

CHAPITRE II.

DES EFFETS DES OBLIGATIONS.

Art. 381. La définition de l'obligation, donnée par l'article 293, nous a déjà dit que " le débiteur est astreint, " envers le créancier, à donner, à faire ou à ne pas faire " quelque chose ; " mais, si c'est là l'effet immédiat de l'obligation, ce n'en est aussi qu'un effet purement moral et métaphysique ; il faut prévoir le cas où le débiteur manquerait à remplir son devoir juridique il faut que la loi détermine les effets ultérieurs de l'obligation, c'est-à-dire les conséquences, la sanction de l'inexécution. Elles consistent dans des moyens de contrainte du créancier, et comme aucun trouble ne doit être apporté à la liberté civile des personnes sans le contrôle de la justice, le droit du créancier prend la forme d'une action en justice. C'est d'ailleurs " l'action en justice pour l'exécution " qui caractérise l'obligation *civile* ; quant à l'obligation *naturelle*, elle ne donne pas d'action au créancier : l'exécution, en principe, doit être volontaire (v. art. 562 et 3.)

Le créancier, comme l'annonce le présent article, a deux actions, l'une tendant à l'exécution directe de l'obligation, c'est-à-dire à la réalisation en nature de ce qui est dû (chose, fait, ou abstention), l'autre tendant à obtenir une indemnité pour l'inexécution, soit que le débiteur ne veuille exécuter ou se trouve, par sa faute, dans l'impossibilité de le faire, soit qu'il ait seulement tardé à exécuter ; les deux actions peuvent être intentées séparément ou conjointement ; la seconde peut, tantôt être subsidiaire à la première, tantôt en être un

complément. Toutefois, pour plus de clarté, le Code consacre à chacune de ces actions une Section séparée.

Cet effet principal des obligations se trouve modifié, en plus ou en moins, suivant ce que les Codes étrangers appellent les "diverses espèces d'obligations" et ce que le présent article qualifie, plus juridiquement, leurs "diverses modalités" ou *manière d'être*; elles sont l'objet d'une quatrième Section. L'une de ces modalités, la plus importante peut-être, donnera même au créancier une autre nature d'action, l'action en résolution déjà mentionnée souvent et qui sera bientôt expliquée plus au long.

Comme on l'a déjà observé, avec l'article 380, au sujet des obligations nées de la loi, les effets des obligations sont, en principe, les mêmes, quelle que soit leur cause (convention, enrichissement indû, dommage injuste ou la loi); s'il y a quelque particularité tenant à la cause, elle sera signalée chemin faisant.

SECTION PREMIÈRE.

DE L'ACTION POUR L'EXÉCUTION DIRECTE.

Art. 382. Ce que la loi appelle "l'exécution directe" de l'obligation, et, en d'autre termes, "l'exécution de l'obligation suivant sa forme et teneur," c'est l'accomplissement *en nature* de ce qui a été *promis*, s'il s'agit d'une obligation conventionnelle, et de ce qui est *imposé* par la loi, s'il s'agit d'une obligation fondée sur une des autres causes légales traitées au Chapitre précédent.

Au premier abord, il semblerait que ce genre d'accomplissement de l'obligation pourrait toujours être exigé, mais le premier alinéa le subordonne à deux

conditions dont la première va de soi, c'est que le créancier la requière ; la seconde seule demande quelque justification.

Si l'exécution directe de l'obligation ne pouvait être obtenue que par des moyens de contrainte sur la personne du débiteur, il faudrait l'abandonner ; en effet, le débiteur, en s'engageant, même expressément et par contrat, à accomplir un acte licite, n'a pas eu l'intention ni même le droit d'aliéner tout ou partie de sa liberté individuelle ; il reste maître de sa personne, maître de faire ou de ne pas faire, sauf la responsabilité du dommage qui peut résulter pour le créancier du parti qu'il a pris.

Du reste, on comprendrait très-difficilement que la contrainte personnelle produisît un effet utile pour le créancier : la plupart des obligations de faire ne peuvent se réaliser que par un effet de la pleine volonté du débiteur, et son refus formel constituerait la force d'inertie plus difficile à vaincre que la force active.

Voici pourtant un cas très-pratique d'une obligation de faire qui ne pourra que se résoudre en dommages-intérêts, parce que l'exécution forcée, quoiqu'à peu près possible *en fait*, est défendue *en droit* : une personne a promis ses services à temps, pour un prix qui lui a été payé d'avance, en tout ou en partie ; elle est déjà entrée dans la maison où elle doit servir ; bientôt, elle veut se retirer, même sans cause légitime ; celui auquel elle a loué ses services ne peut la retenir, lors même qu'elle ne serait pas en état de restituer les sommes reçues. Le cas se présente souvent au Japon et l'on n'y a peut-être pas toujours observé le principe de droit naturel qui défend qu'une personne aliène sa liberté. Il ne faut pas qu'une maison privée soit transformée en une prison : le maître qui retiendrait ainsi une servante contre sa volonté, quoiqu'elle eût fait un contrat de louage de services personnels, serait

coupable de séquestration, délit prévu par le Code pénal (art. 322).

La prohibition légale de toute contrainte sur la personne du débiteur s'applique surtout aux obligations de ne pas faire : justement, parce que c'est le cas où la contrainte serait possible en fait, et encore ne serait-ce que dans des circonstances très-spéciales.

Supposons qu'un acteur célèbre engagé avec un directeur de théâtre, ait promis de ne pas jouer sur un autre théâtre pendant la durée de son engagement ; s'il contrevint à sa promesse le directeur ne peut obtenir que l'acteur soit enlevé de la scène rivale pendant la représentation.

Le présent article, après avoir posé le principe qu'on vient de justifier, indique des cas où le créancier obtiendra, avec le secours de la justice, une satisfaction égale ou presque égale à celle que lui donnerait une exécution volontaire.

Le premier cas recevra une très-large et très-fréquente application. Le débiteur est tenu de délivrer une chose corporelle, meuble ou immeuble, en vertu d'une vente, d'un échange, d'une société ; il manque à remplir son obligation : le créancier fera saisir la chose et se la fera délivrer par les officiers de justice chargés de l'exécution des jugements. Cette disposition s'appliquera, non seulement dans les cas où, s'agissant d'un corps certain, la propriété aura été transférée par la convention (dans ce cas, le créancier obtiendrait, au besoin, la possession, par l'action en revendication), mais encore, lorsqu'il s'agirait de choses de quantité vendues ou promises : si le débiteur possédait des choses de la nature et de la quantité promises, le créancier en ferait saisir et s'en ferait délivrer la quantité due. En effet, tout cela peut se réaliser sans violence, sans contrainte sur la personne du débiteur. La violence légale ne serait employée que si le débiteur s'opposait lui-même,

par la violence, à l'exécution du jugement ; mais alors il commettrait un délit qui pourrait toujours être réprimé par la force publique.

Cette disposition s'appliquera non seulement aux cas où la délivrance se rapportera à une translation de propriété ou de droit réel moins étendu, comme à un droit d'usufruit, de louage ou de gage, mais même au cas où il ne s'agirait que d'un droit personnel, comme dans le prêt à usage, si le promettant refusait d'opérer le prêt par la tradition.

Le deuxième cas est celui d'une obligation *de faire*. Ici, l'obstacle résultant de la mauvaise volonté du débiteur est le plus considérable, parce qu'il n'y a pas de saisie possible ; mais la loi indique un moyen qui, bien souvent, suffira pour donner satisfaction au créancier : il fera accomplir le fait par un tiers, aux frais du débiteur. On conçoit que lorsqu'il s'agit de travaux agricoles ou manufacturiers, il sera peu important pour le créancier qu'ils soient faits par le débiteur lui-même ou par un autre. Mais, s'il s'agit d'une œuvre d'art à exécuter, d'un mandat ou d'une négociation à accomplir, le créancier aura pris en considération le talent, l'habileté du débiteur, et il ne trouverait pas toujours dans un tiers les mêmes garanties de succès. Il appartient donc au créancier, en pareil cas, de choisir entre l'exécution par un tiers et les dommages-intérêts pour inexécution ; quand le texte dit que le tribunal *autorise* l'exécution par un tiers, c'est bien entendu, en supposant, avec le premier alinéa, qu'elle est requise par le créancier.

Dans le troisième cas, l'obligation est *de ne pas faire*, l'inexécution de cette obligation est justement l'accomplissement du fait défendu ; on dit alors qu'il y a *contrevention*, que le débiteur *a contrevenu* à l'obligation. L'exécution tout-à-fait directe ne pourrait être obtenue que par des moyens *préventifs* attentatoires à la liberté

individuelle que la loi défend et qui d'ailleurs seraient presque aussi impossibles *en fait* qu'*en droit*, car le créancier ne pourrait exercer sur les actes de son débiteur une surveillance continuelle.

