — Comment doivent s'accomplir les conditions? art. 1175.
252. — Dans quel délai? art. 1176, 1177.
253. — Cas où l'accomplissement de la condition a été empêché par le débiteur, art. 1178; ou par une cause étrangère.

240. L'obligation qui, d'après les termes de la convention, ne contient rien autre chose que son objet, sans aucune clause accessoire relative à sa durée, à la nature du lien qui existe entre les parties, etc., est une obligation pure et simple.

Notre chapitre IV est consacré aux obligations avec *modalités*, c'est-à-dire dont les effets ordinaires sont modifiés par une clause commune aux parties.

La première classe des obligations de ce genre comprend celles qui sont affectées d'une condition.

Quand donc une obligation est-elle conditionnelle?

ART. 1168. L'obligation est conditionnelle lorsqu'on la fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas.

Quand nous arriverons à l'art. 1181 nous verrons comment ce dernier texte doit être mis en harmonie avec la définition qui précède.

Quoi qu'il en soit, il importe d'abord de faire remarquer que la condition est un élément intentionnel empruntant ses effets à la commune volonté des parties. Ainsi lorsque ces dernières déclarent subordonner l'existence de leurs obligations à la rédaction d'un écrit, il faudra rechercher l'intention des parties pour décider si l'absence d'écrit doit

faire considérer la convention comme un simple projet, ou comme ayant été conclue sous condition suspensive (1). De même, on ne peut considérer un engagement qualifié de *provisoire* comme conditionnel, lorsqu'il n'est pas prouvé que les parties ont donné ce dernier sens à l'expression dont elles se sont servies (2).

Par conséquent il faut définir la condition : une clause accessoire contenue dans un contrat (expressément ou tacitement) par laquelle les parties ont subordonné à un événement futur et incertain soit la formation, soit la résolution d'un droit qui pourra être un droit de créance ou un droit réel. On voit donc que la condition, dans un contrat est un *accident* dérivant de la volonté des parties.

241. Doivent donc être éliminées de la théorie de la condition, les conditions tacites dites *légales, conditiones juris*, dérivant de la loi; ce ne sont pas là des accidents, mais des éléments constitutifs ou essentiels (3). La condition, par exemple, de payer le prix dans la vente (4). On ne pourrait les effacer dans le contrat, sans détruire l'opération elle-même qui a été envisagée; c'est ce qui arriverait quand même les parties auraient, fort inutilement, exprimé ces prétendues conditions. Ainsi, lorsque la détermination de l'objet, par exemple du prix dans la vente, a été remise à un tiers désigné, l'intervention de ce tiers est considérée comme un élément essentiel à la formation du contrat à ce point que le droit proportionnel sera immédiatement exigible sur la déclaration estimative que devront fournir les parties (5). Si le tiers refuse de remplir la mission qui lui a été donnée, les parties ne peuvent, en principe s'adresser à justice pour

(1) Trib. Louvain, 8 fév. 1872, Cl. et B., 1873, 1874, 880.
(2) Liège, 10 avr. 1878, *Pas.*, 78, 2, 187.
(3) Voy. BUFNOIR, *Théorie de la condition*, p. 50 et suiv.
(4) Bourges, 26 déc. 1887, S. 88, 2, 78.
(5) Trib. Seine, 30 janv. 1885, D. 86, 3, 32.

obtenir la détermination de l'objet, et le contrat tombe (article 1592), peu importe que la mission donnée au tiers ait été revêtue de la formule d'une condition suspensive ou de celle d'une condition résolutoire (1). Il n'y aurait donc pas lieu d'appliquer les deux dispositions finales de l'art. 1182 qui fixent le droit du créancier pour le cas où la chose due sous une condition suspensive s'est détériorée, *pendente conditione*, sans la faute ou par la faute du débiteur.

La même règle est surtout manifeste en matière de legs ; ainsi un legs est virtuellement subordonné à la survie du légataire au testateur. Si cette condition légale n'est pas remplie le legs ne peut exister, il en sera ainsi, même dans le cas où une telle condition serait surabondamment exprimée ; le legs demeurerait pur et simple et aurait son *dies* à la mort du disposant (2) (Voy. t. VI, n° 387). Seulement il pourra, en fait, y avoir doute sur le point de savoir si telle ou telle condition exprimée n'est que l'énonciation superflue d'une condition légale tacite, ou si elle est une condition véritable (3).

242. Il y a en effet à côté de ces conditions légales d'autres conditions qui sont tacites ou sous-entendues, mais qui résultent de la volonté des parties interprétées d'après les circonstances, le but poursuivi, etc. Ainsi par exemple, nous savons que, d'après l'art. 1088, les donations faites en faveur du mariage sont subordonnées à la célébration du mariage envisagé (Voy. t. VI, n° 454). C'est là une véritable condition sous-entendue (4), car elle constitue un *accident* dérivant de la volonté des parties, et qui pourrait être supprimé sans que l'acte, abstraction faite du but poursuivi, cessât d'être valable. Il faut en dire autant de la condition dont parle l'art. 1184. Il est cependant facile d'équivoquer sur ce point. Ainsi la

(1) SALEILLES, *Loc. cit.*, n° 162.
(2) L. 107, D. 35, 1, *De condit. et dem.*
(3) BUFNOIR, *loc. cit.*, p. 53.
(4) Cass. 30 août 1880, D. 80, 464.

Cour de cassation a décidé que lorsque le titulaire d'actions anciennes d'une société cède le droit que cette qualité lui donne de souscrire des actions nouvelles, cette cession doit être considérée comme subordonnée à la condition suspensive de l'émission et de la délivrance des titres ; que par suite si l'émission n'a pas lieu la condition est défaillie et le prix de la cession n'est pas dû *faute de cause* (1), c'est-à-dire *faute d'objet*. Mais cela prouve précisément qu'il n'y avait pas condition, puisque la clause dont s'agit portant sur un élément *essentiel* et non *accidentel* du contrat, n'aurait pu disparaître qu'en faisant disparaître le contrat lui-même.

Enfin, c'est encore l'intention des parties qu'il faudra consulter pour distinguer la condition proprement dite de l'*alea* que l'art. 1104 définit à peu près comme la condition (Voy. *Suprà*, n° 6).

243. Il faut que l'événement envisagé comme conditionnel soit incertain et, par conséquent, futur.

Cet événement doit d'abord être incertain en soi, c'est-à-dire objectivement et quant à son existence même. Il ne s'agit pas d'une incertitude subjective opérant seulement sur l'esprit des parties en déterminant chez elles une opinion erronée quant à l'existence de l'événement dont il s'agit.

Or il ne peut y avoir d'incertitude objective qu'à l'égard des événements futurs. De là il suit que les clauses *quæ ad præteritum vel presens tempus referuntur* ne peuvent exprimer que des conditions apparentes (2) ; *ab initio* le sort de l'acte est fixé : ou bien il aura été pur et simple dès l'origine, ou bien dès l'origine il aura été destitué de toute espèce d'effet. Par conséquent un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties au moment où elles contractent ne constitue pas une condition, quoi qu'en dise

(1) Cass. 24 nov. 1886, D. 87, 1, 228. — Comp. Paris, 1er juillet 1886, S. 88, 2, 182.

(2) LL. 37, 38, 39, D. 12, 1, *De reb. cred.*

l'art. 1181 dont nous aurons à rechercher plus tard la véritable signification.

A l'inverse un événement futur, bien qu'il doive, dans la pensée des parties contractantes, se réaliser certainement, demeurera une condition suspensive et ne devra pas être considéré comme un terme si, en réalité, il est objectivement incertain (1).

Le *mode* ne doit pas être confondu avec la condition ou événement futur et incertain. Le mode consiste le plus souvent dans une charge imposée dans l'intérêt de la personne qui l'établit ou d'un tiers, et non dans l'intérêt de la personne à qui la charge est imposée (2). Le mode est plus fréquent dans les actes à titre gratuit (ex. art. 1121). Le contrat ne cesse pas d'être pur et simple et d'engendrer immédiatement le lien de droit. Il faut consulter l'intention des parties pour savoir s'il y a *mode* ou *condition*. Il n'y aurait pas lieu de généraliser certaines solutions autrefois données par la loi romaine, et qui s'expliquent par la faveur due à la liberté (3). La non-exécution du mode, comme le non accomplissement de la condition, peut donner lieu à la résolution de l'obligation.

244. D'après l'art. 1168, la condition est insérée dans un contrat soit pour suspendre la formation d'un droit, soit pour suspendre la résolution d'un droit déjà formé. La condition est dite *suspensive* dans le premier cas et *résolutoire* dans le second. Cette dernière expression n'était pas usitée en droit romain où on disait *pura est obligatio, sed sub conditione resolvitur*. C'est qu'en effet le propre de toute condition est d'être toujours suspensive. Mais d'après la terminologie adoptée la condition est suspensive par excellence lorsqu'elle tient en suspens la formation même du droit, et elle est appelée

(1) Bruxelles, 17 juillet 1889, *B. J.*, 89, 1409.

(2) Voy. la rubrique du L. 8, t. LV, Cod. *De donationibus quæ sub modo.*

(3) L. 17, § 2, D. 40, 4, *De manum. testam.*

résolutoire à cause du résultat possible envisagé, quand elle tient en suspens la résolution ou extinction d'un droit.

Ainsi donc, au point de vue du but final que les conditions sont destinées à atteindre, on peut les diviser en conditions suspensives et en conditions résolutoires, et toute condition est nécessairement suspensive ou résolutoire. Mais ces expressions se réfèrent uniquement aux deux manières différentes d'envisager le même événement lequel s'il constitue une condition résolutoire à l'égard de l'une des parties constitue à l'égard de l'autre une condition suspensive.

Tant que la condition n'est pas accomplie le droit suspendu n'existe pas encore à proprement parler : *Spes tantum est debitum iri* (1). Cependant quelques textes décident au contraire que le stipulant est créancier (2). Il n'y a pas contradiction : le stipulant n'est pas créancier en ce sens qu'il ne peut faire des actes de poursuite ; il l'est en ce sens qu'il peut faire des actes conservatoires (art. 1180), et que la *spes* dont il est investi est transmissible à ses héritiers, tandis qu'il en est autrement en matière de legs.

De même les art. 1168, 1181 et 1185 disent que l'obligation est suspendue, tandis que les art. 1179, 1180 appellent créancier, même avant l'accomplissement de la condition, celui à qui la promesse conditionnelle a été faite. Cette confusion tient toujours au double point de vue que nous venons d'indiquer.

245. Envisagées quant à la nature du fait prévu, les conditions sont *casuelles*, *potestatives* ou *mixtes* :

ART. 1169. La condition *casuelle* est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.

ART. 1170. La condition *potestative* est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention, d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

ART. 1171. La condition *mixte* est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers.

(1) *Inst.*, *De Verb. oblig.*, lib. 3, tit. 15, § 4.
(2) L. 42, D. 44, 7, *De oblig.*

Remarquons dans quel sens l'art. 1171 nous déclare qu'il y a des conditions *mixtes*. Quand après avoir parlé des conditions dites *casuelles* et *potestatives*, on veut établir une catégorie nouvelle de conditions qui seront *mixtes*, il semblerait qu'il doit être question de conditions dépendant à la fois de la volonté de l'une des parties et du hasard. Mais ces conditions ne sont pas mixtes dans le sens particulier de l'art. 1171 qui réserve cette qualification pour les seules conditions qui dépendent en même temps de la volonté de l'une des parties et de celle d'un tiers.

La condition qui dépend d'un événement casuel et de la volonté de l'une des parties n'est donc pas mixte dans le sens de la loi; par exemple : *si je remonte le Nil jusqu'à sa source*. Cette condition ne paraît pouvoir rentrer dans aucune des trois classes précitées. Cependant il faut décider qu'elle est potestative dans le sens de l'art. 1170. Cet article, en effet, ne peut pas avoir voulu seulement parler des événements dans lesquels le hasard n'entre pour rien. Il entre pour quelque chose dans tous, excepté quand il s'agit de déterminations de pure volonté. Vouloir distraire des prévisions de l'art. 1170 les événements dans lesquels le hasard peut exercer une certaine influence, c'est vouloir réduire l'application de ce texte aux actes de pure volonté. Or, il est manifeste que l'art. 1170 s'applique aux uns et aux autres. Notre condition sera donc potestative (1).

246. Il est fort important de savoir si une telle condition, et celles qui lui ressemblent, sont potestatives et non pas casuelles, car les obligations contractées sous de telles conditions sont déclarées nulles :

ART. 1174. Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (*).

(*) Art. 1174. — L. 8, D. *44*, 7, *De oblig. et act.*; L. 46, §§ 2 et 3, L. 108, § 1, *De verb. oblig.*, 45, 1.

(1) DEMOLOMBE, t. XXV, n° 289; LAURENT, t. XVII, n°s 53, 54 et cependant t. XII, n° 409; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 931.

Qu'est-ce à dire? Je m'oblige, par exemple, à vous payer *tant*, si je vais à Paris..... Est-ce que, d'après le texte qui précède, une telle convention ne serait pas valable? *A priori* cela serait absurde. Il est donc certain que l'art. 1174 ne s'applique pas à toutes les conditions qui sont potestatives d'après l'art. 1170. A quelles conditions s'applique-t-il donc?

D'après l'opinion généralement suivie, l'art. 1174 s'appliquerait uniquement aux conditions *purement* potestatives, dont nous avons déjà eu occasion d'indiquer le caractère à propos des donations entre vifs (Voy. t. VI, n° 221).

On objecte que cette interprétation consiste finalement à intercaler dans le texte de l'art. 1174 le mot *purement* qui n'y est pas. Or, dit-on, ce mot figurait précisément dans le projet, et il a été retranché sur l'observation suivante du Tribunat: il s'élevait autrefois de fréquentes discussions sur le point de savoir s'il y avait ou non, dans telle convention envisagée, pure condition potestative, auquel cas il n'y avait rien de fait, et il fallait procéder à un nouveau contrat sans effet rétroactif. Or il peut arriver que l'obligation soit subordonnée à des faits tellement faciles à produire qu'on pourra trouver en définitive qu'il n'y a pas de lien actuel sérieux, et le Tribunat demandait que la nullité fût étendue à ces cas par la suppression du mot *purement* et ne fût pas limitée aux conditions dépendant du pur mouvement de la volonté.

Ce système n'a pas prévalu dans la pratique à cause de l'impossibilité d'apprécier ce degré de facilité qui équivaudra à l'absence de lien. On a donc préféré suivre la première solution: la condition ne sera pas réellement potestative dans le sens de l'art. 1174 toutes les fois qu'il y aura une gêne quelconque pour le promettant à ne pas faire ce dont il s'agit (1).

Ainsi, la faculté réservée à l'acheteur dans un marché à

(1) Cass. 24 mars 1873, D. 73, 1, 467.

terme et à prime sur des effets publics de renoncer au marché en payant la prime, ne constitue pas la condition potestative dont l'art. 1174 fait une cause de nullité des obligations (1). Cela est de toute évidence, et on ne comprend même pas qu'une discussion sérieuse ait pu s'élever sur ce point. Mais dans quelqués cas on comprend le doute: Ainsi un débiteur à promis de payer si cela lui est jamais possible. C'est comme s'il avait dit: Je paierai *quand je pourrai*, et non *quand je voudrai*. Un lien sérieux résulte d'une telle promesse qui laisse place à une appréciation utile de la part du juge (2). Il faut en dire autant de la clause : *autant qu'il dépendra de moi* (3). On a même décidé que la clause de ne rembourser un capital *qu'à sa volonté*, portait uniquement sur le terme auquel le remboursement se ferait, et non sur l'obligation elle-même qui était ferme (4).

C'est seulement la condition purement potestative de la part du débiteur qui entraine la nullité de l'obligation qui lui est subordonnée. Il en est tout autrement de l'obligation qui est potestative de la part du créancier, car alors le lien existe. Il suit de là que, dans un contrat synallagmatique, si l'une des parties s'oblige sous une condition potestative de sa part, elle n'est pas légalement tenue, tandis que l'autre est valablement liée envers elle. Dans ce cas le contrat cesse d'être synallagmatique pour devenir unilatéral (5). Mais pour que l'obligation puisse naitre définitivement, il faudra une manifestation ultérieure de volonté de la part du créancier.

L'art. 1174 concerne seulement les obligations contractées sous condition potestative. Il est donc inapplicable à une

(1) Cass. 21 janv. 1878, D. 78, 1, 161.
(2) Besançon, 2 août 1864, D. 64, 2, 180.
(3) Besançon, 1er déc. 1884, D. 85, 2. 239.
(4) Paris, 8 déc. 1838, DALLOZ, *Répert*, v° *Oblig.*, n° 1155.
(5) LAURENT, t. XVII, n° 64; Cass. 11 mars 1879, D. 81, 1, 34; Toulouse, 21 mai 1885, D. 86, 2, 187.

convention pure et simple dont la résolution est subordonnée à une condition potestative. Ainsi un acheteur pourrait se réserver la faculté de restituer la chose contre remboursement du prix ; un directeur de théâtre pourrait, dans un engagement d'artiste, se réserver la faculté de résilier le contrat dans un certain délai s'il le juge convenable (1).

247. Pour qu'un événement puisse être valablement envisagé comme conditionnel, il faut qu'il soit en harmonie avec les lois de la nature, avec les lois écrites, et avec ce qu'on appelle les lois morales c'est-à-dire qu'un tel événement, selon la formule généralement adoptée, doit être physiquement, légalement et moralement possible. Nous avons déjà vu, à propos de l'art. 900, comment cet aperçu reçoit son application aux actes à titre gratuit (Voy. t. VI, nos 48 et 49) ; mais nous avons aussi constaté que s'il y a des conditions contraires aux lois ou aux mœurs, il n'y a pas en réalité de conditions moralement ou légalement impossibles, puisque, dans certains cas, la réalisation possible d'un fait peut être envisagée, quoique ce fait soit immoral ou illicite.

C'est ce qui semble d'ailleurs résulter de la règle générale suivante :

ART. 1172. Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend (*).

Ce texte, en effet, n'applique pas l'idée d'impossibilité aux conditions contraires aux bonnes mœurs ou prohibées par les lois, mais en réserve l'expression pour les conditions contraires aux lois physiques ; ce sont ces conditions que la loi appelle conditions *d'une chose impossible*. Il faut d'ailleurs qu'il s'agisse d'une impossibilité physique absolue ayant

(*) Art. 1172. — L. 1, § 9, 11 ; L. 31, D. 44, 7, *De oblig. et act.* ; L. 137, § 6, L. 35, D. 45, 1, *De verb. oblig.* ; L. 185, D. 50, 17, *De div. reg. juris.*

(1) Voy. LAURENT, t. XVII, nos 65 et 66 et les autorités citées.

existé au moment où la convention s'est formée, et non pas d'une impossibilité simplement relative. Il faut que le fait prévu ne puisse pas se réaliser d'après les lois de la nature; il ne suffirait pas qu'il fût impossible seulement pour les parties.

248. L'art. 1172 semble, par sa rédaction, prévoir aussi bien le cas d'une condition impossible *négative*, que celui d'une condition impossible *positive;* il parle en effet, sans faire de distinction, de *toute condition d'une chose impossible.*

Mais cela est trop absolu et une restriction était nécessaire.

ART. 1173. La condition de ne pas faire une chose impossible ne rend pas nulle l'obligation contractée sous cette condition (*).

Par conséquent si la condition physiquement impossible est positive, l'acte est nul dans son entier. Les parties, en effet, ou bien n'ont pas voulu traiter sérieusement, ou bien ont traité dans l'ignorance de cette impossibilité. Si cette condition est au contraire négative, elle sera comme non écrite car le fait envisagé est d'ores et déjà certain, et il est probable que les parties ne l'ont pas véritablement considéré comme conditionnel.

La restriction résultant de l'art. 1173 ne concerne que les conditions physiquement impossibles; elle demeure étrangère aux conditions illicites c'est-à-dire contraires aux lois positives ou aux lois de la morale. Les conditions de ce genre, qu'elles soient conçues d'une manière positive ou d'une manière négative, sont nulles et rendent nulles l'obligation qui en dépend. Si, donc, quelqu'un vous promet 100 pour le cas où vous prêteriez, comme pour le cas où vous ne prêteriez pas un faux serment, il y aurait nullité dans les deux hypothèses.

Mais il y en a une troisième; c'est celle où l'obligation est consentie par celui-là même qui doit produire le fait. Ainsi, un individu s'oblige à vous payer 100 s'il commet un faux

(*) Art. 1173. — L. 7, L. 137, § 6, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

serment. Papinien considérait une telle convention comme valable (1). En droit français cette solution est difficile à justifier (2), d'abord à cause des termes absolus de l'art. 1172, ensuite à cause des principes généraux sur les transactions et les obligations naissant des délits. Remarquons cependant que s'il s'agissait d'un acte non défendu par la loi, il ne saurait y avoir de doute sur la validité d'une telle convention. Un propriétaire peut donc s'engager à payer une certaine somme s'il loue son immeuble pour servir de maison de tolérance. L'établissement d'une maison de tolérance dans l'intérieur d'une ville est en effet une faute qui rend son auteur passible de dommage envers les propriétaires des maisons voisines, à raison de la dépréciation qui peut en résulter pour ces maisons (3). De même un individu peut s'obliger à payer une certaine somme s'il se livre à la boisson; c'est le principe des sociétés de tempérance et autres sociétés analogues qui soumettent à certaines *amendes* les sociétaires contrevenant aux dispositions des statuts.

249. On discute, dans la doctrine, la question de savoir si la théorie de la condition illicite dans les contrats ne fait pas double emploi avec la théorie de la cause illicite réglée par l'art. 1131 (4). Nous avons démontré que la théorie de la cause se confond en réalité avec celle de l'objet, et la question que nous venons de poser sera une démonstration nouvelle de la vérité de cet aperçu.

D'abord la difficulté soulevée ne peut pas exister pour les contrats synallagmatiques. Dans ces contrats, en effet, on

(1) L. 121, § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.;* conf. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 12 *bis;* DEMOLOMBE, t. XXV, n° 306.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 49

(3) Cass. 8 juillet 1884, D. 85, 1, 231; Cass. 5 juin 1882, D. 83, 1, 291; Aix, 19 nov. 1878, D. 79, 2, 219.

(4) Voy. DEMOLOMBE, t. XXV, n°s 309 et 310; comp. LAURENT, t. XVII, n° 39.

voit la condition illicite se détacher nettement comme élément purement accidentel, distinct de l'objet ou cause de l'obligation ; par exemple un individu vend sa maison moyennant tel prix à un acheteur, si ce dernier prête un faux serment. La suppression de la condition ne ferait disparaître aucun des éléments essentiels du contrat ; donc si la nullité est prononcée, c'est uniquement à raison de la condition illicite.

Dans les contrats unilatéraux, au contraire, la condition paraît se confondre avec l'objet ou la contre-valeur. Mais, dit-on, il est bon que la nullité de l'acte soit encore prononcée à cause du caractère illicite de la condition, parce que on aurait peut-être cherché à éluder les art. 1131 et 1133 en donnant à l'objet (ou cause) illicite une forme conditionnelle, ainsi, au lieu de dire : je vous promets 100 fr. en retour de la promesse que vous faites, de votre côté, de ne pas incendier ma maison, on aurait cru peut-être pouvoir dire : je vous promets 100 fr. *si vous n'incendiez pas ma maison.....* La règle absolue de l'art. 1172 empêche à cet égard toute espèce de doute, oui, mais la solution serait identique, quand même l'art. 1172 n'existerait pas. Supprimons en effet la formule conditionnelle, que reste-t-il? une promesse pure et simple de 100 fr. ne correspondant plus à une contre-valeur ; or, il est certain que les parties voulaient conclure un acte à titre onéreux. Donc en supprimant la prétendue condition on a supprimé, non une clause accidentelle, mais un élément *essentiel* du contrat. Cela prouve que, dans l'espèce il n'y avait pas en réalité condition ; cela prouve encore que, si la présence d'une condition est ordinairement indiquée par l'emploi de la conjonction *si*, la réciproque n'est pas vraie, et l'emploi de la conjonction *si* ne révèle pas nécessairement l'existence d'une condition.

250. Tous les actes qui ont trait à des intérêts pécuniaires peuvent être soumis à une condition, soit suspensive, soit

résolutoire, pourvu que ces conditions ne soient contraires ni aux lois, ni aux mœurs, ni comme nous venons de le voir, aux lois de la nature ou aux bonnes mœurs (art. 6, 1134, 900, 1172).

Mais les actes qui ont trait à des intérêts d'un autre ordre répugnent à l'admission d'une condition quelconque.

Sont donc incompatibles avec toute adjonction d'un terme ou d'une condition, les actes qui intéressent l'état civil des personnes, tels que:

Le mariage,

La reconnaissance d'enfant naturel,

La légitimation,

L'adoption,

L'émancipation.

Il faut en dire autant, pour d'autres motifs, des sentences judiciaires.

En matière de contrats de mariage, nous nous bornerons à faire observer que la loi prohibe toute disposition qui aurait pour but de faire admettre des changements aux conventions matrimoniales durant le mariage (art. 1387 à 1398), ou de faire commencer la communauté à une autre époque que celle de la célébration (art. 1399). Quand à la question de savoir si on peut stipuler sous condition le régime de la communauté ou tout autre régime, nous l'examinerons en son lieu.

Il y a eu difficulté pour les partages. Nous croyons cependant que les partages peuvent être faits sous les mêmes conditions que tout autre contrat (Voy. t. V, n° 295). On ne saurait argumenter contre une telle solution, ni de l'art. 883, ni de l'art. 815. Le premier ne s'oppose nullement à un partage conditionnel; il ne peut régir que les partages irrévocables desquels il résultera que tels copartageants sont propriétaires des lots à eux attribués, dès l'ouverture de la succession; mais rien dans la loi n'empêche les parties de déclarer que le partage

sera définitif si tel événement arrive, auquel cas l'art. 883 recevra son application, ou sera résolu si tel événement n'arrive pas. L'art. 815 n'est pas non plus opposable, mais l'indivision résultant d'un partage sous condition suspensive, ne pourra être maintenue pendant plus de cinq ans. Après ce délai chacun des intéressés pourra réclamer le partage (comp. t. V, n° 283).

251. Voyons maintenant quelles sont les règles concernant l'accomplissement de la condition.

Quand il s'agit de savoir de quelle manière et en quel temps doit se réaliser la condition, il faut considérer l'intention des parties plutôt que les paroles ou expressions employées :

ART. 1175. Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût.

La loi a ainsi tranché une discussion qui s'était élevée entre les anciens jurisconsultes. Les uns voulaient que la condition fût exécutée *in formâ specificâ*, c'est-à-dire à la lettre; les autres admettaient que l'exécution pouvait avoir lieu *par équipollent*.

C'est également l'intention des parties qui décidera si le fait mis *in conditione*, et en soi susceptible d'exécution partielle, doit être accompli en entier; c'est-à-dire si la condition est indivisible, ou bien si un accomplissement partiel peut faire acquérir ou perdre le droit pour partie.

De même si la condition ne consiste pas dans un fait personnel, d'après l'intention des parties, à celui qui doit l'accomplir, la condition pourra être accomplie par un tiers et même après la mort des parties contractantes.

252. Il faut maintenant régler le déla dans lequel la condition doit être accomplie :

ART. 1176. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixe, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que

l'événement soit arrivé. S'il n'y a point de temps fixe, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas (*).

ART. 1177. Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixe, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé : elle l'est également, si avant le terme, il est certain que l'événement n'arrivera pas; et s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas (**).

Ces deux textes s'appliquent sans difficulté à la condition casuelle ou mixte, et même à la condition potestative, lorsque les parties ont fixé un délai pour son accomplissement. Mais lorsque aucun délai n'a été fixé expressément ou tacitement pour l'accomplissement d'une condition potestative par l'une des parties, on discute le point de savoir si l'autre ne peut pas demander aux tribunaux de fixer une époque passée laquelle elle sera, selon les cas, libérée ou définitivement créancière. Ainsi, un individu a promis 100 à son voisin si ce dernier démolit tel mur, ou abat certains arbres qui lui nuisent. Il n'y a aucune équivoque, aucune ambiguité dans la convention. Le voisin peut donc toujours exécuter la condition et devenir créancier ; mais il ne s'est engagé à rien. Le promettant s'est au contraire soumis indéfiniment à sa discrétion ; il doit supporter les conséquences d'un tel engagement; décider autrement, sous prétexte d'interpréter la volonté des parties, ce serait violer le contrat. Mais, dit-on, il n'est pas probable que le promettant ait entendu rester indéfiniment à la discrétion de son voisin, et tenu de lui verser la somme promise, à une époque quelconque, alors peut-être que l'exécution de la convention ne présentera plus pour lui aucun intérêt... Il est vrai que, en thèse générale, une telle convention est peu probable, mais dans le cas proposé elle est certaine, et il n'y a pas de place pour une interprétation

(*) Art. 1176. — L. 10, L. 27, § 1, L. 99, § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(**) Art. 1177. — L. 9, L. 10, L. 115, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

arbitraire (1). Mais si sous l'apparence d'une obligation conditionnelle il y avait une convention synallagmatique *promitto ut facias*, le voisin pourrait être tenu d'exécuter immédiatement son engagement, sauf aux tribunaux à accorder un délai de grâce.

253. La condition ne saurait être réputée accomplie, lorsque son accomplissement a été empêché par une force majeure ou par le fait d'un tiers ou même par le fait du débiteur lui-même, lorsque, en produisant ce fait, le débiteur a exercé un droit ou rempli un devoir (2); mais en dehors de cette dernière hypothèse,

ART. 1178. La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement (*).

C'est ce qui aura lieu, par exemple, quand une compagnie d'assurances sur la vie, ayant stipulé que le contrat n'aurait d'effet qu'à la suite du versement de la première prime, aura elle-même, par une faute imputable à ses agents, été la cause du retard dans le versement (3).

Cet art. 1178 n'est pas applicable quand le débiteur s'est obligé sous une condition potestative de sa part, c'est-à-dire quand la condition dépend d'un fait qu'il demeure libre de ne pas accomplir. A plus forte raison en sera-t-il ainsi lorsque, en empêchant la condition de se réaliser, il a accompli un devoir, ou lorsque les parties ont entendu que le débiteur empêcherait précisément la condition de se réaliser. C'est ce qui arrivera chaque fois qu'on voudra obliger quelqu'un à prévenir un accident dont on le rend responsable. Ainsi,

(*) Art. 1178. — L. 81, § 1, D. 35, 1, *De condit. et démonst.*; L. 24, 39, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*

(1) LAURENT, t. XVII, n° 75; comp. POTHIER, *Oblig.*, n^{os} 209 et 211; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 96 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 347.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 212.

(3) Cass. 4 mars 1887, D. 87, 2, 206.

des parents confient leur enfant au capitaine d'un navire en stipulant de lui une somme de 10.000 francs si l'enfant vient à périr durant la traversée. L'enfant tombe à la mer, le capitaine le sauve; il serait absurde et contraire à l'esprit du contrat d'appliquer à ce dernier l'art. 1178.

Nous avons dit que la condition ne saurait être réputée accomplie, lorsque son accomplissement a été empêché par une force majeure ou par le fait d'un tiers, quels que soient d'ailleurs les efforts faits par le créancier pour en procurer l'accomplissement. Cela est l'évidence même pour les conditions casuelles. Mais on soutient que pour les conditions mixtes ou potestatives, *si leur accomplissement a manqué sans la faute ou la négligence de celui qui en était grevé,* il est permis de décider que le stipulant a entendu se contenter *de la bonne volonté du débiteur!* — Cette singulière exception serait fondée sur la *grande* règle d'interprétation posé par l'art. 1175 que les conditions doivent être exécutées de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elles le fussent. Ainsi donc cette règle d'interprétation servirait à remplacer l'exécution réelle d'une condition par la justification de *la bonne volonté* du débiteur! A l'appui de cette incroyable doctrine on allègue l'exemple suivant : « Je vous vends ma maison dix mille francs si vous donnez mille francs à Paul. Vous offrez ces mille francs à Paul; il refuse de les recevoir. A coup sûr si la condition n'est pas accomplie, il n'y a pas de votre faute. Faut-il décider cependant que la condition est défaillie? Cette rigueur serait excessive; car il est évident que la condition renfermait cette autre condition tacite, si Paul veut les recevoir (1). » Mais cette dernière raison prouve au contraire que la condition est défaillie, et qu'il n'y a rien d'excessif à le décider ainsi. Pour des motifs dont je ne dois compte à

(1) LAROMBIÈRE, art. 1178, n° 16.

personne, il m'a convenu de subordonner la vente que je consens à votre profit de ma maison, à l'accomplissement d'une condition consistant en ce qu'un contrat de donation d'une somme déterminée intervienne entre vous, comme donateur et Paul comme donataire. L'auteur à qui nous empruntons cet exemple avait déjà fort bien reconnu que : « les juges doivent s'en tenir à la rigueur du contrat; ils ne peuvent réputer la condition accomplie, sous prétexte que son intérêt n'est pas très apparent, que son exécution n'a manqué que par cas fortuit, que le débiteur y a mis toute la bonne volonté possible, que déjà il avait tout préparé, tout disposé et même fait quelque chose pour son accomplissement (1). »

En pareille matière il n'y a pas de milieu; ou la clause litigieuse contient une condition ou elle n'en contient pas. Déclarer que le créancier a entendu se contenter de *la bonne volonté* du débiteur, c'est en réalité effacer arbitrairement la condition insérée au contrat, c'est violer ouvertement le droit du créancier (2). Un arrêt rendu récemment en matière d'assurances sur la vie, montre combien on peut se laisser entraîner loin dans cette voie : on sait que les compagnies d'assurances sur la vie ont coutume de stipuler que, en cas de suicide de l'assuré, elles sont déliées de leurs engagements (3). Elles ont donc intérêt à exiger que le bénéficiaire d'une assurance produise un certificat constatant le genre de mort qui aurait donné ouverture à l'assurance. Ce certificat est indispensable pour savoir si la société est tenue, sa production est donc une condition formelle de l'obligation. Or, il n'est pas possible de dire que cette condition est censée accomplie par cela seul que le bénéficiaire de la

(1) *Ibid.*

(2) AUBRY et RAU, § 302, texte et notes 34, 35; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 353.

(3) Cass. 3 août 1876, D. 79, 5, 29.

police aurait tenté, sans y parvenir, de se le procurer, en demandant ce certificat au docteur qui a soigné l'assuré dans sa dernière maladie, et qui a opposé un refus absolu motivé par le secret professionnel. C'est cependant ce qui a été jugé (1). On a donc décidé que la bonne volonté de l'assuré à se procurer le certificat promis, doit équivaloir pour l'assureur au certificat lui-même !

C'est seulement en matière de legs que l'on peut, dans une certaine mesure, admettre que la bonne volonté peut tenir lieu d'exécution.

N° 2. — *Effet rétroactif de la condition.*

254. — Notion de la rétroactivité de la condition, art. 1179.
255. — Signification et application de la rétroactivité ; conséquences relativement à l'impôt ;
256. — Relativement aux droits réels.
257. — *Quid* à l'égard des actes d'administration ?
258. — Restitution auxquelles le créancier a droit.
259. — Des actes conservatoires.

254. Suivant la pure doctrine romaine, les droits et obligations résultant d'un acte conditionnel ne prennent naissance qu'à l'événement de la condition. Comme correctif à cette doctrine, les jurisconsultes avaient admis la rétroactivité de la condition en vertu de laquelle on faisait, *ex post facto*, quand la condition s'était accomplie, remonter les effets de l'acte conditionnel, au jour où il avait été consenti (2). Ce résultat était d'ailleurs conforme à la volonté probable des parties, et il a été consacré par le droit moderne :

ART. 1179. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier.

(1) Paris, 4 fév. 1894, D. 91, 2, 317.
(2) BUFNOIR, *Théorie de la cond.*, p. 238, 239, 307.

Il s'agit donc d'un simple correctif qui, d'ailleurs, n'a rien de nécessaire. Demolombe ne l'entend pas ainsi, et voici comment il s'exprime :

« Les droits et les obligations sont, dans tous les contrats quels qu'ils soient, purs et simples ou conditionnels, le produit de la convention; — or la convention des parties, lors même qu'elle est conditionnelle, est parfaite dès le jour où elle a lieu; — *Donc* (!) c'est bien au jour où la convention a eu lieu que doivent remonter, *ex post facto*, une fois la condition accomplie, les droits et les obligations dont cette convention même est la cause (1) ! »

Mais quel rapport y a-t-il entre l'époque de la perfection du contrat et la date à laquelle il convient de faire prendre naissance aux droits conditionnels?

Le même auteur dit dans un autre passage :

« En un mot, la rétroactivité de la condition accomplie est une conséquence nécessaire de la validité de l'obligation contractée sous cette condition (2). » Il ajoute un peu plus loin : « La rétroactivité est d'ailleurs une fiction (3). » Mais comment une *fiction* peut-elle être une conséquence *nécessaire* de quoi que ce soit?...

La conséquence est si peu nécessaire que le projet de Code civil allemand n'attache aucune rétroactivité à la condition accomplie qu'elle soit suspensive, ou qu'elle soit résolutoire.

D'après ce projet, les droits subordonnés à une condition suspensive n'existent qu'à partir de l'arrivée de la condition, et, au cas de condition résolutoire, c'est à partir seulement de sa réalisation que cessent d'exister les droits qu'elle affectait. Mais le rétablissement de la situation juridique antérieure s'opère *ipso jure;* on écarte la doctrine suivant

(1) T. XXV, n° 377.
(2) *Ibid.*, n° 387.
(3) *Ibid.*, n° 398; *Contrà*, LAURENT, t. XVII, n° 82.

laquelle, en matière de transmission de propriété, l'arrivée de la condition résolutoire imposerait simplement l'obligation d'opérer une rétrocession (1).

Cependant, malgré le principe de non-rétroactivité, le *projet* reconnaît aux parties, dans leurs rapports entre elles, la faculté de faire remonter l'effet de la condition accomplie à une époque antérieure à son accomplissement. De plus, la non-rétroactivité en matière d'aliénations ou de constitutions de droits réels n'empêche pas que les droits conférés *pendente conditione* par l'aliénateur sous condition suspensive par exemple, ou par l'acquéreur sous condition résolutoire, ou acquis de leur chef, ne soient anéantis par l'arrivée de la condition qui produit, sous ce rapport, les effets d'un terme extinctif. Mais jusque-là, ils ont subsisté valablement. Le tiers intéressé peut d'ailleurs invoquer les bénéfices appartenant à ceux qui ont traité de bonne foi avec un *non dominus* (2).

Tout cela démontre que la rétroactivité des conditions n'est pas un effet nécessaire de leur accomplissement, et qu'on peut concevoir un système dans lequel il n'y aurait pas rétroactivité, ce qui apporterait une grande simplification dans les rapports avec les tiers.

255. En droit français on a admis que la volonté probable des parties se prononçait, dans les contrats conditionnels, en faveur de la rétroactivité. Tant que la condition n'est pas accomplie il y a incertitude. Aussitôt qu'elle est accomplie, la certitude arrive, le droit existe, ou plutôt il est vérifié qu'il y a eu un droit existant. On reconnaît alors que, dès le principe, *ab initio*, il y a eu un droit, et les parties font alors ce qu'elles auraient fait dès le moment de la convention, si, à

(1) Voy. *Bull. de la Soc. de législ. comp.* (1888-1889), p. 160, *Observ.* de M. Bufnoir.

(2) *Ibid.*

ce moment, elles avaient pu lire dans l'avenir. L'obligation conditionnelle n'est donc pas une obligation future : c'est une obligation qui, sous la condition prévue, existe ou n'existe pas dès le jour où les parties l'ont formée.

L'effet rétroactif s'applique aussi aux droits réels, que la condition soit suspensive ou résolutoire.

Ainsi l'acheteur d'un fonds sous condition suspensive, ne devient en apparence propriétaire qu'à partir de l'accomplissement de la condition, mais en vertu de l'effet rétroactif, il l'a été réellement à partir du jour du contrat. L'acheteur sous condition résolutoire a paru être vraiment propriétaire *pendente conditione*, mais, la condition étant accomplie, il demeure vérifié qu'il ne l'a jamais été.

Ces distinctions sont très importantes à plusieurs points de vue, notamment au point de vue de l'impôt.

Ainsi, en matière de condition suspensive, qu'il s'agisse de vente, donations entre-vifs, ou obligations de sommes, tant que la condition n'est pas accomplie, le droit proportionnel n'est pas encouru, car l'acte dont l'effet est en suspens n'opère encore ni transmission, ni obligation. Mais quand la condition arrive, le droit proportionnel devient exigible *sur l'acte originaire lui-même*, qui, par l'effet rétroactif de la condition, apparaît comme devant être la base de l'impôt. Conséquemment la perception doit être faite d'après le tarif en vigueur au jour où l'acte a acquis date certaine. Le droit proportionnel est alors perçu, indépendamment du droit fixe déjà acquitté, sans aucune déduction ni imputation (1).

Dans les cas de condition résolutoire, la transmission ou l'obligation est actuelle; donc le droit proportionnel est immédiatement exigible. La condition résolutoire s'accomplissant, le droit proportionnel devrait être, ce semble, restitué; mais il ne l'est pas à cause du principe fondamental en ma-

(1) Trib. Saint-Gaudens, 25 juin 1884, D. 86, 5, 201.

tière de perception que tout droit régulièrement perçu ne saurait être restitué.

256. De ce que la condition a un effet rétroactif, il suit encore que les droits réels constitués par celui qui n'avait qu'un droit résoluble, s'évanouissent, sauf l'application à l'égard des tiers des principes sur la transcription.

On arrive donc à cette conséquence que, dans les cas de condition suspensive, comme dans ceux de condition résolutoire, on trouve deux propriétaires, l'un sous condition résolutoire, l'autre sous condition suspensive, ayant chacun le droit de faire des actes affectés de la condition qui est attachée à son titre. C'est l'événement de la condition qui décidera lesquels seront maintenus (1).

La rétroactivité a lieu alors même que la condition est potestative et stipulée au profit du débiteur. Le contraire a été soutenu surtout dans l'intérêt des tiers (2), mais le rétablissement de la transcription a donné, à cet égard, satisfaction à tous les intérêts (3).

257. On s'est encore demandé si le principe de la rétroactivité atteignait les actes d'administration comme ceux de disposition. L'art. 1673 du Code civil nous montre clairement quoique indirectement, la solution à adopter. D'après cet article, quand une personne qui a fait une vente sous condition de rachat, vente sous condition résolutoire, rembourse à l'acheteur son prix d'acquisition, elle reprend le bien vendu libre de toutes les charges dont l'acquéreur l'aurait grevé, mais elle est tenue d'exécuter les baux faits sans fraude par celui-ci. Il s'agit donc d'une disposition tout à fait spéciale à la faculté de rachat, autrement elle serait inutile, disposition impliquant l'existence de la règle générale à laquelle

(1) DEMOLOMBE, t. XXV, n° 410; LAURENT, t. XVII, n° 80.
(2) TOULLIER, t. III, n° 546; AUBRY et RAU, t. IV, p. 78, n° 66.
(3) DEMOLOMBE, t. XXV, n° 387; LAURENT, t. XVII, n° 86.

elle déroge. Or cette règle générale se trouve dans l'art. 1178 embrassant dans sa généralité les actes d'administration aussi bien que les actes de disposition. Il n'est pas exact de prétendre qu'une telle solution rendra impossible toute administration sérieuse de la chose. Du moment qu'il y a deux propriétaires en présence, intéressés l'un et l'autre à une bonne gestion, il suffira, pour qu'un acte d'administration soit valable à tout événement, qu'il soit fait d'un commun accord par l'un et l'autre (1).

258. En principe les fruits perçus par le débiteur conditionnel devront être par lui restitués avec la chose au créancier lorsque la condition s'accomplit. Les fruits doivent en effet appartenir au propriétaire en vertu de la règle générale de l'art. 547, quand les parties n'ont pas décidé le contraire et sauf les cas où la loi a autorisé le débiteur conditionnel à les conserver (Voy. art. 856, 928, 958, 962, 1652, 1682) (2).

259. Les diverses restitutions auxquelles peut avoir droit le créancier conditionnel ne peuvent être réclamées par lui qu'après l'accomplissement de la condition. Jusqu'à ce moment le créancier conditionnel ne peut exercer aucun acte de poursuite ou d'exécution.

Il ne peut en effet exiger le paiement ni directement, ni indirectement; les dettes sous condition suspensive ne sont pas compensables.

Cependant,

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

Ainsi il peut rendre publics, pour les conserver, ses droits éventuels, et par conséquent prendre inscription ou requérir

(1) LAURENT, t. XVII, nos 82 et 83; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXV, nos 398 et suiv.

(2) MARCADÉ, sur l'art. 1179; AUBRY et RAU, § 302, texte et note 62; LAURENT, t. XVII, n° 84; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 935; *Contrà*, DURANTON, t. XI, n° 82; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 98 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 401.

toutes transcriptions utiles. Il peut empêcher la dégradation des corps certains qui lui sont dus, il pourra interrompre la prescription en assignant le débiteur en reconnaissance de son droit; il pourra agir aussi en reconnaissance d'écriture et de signature.

Il pourrait encore faire des actes tendant à conserver la fortune du débiteur, pourvu qu'il ne prétende pas s'immiscer dans l'administration de la propriété. Ainsi dans le cas de l'art. 112, il sera au nombre des parties intéressées; il pourra provoquer les nominations de tuteurs et de subrogé-tuteurs et par conséquent les réunions de conseil de famille (art. 406, 420, 421).

Pourrait-il faire une saisie-arrêt? La question de savoir si la saisie-arrêt est une mesure simplement conservatoire est controversée. La jurisprudence consacre assez généralement une opinion singulière d'après laquelle la saisie-arrêt se produit d'abord avec les caractères d'une mesure conservatoire, mais devient une mesure d'exécution à partir du jugement qui en prononce la validité et contient une condamnation (1). Quoi qu'il en soit, il est certain que cette mesure frappe d'indisponibilité les sommes ou effets du débiteur arrêtés entre les mains d'un tiers; cela suffit pour qu'une créance dont l'existence est incertaine ne puisse servir de base à une saisie-arrêt (2). Mais le créancier conditionnel peut se présenter à l'ordre ouvert pour la distribution des deniers provenant d'une vente forcée poursuivie par un autre créancier. Les deniers lui revenant après collocation seront consignés. Il est également recevable à produire à la

(1) CHAUVEAU SUR CARRÉ, t. IV, q. 1926; LAURENT, t. XXIV, n° 520; Cass. 1er mai 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 761; 21 mai 1889, *Gaz. Pal.*, 89, 108.

(2) Poitiers, 12 déc. 1876, D. 77, 2, 231; Liège, 15 juin 1882, D. 83, 2, 138; LAURENT, t. XVII, nos 89, 90; *Contrà*, Liège, 25 fév. 1880, *Pas.*, 80, 2, 250.

masse de son débiteur failli et à affirmer sa créance (1).

L'art. 1180 s'applique *à fortiori* au créancier à terme dont le droit existe déjà.

§ 2. — De la condition suspensive.

260. — Définition donnée par l'art. 1181.
261. — Question des risques, art. 1182.
262. — Perte partielle; faute du débiteur.

260. Nous savons qu'en réalité il n'y a qu'une condition, toujours suspensive, appliquée tantôt à la création, tantôt à la résolution d'un rapport de droit. C'est pour cela que l'article 1168 comprend ces deux formes de la condition dans la définition qu'il nous donne de l'obligation conditionnelle.

Mais le législateur, pour la clarté de la réglementation, arrive ensuite à séparer la condition suspensive de la condition résolutoire pour consacrer à chacune d'elles un paragraphe spécial.

Il avait déjà défini la condition suspensive dans l'art. 1168; il en donne, fort inutilement, une seconde définition très incorrecte :

ART. 1181. 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. — 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 (*).

Mais le dernier alinéa rectifie l'erreur commise dans le premier, en déclarant que, dans le cas prévu, l'obligation produit immédiatement son effet, c'est-à-dire qu'en réalité elle n'était pas conditionnelle.

Quand la condition suspensive se réalise le contrat devient pur et simple et produit tous les effets qui y sont attachés.

(*) Art. 1181. — L. 37, 38, 39, D. 12, 1, *De reb. cred.*
(1) Cass. belge, 13 juin 1889, *Pas.*, 89, 1, 246.