Le seul moyen d'assurer au créancier, autant que possible, le bénéfice de l'obligation, c'est de l'autoriser à faire détruire ce qui aura été fait en contravention à ladite obligation, et comme cette destruction sera elle-même un travail, elle sera accomplie aux frais du débiteur. Bien entendu, il faut supposer qu'il s'agit d'actes matériels susceptibles d'être détruits, comme des travaux, des constructions ou plantations nuisibles à un voisin, et encore faut-il supposer qu'ils ne sont pas faits en contravention à une servitude, car ce n'est pas alors en vertu d'une *obligation* de ne pas faire qu'ils seraient sujets à destruction, mais en vertu du *droit réel* de servitude.

Un cas pourrait faire doute, c'est celui où le débiteur, homme de lettres ou écrivain de profession, aurait promis de consacrer exclusivement ses travaux à un journal ou à une revue, et aurait contrevenu en donnant des articles à une feuille rivale. En pareil cas, le tribunal pourrait-il ordonner la destruction des travaux faits en contravention à l'obligation? Il faut répondre négativement, parce que les œuvres de l'esprit ne peuvent être ainsi détruites que lorsqu'elles sont contraires à la morale ou à l'ordre public, ce qui n'est pas le cas. Il n'y aurait donc lieu qu'à des dommages-intérêts.

La loi autorise enfin des "mesures préventives pour l'avenir," s'il y a lieu, c'est-à-dire, s'il est possible d'empêcher le retour de la contravention; mais toujours, il faudrait se garder de porter atteinte à l'indépendance de la personne et même au droit de propriété. Ainsi, si un forgeron avait promis de ne pas battre le fer pendant la maladie de son voisin et continuerait cependant l'exercice de sa bruyante profession : le tribunal pour-

rait bien ordonner qu'il payera une forte somme d'argent, par chaque jour ou même chaque heure de contravention ; mais il ne pourrait ôter au débiteur le libre accès à son atelier, ni même autoriser la saisie des fers, marteaux, enclumes.

L'avant-dernier alinéa de notre article réserve le cumul des dommages-intérêts avec la satisfaction principale autorisée par les alinéas précédents. En effet, cette satisfaction peut n'être pas complète, et, en tout cas, elle sera souvent tardive et le retard seul est presque toujours préjudiciable. Dans le cas de l'exécution par un tiers, le créancier pourra n'avoir pas les mêmes avantages que si l'exécution était venue du débiteur ; enfin, dans le cas où il y a eu destruction de ce qui avait été fait en contravention à l'obligation, il sera rare que le préjudice soit complètement réparé par cette destruction. Mais il ne faudrait pas croire que la destruction de ce qui a été fait ne suffira jamais et sera toujours accompagnée de dommages-intérêts ; c'est pourquoi le texte ajoute : "s'il y a lieu."

La loi n'aurait pas suffisamment pourvu à la garantie des droits du créancier, en lui donnant une action directe pour l'exécution et une action subsidiaire ou même cumulative en dommages-intérêts, si elle ne lui assurait encore l'exécution des condamnations prononcées contre le débiteur : il faut arriver, comme dernière sanction, à la saisie et à la vente forcée des biens de celui-ci et, par la distribution du prix, le créancier pourra obtenir une satisfaction plus ou moins complète. Mais ces voies d'exécution forcée, qui sont le complément et l'issue finale des poursuites, appartiennent évidemment à la procédure civile à laquelle renvoie le dernier alinéa de notre article.

SECTION II.

DE L'ACTION EN DOMMAGES-INTÉRÊTS.

Art. 383. La loi indique d'abord les cas où il y a lieu à la seconde action du créancier, à celle qui tend à l'obtention de dommages-intérêts : ces cas sont déjà pressentis par ce qui a été dit au sujet de l'action pour l'exécution directe :

1° Il y a refus plus ou moins explicite du débiteur ; peut-être garde-t-il le silence sur les réclamations formelles du créancier ; peut-être allègue-t-il que l'obligation est nulle ou éteinte ; dans ce premier cas, il peut y avoir encore lieu à l'exécution directe : le tribunal, rejetant les exceptions ou moyens de défense du débiteur, pourra ordonner les mesures prescrites à l'article précédent, en réservant la condamnation subsidiaire aux dommages-intérêts, sur lesquels il statuera ensuite.

2° Il y a impossibilité d'exécuter et elle est imputable au débiteur, soit que, par imprévoyance, il ait promis plus qu'il ne pouvait tenir, soit que, par la mauvaise gestion de ses affaires, il soit arrivé à ne pas pouvoir remplir ses engagements. Ce cas implique la solution inverse dans l'hypothèse où l'inexécution proviendrait d'un cas fortuit ou d'une force majeure ; par exemple, la chose due aurait péri par accident, ou elle serait retirée du commerce ; bien entendu, ce serait au débiteur à prouver le cas fortuit ou la force majeure. Au surplus, cette impossibilité d'exécution constituant un cas d'extinction de l'obligation, c'est au Chapitre III qu'il en sera reparlé avec quelques détails (art. 539 et s.).

S'il y a seulement retard à l'exécution, les deux actions se réunissent : le créancier peut obtenir la satisfaction directe ou en nature qui lui est due ; mais, en vertu de l'axiome que "celui qui paye tard paye moins",

ledit créancier pourra obtenir une indemnité à raison de ce préjudice. La fixation des dommages-intérêts est faite par la loi elle-même dans le cas d'obligation d'une somme d'argent : on rencontrera bientôt cette disposition (art. 391) et elle sera justifiée ; les parties peuvent aussi les régler d'avance, par une stipulation spéciale de la convention, appelé *clause pénale* dont il est traité ci-après (art. 388). A défaut de fixation légale ou conventionnelle des dommages-intérêts, elle appartient aux tribunaux qui statueront, d'après les circonstances du fait, sur les justifications fournies par le créancier et après que le débiteur aura été appelé à y contredire.

Art. 384. On a déjà remarqué, sur l'article 356, que la loi, tenant compte de la facilité avec laquelle les hommes laissent s'écouler le temps sans s'apercevoir de sa rapidité, n'a pas admis, en principe, que la seule échéance du terme fixé pour l'exécution constituât le débiteur en demeure et le rendît responsable de l'inexécution.

Au cas désignés déjà par l'article 336 où le débiteur est constitué en demeure, le présent article en ajoute un nouveau, c'est celui où l'obligation est "de ne pas faire," celui où elle a pour objet l'abstention d'un acte même licite. Il est clair qu'il serait déraisonnable d'exiger, dans ce cas, une mise en demeure formelle émanant du créancier : s'il devait, pour sauvegarder son droit, avertir le débiteur d'avoir à ne pas faire ce dont il a promis de s'abstenir, il faudrait qu'il réitérât cet avertissement chaque jour et, pour ainsi dire, à chaque moment. On est donc amené à reconnaître que le débiteur est toujours en demeure : d'ailleurs, il ne court pas ici le risque d'être surpris par le temps, d'être en faute à son insû, comme dans le cas d'une obligation de faire quelque chose à terme fixe ; car sa faute n'est pas de *manquer à faire* ce qu'il a promis, mais de *faire*

ce qu'il s'est interdit ; or, l'accomplissement d'un acte, si facile et si prompt qu'il soit, n'est pas de nature à avoir lieu sans que l'attention du débiteur y soit arrêtée et cela suffit pour engager sa responsabilité.

La loi indique ici un autre cas où le débiteur est en demeure de plein droit, sans qu'il soit besoin d'un acte du créancier. Il s'agit de l'obligation de restituer des objets appartenant à autrui et que le débiteur s'est appropriés par un vol ou par un abus de confiance, ou qu'il s'est fait livrer par un delit d'escroquerie ; dans ces cas, il ne peut, comme un débiteur par contrat, se faire illusion sur l'intention plus ou moins bienveillante du créancier, il n'est pas nécessaire d'une interpellation formelle pourqu'il sache qu'il est en faute de ne pas rendre ; d'ailleurs, en même temps que le débiteur par suite d'un délit n'est pas digne d'intérêt comme le débiteur par contrat, le créancier est lui-même plus intéressant, car il peut, soit ignorer l'existence du délit dont il a été victime, soit en ignorer l'auteur, ce qui serait à un acte de sa part constituant la mise en demeure du un obstacle délinquant.

Au surplus, cette mise en demeure de plein droit n'a lieu que pour les corps certains : il ne faudrait pas l'étendre, notamment, aux sommes d'argent, pour lesquelles la mise en demeure faisant courir les intérêts moratoires ne peut résulter que d'une demande en justice (voy. art. 393).

La loi, cependant, ne met pas sur la même ligne que les délinquants dont il s'agit, le simple possesseur de mauvaise foi de la chose d'autrui : bien qu'il soit beaucoup moins digne d'égards que le vrai propriétaire dont il détient la chose, il ne faut pas perdre de vue qu'il peut n'avoir pas commis de délit pour prendre possession de cette chose : il peut l'avoir achetée d'un tiers ; son tort est seulement d'avoir consenti à la recevoir, sachant qu'elle n'appartenait pas au vendeur. Au

contraire, si le possesseur d'un immeuble en avait expulsé le vrai propriétaire par violence ou menaces, on pourrait lui appliquer notre article, et si l'immeuble périssait dans ses mains par une cause même fortuite qui ne se serait pas produite avec la possession du vrai propriétaire, il devrait être déclaré responsable. Bien plus, ce délinquant resterait en demeure, lors même qu'il ne posséderait plus la chose, si c'était par dol qu'il eût cessé de la posséder : il y a, à ce sujet, un axiome de droit "celui qui, par dol, a cessé de posséder est considéré comme possédant encore".

Art. 385. L'expression *dommages-intérêts* a un sens complexe : elle répond à la double idée de perte éprouvée et de gain manqué ; il est, en effet, aussi nuisible, en principe, au créancier, de perdre quelque chose des biens déjà acquis que de manquer à acquérir de nouveaux biens ; cela est vrai surtout si ces profits étaient dans les prévisions du créancier ; il y a toutefois cette différence entre les pertes éprouvées et les gains manqués que ceux-ci seront plus difficiles à prouver que celles-là, par la raison que les pertes sont un fait *positif* et les gains manqués un fait *négatif* ; or, on a déjà eu occasion de signaler la difficulté de prouver une négation. On a vu aussi que les créanciers qui peuvent attaquer, pour fraude à leurs droits, les actes par lesquels le débiteur diminue ses biens, ne pourraient le critiquer d'avoir manqué à acquérir, ni se substituer à lui pour acquérir à sa place.

Malgré la généralité du principe posé par le premier alinéa, il a fallu y apporter quelque tempérament : il est de la nature des dommages ou pertes de se développer progressivement : une perte en entraîne souvent une autre ; de même, un gain réalisé en amènerait d'autres successivement et la cause qui le fait manquer fait aussi manquer les autres. La loi ne peut cepen-

dant suivre jusqu'au bout, ni même bien loin, cette succession de pertes éprouvées ou de gains manqués ; elle est seulement plus sévère pour le débiteur de mauvaise foi que pour celui auquel il n'y a à imputer que sa négligence. Le débiteur qui n'a manqué à exécuter son engagement que par imprévoyance ne répond des pertes du créancier ou des gains par lui manqués que dans la mesure de ce qui était prévu ou à prévoir par les parties, lors de la convention. Cette prévision effective ou possible est considérée comme une convention tacite, au sujet des dommages-intérêts.

Il y a plus de sévérité pour le débiteur qui n'a pas exécuté par mauvaise foi.

Il faut d'abord déterminer en quoi consiste ici la mauvaise foi : ce ne sera pas, comme dans le cas de l'article 312, un dol, un ensemble de manœuvres tendant à induire en erreur la partie contractante ; la mauvaise foi, ne consistera, au point de vue qui nous occupe, qu'à manquer volontairement à exécuter l'obligation, lorsqu'on en aurait la possibilité ; il n'est même pas nécessaire que le débiteur ait eu, en n'exécutant pas, le but et l'intention de nuire, il suffit que le débiteur ait su qu'il nuisait ; ainsi, le débiteur a promis des marchandises ou des travaux pour une époque déterminée ; ensuite, il en trouve un meilleur prix près d'une autre personne et il lui donne la préférence : on dira, dans ce cas, que l'inexécution n'est pas seulement l'effet d'une faute, mais qu'elle provient de la mauvaise foi, quoique le mobile du débiteur n'ait pas été la méchanceté, mais seulement la recherche d'un gain illicite.

La conséquence sera que le débiteur répondra non seulement du préjudice qui a pu être prévu par lui, lors de la convention ou même lors de l'inexécution, mais encore du préjudice qu'il ne lui était pas possible de prévoir ; par exemple, le créancier avait, de son côté, pris des engagements auxquels il ne pouvait satisfaire que

s'il avait obtenu lui-même ce qui lui était dû : le débiteur sera responsable des indemnités auxquelles le créancier pourra être condamné envers son propre créancier.

Mais, dans ce cas même, la loi craint l'exagération de la responsabilité du débiteur de mauvaise foi : c'est là surtout qu'elle défend de rechercher la génération des dommages les uns par les autres. Plusieurs Codes étrangers ne permettent au tribunal de tenir compte que de ce qui est "une suite immédiate et directe de l'inexécution." Pour comprendre cette limite, on peut supposer que le débiteur qui avait promis des marchandises à livrer a manqué, de mauvaise foi, à l'exécution de sa promesse ; il ignorait que le créancier avait fait lui-même un *marché à livrer* des mêmes marchandises : le prix ayant haussé, le créancier a été obligé de se pourvoir des mêmes marchandises au cours du jour et il a souffert une perte ou manqué à gagner ; c'est là un dommage "imprévu" dont ne répondrait pas un débiteur simplement négligent et comme ce dommage est une "suite immédiate et directe" de l'inexécution, le débiteur de mauvaise foi en est tenu ; au contraire, le créancier ne serait pas recevable à demander l'indemnité de dommages "médiats et indirects : " par exemple, n'ayant pu remplir son engagement envers un tiers, il a été condamné, lui-même, à une forte indemnité : il ne pourra se la faire rembourser par son débiteur de mauvaise foi, parce que ce dommage n'est pas la suite immédiate et directe de l'inexécution de la première obligation, mais de l'inexécution de la seconde ; il ne pourrait, non plus, en alléguant la plus-value des marchandises et les bénéfices qu'il en aurait pu réaliser, se faire tenir compte des bénéfices ultérieurs et successifs qui en auraient pu être la suite.

Cette limitation des dommages-intérêts, même au cas de mauvaise foi du débiteur, se justifie de deux manières : d'abord, lorsque les dommages ne résultent pas

directement de l'inexécution, ils n'en sont pas la conséquence *certaine* : il est à craindre que le créancier, abusant de la situation peu intéressante du débiteur, n'attribue à l'inexécution des dommages ou des pertes de profits qui, en réalité, n'ont pas cette cause ; en second lieu, le créancier pouvait ou est présumé avoir pu *éviter* les dommages-intérêts, en se pourvoyant autrement pour remplir lui-même les engagements qu'il avait contractés.

C'est à raison de ce double motif de la limitation de la responsabilité du débiteur de mauvaise foi que le Code japonais a changé légèrement l'expression ordinaire : au lieu de rechercher ce qui est "une suite immédiate et directe de l'inexécution," les tribunaux rechercheront ce qui en est "une suite inévitable."

La différence n'est pas seulement dans les mots, mais elle est aussi dans les choses : la question de savoir si tel dommage ou telle privation de gain est une suite immédiate et directe de l'inexécution est une question *de métaphysique*, autant et plus que *de droit* ; certainement, elle n'est pas une question *de fait* ; elle peut donc créer de sérieux embarras pour les tribunaux, comme cela se voit en pays étranger ; au contraire, c'est une simple question *de fait* et de circonstances que de savoir si le créancier pouvait, par quelque mesure prévoyante ou habile, *prévenir* telle ou telle suite de l'inexécution de la promesse qui lui a été faite.

Une autre conséquence naturelle de ce changement de texte, et elle est grave, c'est que les tribunaux n'auront plus à rechercher si telle perte ou telle privation de gain est une suite immédiate ou médiate, directe ou indirecte, de l'inexécution : il leur suffira de rechercher si le créancier pouvait ou non l'éviter.

L'innovation du Code japonais aura encore une conséquence très-importante dans le règlement des dommages-intérêts, au cas de bonne foi ou de simple faute du débiteur. Dans le système qu'il rejette, on peut

trouver des cas où la position du débiteur de bonne foi paraîtra moins avantageuse que celle du débiteur de mauvaise foi : si l'on suppose que des dommages ou des privations de gains ont été prévus ou ont pu l'être, comme suite médiate ou indirecte de l'inexécution, le débiteur de bonne foi en serait tenu, comme les ayant prévus et en ayant éventuellement accepté la responsabilité ; tandis que le débiteur de mauvaise foi qui ne les aurait pas prévus n'en serait pas tenu. Avec la nouvelle formule, le débiteur de bonne foi ne devra réparer que les dommages "inévitables" qu'il a prévus, parce qu'il a toujours pu espérer aussi que le créancier ferait tout ce qui dépendrait de lui pour prévenir et limiter les dommages.