La rétroactivité de la condition valide tous les actes de disposition, d'administration et de jouissance que le créancier conditionnel a faits pendant que la condition était en suspens, et par contre tous les actes faits par le débiteur conditionnel doivent tomber, comme nous l'avons ci-dessus démontré.

261. Que décider, par rapport aux risques, si l'objet de l'obligation conditionnelle est un corps certain ?

Il ne saurait y avoir de difficulté dans le cas d'un contrat unilatéral. C'est le créancier qui perd toujours ; le débiteur ne perd rien, car il n'avait la chose que pour la rendre. Il ne peut y avoir de question que dans le cas de contrat synallagmatique. Nous rappelons, en effet, que la question des risques suppose deux obligations corrélatives ; l'objet de l'une des deux obligations périssant, cette obligation s'éteint; la question est de savoir si l'autre obligation doit s'éteindre aussi ou continuer de subsister. Si le contrat est pur et simple, nous savons que, d'après la décision du Code, l'obligation continue de subsister, c'est-à-dire que la perte est supportée par le créancier qui, en vue de ce résultat, a été déclaré propriétaire.

Il doit en être autrement en cas de condition suspensive, puisque l'obligation n'existe pas jusqu'à l'arrivée de la condition :

ART. 1182. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose qui fait la matière de la convention demeure aux risques du débiteur 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 débiteur, le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, 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 débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts (*).

Donc, tant pis pour le débiteur, si la chose périt avant l'événement. Il n'y a pas à s'arrêter à une objection théori-

(*) Art. 1182. — L. 3, 8, 10, D. 18, 6, *De peric. et comm.*

que qu'on voudrait tirer de la rétroactivité, car il faut voir dans la disposition qui nous occupe une interprétation de la volonté des parties. Le législateur a pensé avec raison que le créancier, l'acheteur par exemple, n'avait pas entendu se charger de la perte alors qu'il n'était pas sûr que le contrat dût exister (1). Si on admet la théorie d'après laquelle le contrat ne peut pas se former quand la chose qui en fait l'objet n'existe plus au moment de la réalisation de la condition, le résultat est le même (2).

262. La perte partielle est, comme la perte totale, à la charge du débiteur, en ce sens que si la chose a été détériorée sans la faute du débiteur, le créancier peut, à son choix, prendre la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution de prix, ou résoudre le contrat, c'est-à-dire rejeter sur le débiteur les conséquences de la détérioration.

Si la chose a été détériorée par la faute du débiteur, le créancier pourra, quand la condition s'accomplira, demander à son choix soit l'exécution du contrat, soit sa résolution, et, dans les deux cas, des dommages-intérêts. Mais, dans la même hypothèse, le débiteur se trouve avoir manqué à ses engagements. Le créancier peut donc invoquer la condition résolutoire tacite de l'art. 1184, et, selon la doctrine de la Cour de cassation, il appartient aux tribunaux, en interprétant la convention, d'apprécier l'intention des parties, l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle qui y a manqué, l'importance du préjudice causé et la gravité des circonstances qui peuvent légitimer la résolution du contrat (3).

(1) Voy. DEMOLOMBE, t. XXV, n° 426; LABBÉ, *Étude sur la perte de la chose;* Comp. LAURENT, t. XVII, n° 96.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 219; DURANTON, t. XI, n°s 74 et 76; AUBRY et RAU, § 302; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 101 *bis* II; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 938.

(1) Cass. 1er mars 1892, D. 92, 1, 412; 20 oct. 1886, S. 87, 1, 24; DEMOLOMBE, t. XXIV, n° 176.

Mais on peut objecter qu'il ne s'agit pas de constater ou d'apprécier un préjudice, mais de régler, d'après la loi, les suites de l'inexécution d'un contrat (1).

§ 3. — De la condition résolutoire.

263. — Notion de la condition résolutoire, art. 1183; diverses sources des conditions de cette nature.
264. — La condition résolutoire ne suspend pas l'exécution de l'obligation; conséquences.
265. — Accomplissement de la condition résolutoire expresse.
266. — Condition résolutoire tacite, art. 1184, ou pacte commissoire sous-entendu.
267. — Pourquoi l'art. 1184 ne parle que des contrats synallagmatiques; origines historiques de cette disposition.
268. — Objection contre l'interprétation proposée; réfutation.
269. — Accomplissement de la condition résolutoire tacite; de l'inexécution partielle de l'engagement.
270. — Droits du créancier en cas d'inexécution. — Mise en demeure du débiteur.
271. — La résolution n'a pas lieu de plein droit et doit être demandée en justice.
272. — Nature de l'action résolutoire;
273. — Son but final; compétence.
274. — Par qui elle peut être exercée;
275. — Contre qui; est-elle divisible ou indivisible?
276. — Effets de la résolution tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard du créancier. — Le débiteur a-t-il représenté le créancier durant sa détention intérimaire?
277. — Restitutions que peuvent se devoir les parties.
278. — Droit pour le créancier de réclamer des dommages.
279. — Restrictions, dans l'intérêt des tiers, au droit de résolution.
280. — Comment ce droit prend fin.
281. — Du pacte commissoire exprès.

263. Pour qu'un droit quelconque, réel ou de créance, puisse être affecté d'une condition résolutoire, il faut, nécescessairement, que, dès à présent, ce droit existe. Seulement

(1) LAURENT, t. XXIV, n° 176.

la volonté des parties est que ce droit soit anéanti rétroactivement, si tel événement arrive ou n'arrive pas.

En effet :

ART. 1183. La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation 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 condition arrive.

Il y a deux sortes de conditions résolutoires; celles qui opèrent de plein droit la résolution envisagée, et celles qui n'opèrent cette résolution que par la sentence du juge. Il est question de cette dernière catégorie dans les art. 1184 et 956.

Les conditions résolutoires qui opèrent de plein droit peuvent être formellement exprimées ou seulement tacites.

Les conditions casuelles, mixtes et même potestatives, sauf celles dont parle l'art. 1184, opèrent de plein droit. Les cas d'application sont très nombreux; le Code en donne des exemples dans les art. 951, 952; Voy. encore 1660, 1673 *in fine*.

Quant aux conditions résolutoires tacites opérant de plein droit, on peut les subdiviser en deux classes :

1° Celles qui résultent d'une interprétation de la volonté des parties qui auraient pu les exclure si elles l'avaient voulu. Ainsi, par exemple, un donataire ne reçoit que sous la condition de rapporter l'objet donné à la succession du donateur s'il devient son héritier (art. 843). Mais les parties auraient pu exclure cette condition. Cette condition opère immédiatement, par la seule force de la loi, et fait rentrer dans la succession du donateur l'immeuble donné franc et quitte de toutes charges émanées du donataire (art. 865).

2° Les conditions qui résultent de la volonté de la loi, et que les parties ne pourraient exclure ni modifier; par exemple : la réduction des donations excédant la quotité disponible au moment du décès (art. 920); la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants.

Quand il s'agit d'un droit anéanti par l'effet d'une condition résolutoire, il faut remarquer que les tiers peuvent invoquer la résolution qui s'est produite, et réciproquement que cette résolution peut leur être opposée. Ainsi, le donataire a perdu la possession de la chose donnée et agit en revendication contre le possesseur, ce dernier pourra lui opposer la résolution de son droit, quoiqu'il ne soit pas l'ayant-cause du donateur. Réciproquement le donateur pourrait agir contre le tiers ayant-cause du donataire.

Tel est, par aperçu général, le cadre dans lequel se meut la condition résolutoire.

264. *Pendente conditione*, l'exécution de l'obligation n'est pas suspendue, dit l'art. 1183. En d'autres termes, l'obligation est parfaite dès la formation du contrat, et produit les conséquences que comporte la nature de ce contrat (1) ; de là il suit :

1° Que le débiteur doit remplir son obligation envers le créancier, si le contrat est unilatéral, et que chacune des parties doit remplir ses engagements si le contrat est synallagmatique. La partie qui a à se plaindre de l'inexécution peut poursuivre l'exécution contre l'autre par voie d'action. Par conséquent, en cas de vente sous condition résolutoire, le vendeur est tenu dès maintenant de délivrer la chose vendue à l'acheteur, et de son côté l'acheteur est dès maintenant tenu de payer son prix. Les droits de mutation ou d'obligation devront être payés;

2° L'acquéreur sous condition résolutoire administre à titre de propriétaire, perçoit les fruits, peut constituer des droits réels, etc.

A la réalisation de la condition, si le contrat a été exécuté, les parties restitueront tout ce qui aura été perçu en vertu du contrat. L'acheteur restituera la chose avec les accroisse-

(1) Cass. 5 déc. 1883, D. 84, 1, 130.

ments qu'elle a reçus ainsi que les fruits, et le vendeur rendra le prix;

3° L'acquéreur sous condition résolutoire est dans la situation d'un tiers détenteur quand il a été mis en possession. Il est donc soumis aux actions hypothécaires; mais comme il n'est pas personnellement obligé à la dette, il pourra opposer le bénéfice de discussion, délaisser (art. 2179), et même purger. Il a toutes les actions possessoires et pétitoires relatives à la chose vendue, ainsi que les actions en partage;

4° Si la chose lui a été livrée *a non domino* il pourra prescrire tant contre le véritable propriétaire que contre ceux qui prétendraient des droits réels sur l'immeuble. La prescription court aussi contre lui;

5° Le *tradens* de son côté, est devenu propriétaire sous condition suspensive; il peut, à ce titre, constituer des droits réels, des hypothèques (art. 2125) soumis aux mêmes conditions que son droit propre;

6° Si la condition fait défaut, le rapport de droit est censé n'avoir jamais été soumis à une modalité, et la situation devient définitive. Si, *pendente conditione*, l'objet a péri ou a été détérioré par cas fortuit, c'est l'acquéreur qui supporte la perte ou la détérioration. Il ne pourra donc pas, s'il s'agit d'une vente, réclamer la restitution du prix, quoique la condition résolutoire vienne à s'accomplir (1).

En effet, si la chose a péri avant d'avoir été livrée au créancier, ce dernier doit supporter le risque, en vertu de l'article 1138; si la chose a péri après la livraison, il en était devenu débiteur sous condition suspensive, et tenu d'en porter le risque en vertu de l'art. 1182 (2).

265. Quand la condition résolutoire expresse s'accomplit,

(1) *Contrà*, Haute Cour des Pays-Bas, 18 déc. 1879, D. 80, 2, 90.

(2) AUBRY et RAU, § 302, note 70; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 102 *bis* IV; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 46; LAURENT, t. XVII, n°s 210 et 211; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 942.

elle opère de plein droit, sans qu'il soit besoin de recourir à la justice. Par conséquent en cas de difficultés sur le point de savoir si la condition s'est réellement accomplie, les juges n'auront qu'à vérifier ce point pour le constater, s'il y a lieu, mais il ne leur appartient pas de prononcer la résolution qui résulte de la clause résolutoire elle-même.

La résolution s'opère rétroactivement en remettant les choses au même état que si l'obligation n'avait jamais existé, suivant la formule de l'art. 1183. Mais c'est là une règle générale comportant des exceptions nécessaires résultant de l'intention commune des parties appréciée d'après la nature du contrat. Ainsi il arrive souvent que dans un contrat de bail conclu pour une période déterminée, les parties conviennent d'une résolution pour une époque antérieure si le locataire est appelé à des fonctions dans une autre résidence. En réalité la condition résolutoire doit opérer seulement pour l'avenir, comme pourrait le faire un terme. Il doit en être de même pour le contrat de rente viagère résoluble, en vertu d'une clause expresse, pour le défaut de paiement des arrérages (1).

266. Parlons maintenant des conditions résolutoires tacites. Leur effet n'est pas aussi énergique que celui des conditions résolutoires expresses ; elles sont le résultat d'une présomption légale :

ART. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue 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 possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. — La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

Il s'agit en définitive, pour le créancier dont le débiteur ne remplit pas ses engagements, d'obtenir, autant que possible,

(1) Comp. LAURENT, t. XVII, n° 121.

le rétablissement dans l'état antérieur, comme cela a lieu dans les cas de condition résolutoire expresse (art. 1183); il faut, en d'autres termes, que le créancier, trompé dans l'expectative légitime résultant pour lui du contrat, ne soit plus gêné par ce contrat violé, quand il voudra agir contre son débiteur. Le débiteur qui a commencé par violer le contrat ne doit jamais pouvoir opposer ce contrat au créancier.

Ainsi envisagée, la règle sus-énoncée semble vraie pour tous les contrats à titre onéreux, quand même ils ne seraient pas synallagmatiques ; dans le cas, par exemple, de la vente de son immeuble faite sans garantie à son fermier par un propriétaire, dans les cas de prêt à intérêt, etc. La loi applique d'ailleurs cette règle à la rente constituée (art. 1912), et même au donataire qui n'exécute pas les charges à lui imposées (art. 953).

267. Comment donc se fait-il que l'art. 1184 soit rédigé de manière à ne paraître concerner que les seuls contrats synallagmatiques ?

Par la raison, historiquement démontrée, que la règle dont il s'agit a toujours formé le droit commun pour les rapports unilatéraux, qu'il n'y a jamais eu de doutes pour les rapports de cette nature, qu'il y en a eu au contraire pour les rapports synallagmatiques, et qu'il fallait une disposition spéciale pour *étendre* cette règle aux contrats synallagmatiques, qui, sans cela, n'y auraient pas été soumis.

Il est facile, en effet, de se rendre compte des étapes successives parcourues, en cette matière, par la théorie juridique.

Pouvait-on procurer à un créancier qui n'a pas reçu l'équivalent convenu de sa prestation, le rétablissement dans son état antérieur, c'est-à-dire le dégager des liens de son contrat ?

En droit romain, la question ne pouvait même pas se poser à l'égard des contrats synallagmatiques dont les effets

étaient fixés par le droit civil ; le créancier ne pouvait que demander l'exécution du contrat, et nous trouvons ce principe appliqué même dans le dernier état du droit romain (1). Il ne pouvait y être dérogé qu'en vertu d'une clause expresse (*lex commissoria*) de résolution pour le cas où le débiteur, l'acheteur, ne paierait pas le prix au terme convenu (2).

Dans les contrats unilatéraux, la question ne pouvait pas se poser pour d'autres motifs qu'il serait trop long de développer ici. Nous nous bornons à indiquer, à titre d'exemple, que le prêt à intérêt, à l'occasion duquel la difficulté peut se présenter aujourd'hui, ne pouvait se réaliser dans le principe qu'au moyen de deux opérations distinctes : le *mutuum* pour le capital, la stipulation pour les intérêts (3). Comment l'inexécution de la stipulation aurait-elle pu réfléchir sur le capital?

C'est à l'égard des pactes *do ut des*, *do ut facias* qu'il pouvait seulement être question de rétablir dans l'état antérieur celui qui avait commencé par exécuter, de son côté, la convention. Ce résultat était obtenu, dans la mesure du possible, au moyen de la *condictio, causâ datâ causâ non secutâ.*

Pour les pactes *facio ut facias*, *facio ut des*, il ne pouvait être question d'une *condictio*, car : *nemo potest condicere factum*, c'est-à-dire faire rentrer un fait accompli, dans la catégorie des faits à produire (4).

Le rétablissement dans l'état antérieur, à l'aide d'une *con-*

(1) L. 11, C. 4, 44, *De rescind. vend.* ; L. 8, C. 4, 38, *De contr. empt.*
(2) L. 1, L. 2, D. 18, 3, *De lege comm.*
(3) L. 24, D. 19, 5, *De præscript. verb.*
(4) *Condictio* CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA *nascitur quidem occasione contractus innominati* DO UT DES, *vel* DO UT FACIAS *et* DO NEC FACIAS, *non tamen ratione contractus* FACIO UT DES VEL FACIO UT FACIAS, *vel* FACIO NEC FACIAS *eo quod naturali ratione repeti nequeunt, nec id quod factum est, infectum fieri.* — VOET, *Ad Pandectas*, lib. XII, tit. IV, § 1.

dictio, avait donc lieu, sous clause expresse, dans les pactes *do ut des*, *do ut facias* qui, par leur exécution de la part de l'une des parties, ne donnaient lieu qu'à des rapports unilatéraux.

Mais quand les pactes ou contrats innomés dont il s'agit furent à peu près assimilés aux contrats synallagmatiques, ou reconnus comme tels au moyen des actions *ex præscriptis verbis*, la *condictio causâ datâ*, qui survécut néanmoins, devint la condition résolutoire sous-entendue.

Fallait-il restreindre cette condition résolutoire aux contrats innomés ? « Nos anciens auteurs, dit un écrivain moderne, furent frappés de voir que la *condictio causâ datâ causâ non secutâ* était admise dans les contrats innomés, et sans se rendre un compte parfaitement exact de l'origine de cette règle, ils furent tentés d'en étendre l'application aux contrats nommés, et de faire par là disparaître une différence qui n'était pour eux qu'une anomalie (1). »

Au point de vue du résultat finalement obtenu, cet aperçu est incontestablement vrai ; mais au point de vue du procédé mis en œuvre pour l'obtenir, il serait plus exact de dire que nos anciens auteurs ont considéré et traité les contrats ordinaires, qui étaient synallagmatiques, comme s'ils étaient innomés, c'est-à-dire unilatéraux.

En effet : le pacte *do ut des*, c'est-à-dire l'échange, la *permutatio* était résoluble par l'effet de la *condictio causâ datâ*.... Or, déjà Justinien, en citant l'opinion de Sabinus (2), avait remarqué que la vente n'est qu'une espèce particulière de *permutatio ;* que la forme première de la vente a été l'échange, de telle sorte que la convention de livrer une chose moyennant un prix peut être considérée comme constituant: 1° Une *permutatio* soumise aux mêmes règles que les *permu-*

(1) MARTIN, *De la lex commissoria...*, p. 81.
(2) L. III, tit. 24, § 1.

tationes en général ; 2° une *permutatio* spéciale appelée vente. Par conséquent, suivant d'ailleurs la décision adoptée par certains glossateurs, la convention dont il s'agit pouvait être résoluble en cas d'inexécution des charges, sinon comme vente, au moins comme *permutatio* (1). La transition était ainsi trouvée : la vente, type des contrats synallagmatiques, fut résoluble pour défaut d'exécution des charges, sans qu'il fût nécessaire pour cela d'une clause formelle, et le *Livre de justice et de plet* (1260), qui témoigne des efforts tentés pour faire entrer le droit romain dans la pratique (2), put dire, en empruntant la formule même de la *condictio causâ datâ causâ non secutâ*, que la résolution : « doit avoir lieu de toutes convenances faites pour une cose et dont la cose n'est pas ségue (3). »

Par conséquent lorsque Pothier (4) employait la formule dont les rédacteurs du Code civil ont fait l'art. 1184, ce ne pouvait être pour restreindre aux contrats synallagmatiques une résolution qui était déjà de droit commun pour les rapports unilatéraux. Pothier, suivant une judicieuse observation de Valette (5) ne s'occupait de la condition résolutoire que relativement à l'extinction des obligations. Or il est évident que le défaut d'exécution d'une obligation ne peut entraîner l'extinction d'une autre obligation qu'autant qu'il existe des obligations corrélatives et réciproques, ou en d'autres termes un contrat synallagmatique. Mais Pothier n'entendait nullement restreindre aux contrats synallagmatiques cette règle que l'inexécution de l'obligation d'une

(1) *Conditio contractus est innominatus per quem fit commutatio rei cum pretio ex consensu.* GREG. TOLOS. (Lyon, 1612), p. 219; PAUL DE CASTRO, cité par DUMOULIN, 3e vol., *De verb. oblig.*, n° 62.

(2) GINOUILHAC, *Hist. gén. du Dr. fr.*, n° 355, p. 608.

(3) P. 155 (édition RAPETTI, 1850).

(4) *Oblig.*, n° 636.

(5) *Notes sur* PROUDHON, t. I, p. 65.

partie permet à l'autre partie de demander la résolution. Ce qui le prouve, c'est qu'il fait l'application de la règle au contrat de constitution de rente.

Le principe de la condition résolutoire tacite doit donc s'appliquer à tout contrat à titre onéreux. « La seule différence qui existera, dit M. Duvergier (1), entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux à titre onéreux, c'est que, dans les premiers, la résolution fondée sur l'inexécution d'une obligation aura pour conséquence l'extinction d'une obligation corrélative; ce qui ne peut se concevoir en matière de contrats unilatéraux. Mais dans tout contrat intéressé ou à titre onéreux, la partie lésée par l'inexécution de l'obligation de l'autre partie obtiendra, non sa propre libération (car elle n'est pas obligée), mais la restitution de ce qu'elle avait donné pour prix de l'obligation contractée à son profit. On peut d'autant mieux entendre ainsi l'art. 1184 que les rédacteurs du Code paraissent quelquefois confondre les contrats à titre onéreux avec les synallagmatiques (Comp. art. 1104 et 1106). Les art. 952 et 954 fournissent d'ailleurs un puissant argument d'analogie. »

Mais nous allons plus loin; il est permis de soutenir qu'il n'y a pas en réalité de contrats unilatéraux dans la classe des contrats à titre intéressé (Voy. *suprà*, nos 4 et 5). Le prêt à intérêt, qui paraît être le type des contrats unilatéraux, est en réalité une espèce de contrat de louage. Le prêteur est de plus soumis notamment à l'obligation tacite de ne pas redemander la chose avant le terme convenu, etc. Ces obligations, malgré leur caractère négatif, constituent pour le créancier le lien spécial qui dérive du contrat, et qui lui impose une situation déterminée. Or c'est ce lien tel quel dont il demande la résolution si le débiteur ne fait

(1) Sur TOULLIER, t. III, n° 579, note *b;* Conf. DEMOLOMBE, t. XXV, nos 492 et 493.

pas ce qu'il est tenu de faire. Pourquoi lui refuser ce droit?

268. La principale objection dirigée contre notre solution, est vraiment singulière. M. Laurent la formule en ces termes: « Si, lors du contrat, une seule des parties est obligée, peut-on dire que l'autre a le droit de demander qu'elle soit dégagée de ses obligations alors qu'elle n'a point d'obligations? et l'auteur ajoute un peu légèrement : « la question implique une absurdité (1). » Mais le créancier tient un autre langage; il réclame le rétablissement de l'état antérieur, il demande d'être délivré du lien, *tel quel,* qui paralyse son droit d'action, peu importe que ce qu'il réclame s'appelle résolution ou déchéance; il demande à agir *causâ datâ causâ non secutâ,* ce n'est pas sa demande qui est absurde, mais la résistance qu'on lui oppose.

Mais, dit-on, comment échapper au texte formel de l'article 1184? Dire que la condition résolutoire est aussi sous-entendue dans les contrats unilatéraux c'est dire qu'elle l'est dans tous les contrats; c'est donc effacer de l'art. 1184 le mot *synallagmatique. Est-ce que l'interprète a le droit d'altérer le texte de la loi* (2)! Il n'est pas question d'effacer quoi que ce soit dans le texte de la loi; il s'agit seulement de savoir si le texte, tel qu'il est, doit être entendu dans un sens restrictif ou considéré comme consacrant une extension aux contrats synallagmatiques d'une règle admise de tous temps pour les rapports appelés communément *unilatéraux.*

Il est du reste inutile de lutter pour défendre la correction de l'art. 1184, car la formule qu'il emploie est inexacte, même dans la doctrine que nous repoussons. Il n'est pas vrai que, dans cette doctrine, la condition résolutoire puisse être sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques, car, par la force des choses, il faut laisser en dehors de son champ

(1) T. XVII, n° 123; Conf. AUBRY et RAU, § 302 texte et note 79.
(2) *Ibid.*; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 949.

d'application les contrats correspondant aux pactes *facio ut facias, facio ut des;* la règle *nemo potest condicere factum* s'imposant toujours.

Enfin dans l'ordre économique, les conséquences juridiques de la doctrine que nous combattons sont véritablement inacceptables. Elles conduisent à décider que si un capital considérable a été prêté à intérêt pour un délai assez long, quinze ou vingt ans par exemple, le créancier ne pourra pas exiger le remboursement du capital faute de paiement des intérêts, s'il n'a pas pris la précaution d'insérer dans ce contrat, qui est un véritable contrat de louage d'argent, une clause spéciale portant que le capital deviendra immédiatement exigible si les intérêts ne sont pas payés (1), et c'est en effet ce qui a été jugé (2).

Observons toutefois que le partage qui peut être affecté d'une condition résolutoire expresse, ne saurait subir les effets d'une condition résolutoire tacite. C'est une conséquence de l'effet déclaratif (3).

269. Voyons maintenant comment la condition résolutoire tacite s'accomplira.

Il faut qu'il soit constant que l'une des parties a contrevenu aux engagements par elle contractés. Il faut, par exemple, qu'il y ait eu défaut de paiement du prix de la part de l'acheteur, du loyer de la part du locataire, des intérêts de la part de l'emprunteur, ou que le débiteur ait fait précisément le contraire de ce qu'il avait promis.

Il faut de plus que l'inexécution de la part du débiteur ne soit pas excusable. Ainsi l'acheteur peut suspendre le paiement du prix dans le cas où il est troublé ou a un juste sujet

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n^{os} 943 et 950.

(2) Trib. Bruxelles, 9 mars 1889, *C. et B.*, 89, 422; Comp. Liège, 28 nov. 1889, *Pas.*, 90, 2, 121.

(3) Voy. LAROMBIÈRE, art. 1184, n^{os} 27 et suiv.

de crainte d'être troublé par une action soit hypothécaire, soit en revendication (art. 1653).

Il n'est pas nécessaire que l'inexécution soit complète. Une inexécution simplement partielle pourra motiver l'exercice de l'action en résolution. Si donc l'on suppose le paiement par l'acheteur d'un à-compte sur le prix, le défaut de paiement du solde encore dû permettra au vendeur d'agir en résolution.

Il faut en effet partir de ce principe que l'obligation, même susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible (art. 1220).

L'inexécution partielle doit donc, en principe, entraîner le droit de réclamer la résolution, sans qu'il y ait à se préoccuper du point de savoir si l'indivisibilité d'exécution était ou non dans l'intention des parties (1).

Néanmoins quand il s'agit de la délivrance partielle faite par un vendeur d'immeubles, il paraît logique d'assimiler la non délivrance d'une portion de la chose à l'éviction partielle qui aurait précisément pour résultat de mettre l'acheteur dans la même situation que si la portion évincée ne lui avait pas été délivrée (2). Or, dans ce cas, l'art. 1636 décide que si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence relativement au tout que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente. La Cour de cassation s'est déclarée en ce sens.

Mais en dehors des hypothèses, qui, par l'effet d'une suffisante analogie, peuvent être gouvernées par le principe de l'art. 1636, il nous paraît difficile de ne pas reconnaître comme seule conforme à la loi la jurisprudence antérieure

(1) *Contrà*, Gand, 4 déc. 1873, *Pas.*, 74, 2, 110.

(2) Cass. 26 mai 1868, D. 69, 1, 365; Comp. Cass. 4 mars 1872, D. 72, 1, 361; POTHIER, *De la vente*, n^os^ 145 et 476; DEMOLOMBE, t. XXV, n^os^ 498, 499.

de la Cour de cassation d'après laquelle toute infraction au contrat en justifie la résolution, sans qu'il soit permis aux juges de substituer à la résolution demandée par l'une des parties une indemnité à payer par l'autre (1). Aujourd'hui la Cour de cassation décide, fort arbitrairement qu'il appartient aux juges, dans le cas de l'art. 1184 et de simple retard dans la livraison, de refuser la résolution demandée sous prétexte de défaut de préjudice (2). Il faut décider, par suite, que l'inexécution d'une des clauses d'un contrat par l'un des contractants entraîne la résolution de ce contrat dans son entier et non pas seulement de la partie de la convention qui n'a pas été exécutée (3). Tout au plus pourrait-on soutenir qu'il doit y avoir exception pour le cas de violation d'une clause accessoire dont l'inexécution n'impliquerait pas celle du contrat lui-même (4).

270. Il peut arriver que l'exécution d'une obligation soit rendue impossible soit par le fait ou la faute du débiteur, soit par l'effet d'un cas fortuit ou d'une force majeure. Il n'y a pas lieu de distinguer entre ces deux hypothèses, car il ne s'agit pas de résoudre une question de dommages (5) mais seulement une question de résolution parce que, en fait, il n'y a pas eu exécution du contrat; or l'art. 1184 n'a fait et ne devait faire aucune distinction à cet égard, et autorise le créancier à demander la résolution du contrat alors même que l'obligé se trouve pour quelque cause que ce soit, dans l'impossibilité de remplir ses engagements (6). Mais il faut,

(1) Cass. 12 avr. 1843, S. 43, 1, 281; AUBRY et RAU, § 302; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 945; Comp. LAURENT, t. XVII, n° 127.

(2) Cass. 20 oct. 1886, D. 87, 1, 87.

(3) Alger, 19 janv. 1886, D. 87, 2, 169.

(4) Amiens, 3 août 1881, D. 82, 2, 42; Cass. 29 nov. 1865, D. 66, 1, 27; Comp. DEMOLOMBE, t. XXV, n° 500.

(5) Comp. Cass. 11 avr. 1888, S. 88, 1, 216; Cass. 15 nov. 1887, S. 88, 1, 171.

(6) Pau, 30 mars 1833, D. 34, 2, 238.

bien entendu, que le cas fortuit ou la force majeure se soit produit après la mise en demeure du débiteur.

Chaque fois que l'exécution de l'obligation est encore matériellement possible, il peut arriver que le débiteur simplement en retard veuille cependant remplir ses engagements. Le fait même de l'inexécution ne peut donc motiver l'exercice immédiat de l'action résolutoire. Il faut donc avant tout que le débiteur soit mis en demeure (1).

Sa mise en demeure aura lieu conformément aux principes généraux, soit par un commandement, soit par une sommation, soit au moyen d'une demande en justice. Remarquons toutefois que la résolution ne pouvant jamais résulter, comme nous allons le voir, que d'une sentence judiciaire rendue sur une demande formée en justice par le créancier, il pourra y avoir deux actes successifs, d'abord l'acte de mise en demeure, ensuite l'ajournement devant le tribunal compétent. Mais souvent aussi la mise en demeure et l'ajournement résulteront du même acte, car il n'est pas nécessaire qu'une mise en demeure spéciale ait précédé l'exploit introductif d'instance (2).

Le créancier, chaque fois qu'il fait signifier un acte de mise en demeure à son débiteur, réclame donc par le fait, de la part de ce dernier, l'exécution pure et simple du contrat. Néanmoins comme cette mise en demeure est nécessaire pour l'exercice de l'action résolutoire, il en résulte que cette manière de réclamer l'exécution du contrat ne peut être considérée comme une renonciation au droit de réclamer la résolution (3), réciproquement le fait de réclamer d'abord la résolution, c'est-à-dire de conclure à un moyen de contrainte

(1) Cass. 11 juill. 1889, D. 90, 1, 415; *Contrà*, LAURENT, t. XVII, n° 139.

(2) Liège, 22 fév. 1871, *Pas.*, 71, 2, 224.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 104 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXV, n°s 529 et 530; LAURENT, t. XVII, n° 139.

imaginé pour mieux assurer l'exécution du contrat, ne saurait emporter renonciation à cette même exécution (1).

271. Quel va être maintenant l'effet de l'inaccomplissement du contrat constaté par une mise en demeure?

L'art. 1184 répond que le contrat n'est point résolu de plein droit; la résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai suivant les circonstances.

Par conséquent le débiteur peut encore exécuter le contrat après avoir été mis en demeure; il peut l'exécuter encore après la demande en résolution formée contre lui et jusqu'à la sentence; enfin si la sentence lui accorde un délai, il peut exécuter le contrat jusqu'au dernier jour du délai, et même s'il y a appel jusqu'à l'arrêt, car le juge d'appel pourrait aussi accorder un délai pour l'avenir. Dans toutes ces hypothèses le débiteur évitera la résolution. Cela prouve que le droit de demander la résolution quoique ayant son principe dans la volonté des parties, a été réglementé par le législateur *ex æquo et bono* quant à son mode d'exercice, et qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici la règle d'après laquelle le demandeur doit se trouver replacé dans la même situation que s'il n'avait pas éprouvé de résistance.

Les explications qui précèdent sont parfaitement logiques pour le cas où, l'obligation pouvant encore être exécutée, on peut concevoir l'utilité d'un délai. On comprend alors que la loi ait exigé l'intervention du juge pour prononcer la résolution. Mais quand l'exécution est devenue impossible par la faute du débiteur, ne devrait-il pas y avoir résolution de plein droit sans l'intervention du juge?

Ainsi, j'ai échangé un champ contre votre cheval qui a péri par votre faute. Je puis vous réclamer mon champ; il semble donc qu'il devrait y avoir en ce cas révocation de

(1) LAURENT et DEMOLOMBE, *loc. cit.; Contrà*, COLMET DE SANTERRE, *loc. cit.*

plein droit. Mais ce serait quelquefois dangereux, l'intervention du juge est une garantie que les parties n'auront pas cherché à simuler une cause de résolution pour frauder soit le fisc, soit les tiers.

Le droit de demander la résolution ne peut être mis en mouvement qu'au moyen d'une action dont il importe de déterminer les caractères.

Constatons d'abord que cette action, quelle qu'en soit d'ailleurs la nature juridique, constitue pour le créancier un droit accessoire. Cette action est l'accessoire d'une autre action principale ayant pour objet l'exécution du contrat. L'action en résolution suppose donc que l'action en exécution du contrat est encore possible. Donc tout événement qui mettrait le créancier dans l'impossibilité de demander l'exécution du contrat, le mettrait aussi dans l'impossibilité d'en réclamer la résolution. Si, par conséquent, le créancier a été payé, ou a reçu volontairement une satisfaction équivalente au paiement; si sa créance a été éteinte par compensation, confusion ou par l'effet de la prescription, toutes ces causes rendront impossible l'exercice de l'action résolutoire qui doit suivre le sort de l'action principale.

Le principe que la résolution ne peut être prononcée qu'en justice s'applique aux communes même dans leurs rapports avec les concessionnaires d'un service communal. Elles doivent s'adresser à la juridiction compétente pour faire prononcer la résolution du traité (1).

272. Suivant une opinion assez répandue, cette action serait de sa nature *personnelle-réelle*, et appartiendrait à la catégorie des actions mixtes (2) ou : « comme on dit à l'école,

(1) Cons. d'Etat, 18 mai 1888, D. 89, 3, 80; Comp. Cons. d'Etat, 8 fév. 1878, D. 78, 3, 59.

(2) DEMOLOMBE, t. IX, n° 468; t. XXV, n° 524; LAROMBIÈRE, t. III, art. 1184, n° 63.

selon M. Laurent, *actiones personales in rem scriptæ*, vrai monstre juridique car il est juridiquement impossible qu'une seule et même action soit personnelle et réelle (1). » C'est aussi notre avis ; nous devons dire cependant que jamais, à l'école, la formule *actio personalis in rem scripta* n'a été employée par un romaniste dans le sens d'action mixte.

Sans doute on rencontre ces expressions dans les textes (2), mais ces expressions s'appliquent à des actions personnelles telles que l'action *quod metus causâ* dont l'*intentio* était dite *in rem scripta*, parce qu'il n'était pas nécessaire d'y désigner une personne à qui serait imputée la violence. Or les glossateurs, pour concilier les textes qui n'accordaient à l'aliénateur qu'une action personnelle avec d'autres textes, paraissant lui accorder une action réelle, s'emparèrent de la formule précitée et, en la détournant de son sens originaire, la firent servir à caractériser certaines actions résolutoires ou rescisoires, et c'est ainsi que l'action résolutoire devint *personalis in rem scripta*. Cette désignation fantaisiste fut adoptée par les anciens jurisconsultes, et même par Pothier (3), mais ce n'est pas un motif pour qu'elle soit conservée dans le droit moderne. Il n'y a d'exception, dans l'intérêt des tiers, que pour le cas d'un donataire soumis au rapport, qui a aliéné la pleine propriété (art. 860). Voy. t. V, n° 381.

273. Dans notre droit l'action en résolution est personnelle; elle tend uniquement à la constatation d'un droit de créance résultant au profit de l'aliénateur d'une clause tacite du contrat. Cette action doit être portée devant le tribunal du domicile de l'autre partie qui est défenderesse. Si cette action

(1) LAURENT, t. XVII, n° 149; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 947.
(2) L. 9, § 8, D. 4, 2, *Quod metus causa*.
(3) *Vente*, n° 464; Introd. à la cout. d'Orléans, n° 122; cout. d'Orléans, n° 107.

réussit, la résolution prononcée réotroagira, comme dans le cas de la condition résolutoire expresse accomplie (arg. 1179). — Par conséquent, si cette résolution s'applique à un contrat qui a transféré la propriété, comme par exemple à une vente, l'acheteur sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire. Donc tous les droits réels par lui consentis sur la chose seront anéantis, et notamment le droit de propriété qu'il aurait pu transmettre à un tiers acquéreur. L'aliénateur originaire, qui a fait prononcer la résolution, n'ayant de son côté jamais cessé d'être propriétaire, pourra donc agir en revendication contre le tiers détenteur. Mais si ce dernier n'a pas été chargé par son auteur de payer le prix au demandeur, celui-ci ne pourra pas agir directement contre le tiers détenteur sans avoir fait d'abord résoudre l'acte contre l'acquéreur immédiat (1). Et comme le jugement prononçant cette résolution ne pourrait être opposé au tiers détenteur que s'il a été partie dans l'instance, le demandeur devrait l'assigner en déclaration de jugement commun. « Ainsi, d'après M. Laurent, s'il s'agit d'une vente, l'action sera intentée simultanément contre le vendeur et contre le tiers acquéreur, et le tribunal prononcera tout ensemble la résolution et la revendication (2). » Mais s'il s'agit d'un immeuble il faut observer que cela sera possible dans le cas seulement où le tribunal compétent à raison du domicile du défendeur pour connaître de l'action personnelle en résolution, sera également compétent, à raison de la situation de l'immeuble réclamé pour connaître de l'action en revendication.

274. Le droit de demander la résolution appartient à celui qui a le droit de demander l'exécution du contrat. Le créancier peut donc, s'il le préfère, conclure à la résolution. Or

(1) DEMOLOMBE, t. XXV, nos 520 et 521 ; LAURENT, t. XVII, nos 148 et 149; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 947; *Contrà*, BELTJENS, et les arrêts cités, *Encycl.*, sur l'art. 1184, n° 37.

(2) *Loc. cit.*; comp. COLMET DE SANTERRE, t. XI, n° 95.

ses propres créanciers ont incontestablement le droit, en vertu de l'art. 1166, de demander du chef de leur débiteur l'exécution du contrat; c'est donc en tant qu'ayant le droit de demander l'exécution du contrat qu'ils pourront conclure à la résolution de ce même contrat. Mais il faut pour cela que les choses soient entières, c'est-à-dire qu'ils n'aient pas été prévenus par leur débiteur. Si ce dernier avait déjà intenté l'action en exécution du contrat, ils ne pourraient intenter parallèlement une action distincte en résolution. Ils pourraient seulement intervenir dans l'instance engagée par leur débiteur pour y prendre telles conclusions que leur intérêt leur inspirerait.

L'action en résolution est transmissible aux héritiers et autres successeurs universels du défunt.

Pour les successeurs particuliers quelques précisions sont nécessaires. Ainsi le vendeur, après avoir légué l'action en paiement du prix à une personne, ne pourrait pas léguer à une autre l'action en résolution. A quoi pourrait servir, en effet, l'action en résolution mise entre les mains de quelqu'un qui n'a pas le droit de réclamer le prix?

L'action pourra aussi être exercée par le tiers qui a payé le vendeur et a été subrogé à tous les droits de celui-ci contre l'acheteur. L'action en résolution n'existe en effet que comme moyen indirect de contraindre le débiteur à exécuter le contrat : elle est donc implicitement contenue dans la formule générale de l'art. 1250 § 1. On ne peut pas dire qu'en recevant le paiement le créancier a tacitement renoncé à la résolution, car il n'y a pas eu paiement vis-à-vis du débiteur qui est toujours demeuré dans les liens du contrat.

Le cessionnaire de la créance principale pourra aussi exercer l'action en résolution qui n'est qu'un accessoire de la créance cédée. Le créancier ne pourrait pas céder l'action en paiement du prix à une personne et l'action en résolution à une autre. Mais il pourrait céder seulement l'action en paie-

ment du prix et réserver l'action en résolution à l'aide d'une clause formelle portant que le cessionnaire n'aura pas le droit d'agir en résolution. Cette réserve inutile au cédant sera utile pour le débiteur, car elle équivaut de la part du créancier à une renonciation au droit de demander la résolution.

275. Ce droit peut être exercé d'abord contre la partie contractante qui n'a pas rempli ses engagements et ensuite contre les héritiers de cette dernière ou ses successeurs universels, de même qu'elle appartient, comme nous l'avons déjà dit, aux héritiers du créancier.

C'est ici que se présente la question relative à la divisibilité ou à l'indivisibilité de l'action.

D'après une certaine opinion l'obligation de restituer un objet dont la propriété avait été tranmise sous une condition résolutoire dont on réclame l'exécution est toujours divisible tant du côté des créanciers que du côté des débiteurs (1).

D'après une autre opinion cette action étant accessoire ou secondaire, il semble rationnel d'admettre qu'au point de vue de la divisibilité ou de l'indivisibilité, elle doit participer du caractère de l'action principale et être divisible ou indivisible suivant que l'action principale en exécution du contrat serait elle-même divisible ou indivisible.

Voyons les conséquences pratiques de cette doctrine; soit, par exemple, la vente d'un immeuble moyennant un prix quelconque demeuré impayé. L'acheteur décédé a la survivance de deux enfants. Chacun de ces derniers n'est tenu qu'à concurrence de la moitié du prix. Le créancier agit contre tous les deux; l'un paie sa part, l'autre ne paie pas. Le créancier, dit-on, pourra faire résoudre la vente à l'égard de celui qui n'a pas payé. La résolution dans cette hypothèse sera partielle; le créancier qui aura ainsi recouvré la moi-

(1) RODIÈRE, *De la solid. et de l'indivis.*, nos 434 et suiv.

tié indivise de l'immeuble se trouvera en état d'indivision avec l'autre cohéritier contre qui il pourra agir par l'action en partage.

Cette action sera suivie d'une licitation, alors de deux choses l'une : ou le vendeur deviendra adjudicataire, et rentrera ainsi en possession de l'immeuble tout entier, à la charge de rembourser à son colicitant la moitié du prix de l'adjudication, ou il ne se rendra pas adjudicataire, et alors il aura droit à la moitié du prix d'adjudication. Cette moitié sera supérieure ou inférieure à la moitié de la créance qui lui est encore due, mais ce résultat est indifférent, c'est, en effet, comme s'il avait repris l'immeuble et qu'il l'eût ensuite revendu pour un prix supérieur ou inférieur à celui de la première vente.

Cette solution paraît admissible pour le cas où la demande en résolution de la vente est formée alors que les héritiers de l'acheteur sont encore dans l'indivision. Mais il y aurait quelques difficultés pour le cas où l'action en résolution ne serait intentée qu'après le partage intervenu entre les cohéritiers, partage qui peut avoir eu pour résultat de placer l'immeuble vendu précisément dans le lot de celui des deux héritiers qui a payé sa part dans le prix. Dans ce cas, le vendeur se trouve n'avoir d'action en paiement, et par conséquent en résolution, que contre celui des héritiers qui n'a pas la chose en son pouvoir. Aussi est-il préférable d'adopter la solution suivante :

Lorsque le créancier est en présence des héritiers de son débiteur, et que ceux-ci sont encore dans l'indivision, il devra les mettre tous en cause, et s'ils ne sont pas tous ensemble prêts à effectuer le paiement intégral du prix, il devra obtenir la résolution pour le tout, quoique certains héritiers fussent prêts à payer leur part. Il agira comme en matière indivisible. S'il est vrai de dire, en effet, que l'action en résolution est accessoire par rapport à l'action principale en exé-

cution du contrat, il est également vrai qu'une fois la prestation de la chose effectuée par le créancier, cette action se présente avec le caractère qui lui est propre. Or puisque le paiement d'un à-compte sur le prix n'enlève pas au vendeur le droit de demander la résolution pour le tout, il faut admettre que l'obligation du débiteur de rendre la chose à défaut de paiement intégral du prix, rentre dans la formule de l'art. 1218, aux termes duquel 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.

Si l'on suppose l'action intentée après le partage effectué entre les héritiers, il faudrait appliquer l'art. 1224 aux termes duquel l'héritier qui possède la chose due peut être poursuivi pour le tout, sauf le recours contre ses cohéritiers.

Enfin, si durant l'indivision le créancier avait accepté le paiement de la part de l'un des cohéritiers, il pourrait agir contre l'autre, et nous adopterions la solution que nous avons produite en premier lieu.

276. Quand la condition résolutoire se réalise, les choses doivent être remises dans le même état que si l'obligation n'avait pas existé. Il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard, comme l'ont proposé les jurisconsultes allemands, entre la condition résolutoire expresse qui produirait seule ce résultat, et la condition résolutoire tacite qui opérerait seulement pour l'avenir et se confondrait ainsi avec un terme incertain résolutoire.

A l'égard du débiteur, l'accomplissement de la condition résolutoire a pour résultat de le soumettre immédiatement à l'obligation de restituer à l'aliénateur la chose qu'il en avait reçue.

Mais ce dernier, on le suppose, lui avait précisément vendu une chose ne lui appartenant pas, à l'égard de laquelle il était seulement *in conditione usucapiendi*. Pourra-t-il, la

chose étant retournée entre ses mains, joindre à sa possession antérieure à la vente la possession intérimaire de l'acheteur à l'effet de repousser par la prescription l'action en revendication? Nous le pensons, car malgré la résolution opérée, l'acheteur n'a pas moins possédé en vertu d'un contrat qui le constituait l'ayant-cause ou représentant particulier de son auteur; il reconnaissait ce dernier comme investi du droit éventuel de reprendre la chose en cas de non-paiement du prix. Il a donc, dans une certaine mesure, possédé pour le compte du vendeur.

De même, il faut reconnaître que le débiteur mis en possession, sous la condition d'exécuter certaines charges, de la chose objet du contrat, a été autorisé à faire valablement tout ce qui pouvait tendre à la conservation du droit sur cette même chose. Il aura donc valablement représenté son créancier chaque fois qu'il aura obtenu un jugement favorable aux droits que ce dernier lui avait conditionnellement transmis sur la chose. Mais si l'on suppose au contraire une instance terminée par un jugement défavorable, on soutient que le débiteur n'a pas représenté le créancier, car il n'aurait pas reçu mission pour compromettre les droits transmis par ce dernier. Mais il n'est pas possible d'admettre un mandat dont la portée serait déterminée, non par la nature de l'acte à entreprendre, mais par les résultats de cet acte (Comp. *infrà*, nos 306 et 328). Aussi croyons-nous que le débiteur aura dans tous les cas représenté le créancier. Si l'on n'accepte pas cette solution les tiers se mettront à l'abri de toute éventualité en appelant le créancier dans l'instance.

Le créancier autorisé, en vertu de la résolution prononcée, à reprendre la chose, pourra-t-il profiter des droits réels accessoires acquis par le débiteur durant sa possession intérimaire?

Cela est douteux (Comp. t. IV, n° 415). On pourrait cependant soutenir que le propriétaire sous condition résolutoire, ayant

l'espoir fondé de demeurer propriétaire définitif, a un intérêt suffisant pour stipuler, ce que ne pourrait pas faire un usufruitier, un droit perpétuel en faveur du fonds qu'il détient.

277. Le débiteur doit restituer la chose *cum omni causâ*, c'est-à-dire avec tous les accessoires qui y sont attachés, par exemple les alluvions. Il devra même restituer le trésor dont l'acquisition est due à la qualité de propriétaire (*jure soli*). Il devra encore restituer les fruits (1), non seulement les fruits perçus depuis le jour de l'introduction de la demande en résolution, mais encore ceux qu'il a perçus antérieurement; car d'après l'art. 1183 la résolution remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé, et le débiteur ne pourrait opposer la prescription quinquennale édictée par l'art. 2277.