Art. 386. Le principe posé par le premier alinéa a pour but d'éviter que le tribunal n'ordonne des indemnités en nature dont la valeur pourrait être difficile à apprécier et pourrait, dans sa réalisation, se trouver inférieure ou supérieure au dommage réel du créancier.

Ainsi, si le débiteur a manqué à fournir un objet déterminé, le tribunal ne pourrait le condamner à en fournir un semblable : d'abord, la similitude parfaite pourrait être impossible à trouver ; elle serait, en tout cas, contestable et le procès renaîtrait à ce sujet ; ensuite, il pourrait arriver que la difficulté du remplacement fut extrême et que le débiteur en éprouvât un préjudice bien supérieur à celui du créancier ; une condamnation immédiate à une somme d'argent, arbitrée par le tribunal, d'après les distinctions qui précèdent, satisfera les intérêts respectifs des parties et terminera la contestation.

Le tribunal peut toujours nommer des experts, pour s'éclairer sur la nature ou l'étendue des dommages et sur la valeur des éléments de réparation.

La règle qui précède ne s'applique plus aussi rigoureusement, lorsque les dommages-intérêts sont demandés, non par action principale, mais subsidiairement ou conjointement à une autre action, laquelle peut tendre, soit à l'exécution directe par le débiteur ou par un tiers à ses frais, soit à la résolution du contrat pour inexécution. Dans ce cas, la loi n'exige pas la liquidation immédiate des dommages-intérêts : il en pourrait résulter un retard préjudiciable au créancier. La loi indique alors la marche que devra suivre le tribunal : s'il n'a pas les éléments nécessaires à la fixation du montant des dommages-intérêts, il se borne à les allouer, en principe, et il en réserve la liquidation, à laquelle il devra procéder, lorsque le créancier aura fourni les justifications nécessaires, lesquelles pourront être contredites par le débiteur.

Le 3^e alinéa indique un autre procédé que le tribunal pourra souvent employer utilement : quand l'exécution de l'obligation ne peut avoir lieu sans la pleine volonté du débiteur, sur laquelle aucune contrainte directe ne peut être exercée, le tribunal arrivera légalement à une contrainte indirecte, en ordonnant ladite exécution et en condamnant éventuellement ou conditionnellement le débiteur à une indemnité par chaque jour ou chaque mois de retard.

Généralement, ce délai ne commencera qu'à partir d'un certain temps également fixé par le tribunal, car il y a des cas où l'exécution, même volontaire, exige un certain temps. Mais, comme il ne faudrait pas que cette prestation, à raison du retard, se continuât indéfiniment et arrivât ainsi à excéder la réparation du dommage réel, même le plus rigoureusement estimé, le tribunal doit fixer un délai *maximum* après lequel il statuera définitivement ; il pourra alors allouer encore quelque somme complémentaire pour des dommages-intérêts non-appréciés dans le jugement, mais

il ne pourrait pas restreindre celle qu'il a déjà fixée pour le retard ; ce serait contraire à l'autorité de la chose jugée : la condamnation prononcée en prévision du retard n'a pas été simplement *comminatoire*, ou en forme de menace, elle a été et a dû être effective.

La dernière disposition consacre au profit du débiteur un droit qui peut étonner, au premier abord, parce qu'il semble contraire aussi à l'autorité de la chose jugée ; mais il faut remarquer que la condamnation prononcée en prévision du retard est éventuelle ou conditionnelle ; or, de même que le débiteur pourrait la faire tomber en exécutant, de même il le peut, en déclarant, immédiatement ou au cours du délai, qu'il se refuse à exécuter ; dès lors, il n'y a plus lieu de maintenir une mesure qui sera nécessairement sans résultat utile.

On n'a pas oublié d'ailleurs que, dans les cas où l'exécution de l'obligation dépend de la volonté du débiteur, cette volonté doit rester libre, sauf la sanction, la peine civile de l'inexécution. Lors donc que le débiteur déclare formellement qu'il se refuse à exécuter et demande le règlement immédiat des dommages-intérêts, il doit l'obtenir : il encourra la condamnation antérieure pour le temps déjà écoulé et la condamnation définitive sera anticipée. On peut remarquer, du reste, que son refus formel d'exécuter le constituera non plus seulement en faute, mais en état de mauvaise foi, ce qui étend sa responsabilité du dommage.

Art. 387. Il n'est pas rare que le créancier lui-même ait eu quelques torts qui ont eu une influence sur l'inexécution de l'obligation ou sur le retard qu'y a mis le débiteur ; par exemple, il a indûment contesté le mode d'exécution du débiteur ou il a refusé une livraison proposée, sous le prétexte exagéré d'un défaut de conformité à l'obligation ; évidemment, il

est juste de tempérer la condamnation aux dommages-intérêts.

Cette prise en considération des torts réciproques sera d'une application plus fréquente encore, lorsqu'il s'agira de fixer les dommages-intérêts en matière de délits ou de quasi-délits ; ainsi, quant une personne est blessée par l'imprudence d'une autre, il n'est pas rare que la victime ait, elle-même, commis quelque imprudence en s'exposant au danger.

Dans tous les cas, qu'il s'agisse d'inexécution d'obligation ou de dommage causé injustement, la réciprocité des torts aura souvent pour effet d'exclure tout soupçon de mauvaise intention chez le débiteur.

Art. 388 et 389. Il y a avantage pour les parties à régler à l'avance les dommages-intérêts : le créancier est alors dispensé d'établir non-seulement l'étendue du dommage qu'il éprouve, mais l'existence même de ce dommage ; le débiteur, de son côté, n'a pas à en craindre une évaluation judiciaire exagérée ; c'est une sorte de *forfait ou prix à l'avance*.

La clause pénale n'aura pas, du reste, un effet aussi étendu que celui d'une transaction qui interviendrait entre les parties après le dommage causé : elle n'empêchera pas toujours le procès : certains points resteront à décider par le tribunal, si les parties n'ont pas poussé leurs prévisions jusqu'au bout.

Ainsi, la clause pénale a-t-elle été stipulée pour le cas d'inexécution ou pour celui de simple retard ? Ce sera une question à décider d'après les circonstances, et, principalement, d'après le montant même de la somme stipulée : si elle est relativement faible, il sera vraisemblable qu'elle n'a été établie que pour le retard et, dans ce cas, le créancier pourra demander, en même temps, l'exécution et la somme pénale.

Il pourra aussi y avoir procès sur le point de savoir

si l'inexécution ou le retard est imputable au débiteur, ou s'il y a eu cas fortuit, force majeure, ou même négligence du créancier ; car, la clause pénale, représentant les dommages-intérêts, n'est due que dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que ceux-ci ; c'est ainsi encore qu'elle n'est due que si l'inexécution ou le retard ont eu lieu après la mise en demeure.

Au contraire, il n'y aura pas à distinguer si l'inexécution ou le retard provient de la mauvaise foi du débiteur ou seulement de sa négligence, ni, par suite, si les dommages éprouvés sont ou non "un effet inévitable" de l'inexécution ou du retard ; en effet, la stipulation pénale, qui ne modifie pas les cas dans lesquels les dommages-intérêt sont encourus, a justement pour but de prévenir les difficultés relatives à leur fixation.

Le pouvoir d'appréciation des tribunaux, même quant au montant des dommages-intérêts, conserve cependant encore une application importante prévue à l'article 389 : s'ils ne peuvent, en principe, augmenter ni diminuer la clause pénale, c'est parce que les parties ont entendu pourvoir elles-mêmes à leurs intérêts ; mais ils peuvent, par exception, la diminuer dans deux cas où des circonstances postérieures à la stipulation exigent que l'indemnité soit diminuée pour rester juste. Ces deux cas, indiqués au texte, n'ont pas besoin d'explication.

On remarquera seulement que ce n'est pas un *devoir* que la loi impose au tribunal, mais un *pouvoir* qu'elle lui accorde : dans chacun des deux cas, il y a à faire une appréciation pour laquelle une grande latitude doit être laissée au tribunal. Ainsi, l'exécution partielle peut n'avoir procuré au créancier aucun avantage réel, comme on le verra dans les obligations indivisibles, il ne devra donc pas toujours y avoir diminution de la clause pénale ; ainsi encore, la faute du

débiteur peut avoir eu beaucoup plus d'influence sur l'inexécution ou le retard que le cas fortuit, la force majeure ou même la négligence du créancier.

Une autre sorte de contestation pourra s'élever sur la clause pénale, à savoir, sur sa validité même : l'une des parties pourra prétendre qu'elle n'a été amenée à y consentir que par erreur, violence ou dol ; le créancier se plaignant, à ce sujet, de son exiguité, ou le débiteur, de son exagération. La loi n'a pas à réserver ce genre de contestation qui peut s'élever au sujet de toute convention.