Le créancier, de son côté, le vendeur par exemple, restituera le prix avec les intérêts, sans qu'il y ait compensation entre les fruits et les intérêts. Il devra également rembourser au détenteur dépossédé les impenses nécessaires en totalité, et les impenses simplement utiles à concurrence seulement de la plus-value procurée à la chose, à moins que ces impenses ne soient inférieures à cette plus-value, auquel cas le choix appartient au propriétaire réintégré (2).

278. La partie qui demande la résolution du contrat en vertu de l'art. 1184, peut réclamer en même temps des dommages-intérêts. La mise en demeure résulte en ce cas du seul fait de la demande en résolution (3). Les dommages sont dus également dans le cas où le créancier préfère demander l'exécution du contrat. Les règles sur la faillite ne doivent apporter aucune exception à l'application de ces principes.

(1) AUBRY et RAU, § 302, note 76 et les autorisés citées; LAURENT, t. XVII, n° 85; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXV, n°s 439, 440, 441.
(2) Cass. 22 juin 1887, S. 87, 1, 244.
(3) Cass. 29 nov. 1882, D. 83, 1, 376.

La Cour de Paris, dans un arrêt parfaitement motivé, a jugé sur ce point, que les art. 550, 576, 577, C. com., ne dérogent aucunement aux art. 1184 et 1654, C. C., qui, posant les principes du droit commun en matière d'obligation et de vente, accordent à la partie qui souffre de l'inexécution d'une convention, le choix entre l'action en exécution du contrat, quand cette exécution est possible, et l'action en résolution avec dommages-intérêts (1).

Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour suprême qui a jugé que, lorsque l'acheteur tombe en faillite avant la livraison, le vendeur, même au comptant, d'effets mobiliers, n'a pas le droit de demander des dommages-intérêts à raison de l'inexécution de la vente, en s'appuyant sur l'art. 1184 (2). Nous n'avons pas à reproduire ici la réfutation magistrale dont cette décision a été l'objet.

La résolution qui provient d'une condition résolutoire expresse ne peut jamais donner lieu à des dommages-intérêts puisqu'elle se produit en vertu de la volonté commune des parties et qu'elle est une loi du contrat.

279. La condition résolutoire tacite dont nous venons d'indiquer les règles, compromet les intérêts des tiers auxquels l'acquéreur a consenti des droits sur l'immeuble transmis, et qui peuvent se trouver évincés sans avoir eu aucun moyen de savoir si celui avec qui ils traitaient avait ou non exécuté le contrat.

La loi du 23 mars 1855 a tempéré les inconvénients de cette situation en décidant (art. 7), que l'action résolutoire établie par l'art. 1654 ne pourrait être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble et s'étant conformés aux

(1) Paris, 4 mars 1886, S. 87, 2, 25 et une note énergiquement approbative de M. LABBÉ.

(2) Cass. 11 fév. 1887, S. 87, 1, 145; note de M. LABBÉ qui déclare que cet arrêt le *trouble profondément*.

lois pour les conserver. Cette mesure est spéciale à l'action résolutoire du vendeur non payé. Il serait à désirer qu'on établît pour tous les cas d'application de l'art. 1184 des mesures de protection analogues.

L'art. 4 de la même loi prescrit aussi la mention du jugement de résolution en marge de la transcription du contrat translatif de droits réels, afin que les tiers qui auraient l'intention de traiter avec l'acquéreur puissent s'assurer qu'il est encore propriétaire.

Il faut signaler aussi une restriction aux effets de la condition tacite. D'après l'art. 18 de la loi du 3 mai 1841, les actions en résolution ne peuvent arrêter l'expropriation pour cause d'utilité publique, ni en empêcher les effets. Le droit des réclamants est transporté sur le prix, et l'immeuble en demeure affranchi.

D'après les art. 692 et 717, C. pr. civ., modifiés par la loi du 21 mai 1858, l'action résolutoire ne peut être intentée contre l'adjudicataire à la suite de saisie-immobilière, si le vendeur averti conformément à l'art. 692 n'a pas, avant l'adjudication, notifié au greffe du tribunal où se poursuit la vente, sa demande en résolution.

Remarquons enfin, que d'après le décret du 28 février 1852 concernant les sociétés de crédit foncier, la purge préalable que sont autorisées à faire les sociétés de ce genre a pour résultat de purger les actions résolutoires pouvant appartenir aux propriétaires antérieurs, sur les immeubles offerts en garantie des prêts sollicités.

280. L'action résolutoire, vu son caractère accessoire, doit s'éteindre par l'effet de toutes les causes qui produisent l'extinction de l'action principale en exécution des charges et qui sont énumérées dans l'art. 1234. Elle s'éteint aussi par la renonciation.

Celui qui a le droit d'agir en résolution peut y renoncer pour s'en tenir à l'exécution du contrat. Cette renonciation

peut être expresse. On admet aussi, théoriquement du moins, que cette renonciation peut être tacite. Elle sera tacite quand le fait d'où on l'induit ne laisse aucun doute sur la volonté du créancier de renoncer au droit de résolution. Mais nous savons que le créancier, en poursuivant l'exécution, ne manifeste pas la volonté de renoncer à la résolution. Il en est ainsi, par exemple, du vendeur non payé d'un immeuble qui fait sommation au tiers acquéreur d'avoir à payer ou à délaisser (1). L'exercice de l'action hypothécaire ne saurait entraîner en effet la déchéance de l'action résolutoire dérivant de la même créance; celui qui est investi de deux droits n'est pas censé renoncer à l'un en exerçant l'autre. Il sera donc assez difficile de rencontrer dans la pratique des cas d'application de renonciation tacite au droit de demander la résolution.

Ce droit s'éteindra aussi par la prescription de trente ans (art. 2262). Si l'action est dirigée contre le tiers acquéreur, ce dernier pourra, le cas échéant, opposer la prescription de dix ou de vingt ans, s'il a titre et bonne foi. Il ne serait pas de bonne foi s'il savait que son vendeur n'a pas payé le prix, il n'aurait plus de juste titre si la résolution avait été prononcée (2).

281. La condition résolutoire de l'art. 1184 n'est rien autre chose, comme nous l'avons dit, qu'un pacte commissoire sous-entendu (3). Or, il arrive souvent qu'un tel pacte est formellement exprimé. Son utilité, dit-on, apparaît surtout dans les contrats unilatéraux, par la raison que le pacte commissoire tacite n'y est pas sous-entendu (4). Mais s'il est absurde, comme on l'a déclaré (5), de considérer comme sous-entendue une résolution d'obligation qui n'existe pas dans

(1) Bordeaux, 28 déc. 1886, D. 88, 2, 165.

(2) Voy. LAURENT, t. XVII, nos 150, 151; t. XXXII, no 398.

(3) AUBRY et RAU, § 302.

(4) BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1184, no 50; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, no 950.

(5) LAURENT, t. XVII, no 123.

un contrat unilatéral, il est encore plus singulier d'admettre qu'une telle résolution pourra être exprimée utilement dans ces mêmes contrats.

Pour nous, lorsque les parties se sont bornées à reproduire, sans y rien ajouter, la formule de l'art. 1184 ou une formule équivalente, la situation, que le contrat soit unilatéral ou qu'il soit synallagmatique, reste absolument la même que si les parties n'avaient rien dit, l'acte ne faisant alors qu'exprimer ce que la loi sous-entend. La résolution devra donc être demandée en justice, et le juge aura le pouvoir d'accorder au défendeur un délai selon les circonstances (1).

Si les parties ont déclaré qu'en cas d'inexécution le contrat sera résolu de plein droit, il y a alors dérogation formelle à l'art. 1184. Il faut cependant admettre que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, n'a pas entendu se mettre en quelque sorte à la merci de l'autre partie et a conservé le droit d'opter entre l'exécution du contrat et sa résolution. Si elle s'arrête à ce dernier parti, elle devra manifester sa volonté par une sommation ou autre acte équivalent (arg. art. 1139 et 1656).

Si les parties ont déclaré que la résolution aura lieu de plein droit, par le fait seul de l'inexécution et sans qu'il soit besoin de sommation ni d'aucune autre formalité, le créancier n'aura pas besoin de manifester de nouveau, comme dans l'espèce précédente, sa volonté d'user du droit de résolution; mais en donnant au pacte commissoire la forme d'une condition résolutoire expresse, il a renoncé au droit de contraindre le débiteur à l'exécution (2).

La clause ci-dessus est le plus souvent insérée dans les actes

(1) AUBRY et RAU, § 302, note 33; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 105 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 549; LAURENT, t. XVII, n° 158; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 950; Cass. 12 déc. 1876, D. 77, 1, 228.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 105 *bis* III; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 558; LAURENT, t. XVII, n° 168; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 950.

de prêt, c'est-à-dire dans des contrats unilatéraux, où on prétend qu'il serait absurde de la supposer sous-entendue. Ainsi, quand il est stipulé que les intérêts seront payables chez le prêteur, et qu'à défaut de paiement à l'échéance, le capital deviendra immédiatement exigible, le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme. En conséquence ne sont pas valables, après commandement de payer le capital et les intérêts, les offres réelles qui ne comprennent que les intérêts et les intérêts des intérêts depuis l'échéance (1).

Le pacte commissoire exprès a donc pour effet d'opérer la révocation de l'obligation, et de remettre les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

La résolution s'opère avec effet rétroactif, même à l'égard des tiers, comme celle qui résulte de toute autre condition résolutoire.

Les parties pourraient aussi, à une époque postérieure à la formation de leur convention, consentir à la résolution de celle-ci. Mais une telle résolution ne rétroagirait pas, et ne pourrait atteindre les tiers.

SECTION II.

Des obligations à terme.

282. — Notion du terme; comparaison avec la condition, art. 1185.
283. — Terme exprès, tacite, de droit, de grâce.
284. — Non répétition de ce qui a été payé d'avance, art. 1186.
285. — *Quid* en ce qui concerne les intérêts ou fruits de la chose payée d'avance?
286. — En faveur de qui existe le terme, art. 1187.
287. — Échéance du terme; en quel cas le bénéfice du terme est-il perdu, art. 1188;
288. — Spécialement en cas de diminution par le fait du débiteur?
289. — La déchéance prononcée par l'art. 1188 se produit comme un effet légal.

282. Le terme est généralement considéré comme une pure

(1) Liège, 28 nov. 1889, *Pas.*, 90, 2, 202.

modalité du lien obligatoire. Mais sa notion exacte le rattache plus étroitement à la théorie du paiement.

Il est en effet impossible de concevoir une obligation dont le paiement ne devrait pas être effectué à une époque quelconque. Or, le terme n'est rien autre chose que la détermination de l'époque du paiement.

Ce terme ne doit pas être confondu avec celui qui est extinctif de l'obligation par le fait seul de son échéance, indépendamment de toute idée de paiement, ou qui est destiné à indiquer la durée d'un contrat, et dont on peut d'ailleurs concevoir la prorogation (1). C'est ce terme qui est une pure modalité de l'obligation; quand il est stipulé d'une manière expresse il opère de plein droit, sans avoir besoin d'être prononcé par le juge (2).

Nous allons nous occuper seulement du terme indicatif de l'époque du paiement.

Ainsi envisagé,

ART. 1185. Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution(*).

Mais pourquoi rapprocher ainsi le terme de la condition : est-ce qu'il y a quelque chose de commun entre la condition et le terme? En principe non, mais il peut arriver qu'il y ait quelque difficulté pour savoir si une clause se réfère à un terme ou à une condition, et alors la règle de l'art. 1185 servira à la résoudre.

C'est qu'en effet le terme peut être certain ou incertain (*incertus quando*), quoique devant nécessairement arriver dans les deux cas. Mais lorsqu'il y a incertitude non seulement sur le point de savoir quand le terme arrivera, mais encore s'il arrivera (*incertus an et quando*), il forme une véritable condition. Il faut donc rechercher quelle a été la com-

(*) Art. 1185. — L. 41, § 1; L. 46, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(1) Ex. : Angers, 5 juill. 1876, D. 77, 2, 30.
(2) Trib. Gand, 14 nov. 1881, *Pas.*, 82, 3, 323.

mune intention des parties, et vérifier si elles ont simplement entendu retarder l'exécution de l'engagement ou en suspendre l'existence. Ainsi, l'obligation par laquelle une personne s'oblige à payer une certaine somme dans un certain délai après la constitution d'une société à créer par elle, pourra, suivant les circonstances de la cause révélant l'intention des parties, être interprétée comme constituant non une obligation conditionnelle, mais une obligation à terme (1).

283. Le terme est *exprès* ou *tacite*.

Le terme exprès est celui qui résulte d'une clause formelle insérée dans un contrat, quelle que soit d'ailleurs la forme de ce contrat. Ainsi les commissaires-priseurs procédant à une vente d'objets mobiliers peuvent, sous leur responsabilité personnelle, stipuler dans le cahier des charges un terme de paiement au profit de l'acquéreur (2).

Le terme tacite résulte de la nature de la prestation à fournir, ou du lieu dans lequel elle doit être effectuée. Si aucun délai n'a été convenu, il appartient au juge d'en déterminer un d'après l'intention probable des contractants.

Le terme qui résulte de la volonté exprimée ou interprétée des parties constitue le terme de droit qui met obstacle, tant qu'il n'est pas échu, à tout acte d'exécution de la part du créancier.

Le terme de *grâce* est au contraire celui qui est accordé au débiteur malheureux ou de bonne foi (art. 1244, 2°); il ne met pas obstacle à la compensation (art. 1292) et le bénéfice en est plus facilement enlevé au débiteur que dans le cas du terme de droit (art. 1188, C. C., et 124, C. pr. civ.).

Le terme de droit met obstacle, tant qu'il n'est pas échu, à tout acte d'exécution de la part du créancier. C'est en ce

(1) Bruxelles, 4 janv. 1890, *Pas.*, 90, 2, 143.

(2) Besançon, 28 juill. 1877, D. 78, 2, 50; Cass. 27 mai 1878, D. 79, 1, 79.

sens qu'on a pu dire que celui qui a terme ne doit rien; il est en effet à l'abri de tout acte d'exécution et même des effets de la compensation (art. 1291), mais non des actes conservatoires. Le créancier porteur d'un écrit sous seing privé peut même en demander la reconnaissance au débiteur à terme, et, s'il y a lieu, la vérification en justice.

284. Il suit de là que :

ART. 1186. Ce qui n'est dû qu'à terme, ne peut être exigé avant l'échéance du terme; mais ce qui a été payé d'avance, ne peut être répété (*).

Il en serait autrement si la dette était conditionnelle. Pothier a emprunté au droit romain cette solution qui permet au créancier de profiter de l'erreur du débiteur (1). Il ne saurait en effet y avoir de difficulté sérieuse pour le cas où le débiteur a payé sciemment avant l'échéance, car il est libre de renoncer au bénéfice du terme. Il en est autrement quand le paiement a été fait par erreur. Selon les principes du droit romain, le créancier devait perdre définitivement son procès quand il demandait plus *tempore*. Comment donc pouvait-on décider qu'il pouvait profiter d'une erreur qui avait porté le débiteur à payer en réalité plus qu'il ne devait? Cela tenait uniquement à la manière dont on comprenait le pouvoir du juge chargé de statuer sur l'action en répétition, la *condictio indebiti*. Le juge avait seulement pour mission de vérifier s'il y avait eu *indebitum*. Or la négative était certaine; donc le créancier pouvait garder ce qu'il avait reçu avant terme. Pothier a donc eu tort de transporter cette règle dans notre droit français, où le juge a pour mission de déterminer, d'après l'équité, ce qui est dû à chacun.

285. Mais on se demande si le débiteur ne pourrait pas, tout au moins, réclamer à titre d'indemnité, escompte ou in-

(*) Art. 1186. — L. 42, D. 45, 1, *De verb. oblig.*; L. 17, 18, D. 12, 6, *De condict. indeb.*

(1) *Oblig.*, n° 230.

térêts, une somme égale à l'avantage que procure, ou peut procurer au créancier, la jouissance de la chose payée depuis la date du paiement jusqu'à celle de l'échéance du terme?

On dit que celui qui paie avant terme paie en réalité ce qu'il ne devait pas en ce qui concerne les intérêts ou l'escompte, et qu'en vertu des principes sur le paiement de l'indû, dont l'art. 1186 n'est qu'une application, il doit y avoir lieu à répétition (1). Mais on répond que l'art. 1186 en statuant d'une manière générale et sans faire aucune distinction a manifestement dérogé aux règles du droit commun en ce qui touche la répétition de l'indu (2). A notre avis, la question n'existe pas, et il n'est pas nécessaire, pour repousser la répétition, d'admettre une exception aux principes de la *condictio indebiti*. Le débiteur a-t-il payé ce qu'il devait? Oui; le créancier, que nous supposons d'ailleurs de bonne foi, a-t-il reçu ce qui lui était dû? Oui. Il n'existe aucune prestation donnée ou reçue à laquelle on puisse appliquer la qualification d'*indebitum*. L'obligation a été exécutée comme elle devait l'être et ne pouvait être exécutée autrement, ce qui est décisif. Si en fait il résulte de cette exécution anticipée un avantage pour l'une des parties, cet avantage, fort hypothétique et difficile d'ailleurs à établir, doit être considéré comme un accident se produisant dans son patrimoine en dehors de tout rapport juridique.

286. Le terme n'étant que la fixation du jour du paiement peut, dans les obligations conventionnelles, favoriser aussi bien les intérêts du créancier que ceux du débiteur.

Cependant :

(1) DURANTON, t. XI, n° 113; MARCADÉ sur l'art. 1186; MOURLON sur l'art. 1186; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 634; LAURENT, t. XVII, n° 186.

(2) AUBRY et RAU, § 303, texte et note 10; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 108; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 954.

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

Cette précision est forte importante : si le terme est uniquement stipulé en faveur du débiteur, celui-ci pourra se libérer avant l'échéance, et le créancier n'aura pas le droit de refuser le paiement.

Si le terme été convenu en faveur du créancier seul, ce qui arrivera rarement, le débiteur ne pourra payer avant l'échéance contre le gré du créancier, mais ce dernier pourra exiger le paiement immédiat, car vis-à-vis du débiteur la prestation est constamment exigible.

Enfin quand le terme a été convenu dans l'intérêt des deux parties, l'une d'elles ne peut y renoncer au préjudice de l'autre.

Le principe de l'art. 1187 est applicable au prêt à intérêt comme aux autres conventions (1). Cependant lorsqu'il s'agit d'un prêt fait pour une longue durée, on est assez généralement porté à considérer le terme comme stipulé autant dans l'intérêt du prêteur qui dans celui de l'emprunteur. Mais c'est là une question d'intention à résoudre d'après les circonstances (2). Ainsi, quand il s'agit d'obligations à long terme, remboursables par la voie du tirage au sort à un taux supérieur à leur prix d'émission, les porteurs de titres ont un intérêt évident à être remboursés dans un bref délai. Donc le terme qui retarde le remboursement ne peut pas être considéré comme stipulé également en leur faveur, et la circonstance qu'un tableau d'amortissement indiquant un remboursement partiel et annuel est inscrit au verso des

(*) Art. 1187. — L. 41, § 1, *in fine;* L. 122, in. pr. D. 45, 1, *De verb. oblig.;* L. 17, D. 50, 17, *De div. reg. juris;* L. 12, § 1, D. 50, 16, *De verb. signif.*

(1) Cass. 29 juill. 1879, D. 80, 1, 39; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 628.

(2) Arrêt précité; AUBRY et RAU, § 303, note 21.

titres émis, ne met pas obstacle au remboursement anticipé des obligations (1). Le contraire a été jugé pour le remboursement anticipé d'obligations émises par une société commerciale, par le motif qu'en matière commerciale l'art. 1187 ne peut recevoir une application aussi absolue que dans les contrats purement civils (2).

287. La dette ne devient exigible que le lendemain du jour où le terme échoit.

Le terme est échu quand le dernier jour, le *dies ad quem* est écoulé; on ne peut réclamer que le lendemain : *dies termini computatur in termino*. Quand le paiement doit avoir lieu dans tant de jours, le jour où le terme commence à courir n'est pas compris dans le délai : *dies a quo non computatur in termino*.

Les jours se calculent de minuit à minuit, les mois sont des mois civils et non des mois astronomiques. L'année se compte par douze mois, et le dernier jour du douzième mois est encore compris dans le terme.

Lorsque le terme est échu l'exécution n'est plus suspendue, le paiement de la dette peut être exigé. Si le débiteur est tenu en même temps de plusieurs dettes, et que son patrimoine actif suffise pour acquitter le passif, toutes les dettes seront payées à leur échéance. Si le patrimoine est insuffisant, les créanciers ordinaires ne devront recevoir qu'un dividende. Mais si les créanciers dont les créances sont exigibles peuvent agir alors que ceux dont les créances ne sont pas encore à terme se trouvent paralysés, il arrivera que les créanciers d'un même débiteur n'auront pas, vis-à-vis d'un gage qui, cependant leur est commun, une condition égale et semblable. Pour établir entre eux une égalité nécessaire, il fallait donc, quand l'actif paraît devoir être

(1) Bruxelles, 18 fév. 1888, D. 89, 2, 222.
(2) Nancy, 10 juill. 1882, D. 83, 2, 165.

inférieur au passif, mettre sur la même ligne les créances exigibles et les créances non encore exigibles.

Il fallait donc décider que :

ART. 1188. 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.

La faillite est l'état du commerçant qui cesse ses paiements (art. 437, C. com.). Le non-commerçant dont le passif dépasse l'actif, est dans une situation analogue qu'on appelle *déconfiture*. Or il est reconnu que la déchéance prononcée par l'art. 1188 s'applique à la déconfiture aussi bien qu'à la faillite (1). Il y a cependant une précision à faire : la faillite ne peut officiellement résulter que d'un jugement (art. 444, C. com.); la déconfiture est plutôt un état de fait, qui est indéniable quand tous les biens du débiteur ont été saisis et vendus, mais qui peut être admis par les juges en dehors d'une telle circonstance (2).

Quand il y a déconfiture ou faillite, l'art. 1188 qui est général, peut être invoqué aussi bien par les créanciers hypothécaires que par les créanciers ordinaires (3).

288. La déchéance du terme résulte encore de la diminution, par le fait du débiteur, des sûretés que ce dernier avait données, par le contrat, à son créancier.

Il ne s'agit pas de la diminution des sûretés que le créancier tient uniquement de la loi (4), mais des garanties contractuelles, expressément stipulées, qui, dérogeant au droit commun, témoignent par leur spécialité que le créancier ne

(1) AUBRY et RAU, § 303, texte et note 12; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 111 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXV, n° 664; LAURENT, t. XVII, n° 195; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 957; Rouen, 29 juin 1871, D. 73, 2, 206.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 197.

(3) Liège, 27 nov. 1890, *Pas.*, 90, 2, 92.

(4) Cass. 24 juill. 1878, D. 79, 1, 336 ; trib. Bruges, 20 nov. 1882, *Pas.*, 83, 3, 78; LAURENT, t. XVII, n° 202; *Contrà*, DEMOLOMBE, t. XXV, n° 675; comp. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 958.

s'en est pas rapporté à la garantie générale dérivant du principe que tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers (1).

Par conséquent, le créancier qui, en contractant, n'a pas stipulé de sûretés particulières, non seulement ne pourra pas provoquer la déchéance du terme, mais même ne sera pas recevable au cours de l'exécution du contrat, à réclamer des sûretés spéciales sous prétexte que le patrimoine de son débiteur aurait subi des transformations de nature à compromettre sa créance (2); il n'est pas possible, en effet, de modifier la loi que les parties se sont faite, et d'attacher à la convention des garanties non stipulées par elles (3).

La diminution des sûretés doit résulter d'un fait imputable au débiteur lui-même; elle serait inopérante si elle était la conséquence d'un cas fortuit.

La concession d'un droit réel sur l'immeuble hypothéqué, ou l'aliénation de tout cet immeuble lui-même ne pourraient être considérées comme des diminutions de sûreté dans le sens de l'art. 1188. Mais il pourrait en être autrement d'une aliénation partielle, à cause de la moins-value qu'entraîne tout morcellement.

De même l'acquéreur d'un immeuble pourrait être déclaré déchu du bénéfice du terme à lui accordé s'il cessait de l'exploiter comme il l'était auparavant (4); un changement d'exploitation peut en effet entraîner une moins-value.

Enfin, il faut assimiler à une véritable diminution des sûretés, le cas où le débiteur ne procure pas au créancier les sûretés qu'il lui avait promises.

289. La déchéance édictée par l'art. 1188 se produit comme un effet légal attaché à toute diminution des sûretés contrac-

(1) Bruxelles, 17 mai 1878, *Pas.*, 78, 2, 234.
(2) Cass. 10 mai 1881, D. 82, 2, 201.
(3) Cass. 6 janv. 1885, D. 85, 1, 55.
(4) Trib. Arlon, 19 juill. 1888, C. L. et B. 89, 365.

tuelles. Le créancier n'a donc pas besoin de faire prononcer cette déchéance par la justice. Quand il estime que la déchéance est encourue, il peut agir contre le débiteur et faire procéder, à ses risques et périls, à toutes les poursuites que peut faire un créancier pur et simple. C'est au débiteur, s'il conteste la déchéance, à faire opposition aux poursuites et à porter la question devant les tribunaux.

La déchéance encourue par le débiteur principal pourra être invoquée contre la caution ou même contre un tiers détenteur, mais non contre un codébiteur solidaire.

L'art. 1188 s'applique à la fois au terme de droit et au terme de grâce. Le terme de grâce se perd en outre par certaines causes qui lui sont particulières. D'après l'art. 124, C. pr. civ., le débiteur en est déchu lorsque ses biens sont saisis et vendus à la requête d'autres créanciers, quand il est en état de contumace et quand il s'est constitué prisonnier. Mais cette dernière cause de déchéance n'a plus guère d'application depuis la loi du 22 juillet 1867 abolitive de la contrainte par corps.

SECTION III.

Des obligations alternatives.

290. — Division des obligations envisagées quant à leur objet. — Des obligations alternatives, art. 1189.
291. — A qui appartient le choix, art. 1190 et 1191? Règle dite de concentration. — Rétroactivité du choix.
292. — Application spéciale de la règle de concentration, art. 1192.
293. — Autre application de la même règle en cas de perte de l'objet, art. 1193 à 1196.
294. — Des obligations dites facultatives.

290. Les obligations considérées sous le rapport de la prestation qui en fait l'objet, peuvent être divisées en obligations *simples*, c'est-à-dire n'ayant qu'une prestation unique pour objet, et obligations *composées* ayant ou paraissant avoir plusieurs prestations pour objet. Ces dernières se divisent en

obligations *conjonctives* et obligations *alternatives*. Il y a encore certaines obligations qu'on appelle improprement *facultatives*.

Les obligations conjonctives sont celles qui ont pour objet plusieurs prestations distinctes, indépendantes les unes des autres, et dont le débiteur est tenu par le même titre. Si l'une des choses dues vient à périr, les autres sont toujours dues.

Les obligations alternatives sont celles qui ont pour objet plusieurs prestations, de manière toutefois que l'accomplissement d'une seule de ces prestations opère la libération du débiteur :

ART. 1189. Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation (*).

Il faut donc, pour concevoir une obligation alternative, deux ou plusieurs choses comprises dans l'obligation. Ainsi la clause d'après laquelle le prix d'une vente est payable soit au vendeur soit à son créancier hypothécaire, constitue non une délégation du prix, ni même une obligation alternative, mais une simple indication de paiement stipulée en faveur de l'acheteur (1).

291. L'obligation alternative est exécutée, d'après l'art. 1189, par la délivrance de l'une des choses comprises dans l'obligation et jusqu'à cette délivrance le caractère de l'obligation comprenant deux prestations alternatives dont l'une serait mobilière et l'autre immobilière, demeurera incertain. Mais à qui appartiendra le choix?

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

ART. 1191. Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre (***).

(*) Art. 1189. — L. 25, L. 34, § 6, D. 18, 1, *De contr. empt.*; L. 27, D. 31, 1, *De leg.* 2°.

(**) Art. 1190. — L. 112 et 138, § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(***) Art. 1191. — L. 21, § 6, D. 19, 1, *De act. empt. et vend.*

(1) Chambéry, 1er fév. 1886, D. 87, 2, 34.

Le choix est un acte unilatéral dont l'effet est acquis, dès que la volonté de celui à qui appartient le droit d'option s'est manifestée, sans qu'une acceptation de la part de l'autre partie soit nécessaire (1).

Les conséquences de cette option sont résumées dans ce qu'on appelle la règle de *concentration*, laquelle signifie que l'un des deux objets étant ainsi écarté, l'obligation se concentre sur l'autre et doit être considérée comme ayant toujours été pure et simple. Cela revient à dire que le choix a un effet rétroactif, et que la convention de donner a été par elle-même translative de la propriété de la chose choisie, demeurant l'observation, pour les immeubles, de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. Mais il y a plusieurs manières d'expliquer cet effet rétroactif. D'après la majorité des auteurs français chacun des objets de l'alternative est dû sous la condition du choix à intervenir. D'après le projet de Code civil allemand la rétroactivité s'explique uniquement par cette idée que, dès le principe, l'objet choisi était *in obligatione;* l'idée de condition n'aurait donc pas à intervenir (2). Mais quelle que soit l'explication adoptée, la rétroactivité dont il s'agit paraît fort douteuse à certains auteurs car les faits juridiques en général ne rétroagissent pas (3).

L'observation est juste, mais il faut cependant que le droit d'option ait une application sérieuse. Supposons qu'un individu vende deux immeubles sous l'alternative, et que le choix soit formellement attribué à l'acheteur. Si le vendeur aliène l'un des immeubles, et que l'acheteur choisisse précisément l'immeuble aliéné, ne faut-il pas que son option rétroagisse et lui permette de revendiquer la chose contre le tiers acqué-

(1) Voy. LAURENT, t. XVII, n° 232; SALEILLES, *loc. cit.*, n° 9; Comp. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 126 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 48.

(2) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 10.

(3) LAURENT, t. XVII, n°s 240, 241.

reur? S'il en était autrement, il faudrait décider que le choix attribué à l'acheteur par la loi du contrat, appartiendrait en réalité au vendeur qui conserverait la possibilité de désigner, au moyen d'une aliénation valable, l'immeuble qu'il ne voudrait pas voir passer dans le domaine de l'acheteur.

Mais toutes ces discussions sont heureusement inconnues dans la pratique. Si l'obligation alternative comprend deux prestations annuelles comme celles-ci : Le débiteur doit payer annuellement 100 fr. ou 5 hectolitres de blé. Le choix que fera le débiteur ou le créancier suivant qu'il appartiendra à l'un ou à l'autre, va-t-il lier celui qui l'aura fait de manière à prohiber de sa part tout autre choix ultérieur? Non, car les dettes d'annuités sont considérées comme autant d'obligations principales et particulières, et on ne devrait admettre de solution différente qu'en vertu d'une clause formelle, ou de la nature de l'alternative elle-même, comme dans l'espèce suivante : Le débiteur s'est obligé à vous payer 100 fr. chaque année, ou à vous laisser jouir d'une maison; le premier choix devra lier les parties pour l'avenir.

292. Le principe de concentration dont nous avons parlé reçoit encore une application théorique dans le cas suivant :

ART. 1192. L'obligation est pure et simple, quoique contractée d'une manière alternative, si l'une des deux choses promises ne pouvait être le sujet de l'obligation (*).

On donne comme exemple la promesse faite sous l'alternative, de deux choses dont l'une appartenait déjà au créancier, et ne pouvait en conséquence être l'objet (et non le *sujet*) de l'obligation. Si en réalité la convention masquait une obligation ayant un objet illicite et sanctionnée par une clause pénale, tout serait nul (art. 1227), tel serait le cas d'un individu s'obligeant à prêter un faux serment ou à payer une somme d'argent.

(*) Art. 1192. — L. 16, § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

293. La concentration se produit encore en cas de perte de l'un des objets dus :

ART. 1193. L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place.—Si toutes deux 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 (*).

ART. 1194. Lorsque, dans les cas prévus par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier, — Ou l'une des choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste; si le débiteur est en faute, le créancier peut demander la chose qui reste, ou le prix de celle qui est périe; — Ou les deux choses sont péries; et alors, si le débiteur est en faute à l'égard des deux, ou même à l'égard de l'une d'elles seulement, le créancier peut demander le prix de l'une ou de l'autre à son choix (**).

Pour le cas où tous les objets ont péri, l'un par cas fortuit l'autre par la faute du débiteur, on se plaît à faire observer :

1° Que si l'objet ayant péri le premier a péri par cas fortuit, et l'autre par la faute du débiteur, l'obligation étant devenue pure et simple, la valeur du dernier objet qui a péri devrait seule être due, ainsi que le décide l'art. 1193, § 2, pour le cas où le choix appartenait au débiteur; comment donc, lorsque le choix appartient au créancier l'art. 1194, § ult., peut-il lui permettre de réclamer la valeur de l'un ou de l'autre? cela est contraire à l'équité;

2° Que pour le cas où le premier objet a péri par la faute du débiteur et le second par cas fortuit le débiteur devrait être libéré si le choix lui appartenait. Cependant les textes ne distinguent pas et décident qu'il sera tenu de la valeur du dernier objet qui a péri. De même si le choix appartient au créancier, il ne devrait pouvoir réclamer que le prix de la chose qui a péri la première; or contrairement à l'équité, le créancier pourra, d'après les textes, exiger le prix de l'une ou de l'autre (1).

(*) Art. 1193. — L. 105, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(**) Art. 1194. — L. 95, pr. et § 1, D. 46, 2, *De solut.*

(1) Voy. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 121 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 88; LAURENT, t. XVII, n°s 249, 250.

Enfin :

ART. 1195. Si les deux choses sont péries sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure, l'obligation est éteinte conformément à l'art. 1302 (*).

ART. 1196. Les mêmes principes s'appliquent au cas où il y a plus de deux choses comprises dans l'obligation alternative.

294. Les commentateurs parlent encore d'obligations *facultatives*. Il est évident que ces termes sont incompatibles entre eux. Il vaudrait mieux dire : obligation comprenant une prestation facultative, à côté de la prestation obligée. C'est ce qu'on peut voir quand le débiteur ne devant en réalité qu'une chose s'est réservé la faculté de se libérer en prestant une autre chose. Il n'y a alors qu'une seule chose qui soit en réalité, dans l'obligation, *in obligatione*, l'autre n'est que *in facultate solutionis*.

De ce qu'il n'y a en réalité qu'une seule chose due, il suit que les caractères qui distinguent l'obligation alternative ne se retrouvent pas dans l'obligation improprement appelée facultative.

Ainsi le caractère de l'obligation, envisagée quant à son objet, est déterminé *ab initio* et n'est pas en suspens, l'obligation est d'ores et déjà mobilière ou immobilière.

De ce qu'une seule chose est due, il suit encore que l'obligation est nulle si cette chose n'est pas susceptible de devenir la matière d'une obligation.

Enfin, le créancier ne peut exiger que la chose se trouvant *in obligatione* et non celle qui est *in facultate solutionis*. Si la chose due *in obligatione* périt par cas fortuit, le débiteur est libéré; si elle périt par la faute du débiteur, ce dernier pourra se libérer soit en donnant sa valeur, soit en livrant celle qu'il s'était réservée *in facultate solutionis*.

(*) Art. 1195. — L. 33, 37 et 105, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

SECTION IV.

Des obligations solidaires.

Généralités.

295. — En principe il n'y a dans chaque obligation qu'un seul créancier et un seul débiteur; exception apparente en cas d'obligations conjointes.
296. — Exception réelle résultant de la solidarité. Historique : Corréalité et solidarité.
297. — Caractère et utilité de la solidarité.

295. Il est de l'essence de toute obligation qu'elle existe entre deux sujets intéressés, un créancier et un débiteur. Mais l'art. 1101 indique qu'il peut y avoir, pour une même obligation, plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. Il est cependant assez difficile de concevoir comment il peut y avoir, pour une seule et même obligation, plus d'un créancier et d'un débiteur.

L'exception que l'on signale pour le cas d'obligations simplement *conjointes*, *obligatio plurium pro rata*, est seulement apparente. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle il y a, il est vrai, plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs nommés pour la même prestation, mais de telle manière que, entre plusieurs créanciers, chacun ne peut exiger qu'une quote-part de l'objet dû, ou bien que, entre plusieurs débiteurs, chacun ne doit payer qu'une semblable quote-part. C'est ce qui arrive lorsque dès l'origine il y a, désignés comme tels, plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, ou bien quand le créancier ou le débiteur originaire décède laissant plusieurs héritiers. Dans ces hypothèses la division de l'objet de l'obligation totale produit, même au cas où l'obligation pourrait, comme obligation unique, porter sur le tout, cet effet qu'en réalité ce rapport apparent d'obligation unique se

résout en autant d'obligations distinctes qu'il y a de parties dans la prestation totale, autant par conséquent qu'il y est nommé de créanciers et de débiteurs. Ces parts portent le nom de parts viriles parce qu'elles sont déterminées par le nombre des personnes *pro numero virorum*.

Mais c'est là une circonstance purement fortuite et sans autres conséquences juridiques que cette habitude où l'on est d'additionner en un montant unique et de désigner comme une seule prestation les montants séparés de ces diverses obligations à cause du lien accidentel qui les unit (1).

296. Une exception plus réelle se présente, et il y a véritablement plusieurs cocréanciers et plusieurs codébiteurs dans les obligations dites *solidaires*, c'est-à-dire quand le titre est conçu de telle façon que chaque créancier peut exiger le tout (*solidum*). et que chaque débiteur est tenu pour le tout.

En droit romain, au moins d'après la doctrine qui paraît la plus répandue, quoiqu'elle soit contestée (2), c'est ce qui avait lieu dans plusieurs hypothèses, dont voici les principales :

1° Il pouvait arriver qu'il y eût plusieurs obligations distinctes avec identité d'objet. C'est le cas de l'obligation *in solidum* ou simplement solidaire ;

2° Il pouvait y avoir une seule obligation avec plusieurs sujets ; c'est ce qu'on appelait *corréalité*.

Il y avait cela de commun entre l'obligation simplement solidaire et l'obligation corréale que, dans les deux, chaque créancier pouvait exiger le tout, chaque débiteur était tenu pour le tout. Le paiement effectué par l'un d'eux libérait tous les autres.

La différence consistait en ce que, dans l'obligation cor-

(1) Voy. MAREZOLL, *Précis*, etc., § 124.
(2) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, nos 114 et suiv.

réale, il n'y avait qu'une seule obligation (*una eademque obligatio*), tandis que dans l'obligation simplement solidaire il y avait autant d'obligations distinctes que de sujets actifs ou passifs, quoique le paiement fait par l'un d'eux libérât tous les autres.

De là il suivait que, dans l'obligation corréale, tout événement affectant l'obligation d'une manière objective, l'éteignait à l'égard de tous, par exemple : le paiement, la compensation, la novation, le serment, l'acceptilation et la *litis-contestatio*. Au contraire, les événements qui ne modifiaient que le lien subjectif, laissaient subsister l'obligation; par exemple : le pacte *de non petendo*, la confusion, etc.

Au contraire, dans le cas de solidarité l'obligation n'était eteinte que par une véritable satisfaction procurée au créancier, par le paiement ou la compensation.

Il faut noter encore que le paiement effectué ou reçu ne donnait lieu à aucun recours excepté quand il y avait société entre les intéressés.

Dans notre terminologie française, les mots *solidarité, solidaire*, représentent la même situation que les mots *corréalité, corréale* (1), c'est-à-dire une situation qui a reçu du législateur, en même temps qu'une dénomination technique, certaines règles déterminées qui lui sont propres. Il faut seulement observer, au sujet des recours possibles, qu'en droit français une société est toujours présumée entre les intéressés. On ne devra donc pas appeler solidaire une obligation qui est simplement *in solidum*, nous en parlerons plus tard, dans laquelle plusieurs débiteurs sont tenus pour le tout, chacun en droit soi, sans que néanmoins il existe entre eux aucune relation juridique de société, ou autre.

297. Notons que la solidarité ne doit pas être confondue avec l'indivisibilité; sans doute son principal effet est d'em-

(1) Voy. DALLOZ, *Répert.*, v° *Oblig.*, n°s 1348 et suiv., 1351.

pêcher la division de l'obligation entre les divers créanciers dans leurs rapports avec le débiteur, ou entre les divers débiteurs dans leurs rapports avec le créancier, mais elle ne donne pas pour cela à l'obligation le caractère d'indivisibilité (art. 1219) ; nous aurons d'ailleurs à revenir sur tous ces points. L'utilité de la solidarité consiste à ramener autant que la chose est possible, une obligation existant entre plusieurs créanciers et un débiteur, entre plusieurs débiteurs et un créancier, ou entre plusieurs créanciers et plusieurs débiteurs à ce qu'elle serait, s'il n'y avait qu'un seul créancier et un seul débiteur.

C'est pour obtenir ce resultat que la solidarité est créée entre créanciers dans l'intérêt du débiteur, ou entre débiteurs dans l'intérêt du créancier.

Il ne faut donc pas croire que la solidarité n'est destinée à fonctionner que dans l'intérêt des créanciers, et c'est ne pas en comprendre l'économie que d'en rechercher l'utilité en se plaçant uniquement au point de vue des créanciers.

§ 1er. — De la solidarité entre les créanciers.

298. — De la solidarité active.
299. — A qui elle peut profiter.
300. — Son but final : droit pour le débiteur de payer au créancier de son choix, art. 1198; droit corrélatif des créanciers, art. 1197.
301. — La solidarité active n'est jamais légale.
302. — Effets de la solidarité active : principe général.
303. — Du principe dit de prévention, contenu dans l'art. 1198.
304. — Du paiement fait à un seul créancier; de la novation, transaction ou compromis intervenus dans les mêmes conditions.
305. — De la compensation.
306. — De la chose jugée.
307. — Du cours des intérêts et des actes interruptifs de prescription, art. 1199.

298. Nous allons rechercher comment les règles sur la *cor-*

réalité ou *solidarité*, en nous servant désormais de cette dernière expression, ont été, avec certaines restrictions et limitations adaptées par la loi française aux besoins de la société moderne (1), d'abord en ce qui concerne la solidarité entre créanciers, ou solidarité active.

Cette solidarité suppose :

1° Qu'il y a plusieurs cocréanciers ;

2° Que chaque cocréancier, en ce qui touche la capacité de recevoir le paiement, et, par suite, l'exercice du *droit de contrainte*, doit pouvoir agir comme s'il était seul et unique créancier ;

3° Que, par voie de conséquence, les actes d'un seul créancier doivent profiter aux autres ou leur être opposables, car différemment, il n'aurait pas agi comme s'il était seul, et comme si l'obligation était une ;

4° Que tous les créanciers sont présumés associés entre eux pour le partage de ce qui a été payé.

Appliquons tout de suite ces données à un exemple :

Soit un débiteur tenu de payer 10,000 fr. à cinq créanciers déclarés solidaires :

1° De ce que chaque créancier peut être considéré comme s'il était seul, titulaire unique d'une obligation *une*, il suit que le débiteur a le droit de payer entre les mains de celui qu'il lui plaira choisir ;

2° Réciproquement chaque créancier agissant comme s'il était seul, en vertu d'une clause commune à toutes les parties, les divers actes conservatoires faits par un seul pourront être invoqués par les autres ;

3° De ce que les créanciers sont associés, il suit que le béné-

(1) Voy. sur cette matière : RODIÈRE, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, 1852; DEMANGEAT, *Traité des oblig. solidaires;* HAURIOU, *Etude sur l'origine de la solidarité*, *Nouv. Rev. hist.*, 1882; GÉRARDIN, *Etude sur la solidarité*, *Nouv. Rev. hist.*, 1884.

fice de l'obligation devra être partagé entre eux, sauf clause contraire.

299. Tout cela est assurément facile à comprendre, mais on fait remarquer que cette combinaison ne sert pas à grand chose, et même qu'elle est dangereuse pour les créanciers.

Supposons en effet deux individus copropriétaires d'un immeuble qu'ils vendent en bloc pour la somme de 20,000 fr. — Est-ce que les deux vendeurs n'auront pas avantage à demeurer, chacun, créancier exclusif de la part lui revenant dans le prix, plutôt que de s'associer pour devenir ensemble créanciers solidaires de la totalité du prix?... Pourquoi l'un des vendeurs donnerait-il à l'autre le pouvoir de toucher les 10,000 fr. qui forment sa part, alors qu'il pourrait la toucher lui-même? Pour quels motifs, l'autre, irait-il réciproquement donner un semblable pouvoir à son covendeur? Remarquons enfin qu'il s'agit d'un mandat tacitement contenu dans une convention passée avec le débiteur lui-même, et par conséquent irrévocable! Si l'un des vendeurs prévoit qu'il ne sera pas présent sur les lieux à l'époque du paiement, il lui sera facile de choisir pour ce moment un mandataire ordinaire dont le mandat sera révocable, etc. (1).

Tout cela est fort exact, mais il ne s'agit pas d'une solidarité stipulée en faveur des créanciers; l'affirmation contraire qu'on retrouve chez certains auteurs (2), ne repose absolument sur rien, pas même sur une équivoque. Dans les cas de solidarité active, il s'agit d'une solidarité stipulée entre les créanciers, mais sur la demande du débiteur lui-même dans son intérêt personnel. Celui qui achète en bloc, moyennant un prix unique, une maison appartenant à plusieurs copropriétaires, ne veut pas être exposé, à l'époque du paiement, à la nécessité de diviser la prestation dont il est tenu en vertu

(1) Voy. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 966.
(2) Voy. par ex. : LAURENT, t. XVII, n° 254.

du contrat, entre ses divers créanciers, et à subir les difficultés pouvant provenir, à cette époque, de la situation personnelle de chacun, de son éloignement, etc. — Il veut au contraire pouvoir se libérer pour le tout entre les mains d'un seul, qui, s'il y a lieu, fera part aux autres de ce qui doit leur revenir. Il exige en conséquence que les vendeurs soient solidaires entre eux; il pourra, sans doute, en résulter pour les créanciers certains ennuis, certains inconvénients, et même certains dangers, mais c'est à prendre ou à laisser; le débiteur en a fait une condition du contrat.

300. Le but final de la solidarité entre les créanciers n'est donc pas d'attribuer à chacun d'eux le droit de demander la totalité de la créance, mais uniquement de permettre au débiteur de se libérer entre les mains d'un seul, et ce n'est pas un mince avantage. C'est ce qui résulte avec la dernière évidence de la disposition suivante :

ART. 1198. Il est au choix du débiteur de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires, tant qu'il n'a pas été prévenu par les poursuites de l'un d'eux. —Néanmoins la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires, ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier (*).

Mais à quelle condition ce but final pourra-t-il être atteint? A la condition que chaque créancier puisse de son côté réclamer le tout, car il serait absurde qu'un créancier ne pût pas réclamer ce qu'il peut être obligé de recevoir.

Si donc il est permis de donner au créancier solidaire le droit d'exiger le tout, c'est comme corollaire du droit reconnu au débiteur de se libérer entre les mains d'un seul. Il faut donc intervertir les termes de la formule généralement adoptée; au lieu de dire, comme le fait M. Laurent, que *le droit d'exiger le paiement total a pour corrélatif l'obligation chez le débiteur de payer le total* (1), il faut dire que le droit

(*) Art. 1198. — L. 9, D. 45, 1, *De verb. oblig.*; L. 2, 16, D, 45, 2, *De duobus reis const.*

(1) T. XVII, n° 259.

pour le débiteur de payer à un seul a pour corrélatif le droit pour chacun des créanciers d'exiger le total. Ces deux idées ont été compendieusement résumées dans la définition même de la solidarité active, et puisque ces deux idées sont corrélatives, il est indifférent que le législateur commence par exprimer l'une ou l'autre :

ART. 1197. L'obligation est solidaire 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 débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers (*).

301. Il faut donc que la solidarité dérive d'un *titre*, c'est-à-dire d'un acte juridique (convention, testament), ce qui ne veut pas dire qu'un écrit (*instrumentum*) soit nécessaire.

Il n'y a donc pas de solidarité active *légale ;* il n'existe aucun cas où la loi établisse elle-même la solidarité entre les créanciers, tandis qu'il en existe plusieurs où la loi établit elle-même la solidarité entre les débiteurs (art. 1202, § 2). Cette différence est facile à comprendre; la solidarité légale entre débiteurs a quelquefois pour base la volonté présumée des parties, d'autres fois la nécessité de protéger certains intérêts. Or ces points de vue font défaut en matière de solidarité active. C'est au débiteur à se protéger lui-même en stipulant la solidarité entre ses cocréanciers, et, en dehors de toute convention spéciale, il n'y a aucune raison pour soumettre ces derniers à un régime qui peut être dangereux.

Il faut donc que la volonté d'établir la solidarité entre les créanciers résulte clairement des termes de l'acte, et la solidarité convenue doit être strictement cantonnée dans les termes employés. Ainsi, dans une vente où figurent plusieurs vendeurs, s'il a été déclaré que l'acheteur pourrait payer à l'un d'entre eux, à son choix, les vendeurs seront

(*) Art. 1197. — L. 2, D. 45, 2, *De duobus reis const.*

créanciers solidaires quant au prix, sans être pour cela tenus solidairement des obligations que leur impose la qualité de vendeurs.

Il ne faut pas d'ailleurs considérer comme établissant la solidarité active, ni la clause par laquelle un créancier fait une indication de paiement chez une tierce personne chargée de recevoir pour lui (*adjectus solutionis gratia*), ni celle qui donne au débiteur le droit de déterminer par son choix entre deux personnes désignées celle qui sera créancière. Dans ce cas, en effet, tant que le débiteur n'a pas fait son choix, il y a deux créanciers conditionnels, mais dès qu'il a choisi, il n'y a qu'un créancier qui seul a qualité pour exiger et pour recevoir et qui peut garder légitimement tout ce qu'il a reçu.

302. Quand il s'agit de déterminer les effets de la solidarité active, il faut partir de cette idée qu'une telle solidarité n'intéresse en réalité que le débiteur. Sans doute quand cette solidarité existe, elle peut, en fait, produire certaines conséquences favorables aux créanciers; ainsi tous profiteront des actes interruptifs de prescription émanés de l'un d'eux. Mais c'est là un pur accident; ce n'est pas en vue d'un résultat aussi médiocre que la solidarité active a été établie.

Son but principal est de permettre au débiteur, comme le déclare l'art. 1198, de payer à l'un ou à l'autre des créanciers solidaires. Le débiteur a voulu se soustraire à la nécessité de morceler entre les divers créanciers les paiements qu'il devrait leur faire. Il a voulu, dans son intérêt personnel, ramener à une obligation unique, les dettes multiples dont il était tenu et résultant d'une opération envisagée.

Mais c'est seulement au moyen d'un véritable paiement par lui effectué dans son intégrité, ou d'un acte équivalent qu'il peut atteindre ce but.

La situation n'est donc pas la même, dans la solidarité du droit français, que dans la corréalité du droit romain. Nous

avons vu en effet qu'en droit romain tout événement affectant l'existence objective de l'obligation, l'éteignait d'une manière absolue. Tel était l'effet du paiement, de la compensation, de la novation, du serment, de l'acceptilation et de la *litiscontestatio*.

303. Le Code civil a prévu seulement, en ce qui concerne les créances, trois modes d'extinction : le paiement, la remise et la délation de serment.

Le paiement doit être intégral; la remise qui n'est faite que par l'un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier dit l'art. 1198, § 2; de même, d'après l'art. 1385, le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur, ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier.

Quant à l'effet libératoire de la *litiscontestatio*, il ne pouvait être question de le faire revivre dans le droit moderne. Il a été remplacé par un principe tout différent appelé par quelques auteurs *principe de prévention*. L'art. 1198 y fait allusion, lorsqu'il déclare que le débiteur ne peut plus payer aux autres créanciers dès qu'il a été *prévenu* par les poursuites de l'un d'eux.

Il s'agit de poursuites commencées après l'échéance de la dette, et résultant soit d'une citation en justice, soit d'un commandement, soit d'une saisie. Une citation en conciliation suivie d'un ajournement dans le délai de l'art. 54, C. pr. civ., produirait le même effet (1). Quand l'un des créanciers a ainsi pris *les devants*, le débiteur ne peut plus payer à celui qui se présenterait plus tard, même étant porteur du titre (2).

Le droit du débiteur de payer au créancier qu'il voudrait

(1) RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 14.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 259; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 965; *Contrà*, COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 129 *bis*; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 159.

choisir, subit donc une notable restriction par l'effet du principe de prévention. Il est assez difficile de rendre compte de ce procédé qui consiste à enlever au débiteur un droit qu'il s'était réservé et qui forme toute l'utilité de la solidarité active. Les poursuites du créancier le plus diligent constituent, dit-on, une *prise de possession* de l'entière créance, et *semblent équivaloir à la signification d'un transport ou d'une saisie-arrêt* (1)! C'est de la pure fantaisie; le créancier exerce le droit que lui donne son titre, droit qui est corrélatif du libre choix qui appartenait au débiteur et qui est arbitrairement supprimé. C'est donc avec raison, croyons-nous, que le projet de Code civil allemand a fait disparaître ce droit de prévention. Les poursuites exercées par un seul n'apporteront aucune modification aux droits des autres intéressés (2).

L'exercice du droit de prévention a d'ailleurs donné lieu à de bien singulières observations qui prouvent l'impossibilité de rattacher la solidarité active à l'intérêt unique des créanciers. On reconnaît que les autres créanciers peuvent intervenir dans les poursuites de l'un d'eux pour la conservation de leurs droits : « Mais, dit-on, cette intervention ne doit point préjudicier aux droits du débiteur. Ainsi, la solidarité a-t-elle été stipulée entre créanciers *dans l'intérêt du débiteur*, afin de lui offrir plus de facilité pour le paiement de sa dette; les créanciers ne pourront le contraindre, malgré lui, à payer à chacun d'eux sa part respective dans la créance. Le débiteur ne peut être tenu de payer qu'à l'un d'eux la totalité. — A-t-elle été stipulée au contraire dans l'intérêt des créanciers, le débiteur ne peut régulièrement offrir à chacun d'eux, ni les forcer, malgré eux, de recevoir la délivrance de leurs portions respectives. C'est le paiement de la

(1) RODIÈRE, n° 15.
(2) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 117.

totalité qu'il doit faire à l'un d'entre eux, sans division (1). » Oui; mais dans tous les cas, il a perdu le choix.

Si les créanciers se sont réunis pour exercer, à l'échéance, une poursuite commune, il sera vrai de dire que le débiteur n'a été prévenu par la poursuite d'aucun d'eux en particulier et il aura le choix de payer la totalité à l'un ou à l'autre. Quant au paiement que le débiteur aurait fait, au mépris des poursuites par lesquelles l'un des créanciers l'a prévenu, il faut décider qu'il vaudra à l'égard de celui-ci pour tout ce qui excède sa part dans la créance. Si le débiteur, en effet, après et nonobstant un premier paiement, était obligé de payer la totalité à celui qui l'a prévenu, il en résulterait un circuit d'actions en restitution et en répétition de la part des créanciers entre eux, et aussi de la part du débiteur contre les créanciers.

304. Le paiement autorisé par la clause de solidarité active n'est effectivement libératoire que s'il consiste dans l'accomplissement de la prestation même formant l'objet de l'obligation. Il peut alors être opposé aux cocréanciers de celui qui a reçu. Il en serait autrement d'une dation en paiement. Les autres créanciers ne sauraient être obligés de se contenter d'une part dans un objet autre que celui qui était dû. Mais s'ils peuvent obtenir, de celui qui a reçu, leur part de l'objet primitif tel qu'il devait être fourni, il n'y a aucun intérêt à annuler l'opération effectuée (2). Il en sera ainsi dans le cas où il devait être payé 20.000 fr. à deux créanciers solidaires; le débiteur s'est libéré en donnant à l'un d'eux un terrain d'égale valeur, des tableaux ou autre chose; mais qu'importe, si celui qui a reçu ces objets est prêt à rembourser 10.000 fr. à son cocréancier. C'est absolument comme s'il avait d'abord reçu 20.000 fr. à charge de faire compte

(1) LAROMBIÈRE, art. 1198, n° 7.
(2) Comp. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 122.

de 10.000 fr. à son cocréancier, et qu'immédiatement il ait reversé les 20.000 fr. au débiteur comme prix des objets livrés en paiement.

Il faut faire le même raisonnement pour la novation qui n'est qu'une espèce particulière de dation en paiement consistant dans l'attribution au créancier d'une créance nouvelle en place de la première qui demeure éteinte, ainsi que pour la délégation et la cession. Si donc, entre le débiteur et l'un des créanciers, il intervient une novation soit par changement dans la personne du débiteur, soit par changement dans la chose due, la créance ne sera éteinte que pour la part de ce créancier, alors surtout que la novation aurait pour effet de détruire les sûretés garantissant la créance novée. La novation, la délégation et la cession vaudraient cependant contre les autres créanciers, si ces actes avaient eu lieu, sans leur causer préjudice, et dans le sens d'un paiement effectif de la créance qui aurait été opéré sous cette forme (1).

Il faut aussi admettre que la créance solidaire ne peut être valablement l'objet d'une transaction ou d'un compromis que pour la part de celui qui transige ou qui compromet. Mais on s'accorde assez généralement à dire que les créanciers solidaires demeurés étrangers à la novation, à la transaction ou au compromis peuvent les invoquer s'ils les trouvent avantageux pour eux, par ce motif que si l'un des créanciers solidaires ne peut pas être considéré comme le mandataire de ses cocréanciers à l'effet d'empirer leur condition, il doit au contraire être toujours considéré comme leur mandataire à l'effet de l'améliorer. Quand même cette conception bizarre aurait une valeur quelconque il serait impossible de l'appliquer dans une hypothèse où l'un des cocréanciers

(1) DURANTON, t. XI, n° 176; AUBRY et RAU, § 298, 2°; RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 21; LAROMBIÈRE, art. 1198, n° 13; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 183.

est manifestement sorti des termes du contrat dans des vues personnelles et non pour exécuter un prétendu mandat. La vérité est qu'il y a lieu simplement d'appliquer l'art. 1165 d'après lequel les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. La convention consentie par l'un des créanciers solidaires avec le débiteur est de tous points, à l'égard des autres, *res inter alios acta* (1).

305. On a encore voulu faire intervenir l'idée de mandat pour résoudre la question de savoir s'il faut assimiler au paiement fait à l'un des créanciers solidaires, la compensation qui aurait été opposée à l'un d'eux. Sans doute quand l'un des créanciers solidaires est devenu débiteur du débiteur commun, celui-ci ayant opposé la compensation sur la poursuite dont il a été l'objet de sa part, il est certain que l'obligation sera éteinte à l'égard de tous comme elle le serait par un paiement réel. Mais en supposant que le débiteur n'ait pas été poursuivi par celui des créanciers qui est devenu son débiteur, pourra-t-il cependant opposer à un autre créancier qui le poursuivrait que sa dette est éteinte par l'effet de la compensation conformément à l'art. 1290?

Dans une législation admettant le régime d'une compensation légale on devrait, ce semble, assimiler sans difficulté la compensation au paiement réalisé, et cependant on en revient à se demander encore si la compensation rentre au nombre des exceptions simplement ou purement personnelles, comme s'il pouvait être question d'exception là où il y a paiement opérant libération *ipso jure* (2)..... Le poursuivant, en effet, ne peut pas se plaindre de ce que, par suite de cette compensation, il se trouve réduit à un recours contre son co-créancier et exposé par conséquent aux risques de son insolvabilité. Un paiement fait par ce dernier l'aurait mis dans la

(1) DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 187.
(2) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 123.

même position. Qu'importe dès lors que le débiteur ait payé ou compensé ? qui compense paie (1). On objecte que chaque cocréancier solidaire n'est mandataire des autres créanciers que pour encaisser effectivement toute la créance ; que par suite la compensation ne peut pas être opposée à l'un des créanciers pour éteindre toute la dette, parce qu'elle nuirait aux autres créanciers, et on conclut que : « La solidarité (active) ne doit et ne peut produire que des effets avantageux à tous. Cela est décisif (2). » Mais c'est méconnaître ouvertement le vrai caractère de la solidarité active qui existe uniquement dans l'intérêt du débiteur, et qui a pour but unique de ramener à l'unité des obligations multiples dans leur principe ; c'est cela qui est décisif.

306. Mais c'est surtout en ce qui concerne les effets de la chose jugée que l'idée de mandat est invoquée. C'est principalement en cette matière que prévaut la formule bizarre dont nous avons déjà parlé : On allègue que les créanciers (et les débiteurs) solidaires sont censés s'être donné mandat pour tout ce qui peut leur être avantageux, et non pour ce qui peut leur nuire. C'est d'après cette idée, véritablement étrange, qu'on prétend résoudre la question de savoir si l'un des créanciers solidaires poursuivant en second peut invoquer le jugement rendu au profit d'un autre ou subir celui qui a été rendu contre un autre créancier. Il faudrait donc appliquer ou non les effets de la chose jugée suivant l'issue du jugement, comme si la portée d'un mandat pouvait se caractériser, non par la nature et l'importance de l'acte à entreprendre, mais par ses résultats ! « Singuliers mandataires qui auraient pouvoir pour gagner et non pour perdre, et qui ne pourraient savoir qu'après coup si, en prenant part

(1) RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 17; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 130 *bis* IV; LAROMBIÈRE, art. 1198, n° 8; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 193.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 268; Comp. DALLOZ, *Répert.*, v° *Oblig.*, n° 1380.

à l'action, ils restaient ou non dans les limites de leur mandat (1) ! » Les partisans de cette singulière doctrine persistent d'ailleurs à considérer toujours la solidarité active comme ayant uniquement sa raison d'être dans l'intérêt des créanciers. « Les créanciers, dit M. Laurent, se donnent un mandat limité par l'intérêt commun ; or si l'intérêt commun exige que chaque créancier puisse recevoir la totalité de la dette, ils n'ont certes pas intérêt à ce que, sur le refus du débiteur, on le poursuive en justice ; c'est à eux de juger ce qui leur importe de faire (2). »

Or, il ne s'agit pas de l'intérêt des créanciers, mais du droit du débiteur. La solidarité entre les créanciers a été stipulée pour donner au débiteur le droit de payer à son choix à l'un ou à l'autre. Ce droit implique celui de contraindre le créancier à recevoir le paiement, de faire des offres pour le tout, de consigner et d'obtenir enfin pour le tout un jugement contre le créancier qui conteste ? La loi ne dit pas, en effet, au débiteur qu'il n'est à son choix de payer le tout à un seul des créanciers que dans le cas où il plaît à ce créancier de le recevoir, et on ne saurait admettre davantage que celui des créanciers à qui il veut faire le paiement, puisse, par mauvais vouloir ou raison d'intérêt, le forcer à appeler tous les autres créanciers. On peut donc soutenir que l'unité d'obligation suffit pour expliquer ce résultat ; on peut admettre que tous les créanciers ensemble sont réputés n'être qu'un seul et unique créancier d'une seule et unique dette (3). Mais la jurisprudence préfère recourir à l'idée de mandat. Elle admet à ce point de vue, que si les créanciers sont mandataires les uns des autres, c'est à cause du débi-

(1) SALEILLES, *loc. cit.*, n° 118 ; Comp. DEMOLOMBE, t. XXVI, n°s 139 et suiv., n°s 366 et suiv.

(2) LAURENT, t. XVII, n° 271 et les autorités citées ; Conf. BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 966.

(3) GIRARDIN, *loc. cit.*, p. 263 ; LAROMBIÈRE, art. 1199, n° 3.

teur; le mandat est intervenu entre eux en présence et à cause du débiteur; c'est pour cela qu'il est irrévocable. Les créanciers sont donc représentés les uns par les autres; quelle que soit l'issue du procès, le jugement sera opposable à tous, sans qu'il y ait à distinguer entre la solidarité active et la solidarité passive, et c'est avec logique, sinon avec raison, que la jurisprudence consacre ce résultat (1).

307. Mais toute solution admise comporte ses conséquences logiques. — Donc, que l'on s'en tienne à l'idée d'unité de l'obligation résultant d'une clause commune à toutes les parties, ou qu'on veuille recourir à l'idée du mandat, il faut toujours reconnaître que la demande d'intérêts de la part de l'un des créanciers, les fera courir au profit des autres (article 1207), et aussi que :

ART. 1199. Tout acte qui interrompt la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers (*).

Mais la suspension de la prescription ne profitera qu'à celui à l'égard duquel existe la cause de cette suspension (2).

C'est dans l'intérêt du débiteur que les créanciers ont été obligés de se constituer en quelque sorte en société, pour que chacun d'eux puisse recevoir, le cas échéant, la totalité du paiement. Donc le paiement reçu par un seul devra être partagé entre tous, en principe par portions égales, et, sauf justification, par portions inégales.

Les auteurs font remarquer qu'il n'y a pour ainsi dire pas d'exemple, dans la pratique, de solidarité active. Cela n'est

(*) Art. 1199. — L. 5, C. 8, 40, *De duob. reis.*

(1) Cass. 1er déc. 1885, D. 86, 1, 251; Cass. 28 déc. 1881, D. 82, 1, 377; Alger, 7 déc. 1885, S. 86, 2, 80; *Contrà*, Alger, 2 janv. 1883, S. 84, 2, 17; MERLIN, *Quest. de Dr.*, v° *Chose jugée*, § 18, n° 1; TOULLIER, t. X, n° 204; PROUDHON, *Usufruit*, t. III, n° 1322; MARCADÉ, sur l'art. 1198; LAROMBIÈRE, art. 1198, n° 15; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 191.

(2) RODIÈRE, n° 26; AUBRY et RAU, § 298 *bis;* LAURENT, t. XVII, n° 264; *Contrà*, DURANTON, t. XI, n° 180; LAROMBIÈRE, art. 1199, n° 3; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 171.

pas surprenant. Ils ont tellement répété que cette solidarité n'intéresse que les créanciers, que les notaires ont fini par le croire, et que ces derniers ne conseillent jamais aux débiteurs de la stipuler. Mais comme elle ne peut que créer des ennuis aux créanciers, ceux-ci ne la stipulent pas davantage. Voilà comment une institution qui pourrait rendre des services se trouve paralysée par l'influence d'une doctrine fausse, et n'en rend aucun.

§ 2. — De la solidarité de la part des débiteurs.

N° 1. — *Solidarité conventionnelle, légale; obligation* in solidum.

308. — Caractère et but de la solidarité passive, art. 1200 et 1201.
309. — Elle ne se présume pas, art. 1202; portée de cette règle.
310. — Suite; application aux condamnations à des dépens.
311. — La solidarité peut résulter de dispositions testamentaires.
312. — Cas de solidarité légale.
313. — *Quid* en cas de délits civils ou de quasi-délits? Controverse sur ce point.
314. — Suite; caractère des obligations *in solidum*.
315. — Résumé et conclusion.

308. Quand il y a plusieurs débiteurs, la solidarité établie entre eux a pour but de réaliser au profit du créancier ou des créanciers l'unité d'obligation :

ART. 1200. Il y a solidarité de la part des débiteurs, lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier (*).

Il faut donc pour que la solidarité existe :

1° Qu'une seule et même prestation soit due;

2° Que chaque débiteur puisse être traité comme s'il était seul, quand il s'agit de l'exercice par le créancier du droit de contrainte.

Mais l'unité de prestation ne met pas obstacle à la diversité des liens :

(*) Art. 1200. — L. 2; L. 3, § 1; L. 11, § 1, D. 45, 2, *De duob. reis;* L. 3, C. 8, 40, *De duob. reis.*

ART. 1201. 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 n'est obligé que conditionnellement, tandis que l'engagement de l'autre est pur et simple, ou si l'un a pris un terme qui n'est point accordé à l'autre (*).

Par conséquent, si l'un des débiteurs s'est obligé sous condition résolutoire, l'accomplissement de la condition ne résoudra l'obligation qu'à son égard, la dette subsistera à l'égard des autres.

De même le lien qui unit l'un des débiteurs au créancier peut être rescindable par suite d'une cause personnelle à l'obligé. Ainsi, l'un des débiteurs a pu être incapable de contracter; mais son incapacité sera sans influence sur la validité de l'engagement des autres. Il n'est pas non plus nécessaire que chacun des débiteurs doive autant que l'autre. Ainsi l'un d'eux peut devoir 10, par exemple, et le second n'être tenu solidairement avec lui qu'à concurrence de 5 (1).

Les deux circonstances plus haut signalées suffisent pour l'existence de la solidarité. La loi en ajoute cependant une troisième; elle établit entre les débiteurs solidaires une sorte de société expliquant l'exercice des recours auxquels peut donner lieu le paiement, effectué par un seul.

309. Le principe général qui domine la matière est celui-ci:

ART. 1202. La solidarité ne se présume point; il faut qu'elle soit expressément stipulée. — Cette règle ne cesse que dans le cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi (**).

La *stipulation expresse* de solidarité ne requiert pas de vocables spéciaux. Mais si l'expression même de solidarité n'est pas employée, il faut tout au moins que les termes dont les parties se seront servis rendent l'idée de solidarité; c'est ce qui aurait lieu au cas où il serait déclaré, par exemple, que

(*) Art. 1201. — L. 7; L. 9, § 2, D. 45, 2, *De duob. reis.*
(**) Art. 1202. — L. 6, in pr., L. 8, L. 11, § 2, D. 45, 2, *De duob. reis.*
(1) LAROMBIÈRE, art. 1200, n° 2; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 202.

les débiteurs s'engagent conjointement avec renonciation à tout bénéfice de division et de discussion (1).

Il n'y a pas de disposition qui soit plus claire que celle de l'art. 1202, il n'y en a pas dont les termes prêtent moins à équivoque, et cependant il n'y en a pas qui soit plus ouvertement méconnue par une jurisprudence que rien ne semble pouvoir modérer.

De ce que la solidarité doit être *expressément stipulée*, il suit qu'il ne saurait y avoir de solidarité tacite résultant :

Soit de l'intention des parties,

Soit de la nature des choses,

Soit d'un devoir commun.

L'intention de s'obliger solidairement ne saurait résulter de la condition respective des parties intéressées :

Ainsi il a été décidé avec raison que la femme mariée qui, en se reconnaissant avec son mari débitrice d'une somme d'argent, fait suivre le *bon pour* de l'indication de la somme entière, ne saurait, à défaut de tout autre mention, être présumée s'obliger solidairement avec son mari, et par suite n'est tenue que de la moitié de la dette (2). Mais la preuve de l'intention exprimée de s'obliger solidairement peut être faite selon le droit commun. Elle peut notamment résulter d'un commencement de preuve par écrit complété par des présomptions graves, précises et concordantes (3). Il va sans dire que le commencement de preuve par écrit doit s'appliquer à la solidarité alléguée et non pas seulement à la dette elle-même.

Il n'y a pas non plus de situation particulière qui, en dehors de toute stipulation formelle, permette de présumer la soli-

(1) Grenoble, 20 janv. 1830, DALLOZ, *Répert.*, v° *Oblig.*, n° 3538, 1°, LAURENT, t. XVII, n° 281.

(2) Douai, 20 mars 1882, D. 83, 2, 20.

(3) Cass. 7 juin 1882, D. 83, 1, 174.

darité comme résultant de la nature des choses, par exemple d'une copropriété ou mitoyenneté. Ainsi l'entrepreneur qui sous les ordres d'un expert commis par justice, a reconstruit un mur mitoyen, n'a pas pour le paiement de ses travaux une action solidaire contre les deux propriétaires: il n'a d'action personnelle contre chacun d'eux que pour la part proportionnelle à son droit et à l'importance des travaux opérés dans son intérêt exclusif (1).

Enfin, la circonstance que deux personnes traitent ensemble pour assurer l'exécution d'un devoir qui leur est commun ne saurait donner à leur engagement un caractère solidaire (2). Il s'agit par exemple de parents qui s'obligent pour l'éducation de leur fils. Comment a-t-on pu juger qu'en pareil cas il devait y avoir solidarité *sans aucune stipulation expresse?* Mais c'est précisément pour des cas analogues que l'art. 1202 a déclaré que la solidarité *ne se présume point* et doit être *expressément stipulée*... La règle n'avait besoin d'être formulée que pour les hypothèses où il pouvait y avoir quelque doute. Si au lieu du père et de la mère traitant pour l'exécution de leur obligation commune, il s'était agi de deux bienfaiteurs voulant procurer l'éducation à un enfant qui leur est étranger, la pensée qu'ils pourraient être tenus solidairement ne viendrait évidemment à personne. Il faut remarquer en effet, que l'art. 1202 n'introduit dans la réalité juridique aucune situation nouvelle. La règle générale étant la division des dettes, il va de soi que, sauf en cas de solidarité légale, il ne peut y avoir d'exception à cette division qu'en vertu d'une clause spéciale dans la convention. Cette clause spéciale aurait donc toujours été nécessaire, quand même l'article 1202 n'aurait pas été édicté, et elle demeurerait toujours

(1) Paris, 15 janv. 1876, D. 77, 2, 7; Cass. 23 juin 1851, S. 51, 1, 603; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 227; LAURENT, t. XVII, n° 283.
(2) Voy. LAURENT, t. XVII, n° 284.

nécessaire quand même l'art. 1202 viendrait à être supprimé. Donc la seule utilité de l'art. 1202 consiste à empêcher de présumer la solidarité dans certaines circonstances extrêmement favorables, où l'esprit serait porté à l'admettre à cause de la nature des situations ou de l'existence d'un devoir commun. La même solution doit être admise en matière commerciale (1).

310. La clause de solidarité ne peut donner à l'obligation le caractère d'indivisibilité. Il ne saurait y avoir de difficulté sur ce point. La solidarité ne doit pas être confondue avec l'indivisibilité. Cependant le style des arrêts, à cet égard, n'est pas toujours parfaitement correct. Ainsi il a été décidé que les juges ne pouvaient condamner solidairement plusieurs héritiers au paiement d'une dette héréditaire *divisible* de sa nature, sans donner aucun motif du chef de la solidarité (2). Cela semble dire qu'il pourrait en être autrement, c'est-à-dire qu'une condamnation solidaire pourrait être prononcée en cas d'indivisibilité. Il est certain d'ailleurs que l'arrêt qui prononcerait la solidarité sans indiquer sur quelle base repose la solidarité devrait être cassé (3). Cela est surtout vrai quand la solidarité est prononcée pour les dépens, alors qu'il n'y a pas condamnation solidaire sur le fond. La jurisprudence admet en effet, que les dépens peuvent être dus solidairement quand ils sont alloués à titre de dommages-intérêts ou en cas de fraude commune (4); l'arrêt doit alors énoncer les motifs spéciaux de la décision (5).

Mais nous pensons au contraire que, la solidarité ne se présumant pas, le juge ne peut, en l'absence d'un texte, pro-

(1) LAURENT, t. XVII, n° 285 et la note.
(2) Cass. 11 fév. 1889, S. 89, 1, 201; Comp. Cass. 14 juin 1887, D. 88, 1, 19.
(3) Cass. 17 juill. 1889, *Pand. fr.*, 90, 1, 169.
(4) Cass. 22 mars 1882, D. 82, 1, 285.
(5) Cass. 22 oct. 1888, S. 89, 1, 7; Cass. 5 juin 1882, D. 83, 1, 173.

noncer la solidarité pour les dépens, alors même qu'au principal interviendrait une condamnation solidaire. Les dépens ne doivent pas en effet être considérés comme l'accessoire de l'obligation principale ; ils constituent une obligation nouvelle dont l'exécution solidaire ne peut être demandée que dans les limites de l'art. 1202 (1).

311. L'expression *stipulée* dont se sert le texte semble se référer uniquement aux obligations conventionnelles. Mais on ne peut douter que la solidarité ne puisse aussi résulter d'une disposition testamentaire par laquelle les héritiers seraient obligés solidairement à la prestation d'un legs (2). De même plusieurs légataires pourraient se trouver soumis par une clause spéciale à l'accomplissement solidaire de certaines prestations. Aucune solidarité n'existe d'ailleurs entre les divers légataires, notamment en ce qui touche le paiement des honoraires du dépôt du testament (3).

312. La règle que la solidarité doit être stipulée cesse d'après les termes mêmes de l'art. 1202, dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

Ces cas sont les suivants :

1° Lorsqu'une veuve contracte un second mariage, son nouveau mari est solidairement responsable avec elle des suites de la tutelle que lui aurait conservée le conseil de famille, ou qu'elle aurait indûment gérée à défaut de convocation du conseil (art. 395, 396). Voy. t. III, n°s 275, 278;

2° Les exécuteurs testamentaires sont solidairement responsables du compte du mobilier dont le testateur leur a donné la saisine (art. 1033). Voy. t. VI, n° 365;

(1) Trib. Bruxelles, 4 mars 1885, *Pas.*, 85, 3, 82; Comp. Cass. belge, avr. 1883, *Pas.*, 83, 1, 104.

(2) POTHIER, *Oblig.*, n° 269.

(3) Trib. Vienne, 6 nov. 1886; trib. Fontainebleau, 23 juin 1887, S. 88, 2, 174.

3° Sous le régime de la communauté d'acquêts, le mari qui autorise l'acceptation par sa femme d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière échue à cette dernière, et qui ne fait pas dresser d'inventaire, est légalement obligé à la totalité des dettes, et au paiement solidaire du capital et des intérêts réclamés par les créanciers ainsi que des dépens de l'instance (arg. art. 1419) (1);

4° Le subrogé-tuteur qui n'a pas obligé le conjoint survivant à faire inventaire des biens de la communauté, est solidairement tenu avec lui de toutes les condamnations qui pourront être prononcées au profit des enfants mineurs (art. 1442);

5° Lorsque plusieurs personnes ont emprunté conjointement la même chose, elles sont solidairement responsables envers le prêteur (art. 1887);

6° Lorsqu'un mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune de ces dernières est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (art. 2002);

7° Les cohéritiers sont tenus solidairement des droits de mutation. L. 22 frim. an VII, art. 32. Cette solidarité s'étend non seulement au droit simple, mais encore au demi-droit en sus et au double droit encourus pour déclaration tardive ou omission (2);

8° Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société (art. 22, C. com.). Différemment, un tribunal ne saurait condamner solidairement les fondateurs d'une société envers les tiers, sans s'expliquer sur la commercialité de la société, et sans constater que les fondateurs ont pris vis-à-vis des tiers un engagement solidaire (3);

(1) Cass. 23 avr. 1888, S. 89, 1, 25.
(2) Trib. Villefranche, 2 fév. 1882, D. 83, 5, 248.
(3) Cass. 7 avr. 1886, S. 89, 1, 463.

9° Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change ou un billet à ordre, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur (art. 140, 187, C. com.).

Mais les souscripteurs non-commerçants d'un billet à ordre causé : *valeur reçue en espèces*, ne sont pas, en l'absence d'une stipulation expresse, tenus solidairement (1). Cependant, le cautionnement donné par un non-commerçant sur un billet à ordre souscrit par un autre non-commerçant même pour une cause non commerciale, vaut comme *aval* et emporte, par suite, de plein droit solidarité, dès que ce billet à ordre a revêtu un caractère commercial, à raison de son endossement par un commerçant au profit d'un autre commerçant (2).

10° Les propriétaires de chèvres conduites en commun sont solidairement responsables des dommages qu'elles causent (L. 4 avril 1889, art. 3) ;

11° Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais (art. 55, C. P.).

313. Il importe de remarquer que la solidarité prononcée par l'art. 55 du Code pénal contre les auteurs d'un même crime ou d'un même délit n'a été étendue par aucun texte aux auteurs de délits civils ou de quasi-délits (art. 1182 à 1186). Mais une jurisprudence absolument arbitraire et impossible à justifier, décide invariablement : non seulement que la personne déclarée civilement responsable des suites d'un délit doit être condamnée solidairement avec l'obligé principal (3), mais encore que dans le cas de faute commune à plusieurs personnes, la condamnation aux dommages-intérêts

(1) Trib. civ. Saint-Étienne, 24 sept. 1891, *Pand. fr.*, 92, 2, 231.
(2) Cass. 16 janv. 1888, *Pand. fr.*, 1888, 1, 129.
(3) Cass. 6 mars 1890, *Pand. fr.*, 90, 1, 538.

doit être prononcée solidairement contre tous les individus responsables (1), et que le lien de solidarité existant entre eux donne à chacun le droit d'invoquer le bénéfice d'une transaction obtenue par l'un de ses coobligés (2).

Enfin on décide que les individus acquittés peuvent être soumis à des dommages envers la partie civile, solidairement avec ceux qui ont été condamnés.

Le principal argument ou plutôt la principale considération alléguée à l'appui de cette jurisprudence, c'est qu'il y a presque toujours impossibilité à déterminer la part exacte de responsabilité qui revient à chacun de ceux qui ont concouru à la faute commune (3). En cas de fautes particulières et distinctes, la difficulté ne naîtrait même pas (4).

Cette impossibilité de détermination aboutit, selon quelques auteurs, par la force même des choses, à créer des cas d'obligations *in solidum*, dans lesquels chacun des débiteurs peut être contraint de payer la totalité, le paiement fait par un seul libérant d'ailleurs les autres envers le créancier (5).

Cette solution mal présentée paraît d'abord vulnérable ; le débiteur poursuivi aura-t-il en effet un recours contre ses codébiteurs? « La justice et l'équité, déclare M. Laurent, veulent qu'il ait un recours; pourquoi lui seul paierait-il le tout alors qu'il y a d'autres obligés qui sont également tenus de toute la dette? Il a un recours; la dette se divisera entre les codébiteurs; que devient donc l'indivisibilité de la

(1) Cass. 27 mars 1888, *Pand. fr.*, 89, 1, 105; Cass. 18 nov. 1885, S. 89, 1, 55.

(2) Cass. 2 juill. 1888, *Pand. fr.*, 89, 1, 32.

(3) Cass. 22 juill. 1891, D. 92, 1, 335; Cass. 15 janv. 1878, D. 78, 1, 152.

(4) Douai, 4 mai 1891, D. 93, 2, 39.

(5) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 135 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVI, n°s 280 *bis* et suiv., 295, 303, 305; RODIÈRE, *loc. cit.*, n°s 49 et suiv.; Comp. AUBRY et RAU, § 298 *ter*.

responsabilité sur laquelle se fonde l'obligation *in solidum?* Si le débiteur a un recours divisé, pourquoi le créancier n'aurait-il pas une action divisée? Et s'il a une action divisée, pourquoi refuse-t-on au débiteur poursuivi le droit de mettre ses codébiteurs en cause pour faire diviser la condamnation? la contradiction est patente, et ici l'on touche du doigt que les auteurs (et la jurisprudence) font la loi au lieu de se borner à l'interpréter (1). »

Cette argumentation n'est réellement démonstrative que pour le cas où la prétendue impossibilité de déterminer la part de responsabilité de chacun n'est qu'apparente. Or, il en sera ainsi chaque fois qu'on admettra de la part de celui qui a payé un recours pour une portion quelconque contre les autres. Mais chaque fois qu'il en sera ainsi, nous soutenons que l'on sort de l'hypothèse envisagée pour rentrer dans la règle générale d'après laquelle toute dette qui a pour objet une chose divisible se divise par parts égales d'après le nombre des débiteurs.

314. L'argumentation de M. Laurent est, au contraire, sans force pour tous les cas où il y a véritablement impossibilité de déterminer la part de responsabilité de chacun. Dans ce cas il y a autant d'obligations distinctes qu'il y a d'individus obligés ; chacun est tenu *in solidum* de sa propre obligation, voilà pourquoi il doit l'acquitter pour le tout. Mais l'objet de chaque obligation est le même pour tous les obligés, et le créancier ne peut l'obtenir qu'une fois. Voilà pourquoi celui qui a payé l'obligation l'ayant uniquement payée comme sienne ne peut exercer aucun recours contre les autres. L'erreur de M. Laurent, comme celle des auteurs dont il combat la doctrine, consiste à raisonner comme si celui qui a payé devait avoir un recours. Or le propre de l'obligation *in solidum*, c'est de ne pas comporter de recours de la part

(1) LAURENT, t. XVII, n° 321.

de celui qui l'a acquittée. Supposons en effet que deux individus, Primus et Secundus, aient commis ensemble un fait dommageable dans des conditions où il est véritablement impossible de déterminer la part de responsabilité de chacun. Il est certain que si Primus eût été seul, la victime du dommage aurait eu contre lui une action, pour le tout, en réparation du préjudice causé. Comment cette responsabilité *in solidum* pourrait-elle être amoindrie par cette circonstance qu'une responsabilité absolument semblable a été encourue par Secundus? En réalité Primus et Secundus ont assumé, chacun, une obligation distincte et séparée. Or l'objet de l'obligation de l'un est précisément l'objet de l'obligation de l'autre, c'est-à-dire la réparation du préjudice causé. Mais il va de soi que le créancier ne peut recevoir qu'une fois cette réparation, car tout ce qu'il recevrait en sus ne correspondrait plus à une perte subie. Donc tout ce qu'il recevra de l'un viendra, par le fait, diminuer et, le cas échéant, éteindre la dette de l'autre. Mais celui qui a payé n'a pas payé une dette commune, il a payé comme sienne une dette qui a toujours été sienne pour le tout, et qui ne s'est jamais composée de la dette d'un autre. Donc il n'y a aucune base juridique au recours qu'il pourrait vouloir exercer. C'est du reste ce qui a lieu dans le cas, souvent cité, de deux personnes qui, par deux actes séparés ne se rattachant par rien l'un à l'autre, se sont rendues cautions de la même dette vis-à-vis du même créancier. Chacune des deux cautions est tenue *in solidum*, et le paiement fait par l'une libère l'autre. Il en est encore ainsi de toutes les créances *d'indemnité* (Voy. ci-dessus, nos 110 et 111). Si un individu fait assurer sa chose par plusieurs, il ne pourra recevoir qu'une seule indemnité, et le paiement fait par un assureur libérera tous les autres, et cela sans recours, du moins en principe.

C'est là d'ailleurs le caractère propre des obligations que la doctrine désigne généralement sous le nom d'obligations

in solidum, quoiqu'il y ait quelques divergences sur la manière de les envisager. Il est facile de les distinguer des obligations solidaires proprement dites. Dans les cas de solidarité il y a eu d'abord plusieurs obligations conjointes, et qui seraient demeurées conjointes, si un lien artificiel dérivant soit de la convention, soit de la loi n'était venu les réunir pour les ramener au type d'une obligation unique.

Au contraire dans les cas d'obligations *in solidum* il y a toujours eu des obligations distinctes et qui sont demeurées telles. Pour chaque obligation il est vrai de dire que le débiteur est toujours tenu *in solidum ;* c'est même ce que dit l'art. 1220 quand il déclare que entre le créancier et le débiteur l'obligation, même susceptible de division, doit être exécutée pour le tout. Mais il peut se faire que plusieurs obligations distinctes coexistent à la charge de plusieurs débiteurs également distincts, et que ces diverses obligations aient, en fait, la même prestation pour objet, sans qu'il y ait d'ailleurs solidarité, quant au lien, ni indivisibilité dans la prestation. C'est ce qui a lieu pour les frais d'instruction des enfants communs, dont la charge pèse en même temps sur les deux conjoints (1) (Voy. t. II, n° 190). Cette circonstance de l'*identité de prestation* n'apporte aucun changement dans la situation respective des parties. Chacun des débiteurs demeure ce qu'il était ; celui dont la dette a pris naissance la première, était d'abord tenu *in solidum* du paiement de sa dette, ce qui n'avait pas besoin d'être remarqué, mais il demeure tenu *in solidum* même quand la deuxième, la troisième dette, etc., commencent à apparaître avec la même prestation pour objet. L'identité de prestation n'amène aucune division dans aucune des dettes qui coexistent avec le même objet. Tel est l'unique sens de la formule : *obligatio in solidum.*

315. Nous dirons donc pour résumer toute cette discussion :

(1) Paris, 26 avr. 1892, D. 93, 2, 176.

1° Que, malgré une jurisprudence dont la direction ne paraît pas devoir changer, il n'y a pas solidarité légale en matière de délits civils ou de quasi-délits; du reste le législateur a déjà consacré implicitement cette solution en déclarant solidairement responsable du dommage causé, les propriétaires des chèvres conduites en commun (L. 4 avril 1889, art. 3), alors que cela eût été inutile si la jurisprudence de la Cour de cassation sur les effets d'une faute commune avait paru fondée;

2° Qu'en pareille matière il ne peut y avoir lieu, le cas échéant, qu'à l'application des règles concernant l'*obligatio in solidum;*

3° Que la solidarité légale ne peut exister qu'en vertu d'une disposition expresse et de stricte interprétation;

4° Que, dans les cas où cette disposition n'est pas d'ordre public ou d'intérêt général, les parties intéressées peuvent y déroger; néanmoins lorsqu'un engagement a été pris solidairement envers une commune, sous l'approbation de l'autorité compétente, il ne peut y être porté atteinte par des dérogations tacites;

5° Qu'enfin, le débiteur étant toujours fondé à repousser la solidarité lorsqu'elle ne résulte contre lui ni de la loi, ni de la convention, le juge d'appel ne peut maintenir une condamnation solidaire prononcée contre le débiteur, sous prétexte qu'il n'a aucun intérêt à la contester (1).

N° 1. — *Des effets de la solidarité dans les rapports des codébiteurs avec le créancier.*

316. — Droit de contrainte existant contre chaque débiteur, articles 1203, 1204.

317. — Faute ou mise en demeure d'un seul ou de plusieurs des coobligés; perte de la chose, art. 1205.

318. — Du prétendu mandat supposé entre les débiteurs dans l'intérêt du créancier.

(1) Cass. 30 janv. 1889, D. 89, 1, 310.

319. — Interruption de la prescription résultant de poursuites contre un seul, art. 1206.
320. — Du cours des intérêts, art. 1207.
321. — De l'appel fait par le créancier contre un seul des débiteurs. Mandat réciproque pour rendre leur condition meilleure, admis par la jurisprudence entre les coobligés, différent du mandat dont il a déjà été parlé.
322. — Exceptions que peut proposer le débiteur poursuivi, art. 1208; exceptions communes et purement personnelles.
323. — Exceptions simplement personnelles; remise de la dette; confusion, art. 1209.
324. — Du paiement et de la consignation.
325. — De la novation et du serment.
326. — De la remise expresse de la solidarité, art. 1210.
327. — Remise tacite de la solidarité, art. 1211.
328. — De la chose jugée avec l'un des débiteurs solidaires.
329. — Suite. Résumé sur la question.
330. — Comment on a été conduit à imaginer une solidarité parfaite et une solidarité imparfaite.
331. — Réfutation de cette théorie.

316. Les effets de la solidarité dans les rapports des créanciers avec le débiteur dérivent uniquement de l'unité à laquelle se trouvent ramenées les obligations qui, sans cela, auraient coexisté d'une manière simplement conjointe. Mais il faut souligner que cette unité dérive d'une clause commune à toute les parties, et c'est cette clause qui contient toutes les conséquences que l'on prétend, bien à tort, faire dériver du singulier mandat dont nous avons déjà parlé à propos de la solidarité active.

C'est d'abord en vertu de cette clause de solidarité que chaque débiteur est tenu pour le tout comme s'il était seul obligé.

ART. 1203. Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division (*).

ART. 1204. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres (**).

(*) Art. 1203. — L. 3 § 1, D. 45, 2, *De duob. reis.*
(**) Art. 1204. — L. 28, C. 8, 41, *De fidej. et mand.*

Tout cela suppose que les codébiteurs sont obligés de la même manière. Si quelques-uns d'entre eux sont obligés à terme ou sous condition, le créancier pourra agir seulement contre ceux à l'égard desquels la dette est exigible.

Le débiteur poursuivi peut d'ailleurs demander un délai pour appeler en cause les autres débiteurs, pour faire statuer, par un seul et même jugement, sur la demande du créancier et sur le recours qu'il a le droit de former contre ses codébiteurs (art. 1214, C. C., 175, 183, C. pr. civ.) (1). Les autres débiteurs non poursuivis peuvent, de leur côté, intervenir dans la poursuite pour la défense et la conservation de leurs intérêts.

Après avoir poursuivi l'un des débiteurs, le créancier peut encore poursuivre les autres. Il n'en serait autrement que si les actes de poursuite ou d'exécution constatés et appréciés par les juges du fait, impliquaient une renonciation certaine (2).

Le codébiteur poursuivi ne peut opposer le bénéfice de division. Il s'agit de la faculté qui appartient aux diverses cautions d'une même personne et pour la même dette, d'exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chacune d'elles, sauf contribution de leur part dans les insolvabilités actuelles (art. 2026).

La clause de solidarité a pour but, en effet, de garantir au créancier la possibilité d'obtenir le paiement de la totalité de sa créance, en une seule fois sans fractionnement et sans multiplication de poursuites; elle est donc forcément exclusive du bénéfice de division quoique elle ait pour résultat de rendre les codébiteurs solidaires cautions les uns des autres (3). C'est pour ce motif que le législateur a cru devoir

(1) Tous les auteurs; *Contrà*, LAURENT, t. XVII, n° 297.
(2) Cass. 13 mars 1889, S. 89, 1, 263.
(3) BAUDRY-LACANTINERIE, II, n° 971.

s'expliquer sur ce point, et aussi pour éviter certaines difficultés qui s'étaient produites dans l'ancien droit.

Le créancier peut donc agir contre l'un quelconque des débiteurs solidaires comme si ce dernier était seul. L'action doit donc produire au profit du créancier, par rapport à la prestation due considérée en elle-même, tous les effets qu'elle produirait s'il n'y avait qu'un débiteur et une prestation due. Ces effets doivent être subis pour le tout par chacun des débiteurs, suivant le choix que fera le créancier, non pas en vertu d'un mandat réciproque supposé échangé entre eux, mais uniquement en vertu de la clause de solidarité dont c'est précisément l'économie et le but.

317. Le créancier peut donc *s'adresser*, comme le dit l'article 1203, à celui des débiteurs qu'il veut choisir, de la même façon qu'il pourrait s'adresser à une caution, et l'acte quel qu'il soit, par lequel il se sera *adressé* à l'un d'eux, acte de mise en demeure, acte de poursuite, ajournement, citation, etc., devra produire ses effets utiles *pour le tout*, et par conséquent *vis-à-vis de tous*. S'il en était autrement les effets de l'acte seraient *divisés* contrairement au but final de la clause de solidarité.

Voyons d'abord ce qui concerne les effets de la mise en demeure ou de la faute de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, quand il s'agit d'un corps certain qui a péri.

Si la perte de la chose a eu lieu par cas fortuit avant qu'aucun des débiteurs ait été mis en demeure, tous les débiteurs sont libérés (art. 1302).

Si la chose a péri par le fait de tous les codébiteurs, ou alors qu'ils étaient tous en demeure, il ne saurait y avoir de difficulté, tous les codébiteurs seront responsables vis-à-vis du créancier.

Mais que fallait-il décider pour le cas où la chose a péri par la faute ou pendant la demeure d'un seul ou de quelques-uns des codébiteurs ?

Parlons d'abord du cas où la chose a péri par la faute d'un seul. Etait-il possible de déclarer libérés les codébiteurs de celui par la faute de qui la chose due a péri? — Évidemment non, car c'eût été enlever au créancier la faculté de *s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir* (art. 1203), c'eût été admettre que le créancier peut être privé de ce choix par la faute de l'un de ses débiteurs ; de sorte que ce que ne pourrait pas faire l'un de ses débiteurs par un moyen licite, il pourrait le faire en commettant une faute!

Le créancier d'un corps certain pourra donc opposer à tous la faute d'un seul. Celà voudrait-il dire que le débiteur, en commettant la faute qui a fait périr la chose, a représenté les autres codébiteurs comme un préposé ou mandataire représente ses mandants? Évidemment non ; il s'agit tout simplement d'appliquer la clause de solidarité : chaque codébiteur a dit au créancier : vous pourrez me traiter comme si j'étais seul; je pourrai être libéré par l'effet d'un cas fortuit, ou d'une force majeure, mais je prends tous les autres risques à ma charge, et par conséquent vous pourrez me les opposer, d'où qu'ils proviennent.

Passons au cas où la chose a péri pendant la demeure d'un seul. Était-il possible de déclarer libérés les codébiteurs de celui pendant la demeure duquel la chose due a péri?