Il y a plus de difficulté au sujet de la clause pénale ajoutée à une convention qui serait nulle par elle-même, soit par son objet, soit par sa cause.

En principe, la nullité de la convention principale entraînera celle de la clause pénale (art. 302) ; ainsi, s'il y a eu convention de donner une chose placée hors du commerce, ou promesse d'un fait illicite, la stipulation d'une peine sera nulle comme la stipulation principale. Il en serait autrement, si la stipulation principale n'était nulle que faute d'un intérêt appréciable pour le stipulant : dans ce cas, la clause pénale, en donnant un intérêt déterminé au stipulant, validerait la stipulation principale (voy. art. 322, 4^o al.).

Il faut encore citer comme cas où la clause pénale serait nulle, étant contraire à la loi, celle où elle aurait pour but d'éluder les limites du taux de l'intérêt d'une somme d'argent. Quand le taux des intérêts *compensatoires* n'est pas laissé à la liberté des conventions celui des intérêts *moratoires* ne peut être libre non plus ; si donc le créancier avait stipulé, pour le cas de retard dans le payement d'une somme d'argent, une somme fixe qui se trouvât supérieure au taux légal, eu égard au temps du retard, elle serait réduite à ce taux. Quelques personnes pourraient soutenir que la clause pénale est nulle pour le tout et que les intérêts

moratoires seront alors fixés par le tribunal, d'après les articles qui suivent, comme s'il n'y avait pas de clause pénale; mais il paraît plus exact de dire que la clause pénale n'est nulle que pour ce qui excède le taux légal; et il n'est pas indifférent de le décider, parce que, si la clause était garantie par un cautionnement ou par une autre sûreté, cet avantage serait maintenu dans la mesure du taux légal, ce qui n'aurait pas lieu si la clause était annulée pour le tout.

Un cas assez fréquent où la validité de la clause pénale sera discutable est celui où elle aura été stipulée en vue de prévenir les procès sur la convention. Il faudrait la déclarer nulle, si elle avait pour but de priver l'une des parties du recours à la justice pour le redressement des torts qu'elle aurait subis, soit lors de la formation du contrat, soit lors de son exécution.

Ainsi, une partie ne pourrait valablement se soumettre à une clause pénale pour le cas où elle demanderait la nullité de la convention, pour erreur, violence, dol ou incapacité: elle ne peut renoncer ainsi, d'une façon déguisée, à la protection des tribunaux, pas plus qu'elle n'y pourrait renoncer expressément; si donc, elle triomphait, sur une pareille demande, la clause pénale serait sans effet contre elle; au contraire, si la partie succombait, comme, en pareil cas, le tribunal pourrait la condamner aux dommages-intérêts, la clause pénale se trouverait encourue, comme fixant le montant des dommages-intérêts, sans préjudice des frais du procès.

Au contraire, la clause pénale serait valable, si elle avait pour but de prévenir un appel contre une première sentence rendue ou à rendre, parce que les parties peuvent toujours renoncer à l'appel, soit avant le jugement de première instance, soit après.

Art. 390. Cette question entièrement négligée

dans les Codes étrangers est d'une grande importance et demande une solution législative.

On a annoncé déjà et l'on verra bientôt avec détails que tout contrat synallagmatique contient une condition résolutoire tacite au profit de chacune des parties, pour le cas où l'autre n'exécuterait pas ; la partie non satisfaite a ainsi le choix entre deux voies : ou faire exécuter l'obligation, autant que faire se pourra, avec dommages-intérêts complémentaires, s'il subsiste pour elle un préjudice, ou faire détruire, résoudre le contrat, en justice, c'est-à-dire, se faire délier elle-même de ses engagements et recouvrer ce qu'elle a déjà fourni en vertu du contrat, avec dommages-intérêts également, tant pour le retard éprouvé que pour le manque de gain légitime et quelquefois pour insuffisance de la restitution.

On verra aussi que les parties ou l'une d'elles peuvent renoncer au droit de résolution, parce qu'il n'est pas l'ordre public (art. 422). Mais la stipulation d'une clause pénale pour le cas d'inexécution par l'une des parties ne suffit pas pour enlever au stipulant le droit commun de la résolution ; pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la stipulation eût été accompagnée d'une renonciation expresse à la résolution ; seulement, le demandeur en résolution ne pourrait cumuler les deux avantages, pas plus qu'il ne pourrait cumuler l'exécution réelle, même tardive, avec la clause pénale stipulée pour inexécution. Lors donc que le créancier demandera la résolution, il ne pourra obtenir comme dommages-intérêts que ceux qu'il aurait pu obtenir, dans le même cas, s'il n'y avait pas eu stipulation : la clause pénale sera complètement écartée ; car le créancier qui obtient la résolution ne peut plus se plaindre de l'inexécution principale, laquelle est le résultat de sa volonté ; les dommages-intérêts complémentaires qui lui sont dûs pour les causes ci-dessus énoncées, seront donc fixés par le tribunal.

Mais, si l'on suppose, avec le second alinéa de notre article, que la clause pénale a été stipulée pour le cas de simple retard, elle se cumule avec l'exercice de la résolution, comme elle se cumulerait avec l'exécution réelle ou directe.

Art. 391, 392 et 393. La loi présente ici quelques dispositions particulières aux dettes de sommes d'argent, en ce qui concerne les dommages-intérêts pour inexécution. Il faut remarquer tout d'abord qu'ici *l'inexécution* se confond avec le simple *retard*, car, tant que la dette d'argent n'est pas acquittée, elle est exigible en nature : il n'y a à cela aucun obstacle de droit ni de fait ; la faute du débiteur consiste donc uniquement dans le retard.

Ces dispositions spéciales, qui ne sont pas toutes des faveurs pour le débiteur, sont au nombre de trois et forment l'objet d'autant d'articles distincts.

Avant de les justifier, il convient de les préciser avec soin.

I. Le montant des dommages-intérêts ou des intérêts *moratoires* n'est pas laissé à l'appréciation du tribunal, même avec les limites prévues à l'article 385 : il ne peut être ni supérieur, ni inférieur au taux que la loi fixe elle-même, lorsqu'elle alloue des intérêts *compensatoires* au créancier de sommes d'argent, à défaut de convention spéciale.

Ce taux, dit *légal*, se rencontre dans toutes les législations, même dans celles qui admettent la liberté de l'intérêt *conventionnel* : il a justement pour but de suppléer au défaut de convention à cet égard, dans les cas où le créancier a besoin de la protection de la loi ; on conçoit dès lors qu'il ait une détermination fixe et que le taux en soit modéré.

Même quand l'intérêt conventionnel est limité, les deux taux peuvent être inégaux ; c'est ce qui existe

actuellement au Japon, où l'intérêt légal est de 6 pour 100, tandis que l'intérêt conventionnel n'est limité qu'à 20, 15 et 12 pour 100, suivant le montant de la dette.

Ce n'est pas ici le lieu de discuter, au point de vue économique ni législatif, s'il ne vaut pas mieux que l'intérêt soit indépendant du montant des sommes dues, et même s'il ne doit pas être entièrement libre. La question trouvera sa place toute naturelle à l'occasion du contrat de prêt de consommation.

De ce que les tribunaux ne peuvent allouer à titre d'intérêts moratoires que les intérêts dits *légaux*, il n'en faut pas conclure que ces intérêts moratoires deviennent eux-mêmes *légaux* : ce serait dire qu'ils sont dûs *de plein droit*, en vertu de la loi et sans demande de la partie intéressée, ce qui serait inexact, en présence de l'article 393 qui exige formellement une demande, comme point de départ des intérêts moratoires.

Si les parties veulent régler elles-mêmes les intérêts moratoires par une clause pénale, elles n'ont pas non plus, à cet égard, une liberté illimitée : elles doivent rester dans la limite du taux de l'intérêt conventionnel, s'il est limité par la loi ; mais elles peuvent toujours fixer un taux moindre, même inférieur à l'intérêt légal.

Au Japon, aujourd'hui, la clause pénale pourrait servir aussi à élever l'indemnité au-dessus du taux légal, tout en restant dans la limite du taux conventionnel *maximum*.

II. Le créancier, ne pouvant recevoir à titre de dommages-intérêts qu'une somme déterminée par la loi, pour tous les cas indistinctement, ne sera pas toujours indemnisé complètement du préjudice éprouvé ; il est naturel alors que par une sorte de compensation, il reçoive toujours la même somme, lors même qu'il n'établira avoir éprouvé aucun préjudice ; le règlement de la loi est un *forfait*, comme la clause pénale : le créancier peut y perdre, mais aussi il peut y gagner.