Évidemment non : car c'eût été imposer au créancier, pour éviter un tel résultat, l'obligation de mettre tous les codébiteurs en demeure; il n'eût plus été vrai de dire que le créancier peut utilement *s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir* (art. 1203). Dans l'espèce il s'est adressé à un seul; la loi lui garantit l'efficacité contre tous de cet acte unique; il n'a stipulé la solidarité que dans ce but; il doit donc pouvoir opposer à tous la mise en demeure d'un seul d'entre eux. Cela voudrait-il dire que chaque codébiteur est responsable vis-à-vis du créancier des suites de la mise

en demeure de l'un de ses codébiteurs, comme le serait un mandant de la mise en demeure de son préposé? Évidemment non : la clause de solidarité suffit encore pour expliquer ce résultat, et il est oiseux de faire intervenir l'idée de mandat, alors surtout que, suivant l'opinion qui prévaut dans la doctrine, il faut appliquer toutes ces solutions dans les cas de solidarité légale, c'est-à-dire dans des hypothèses où la supposition même d'un mandat réciproque entre les coobligés est contraire à la réalité des faits.

Il fallait donc décider que, dans la situation envisagée, où la chose due a péri, les codébiteurs sont responsables de la faute ou de la demeure de leur coobligé.

C'est ce qui a été décidé par la loi :

ART. 1205. Si la chose due a péri par la faute ou pendant la demeure de l'un ou de plusieurs des débiteurs solidaires, les autres codébiteurs ne sont point déchargés de l'obligation de payer le prix de la chose; mais ceux-ci ne sont point tenus des dommages et intérêts. — Le créancier peut seulement répéter les dommages et intérêts tant contre les débiteurs par la faute desquels la chose a péri, que contre ceux qui étaient en demeure (*).

On voit cependant que le législateur n'a pas adopté pour les dommages-intérêts la même solution que pour le prix de la chose. Il peut se faire, en effet, que le créancier ait souffert par suite de la perte de la chose, un préjudice supérieur à la valeur de la chose elle-même, et pour lequel il ait droit à des dommages-intérêts. Mais cela n'empêche pas que les dommages réunis au prix de la chose représentent pour le créancier l'intérêt qu'il avait à ce que l'obligation fût exécutée; ils représentent en un mot le montant de sa créance qu'il ne recevra pas en entier s'il peut seulement réclamer la valeur de la chose. Il fallait donc adopter pour les dommages-intérêts la même solution que pour l'estimation de la chose.

318. Les auteurs font remarquer à ce sujet que l'art. 1205

(*) Art. 1205. — L. 18, D. 45, 2, *De duob. reis;* L. 173 § 2, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*

n'est que l'application d'une règle qui serait la base de toutes la solidarité, et d'après laquelle les codébiteurs solidaires seraient mandataires les uns des autres *ad conservandam et perpetuandam, non ad augendam obligationem*. Mais tout en admettant cette règle ils la jugent fort sévèrement, et l'un d'eux s'exprime ainsi :

« Sur cette application de la règle et sur la règle elle-même, il y aurait beaucoup à dire. Elle a été formulée par Dumoulin pour concilier deux lois romaines qui peuvent parfaitement, paraît-il, et avec avantage, se passer de ce secours. D'un autre côté envisagée en elle-même et abstraction faite de cette origine qui la discrédite un peu, la règle est loin d'être à l'abri de la critique. Malgré cela Pothier l'a admise, probablement sans un examen suffisant, et les rédacteurs du Code l'ont acceptée de confiance de la main du maître. Le législateur de l'avenir la supprimera peut-être (1). »

Mais est-il certain que les rédacteurs du Code ont voulu consacrer la règle d'après laquelle les codébiteurs solidaires seraient mandataires les uns des autres *ad conservandam et perpetuandam, non ad augendam obligationem ?* On pourrait le soutenir s'il n'était pas possible de rendre compte, par d'autres motifs, des dispositions du Code que l'on présente comme étant des applications de cette prétendue règle qui d'ailleurs, comme nous le verrons bientôt, est repoussée par la Cour de cassation.

Or nous avons vu que la clause de solidarité envisagée comme intervenue entre chaque débiteur et le créancier, suffit pour rendre chacun des débiteurs garant personnel de l'exécution de l'obligation entière, en une seule fois et sans multiplicité de poursuites. Puisque chaque débiteur devient ainsi une sorte de caution, comme nous l'avons déjà fait

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, II, n° 973 ; — LAURENT, t. XVII, n° 311 et les autorités citées.

remarquer, il est tout à fait inutile de recourir à l'idée de mandat pour expliquer un tel résultat. Cela est si peu nécessaire que, d'après l'art. 2014, on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et *même à son insu!*

319. Chaque codébiteur solidaire est donc à la fois débiteur principal pour son compte et caution à l'égard des autres. Or, d'après l'art. 2250, l'interpellation faite au débiteur principal ou sa reconnaissance, interrompt la prescription contre la caution;

Donc :

ART. 1206. Les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous (*).

Comment pourrait-il en être autrement? chaque débiteur a reconnu au créancier le droit de s'adresser à lui, *sans multiplicité de poursuites*. Cela veut dire que chaque débiteur a consenti à recevoir le contre-coup, même d'une poursuite dirigée contre un autre coobligé; car s'il ne pouvait subir les effets que d'une poursuite dirigée personnellement contre lui-même, il en résulterait que le créancier serait tenu, pour sauvegarder son droit, d'agir en même temps contre tous, ce qui serait la négation même de la solidarité. Mais pour expliquer cela, où est la nécessité de recourir à l'idée du mandat?...

Il faudra cependant tenir compte des événements qui peuvent se produire. Si l'un des débiteurs vient à mourir ne laissant qu'un héritier, le créancier interrompra la prescription en agissant contre lui. Si le débiteur laisse plusieurs héritiers la dette se trouvera divisée entre eux, et si le créancier veut interrompre la prescription pour le tout, il devra poursuivre tous les héritiers ou l'un des codébiteurs survivants. C'est ce que décide l'art. 2249 qui sera plus amplement expliqué quand nous parlerons de la prescription.

(*) Art. 1206. — L. 5, C. 8, 40, *De duob. reis.*

320. De ce que par la clause de solidarité chaque débiteur s'est rendu garant envers le créancier de l'exécution de l'obligation entière, *sans multiplicité de poursuites*, de ce qu'il a ainsi consenti à subir, comme nous venons de le dire, le contre-coup d'une poursuite dirigée contre un autre coobligé, il suit encore que :

ART. 1207. La demande d'intérêts formée contre l'un des débiteurs solidaires fait courir les intérêts à l'égard de tous.

« Une dette qui ne porte pas intérêts, dit M. Laurent, est aggravée quand, par le fait de l'un des débiteurs, elle devient productive d'intérêts; la disposition de l'art. 1207 ne se concilie pas avec la théorie du mandat (1). » Cela nous paraît évident puisqu'il n'y a pas mandat; mais elle se concilie avec la nôtre, puisque si elle n'existait pas un créancier qui a stipulé la solidarité précisément pour éviter la nécessité de poursuites multiples, se verrait néanmoins obligé d'agir contre tous les débiteurs pour faire courir les intérêts à son profit.

321. Ainsi donc, en vertu du principe de l'unité d'obligation dont l'efficacité est garantie au créancier par chaque codébiteur, le créancier en agissant contre un seul des débiteurs, pourra les mettre tous en demeure, interrompre la prescription et faire courir les intérêts à l'égard de tous.

Le créancier pourra donc, en première instance, ne citer qu'un seul débiteur, sans perdre pour cela le droit de poursuivre les autres. Comme il ne peut pas avoir en appel moins de droits qu'en première instance, il doit pouvoir procéder de même en appel. En interjetant l'appel en temps utile vis-à-vis d'un seul des débiteurs, il a, par là même, tout remis en question, et cet appel suffit pour mettre le créancier à l'abri de toute déchéance, et il est impossible d'induire de son silence vis-à-vis des autres débiteurs aucune présomption, d'acquiescement, puisque tous ces débiteurs, on le suppose, n'avaient invoqué, en première instance que des exceptions

(1) T. XVII, n° 310.

communes : « Nous admettons d'ailleurs facilement, conclut Rodière en traitant la question, la présomption de mandat d'un débiteur aux autres, quand il ne s'agit pour le créancier que d'éviter une perte ou une déchéance (1). »

Dans notre théorie on n'a pas besoin de recourir à l'idée d'un tel mandat pour expliquer comment l'appel interjeté en temps utile contre un seul des débiteurs solidaires interrompt les délais vis-à-vis des autres, et relève l'appelant de toute déchéance. Mais nous reconnaissons volontiers que si la notion d'un mandat *ad conservandam et perpetuandam obligationem* dans l'intérêt du créancier, avait un fondement juridique quelconque, ce serait le cas ou jamais d'en faire l'application. Or ce prétendu mandat existe si peu, que la Cour de cassation après en avoir plusieurs fois proclamé le principe, paraît avoir aujourd'hui oublié en quoi il consiste, ou tout au moins l'a répudié pour donner la préférence à ce mandat hybride dont nous avons déjà parlé, d'après lequel les codébiteurs se représentaient les uns les autres pour tout ce qui peut leur être avantageux à eux-mêmes, mandat tout différent et produisant des effets diamétralement opposés.

Nous croyons devoir reproduire textuellement la notice du dernier arrêt rendu sur la question :

« Bien qu'un arrêt ait déclaré recevable un appel reconnu tardif interjeté contre un débiteur solidaire plus de deux mois après la date de la signification du jugement de première instance, en se fondant sur ce motif que l'appel formé contre deux autres codébiteurs solidaires était régulier comme ayant été interjeté dans les délais fixés par la loi, cet arrêt a pu, sans fournir d'autres explications, tenir cette régularité pour constante, en l'absence de conclusions prises devant la cour d'appel pour contester la régularité des appels formés contre les deux derniers intimés.

(1) *Loc. cit.*, n° 113.

« Mais de la régularité des appels formés contre ceux-ci, il ne saurait résulter que l'appelant soit relevé de la déchéance qu'il a encourue vis-à-vis du premier débiteur solidaire considéré isolément. En effet : *en règle générale*, et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse et formelle de la loi, *le mandat que les débiteurs solidaires sont réputés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux.*

« En conséquence ceux des débiteurs solidaires contre lesquels un appel était recevable n'ont pas pu représenter celui d'entre eux contre lequel l'appel était tardif, de façon que la décision ait pu être rendue également contre lui sur le fond. L'appel reste donc irrecevable à l'égard de ce dernier, et l'arrêt qui l'a déclaré recevable doit être cassé (1). »

Nous nous bornons pour le moment à faire remarquer :

1° Que la Cour de cassation répudie le prétendu mandat qui d'après Dumoulin et Pothier, serait réputé intervenu entre les débiteurs pour conserver et perpétuer l'obligation *dans l'intérêt du créancier ;*

2° Qu'elle remplace ce mandat par un mandat différent intervenu entre les débiteurs *dans leur propre intérêt* et seulement pour rendre leur condition meilleure ;

3° Que, par suite, les solutions résultant des art. 1205, 1206 et 1207 présentées par la doctrine comme étant une application du mandat réciproque imaginé par Dumoulin, sont au contraire des dérogations apportées par le législateur au mandat différent imaginé par la Cour de cassation sur le fondement d'une prétendue *règle générale* qui n'existe nulle part ;

(1) Cass. 16 déc. 1891, *Pand. fr.*, 92, 1, 211 ; Rapport de M. le conseiller ROUSSELIER ; Voy. sous le même arrêt, D. 92, 177, une note importante de M. COHENDY ; *adde*, Besançon, 14 déc. 1892, D. 93, 2, 279.

4° Que, dans ce système, les dérogations résultant des art. 1205, 1206 et 1207 s'expliquent par le principe même de l'unité d'obligation, en dehors de toute idée de mandat quelconque, et que, sous ce rapport, l'arrêt de cassation précité confirme la théorie que nous avons développée jusqu'à ce moment.

322. Continuons maintenant, en suivant toujours l'ordre logique des idées :

Si l'appel interjeté contre un seul des débiteurs solidaires interrompt les délais vis-à-vis des autres, que faut-il décider relativement à l'appel interjeté par un seul des débiteurs?

Cet appel devra, en général, profiter aux autres s'ils étaient eux-mêmes dans les délais, il pourra même leur profiter dans le cas contraire et couvrir la déchéance encourue par ceux dont l'appel était tardif (1). Il ne leur profiterait pas si l'appelant avait restreint expressément son appel à quelque exception à lui personnelle.

Il faut distinguer en effet entre les diverses espèces d'exceptions :

ART. 1208. 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 codébiteurs. — Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs (*).

Il s'agit ici non seulement des moyens de procédure, mais encore des défenses au fond.

Les exceptions ou moyens de défense résultant de la nature de l'obligation peuvent évidemment servir à tous les intéressés. Il s'agit de moyens de défense qu'on pourrait appeler *intrinsèques* en ce sens qu'ils ont leur fondement dans l'obligation elle-même et sont nés avec elle; tels sont les moyens tirés du défaut d'objet ou du caractère illicite de

(*) Art. 1208. — L. 10, 19, D. 45, 2, *De duob. reis.*

(1) Cass. 10 nov. 1890, *Pand. fr.*, 91, 1, 138; *Contrà*, RODIÈRE, *loc. cit.*, n°s 122, 123.

l'objet, de l'absence de consentement de la part de tous les débiteurs, de l'omission des formes requises dans un contrat solennel, la lésion de plus des sept douzièmes au préjudice des vendeurs solidaires d'un immeuble, etc. Ces exceptions résultant de la nature de l'obligation, c'est-à-dire des circonstances dans lesquelles elle a pris naissance, des clauses ou modalités sous lesquelles elle a été contractée par tous les codébiteurs, peuvent être opposées par chacun de ces derniers, elles sont donc communes.

Mais la loi appelle plus spécialement *communes à tous les codébiteurs* les exceptions ayant leur fondement dans certains faits postérieurs à la formation de l'engagement tels que le paiement, la remise de la dette faite dans les conditions de l'art. 1285, et autres événements qui en procurent l'extinction.

A ces exceptions communes on oppose les exceptions *purement personnelles* qui sont exclusivement propres à celui dont elles affectent l'engagement et ne peuvent être invoquées que par lui. Telles sont les exceptions tirées de ce qu'il y a eu de la part de l'un des codébiteurs absence totale de consentement, ou de ce que son consentement était entaché de violence, d'erreur ou de dol; ou de ce que ce débiteur était en état de minorité au moment de la convention, ou encore de ce qu'un terme a été stipulé dans son intérêt exclusif.

323. Il y a certaines autres exceptions également personnelles en ce sens qu'elles procèdent aussi d'une cause propre à l'un des débiteurs qui peut seul l'opposer pour la dette entière, mais qui néanmoins, à concurrence de la part de celui-ci dans la dette, peuvent aussi être invoquées par les autres codébiteurs.

On peut donner comme exemple la remise que le créancier aurait faite de la dette à l'un des codébiteurs solidaires en réservant son droit contre les autres (art. 1285 2°).

Dans le même ordre d'idées le législateur a spécialement prévu le cas de la confusion :

ART. 1209. 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 la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier (*).

Si le créancier ne succède que pour une partie ou si le débiteur ne lui succède que pour une partie, le créancier pourra demander la dette pour le tout, déduction faite de la part qu'il doit supporter proportionnellement.

Si l'un des débiteurs solidaires succède à l'autre, le créancier perdra un de ses débiteurs, mais il conservera les garanties accessoires telles que les cautions et les hypothèques attachées à la dette éteinte.

La confusion peut s'opérer autrement que par suite de succession; par exemple si le créancier cède sa créance à l'un des codébiteurs solidaires; il faudra alors appliquer par analogie l'art. 1209 (1).

La loi nous a donc présenté dans l'art. 1208 et en termes assez peu nets, les bases d'une classification des exceptions ou moyens de défense divisés en :

1° Exceptions résultant de la nature de l'obligation;

2° Exceptions communes;

3° Exceptions simplement personnelles;

4° Exceptions purement personnelles;

Mais elle ne nous dit pas, et c'est là précisément ce qu'il eût été intéressant de savoir, quelles sont les exceptions qui rentrent dans chaque catégorie (2). Nous trouverons à cet égard un complément de renseignements dans les textes qui ont trait aux modes d'extinction des obligations, et que nous expliquerons plus loin.

324. Ainsi le paiement effectué procure le plus énergique

(*) Art. 1209. — L. 95 § 2, D. 46, 3, *De solut. et lib.*

(1) BELTJENS, *loc. cit.*, art. 1209, n° 4.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 975.

moyen de défense pouvant appartenir à tous les intéressés; il peut être effectué soit par un des débiteurs, soit par un tiers (art. 1236).

La consignation faite par l'un des débiteurs solidaires libère définitivement les autres quand elle a été acceptée par le créancier ou déclarée valable par un jugement passé en force de chose jugée. Mais tant qu'il n'y a ni acceptation du créancier, ni jugement, le débiteur qui a consigné demeure libre de retirer sa consignation, et s'il la retire la dette subsiste tant par rapport à lui que par rapport à ses codébiteurs (art. 1261).

Quant au paiement par compensation il ne peut être considéré comme fournissant une exception commune, puisque l'art. 1294, sur lequel nous reviendrons d'ailleurs, porte que le débiteur solidaire ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à son codébiteur.

325. Du paiement il faut rapprocher la novation qui, lorsque elle est faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, libère tous les autres (art. 1281). A ce point de vue la novation produit une exception qui est commune. Les autres difficultés que soulève l'hypothèse trouveront leur explication à propos des art. 1278, 1280 et 1281.

Le serment déféré à l'un des débiteurs solidaires, non sur le fait de l'engagement personnel de celui qui le prête, mais sur l'existence même de la dette, profite à ses codébiteurs (art. 1365).

326. La remise de la dette au profit de l'un des codébiteurs solidaires, engendre encore une exception commune à tous les débiteurs à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers (art. 1285).

Mais le créancier au lieu de faire remise de toute la dette, ou de sa part seulement dans la dette à un des débiteurs, peut vouloir seulement décharger celui-ci de la solidarité. Le créancier en effet, pourvu qu'il ait la capacité voulue,

peut renoncer au bénéfice de la solidarité. Si cette renonciation est faite au profit de tous les codébiteurs, ceux-ci deviennent des débiteurs simplement conjoints, et ne sont désormais tenus que chacun pour sa part.

Les rédacteurs du Code se sont spécialement préoccupés du cas où la remise de la solidarité a été faite au profit de l'un ou de quelques-uns des débiteurs. Alors que la remise de la dette elle-même faite à l'un des débiteurs seulement est censée être absolue et libère tous les autres, si le créancier n'a réservé expressément ses droits contre eux (article 1285), au contraire la remise de la solidarité faite à l'un des débiteurs n'a qu'un effet relatif, et ne décharge de la solidarité que celui à qui cette remise est faite :

ART. 1210. Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

Pourquoi cela? Pourquoi les codébiteurs de celui qui a été déchargé de la solidarité ne peuvent-ils plus être poursuivis que déduction faite de la part de ce dernier? C'est, a-t-on dit, parce que le législateur vise uniquement l'hypothèse où le débiteur n'a été déchargé de la solidarité que moyennant le paiement de sa part dans la dette; d'où il faudrait conclure que le créancier ayant déchargé de la solidarité un débiteur dont il n'a rien reçu, conserverait sans restriction son action solidaire contre les autres débiteurs, et une action partielle contre le débiteur déchargé (1). Mais le texte de l'art. 1210 ne comporte aucune distinction entre le cas où celui qui a été déchargé de la solidarité a cessé d'être débiteur de sa part dans la dette et le cas où il en est demeuré débiteur, et les travaux préparatoires démontrent que c'est bien là le sens de notre texte (2). Il semble logique de déci-

(1) DURANTON, t. XI, nos 224 et 231; AUBRY et RAU § 298 *ter*, et note 42; LAROMBIÈRE, art. 1210, no 7.

(2) Voy. LOCRÉ, t. XI, p. 108 et 233; COLMET DE SANTERRE, t. V,

der que le créancier en faisant la remise de la solidarité à l'un des débiteurs ne pourrait valablement se réserver le droit de poursuivre les autres débiteurs pour le total, sans déduction de la part de celui à qui il a fait cette remise; le créancier ne peut en effet changer les relations réciproques des débiteurs, ni améliorer la condition de l'un en empirant la condition des autres (1).

327. La renonciation à la solidarité, comme toute renonciation à un droit, ne se présume pas; elle doit être expressément convenue, et l'art. 1210 prévoit précisément un cas de remise expresse de la solidarité. Mais cette remise peut dériver de faits autres qu'une déclaration explicite. La loi prévoit quatre cas de remise tacite de la solidarité :

ART. 1211. Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. — Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*. — Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation (*).

ART. 1212. 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.

Il peut y avoir d'autres cas de renonciation tacite en dehors des quatre qui sont prévus par les textes précédents. Ce sera une question de fait à apprécier par le juge. Mais dans aucun cas la libération de la solidarité ne peut se produire sans le concours du créancier (2).

Quand il y a difficulté sur le point de savoir s'il y a eu remise, expresse ou tacite de la solidarité, le doute devra s'in-

n° *144 bis* III; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 464; LAURENT, t. XVII, n° 347; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 981.

(*) Art. 1211. — L. 8 § 1, D. 30, *De leg.* 1°.

(1) *Contrà*, RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 148; MARCADÉ, art. 1210.

(2) DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 493; LAURENT, t. XVII, n° 353.

terpréter contre les débiteurs, parce que la solidarité étant prouvée, c'est à eux à prouver la renonciation qu'ils opposent par voie d'exception.

328. Il faut maintenant se demander quelle sera l'autorité du jugement qui sera rendu sur un des moyens de défense que nous venons d'examiner et qui serait commun à tous les débiteurs. Il s'agit de savoir si le jugement rendu sur les poursuites du créancier au profit de l'un des débiteurs solidaires ou contre lui a l'autorité de la chose jugée vis-à-vis de ses codébiteurs. Nous mettons de côté le cas où les codébiteurs restés étrangers à l'instance voudraient opposer une exception à eux personnelle; ils le pourraient toujours malgré le jugement intervenu entre le créancier et l'un de leurs codébiteurs (1).

Nous avons déjà dit un mot de la difficulté relative aux effets de la chose jugée, à propos de la solidarité active (*suprà*, n° 306). La difficulté est la même au cas de solidarité passive.

On sait que trois opinions ont été produites sur ce point.

La première repose sur la notion de ce bizarre mandat réciproque que nous avons déjà caractérisé, et d'après lequel tous les codébiteurs se représenteraient les uns les autres pour tout ce qui pourrait leur être avantageux. Elle décide en conséquence que les débiteurs étrangers à la cause peuvent se prévaloir du jugement rendu en faveur de leur codébiteur, mais que le jugement rendu contre lui ne peut leur être opposé (2).

Une deuxième opinion repousse avec raison l'idée du mandat dont nous venons de parler, et pense qu'il y a lieu de décider que la chose jugée entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires n'a pas d'effet quant aux autres débiteurs,

(1) Dijon; 28 déc. 1871, S. 72, 2, 18.

(2) TAULIER, t. IV, p. 555; DURANTON, t. XIII, nos 519, 520; MARCADÉ, sur l'art. 1351, n° 13; RODIÈRE, nos 109, 370; AUBRY et RAU, § 769, texte et note 52.

soit que le débiteur qui était en cause ait perdu, soit qu'il ait gagné le procès (1). Nous ferons remarquer que les auteurs qui soutiennent cette opinion sont néanmoins partisans du mandat imaginé par Dumoulin en vertu duquel les codébiteurs se représentent, dans l'intérêt du créancier *ad conservandam vel perpetuandam obligationem*.....

Enfin d'après une troisième opinion le jugement est toujours opposable aux autres codébiteurs, quel qu'ait été le résultat du procès (2).

C'est là une conséquence forcée de l'unité d'obligation résultant de la clause de solidarité. L'économie de cette clause consiste, nous le savons, en ce que chaque créancier peut agir utilement vis-à-vis de chaque débiteur comme si celui-ci était seul.

Par conséquent lorsqu'un créancier a obtenu un jugement contre un débiteur, il peut opposer ce jugement à un autre débiteur, non pas en vertu d'un prétendu mandat qui serait intervenu entre les débiteurs, et qui les constituerait respectivement représentant les uns des autres, mais en opposant à chacun d'eux la clause de solidarité entendue comme nous l'avons déjà dit, c'est-à-dire que par cette clause chaque débiteur s'est soumis, le cas échéant, au jugement qui pourrait être prononcé contre chacun des autres, sur le fond même de l'obligation et les exceptions qui sont communes à tous. La Cour de cassation a déjà reconnu que, dans certaines circonstances, *on peut d'avance accepter comme définitive et absolue une décision à intervenir* (3). Nous avons critiqué cette

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 328 *bis*, 24 et 25; LAURENT, t. XX, n° 120; comp. Cass. 25 mars 1861, S. 61, 1, 434.

(2) MERLIN, *Quest. de Dr.*, v° *Chose jugée*, § 18, n°s 2 et 3; TOULLIER, t. X, n° 202; PROUDHON, *Usufruit*, t. III, n° 1321; BONNIER, *Des preuves*, n° 887; LAROMBIÈRE, sur l'art. 1218, n° 19; DEMOLOMBE, t. III, n° 374; Dijon, 28 déc. 1871, S. 72, 2, 18.

(3) Cass. 3 janv. 1866, D. 66, 1, 418.

décision en tant qu'elle s'appliquait aux *droits de famille.* (Voy. t. III, n° 60). Mais dans une matière où le consentement est libre, on peut admettre le principe. On peut également adhérer à un jugement déjà rendu et devenir ainsi codébiteur solidaire des condamnations qu'il prononce (1).

La Cour de cassation reconnaît aussi, comme nous l'avons déjà dit, que la chose jugée avec l'un des codébiteurs solidaires est opposable aux autres codébiteurs. Mais pourquoi? C'est parce que, dit la Cour suprême : *En matière d'obligations solidaires chacun des codébiteurs doit être considéré comme le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses coobligés* (2).

Il est au moins singulier que la Cour de cassation qui a depuis longtemps répudié la théorie du contradicteur légitime, dans la matière des questions d'état pour laquelle elle avait été imaginée (3), ait songé à en reproduire la formule surannée à propos de la solidarité!

329. Quoi qu'il en soit, voilà un troisième mandat tacite qui se révèle en matière de solidarité.

Nous avons déjà rencontré, en effet :

1° Le mandat *ad conservandam vel perpetuandam obligationem,* dont les art. 1205 à 1208 ne seraient qu'une application;

2° Le mandat par lequel les codébiteurs sont réputés se représenter réciproquement pour l'amélioration de leur condition, mandat auxquels les art. 1205, 1206 et 1207 apporteraient au contraire une dérogation;

3° Enfin le mandat qui aboutit à reconnaître à chaque débiteur la qualité de contradicteur légitime vis-à-vis du créancier.

(1) Bruxelles, 18 mai 1880, *Pas.,* 80, 2, 353.

(2) Cass. 1er déc. 1885, D. 86, 1, 251; Cass. 28 déc. 1881, D. 82, 1, 377; Agen, 28 oct. 1891, D. 93, 2, 540.

(3) Cass. 9 mai 1821, DALLOZ, *Répert.,* v° *Chose jugée,* n° 273.

Nous n'avons pas besoin d'insister sur ce qu'il peut y avoir de contradictoire et même d'inconciliable entre ces divers mandats ; ce que nous avons dit au sujet de l'appel le montre suffisamment.

De ces divers mandats aucun ne repose sur un texte; ils dérivent uniquement de la volonté arbitraire des interprètes ou de la jurisprudence. Ils ont été successivement imaginés pour rendre compte des effets de la solidarité. Nous avons au contraire expliqué ces effets par la clause relative à l'unité de l'obligation et cette clause suffit, car si ces effets ne se produisaient pas, il ne serait plus vrai de dire que l'obligation est une, et l'utilité de la solidarité disparaîtrait.

Il était donc inutile, pour expliquer ces effets, de recourir à l'idée d'un mandat réciproque entre les codébiteurs. Mais nous avons vu que, malgré le vague et l'élasticité des formules adoptées, il n'a pas été possible de s'entendre sur le caractère ni même sur l'objet précis d'un tel mandat; que les uns l'ont compris dans un sens et les autres dans un sens tout différent ; que la Cour de cassation elle-même flotte indécise entre deux solutions opposées; qu'elle admet tantôt l'existence d'une représentation absolue quand elle considère chaque codébiteur comme pouvant être un contradicteur légitime du créancier et tantôt une représentation relative quand elle considère les codébiteurs comme mandataires les uns des autres seulement pour l'amélioration de leur condition respective.

330. Cependant comme il est absolument impossible dans certains cas de solidarité où les parties ne se connaissent pas, de trouver les éléments d'un mandat, ou même d'en supposer l'existence, certains auteurs, dominés par l'évidence des faits, ont été amenés à soutenir que, dans les hypothèses auxquelles nous venons de faire allusion, les effets de la solidarité dérivant pour eux de l'idée de mandat, consacrés notamment par les art. 205, 206 et 207 ne sauraient se pre-

duire. Ils ont ainsi été conduits à distinguer fort arbitrairement entre une solidarité *parfaite* et une solidarité *imparfaite*.

L'admission de l'idée de mandat, en matière de solidarité, était déjà une conception arbitraire ne reposant sur rien. Pour atténuer les impossibilités dérivant d'une telle conception, on a imaginé une division bipartite de la solidarité tout aussi arbitraire. Enfin c'est encore l'arbitraire qui va présider au fonctionnement de cette même division.

Ceux qui en ont adopté le principe n'ont pu, en effet, se mettre d'accord sur le point de savoir dans quels cas la présomption de mandat pourrait être admise, et dans quels cas elle devrait être rejetée.

Pour les uns la présomption pourra être admise, et par conséquent la solidarité sera parfaite, quand la solidarité résultera de la convention. La solidarité sera au contraire imparfaite quand elle résultera de la loi :

D'après d'autres auteurs la solidarité serait parfaite non seulement quand elle est conventionnelle, mais encore lorsque la loi qui l'établit doit être considérée moins comme impérative que comme interprétative de la volonté des parties, et elle ne serait imparfaite que lorsqu'elle procéderait d'une prescription de la loi établie dans un motif d'ordre public.

Ainsi donc la solidarité légale serait parfaite quand elle existe entre personnes unies par un intérêt commun, comme la femme tutrice et son nouveau mari (art. 395), les exécuteurs testamentaires (art. 1033), les emprunteurs à usage de la même chose (art. 1887), et les comandants (art. 2002).

La solidarité légale serait au contraire imparfaite quand elle est établie entre personnes ne se connaissant pas, ou n'étant qu'accidentellement codébitrices, comme les signataires d'une lettre de change (1), et les personnes condam-

(1) Cass. 11 nov. 1891, D. 93, 1, 91.

nées pour un même crime ou pour un même délit (art. 55, C. P.).

Enfin une troisième opinion réduit la difficulté à une question de fait, et décide que la solidarité est parfaite ou imparfaite suivant qu'il existe ou non des intérêts communs, des fréquentations assidues, une confiance réciproque entre les différents codébiteurs solidaires (1). On s'accorde d'ailleurs à reconnaître que l'idée de mandat fait défaut, et que la solidarité est forcément imparfaite quand elle résulte d'un délit ou d'un quasi-délit (2).

331. Mais il est impossible d'accepter une doctrine aussi incohérente et aussi arbitraire.

Chaque fois qu'il y a *solidarité*, les mêmes effets doivent se produire, car la loi emploie toujours cette expression en lui donnant la même signification. La loi ne dit nulle part que ces effets seront subordonnés à l'existence ou à la possibilité d'une société ou d'un mandat entre les divers débiteurs (3), au reste, ajoute-t-on, quand même les dispositions des art. 1205, 1206 et 1207 ne pourraient s'expliquer qu'en supposant un mandat entre les codébiteurs, il ne faudrait pas s'étonner que le législateur, pour protéger les intérêts des créanciers, ait voulu les rendre applicables à certains cas de solidarité légale dans lesquels toute supposition de mandat est impossible. Il arrive parfois, en effet, que des dispositions légales une fois faites sont ensuite étendues à des situations ne présentant pas les motifs sur lesquels elles étaient d'abord fondées.

(1) Voy. MOURLON, t. II, nos 1247, 1258, etc.; AUBRY et RAU, § 298 *ter;* note de M. COHENDY sous l'arrêt du 16 déc. 1891, D. 92, 1, 177; note de M. BOISTEL, sous Aix, 29 mai 1872, D. 74, 2, 121.

(2) Voy. la note sous l'arrêt précité du 16 déc. 1891, *Pand. fr.*, 92, 1, 211.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 135 *bis* II; DEMOLOMBE, t. XXVI, nos 828 et suiv.; LAURENT, t. XVII, n° 315; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 989.

Nous repoussons pour notre part cette manière de justifier ou tout au moins d'expliquer la théorie de la loi.

Dans tous les cas de solidarité légale, les effets de la solidarité s'expliquent par l'unité d'obligation reconnue par la loi.

La loi admet que celui qui est devenu débiteur dans les circonstances qui donnent lieu à la solidarité légale, a entendu librement adhérer à l'unité de l'obligation existant déjà ou allant naître à la charge d'autres coobligés, et se soumettre à toutes les conséquences de cette unité. Cela est manifeste dans les rapports du nouveau mari avec la femme tutrice, des exécuteurs testamentaires entre eux, des emprunteurs à usage de la même chose, des comandants, des cosignataires d'une lettre de change, des codélinquants, dans tous les cas, en un mot, de solidarité légale, et l'idée de mandat est complétement inutile pour expliquer et justifier un pareil résultat.

N° 3. — *Des effets de la solidarité entre les coobligés solidaires.*

332. — Division de la dette entre les débiteurs, art. 1213.
333. — Conséquences, art. 1214.
334. — Répartition des insolvabilités, art. 1215, 1216.
335. — Cessation de la solidarité; mort de l'un des codébiteurs.

332. En droit romain, la question de savoir si le débiteur solidaire qui a payé le tout peut exercer un recours contre ses codébiteurs, n'était pas susceptible de recevoir une réponse adéquate, par la raison qu'il n'y a aucun rapport de causalité entre la solidarité et l'objet de la question. La corréalité, par elle-même, ne donne en effet aucun droit au partage ou au recours en ce qui concerne les *correi*, comme d'un autre côté elle n'y forme point obstacle. La solution de la question est uniquement déterminée par les relations spéciales qui existent entre les cointéressés, indépendamment

de toute solidarité, et qui varient selon les circonstances particulières de l'espèce (1).

En droit français, le point de vue a changé ; Pothier disait : « Lorsque plusieurs personnes contractent solidairement une dette, ce n'est que vis-à-vis du créancier qu'elles sont devenues chacune débitrices du total; mais entre elles la dette se divise, et chacune d'elles en est débitrice pour soi, quant à la part seulement qu'elle a eue à cause de la dette (2). »

La même idée est reproduite par le texte suivant :

ART. 1213. L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion (*).

La loi suppose l'existence entre les coobligés d'une société dans laquelle les parts sont présumées égales, à moins que le contraire ne résulte des titres ou des justifications admises selon les règles du droit commun; ainsi lorsqu'il s'agit d'une somme supérieure à 150 fr., la convention assignant aux coobligés des parts inégales dans la dette ne peut être prouvée à l'aide de témoignages ou de simples présomptions, que s'il existe un commencement de preuve par écrit (3).

333. Il suit de là que :

ART. 1214. Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. — 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 (**).

D'un autre côté, le débiteur solidaire qui a payé la dette est subrogé aux droits du créancier en vertu de l'art. 1251 n° 3. Il peut donc exercer son recours :

1° En sa qualité d'associé ou mandataire des autres débiteurs et obtenir à ce titre en outre du remboursement de ce qu'il

(*) Art. 1213. — L. 2, C. 8, 40, *De duob. reis.*
(**) Art. 1214. — L. 36, 39, D. 46, 1, *De fidej. et mand.*
(1) Voy. MAYNZ, *Éléments de Dr. rom.*, t. II, § 271, p. 59.
(2) *Oblig.*, n° 264.
(3) Liège, 3 mars 1886, D. 88, 2, 71.

a payé déduction faite de sa part, l'intérêt de ses avances;

2° En vertu de l'art. 1251 3°, en exercant l'action de son créancier. Dans ce cas il n'obtiendra pas l'intérêt de ses avances mais il pourra profiter des sûretés particulières, des hypothèques par exemple qui étaient attachées à la créance, et éviter ainsi de souffrir de l'insolvabilité de l'un de ses codébiteurs.

Un paiement, même partiel, autorise le débiteur qui l'a effectué a recourir immédiatement contre ses codébiteurs (1).

Si le débiteur solidaire a payé sans en donner avis aux autres, il n'aurait pas de recours contre ceux qui, au moment du paiement, avaient une exception dilatoire à opposer, ou qui ont payé une seconde fois dans l'ignorance du paiement déjà effectué.

Enfin, le recours du débiteur qui a payé des intérêts ou arrérages, se prescrit par trente ans et non par cinq ans; l'article 2277 ne s'applique pas (2).

Dans tous les cas et pour éviter des recours successifs, le *solvens* ne peut réclamer à chacun que sa part contributive, même s'il était subrogé conventionnellement (3).

334. Le recours du codébiteur qui a payé s'explique moins par l'idée de mandat que par celle d'une société qui met en commun les bénéfices, et aussi les pertes. C'est pour cela que si l'un des codébiteurs solidaires devient insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité doit se répartir par contribution entre les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.

Il doit en être ainsi, même dans le cas où un codébiteur a été déchargé de la solidarité :

(1) Nancy, 21 fév. 1877, D. 78, 2, 14.
(2) Cass. 23 avr. 1888, S. 89, 1, 25.
(3) Liège, 3 mars 1886, D. 88, 2, 71.

ART. 1215. Dans le cas où le créancier a renoncé à l'action solidaire envers l'un des débiteurs, si l'un ou plusieurs des autres codébiteurs deviennent insolvables, la portion des insolvables sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même entre ceux précédemment déchargés de la solidarité par le créancier.

Et il faut ajouter que le débiteur déchargé qui a dû contributoirement concourir au paiement de la part du débiteur devenu insolvable n'aura pas de recours contre le créancier (1). En effet, l'art. 1215 n'accorde pas ce recours, ce qui paraît décisif, et d'ailleurs il n'est pas permis de supposer que le créancier, en faisant remise de la solidarité à l'un des codébiteurs, ait en outre voulu le soustraire, à ses propres dépens, aux conséquences de l'insolvabilité possible de l'un des autres codébiteurs.

Les engagements solidaires sont souvent destinés à atteindre en fait le même but qu'un cautionnement ostensible.

En conséquence :

ART. 1216. Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions.

Il importe peu que la dette concerne plusieurs des coobligés ou seulement l'un d'entre eux (2).

C'est à celui qui allègue que l'affaire pour laquelle la dette a été contractée concernait exclusivement celui qui l'a payée à en fournir la preuve, et la décision qui mettrait le fardeau de la preuve à la charge de l'autre partie serait illégale (3).

Cette preuve peut être faite vis-à-vis d'un coobligé, même après la condamnation obtenue par le créancier. Ainsi, lorsqu'un arrêt a condamné solidairement deux codébiteurs au

(1) Cass. 7 juin 1882, D. 82, 1, 441; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 150 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXVI, n°s 437, 441; LAURENT, t. XVII, n° 363; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 988; *Contrà*, RODIÈRE, n° 138; AUBRY et RAU, § 298 *ter*; LAROMBIÈRE, art. 1215 n° 2; etc.

(2) Lyon, 6 fév. 1890, D. 91, 2, 377.

(3) Cass. 29 oct. 1890, D. 91, 1, 475.

profit d'un même créancier, un arrêt ultérieur peut, sans violer l'autorité de la chose jugée, décharger de toute condamnation l'un des débiteurs à l'égard de l'autre, en obligeant celui-ci, que la dette concernait seul, à la garantie. Cette seconde décision n'a pas la même cause ni le même objet que la première (1). La régie soutient qu'il est dû un droit de cautionnement outre le droit d'obligation qui est de 1 0/0, dans le cas où la somme prêtée à plusieurs débiteurs leur profite inégalement ou n'est retirée que par l'un d'entre eux. Mais cette prétention est fort contestable (2).

335. La solidarité prend fin, ainsi que nous l'avons déjà vu, par la remise qui en est faite expressément ou tacitement par le créancier (art. 1210, 1211 et 1212), remise qui produit son effet tantôt d'une manière *absolue*, tantôt d'une manière *relative*.

La mort de l'un des codébiteurs solidaires ne met pas fin à la solidarité, mais en modifie les effets.

La clause de solidarité ne rendant pas l'obligation indivisible (art. 1219), ne saurait, quand un débiteur décède laissant plusieurs héritiers, mettre obstacle à la division des dettes (art. 1220). Les dettes solidaires se divisent donc comme les autres. Par conséquent, si trois personnes doivent solidairement 12 à un créancier, et si l'une d'elles décède laissant quatre héritiers, la dette solidaire se divisera entre ceux-ci, et chacun d'eux ne sera tenu que de 3, mais solidairement avec les deux autres codébiteurs qui pourront être poursuivis pour le tout (3), sans être d'ailleurs solidaires entre eux (4).

Il suit de là que les effets admis en cas de solidarité ne pourront se produire que *pro parte* :

(1) Cass. 23 juill. 1889 (res. par la Cour d'appel), D. 91, 1, 342.
(2) Voy. Nancy, 26 déc. 1883, *J. N.*, n° 23181.
(3) Bordeaux, 11 mars 1880, S. 81, 2, 36.
(4) Voy. COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 136 *bis* II; LAURENT, t. XVII, n° 327.

1° Ainsi les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs vivants, ou sa reconnaissance de la dette interrompront la prescription à l'égard de chacun des héritiers du débiteur décédé, pour sa part; mais les poursuites dirigées contre l'un des héritiers ou sa reconnaissance de la dette, n'interrompront la prescription à l'égard des débiteurs originaires que pour la part de cet héritier, et seront sans effet à l'égard de ses cohéritiers (art. 2249);

2° Même solution pour le cours des intérêts; la demande formée contre l'un des débiteurs originaires les fera courir contre tous les héritiers du débiteur décédé, mais la même demande formée contre l'un de ces héritiers ne fera courir les intérêts contre les héritiers originaires que pour la part de cet héritier, sans les faire courir contre les autres héritiers;

3° Enfin, si la chose due périt par la faute ou durant la demeure des débiteurs vivants, les héritiers du débiteur défunt seront tenus de payer, chacun pour sa part, la valeur de la chose. Si la perte a eu lieu par la faute ou pendant la demeure de l'un des héritiers du débiteur décédé, les autres héritiers, qui ne sont pas solidaires, seront libérés, car ils n'ont encouru aucune responsabilité; mais les débiteurs solidaires vivants supporteront la perte à concurrence de la part de l'héritier en faute ou constitué en demeure.

SECTION V.

Des obligations divisibles et indivisibles.

Principes généraux.

336. — Quand y a-t-il lieu de vérifier si une prestation due est ou n'est pas divisible?

337. — De la divisibilité matérielle et de la divisibilité intellectuelle.

338. — De l'indivisibilité naturelle et de l'indivisibilité conventionnelle. Classification de Dumoulin reproduite dans les art. 1217 et 1218; indivisibilité *solutione* ou de paiement.

339. — Indivisibilité naturelle; étendue d'application de l'art. 1217.
340. — Il faut supposer une convention non constitutive par elle-même du droit indivisible envisagé.
341. — Y a-t-il des obligations de faire indivisibles?
342. — Ce que contient en réalité l'art. 1217.
343. — Indivisibilité conventionnelle. Etendue d'application de l'article 1218.
344. — Facilité de la jurisprudence à admettre des cas d'indivisibilité.
345. — En quel sens il faut, d'après l'art. 1218, que la chose ait été envisagée comme indivisible *dans l'obligation*. Le point de vue est différent en cas d'indivisibilité *solutione*.
346. — L'existence de l'indivisibilité conventionnelle ne soulève qu'une question de fait.
347. — La clause de solidarité ne rend pas l'obligation conventionnellement indivisible.

336. Entre le créancier et le débiteur toute obligation doit être exécutée sans qu'il y ait lieu de se préoccuper du point de savoir si la prestation qui en forme l'objet est ou n'est pas susceptible de division (art. 1220).

Si le créancier décède laissant plusieurs héritiers, son droit de créance se divise entre ces derniers.

Si le débiteur décède laissant plusieurs héritiers, c'est la dette qui se divisera entre ces derniers.

Cela revient à dire que chaque héritier du créancier ne pourra réclamer qu'une part dans la créance, c'est-à-dire dans la prestation qui en forme l'objet, ou que chaque héritier du débiteur ne sera tenu d'effectuer qu'une part de la même prestation.

Mais cela suppose :

1° Que les prestations dont il s'agit sont transmissibles, et ne rentrent pas dans les biens et droits non transmissibles, dont il a déjà été parlé (t. V, n° 31 *bis*);

2° Que ces prestations sont dues personnellement par celui qui doit les acquitter, et non par un simple tiers détenteur ou propriétaire d'un immeuble en cette qualité. Il ne s'agit pas du cas où la dette est hypothécaire prévu par l'ar-

ticle 1221 § 1, mais de certaines situations que le législateur peut définir d'une manière spéciale. Ainsi, d'après l'art. 2 du décret du 9 mars 1894 portant règlement d'administration publique sur les associations syndicales prévues par les lois du 21 juin 1865 et 22 décembre 1888 (Voy. t. I, n° 214). Les obligations qui dérivent de la constitution d'une association syndicale sont attachées aux immeubles compris dans le périmètre des travaux, et les suivent en quelques mains qu'ils passent, jusqu'à la dissolution de l'association.

337. Il faut de plus que la prestation envisagée soit susceptible de division.

Or, cette prestation pouvant consister à donner, à faire ou à ne pas faire, il faut voir comment on peut en concevoir la division dans ces trois cas.

Pour les obligations de donner et s'il s'agit d'un corps certain, on peut concevoir par rapport à la chose :

1° Une division matérielle ou physique *in partes quantas;*

2° Une division intellectuelle ou abstraite *in partes quotas.*

Nous trouvons donc dans les *corps certains* une divisibilité intellectuelle ou abstraite toujours possible. Mais comme elle laisse subsister l'indivision de la chose même, nul n'est tenu de l'accepter indéfiniment (art. 815).

Les corps certains présentent également une divisibilité matérielle possible, sauf dans les cas où une division matérielle ne pourrait être effectuée qu'en détruisant la chose elle-même, comme s'il s'agit d'un animal vivant, d'un tableau, etc. Dans ce cas, comme dans le précédent, il faudra nécessairement en venir à une licitation.

Par conséquent l'un des héritiers de celui qui était débiteur d'un corps certain se libérera en procurant au créancier soit une portion matérielle de la chose *(partem quantam)*, soit la propriété d'une portion abstraite *(partem quotam)*.

Les obligations peuvent aussi avoir pour objet un fait à accomplir.

Si ce fait se compose d'actes successifs dont chacun présente son utilité séparée, et, une fois accompli, laisse d'autant moins à faire pour parachever l'œuvre complète, il y aura là théoriquement une divisibilité naturelle, mais il ne sera pas facile d'en trouver des applications utiles.

Si l'objet de l'obligation est une abstention, il est généralement indivisible. Nous y reviendrons.

338. D'après ce qui précède, il n'y aurait donc pas de difficultés particulières à signaler si toutes les obligations étaient divisibles, soit matériellement, soit intellectuellement.

Mais il n'en est pas ainsi.

D'abord il y a des obligations qui sont logiquement indivisibles à raison de la nature de leur objet. Nous avons déjà donné la nomenclature des objets qui sont absolument indivisibles (Voy. t. V, n° 279).

En outre, en vertu du principe de la liberté des conventions, les parties intéressées ont parfaitement le droit de concevoir et de créer comme indivisibles, des obligations d'ailleurs divisibles en soi.

Donc l'indivisibilité peut exister, soit d'après la nature des choses, soit d'après la volonté des parties.

Quand l'indivisibilité se rencontre, d'où qu'elle provienne, s'il y a dès le principe plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, ou bien encore si le créancier ou le débiteur originaire viennent à mourir, comment concilier ce fait qu'on est en présence d'un élément (actif ou passif) du patrimoine, déclaré *indivisible*, avec la nécessité d'appliquer une règle voulant que tous les éléments du patrimoine soient néanmoins divisés ?

Tel est le problème qu'il s'agissait de résoudre.

Pour l'élucider, Dumoulin publia sous un titre fantastique (1) un écrit justement célèbre, mais commençant ainsi :

(1) *Extricatio labyrinthi dividui et individui.*

Non fuit, nec adhuc est in universo juris oceano turbulentias, profundius et periculosius pelagus hoc dividuorum et individuorum tractatu ; adeo ut etiam præcipuis juris doctoribus impermeabilis unda, et inextricabilis error, et visus et judicatus sit.

Voilà comment s'est trouvée tout d'abord établie la réputation d'extraordinaire difficulté qui s'attache, depuis des siècles, à une matière qu'on peut, d'après un auteur moderne : « *réduire à des termes assez simples* (1).»

Dumoulin distinguait trois sortes d'indivisibilité :

1° L'indivisibilité *natura, seu contractu*, qu'il appelait aussi *individuum contractu*, indivisibilité nécessaire, résultant de la nature même de l'obligation ;

2° L'indivisibilité qu'il appelle *individuum obligatione*, résultant de l'objet que les parties se sont proposé ;

3° L'indivisibilité *solutione*, résultant de l'impossibilité de faire un paiement partiel ; il l'appelle encore *incongruitas solutionis*.

Cette division fidèlement suivie par Pothier, a été implicitement consacrée par le Code :

Voici en effet la définition française de l'*individuum contractu* :

ART. 1217. 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 division, soit matérielle, soit intellectuelle (*).

Et voici celle de l'*individuum obligatione* :

ART. 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 (**).

Nous trouverons plus loin dans l'art. 1221 et l'art. 1233 2°, la définition de l'*individuum solutione*.

(*) Art. 1217. — L. 2, § 1, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(**) Art. 1218. — L. 85, in pr. et § 2, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(1) RODIÈRE, *loc. cit.*, n° 329.

339. L'art. 1217, qui se réfère à l'indivisibilité naturelle, suppose, d'après sa rédaction, qu'il y a des choses divisibles et des choses indivisibles; qu'il y a aussi des faits divisibles et des faits indivisibles.

Parlons d'abord des choses. En droit romain l'obligation générique, ayant pour objet une chose envisagée *in genere*, était indivisible excepté quand elle comprenait un nombre d'objets de même nature, égal au nombre des intéressés, ou multiple de ce nombre. L'obligation de *dare* un corps certain était au contraire divisible.

Dans notre droit, si l'objet de l'obligation est un corps certain, le créancier en est devenu tout de suite propriétaire, et quoique le corps certain soit divisible, il pourra le réclamer pour le tout à celui des débiteurs qui en est détenteur; mais ce cas est régi par l'art. 1221 § 1.

Si l'obligation est générique, on peut admettre la même solution qu'en droit romain; mais on prétend, inexactement, à notre avis, que ce cas est régi par l'art. 1221 § 5. Nous préférons voir dans l'obligation générique un cas d'indivisibilité résultant du rapport sous lequel la chose a été envisagée.

Par conséquent l'expression de l'art. 1217 déclarant indivisible l'obligation ayant pour objet une chose non susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle, ne peut s'appliquer aux choses corporelles qui toutes se réduisent à un corps certain ou à un genre. Donc elle ne peut s'appliquer qu'à des choses incorporelles, c'est-à-dire aux servitudes. En effet, la plupart des servitudes sont indivisibles.

Il semble donc que notre art. 1207 ne puisse recevoir d'application qu'à l'hypothèse où une personne a promis une servitude indivisible sur son fonds. Mais il ne faut pas perdre de vue que, dans notre droit actuel, la convention relative à l'établissement d'une servitude n'est plus, comme en droit romain, distincte de sa constitution même. Par une

semblable convention la servitude est tout de suite constituée, et l'obligation se trouve par le fait instantanément accomplie. Il ne peut donc plus être question dans notre droit d'obligations qui seraient indivisibles comme ayant pour objet la constitution d'une servitude sur son propre fonds. C'est un point que nous avons déjà plus amplement examiné (Voy. t. IV, n° 434).

340. Il n'y aura indivisibilité que si l'on suppose une convention non constitutive par elle-même de la servitude, comme serait celle qui aurait pour objet l'engagement de procurer une servitude sur le fonds d'autrui. Ainsi on peut concevoir qu'un individu vende son champ en promettant à l'acheteur de lui faire avoir une servitude de passage sur le fonds du voisin; et même il faut reconnaître qu'un tel engagement se rapproche beaucoup d'une obligation de faire.

Nous en dirons autant de certaines choses ou droits qui sont indivisibles en ce sens qu'ils ne peuvent être établis sur une part indivise d'une chose, ou d'un fonds, ni au profit d'une part indivise d'un fonds.

Ainsi, l'art. 1370 parlant des engagements qui se forment sans convention, vise en particulier les engagements formés involontairement entre propriétaires voisins. Comme exemple on peut citer l'engagement dont se trouve tenu le propriétaire d'un mur, d'en céder, moyennant une indemnité, la mitoyenneté au voisin qui en a besoin (art. 640 à 685). Si le propriétaire décède laissant plusieurs héritiers, un de ces derniers ne pourrait prétendre se libérer en offrant au voisin de lui céder une mitoyenneté constituée sur sa part indivise dans le mur. D'un autre côté, si le voisin décède laissant plusieurs héritiers, il serait inadmissible que l'un d'entre eux pût réclamer la mitoyenneté à concurrence de sa part indivise. La difficulté disparaîtra quand, d'un côté comme de l'autre, un partage aura particularisé les droits d'abord indivis. Mais, nous le répétons, l'hypothèse envisagée, et

certaines autres analogues devant être réglées par les mêmes principes, se rapprochent beaucoup d'une obligation de faire.

341. Cela nous ramène à l'autre terme de la question traitée par l'art. 1217. Cet article suppose qu'il y a des obligations d'un *facere* divisibles. Mais à quels signes les reconnaître? La loi ne le dit pas, et, malgré nos investigations, il nous a été impossible de trouver un exemple d'un fait divisible (1), c'est-à-dire d'un fait susceptible d'exécution partielle, de telle façon que chaque partie ait la même qualité que le tout.

On a soutenu il est vrai qu'il y a divisibilité naturelle si le fait à accomplir se compose d'actes successifs, dont chacun présente son utilité séparée, et, une fois accompli, laisse d'autant moins à faire pour parachever l'*œuvre complète* (2). Mais les exemples donnés prouvent la fausseté d'un tel aperçu; ainsi on présente comme étant en soi parfaitement divisibles : une tournée à accomplir par un mandataire ou un commis-voyageur pour conclure une série d'opérations, la construction d'une maison ou d'un mur de clôture... on ajoute que : « matériellement ces faits se divisent suivant les actes successifs dont ils se composent, comme les objets physiques se divisent suivant leurs dimensions; (et que) juridiquement les faits peuvent se diviser ou suivant l'évaluation du travail donné à chacun de ces actes, ou suivant celle de la valeur produite par chacun (3). » Mais c'est confondre un fait *inachevé*, avec un fait *divisé*.

Une obligation de faire ne peut être conçue comme divisée en parties ayant, chacune, les mêmes qualités que le tout. Ainsi l'obligation contractée par deux auteurs dramatiques de faire ensemble une pièce de théâtre est indivisible (4), de

(1) MOLITOR, *Oblig.*, n° 262.
(2) THÉZARD, *De l'indiv.*, *Revue critique*, 1880, p. 438.
(3) *Ibid.*
(4) Paris, 13 nov. 1888, D. 90, 2, 238.

même l'obligation de communiquer un titre. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'une obligation de faire déterminée par le temps durant lequel doit s'accomplir une série de prestations successives. Le temps est en effet qualitativement égal à lui-même et par conséquent divisible. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans l'obligation de prester plusieurs journées de travail. Mais il faut remarquer que l'objet de la prestation est plutôt un temps déterminé de travail, c'est-à-dire quelque chose de divisible, qu'un fait précis et déterminé par lui-même. Ainsi quoique vingt journées soient, par exemple, nécessaires pour construire un mur de clôture, il y aura une réelle différence entre la stipulation directe de vingt journées de travail, et la stipulation ayant pour objet la construction même du mur.

M. Laurent, d'après Pothier, appelle indivisibilité *absolue*, ce que l'on appelle exactement indivisibilité naturelle, c'est-à-dire résultant de la nature même des choses. C'est probablement l'influence d'une dénomination, éveillant l'idée opposée d'un état *relatif*, qui l'a amené à décider que la fixation de la hauteur d'un déversoir ou d'un barrage n'est pas un fait indivisible d'où puissent résulter des droits et des obligations indivisibles. L'auteur soutient que la hauteur pourrait être fixée à tel point vis-à-vis d'un riverain, à tel point différent vis-à-vis d'un autre, sauf à indemniser le riverain dont le terrain serait couvert par les eaux plus qu'il ne devrait l'être (1).

Mais telle n'est pas la question à résoudre; il ne s'agit pas de la fixation de la hauteur vis-à-vis de tel riverain et de tel autre, ce qui peut avoir lieu d'une façon tout à fait relative avec le tempérament indiqué; mais d'une obligation unique consistant à subir une fixation de hauteur. Si le débiteur vis-à-vis de qui existe cette obligation unique vient à mourir,

(1) T. XVII, n° 476.

laissant plusieurs héritiers, l'obligation de subir cette fixation va-t-elle être divisible? Le droit de la réclamer va-t-il devenir divisible si c'est le créancier, riverain unique, qui décède laissant plusieurs héritiers? Il ne saurait y avoir de question.

Reconnaissons donc qu'il n'y a pas d'obligation d'un *facere* divisible, et, sans entrer dans les discussions oiseuses qui se sont produites, étendons cette remarque aux obligations d'un *non facere* (1).

342. Par conséquent la formule générale et abstraite de l'art. 1217 ne contient en réalité rien : puisque d'un côté tous les faits sont indivisibles, et que d'un autre côté toutes les choses incorporelles auxquelles pourrait s'appliquer le texte sont indivisibles, la distinction proclamée se trouve n'avoir d'application que dans une hypothèse absolument inconnue de la pratique, celle de la stipulation d'une servitude (indivisible) pour le fonds d'autrui.

Les obligations ayant pour objet des choses corporelles apparaissent toujours comme étant divisibles.

Il n'y a aucune exception apportée par la loi à cette règle. On avait prétendu que la loi du 22 frimaire an VII, devait être entendue comme y dérogeant; il n'en est rien. Ainsi il a été jugé que les droits supplémentaires d'enregistrement dus sur un jugement ne constituaient pas une créance indivisible de manière que, en cas de pluralité des débiteurs, le paiement intégral puisse en être demandé à chacun d'eux, la créance n'ayant pour objet qu'une somme d'argent essentiellement divisible. Cette divisibilité doit produire ses effets ordinaires, les lois spéciales à la matière ne renfermant aucune disposition dérogatoire à cette règle (2).

343. Les parties au contraire demeurent maîtresses d'en-

(1) Voy. MOLITOR, *Oblig.*, n° 263; Voy. cep. MARCADÉ, sur l'article 1218.

(2) Cass. 20 nov. 1889, D. 90, 1, 201.

visager comme il leur convient l'objet de leurs conventions pourvu que cet objet reste licite et d'une détermination possible ; elles peuvent donc, comme le dit l'art. 1218, considérer comme n'étant pas susceptible d'exécution partielle, une obligation ayant pour objet une chose parfaitement divisible d'après sa nature. Nous en avons déjà vu un exemple remarquable à propos de l'obligation du débiteur de rendre la chose à défaut du paiement intégral du prix (*Suprà*, n° 275). L'art. 1218 ajoute qu'il en est de même de l'obligation qui aurait pour objet un fait divisible... Mais puisque tous les faits sont indivisibles, on peut négliger cette partie du texte qui est inutile.

Il s'agit donc en définitive de l'*individuum obligatione*, c'est-à-dire de l'indivisibilité purement conventionnelle ou artificielle, ou encore de l'indivisibilité d'obligation comme on le dit quelquefois. Cette indivisibilité d'obligation ne résultera pas nécessairement de ce que deux obligations sont réciproques et connexes à raison de leur origine commune (1).

« Les recueils d'arrêts, remarque M. Laurent, ne présentent aucun des exemples que les auteurs donnent soit de l'indivisibilité absolue, soit de l'indivisibilité d'obligation. Ce n'est pas que le mot d'*indivisibilité* ne se trouve souvent dans les arrêts, on peut dire qu'il s'y trouve trop souvent. La matière étant très obscure, il arrive que les tribunaux admettent des obligations indivisibles un peu à la légère. Il règne une confusion extrême dans la jurisprudence en ce qui concerne l'indivisibilité, et nous devons décidément conseiller à nos lecteurs de se défier des arrêts où ils rencontrent ce mot (2). »

344. Cette observation est malheureusement trop fondée, et voici un exemple des plus singuliers de cette facilité de la jurisprudence à admettre des cas d'indivisibilité :

(1) Cass. 12 fév. 1882, D. 82, 1, 396.
(2) T. XVII, n° 372.

Deux personnes avaient acheté ensemble un fonds de commerce; l'achat est annulé à l'égard de l'une d'elles, à raison de son incapacité personnelle; l'autre demande alors d'être relevée de son engagement et elle obtient gain de cause pour les incroyables motifs qui suivent :

« Considérant que dans les contrats synallagmatiques, chacune des parties n'entend s'engager que sous la condition des engagements pris par les autres contractants, et que les engagements pris ne sont parfaits que par la signature de toutes les parties (1). »

D'abord l'arrêt fait une confusion manifeste entre les engagements qui sont réciproques et les engagements qui sont pris ensemble d'un même côté par plusieurs personnes conjointement; c'est pour cela qu'il restreint arbitrairement aux contrats synallagmatiques la prétendue règle qu'il énonce. Or cette règle n'a jamais existé nulle part, pas plus que celle qui subordonnerait l'engagement d'une partie *à la signature* donnée par une autre s'obligeant conjointement avec elle. Les choses ne pourraient se passer ainsi qu'en vertu de la volonté constatée des parties (Voy. ci-dessus, n° 240).

Mais l'arrêt va encore plus loin :

« Considérant, dit-il, que dans l'espèce, la femme X. ne saurait être tenue d'exécuter les obligations qu'elle n'avait prises qu'en vue du concours de la femme N., qu'elle ne peut davantage rester propriétaire pour moitié d'un fonds de commerce qui est *de sa nature indivisible.* »

Ainsi donc, voilà un fonds de commerce proclamé indivisible *par nature*, c'est-à-dire non susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle, et proclamé tel, il faut le remarquer, dans la même phrase qui constate qu'il avait été acheté *pour moitié!* Ce qui revient à dire qu'on peut bien

(1) Paris, 20 déc. 1877, D. 79, 5, 293.

acheter un fonds de commerce de moitié avec un coacheteur avec qui on se trouvera dans l'indivision, mais qu'on ne peut pas en acheter la moitié, de manière à rester dans l'indivision avec le vendeur !...

Dans l'espèce, il n'y avait ni indivisibilité naturelle, ni indivisibilité conventionnelle ou d'obligation; tout ce qu'on pouvait dire, *par interprétation de la volonté des parties*, c'est que l'un des acheteurs ne s'était engagé qu'en vue du concours valable de l'autre, et ce motif suffisait pour justifier la décision.

345. Il importe de remarquer que, d'après les termes de l'art. 1218, l'indivisibilité conventionnelle résulte de la manière dont la chose a été envisagée *dans l'obligation*, ce qui ne fait pas double emploi avec ce qui est dit dans l'art. 1221 § 5, où on ne se préoccupe que de la manière dont l'objet *doit être acquitté*.

Une chose, divisible en soi, a été envisagée *dans l'obligation*, c'est-à-dire activement et passivement, comme devant être indivisible; cela signifie que, dans l'intention des parties, l'obligation ne sera susceptible de division, ni entre les héritiers du créancier, ni entre les héritiers du débiteur. En d'autres termes une obligation qui aurait dû naître avec le caractère de divisible, naîtra au contraire, par la volonté des parties, comme indivisible. Mais ce résultat obtenu et constaté, toutes les règles de l'indivisibilité naturelle devront s'appliquer aux cas d'indivisibilité conventionnelle.

Il semble donc que le législateur aurait pu se dispenser de formuler une distinction qui devient purement scholastique.

Cependant cela était utile pour empêcher de confondre cette indivisibilité *obligatione* avec ce qu'on a appelé l'indivisibilité *solutione*.

Ainsi deux copropriétaires d'un immeuble font marché, par l'un d'eux ou directement, pour des travaux à exécuter

à l'immeuble commun; l'obligation n'est ni solidaire, puisqu'il n'y a pas eu stipulation de solidarité, ni indivisible puisque les débiteurs n'ont jamais été tenus à rien autre chose qu'au paiement d'une somme d'argent pour prix des travaux(1).

Mais les parties auraient pu envisager autrement la situation : deux époux, par exemple, se reconnaissent débiteurs d'une certaine somme pour marchandises vendues et livrées; il a été jugé que l'obligation par eux contractée était indivisible, et que par suite l'épouse assignée conjointement avec son mari ne pouvait prétendre se libérer en payant la moitié de la somme réclamée, bien que la solidarité n'ait pas été stipulée (2). Nous croyons en effet qu'il y avait indivisibilité; non pas indivisibilité naturelle, puisque l'objet de l'obligation était une somme d'argent; non pas indivisibilité conventionnelle, puisque rien n'indique que l'objet a été considéré, *dans l'obligation* comme devant être indivisible, ce qui aurait empêché la division du droit aussi bien entre les héritiers du créancier qu'entre les débiteurs, mais indivisibilité simplement *solutione;* quand des marchandises sont vendues à deux époux, il est permis d'admettre que les deux époux ont été considérés comme ne faisant qu'un, c'est-à-dire que le paiement pourrait être demandé sans division aussi bien à l'un qu'à l'autre, l'obligation demeurant divisible aux autres points de vue, et devant notamment se diviser entre les divers héritiers du créancier en cas de décès de celui-ci.

346. L'indivisibilité *obligatione* ou conventionnelle n'existe qu'en vertu de la volonté des parties qu'il faut donc rechercher et constater. La difficulté ne peut donner lieu qu'à une question de fait que le juge doit résoudre d'après les circonstances, et non à une question de droit (3).

(1) Cass. 23 juin 1851, D. 51, 1, 165; LAURENT, t. XVII, n° 380.
(2) Trib. comm. Liège, 8 déc. 1887, Cl. et B., 88, 400.
(3) LAURENT, t. XVII, n° 377; Cass. belge, 29 oct. 1886, *Pas.*, 86, 1, 361.

Ainsi, il appartient aux juges de déclarer que l'engagement pris par des bailleurs de fonds de fournir les sommes nécessaires à l'exécution d'opérations sociales, ne saurait être considéré comme indivisible, ni par sa nature (ce qui est évident), ni à raison du rapport sous lequel il a été envisagé par les parties, si rien dans la cause ne vient contredire une pareille appréciation (1). La même solution devra être admise pour les conventions ayant pour objet une ouverture ordinaire de crédit. La Cour de cassation se réserve d'ailleurs le droit de vérifier si les juges du fait n'ont pas dénaturé la convention soumise à leur appréciation (Voy. ci-dessus, n° 88).

Dans le cas ci-dessus, il aurait été bien facile de trouver dans la convention produite les éléments d'une indivisibilité conventionnelle. Les juges se montrent en général moins réservés et admettent volontiers qu'il y a eu chez les parties intention de créer une indivisibilité artificielle. Nous citerons comme exemple une décision par laquelle ils ont admis que, dans l'intention commune des parties, une transaction intervenue entre divers héritiers et un tiers était indivisible en ce sens que sa rescision ne pourrait être prononcée au profit des héritiers mineurs sans que les majeurs eux-mêmes se trouvassent déliés de leurs engagements (2).

347. L'indivisibilité *obligatione* résulte donc, non de la nature intrinsèque et essentielle de la prestation due, mais de ce que le rapport sous lequel cette prestation a été considérée *dans l'obligation* ne la rend pas *susceptible de division*, car tel est le sens de la formule peu correcte de l'article 1218 qui dit improprement : ne la rend pas susceptible d'*exécution partielle*, locution qui convient mieux à l'indivi-

(1) 8 juill. 1887, S. 89, 1, 252.
(2) Cass. 3 déc. 1888, D. 91, 1, 7.

sibilité *solutione tantum*. L'accomplissement pour le tout de la prestation due, pourra donc être réclamé de l'un quelconque des coobligés. Or, un pareil résultat aurait pu être obtenu, ce semble, au moyen d'une simple stipulation de solidarité.

Mais voyons dans quelle hypothèse la question peut se poser.

Si l'on suppose qu'il s'agit d'une convention intervenue entre un seul créancier et un seul débiteur, il n'y a pas de place pour une stipulation de solidarité, et le résultat désiré ne peut être obtenu que par application de l'art. 1218.

Il faut donc supposer qu'il y a d'un côté un ou plusieurs créanciers, et de l'autre plusieurs débiteurs. Dans une telle situation qu'adviendra-t-il si la solidarité a été stipulée par le créancier entre les débiteurs? c'est que la prestation entière pourra être réclamée à l'un quelconque de ces derniers. Mais là se bornent les effets de la clause solidaire. Si le créancier vient à mourir, la solidarité stipulée n'empêchera pas la créance de se diviser entre ses divers héritiers ;

Donc

ART. 1219. La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité.

La loi veut parler de l'indivisibilité conventionnelle dont il vient d'être question dans l'article précédent. Mais si la clause de solidarité ne rend pas l'obligation conventionnellement indivisible dans le sens de l'art. 1218, ne lui imprime-t-il pas, tout au moins, le caractère de l'indivisibilité *solutione?* Pas le moins du monde; supposons le décès de l'un des débiteurs solidaires : la dette solidaire se divise entre les héritiers ; la dette qui était indivisible *solutione tantum* reste telle à l'égard des héritiers du débiteur.

Nous verrons d'ailleurs plus loin quelles sont les différences qu'il convient de reconnaître entre la solidarité et l'indivisibilité.

§ 1er. — Des effets de l'obligation divisible.

348. — Les questions d'indivisibilité sont étrangères aux cas où l'obligation existe entre un seul débiteur et un seul créancier, art. 1220.
349. — Cas où il y a plusieurs créanciers,
350. — Ou plusieurs débiteurs; la dette se divise.
351. — Exceptions apparentes résultant de l'art. 1221.
352. — Cas de l'art. 1221, § 1.
353. — Cas de l'art. 1221, § 2.
354. — Cas de l'art. 1221, § 3.
355. — Cas de l'art. 1221, § 4.
356. — Cas de l'art. 1221, § 5.
357. — Suite. Indivisibilité *solutione*.
358. — Pouvoirs reconnus au créancier par l'art. 1221.
359. — Conséquences de la divisibilité quant à la prescription.

348.

ART. 1220. L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur (*).

Il n'est pas exact de dire que la divisibilité n'a d'application qu'à l'égard des héritiers, soit du créancier, soit du débiteur. La divisibilité recevra au contraire son application chaque fois qu'il y aura pluralité des créanciers ou des débiteurs. C'est ce qui arrivera le plus ordinairement dans l'hypothèse prévue au texte, celle du décès du créancier ou du débiteur laissant plusieurs héritiers. Il en sera encore ainsi quand l'obligation ayant été contractée au profit d'un créancier unique, celui-ci a cédé sa créance à plusieurs personnes, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Mais la dissolution d'une communauté n'aurait pas pour effet de diviser de plein droit les créances et les dettes en autant de parts distinctes qu'il y a de cointéressés en partage (1).

(*) Art. 1220. — L. 33, D. 31; L. 2, C. 4, 16, *De hæred. act.*
(1) Rennes, 12 nov. 1892, D. 92, 2, 296.

Si, dès l'origine, des rapports obligatoires se sont formés au profit de plusieurs créanciers, ou à la charge de plusieurs débiteurs, on se trouve hors de l'hypothèse envisagée. Il y a eu, dès le principe, autant d'obligations différentes et distinctes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs; il n'y a jamais eu d'obligation unique qu'il soit nécessaire de diviser.

Il en sera autrement si toutes ces obligations avaient cependant un même objet reconnu indivisible.

Quand il n'y a qu'un créancier d'un côté et qu'un débiteur de l'autre, le paiement peut être réclamé et doit être effectué en entier. Il n'y a pas à soulever la question d'indivisibilité pour affirmer un tel résultat. La Cour de cassation a complétement méconnu ce point élémentaire en déclarant : qu'on doit considérer comme indivisible la demande formée contre le débiteur d'une succession vacante par le curateur et par plusieurs créanciers héréditaires, puisque le débiteur est tenu envers la succession pour la totalité de son obligation et ne pourrait se libérer en payant les créanciers séparément (1)... Mais cela prouve précisément qu'il n'y avait qu'un créancier d'un côté, la succession, et qu'un débiteur de l'autre. Il n'y avait donc pas à parler d'indivisibilité.

De ce que, dans le cas d'un seul créancier et d'un seul débiteur, il n'y a qu'une obligation unique devant être acquittée en entier, il suit :

Que les quantités de marchandises à livrer pour l'exécution d'un seul marché, doivent être délivrées par une seule expédition s'il n'y a convention contraire (2). Mais si le vendeur divise lui-même le marché en expédiant la marchandise vendue par deux navires, il n'est plus recevable à opposer à l'acheteur agissant en résiliation d'un des chargements le principe consacré par les art. 1220 et 1224 (3).

(1) Cass. 28 janv. 1891, D. 92, 1, 53.
(2) Bruxelles, 12 nov. 1879, *Pas.*, 80, 2, 140.
(3) Gand, 13 fév. 1875, *Pas.*, 75, 2, 250.

349. Lorsqu'il y a plusieurs créanciers, si l'obligation est divisible, il arrivera qu'à la place de la créance originaire unique, il y aura autant de créances distinctes qu'il y a de créanciers. Chacun des créanciers ne pourra agir que pour sa créance propre, laquelle représente précisément sa part dans la créance originaire.

Chacune des créances provenant du morcellement de la créance primitive devra être traitée comme si elle était seule, sans qu'il y ait à tenir compte de son origine, quand même elle serait invoquée dans une même procédure conjointement avec les autres créances de même provenance; il suit de là que chaque héritier peut individuellement, sans mettre en cause ses cohéritiers, et avant tout partage, obtenir, dans la proportion de sa part, le paiement des créances divisibles de la succession, et se faire délaisser, dans la même proportion, les biens meubles et immeubles divisibles (1). Mais ce dernier point est contesté (2). L'effet déclaratif d'un partage postérieur n'empêcherait pas ce résultat (3).

Il suit encore du même principe, que si plusieurs individus réclament, comme héritiers d'un créancier, une somme supérieure à 1500 fr., mais dans laquelle chacun n'a qu'une part inférieure à 1500 fr., le jugement qui interviendra sera en dernier ressort (4). La nature et la portée de cette demande collective doivent être fixées d'après la situation existant à l'époque à laquelle elle a été formée, et sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage ayant mis postérieurement la créance au lot d'un seul *cohéritier* (5).

(1) Paris, 20 mai 1892, D. 92, 2, 357; AUBRY et RAU, § 625; DEMOLOMBE, t. XVII, nos 480, 481; t. XX, nos 292, 294; Conf. Cass. 4 déc. 1866, D. 66, 1, 470.

(2) LAURENT, t. X, n° 313.

(3) Cass. 17 déc. 1870, D. 70, 1, 302.

(4) Cass. 30 juill. 1888, S. 89, 1, 414; Nancy, 3 fév. 1891, D. 92, 2, 161.

(5) Bordeaux, 17 mars 1891, D. 92, 2, 319.

350. Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, il faut pareillement décider qu'à la place de la dette originaire unique, il y aura désormais autant de dettes distinctes qu'il y a de débiteurs et chacune de ces dettes sera traitée comme si elle était seule. Par conséquent, si chacun des héritiers n'est tenu que pour une part inférieure à 1500 fr., le tribunal saisi statuera en dernier ressort, bien que la dette contractée par le défunt ait été supérieure à cette somme (1), à moins que chaque héritier n'ait été en même temps assigné hypothécairement pour le tout (2). Quant à la question de savoir comment il convient de combiner l'art. 1220 avec l'art. 883, quand une créance quoique divisée de plein droit par la force de la loi, a été mise pour la totalité au lot d'un des cohéritiers, nous l'avons déjà amplement examinée (Voy. t. V, nos 448 et suiv.).

Nous devons encore rappeler que les conventions intervenues entre les cohéritiers relativement à leur contribution dans la dette ne portent aucune atteinte aux droits du créancier qui y est demeuré étranger (3), et qui aura toujours le droit de poursuivre chacun des codébiteurs, mais pour sa part seulement dans la dette originaire. (Voy. t. V, nos 393, 396).

351. Néanmoins cette dernière règle comporte certaines exceptions apparentes, ainsi formulées :

ART. 1221. 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 indivisible;—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'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 contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement. — Dans les trois pre-

(1) Cass. 19 mars 1890, D. 91, 2, 157; Riom, 2 janv. 1888, D. 89, 2, 23.

(2) Bordeaux, 9 juin 1891, D. 92, 2, 300.

(3) Bourges, 18 janv. 1892, D. 92, 2, 272.

miers 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 cohéritiers. Dans le quatrième cas, l'héritier seul chargé de la dette, et dans le cinquième cas, chaque héritier, peut aussi être poursuivi pour le tout; sauf son recours contre ses cohéritiers (*).

La plupart des cas indiqués ci-dessus constituent ce qu'on a improprement appelé : indivisibilité *solutione*, ou indivisibilité de paiement.

Mais il résulte précisément du rapprochement des articles 1220 et 1221, que les obligations dites : indivisibles *solutione* ne sont qu'une classe des obligations divisibles; on peut dire qu'elles sont divisibles *petitione*, entre les créanciers, mais que leur paiement ne peut avoir lieu pour partie.

352. Nous allons voir du reste que les prétendues exceptions prévues par l'art. 1221 n'en sont pas.

1° *Cas où la dette est hypothécaire.*—Il est évident qu'il n'y a pas là exception au principe de la division des dettes. Une dette peut être hypothécaire sans être indivisible; l'art. 2249 § 2 le dit positivement. L'héritier qui possède le fonds hypothéqué peut être poursuivi pour le tout parce qu'il est tiers détenteur. Remarquons que le tiers détenteur pourrait aussi être poursuivi pour le tout, quand même il ne serait pas héritier du débiteur. Nous devons remarquer encore que l'hypothèque est indivisible en ce sens qu'elle existe *tota in toto, et tota in qualibet parte;* mais elle est divisible en ce sens qu'elle est susceptible d'établissement sur une simple part indivise d'un immeuble.

353. 2° *La dette a pour objet un corps certain.* — Déjà, en droit romain, il en était ainsi, quand il s'agissait de la restitution d'un tel objet dû en vertu d'un commodat, d'un dépôt, d'un louage, etc. Bien que l'obligation dérivant du contrat se divisât entre les héritiers du débiteur, il était cependant admis que celui des héritiers qui était trouvé détenteur de

(*) Art. 1221. — L. 85, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

la chose prêtée, déposée ou louée, pouvait être forcé de la restituer seul (1). Cette décision était d'autant plus logique que le demandeur aurait pu agir en revendication.

Dans tous ces cas une solution semblable devait être adoptée en droit français, et étendue à tous les autres cas où il y a dette d'un corps certain échu par le partage à l'un des héritiers. Le créancier peut réclamer le tout à l'héritier détenteur, parce qu'en réalité, quand il réclame le tout, il agit comme propriétaire. Mais le créancier peut, s'il le préfère, diviser entre les héritiers l'action naissant du contrat intervenu (2), et il n'y a alors aucune dérogation au principe de la division des dettes. S'il réclame au contraire le tout, il ne s'agit plus d'une *solutio* proprement dite, à intervenir, ni par conséquent d'une indivisibilité *solutione* comme le texte semble le donner à entendre; le demandeur doit obtenir le tout uniquement parce qu'il est propriétaire et qu'il agit comme tel en réclamant le tout à celui qui détient.

354. 3° *Dette alternative de deux choses, dont l'une est indivisible, le choix appartenant au créancier.*

La principale difficulté consiste à découvrir quelle est l'hypothèse envisagée par la loi.

Le § 3 de notre art. 1221 parle de chose indivisible; mais à quelle indivisibilité se réfère-t-il? Veut-il parler d'une chose indivisible *naturellement* ou *conventionnellement?*

Les auteurs ne posent pas la question mais raisonnent dans l'hypothèse où l'alternative porte sur deux choses, dont l'une est divisible et l'autre indivisible soit naturellement, soit conventionnellement. On prend le plus souvent comme exemple le cas d'un individu ayant promis une somme d'argent ou une servitude de passage sur son fonds au choix du

(1) Voy. L. 3, § 3, D. 13, 6, *Commodati*.
(2) POTHIER, n° 301; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 157 *bis* I; LAURENT, t. XVII, n°s 409, 410.

créancier. Le débiteur décède : si le créancier choisit la chose divisible, la dette se divisera entre les héritiers; si le créancier choisit la chose indivisible, la dette ne se divisera pas, de sorte que, dit M. Laurent : « Si la disposition n'est pas un non sens, du moins faut-il avouer qu'elle est inutile (1). »

Mais cette conclusion nous démontre seulement que le législateur n'a pas pu vouloir parler d'une véritable indivisibilité soit naturelle, soit conventionnelle. Il a seulement voulu parler d'une obligation divisible *petitione*, mais considérée comme indivisible *solutione*. Or le § 2, déjà expliqué, considérait comme indivisible *solutione*, la dette d'un corps certain. Le § 3 a simplement eu pour but d'étendre l'application du § 2, de telle sorte que la dette d'un corps certain sera indivisible (*solutione*) entre les héritiers du débiteur, soit que le corps certain ait été stipulé seul, et que par conséquent la propriété en ait été transmise par le contrat même, soit qu'il ait été stipulé, au choix du créancier, avec une autre chose divisible, une somme d'argent, et que, par suite, la propriété n'ait pu être transmise que par l'effet du choix émané du créancier.

C'est pourquoi cette solution concerne seulement le cas où le choix appartient au créancier. Car s'il s'agissait du cas où le choix appartient au débiteur, aucune difficulté ne pouvait surgir; puisque l'un des héritiers du débiteur, en offrant toute la chose, éteindrait l'obligation.

355. 4° *Un héritier du débiteur est seul chargé par le titre de l'exécution de l'obligation.*

Le titre, c'est la convention. L'héritier est seulement chargé de l'exécution. Il fera donc une avance, et il se fera rembourser de ce qu'il aura payé en sus de sa part héréditaire au moyen d'un recours contre ses cohéritiers. Ce re-

(1) T. XVII, n° 414; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 998.

cours ne pourrait lui être enlevé par son auteur qu'au moyen d'un testament.

356. 5° *L'impossibilité d'acquitter partiellement la dette résulte :*

A. *De la nature de l'engagement.* — Qu'est-ce que cela peut vouloir dire? La nature d'un engagement est d'être à titre gratuit ou intéressé, unilatéral ou synallagmatique, pur et simple ou affecté de modalités, le tout quel que soit son objet. Or, l'indivisibilité, dans toutes ses applications, ne concerne que l'objet des obligations. Donc, *a priori*, il est impossible de comprendre comment la *nature* d'un engagement pourrait influer sur l'acquittement divisible ou indivisible de son objet. C'est ce qui explique que les exemples donnés par les auteurs se rapportent plutôt à l'objet ou à la fin de l'engagement qu'à sa nature. Ceux qui font cette remarque estiment cependant qu'on peut citer, comme étant indivisible *solutione*, par la nature de l'engagement, l'obligation alternative, en ce sens que l'indivisibilité du choix subsistant après la mort du débiteur comme avant, ses héritiers ne peuvent offrir au créancier que l'une des choses en entier (1). Mais cet exemple lui-même, comme toute la théorie des obligations alternatives, se rapporte uniquement à la détermination de l'objet, indépendamment de la nature de l'engagement.

B. *De la chose qui fait l'objet de l'engagement.* — Évidemment il ne s'agit pas de choses absolument indivisibles, car ce cas est réglé par l'art. 1217; ni de choses conventionnellement indivisibles, car ce cas est réglé par l'article 1218. Il faut donc chercher d'autres cas d'application. On cite en général comme exemples pouvant élucider la règle, le cas où l'obligation porte sur des choses qui, bien que divisibles, ne forment qu'un seul tout; par exemple un attelage de deux ou de quatre chevaux, un immeuble affermé

(1) DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 580; LAURENT, t. XVII, n° 418.

formant un corps de domaine constitué de manière à ne pouvoir être démembré dans l'exploitation, etc. On suppose que le vendeur ou le bailleur décède laissant plusieurs héritiers, et on fait remarquer que l'un des héritiers ne serait pas reçu à offrir pour se libérer, sa part divise ou indivise. Sans doute : mais cet attelage, ce domaine se trouvent entre les mains de l'un des héritiers qui peut être poursuivi pour le tout en vertu du § 2 de l'art. 1221 lui-même, de sorte que pour donner une portée spéciale à la règle que nous examinons, il faut supposer qu'il s'agit d'un attelage ou d'un héritage indéterminé (1). L'hypothèse est impossible à concevoir pour un domaine; comment imaginer la vente ou le bail à ferme d'un domaine *indéterminé!*

Il est plus facile de comprendre la vente ou la location d'un attelage indéterminé. Mais on peut généraliser cet aperçu et les auteurs en effet citent l'exemple d'une chose due *in genere*. Le créancier pourra évidemment s'adresser à l'un des héritiers du débiteur pour lui réclamer l'exécution de l'obligation pour le tout. Il est en effet manifeste que le créancier d'un cheval promis *in genere* n'a pas entendu que les héritiers de son débiteur eussent la possibilité de se libérer en lui transférant des droits indivis dans trois ou quatre chevaux différents. Il pourra donc poursuivre chaque héritier pour le tout.

Il ne saurait y avoir de difficulté sur la légitimité d'une telle solution. Mais, en la produisant, il convient de le remarquer, les auteurs prétendent fournir un exemple d'indivisibilité *solutione tantum*..... Cependant si c'est le créancier d'un cheval *in genere* qui, ayant le choix, décède laissant plusieurs héritiers, l'un de ces derniers ne pourrait pas, en consentant à recevoir du débiteur le transfert d'une part indivise dans un cheval quelconque, imposer son choix aux autres. Donc

(1) LAURENT, t. XVII, n° 418.

en pareille hypothèse un héritier ne peut pas agir séparément ni pour sa part, ni pour le tout, c'est-à-dire que la créance est également indivisible *petitione*. Ce qui revient à reconnaître que les obligations génériques rentrent plutôt dans la formule de l'art. 1218 qui fait dépendre l'indivisibilité du rapport sous lequel la chose a été envisagée *dans l'obligation*, c'est-à-dire activement et passivement. Par conséquent, le champ d'application de l'art. 1221 5°, en tant qu'il prévoit une impossibilité d'acquittement partiel résultant *de la chose qui fait l'objet de l'engagement*, est tellement restreint, qu'on peut le considérer comme n'existant pas.

357. C. *De la fin qu'on s'est proposée dans le contrat.* — On donne ordinairement pour exemple le cas où on a stipulé le paiement d'une somme d'argent suffisante pour permettre au créancier l'exercice, à jour fixe, d'un droit de réméré, ou pour mettre fin à la contrainte par corps qu'il subit à l'occasion d'une dette résultant d'un délit par lui commis. Dans ces hypothèses et autres semblables, l'obligation demeure divisible *petitione*, et elle est seulement indivisible *solutione*.

C'est le juge du fait qui décidera, en cas de difficulté, si les parties ont entendu établir une indivisibilité *obligatione*, ou une indivisibilité *solutione tantum*.

Pour que l'obligation soit indivisible conventionnellement, il faut, répétons-le, que la prestation qui en forme l'objet ait été considérée *dans l'obligation*, c'est-à-dire activement et passivement, comme ne pouvant recevoir une exécution partielle.

Pour que l'obligation soit indivisible *solutione tantum*, il faut que l'intention du contractant sur ce point soit dégagée par le juge. Mais le juge n'a pas le droit de dégager cette intention d'un élément quelconque. La loi déclare limitativement que cette intention résulte uniquement :

1° De la nature de l'engagement ; nous savons ce que vaut cette formule ;

2° De la chose qui en fait l'objet, ce qui n'a presque aucune portée pratique ;

3° De la fin qu'on s'est proposée dans le contrat ; c'est la source la plus ordinaire de l'indivisibilité de paiement.

Les juges ne pourraient donc pas faire résulter d'une autre circonstance la preuve que l'intention des parties a été d'établir une telle indivisibilité. Ils ne pourraient pas surtout faire résulter cette intention de ce fait que le contrat envisagé a été conclu *intuitu personæ*. Ainsi, une Cour, après avoir décidé que chacun des membres d'une société musicale ayant un but de pur agrément, n'est tenu que pour sa part et portion virile du loyer des lieux qu'elle occupe, ajoute : Il en serait autrement s'il résultait de l'intention des parties qu'elles ont entendu rendre indivisibles les obligations du bail entre les divers copreneurs individuellement connus et désignés, avec lesquels le bailleur aurait traité *intuitu personæ* (1) ! Mais quel rapport peut-il y avoir entre cette dernière circonstance et le point de savoir si chacun des preneurs est tenu pour le tout?

358. L'art. 1221 donne au créancier le droit de poursuivre pour le tout, tantôt l'un des héritiers, tantôt chaque héritier, ce qui rapproche l'indivisibilité de paiement de l'indivisibilité proprement dite, et l'héritier poursuivi ne pourra mettre ses cohéritiers en cause dans le but de faire diviser la condamnation.

Quant aux héritiers du créancier, nous savons que l'indivisibilité de paiement n'a pas d'effet à leur égard et qu'ils restent soumis à la règle générale qui est la division. C'est pour ce motif que les obligations qui présentent la particularité d'une indivisibilité de paiement ne sont pas appelées

(1) Nîmes, 4 juin 1890, D. 91, 2, 163.

indivisibles par la loi et font au contraire partie de la classe des obligations divisibles.

359. Dans les obligations divisibles en général, la division qui se produit amène ce résultat forcé que l'interruption ou la suspension n'a d'effet qu'en faveur du créancier qui l'a opérée, ou du chef duquel elle a eu lieu; il en est ainsi même dans le cas où l'obligation divisible dont il s'agit, se trouverait être, en même temps, indivisible *solutione*.

De même et pour identité de motifs, l'interruption de la prescription ne saurait produire effet qu'à l'égard du débiteur contre qui elle a été opérée, peu importe que l'obligation divisible dont il s'agit ne soit pas ou soit en même temps indivisible *solutione*. La solution contraire donnée par l'article 2249 ne concerne que les obligations qualifiées d'indivisibles par la loi elle-même, c'est-à-dire indivisibles naturellement ou conventionnellement (1).

§ 2. — Des effets de l'obligation indivisible.

360. — Conséquences de l'indivisibilité par rapport aux débiteurs, art. 1222 et 1223.
361. — Conséquences par rapport aux créanciers, art. 1224. Remise partielle de la dette par l'un des créanciers.
362. — Remise accordée à l'un des débiteurs.
363. — Droit de l'assigné d'appeler en cause ses codébiteurs, article 1225.
364. — Cas où les débiteurs d'une chose indivisible sont en même temps tenus solidairement.
365. — Comparaison de l'indivisibilité avec la solidarité.

360. Il s'agit uniquement des obligations qui sont indivisibles soit naturellement, soit conventionnellement, et par conséquent aussi bien à l'égard des divers créanciers que des divers débiteurs.

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 161 *bis* III; LAURENT, t. XVII, n° 423; *Contrà*, AUBRY et RAU, § 301, texte et note 45.

La loi s'occupe d'abord des débiteurs :

ART. 1222. 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. 1223. Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation (*).

C'est là une conséquence forcée de cette circonstance que la prestation due au créancier, ne peut, soit à raison de sa nature, soit à raison du rapport sous lequel elle a été envisagée, recevoir une exécution partielle.

L'obligation indivisible est due *in totum sed non totaliter*, c'est-à-dire que chaque créancier pourra demander le total et que chaque débiteur devra payer le total, non pas parce qu'il s'est obligé pour le tout, mais parce que, à cause de l'indivisibilité de l'objet, l'un ne peut pas réclamer et l'autre ne peut pas payer une part isolée.

De ce que l'obligation indivisible se trouve, en fait, prestable *in totum*, il suit que le paiement fait par un seul libère tous les autres.

Il suit du même aperçu que l'interruption de la prescription opérée par l'un des créanciers profite à tous les autres, et que la même interruption opérée contre l'un des débiteurs conserve les droits du créancier contre tous (art. 2249). Cela revient à dire qu'une obligation qui ne peut être ni exigée ni payée partiellement, ne peut être partiellement prescrite. Il serait absurde en effet qu'une demande qui peut et doit être formulée utilement pour le tout par un seul créancier ou contre un seul débiteur, ne pût, au point de vue de la prescription, produire d'effet utile que pour partie.

La même solution doit être admise en cas d'une suspension de la prescription au profit d'un seul des créanciers. Cette suspension profitera également à tous.

Enfin l'inexécution de l'obligation indivisible est imputable

(*) Art. 1223. — L. 192, in pr., D. 50, 17, *De divers. reg. jur.*

à tous les débiteurs, quand même ils ne seraient pas tous en faute.

Mais comme l'obligation n'est pas due *totaliter* par chaque débiteur; comme c'est seulement à cause de l'impossibilité d'une exécution partielle que chaque débiteur peut être recherché pour le tout, il en résulte que si la prestation devient divisible, chaque débiteur ne sera tenu que pour sa part, et par suite chaque créancier ne pourra exiger que sa part. Ainsi on a pu juger, en ce sens, qu'une obligation de faire se résolvant en dommages-intérêts, est, ou plutôt devient divisible de sa nature (1). Mais il ne faut pas équivoquer. Cette obligation de faire apparaît d'abord comme indivisible; appréciée en soi, elle comporte une évaluation possible, et vaut par exemple 1000 fr. En cas d'inexécution ou de retard, il faudra ajouter les dommages qui en résultent, ce qui portera à 1,500 fr., on le suppose, l'indemnité totale à payer; c'est cette indemnité qui sera divisible après la condamnation qui en aura fixé le montant; d'où, comme nous le verrons bientôt, le droit pour le débiteur de mettre en cause ses codébiteurs pour faire diviser entre eux cette condamnation (art. 1225).

361. Ce que nous avons dit des débiteurs est également vrai des créanciers. Ils sont créanciers *in totum*, mais aucun ne l'est *totaliter;* ce qui conduit à faire les précisions suivantes :

ART. 1224. Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation 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 (*).

Ce sont des exemples que donne la loi. La règle générale est que chaque créancier ou chaque héritier du créancier

(*) Art. 1224. — L. 18 §, D. 46, 3, *De solut. et liber.*
(1) Cass. Belge, 1er juill. 1880, *Pas.*, 80, 1, 259.

originaire ne peut seul disposer de la totalité de la créance, non seulement à l'aide des moyens énoncés au texte, mais encore à l'aide de tout autre moyen, par novation, par exemple, en transformant une dette indivisible en une dette divisible.

Ces actes de disposition ne seraient donc pas opposables aux autres créanciers qui conserveraient le droit de réclamer la dette entière. Mais ils produiraient un effet utile à concurrence de la part d'intérêt qu'avait dans la créance celui de qui ils émanent. Ainsi la prestation devra toujours avoir lieu en entier, puisqu'on suppose qu'elle ne peut être faite partiellement. Il s'agit, par exemple, d'une maison à construire, l'un des créanciers fait remise au débiteur ; l'autre créancier pourra exiger l'exécution totale de l'engagement, mais il devra rembourser au débiteur la valeur à laquelle son cohéritier aurait eu droit.

En réalité, il n'y a rien de changé dans la situation respective des parties. Chacun des créanciers pouvait réclamer la prestation entière. Mais celui qui l'a obtenue ne peut en conserver pour lui le bénéfice exclusif; il devra faire aux autres compte de leur part, comme le copropriétaire d'une chose indivise qui devient seul adjudicataire sur licitation. Or, il importe peu qu'il fasse compte de ce qu'il garde en sus de sa part, à ses cocréanciers ou au débiteur qui a reçu une remise partielle.