Comme on ne recherchera pas si c'est par la simple faute du débiteur ou par l'effet de sa mauvaise foi que la dette n'a pas été acquittée, il n'y a pas lieu non plus à la distinction entre les dommages prévus et les dommages imprévus, ni entre ceux qui sont une suite immédiate, directe et nécessaire du retard à payer et ceux qui n'en sont que la suite médiate, indirecte ou accidentelle. Mais, par contre, le débiteur ne sera pas reçu à se disculper en prouvant le cas fortuit ou la force majeure.

III. Tandis que la mise en demeure qui constitue le débiteur en faute peut résulter de moyens assez variés, lorsqu'il s'agit d'obligations autres que d'une somme d'argent (voy. art. 336 et 384), ici, la mise en demeure ne peut résulter que d'une demande en justice : la loi n'admet pas même une convention originaire, par laquelle il aurait été stipulé que le débiteur serait en demeure par la seule échéance du terme, sans demande et même sans sommation. Enfin, le Code tranche contre le créancier une question restée discutable en d'autres pays, à savoir, si la demande *du capital* suffit pour faire courir les intérêts moratoires ou si elle doit porter, en même temps ou séparément, sur *les intérêts* moratoires eux-mêmes : c'est cette dernière solution que le Code adopte comme plus favorable au débiteur.

La loi met sur la même ligne que la demande des intérêts moratoires la reconnaissance spéciale qu'en ferait le débiteur : il est clair que, de tous les modes de mise en demeure, c'est encore là celui qui donne le plus de garantie contre la surprise résultant de la rapidité du temps ; il n'est d'ailleurs qu'une application du principe que " la convention fait loi entre les parties."

La loi réserve encore ici, d'une façon générale, des cas exceptionnels où les intérêts moratoires courent de plein droit, c'est-à-dire, par la force de la loi et sans injonction du créancier, et des cas où cette injonction,

moins énergique qu'une demande en justice, consistera dans une simple sommation.

Il faut maintenant justifier ces trois faveurs accordées au débiteur d'une somme d'argent : les deux premières sont fondées sur une idée commune, la troisième sur une raison spéciale.

I. Si la loi avait permis au créancier de prouver toute espèce de préjudice résultant pour lui du défaut de paiement de la somme due, il lui aurait été très-facile d'établir par des témoins complaisants ou abusés qu'il aurait fait de son argent tel ou tel emploi très-lucratif ; il aurait naturellement allégué les emplois qui, par l'événement, se seraient trouvés avantageux, tandis que, peut-être, s'il avait eu la disposition de la somme, il en aurait fait un emploi ruineux ; l'extrême variété des emplois possibles d'une somme d'argent, avec leurs résultats éventuels fort différents, aurait jeté les tribunaux dans un grand embarras, lequel ne se rencontre pas au contraire, lorsqu'il s'agit, soit de dettes de toutes autres choses à donner, soit d'obligation de faire ou de ne pas faire : dans ces cas, le but que se proposait le créancier est facile à connaître et les conséquences de l'inexécution ou du retard sont également faciles à apprécier.

La loi, ne croyant pas possible pour les tribunaux d'arriver à la certitude sur la nature et l'étendue de la perte du créancier, suppose volontiers qu'il aurait fait de son argent un emploi raisonnable, plutôt sûr qu'aléatoire, par conséquent, modérément lucratif ; c'est par la même considération que, dans certains cas qu'on rencontre, chemin faisant, dans la loi, où elle accorde au créancier des intérêts compensatoires sans stipulation, ou des intérêts moratoires sans demande, elle les taxe à un taux uniforme et modéré qui devient ainsi le taux légal.

On agit quelquefois en d'autres pays la question de

savoir si les tribunaux ne pourraient pas allouer des dommages-intérêts supérieurs à l'intérêt légal, lorsque le stipulant d'une somme d'argent en a annoncé au promettant un emploi déterminé et lorsqu'il est prouvé que, faute d'avoir eu la somme au temps convenu, le créancier a éprouvé un préjudice considérable et prévu ; par exemple, il avait stipulé une somme nécessaire pour exercer un rachat ou réméré, dans un délai déterminé, et, faute de la somme, il a été déchu de son droit. Mais il serait dangereux d'entrer dans cette voie ; ce serait s'exposer aux abus et aux contestations que la loi a voulu éviter, et si des exceptions devaient être admises, il faudrait qu'elles fussent limitativement déterminées par la loi, comme il en existe quelques cas dans les Codes étrangers.

II. Ce n'est point arbitrairement que la loi supprime à l'égard de l'inexécution des dettes d'argent, la distinction entre la simple faute du débiteur et sa mauvaise foi : c'est la conséquence de ce que l'indemnité du créancier est réglée par la loi, à *forfait*, avec des chances de gain comme avec des dangers de perte ; c'est toujours la suite de la difficulté de prouver tant l'étenpue du dommage que ses causes.

De même, quand la loi refuse au débiteur la faculté de se disculper en prouvant le cas fortuit ou la force majeure, il n'y faut pas voir une rigueur de la loi, surtout dans la matière même où elle prétend le plus protéger le débiteur : il faut considérer que la nature de la dette, qui est une chose *de quantité*, ne comporte pas d'extinction par la perte de la chose ou par l'impossibilité de se la procurer : à cet égard, il n'y a guère de différence entre les dettes d'argent et les autres dettes de choses fongibles ; si l'on en admettait une, elle serait encore contre le débiteur d'une somme d'argent ; car, si l'on comparait une dette de marchandises et une dette de somme d'argent, toutes deux *portables*, c'est-à-dire

payables au domicile du créancier, et qu'on supposât les communications interrompues par force majeure (inondation, guerre, peste), le débiteur de marchandises serait exempt de dommages-intérêts pour le retard, tandis que le débiteur de somme d'argent devrait toujours les intérêts moratoires, puisqu'il aura pu profiter de son argent pendant tout le temps où il a été empêché de le payer. Encore bien moins le débiteur serait-il reçu à alléguer, comme empêchement majeur au paiement, une faillite ou un vol dont il aurait été victime : ces moyens de défense n'appartiennent qu'au débiteur d'un corps certain.

III. La dernière faveur accordée au débiteur d'une somme d'argent, celle relative au mode de mise en demeure se justifie autrement. Lorsqu'il s'agit de toute autre sorte d'obligation, la loi est déjà très-favorable au débiteur, en exigeant qu'il reçoive un avertissement du créancier pour devenir responsable de l'inexécution ou du retard ; mais il suffit que cet avertissement soit donné d'une façon précise pour que le débiteur doive se tenir pour informé que le créancier attend l'exécution et, sans doute, a besoin qu'elle ait lieu : il n'est pas nécessaire que la mise en demeure ait une forme menaçante. Au contraire, quand le débiteur doit une somme d'argent, il peut se faire illusion sur les besoins du créancier qu'il suppose peut-être moindres qu'ils ne sont ; il peut ne pas croire que la privation de son argent lui causera, quant à présent, un dommage réel ; il peut croire enfin que le créancier a d'autres moyens faciles, s'il en est besoin, de se procurer ailleurs une pareille somme d'argent. En fait, il est vrai qu'un créancier stipule souvent une somme comme règlement de compte et pour une époque fixe, sans, pour cela, avoir en vue un emploi déterminé de cette somme ; tandis que celui qui a stipulé des marchandises ou des travaux à faire a évidemment des besoins prochains à

satisfaire. On conçoit donc que, dans le cas d'une somme d'argent, il faille plus d'énergie dans la réclamation du créancier pour révéler ses besoins et sa ferme intention d'arriver à l'exécution.

On peut ajouter une autre considération : le débiteur de marchandises ou de travaux n'a pris, en général, de pareils engagements que parce qu'il a, par sa profession ou par les circonstances, des facilités particulières pour l'exécution ; au contraire, la promesse d'une somme d'argent est une forme d'engagement que tout le monde peut prendre, mais dont l'accomplissement est souvent très-difficile : un marchand, un entrepreneur, déjà gêné dans ses affaires, pourra encore fournir des marchandises ou des travaux, mais sera souvent embarrassé de trouver une somme d'argent pour acquitter une dette ; il doit donc suffire de *l'avertir* par une simple sommation dans le premier cas, tandis qu'il est nécessaire, dans le second cas, de *le menacer* par une demande en justice.

Cette double considération servira encore à expliquer que la demande en justice du capital ne suffise pas pour faire courir les intérêts, et qu'elle doive porter spécialement sur lesdits intérêts ; autrement, le débiteur pourrait ne pas se rendre compte de l'augmentation de sa dette pendant la durée du procès, et comme, en matière civile, les procès ne sont jugés promptement que si les parties mettent elles-mêmes de l'empressement à fournir aux juges les justifications nécessaires, le débiteur pourrait se trouver devoir plusieurs mois, d'intérêts, sans l'avoir prévu. Il doit donc en être averti formellement par la demande.