Mais une remise partielle suppose qu'il s'agit d'une chose susceptible d'être au moins divisée intellectuellement, *in partes quotas*, susceptible par conséquent d'être diminuée ou augmentée d'un tiers, d'un quart, etc. Or il n'en est pas ainsi des choses incorporelles indivisibles. Ainsi un individu s'est obligé à établir sur un fonds qu'il se propose d'acquérir une servitude de passage au profit du fonds d'un voisin. Ce dernier meurt laissant plusieurs héritiers : l'un d'eux fait remise, en ce qui le concerne, du droit de réclamer l'éta-

blissement de la servitude promise, les autres pourront exiger cet établissement sans être tenu de payer aucune indemnité, car le passage qui leur est dû demeure exactement ce qu'il était, et ne se trouve pas augmenté par le fait de la remise qui a eu lieu.

362. Supposons maintenant que c'est le débiteur qui décède laissant plusieurs héritiers, et que remise soit faite à l'un d'eux par le créancier. Le Code ne prévoit pas le cas, mais il paraît juste d'appliquer par analogie, avec le tempérament qui vient d'être indiqué, la disposition de l'art. 1224 où il s'agit de la remise faite par l'un des créanciers.

Par conséquent, s'il s'agissait d'une servitude de passage, la remise qui serait faite à un seul des débiteurs, ne procurant aucun profit aux autres, ne produira en réalité d'autre effet que de libérer celui qui l'a obtenue. Mais dans les autres hypothèses, les débiteurs non libérés pourront se faire tenir compte de l'estimation de la part pour laquelle ils auraient pu recourir contre leur codébiteur libéré. On pourrait objecter qu'ils exciperont en ce cas du droit d'un tiers. Mais si une telle exception n'était pas admise, il en résulterait que la remise demeurerait sans effet pour celui-là même qui l'aurait obtenue. Or, cette conséquence est repoussée par l'art. 1224 pour le cas où un seul créancier a fait la remise, on doit la repousser aussi, pour motifs analogues, dans le cas qui nous occupe. Il est d'ailleurs de l'intérêt du débiteur poursuivi de mettre ses codébiteurs en cause, et alors le codébiteur lui-même excipera de la remise qui lui a été faite (1).

363. Le codébiteur poursuivi a en effet ce droit auquel il a déjà été fait allusion :

ART. 1225. L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses

(1) Voy. MOLITOR, *Oblig.*, n° 269.

cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers (*).

Cette faculté n'a rien de commun avec l'exception dilatoire qui, d'après l'art. 175, C. pr. civ., peut être opposée par tout défendeur qui prétend avoir le droit d'appeler une personne en garantie. Si, en effet, le débiteur actionné a le droit de mettre en cause ses codébiteurs, *c'est afin qu'ils soient condamnés conjointement avec lui à exécuter l'obligation* (1), et le créancier porteur d'un titre exécutoire contre tous, s'adressera à qui il voudra pour réclamer l'exécution.

Le débiteur assigné ne se trouvera donc en définitive tenu pour le tout que dans deux cas où il conservera encore son recours contre ses codébiteurs :

1° Lorsqu'il n'a pas appelé ses codébiteurs en cause;

2° Lorsque l'objet de l'obligation est tel qu'il est exclusivement au pouvoir du débiteur assigné de l'exécuter.

Mais cette deuxième hypothèse est devenue extrêmement rare depuis que les droits réels s'établissent par le seul effet du consentement (Voy. ci-dessus, n° 100). Elle ne pourra se réaliser que dans le cas, peu probable, où le défunt a promis un droit de servitude précisément sur la propriété de l'un de ses héritiers et encore dans des conditions où l'acceptation de la succession par ce dernier n'entraînerait pas la création immédiate de la servitude. Sauf ce cas chimérique, si le débiteur met en cause ses codébiteurs, la condamnation se divise.

364. Il en serait cependant autrement si les débiteurs d'une chose indivisible s'étaient en même temps engagés

(*) Art. 1225. — L. 11, § 23, D. 32, *De leg.*

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 160 *bis* I et II; MARCADÉ, sur l'art. 1225; DURANTON, t. XI, n°s 303 et suiv., 311; AUBRY et RAU, § 301, texte et note 19; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 601; LAURENT, t. XVII, n° 392; BAUDRY-LACANTINERIE, t. II, n° 1001.

solidairement. Les termes de l'art. 1222 admettent l'hypothèse. Le débiteur assigné devrait alors être condamné pour le tout envers le créancier, puisque le bénéfice de division n'existe pas dans notre droit. Les codébiteurs pourront encore être mis en cause, mais ce ne sera plus dans le but de faire prononcer contre eux une condamnation directe qui ne peut intervenir que contre le débiteur assigné. Ce sera seulement pour que, dans la même instance, il soit statué sur le recours que le codébiteur solidaire assigné pourra exercer contre ses codébiteurs (1). Les codébiteurs pourraient être mis en cause dans le même but, au cas où la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le débiteur assigné.

Remarquons enfin qu'en matière indivisible l'appel interjeté par l'un des cointéressés doit profiter aux autres (2).

365. Il est permis de conclure de tout ce qui précède que la théorie de l'indivisibilité ne remplit plus aujourd'hui le cadre que lui avaient tracé les anciens interprètes, et que le législateur a eu tort de conserver des distinctions et des formules qui ne sont plus en harmonie avec les décisions modernes concernant la constitution des droits réels.

L'obligation indivisible et l'obligation solidaire présentent cette analogie, que lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, le créancier peut s'adresser à un quelconque d'entre eux pour obtenir de lui un paiement intégral (art. 1203, 1222).

Mais le droit du créancier d'agir ainsi pour le tout, ne dérive pas, dans les deux cas, de la même source.

La solidarité dérive du titre même en vertu duquel les débiteurs sont obligés, c'est-à-dire d'une convention, d'un testament ou d'une disposition légale. Or on n'aperçoit aucune

(1) Voy. MOLITOR, *loc. cit.*, n° 269.

(2) Cass. 14 nov. 1892, D. 93, 1, 357; Liège, 1er fév. 1888, *Pas.*, 88, 2, 133.

raison pour ne pas appliquer, en cas de solidarité, le principe de la division des droits actifs et passifs.

Donc l'obligation solidaire doit se diviser entre les divers héritiers du créancier, chacun ne peut demander que sa part dans la dette; elle doit se diviser aussi entre les héritiers du débiteur, chacun n'en doit être tenu que pour sa part.

L'indivisibilité au contraire résulte d'une certaine manière d'être de la prestation à accomplir, laquelle, soit à raison de sa nature, soit à raison du rapport sous lequel elle a été envisagée dans l'obligation, n'est pas susceptible d'exécution partielle. Or ce caractère de la prestation ne change pas après le décès du créancier ou après le décès du débiteur; il demeure le même, c'est-à-dire indivisible. Donc l'obligation ne se divisera ni entre les héritiers du créancier, ni entre les héritiers du débiteur; un seul pourra demander le total ou sera tenu pour le total (art. 1223, 1224 1°).

Elle ne se divisera pas parce qu'il y a quelque chose qui met obstacle à toute division, c'est la nature reconnue ou admise de la prestation à effectuer. Donc, si la nature de cette prestation est transformée, si elle est convertie en une prestation divisible, par exemple en une dette de somme d'argent, rien ne s'opposera désormais à ce que la division s'opère entre les divers débiteurs (1). Chaque débiteur en effet n'était en réalité tenu que pour sa part, et c'est uniquement à raison de l'impossibilité naturelle ou conventionnelle dans laquelle il se trouvait de prester seulement sa part, qu'il était dans la nécessité de prester la totalité.

Dans l'obligation solidaire il en est autrement. Chacun des obligés est réellement débiteur pour le tout; donc tout changement survenu dans l'objet de la prestation à fournir demeure indifférent, et la dette est toujours solidaire.

Donc encore un débiteur solidaire poursuivi parce qu'il

(1) Cass. 14 juin 1887, D. 88, 1, 19.

doit le tout, ne saurait demander la mise en cause de ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation (art. 1204), alors qu'une telle faculté appartient à celui qui se trouve engagé dans une dette simplement indivisible (art. 1225).

La mise en demeure de l'un des débiteurs solidaires constitue les autres en demeure; c'est une conséquence de l'unité d'obligation créée par la clause solidaire. Il n'en est pas de même dans les cas d'indivisibilité où il n'y a pas unité d'obligation.

Il suit de là que la perte de la chose survenue par la faute ou pendant la demeure de l'un des débiteurs solidaires, laisse subsister l'obligation à l'égard des autres qui demeurent solidairement tenus du prix de la chose. Dans le cas au contraire d'une obligation indivisible, la perte de la chose causée par l'un des débiteurs opère à l'égard des autres comme le ferait un cas fortuit.

La loi assimile les obligations solidaires et les obligations indivisibles en ce qui concerne l'interruption de la prescription. Mais, remarque M. Laurent, il reste une différence lorsque l'interruption se produit à l'égard des héritiers. L'interpellation faite à l'un des héritiers d'un débiteur solidaire (entre lesquels la dette se divise) n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, si l'obligation n'est indivisible (art. 2249 2°). Pour la suspension il y a controverse (1). Nous reviendrons sur ces difficultés à propos de l'art. 2249.

SECTION VI.

Des obligations avec clauses pénales.

366. — But et caractère de la clause pénale, art. 1226, 1229 § 1.
367. — En quoi peut consister l'objet de la clause pénale.
368. — Son caractère accessoire; conséquence en cas de nullité soit

(1) Voy. LAURENT, t. XVII, n° 404.

de l'obligation principale, soit de la clause pénale, article 1227.

369. — Utilité de la clause pénale quand l'inefficacité de l'obligation principale provient d'une absence d'intérêt chez le créancier.

370. — Comparaison entre l'obligation avec clause pénale et l'obligation conditionnelle.

371. — Même comparaison avec l'obligation alternative ou facultative.

372. — Du choix en cette matière, art. 1228.

373. — De la peine stipulée pour simple retard, art. 1229 § 2.

374. — De la peine ajoutée à une transaction, à un compromis, à un partage;

375. — A la confirmation d'une convention annulable.

376. — La clause pénale ne doit pas être confondue avec la *mulcta pœnitentialis* ou clause de dédit.

377. — Quand est encourue la peine stipulée, art. 1230; de la demeure du débiteur.

378. — Effets de cette mise en demeure.

379. — Effets de l'exécution partielle de l'obligation principale, article 1231.

380. — Cas d'indivisibilité, art. 1232, 1233.

366. La clause pénale, en droit romain, avait une importance particulière dans les stipulations ayant pour objet l'accomplissement ou l'abstention d'un fait; elle empêchait que la quotité de l'intérêt du stipulant ne demeurât incertaine, ce qui, dans le principe, au moins d'après une opinion plausible, aurait entraîné la nullité de telles stipulations; de plus elle dispensait le créancier d'établir le dommage par des preuves spéciales (1). La clause pénale était encore fort utile, même quand il ne s'agissait pas d'un fait ou d'une abstention, pour éviter toute difficulté sur la fixation du montant des dommages. En effet dans les actions *stricti juris*, le *juramentum in litem* n'était pas admis (2), et cependant il fallait rigoureusement prouver le *quantum* réclamé des dommages-intérêts.

(1) GAIUS, III, § 92, 93; JUST. *Inst.*, lib. III, t. XV, § 7.

(2) L. 5, D. 12, 3, *De in litem jur.*

Par conséquent, en droit romain la clause pénale avait réellement pour objet d'assurer au créancier l'exécution de l'obligation, car elle seule garantissait à ce dernier, dans les *negotia stricti juris*, un dédommagement complet en cas d'inexécution. C'est ce qui explique l'usage si fréquent de la clause pénale en droit romain, et c'est évidemment une réminiscence de cette pratique qui a conduit le législateur moderne à donner de la clause pénale la définition suivante :

ART. 1226. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour *assurer* l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution (*).

Mais ce point de vue n'est plus aujourd'hui également vrai. En droit français la clause pénale n'ajoute, en principe, aucune force à l'obligation. Elle a seulement pour but de fixer à l'avance et irrévocablement le chiffre des dommages et intérêts ; elle n'est jamais indispensable pour que ceux-ci puissent être exigés, et elle ne crée pas un droit nouveau pour le créancier.

Aussi le véritable caractère de la clause pénale se trouve-t-il indiqué plutôt dans le texte qui suit :

ART. 1229, § 1. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

En cas d'inexécution de ses engagements, le débiteur doit des dommages-intérêts *compensatoires;* en cas de retard, il doit des dommages-intérêts *moratoires*. Dans les deux cas, ces dommages-intérêts peuvent être évalués à l'avance au moyen d'une clause pénale.

Il faut noter que cette estimation à forfait des dommages-intérêts, constitue en même temps un moyen indirect de contrainte. Ce moyen est analogue à celui que procure la possibilité de demander la résolution en cas d'inexécution ; il consiste en effet dans la menace d'exiger la peine si l'exécution n'est pas fournie. Il est vrai, qu'en pareil cas, le créan-

(*) Art. 1226. — L. 71, L. 137, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

cier a toujours à son service la menace des dommages-intérêts, mais encore faut-il, avant de les obtenir, poursuivre le fait principal. Ce n'est qu'à la dernière extrémité, et s'il y a impossibilité d'avoir la chose, que l'obligation se transforme en dette d'indemnité. Or, la clause pénale crée une sorte d'alternative portant sur la peine et sur l'objet de la dette, de sorte que le créancier, lorsque les conditions mises à l'ouverture de son droit sont acquises, a le choix entre les deux facultés qui lui sont offertes; par conséquent, il peut d'emblée exiger la peine, et l'on comprend que cette mesure puisse agir à l'égard du débiteur comme moyen de contrainte à l'effet de l'obliger à payer ce qu'il doit (1).

367. Cette peine, pour parler comme l'art. 1226, consiste *en quelque chose à quoi s'engage* le débiteur en cas d'inexécution. Ce quelque chose sera le plus ordinairement une somme d'argent; ce pourrait être aussi un objet matériel, autre qu'une somme d'argent, à procurer au créancier; ce pourrait aussi être *un fait* à produire. Mais si le créancier a simplement stipulé un fait à accomplir en cas d'inexécution de l'obligation principale, il n'aura pas beaucoup amélioré sa condition vis-à-vis de son débiteur, car si le fait réclamé à titre de peine n'est pas produit, il faudra procéder à l'évaluation, comme à l'ordinaire, de dommages-intérêts devant en représenter l'importance. Donc celui qui stipule un fait à titre de peine, en cas d'inexécution d'une obligation principale, fera bien de stipuler en même temps une somme fixe à titre de dommages, pour le cas où le fait promis comme peine ne serait pas accompli.

La peine convenue peut également consister dans une déchéance. Ainsi il a été jugé qu'une compagnie d'assurance peut valablement stipuler qu'en cas de non paiement de la prime dans les délais fixés par sa police, l'assuré serait déchu

(1) Voy. SALEILLES, *loc. cit.*, n° 295.

du bénéfice de l'assurance et ne pourrait réclamer aucune indemnité à raison des sinistres qu'il subirait, tout en demeurant tenu du paiement de la prime échue (1). On n'a pas manqué d'objecter que le paiement de la prime devenait alors sans cause (2); mais, dans une affaire où il s'agissait d'une compagnie téléphonique, on a répondu avec raison que le prix d'abonnement est alors dû, non à titre de contre-prestation, mais pour indemniser la compagnie du préjudice résultant du retard apporté par l'abonné à l'exécution de ses engagements (3).

368. En quoi qu'elle consiste, la clause pénale apparaît comme une convention secondaire et accessoire impliquant l'existence d'une convention primitive et principale. On conçoit donc que le sort de l'obligation résultant de la convention principale influe sur la convention accessoire; c'est ce que déclare le législateur :

ART. 1227. La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale (*).

Les deux obligations dont il s'agit, ou plutôt les deux conventions, peuvent être insérées dans le même acte ou dans deux actes distincts; mais, dans tous les cas, chacune d'elles doit satisfaire aux conditions requises pour sa validité par l'art. 1108; ce n'est qu'à cette condition qu'il y aura deux conventions, l'une principale et l'autre accessoire. Il ne s'agit pas en effet de deux clauses différentes pouvant être insérées dans une même convention, mais de deux conventions bien distinctes dans leurs éléments constitutifs.

L'une de ces conventions étant considérée comme principale par rapport à l'autre, il est facile de comprendre que la

(*) Art. 1227. — L. 129, § 1, L. 135, D. 50, 17, *De div. reg. jur.*
(1) Cass. 6 mai 1891, D. 92, 1, 318.
(2) Note de M. PONCET sur l'arrêt précité.
(3) Trib. Bruxelles, 2 juill. 1890, *Pas.*, 90, 3, 326.

nullité de la clause pénale, considérée comme accessoire, n'exerce aucune influence sur le sort de l'obligation principale. Le créancier, en cas d'inexécution, sera soumis au droit commun qui régit les dommages-intérêts (1).

Au contraire il est rationnel que la nullité de la convention principale entraîne celle de la clause pénale.

Par conséquent la convention qui aurait pour objet, soit une promesse de mariage, soit une séparation de corps amiable, soit une succession future, soit une coalition pour nuire à une adjudication (2), etc., étant nulle, serait pareillement nulle la clause pénale stipulée contre celui qui n'exécuterait pas une telle convention, puisque cette inexécution, commandée par la loi, ne peut donner lieu à aucuns dommages.

Précisément à cause de cela, si l'obligation principale donne lieu à des dommages-intérêts, à raison même du fait qui en entraîne la nullité, comme dans le cas où la chose d'autrui a été vendue à un acheteur de bonne foi (art. 1599), une clause pénale pourra déterminer à l'avance le montant de ces dommages. Ce n'est là qu'une application de la règle générale de l'art. 1229 portant que *la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts*..... application qui se traduit par une *limitation* de l'art. 1227 1°, plutôt que par une *exception* véritable.

369. Tous les auteurs, suivant en cela l'opinion de Pothier (3), enseignent qu'il y a au contraire une véritable exception quand la nullité de l'obligation principale provient uniquement de ce que le créancier n'ayant aucun intérêt pécuniaire à son exécution, n'a pas d'action contre le débiteur pour le contraindre à prester ce qu'il a promis. Dans ce cas, dit-on, l'addition d'une clause pénale, en faisant disparaître

(1) Paris, 27 juin 1889, D. 90, 2, 206.
(2) Cass. 13 janv. 1879, D. 79, 1, 77.
(3) *Oblig.*, n°s 338 et 339.

ce vice, rend valable l'obligation principale. Ainsi, on peut promettre ou stipuler pour autrui, en ajoutant à la promesse ou à la stipulation une clause pénale. Nous avons déjà développé cette solution. (Voy. *suprà*, n° 45). Il nous reste néanmoins des doutes sérieux, non sur la solution en elle-même mais sur la légitimité des aperçus qui prétendent l'expliquer.

Ainsi, un individu promet le fait d'autrui ; il promet, par exemple, qu'un tel entreprendra pour vous un voyage. Aucune obligation ne résulte d'un tel pacte. Or, dit-on, si le promettant ajoute qu'il vous paiera telle somme si le tiers désigné n'entreprend pas le voyage dont il s'agit, « l'obligation inutile d'abord devient utile par *cette clause pénale* qui fait plus alors que d'en resserrer le lien puisqu'elle le crée et le constitue (1). »

Mais il n'y a pas là de *clause pénale;* dans l'espèce posée nous trouvons deux conventions, d'abord une principale contenant promesse du fait d'un tiers ; cette convention est inefficace à tous les points de vue. Survient alors une deuxième convention par laquelle le promettant s'oblige à payer une somme si le fait promis n'est pas presté. Cette seconde convention n'ajoute aucune force à la première. Il est de règle en effet que le créancier au lieu de demander la peine stipulée peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale (article 1228). Or, dans le cas examiné, le créancier ne peut réclamer que la somme promise, le premier engagement demeurant toujours inefficace : donc par la force des choses, il n'y a plus là obligation pénale; la prétendue peine est dans ce cas une nouvelle obligation aussi principale que la première dont elle prend la place. Les auteurs n'hésitent pas à reconnaître qu'il en est ainsi, c'est-à-dire qu'il n'y a plus véritablement clause pénale, quand il a été convenu que le débiteur, une fois mis en demeure, ne devra pas autre chose que la somme promise

(1) DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 640.

à titre de peine (1) (*infrà*, n° 372); pourquoi en serait-il autrement quand ce résultat, au lieu de se produire en vertu d'une convention formelle, dérive d'une convention tacite imposée par la force des choses ? Le même raisonnement doit être étendu sans difficulté aux stipulations pour autrui.

Il importe peu d'ailleurs que les parties se soient ou ne se soient pas servi du mot *peine*, ou *clause pénale;* il peut en effet y avoir clause pénale quoique les parties n'aient pas employé cette expression ou autre équivalente (2); à l'inverse il peut ne point y avoir clause pénale, quoique les parties aient usé mal à propos de cette formule. Le juge du fond doit apprécier leur intention d'après les circonstances.

370. Ce qui achève de rendre palpable la démonstration que nous venons de produire, c'est le rapprochement qu'il est facile de faire entre l'obligation avec clause pénale et l'obligation conditionnelle. Quoique la peine soit seulement due sous la condition que l'obligation principale ne soit pas remplie, le droit du créancier n'en est pas moins actuel et certain en ce qui touche l'obligation principale dont il peut toujours poursuivre l'exécution. Au contraire, dans le cas où un individu a promis qu'un tiers ferait dans votre intérêt un certain voyage, avec engagement de vous payer certaine somme si le voyage promis n'est pas effectué, tous les effets de la convention sont tenus en suspens, tant que la condition n'est pas accomplie (3).

371. On peut encore rapprocher l'obligation avec clause pénale des obligations alternatives et des obligations dites facultatives.

Dans l'obligation alternative il n'y a qu'une obligation;

(1) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 164 *bis;* MARCADÉ, sur l'art. 1228; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 652; LAURENT, t. XVII, n° 445; Paris, 24 mars 1877, D. 78, 2, 187.

(2) LAURENT, t. XVII, n°s 424, 426, 427.

(3) Voy. TOULLIER, t. III, 2, n° 804; LAURENT, t. XVII, n° 431.

dans l'obligation sous clause pénale, il y en a deux : l'une principale et l'autre accessoire. Si l'objet principal vient à périr sans la faute du débiteur, la peine cessera d'être due, car là où il n'y a pas d'obligation principale, il n'en saurait exister d'accessoire.

Enfin, il y a cette différence entre l'obligation avec clause pénale et l'obligation facultative, que dans cette dernière le débiteur a toujours le choix, tandis que, dans la clause pénale, une fois que la peine a été encourue, le choix appartient au créancier et jamais au débiteur.

372. C'est ce qui est exprimé par la règle suivante :

ART. 1228. Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale (*).

La stipulation d'une clause pénale n'emporte pas, en effet, renonciation au droit de poursuivre l'exécution ou, s'il y a lieu, la résolution de la convention (art. 1184). Le créancier conserve tous les droits dérivant pour lui de son contrat (1). Les parties pourraient cependant déroger à cette règle, et convenir valablement que le débiteur, une fois en demeure, ne devra pas autre chose que la peine. Mais, ainsi que nous l'avons déjà fait observer ci-dessus (n° 369), elles sortiront alors du domaine de la clause pénale. Elles auront en réalité substitué une deuxième obligation à la première pour le cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution de celle-ci; elles auront fait une novation conditionnelle (2).

373. Sauf le cas d'exécution partielle, le juge ne peut ni augmenter ni diminuer la peine convenue.

En effet :

(*) Art. 1228. — L. 122, § 2, D. 45, 1, *De verb. oblig.*

(1) Gand, 28 nov. 1879, *Pas.*, 80, 2, 229.

(2) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 164 *bis;* MARCADÉ, sur l'art. 1228; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 652; LAURENT, t. XVII, n° 445; Paris, 24 mars 1877, D. 78, 2, 187.

ART. 1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. — Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard (*).

Dans ce dernier cas on dit que la peine a été stipulée : *rato manente pacto ;* elle n'est plus alors la compensation du dommage que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ; elle est simplement moratoire et représente le préjudice résultant du retard, elle ne saurait être modifiée par le juge. Seulement elle cesse d'être applicable quand les conditions en vue desquelles elle a été souscrite, ont été remplacées du fait du créancier par des conditions nouvelles auxquelles n'a pas voulu se soumettre le débiteur de l'obligation principale (1). L'intention de stipuler la peine pour simple retard pourra quelquefois résulter implicitement du taux de la peine, trop minime pour qu'elle puisse tenir lieu de tous les dommages dérivant de l'inexécution.

374. Cet aperçu peut même servir à résoudre une question résultant de l'art. 2047 aux termes duquel on peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter. On s'est demandé si, vu l'absence de toute distinction dans l'art. 2047, une partie pourra réclamer en même temps et l'exécution de la transaction et le paiement de la peine stipulée (2) ? Nous pensons que l'article 2047 est dominé par l'art. 1229, — mais que la solution doit dépendre en définitive de l'intention des parties (3). Le montant de la peine sera d'un puissant secours pour découvrir cette intention. Si la peine est minime et inférieure de beaucoup au principal, on pourra demander le montant de la peine et l'exécution de la transaction. Il est probable que,

(*) Art. 1229. — L. 28, § 2, D. 19, 1, *De act. empti et vend.*

(1) Cass. 20 janv. 1879, D. 79, 1, 122.

(2) En ce sens, TOULLIER, t. III, n° 830.

(3) COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 168 *bis* I; DEMOLOMBE, t. XXVI, n° 660; LAURENT, t. XVII, n° 461.

dans ce cas, la peine aura été considérée par les parties comme un dédommagement du procès à soutenir. Au contraire si le *quantum* de la clause pénale équivaut à peu près au principal du contrat, on supposera que la peine a été stipulée seulement pour le cas d'inexécution, et alors la partie aura seulement le choix ou de se faire payer le montant de la clause pénale, ou de contraindre son adversaire à l'exécution de la transaction.

La même solution doit être admise en matière de compromis et de partage, et être étendue à la confirmation d'une convention sujette à une action en nullité ou en rescision.

375. Pothier, au sujet de ce dernier point, fait remarquer avec raison, que de même que la clause pénale n'ôte point à celui qui a stipulé la peine, l'action qui naît de l'engagement principal, de même elle ne lui ôte pas non plus les exceptions et fins de non recevoir qui en pourraient résulter :

« Par exemple, dit-il, 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'ai stipulé de lui par forme de peine, une certaine somme au cas qu'il contrevînt à la convention ; s'il vient par la suite à m'assigner en 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 résulte 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 déclarer non recevable, je ne pourrai plus exiger de lui la peine et *vice versâ*, si j'ai exigé de lui la peine je ne pourrai pas user de la fin de non recevoir (1). »

(1) *Oblig.*, n^os^ 343, 348.

376. Il ne faut pas confondre la clause pénale avec celle qu'on appelle *mulcta pœnitentialis* ou *clause de dédit*. C'est celle par laquelle celui qui a pris un engagement, se réserve la faculté de se dédire ou de se dégager du lien obligatoire moyennant un certain sacrifice. Cette clause d'origine germanique était inconnue en droit romain. Elle peut être insérée dans les contrats synallagmatiques comme dans les contrats unilatéraux. Elle rend précaire le droit d'obligation et n'est formulée que dans l'intérêt du promettant. La clause pénale, au contraire, a pour cause l'intérêt du créancier et pour but de corroborer l'obligation (1).

Cependant ces deux clauses ont été quelquefois confondues, et on a prétendu que la clause pénale ajoutée à une vente, par exemple, devait avoir pour effet d'autoriser les parties contractantes à se dédire moyennant le paiement de la peine. C'est là une erreur manifeste; il faudrait une convention formelle pour qu'il en fût ainsi (2).

Il faut donc distinguer la clause pénale de la *mulcta pœnitentialis*, et distinguer, en outre, cette dernière de l'obligation facultative. Cette distinction est très importante au point de vue fiscal: « La clause de dédit diffère de l'obligation facultative, en ce qu'en payant le dédit, le débiteur n'acquitte pas l'engagement principal, mais au contraire fait en sorte qu'il n'a jamais existé. En réalité il n'y a pas ici la promesse d'une chose en paiement de laquelle on se réserve la faculté de donner une somme d'argent, mais bien un contrat dans lequel on stipule le droit de ne pas exécuter, c'est-à-dire de se soustraire à l'obligation même qui le constitue, en payant une somme déterminée (3). » Nous reviendrons sur les clauses de dédit à propos des arrhes qui ne sont qu'un dédit réciproque, et dont nous parlerons à propos des art. 1589 et 1590.

(1) Voy. MOLITOR, *loc. cit.*, n° 169.
(2) Cass. 21 juill. 1885, D. 86, 1, 326.
(3) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Dr. d'enregist.*, t. III, n° 2058.

377. La clause pénale n'étant rien autre chose que la *compensation* des dommages-intérêts que le créancier peut réclamer, ne peut évidemment produire son effet, c'est-à-dire être encourue, que dans les cas où les dommages-intérêts eux-mêmes seraient dus si une peine n'avait pas été stipulée :

ART. 1230. Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un 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 (1) (*).

Il faut donc que le débiteur soit mis en demeure, et le texte rappelle que l'échéance du terme sous lequel l'obligation a été contractée ne suffit pas, en principe, pour constituer le débiteur en demeure. Mais les parties peuvent convenir que la peine sera encourue par la seule échéance du terme. Cependant une telle intention ne résulterait pas nécessairement de la stipulation d'une peine par chaque jour de retard dans l'exécution d'un contrat à terme fixe (2). La mise en demeure peut résulter d'une assignation en justice (3), et même en matière d'engagement théâtral, d'une protestation faite devant le consul de France à l'étranger (4). (Voy. ci-dessus, n° 117).

La force majeure survenue avant la mise en demeure du débiteur et l'extinction de l'obligation principale, affranchissent le débiteur de la peine. Celui-ci sera pareillement irresponsable, s'il a été empêché par la faute du créancier de remplir son engagement. Mais la faillite n'est pas un cas

(*) Art. 1230. — L. 23, D. *44, 7, De oblig. et act.*

(1) L'obligation de prendre, dont parle l'art. 1230, doit s'entendre de l'obligation de *prendre livraison* d'une chose. Au Palais et quelquefois dans les arrêts, il est couramment question de *l'obligation de se livrer d'une chose à une époque déterminée*, ou *du fait de s'être livré d'une chose*... Il paraît que dans la pensée de ceux qui parlent ou écrivent ainsi, cela fait allusion à l'obligation de prendre livraison, ou au fait de recevoir livraison.

(2) Bruxelles, 5 août 1871, *Pas.*, 71, 2, 50.

(3) Cass. 18 avr. 1877, D. 77, 1, 395.

(4) Cass. 2 déc. 1879, D. 80, 1; 266.

de force majeure, et les obligations contractées par un débiteur ne changent pas de nature parce que, après la déclaration de faillite, elles sont exécutées pour la masse par les syndics (1).

378. Quand la peine est encourue, le créancier n'a pas à faire la preuve du dommage qu'il a souffert (2), puisque c'est précisément pour être dispensé de cette preuve qu'il a stipulé la peine : il a un droit acquis à cette peine à partir du moment de la mise en demeure, et on lui objecterait vainement que, par suite de faits postérieurs à cette mise en demeure, il aurait perdu tout intérêt à l'exécution de l'obligation principale (3).

Il peut arriver que le créancier puisse, en cas d'inexécution de l'obligation, réclamer d'autres dommages-intérêts indépendamment de la peine convenue, s'il souffre d'autres préjudices auxquels ne s'applique pas la clause pénale. En d'autres termes, la clause pénale stipulée pour une espèce particulière de dommages, laisse les autres cas dans les termes du droit commun. Ainsi la peine stipulée pour le simple retard ne suffit pas pour indemniser du préjudice résultant d'une inexécution complète (4).

379. De ce que la peine est la compensation des dommages-intérêts, il suit que le juge ne peut ni l'augmenter, ni la diminuer (art. 1152).

Cependant :

ART. 1231. La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

Le juge qui peut modérer l'application de la clause pénale, en cas d'inexécution partielle, pourrait-il refuser de l'appliquer lorsqu'il n'est pas justifié d'un dommage réel? L'affir-

(1) Gand, 20 avr. 1887, *Pas.*, 87, 2, 385.
(2) Bruxelles, 11 janv. 1884, *Pas.*, 84, 2, 187.
(3) Paris, 13 nov. 1888, D. 90, 2, 238.
(4) Voy. LAURENT, t. XVII, n° 447 à 450.

mative a été jugée (1). Nous croyons cependant que les termes de la loi permettent seulement au juge de modérer, en ce cas, la peine convenue; il ne peut imposer la preuve du dommage souffert qu'en vue d'apprécier dans quelles limites il convient de modérer la peine qui, en principe, reste due par le seul fait de l'inexécution (2).

Les juges ne peuvent refuser la totalité de la peine qu'à la charge de constater qu'il y a eu, de la part du débiteur, une exécution partielle. La décision refusant d'allouer au créancier le montant intégral de la clause pénale par la raison que c'est à bon droit que le débiteur a rempli son engagement pour partie seulement, motive suffisamment par là le rejet de conclusions tendant à l'obtention de la peine entière (3).

380. Quand l'obligation principale est indivisible par la nature de son objet ou par la volonté des parties, il ne saurait être question d'exécution partielle, et la contravention d'un seul des héritiers du promettant équivaut pour le créancier à la contravention de tous.

Par conséquent :

ART. 1232. Lorsque l'obligation primitive contractée avec une 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 (*).

Au contraire :

ART. 1233. Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée. — Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée

(*) Art. 1232. — L. 4, § 1, L. 85, § 3, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(1) Bruxelles, 12 mars 1869, *B. J.* 69, 681.
(2) Gand, 18 juill. 1885, *Pas.*, 85, 2, 382.
(3) Cass. 3 déc. 1890, D. 92, 1, 127.

dans l'intention que le paiement 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 lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours (*).

Le dernier paragraphe vise les cas d'indivisibilité *solutione tantum*.

La loi ne prévoit pas le cas où le débiteur qui a encouru la peine est lui-même décédé. Ses héritiers seront tenus d'après les principes plus haut exposés sur la divisibilité et l'indivisibilité des obligations. Si la peine est divisible, elle se divisera entre les héritiers du débiteur. Si l'objet de la peine est une chose ou un fait indivisible, le créancier pourra assigner chacun des héritiers du débiteur pour la totalité de l'obligation (1).

La loi ne prévoit pas non plus, d'une manière spéciale, l'hypothèse de plusieurs créanciers. On peut conclure de là que si l'obligation principale a été exécutée à l'égard de l'un des créanciers, ou à l'égard de l'un des héritiers du stipulant, le créancier seul envers qui l'obligation n'a pas été exécutée aura le droit de poursuivre la peine à concurrence de sa part dans la créance. Cela résulte tant du principe posé par l'art. 1231, que des termes de l'art. 1229 d'après lequel la peine ne doit être considérée que comme la compensation des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (2).

Toutes ces difficultés n'ont d'ailleurs qu'une importance théorique; il ne paraît pas qu'elles se soient jamais produites dans la pratique.

(*) Art. 1233. — L. 2, § 5 et 6, L. 72, D. 45, 1, *De verb. oblig.*
(1) LAURENT, t. XVII, n° 462.
(2) Voy. MOLITOR, *loc. cit.*, n° 168.

APPENDICE AUX QUATRE CHAPITRES PRÉCÉDENTS.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

381. — En cas de conflit entre plusieurs lois, quelle est celle qui est applicable aux contrats ordinaires,
382. — Et aux contrats qui se forment par correspondance.
383. — Modalités des contrats.
384. — Effets des contrats.
385. — Du lieu de leur exécution.

381. Nous avons déjà vu, à propos de l'art. 3, qu'il faut d'abord rechercher l'intention des parties pour savoir, en cas de conflit entre plusieurs lois, quelle est celle qu'il faut appliquer aux contrats ou obligations conventionnelles ; qu'à défaut de stipulation sur ce point, il faut appliquer la loi du lieu où le contrat a été conclu, surtout quand les parties sont de nationalité différente (1), et qu'enfin les parties peuvent aussi choisir la loi en vigueur au lieu d'exécution du contrat (Voy. t. I, n°s 159 et suiv.).

La *lex loci contractus* étant présumée, dans l'opinion la plus généralement suivie, avoir été choisie par les parties contractantes, s'appliquera, sans distinction, aux contrats synallagmatiques comme aux contrats unilatéraux, intéressés ou à titre gratuit (2). Le lieu du contrat est alors celui où les parties, présentes, ont échangé leur consentement (3) et non celui où siège le tribunal appelé à donner son homologation, dans les cas où une homologation est nécessaire, ni celui où la condition s'accomplit, dans le cas d'une obligation conditionnelle.

382. Dans les contrats qui se forment par correspondance, si on admet que le contrat est parfait dès qu'il y a eu accep-

(1) Cass. 24 juin 1884, D. 85, 1, 137; Trib. comm. Marseille, 3 mars 1887, *Journ. Dr. intern. pr.*, 86-87, p. 701.
(2) DESPAGNET, *Dr. int. pr.*, n° 407.
(3) *Ibid.*, n° 409; LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VII, n° 443.

tation, sans qu'une notification soit nécessaire, on doit décider que la loi du contrat est celle qui est en vigueur au lieu de l'acceptation (1).

Si l'on admet au contraire la nécessité d'une notification de l'acceptation, il faudra appliquer la loi du lieu où l'offre a été faite et l'acceptation notifiée. (Voy. ci-dessus, nos 14 et 18).

383. La loi à laquelle les parties se seront soumises, soit expressément, soit tacitement, devra être suivie pour mesurer l'étendue de l'obligation dont le débiteur est tenu, pour déterminer le caractère civil ou naturel de cette obligation, pour décider si elle a pour objet une *certa res* ou un genre, si elle est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, expresse ou tacite, s'il existe un lien de solidarité entre les obligés, si elle est divisible ou indivisible; à terme ou non, etc. (2).

Cependant en ce qui concerne la solidarité, certains auteurs soutiennent que la loi du contrat ne pourra admettre la solidarité que tout autant que le statut personnel de l'obligé ne s'oppose pas à ce qu'il contracte des engagements solidaires. Cela fait allusion aux commanditaires dont la responsabilité est limitée à leur mise. Ainsi, d'après la loi anglaise, les commanditaires comme les commandités, sont solidairement responsables des engagements de la société envers les tiers. Si donc un tiers qui a contracté avec une société en commandite française prétend poursuivre solidairement les associés commanditaires, en alléguant que le contrat est, par sa nature, régi par la loi anglaise, sa demande ne sera pas admise. En effet, dit-on, c'est la loi qui a donné l'existence à la société, c'est-à-dire la loi française, qui doit régler la capacité de cette personne juridique. Dès lors si, d'après cette

(1) Aubry et Rau, § 343, texte et note 25; Demolombe, t. XXIV, n° 75; Despagnet, n° 401; Weiss, *Dr. int. pr.*, n° 800; Douai, 10 nov. 1885, *Rev. int. de Dr. marit.*, 85-86, p. 360.

(2) Weiss, *loc. cit.*, p. 803.

loi, la société est incapable de s'engager au delà de la mise des commanditaires, la responsabilité de ceux-ci disparaît dès que leur mise est épuisée. Il faut appliquer le statut personnel de la société, et ce statut la suit partout (1). Mais c'est chercher des difficultés là où il n'y en a pas. Ce ne sont pas les commanditaires qui ont traité; c'est la société. Or, une société ne peut traiter que conformément aux règles adoptées par ses fondateurs, et les tiers adhèrent à ces règles en traitant avec les représentants de la société.

384. La loi qui régit le contrat doit en régir aussi les effets ou conséquences directes, et même les suites qui se rattachent au contrat par la relation de cause à effet. C'est un résultat forcé de l'unité de la convention (2).

Par conséquent, c'est la loi du contrat qui déterminera le genre de faute dont le débiteur est responsable (3), la manière dont il faut apprécier les dommages-intérêts (4), ou dont il convient de constater la mise en demeure du débiteur, laquelle est véritablement une faute de ce dernier qui viole ainsi la convention à appliquer (5). Certains auteurs ne voyant dans la demeure qu'un mode d'exécution préfèrent appliquer la loi en vigueur au lieu d'exécution du contrat (6).

385. Il est en effet reconnu généralement que tout ce qui se rattache à l'exécution proprement dite des obligations dépend de la loi du pays où l'exécution se réalise, notamment en ce qui touche la délivrance et la réception de la chose due (7).

Le lieu de l'exécution est en principe fixé par les parties elles-mêmes. A défaut, dans la convention, d'indication sur

(1) LECASBLE, *Quest. de Dr. pr. intern.*, p. 256.
(2) LAURENT, *Dr. civ. intern.*, t. VII, nos 463 et suiv.; WEISS, p. 801 et suiv.; DESPAGNET, no 416.
(3) Cass. 23 fév. 1864, S. 64, 2, 385.
(4) DESPAGNET, *loc. cit.*, no 417.
(5) DESPAGNET, no 417.
(6) AUBRY et RAU, § 31; WEISS, p. 804.
(7) Nimes, 9 juill. 1881, *J. Dr. int. pr.*, 1882, p. 216.

ce point, il faudra admettre comme tel celui de la situation des immeubles dans les contrats ayant trait à des immeubles; pour les dettes mobilières le lieu où se trouvait l'objet au moment de la convention, s'il s'agit d'un corps certain (arg. art. 1247), dans le cas contraire le lieu du domicile du débiteur. Enfin la manière dont les parties ont elles-mêmes commencé l'exécution de la convention peut fournir aux juges un indice de leurs véritables intentions. Ainsi il a été jugé que lorsqu'un Français a souscrit un billet à ordre au bénéfice d'un de ses compatriotes en pays étranger, si plus tard les deux parties reviennent définitivement en France, et si le débiteur y paie à son créancier les intérêts de la somme due, on doit présumer que les contractants ont eu l'intention de se soumettre à la loi française pour l'exécution de l'acte qu'ils souscrivaient, plutôt qu'à la loi du pays où il a été souscrit (1).

N° 2. — *Règles fiscales.*

386. — Tarif auquel sont soumises les obligations de sommes.
387. — *Quid* des obligations civiles imparfaites ou naturelles et des obligations de conscience.
388. — Il s'agit d'obligations contractées sans libéralité et ne formant pas le prix d'une transmission.
389. — L'impôt n'est perçu qu'une fois.
390. — Le droit d'obligation est un *droit d'acte.*
391. — Comment il est liquidé; intérêts à échoir.
392. — Reconnaissances de dettes.
393. — Obligations sous condition suspensive.
394. — Obligations sous condition potestative de la part du prétendu obligé.
395. — Obligations sous condition résolutoire.
396. — Révocation des actes frauduleux.
397. — Obligations solidaires.
398. — Obligations alternatives, facultatives.
399. — Dommages-intérêts.

386. L'art. 69, § 3, n° 3 de la loi du 22 frimaire an VII, a soumis au droit de 1 pour 100 :

(1) Besançon, 11 janv. 1883, D. 83, 2, 211.

« Les contrats, transactions, promesses de payer, arrêtés de compte, billets, mandats; les transports, cessions et délégations de créances à terme; les délégations de prix stipulées dans un contrat, pour acquitter des créances à terme envers un tiers, sans énonciation de titre enregistré, sauf, pour ce cas, la restitution dans le délai prescrit, s'il est justifié d'un titre précédemment enregistré; les reconnaissances, celles de dépôt de sommes chez des particuliers, et tous autres actes ou écrits qui contiendront obligations de sommes, sans libéralité, et sans que l'obligation soit le prix d'une transmission de meubles ou immeubles non enregistrée. »

387. Ce tarif, qui est aujourd'hui le seul en vigueur, s'applique sans difficulté aux obligations civiles parfaites. Il doit s'appliquer aussi aux obligations civiles imparfaites communément appelées obligations naturelles. L'exécution volontaire de ces obligations est en effet un paiement, et non une donation, et une obligation de cette nature peut servir de cause à un engagement efficace (1), et produire encore d'autres effets (Voy. ci-dessus, nos 234 et 236). Par conséquent, lorsqu'une obligation naturelle est reconnue, elle se transforme en obligation civile, et comme telle elle est passible du droit proportionnel d'obligation si elle consiste dans une obligation de sommes ou valeurs.

Au contraire les engagements résultant d'une simple obligation morale ou de conscience constituent des libéralités donnant ouverture à l'application du tarif concernant les donations. Certains ne veulent voir dans ces engagements que la création d'un titre civil soumis au tarif proportionnel de 1 0/0; d'autres enfin estiment que pour donner à l'engagement la qualification qui lui convient au point de vue de

(1) DEMANTE, *Princ. de l'enregist.*, n° 401 ; Cass. 5 mai 1868, S. 68, 1, 251.

la perception de l'impôt, il faut apprécier les circonstances de chaque affaire (1).

388. En définitive le principe qui domine la matière résulte des termes mêmes du texte précité de la loi de frimaire; pour que l'obligation donne lieu seulement au droit de 1 0/0 il faut qu'elle soit contractée *sans libéralité*.

Il faut de plus qu'elle ne forme pas le prix d'une transmission de meubles ou d'immeubles. Dans ce cas, en effet, la perception du droit de mutation couvre l'obligation de payer le prix. Il en sera ainsi, en matière de transmission mobilière, si l'acte contient : le consentement des parties, l'indication du prix et celle de la chose. S'il s'agit d'une simple reconnaissance unilatérale ne pouvant constituer le titre même de la vente, le droit de 1 0/0 sera perçu.

389. L'impôt ne peut être perçu plus d'une fois sur une même obligation. Mais le droit d'obligation doit être perçu à l'égard de toute reconnaissance procurant au créancier un titre ou une sûreté qu'il n'avait pas, par exemple quand un locataire souscrit une obligation de sommes à raison des loyers échus. Le titre n'est plus le même, la prescription quinquennale de l'art. 2277 cesse d'être applicable (2).

390. Le droit d'obligation est un *droit d'acte*, c'est-à-dire ne pouvant être exigé qu'autant que l'obligation a été constatée par écrit. Néanmoins la mention dans un acte d'une dette verbale autorise la perception du droit quand cette mention peut servir de titre de la créance.

Il faut donc pour que le droit soit perçu que l'acte constatant l'obligation soit volontairement présenté à la formalité de l'enregistrement, ou que l'enregistrement de cet acte soit devenu obligatoire par suite de l'usage qui en a été fait dans un acte public, ou en justice, ou devant toute autre

(1) Voy. GARNIER, *Répert. gén.*, v° *Obligations*, n°s 178, 179.
(2) DEMANTE, *loc. cit.*, n° 395; Cass. 23 mai 1854, D. 54, 1, 195.

autorité constituée (L. 22 frim. an VII, art. 23). Les dispositions multiples renfermées dans cet acte seront passibles de droits distincts, et tarifés d'après leur nature, quand elles sont indépendantes et ne dérivent pas nécessairement les unes des autres (*Ibid.*, art. 11). Mais la stipulation d'une clause pénale pour le cas de non remboursement n'est passible d'aucun droit.

391. Le droit de 1 0/0 doit être liquidé sur le capital exprimé dans l'acte et qui en fait l'objet; à défaut de capital exprimé, les parties doivent fournir une déclaration de la somme due, au pied de l'acte (*Ibid.*, art. 14, n° 2, et art. 16).

Les intérêts à échoir ne donnent ouverture à aucun droit, puisque la disposition en vertu de laquelle ils sont dus, n'est pas indépendante mais constitue une partie intégrante de la convention. Il en est autrement de la reconnaissance concernant les intérêts échus.

392. Toute reconnaissance de dette dont le montant est indiqué, est d'ailleurs soumise au droit de 1 0/0. Mais il faut qu'il s'agisse d'une reconnaissance contenant l'aveu d'une dette. Ainsi la formule : *je reconnais avoir reçu...* n'implique pas nécessairement un prêt et l'obligation de restituer; elle peut se rapporter à une donation ou à un paiement, et être par conséquent exclusive de toute obligation. Il faudra, en ce cas et autres analogues, appliquer la règle d'après laquelle l'impôt est perçu suivant les effets que produisent les conventions, et non suivant les qualifications données aux actes.

Enfin la reconnaissance de dette doit aussi être distinguée de la simple pollicitation qui ne peut servir de base à aucun droit proportionnel.

393. Les règles qui précèdent supposent qu'il s'agit d'une obligation pure et simple. Mais la convention qui est affectée d'une condition suspensive n'est assujettie qu'à la perception d'un droit fixe, avant l'accomplissement de la condition.

Ce droit, sauf disposition spéciale différente, est le droit

relatif aux actes innomés. Il était de 1 franc sous le régime de l'art. 68 § 1, n° 51 de la loi du 22 frim. an VII; il a été porté à 2 francs par l'art. 8 de la loi du 18 mai 1850; il est aujourd'hui de 3 francs d'après l'art. 4 de la loi du 29 fév. 1872.

Ainsi l'acte conditionnel de prêt que les sociétés de crédit foncier passent avec l'emprunteur étant soumis à une condition suspensive, le droit proportionnel n'est exigible que sur l'acte constatant que le prêt est consommé, et le droit fixe perçu sur l'acte conditionnel n'est ni imputable sur le droit proportionnel, auquel l'obligation définitive donnera ouverture, ni restituable en cas de non réalisation du prêt.

De même la stipulation dans un acte du paiement d'un dédit par celle des parties qui voudra se délier de la convention semble devoir être considérée comme une condition suspensive faisant obstacle à la perception immédiate du droit proportionnel (1). Mais il y a controverse sur ce point.

Les actes des départements, communes et établissements publics sujets à approbation ne sont pas considérés comme soumis à une condition suspensive (*suprà*, n° 241). N'étant parfaits et définitifs qu'après avoir été approuvés, ils ne sont présentés à la formalité qu'après l'approbation qui, seule, rend l'impôt exigible. On doit donc leur appliquer le tarif en vigueur le jour de cette approbation.

Quand la condition suspensive s'accomplit, elle rétroagit au jour de la convention; le droit proportionnel devient alors exigible, et doit être perçu sur l'obligation originaire déjà enregistrée, comme il aurait été perçu au moment de la présentation de cette obligation à la formalité de l'enregistrement, si la condition suspensive s'était déjà trouvée accomplie à cette époque, et d'après le tarif alors en vigueur (2).

(1) Cass. 19 mars 1849, S. 49, 1, 312; Trib. Seine, 17 fév. 1875; GARNIER, *Répert. pér.*, n° 4223.

(2) Cass. 5 août 1840, S. 40, 1, 766.

L'événement de la condition doit être porté à la connaissance de la régie dans le délai légal, soit par la présentation d'un acte, soit par une déclaration s'il n'existe pas d'acte, ou si l'acte n'est pas représenté.

Le délai est de dix ou quinze jours s'il s'agit d'un acte public; de trois mois pour un acte sous seing privé passé en France; de six mois pour les actes passés en pays étranger ou dans les îles et colonies françaises où l'enregistrement n'aurait pas encore été établi s'ils sont faits en Europe; d'une année si c'est en Amérique, de deux années si c'est en Asie ou en Afrique (L. 22 frim. an VII, art. 22; L. 23 août 1871, art. 11; L. 28 fév. 1872, §§ 1er).

394. Quant à l'obligation qui a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, elle n'existe ni réellement ni fictivement. Elle ne prend naissance, sans effet rétroactif, qu'à partir de l'acte constatant sa réalisation, et sera alors enregistrée d'après le tarif en vigueur au jour de cet acte. Mais la formalité n'est obligatoire que si l'acte est notarié ou contient transmission de la propriété ou de l'usufruit d'un immeuble.

395. Si la convention est subordonnée à une condition résolutoire, le droit proportionnel est immédiatement exigible et n'est pas restituable quand la condition résolutoire s'accomplit, quoique les choses soient alors remises au même état que si l'obligation n'avait jamais existé (L. 22 frim. an VII, art. 60).

Dans la clause de retour il faut voir une condition résolutoire, comme dans celle par laquelle le donateur se réserve la faculté de vendre la chose donnée, aux termes de l'article 1086 (1). Il en est de même du pacte commissoire sous-entendu ou exprimé.

396. La révocation des actes faits en fraude des droits des

(1) Cass. 17 août 1831, D. 31, 1, 295.

créanciers, est généralement considérée, en droit fiscal, comme ayant pour base une nullité radicale, et ne donnant ouverture qu'au droit fixe. Mais cette doctrine est fort contestable, car en réalité il n'y a pas eu nullité. (Voy. ci-dessus, n° 226).

Pour l'action en simulation, il ne saurait y avoir difficulté : l'annulation d'une vente immobilière reconnue simulée opère un changement dans la propriété apparente et donne ouverture au droit de mutation (1).

397. La solidarité ramenant à l'unité une obligation existant entre plusieurs personnes, met obstacle à l'application du principe de la pluralité des droits édicté par l'art. 11 de la loi du 22 frim. an VII. Ainsi les exploits sont passibles d'un droit particulier pour chaque demandeur ou défendeur; mais il n'est dû qu'un seul droit quand ces demandeurs ou défendeurs sont solidaires.

398. Dans les cas d'obligations alternatives il est reconnu que le droit proportionnel est immédiatement exigible. Si les choses comprises dans l'alternative sont soumises à des tarifs différents, la perception, selon l'opinion de Merlin qui a fini par prévaloir (2), doit être opérée d'après le tarif le moins élevé. Une seule chose est certaine, en effet, c'est que l'impôt est dû au Trésor à concurrence du droit le plus faible. Si plus tard le débiteur se libère en délivrant la chose tarifée à un droit plus élevé, la régie pourra réclamer la différence.

La pratique administrative applique ce même procédé aux obligations facultatives.

399. Le tarif applicable aux dommages-intérêts *en matière civile et commerciale* a été plusieurs fois modifié. Il fut d'abord fixé à 0,50 0/0 (art. 69, § 2, n° 9, de la loi du 22 frim. an VII) ;

(1) Cass. 26 août 1882, D. 83, 1, 22.
(2) *Quest. de Dr.*, v° *Enreg.*, n° 23.

Plus tard il fut porté à 2 0/0 par l'art. 11 de la loi du 27 ventôse an IX;

Aujourd'hui il est de 3 0/0, mais il a été maintenu à 2 0/0 pour les dommages-intérêts alloués par les juges de paix en matière civile et de police et par les conseils de prud'hommes (L. 26 janv. 1892, art. 16; Instr. du 31 mai 1892).

Il faut remarquer que les textes ci-dessus ne dérogent pas à l'art. 69 § 2, n° 8; que par suite : les cautionnements de sommes et objets mobiliers, les garanties mobilières et les *indemnités de même nature*, demeurent assujettis au droit de 0,50 0/0. Il faut donc distinguer entre les *indemnités* et les *dommages-intérêts*.

Après diverses difficultés et fluctuations, la Cour de cassation, toutes Chambres réunies, a définitivement fixé le sens de la loi (1). La condamnation prononcée par un tribunal a le caractère de dommages-intérêts passibles du droit de 2 ou 3 0/0 selon les cas, et ne peut être considérée comme une restitution, lorsqu'elle a pour objet la réparation d'un dommage causé par une faute imputable au défendeur et qu'elle est prononcée en vertu de l'art. 1382.

Par conséquent, le droit de 0,50 0/0 dont le législateur a frappé les indemnités mobilières ne s'applique qu'aux indemnités conventionnelles.

Nous compléterons les notions générales qui précèdent, à la fin de notre étude sur les obligations, et ensuite à l'occasion des divers contrats qui feront l'objet d'un examen particulier.

(1) Cass. 23 juin 1875, D. 75, 1, 421.

APPENDICE AU TOME SEPTIÈME.

LOIS PROMULGUÉES AU COURS DE L'IMPRESSION DU VOLUME, CONCERNANT DES MATIÈRES DÉJA TRAITÉES.

---

400. *Mariage ; empêchement prohibitif.* — Nous avons reconnu qu'au nombre des prescriptions dont l'inobservation constitue un empêchement prohibitif du mariage, figure la nécessité pour certaines personnes d'obtenir une autorisation spéciale de leurs supérieurs (Voy. t. II, n° 24).

Dans cet ordre d'idées, un décret en date du 24 avril 1894 a statué comme suit :

« Art. 1er. Aucun agent ou fonctionnaire des services diplomatique et consulaire ne pourra contracter mariage sans l'autorisation du ministre des affaires étrangères.

« Art. 2. S'il s'agit d'un mariage avec une personne de nationalité étrangère, la demande en autorisation devra être adressée au ministre de façon à lui parvenir un mois au moins avant la date de la première publication.

« Art. 3. L'infraction aux dispositions du présent décret entraînera, pour l'agent qui s'en sera rendu coupable, la mise en retrait d'emploi ou en disponibilité. »

FIN DU TOME SEPTIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME SEPTIÈME.

LIVRE TROISIÈME (*suite*).

TITRE TROISIÈME.

Des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES.

Pages.

1. — Observations terminologiques. — Définition de l'obligation. 5
2. — Distinctions entre le devoir, l'obligation civile, l'obligation naturelle et l'obligation de conscience. 7
3. — Des contrats. — Définition du contrat, art. 1101. . . . 9
4. — Classification; contrats unilatéraux, synallagmatiques, articles 1102 et 1103. 10
5. — Intérêt de la distinction 11
6. — Contrats commutatifs et aléatoires, art. 1104; intérêt de la distinction. 13
7. — Contrats de bienfaisance et à titre onéreux, art. 1105 et 1106. 14
8. — Contrats nommés, innomés, solennels ou autres, art. 1107. 15
9. — Eléments divers des conventions. 16

CHAPITRE II.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES POUR LA VALIDITÉ DES CONVENTIONS.

Généralités. — Déclarations unilatérales de volonté.

10. — Enumération de l'art. 1108; conventions inexistantes et conventions annulables 18
11. — Consentement; offre unilatérale ou pollicitation. 20
12. — Valeur juridique d'une déclaration unilatérale de volonté d'après certaines doctrines allemandes. 22
13. — Doctrine traditionnelle reçue en France. 23
14. — Dans quels cas il y a offre unilatérale. 24
15. — Offres adressées au public par les commerçants. 26

Pages.

16. — Autres cas d'offres faites à personnes incertaines pour prix d'un service à rendre, pour récompense, etc. 27
17. — Tarif applicable à certaines offres transmises par la poste. . 28
18. — De l'acceptation des offres. 29
19. — Autres applications de l'efficacité d'une déclaration unilatérale de volonté; des déclarations de fondation, en Allemagne, et des déclarations de Habbous en pays musulman. . 30

SECTION PREMIÈRE. — *Du consentement.*

§ 1er. — **De l'erreur.**

20. — Vices du consentement, art. 1109. Cas où l'erreur est exclusive du consentement. 33
21. — Cas où l'erreur est une cause de nullité, art. 1110. . . . 34
22. — Erreur sur la substance. 35
23. — Suite. 36
24. — De l'erreur sur la matière, l'origine, l'ancienneté de la chose. 37
25. — Application au commerce des tableaux et objets d'art. . . 38
26. — Application aux contrats unilatéraux. 41
27. — Erreur sur la personne. 41

§ 2. — **De la violence.**

28. — Influence de la violence sur la volonté. 42
29. — Caractères de la violence, art. 1112. 44
30. — De l'engagement contracté en cas de danger imminent; de l'assistance maritime. 44
31. — Sur qui doit être exercée la violence, art. 1113. 47
32. — De qui doit émaner la violence, art. 1111. 49
33. — De la crainte révérentielle, art. 1114; durée de l'action en nullité, art. 1115. 50

§ 3. — **Du dol et de la lésion.**

34. — Caractères du dol, art. 1116. 51
35. — Il n'y a pas intérêt à distinguer entre un dol civil et un dol criminel. 52
36. — Des mensonges et réticences. 54
37. — Dol principal et dol incident. 55
38. — De qui doit émaner le dol; comparaison avec la violence. . 56
39. — De la preuve en cette matière; action en nullité, art. 1117. . 58
40. — De la lésion, art. 1118. 59
41. — Effets des diverses causes de nullité à l'égard des successeurs des parties. 60

§ 4. — **Des stipulations pour autrui.**

42. — En principe on traite pour soi; application faite par l'art. 1119. 62
43. — De la clause de porté-fort, art. 1120. 64
44. — De la stipulation pour autrui faite en qualité de représentant du tiers intéressé. 66

Pages

45. — De la stipulation faite pour autrui en son propre nom. . . 67
46. — Le stipulant doit avoir un intérêt, art. 1121. 68
47. — Condition du tiers en faveur de qui la stipulation est intervenue. 69
48. — Son acceptation n'est pas nécessaire pour l'acquisition même du droit. 71
49. — De la faculté de révocation appartenant au stipulant; à qui doit profiter le bénéfice de la stipulation révoquée. . . . 73
50. — Applications diverses de la stipulation pour autrui faite à titre onéreux; 74
51. — Ou faite à titre gratuit; cas des assurances sur la vie au profit d'un tiers déterminé. 75
52. — De la détermination du tiers envisagé dans les divers cas d'assurances pour le compte d'autrui. 76
53. — Cas des ouvriers ou fournisseurs d'un sous-traitant voulant agir contre un entrepreneur principal de travaux publics. 78
54. — Cas d'une stipulation faite au profit d'une commune future. . 79
55. — Les stipulations faites pour soi réfléchissent-elles contre les héritiers? art. 1122. 80
56. — Peut-on stipuler pour ses héritiers sans stipuler pour soi-même? précédents historiques. 82

SECTION II. — *De la capacité des parties contractantes.*

57. — La capacité est la règle, art. 1123. 84
58. — L'incapacité ne peut résulter que de la loi, art. 1124. . . 85
59. — Pouvoirs des mineurs et femmes mariées d'opérer des versements dans certaines caisses d'épargne ou de retraite. . 86
60. — Du contrat d'apprentissage intéressant les mineurs. . . . 86
61. — Conventions intéressant les personnes morales. 87
62. — La nullité résultant de l'incapacité est seulement relative. . 87
62 *bis*. — Les notaires et agents de change sont-ils tenus d'attester la capacité des parties?. 88

SECTION III. — *De l'objet et de la matière des contrats.*

63. — L'objet de l'obligation doit-il être confondu avec l'objet du contrat. Théorie du *contrat abstrait d'aliénation*. 90
64. — Système mixte du Code civil, art. 1126. 93
65. — Sens étymologique du mot *chose* (*causa*); équivoque consistant à traduire le mot *causa* par *cause* non par *chose*. . . 94
66. — De l'usage et de la possession des choses, art. 1127. . . . 96
67. — Des choses hors du commerce, art. 1128; application aux choses n'existant pas et aux faits impossibles. 97
68. — A l'état des personnes, aux distinctions honorifiques. . . . 98
69. — Aux choses non susceptibles de propriété privée; 99
70. — Aux faits illicites; 100

Pages.
71. — Aux choses dont la loi prohibe la libre circulation; . . . 101
72. — Des choses futures, art. 1130; des pactes sur successions non ouvertes, ou sur la révélation de successions ouvertes. . 101
73. — En quel sens les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation. 103
74. — Détermination de la chose objet du contrat, art. 1129; du défaut d'intérêt en cas de détermination insuffisante. . . 104

SECTION IV. — *De la cause.*

75. — Distinction entre la *cause* ou *motif* de la convention, et la cause de l'obligation. Divers systèmes sur ce point. . . . 107
76. — Système qui paraît être celui du Code civil, art. 1131. Équivoque sur le véritable sens du mot *cause*, traduction prétendue du mot *causa*. 109
77. — Critique de l'explication généralement admise. 110
78. — La théorie de la cause se confond en réalité avec celle de l'objet. 112
79. — Justification en ce qui touche, d'abord, les obligations dites *sans cause;* 113
80. — En ce qui touche les obligations sur *fausse cause;* 116
81. — En ce qui touche les obligations sur *cause illicite*, art. 1133. 116
82. — Confusion entre la *cause* et les *motifs*. 118
83. — Des obligations contractées pour obtenir l'accomplissement d'un devoir, ou l'abstention d'un fait illicite. 120
84. — Conclusion. 121
85. — Des écrits mentionnant ou ne mentionnant pas la cause de la convention, art. 1132. 122
86. — La difficulté porte uniquement sur la preuve. Sur qui porte le fardeau de la preuve. 123

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES OBLIGATIONS.

SECTION PREMIÈRE. — *Dispositions générales.*

87. — Objet du chapitre III. 127
88. — Force légale des conventions, art. 1134; pouvoirs du juge du fait et de la Cour de cassation. 128
89. — Leur révocabilité. 130
90. — Leur exécution de bonne foi, quant à leur contenu et aux suites qu'elles comportent, art. 1135. 133

SECTION II. — *De l'obligation de donner.*

§ 1er. — **Théorie de la prestation des fautes.**

91. — Ce que contient l'obligation de donner, art. 1136. . . . 135

Pages.

92. — Diligence que doit prester le débiteur; ancienne théorie de la prestation des fautes. 136
93. — Théorie moderne, art. 1137. 138
94. — Applications diverses. 140
95. — De la faute aquilienne. 142

§ 2. — **Effet translatif de l'obligation de livrer un corps certain.**

96. — Transition. Comment il est arrivé que le transfert de la propriété se trouve rattaché à la question des risques, article 1138 144
97. — Intérêt que présente la question de savoir si le créancier d'un corps certain en devient immédiatement propriétaire. Cet intérêt est nul entre les parties. 146
98. — Que faut-il penser d'une propriété qui serait seulement relative ? 148
99. — Conséquences accidentelles du transfert de la propriété entre les parties par le seul effet de l'obligation; d'abord quant à la nature de l'action et à la prescription; 149
100. — Quant à la constitution des servitudes; 151
101. — Quant à la novation et à la dation en paiement; 152
102. — Quant au mutuel dissentiment et à la remise de la dette. . 153

§ 3. — **Des risques de la chose due.**

103. — Transition. 155
104. — Rejet de la prétendue règle : *res perit domino*. 155
105. — Que faut-il penser de la règle : *debitor certi corporis liberatur interitu rei?*. 156
106. — En quoi consistent les risques dans un contrat? 157
107. — Solution qui met les risques à la charge du créancier d'un corps certain; insuffisance des raisons alléguées. . . . 158
108. — Théoriquement cette solution est-elle légitime? 160
109. — Justification au point de vue pratique du droit positif. . . 161
110. — Quand la chose a péri, l'obligation dont le créancier reste tenu a le caractère d'indemnité. — Conséquences. . . . 162
111. — Application au cas où la chose qui a péri avait été l'objet de contrats ou ventes multiples au profit de créanciers différents étrangers les uns aux autres. 164
112. — Autres applications pour des cas analogues. 167
113. — *Quid*, si au moment de la perte la chose était frappée de saisie? 168
114. — Les risques peuvent porter sur une chose ne faisant pas l'objet direct du contrat. 169
115. — Conclusion; la solution admise en matière de risques a sa base dans une interprétation de la volonté des parties. — Influence du terme et de la condition. 169

§ 4. — **Mise en demeure du débiteur.**

116. — En quels cas les risques sont à la charge du débiteur. — De la demeure ou retard dans l'exécution de l'obligation. . 170

Pages.
117. — D'où peut résulter la mise en demeure, art. 1139. . . . 171
118. — Influence de la convention à cet égard. 172
119. — Spécialement en matière d'assurances. 173
120. — Mise en demeure résultant du fait générateur de l'obligation; des injonctions administratives. 174

§ 5. — Des effets, à l'égard des tiers, de l'obligation de livrer un corps certain.

121. — Quels sont les tiers dont il s'agit? Le transfert de la propriété devait-il être soumis à une formalité de publicité? Question d'abord réservée quant aux immeubles, art. 1140. . 175
122. — Hypothèses diverses à prévoir quant à l'accomplissement ou l'inaccomplissement de la formalité déclarée translative. . 176
123. — Rôle de la tradition civile et de la transcription pour les immeubles. 178
124. — Rôle de la tradition réelle pour les meubles. 179
125. — Comparaison entre les effets de la tradition et ceux de la transcription; décision de l'art. 1141. 181
126. — Suite. 182
127. — Suite; de la connaissance acquise par un second acheteur du fait d'une première aliénation. 183
128. — Explication de l'art. 1141 par la théorie d'une prétendue prescription instantanée; réfutation. 185
129. — Suite; raison tirée de l'art. 2102, § 4. 186
130. — Conclusion sur ce point. 187
131. — Limitations que reçoit l'application de l'art. 1141. . . . 188

Section III. — *De l'obligation de faire ou de ne pas faire.*

(Généralités sur l'inexécution des obligations).

132. — Transition. — Effets généraux des obligations en cas d'inexécution. — Droits du créancier en ce cas. 189
133. — Quand la créance a pour objet une somme d'argent, le créancier obtient précisément ce qui lui est dû. — Des diverses espèces de saisie. 190
134. — *Quid* si l'obligation a pour objet une chose autre qu'une somme d'argent; 191
135. — Ou bien un fait ou une abstention? art. 1142. — Transformation de l'obligation première en son équivalent en argent. 192
136. — Les dommages en argent ne peuvent être accordés à titre purement comminatoire. 193
137. — L'art. 1142 est étranger aux constitutions de droits réels. . 194
138. — Cas où l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire est possible, art. 1143, 1144. 195
139. — *Quid* si la dette a pour objet la fourniture d'une certaine quantité de choses déterminées quant à leur genre seulement? 196

Pages.
140. — Contravention à une obligation de ne pas faire. 197

SECTION IV. — *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.*

§ 1er. — **De l'étendue des dommages en cas de manquement à une obligation de donner n'ayant pas pour objet une somme d'argent.**

141. — Base des dommages. Des obligations ne pouvant être exécutées que dans un certain temps, art. 1146 199
142. — L'inexécution doit être dommageable en soi et imputable au débiteur, art. 1147. 200
143. — Du cas fortuit et de la force majeure, art. 1148; applications diverses 201
144. — Effets du cas fortuit et de la force majeure 203
145. — Evaluation des dommages-intérêts, art. 1149; des *astreintes* par jour de retard prononcées d'une manière comminatoire 204
146. — Le juge, après avoir admis le principe de dommages à fixer *par état*, peut-il ultérieurement refuser toute allocation de dommages ? 207
147. — Etendue des dommages suivant qu'il y a eu ou qu'il n'y a pas eu fraude dans l'inexécution de l'obligation, art. 1150. Pertes intrinsèques. 209
148. — *Quid*, en cas de bonne foi de la part du débiteur, si le dommage est excessif ? 210
149. — Pertes extrinsèques. 212
150. — En cas de fraude dans l'inexécution, les dommages imprévus, mais immédiats sont dus, art. 1151. 212
151. — Les règles ci-dessus sont applicables aux délits, quasi-délits, quasi-contrats. 214
152. — Stipulation d'une somme fixe en cas d'inexécution, art. 1152; applications diverses. 216

§ 2. — **De l'étendue des dommages en cas de manquement à une obligation ayant pour objet une somme d'argent.**

153. — Des dommages en cas d'obligations de somme art. 1153. . 217
154. — Ils ne consistent que dans les intérêts dits moratoires. Exceptions indiquées par l'art. 1153. 219
155. — Autres exceptions. 220
156. — Point de départ des intérêts moratoires. 220
157. — *Quid* pour les demandes dirigées contre les communes ? . . 221
158. — Formes de la demande des intérêts; quand elle a lieu en cours d'instance rétroagit-elle au jour de la demande du capital ? 222
159. — Cas où les intérêts courent de plein droit. 224
160. — Des dettes à la charge de l'Etat ou des administrations publiques. 22

Pages.

161. — Les règles précédentes peuvent-elles être modifiées par la convention ? 228
162. — De l'anatocisme, art. 1154. 229
163. — L'intérêt échu pour moins d'une année peut-il être capitalisé en vertu d'une convention spéciale ? 231
164. — La convention permise de capitalisation peut-elle être insérée dans la convention primitive, ou doit-elle être postérieure à l'échéance? 232
165. — Nulle restriction pour les loyers, fermages, etc., art. 1155. . 232
166. — Règles de droit international privé. 233

APPENDICE A LA SECTION IV. — *Résistance légitime du débiteur à l'exécution de l'obligation ou droit de rétention.*

167. — Silence des rédacteurs du Code sur le principe du droit de rétention. 234
168. — L'existence de ce principe résulte implicitement de plusieurs textes. 235
169. — Définition du droit de rétention; comparaison avec la compensation. 236
170. — Conditions de son exercice; 237
171. — Sa nature, ... 238
172. — Son effet. 239
173. — Peut-on concevoir une revendication du droit de rétention quand le détenteur a négligé, par erreur, de s'en prévaloir? 240
174. — Cessation du droit de rétention. 241

SECTION V. — *De l'interprétation des conventions.*

175. — Art. 1156 à 1164, ces règles ne sont pas impératives. . . . 241
176. — Les conventions privées peuvent être complétées par référence aux règles de droit commun. 243
177. — Il en est autrement en matière de *concessions*. 244

SECTION VI. — *De l'effet des conventions à l'égard des tiers.*

§ 1er. — **Généralités.**

178. — Les conventions sont sans effet à l'égard des tiers, art. 1165. 245
179. — Mais une convention considérée comme fait existe à l'égard de tout le monde. 246
180. — Quels sont ceux qui ont la qualité de tiers; des ayants-cause. 247
181. — Exceptions à la règle de l'art. 1165. 248

§ 2. — **De l'exercice des droits et actions du débiteur par le créancier.**

182. — Base juridique de la faculté accordée aux créanciers par l'art. 1166. 250
183. — Développement historique de l'idée de gage commun. . . 252

Pages.
184. — Eléments de ce gage. 253
185. — La saisie-arrêt est-elle un mode d'application de l'art. 1166? 255
186. — Conditions d'exercice de l'art. 1166. 257
187. — En quelle qualité agissent les créanciers. 258
188. — Conséquences. 260

§ 3. — Champ d'application de l'art. 1166.

189. — L'art. 1166 concerne seulement les droits à l'égard desquels l'idée de gage est admissible; exemple : *Quid* du droit de jouissance légale, du retrait successoral? 261
190. — Des simples facultés; *quid* du retrait litigieux? 263
191. — De la faculté appartenant au débiteur d'exercer des poursuites contre ses propres débiteurs; 264
192. — Spécialement de la faculté de pratiquer une saisie-arrêt. . 266
193. — La faculté accordée par l'art. 1166 est-elle, elle-même, exerceable par le créancier? 267
194. — De la faculté d'accepter une offre de contrat. 267
195. — Du droit d'option. 268
196. — Option résultant de l'art. 1722. 269
197. — Du *jus eligendi*. 270

§ 4. — Champ d'application de l'art. 1166 (*suite*).

198. — L'art. 1166 ne concerne que les droits patrimoniaux, sauf ceux qui sont susceptibles d'une voie ordinaire d'exécution. 271
199. — Résumé des observations qui précèdent. 271
200. — Des actions en contestation de légitimité; des actions *vindictam spirantes*. 272
201. — Des actions en dommages pour délits commis sur la personne physique. 272
202. — Des actions en nullité, etc. 274
203. — Droits des créanciers quant aux instances introduites par le débiteur. 275
204. — Dans l'exercice autorisé par l'art. 1166, les créanciers doivent avoir absolument la même condition que leurs débiteurs. 276

§ 5. — Exceptions à la règle de l'art. 1166. — Formule générale.

205. — Deux catégories d'exceptions. 277
206. — Droits attachés à la personne. 278
207. — Droits insaisissables. 278
208. — Résumé des observations qui précèdent. 279
209. — Sont attachés à la personne les droits et actions insaisissables. 280
210. — Applications diverses de cette formule : à l'action en nullité de l'aliénation d'un fonds dotal; 282
211. — Au droit de demander la séparation de biens au nom de la femme; 283

Pages.
212. — Au deuil de la femme; 285
213. — Au droit de présentation appartenant au titulaire d'un office. 286
214. — Conclusion. — A qui profite l'exercice autorisé par l'art. 1166. 287

§ 6. — De l'action Paulienne.

215. — Dans quelles circonstances il y a lieu, pour les créanciers, de recourir à l'action Paulienne autorisée par l'art. 1167. 289
216. — Origine de cette action. 290
217. — Définition et champ d'application de l'action Paulienne. . . 291
218. — Des aliénations et omissions d'acquérir. 292
219. — A quels créanciers appartient l'action Paulienne. 293
220. — Conditions d'exercice de l'action, de la fraude dans les actes à titre onéreux. 294
221. — De la fraude dans les actes à titre gratuit; application aux art. 622, 788, 1053, 2225. 295
222. — *Quid* en ce qui concerne les constitutions de dot? . . . 297
223. — Conséquences de l'action à l'égard des sous-acquéreurs. . 299
224. — De la fraude dans les contrats judiciaires et de la tierce-opposition. 300
225. — Condition du tiers défendeur à l'action Paulienne. 301
226. — Le demandeur profite seul du bénéfice de sa poursuite. . . 302
227. — Le défendeur à l'action Paulienne a un recours contre le débiteur; base et nature de ce recours. 304
228. — Le demandeur n'a pas à subir le concours des créanciers personnels du tiers défendeur, sauf quand l'acte attaqué était une remise de dette. 306
229. — Durée de l'action Paulienne. Du renvoi contenu dans la dernière partie de l'art. 1167. 307
230. — De l'action en déclaration de simulation, distincte de l'action résultant de l'art. 1166, et de celle qui dérive de l'article 1167. 308
231. — A qui appartient cette action. 310
232. — Son effet à l'égard des sous-acquéreurs. 311
233. — De la preuve en cette matière. — Renvoi. 312

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES ESPÈCES D'OBLIGATIONS.

Généralités. — Obligations civiles et obligations naturelles.

234. — Terminologie à adopter. Notion de l'obligation civile imparfaite dite naturelle. — Historique. 313
235. — L'accomplissement d'une telle obligation n'est garanti par aucune action; c'est-à-dire que l'obligation ne peut produire aucun effet malgré la volonté du débiteur. Principaux cas d'obligation naturelle. 315
236. — Cette obligation peut servir de base à un paiement volontaire; autres effets; renvoi. 316

Pages.

237. — Les dispositions contenues dans un testament irrégulier peuvent-elles servir de base à une obligation naturelle? — Jurisprudence sur ce point. 318
238. — *Quid* des rapports de famille? 319
239. — Il ne peut y avoir d'obligation naturelle à l'encontre des prohibitions de la loi positive. 320

SECTION PREMIÈRE. — *Des obligations conditionnelles.*

§ 1er. — De la condition en général et de ses diverses espèces.

N° 1. — *Règles générales concernant les diverses espèces de conditions.*

240. — Notion de la condition, art. 1168. 321
241. — Les conditions tacites dites légales ne sont pas de véritables conditions. 322
242. — Il en est autrement des conditions tacites sous-entendues. . 323
243. — De l'événement envisagé comme conditionnel. Du mode. . 325
244. — Toute condition est suspensive soit de la formation, soit de la résolution d'un droit, d'où la distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire. 325
245. — Des conditions dites casuelles ou potestatives, art. 1169, 1170, et spécialement des conditions mixtes, art. 1171. . 326
246. — Des conditions dites purement potestatives, art. 1174. . . 327
247. — Des conditions impossibles illégales ou immorales, art. 1172. 330
248. — De la condition impossible négative, art. 1173. 332
249. — Comparaison entre la condition illicite et la cause illicite. . 332
250. — Actes qui n'admettent aucune condition ; *quid* des partages ? 333
251. — Comment doivent s'accomplir les conditions? art. 1175. . 335
252. — Dans quel délai ? art. 1176. 335
253. — Cas où l'accomplissement de la condition a été empêché par le débiteur, art. 1178; ou par une cause étrangère. . . 337

N° 2. — *Effet rétroactif de la condition.*

254. — Notion de la rétroactivité de la condition, art. 1179. . . 340
255. — Signification et application de la rétroactivité; conséquences relativement à l'impôt; 342
256. — Relativement aux droits réels. 344
257. — *Quid* à l'égard des actes d'administration ? 344
258. — Restitutions auxquelles le créancier a droit. 345
259. — Des actes conservatoires. 345

§ 2. — De la condition suspensive.

260. — Définition donnée par l'art. 1181. 347
261. — Question des risques, art. 1182 348
262. — Perte partielle; faute partielle 349

§ 3. — De la condition résolutoire.

263. — Notion de la condition résolutoire, art. 1183; diverses sources des conditions de cette nature. 350

Pages.

264. — La condition résolutoire ne suspend pas l'exécution de l'obligation; conséquences 352
265. — Accomplissement de la condition résolutoire expresse . . . 353
266. — Condition résolutoire tacite, art. 1184, ou pacte commissoire sous-entendu 354
267. — Pourquoi l'art. 1184 ne parle que des contrats synallagmatiques ; origines historiques de cette disposition 355
268. — Objection contre l'interprétation proposée ; réfutation. . . 360
269. — Accomplissement de la condition résolutoire tacite; de l'inexécution partielle de l'engagement. 361
270. — Droits du créancier en cas d'inexécution. — Mise en demeure du débiteur. 363
271. — La résolution n'a pas lieu de plein droit et doit être demandée en justice. 365
272. — Nature de l'action résolutoire 366
273. — Son but final; compétence 367
274. — Par qui elle peut être exercée; 368
275. — Contre qui ; est-elle divisible ou indivisible ? 370
276. — Effets de la résolution tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard du créancier. — Le débiteur a-t-il représenté le créancier durant sa détention intérimaire? 372
277. — Restitutions que peuvent se devoir les parties 374
278. — Droit pour le créancier de réclamer des dommages 374
279. — Restrictions, dans l'intérêt des tiers, au droit de résolution . 375
280. — Comment ce droit prend fin, ... 376
281. — Du pacte commissoire exprès. 377

SECTION II. — *Des obligations à terme.*

282. — Notion du terme ; comparaison avec la condition, art. 1185. . 379
283. — Terme exprès, tacite, de droit, de grâce 381
284. — Non répétition de ce qui a été payé d'avance, art. 1186. . . 382
285. — *Quid* en ce qui concerne les intérêts ou fruits de la chose payée d'avance ? 382
286. — En faveur de qui existe le terme, art. 1187 383
287. — Echéance du terme ; en quel cas le bénéfice du terme est-il perdu, art. 1188; 385
288. — Spécialement en cas de diminution par le fait du débiteur ? . 386
289. — La déchéance prononcée par l'art. 1188 se produit comme un effet légal. 387

SECTION III. — *Des obligations alternatives.*

290. — Division des obligations envisagées quant à leur objet. — Des obligations alternatives, art. 1189 388
291. — A qui appartient le choix, art. 1190 et 1191 ? Règle dite de concentration. — Rétroactivité du choix 389
292. — Application spéciale de la règle de concentration, art. 1192 . 391

Pages.

293. — Autre application de la même règle en cas de perte de l'objet, art. 1193 à 1196 392
294. — Des obligations dites facultatives 393

SECTION IV. — *Des obligations solidaires.*

Généralités.

295. — En principe il n'y a dans chaque obligation qu'un seul créancier et un seul débiteur ; exception apparente en cas d'obligations conjointes 394
296. — Exception réelle résultant de la solidarité. Historique : corréalité et solidarité. 395
297. — Caractère et utilité de la solidarité 396

§ 1er. — De la solidarité entre les créanciers.

298. — De la solidarité active 397
299. — A qui elle peut profiter. 399
300. — Son but final ; droit pour le débiteur de payer au créancier de son choix, art. 1198 ; droit corrélatif des créanciers, article 1197 400
301. — La solidarité active n'est jamais légale. 401
302. — Effets de la solidarité active ; principe général 402
303. — Du principe dit de prévention contenu dans l'art. 1198 . . 403
304. — Du paiement fait à un seul créancier ; de la novation, transaction ou compromis intervenus dans les mêmes conditions. 405
305. — De la compensation 407
306. — De la chose jugée. 408
307. — Du cours des intérêts et des actes interruptifs de prescription, art. 1199. 410

§ 2. — De la solidarité de la part des débiteurs.

N° 1. — *Solidarité conventionnelle, légale, obligation* in solidum.

308. — Caractère et but de la solidarité passive, art. 1200 et 1201 . 411
309. — Elle ne se présume pas, art. 1202 ; portée de cette règle . . 412
310. — Suite ; application aux condamnations à des dépens . . . 415
311. — La solidarité peut résulter de dispositions testamentaires. . 416
312. — Cas de solidarité légale 416
313. — *Quid* en cas de délits civils ou de quasi-délits ? Controverse sur ce point. 418
314. — Suite ; caractère des obligations *in solidum* 420
315. — Résumé et conclusion. 422

N° 2. — *Des effets de la solidarité dans les rapports des codébiteurs avec le créancier.*

316. — Droit de contrainte existant contre chaque débiteur, articles 1203, 1204. 424
317. — Faute ou mise en demeure d'un seul ou de plusieurs des coobligés ; perte de la chose, art. 1205 426

Pages.

318. — Du prétendu mandat supposé entre les débiteurs dans l'intérêt du créancier. 428
319. — Interruption de la prescription résultant de poursuites contre un seul, art. 1206 430
320. — Du cours des intérêts, art. 1207. 431
321. — De l'appel fait par le créancier contre un seul des débiteurs. Mandat réciproque pour rendre leur condition meilleure, admis par la jurisprudence entre les coobligés, différent du mandat dont il a déjà été parlé. 431
322. — Exceptions que peut proposer le débiteur poursuivi, art. 1208; exceptions communes et purement personnelles 434
323. — Exceptions simplement personnelles ; remise de la dette ; confusion, art. 1209. 434
324. — Du paiement et de la consignation. 436
325. — De la novation et du serment 437
326. — De la remise expresse de la solidarité, art. 1210 437
327. — Remise tacite de la solidarité, art. 1211 439
328. — De la chose jugée avec l'un des débiteurs solidaires . . . 440
329. — Suite. Résumé sur la question 442
330. — Comment on a été conduit à imaginer une solidarité parfaite et une solidarité imparfaite 443
331. — Réfutation de cette théorie 445

N° 3.— *Des effets de la solidarité entre les coobligés solidaires.*

332. — Division de la dette entre les débiteurs, art. 1213 446
333. — Conséquences, art. 1214. 447
334. — Répartition des insolvabilités, art. 1215 et 1216. 448
335. — Cessation de la solidarité; mort de l'un des codébiteurs . . 450

SECTION V. — *Des obligations divisibles et indivisibles.*

Principes généraux.

336. — Quand y a-t-il lieu de vérifier si une prestation due est ou n'est pas divisible 452
337. — De la divisibilité matérielle et de la divisibilité intellectuelle . 453
338. — De l'indivisibilité naturelle et de l'indivisibilité conventionnelle. Classification de Dumoulin reproduite dans les articles 1217 et 1218; indivisibilité *solutione* ou de paiement. 454
339. — Indivisibilité naturelle; étendue d'application de l'art. 1217 . 456
340. — Il faut supposer une convention non constitutive par elle-même du droit indivisible envisagé. 457
341. — Y a-t-il des obligations de faire divisibles ? 458
342. — Ce que contient en réalité l'art. 1217. 460
343. — Indivisibilité conventionnelle. Etendue d'application de l'article 1218 460
344. — Facilité de la jurisprudence à admettre des cas d'indivisibilité. 461
345. — En quel sens il faut, d'après l'art. 1218, que la chose ait été envisagée comme indivisible *dans l'obligation*. Le point de vue est différent en cas d'indivisibilité *solutione* 463

Pages.

346. — L'existence de l'indivisibilité conventionnelle ne soulève qu'une question de fait. 464
347. — La clause de solidarité ne rend pas l'obligation conventionnellement indivisible 465

§ 1er. — **Des effets de l'obligation divisible.**

348. — Les questions d'indivisibilité sont étrangères aux cas où l'obligation existe entre un seul débiteur et un seul créancier, art. 1220 467
349. — Cas où il y a plusieurs créanciers, ... 469
350. — Ou plusieurs débiteurs ; la dette se divise. 470
351. — Exceptions apparentes résultant de l'art. 1221 470
352. — Cas de l'art. 1221, § 1 471
353. — Cas de l'art. 1221, § 2 471
354. — Cas de l'art. 1221, § 3 472
355. — Cas de l'art. 1221, § 4 473
356. — Cas de l'art. 1221, § 5 474
357. — Suite. Indivisibilité *solutione* 476
358. — Pouvoirs reconnus au créancier par l'art. 1121. 477
359. — Conséquences de la divisibilité quant à la prescription. . . 478

§ 2. — **Des effets de l'obligation indivisible.**

360. — Conséquences de l'indivisibilité par rapport aux débiteurs, art. 1222 et 1223 478
361. — Conséquences par rapport aux créanciers, art. 1224. Remise partielle de la dette par l'un des créanciers 480
362. — Remise accordée à l'un des débiteurs 482
363. — Droit de l'assigné d'appeler en cause ses codébiteurs, article 1225 482
364. — Cas où les débiteurs d'une chose indivisible sont en même temps tenus solidairement 483
365. — Comparaison de l'indivisibilité avec la solidarité 484

SECTION VI. — *Des obligations avec clauses pénales.*

366. — But et caractère de la clause pénale, art. 1226, 1229 § 1 . . 487
367. — En quoi peut consister l'objet de la clause pénale 489
368. — Son caractère accessoire ; conséquence en cas de nullité soit de l'obligation principale, soit de la clause pénale, article 1227 490
369. — Utilité de la clause pénale quand l'inefficacité de l'obligation principale provient d'une absence d'intérêt chez le créancier. 491
370. — Comparaison entre l'obligation avec clause pénale et l'obligation conditionelle 493
371. — Même comparaison avec l'obligation alternative ou facultative. 493
372. — Du choix en cette matière, art. 1228 494
373. — De la peine stipulée pour simple retard, art. 1229 § 2 . . . 494
374. — De la peine ajoutée à une transaction, à un compromis, à un partage ;. 495

Pages.

318. — Du prétendu mandat supposé entre les débiteurs dans l'intérêt du créancier. 428
319. — Interruption de la prescription résultant de poursuites contre un seul, art. 1206 430
320. — Du cours des intérêts, art. 1207. 431
321. — De l'appel fait par le créancier contre un seul des débiteurs. Mandat réciproque pour rendre leur condition meilleure, admis par la jurisprudence entre les coobligés, différent du mandat dont il a déjà été parlé. 431
322. — Exceptions que peut proposer le débiteur poursuivi, art. 1208; exceptions communes et purement personnelles 434
323. — Exceptions simplement personnelles ; remise de la dette ; confusion, art. 1209. 434
324. — Du paiement et de la consignation. 436
325. — De la novation et du serment 437
326. — De la remise expresse de la solidarité, art. 1210 437
327. — Remise tacite de la solidarité, art. 1211 439
328. — De la chose jugée avec l'un des débiteurs solidaires . . . 440
329. — Suite. Résumé sur la question 442
330. — Comment on a été conduit à imaginer une solidarité parfaite et une solidarité imparfaite 443
331. — Réfutation de cette théorie 445

N° 3.— *Des effets de la solidarité entre les coobligés solidaires.*

332. — Division de la dette entre les débiteurs, art. 1213 446
333. — Conséquences, art. 1214. 447
334. — Répartition des insolvabilités, art. 1215 et 1216. 448
335. — Cessation de la solidarité; mort de l'un des codébiteurs . . 450

SECTION V. — *Des obligations divisibles et indivisibles.*

Principes généraux.

336. — Quand y a-t-il lieu de vérifier si une prestation due est ou n'est pas divisible 452
337. — De la divisibilité matérielle et de la divisibilité intellectuelle . 453
338. — De l'indivisibilité naturelle et de l'indivisibilité conventionnelle. Classification de Dumoulin reproduite dans les articles 1217 et 1218; indivisibilité *solutione* ou de paiement. 454
339. — Indivisibilité naturelle; étendue d'application de l'art. 1217 . 456
340. — Il faut supposer une convention non constitutive par elle-même du droit indivisible envisagé. 457
341. — Y a-t-il des obligations de faire divisibles ? 458
342. — Ce que contient en réalité l'art. 1217. 460
343. — Indivisibilité conventionnelle. Etendue d'application de l'article 1218 460
344. — Facilité de la jurisprudence à admettre des cas d'indivisibilité. 461
345. — En quel sens il faut, d'après l'art. 1218, que la chose ait été envisagée comme indivisible *dans l'obligation*. Le point de vue est différent en cas d'indivisibilité *solutione* 463

Pages.

346. — L'existence de l'indivisibilité conventionnelle ne soulève qu'une question de fait. 464
347. — La clause de solidarité ne rend pas l'obligation conventionnellement indivisible 465

§ 1er. — **Des effets de l'obligation divisible.**

348. — Les questions d'indivisibilité sont étrangères aux cas où l'obligation existe entre un seul débiteur et un seul créancier, art. 1220 467
349. — Cas où il y a plusieurs créanciers, ... 469
350. — Ou plusieurs débiteurs ; la dette se divise. 470
351. — Exceptions apparentes résultant de l'art. 1221 470
352. — Cas de l'art. 1221, § 1 471
353. — Cas de l'art. 1221, § 2 471
354. — Cas de l'art. 1221, § 3 472
355. — Cas de l'art. 1221, § 4 473
356. — Cas de l'art. 1221, § 5 474
357. — Suite. Indivisibilité *solutione* 476
358. — Pouvoirs reconnus au créancier par l'art. 1121. 477
359. — Conséquences de la divisibilité quant à la prescription. . . 478

§ 2. — **Des effets de l'obligation indivisible.**

360. — Conséquences de l'indivisibilité par rapport aux débiteurs, art. 1222 et 1223 478
361. — Conséquences par rapport aux créanciers, art. 1224. Remise partielle de la dette par l'un des créanciers 480
362. — Remise accordée à l'un des débiteurs 482
363. — Droit de l'assigné d'appeler en cause ses codébiteurs, article 1225 482
364. — Cas où les débiteurs d'une chose indivisible sont en même temps tenus solidairement 483
365. — Comparaison de l'indivisibilité avec la solidarité 484

SECTION VI. — *Des obligations avec clauses pénales.*

366. — But et caractère de la clause pénale, art. 1226, 1229 § 1 . . 487
367. — En quoi peut consister l'objet de la clause pénale 489
368. — Son caractère accessoire ; conséquence en cas de nullité soit de l'obligation principale, soit de la clause pénale, article 1227 490
369. — Utilité de la clause pénale quand l'inefficacité de l'obligation principale provient d'une absence d'intérêt chez le créancier. 491
370. — Comparaison entre l'obligation avec clause pénale et l'obligation conditionelle 493
371. — Même comparaison avec l'obligation alternative ou facultative. 493
372. — Du choix en cette matière, art. 1228 494
373. — De la peine stipulée pour simple retard, art. 1229 § 2 . . . 494
374. — De la peine ajoutée à une transaction, à un compromis, à un partage ; 495

Pages.
375. — A la confirmation d'une convention annulable 496
376. — La clause pénale ne doit pas être confondue avec la *mulcta pœnitentialis* ou clause de dédit. 497
377. — Quand est encourue la peine stipulée, art. 1230; de la demeure du débiteur. 498
378. — Effets de cette mise en demeure. 499
379. — Effets de l'exécution partielle de l'obligation principale, article 1231 499
380. — Cas d'indivisibilité, art. 1232, 1233. 500

APPENDICE AUX QUATRE CHAPITRES PRÉCÉDENTS.

N° 1. — *Règles de Droit international privé.*

381. — En cas de conflit entre plusieurs lois, quelle est celle qui est applicable aux contrats ordinaires, ... 502
382. — Et aux contrats qui se forment par correspondance . . . 502
383. — Modalités des contrats 503
384. — Effets des contrats. 504
385. — Du lieu de leur exécution 504

N° 2. — *Règles fiscales.*

386. — Tarif auquel sont soumises les obligations de sommes. . . 505
387. — *Quid* des obligations civiles imparfaites ou naturelles et des obligations de conscience? 506
388. — Il s'agit d'obligations contractées sans libéralité et ne formant pas le prix d'une transmission 507
389. — L'impôt n'est perçu qu'une fois. 507
390. — Le droit d'obligation est un *droit d'acte* 507
391. — Comment il est liquidé ; intérêts à échoir. 508
392. — Reconnaissances de dettes 508
393. — Obligations sous condition suspensive 508
394. — Obligations sous condition potestative de la part du prétendu obligé. 510
395. — Obligations sous condition résolutoire. 510
396. — Révocation des actes frauduleux 510
397. — Obligations solidaires. 511
398. — Obligations alternatives 511
399. — Dommages-intérêts. 511

APPENDICE AU TOME SEPTIÈME.

400. — Lois promulguées au cours de l'impression du volume, concernant des matières déjà traitées 513

Paris. — Impr. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.