Art. 394. Voici une dernière protection accordée par la loi au débiteur contre les surprises qui résulteraient pour lui de la rapidité du temps et de l'accumulation progressive des intérêts.

De tout temps et en tous pays, les législateurs se

sont préoccupés du danger que courent les débiteurs d'être ruinés par l'accumulation des intérêts ; les limites apportées par un grand nombre de lois à la liberté du taux de l'intérêt n'ont pas d'autre cause. Chez les Romains, indépendamment d'un taux *maximum* qui était ordinairement d'un pour cent par mois ou 12 pour 100 par an, il était encore établi que le cours des intérêts, même compensatoires ou représentant la jouissance d'argent prêté, cessait lorsque le total des intérêts dus ou même payés doublait ce capital, c'est-à-dire atteignait une somme égale au prêt.

Dans l'ancien droit de presque toute l'Europe, sous l'influence d'un précepte religieux mal compris, en même temps que d'une fausse théorie économique, le prêt à intérêt fut absolument interdit ; il n'y avait donc pas d'intérêts *compensatoires* ; quant aux intérêts *moratoires*, ils étaient, par cela même, inadmissibles ; mais, comme les décisions judiciaires devaient être sanctionnées, il y était pourvu par des dommages-intérêts diversement motivés.

Les lois modernes ont, avec raison, permis le prêt à intérêt et ont considéré les dettes d'argent, en général, comme étant de nature à produire des intérêts, soit comme *compensation de la jouissance* du débiteur, soit comme *indemnité de son retard* à payer, ce profit ou cette faute coïncidant d'ailleurs, dans les deux cas, avec une perte de jouissance du créancier. Mais le législateur n'a pas abandonné toute idée de protection pour le débiteur, et c'est toujours en multipliant pour lui les avertissements, ce qui permet, en même temps, au créancier vigilant de garder ses droits.

Le présent article a, de même, pour but, non de défendre, mais de limiter, d'entraver la production d'intérêts par les intérêts eux-mêmes, appelée capitalisation des intérêts.

Dans les pays où l'intérêt, légal ou conventionnel, n'est

que de 5 pour 100, on trouve que le capital est doublé en 14 ans par les intérêts, avec la capitalisation *annuelle* desdits intérêts : les intérêts primordiaux ou normaux, pendant 14 ans, font déjà 70 et les intérêts des intérêts, grossissant chaque année, forment 30, en sorte que le débiteur de 100 arrive, en quatorze ans, à devoir 200. Si l'intérêt est de 10 pour 100, comme cela est permis au Japon, c'est en 7 ans que le capital serait doublé ! Si la capitalisation, au lieu d'être annuelle, était faite par semestre, par trimestre ou par mois, la progression de la dette serait énorme et vraiment effrayante.

La première limite apportée ici par le Code japonais est que la capitalisation ne peut être faite que d'année en année.

En second lieu, elle ne peut avoir lieu que par l'effet d'une convention spéciale entre les parties ou par une demande en justice du créancier : une sommation ne suffirait pas.

En troisième lieu, la convention, pas plus que la demande, ne peut avoir lieu avant l'échéance d'un an d'intérêt : si l'on admettait une convention originale et unique, d'après laquelle les intérêts se capitaliseraient chaque année, à l'échéance, le débiteur ne recevrait pas cet avertissement réitéré que la loi considère comme éminemment protecteur pour lui et comme préventif de sa négligence.

Si les intérêts sont déjà dus pour une année et une fraction de l'année courante, la capitalisation peut avoir lieu pour tout ce qui est échu ; mais elle ne pourra être renouvelée qu'après une autre année révolue en entier.

Le texte prend soin de dire que les intérêts primordiaux auxquels s'applique la présente règle sont aussi bien les intérêts compensatoires que les intérêts moratoires ; il y a, en effet, même motif de protéger le débiteur contre l'accumulation progressive des uns et des autres. Quant aux intérêts nouveaux, nés de la capi-

talisation, ils seront *compensatoires*, si la capitalisation est faite par convention, parce qu'alors il y a une sorte de prêt ; ils seront, au contraire, *moratoires*, si la capitalisation résulte d'une demande en justice. La question de nom et de caractère de ces intérêts n'est pas indifférente, quand le taux *maximum* des intérêts conventionnels peut être plus élevé que le taux des intérêts légaux, comme cela a lieu dans la loi japonaise actuelle.

Le premier alinéa du présent article limite formellement la règle qu'il édicte aux intérêts "des capitaux exigibles ;" le second alinéa établit, à cet égard, une différence pour les revenus qui ne supposent pas de capital dû, comme les loyers et fermages, ou dont le capital est purement nominal et n'est jamais exigible, comme les arrérages des rentes.

Par cela même que le locataire ou le fermier ne doit que des prestations périodiques, pendant la durée du bail, et n'aura jamais de capital à payer, il n'y a pas grand inconvénient à permettre la capitalisation fréquente des loyers ou fermages arriérés, même pour une durée de moins d'un an. La raison est la même pour les arrérages d'une rente perpétuelle ou viagère dont le capital ne peut jamais être exigé. Même raison, enfin, pour les restitutions de fruits que doit faire un possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

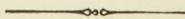
Bien entendu, il faut supposer que les fruits ont été évalués *en argent* par le jugement, car s'ils étaient dûs *en nature*, il ne serait plus question de déroger à la première disposition de notre article devenu inapplicable, ni même de rentrer dans l'application de l'article 411 qui est déjà une dérogation au droit commun, par rapport aux dettes d'argent : on se retrouverait en présence du droit commun lui-même des dommages-intérêts (art. 385).

Dans les divers cas de prestations périodiques qui

viennent d'être énoncés, il ne faut pas exagérer la faveur particulière qui est accordée au créancier : il ne pourra toujours pas stipuler les intérêts avant l'échéance des prestations, pas plus qu'il n'en pourrait faire la demande en justice ; mais il pourrait faire la demande ou la stipulation à l'échéance de chaque période, bien qu'elle fût moindre d'une année.

Le dernier alinéa de notre article présente la même disposition, et elle se trouve, en réalité, constituer une plus grande faveur encore, car il s'agit bien, cette fois, " d'intérêts de capitaux ; " mais, du moment qu'ils ont été payés par un tiers, au nom et en l'acquit du débiteur, ils sont considérés comme un capital pour ce tiers : le débiteur aura bien le double fardeau d'intérêts des intérêts, mais ce n'est pas le même créancier qui recevra les uns et les autres.

Observons que, dans le cas où un tiers paye ainsi des intérêts en l'acquit d'un débiteur, il jouit souvent d'une autre faveur, comme mandataire ou comme caution : les intérêts de ses déboursés courent de plein droit et sans demande ; la loi, pour ne pas surcharger la rédaction, n'a pas cru nécessaire de réserver cette disposition qui se retrouvera en son lieu.



SECTION III.

DE LA GARANTIE.

Le mot, " garantie " présente le sens large de " préservation, prévention d'un dommage " ; cependant, la largeur même de cette signification n'est pas sans quelque inconvénient, parce qu'elle donne lieu à l'emploi du même mot pour des droits assez différents les uns des autres. Ainsi, on dit que les privilèges et hypothèques, le nantissement, la solidarité et le cautionnement, sont des

garanties, des sûretés des créances (voy. art. 2); ce sont, en effet, des moyens de *préserver* le créancier de l'insolvabilité du débiteur; mais ce n'est pas dans ce sens limité que la garantie est entendue et présentée dans cette Section. En matière de cautionnement et de solidarité, l'emploi du mot "garantie" est particulièrement délicat et demande une plus grande attention, car il s'y rencontre dans les deux sens, ce qui peut donner lieu à des confusions: la caution *garantit* le paiement vis-à-vis du créancier, en ce sens qu'elle assure le paiement: mais elle *est garantie* par le débiteur principal, contre les suites de son engagement, en ce sens qu'elle doit être préservée du danger des poursuites et, subsidiairement, en être indemnisée. Il en est de même des co-débiteurs solidaires: vis-à-vis du créancier, ils sont garants les uns des autres, comme sûretés personnelles, et vis-à-vis les uns des autres, ils sont respectivement garants et garantis, pour que chacun ne supporte définitivement que sa part de la dette.

C'est dans ce second sens que la garantie est considérée dans la présente Section.

Art. 395 et 396. L'article 396 pose le principe d'après lequel la garantie est due et il en indique l'objet.

Lorsque quelqu'un a conféré un droit de propriété ou un démembrement de propriété, ou un simple droit de créance (par exemple, en cédant une créance dont il est titulaire), il ne lui suffit pas d'avoir fait la tradition ou remise de la possession et la délivrance des titres, il doit encore assurer, favoriser, par tous les moyens légaux qui lui appartiennent, l'exercice et la jouissance du droit cédé (a). C'est là l'application normale de la garantie qui va nous occuper.

(a) La différence entre la *jouissance* et l'*exercice* d'un droit comporterait quelques développements au commencement du Livre des *Personnes*; mais il suffit de noter ici que la "jouissance" d'un droit

Il peut arriver aussi que le prétendu cédant n'ait, en réalité, rien cédé, ou ait cédé moins de droits qu'il n'en avait promis, parce qu'il n'avait pas ces droits ou ne les avait qu'incomplets. De là des troubles et des revendications de la part des tiers. Le texte prévoit les deux cas.

Mais le cédant n'est pas obligé de faire cesser des troubles de fait ou des actes d'usurpation qui seraient l'effet de la ruse ou de la violence : il faut que ces troubles soient fondés sur une prétention à un droit et que le droit allégué soit lui-même fondé sur une cause antérieure à la cession ou imputable au cédant. En effet, les troubles de fait ne relèvent que de la police locale et les troubles de droit fondés sur une cause postérieure à la cession et qui ne peut être imputée au cédant, sont, alors sans doute, imputables au cessionnaire lui-même.

Le 2^e alinéa de l'article 395 assigne à la garantie deux objets ou deux applications qui se succéderont souvent, le second suppléant à l'insuffisance du premier. D'abord, le garant devra défendre le cessionnaire contre les prétentions élevées par les tiers ; cette défense consistera à l'assister en justice, lorsqu'il y sera demandeur, défendeur ou intervenant (b), et cette assistance consistera dans la production de titres, pièces ou témoignages,

consiste dans l'obtention des avantages qui y sont attachés, et que " l'exercice " d'un droit consiste dans l'accomplissement des actes juridiques qui permettent de réaliser ces avantages. Ainsi, habiter une maison, recueillir les fruits d'un fonds, c'est *jouir* du droit de propriété ; louer, vendre, modifier la chose c'est *exercer* le droit de propriété.

(b) Le cessionnaire sera *demandeur*, quand, pour obtenir la possession de la chose acquise, il devra la revendiquer contre un tiers qui la détient ; il sera *défendeur*, quand, possédant la chose, il sera actionné en revendication par un tiers qui s'en prétend propriétaire ; enfin, il sera *intervenant* quand, après avoir lui-même cédé la chose acquise, il aura été appelé en garantie par son cessionnaire menacé d'éviction, ou quand il sera spontanément venu défendre celui-ci ; dans ce cas, le garant appelle, à son tour, en sous-garantie, le cédant originaire.

de nature à fortifier les prétentions du cessionnaire et à affaiblir celles du tiers, démontrant l'existence des droits cédés.

Mais, il pourrait arriver que le cédant ne vint pas défendre le cessionnaire ou que sa défense fût sans résultat utile ; alors, il doit indemniser le cessionnaire du dommage qu'a éprouvé celui-ci : généralement, s'il y a éviction entière, l'indemnité comprendra la valeur de la chose ou du droit cédé, en la déterminant au jour de l'éviction, et le remboursement des frais de l'acte de cession et de ceux du procès, et encore la réparation du préjudice personnel que la privation de cette chose peut causer au cessionnaire, par le dérangement apporté à ses affaires, par la nécessité de pourvoir au remplacement de la chose, etc.

Lorsque la garantie se résoudra en dommages-intérêts, ou leur appliquera les règles établies dans la Section précédente.

L'article 396 limite, dans une certaine mesure, ce qu'il y a d'un peu trop général dans l'article 395. L'intérêt de la distinction entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit a déjà été signalé sous l'article 298 ; il se représente ici dans une nouvelle application : la garantie est dite *naturelle* dans les contrats onéreux, parce qu'elle y a lieu, par l'effet du droit et de la loi, sans que les parties aient besoin de la stipuler, et elle n'y est pas *essentielle*, car les parties peuvent l'exclure par une convention expresse ; au contraire, dans les contrats gratuits, elle n'est qu'*accidentelle*, car les parties doivent en convenir pour qu'elle soit due.

Cette différence est facile à justifier : dans le contrat onéreux, le cédant cherche un profit, il doit donc fournir, au moins par équivalent, tout ce qu'il a promis ; tandis que, dans le contrat gratuit, le cédant se dépouille sans profit ; s'il n'a pas, en réalité, les droits qu'il a prétendu conférer, il serait injuste de lui de-

mander d'en fournir l'équivalent sur d'autres biens, car il pourrait ainsi arriver que sa générosité tournât à sa ruine.

Ce n'est pas sans un mur examen et après discussion approfondie que l'on a admis dans le Code cette différence considérable.

Il ne pouvait suffire que ce fût, depuis le droit romain, une tradition constante dans les législations qui s'en sont inspirées.

On comprenait bien qu'il peut être très dur pour le donataire d'être privé de recours lorsque la chose donnée n'appartenait pas au donateur et a été revendiquée par le vrai propriétaire : si la chose donnée était encore aux mains du donataire, il pouvait avoir modifié son existence, s'être établi dans l'immeuble, avec un certain luxe, ou y avoir fondé un commerce ou une industrie avec ses capitaux ; s'il avait vendu l'immeuble, il pouvait en avoir perdu le prix, en tout ou en partie, et cependant être obligé de le rendre à son acheteur, avec les indemnités ordinaires.

Dans ces divers cas, la privation de recours en garantie contre le donateur pouvait lui causer de sérieux embarras qu'il n'aurait pas éprouvés sans la malencontreuse donation et auxquels il restait exposé tant que le délai de la prescription ne le mettrait pas à l'abri de la revendication du vrai propriétaire.

Ces objections n'ont cependant pas prévalu.

D'abord, la garantie d'éviction en matière de donations eût été aussi contraire aux traditions japonaises qu'à celle des autres législations ; car, même en matière de vente, la garantie d'éviction, telle qu'elle est établie par le présent Code, sera une rigueur en grande partie nouvelle.

Ensuite, il a paru que le donateur (que l'on suppose toujours de bonne foi et ayant cru à ses droits) méritait les plus grands ménagements ; et on le reconnaissait si

bien, même dans l'opinion qui lui était le moins favorable, que personne ne prétendait le soumettre à la même garantie qu'un vendeur : par exemple, si le donataire possédait encore l'immeuble au moment de l'éviction, on n'aurait pas entendu lui allouer autre chose qu'une indemnité pour ses dépenses d'établissement : assurément, on n'aurait pas voulu lui permettre d'exiger du donateur une valeur égale à l'immeuble revendiqué.

Il reste donc toujours vrai que "le donataire, luttant pour retenir un gain, est moins digne d'intérêt que le donateur luttant pour éviter une perte."

Enfin, dans le cas où le donataire a vendu l'immeuble et est lui-même actionné en garantie, il peut s'imputer à faute de n'avoir pas fait la vente "sans garantie" : la prudence le lui commandait. Sans doute, il aurait vendu pour un prix moindre, mais ce prix constituait toujours pour lui un bénéfice pur et simple résultant de la donation.

En sens inverse, il avait pu stipuler la garantie du donateur, soit au moment où il recevait la donation, soit au moment où il voulait fonder un établissement dans l'immeuble donné, soit surtout au moment où il se disposait à vendre l'immeuble : le refus possible, probable même, du donateur, lui aurait été un avertissement d'être prudent dans l'usage ou dans la disposition de la chose donnée. Un danger contre lequel on peut toujours se protéger par une stipulation ne vient plus de la loi, mais de l'imprévoyance de l'homme.

Les seuls cas où le donateur serait garant de l'éviction de droit et sans stipulation, sont celui où il aurait, par dol et dans l'intention de nuire, donné une chose qu'il savait ne pas lui appartenir, et celui où l'éviction, du donataire serait l'effet d'une autre cession faite par le donateur, soit avant, soit après la donation. Il en serait de même, et à plus forte raison, dans un acte à titre onéreux. Cette garantie est tellement fondée en

équité et en raison qu'elle ne pourrait être exclue par convention expresse et, dès lors, elle devient *essentielle*.

Il est nécessaire d'expliquer, par des exemples, comment l'éviction peut ainsi procéder d'un fait personnel au cédant, soit antérieur, soit postérieur à la cession.

Lorsque le cédant a fait l'acte gratuit ou onéreux (et, dans ce dernier cas, avec stipulation expresse de non garantie), il avait déjà cédé le même droit et le cessionnaire s'était conformé aux règles de publicité nécessaires à la conservation de son droit ; ce dernier évincera le second cessionnaire et celui-ci aura le recours en garantie contre son cédant, nonobstant la gratuité de l'acte, ou malgré la stipulation de non garantie, si l'acte est onéreux.

Il peut même arriver que l'acte qui produit l'éviction soit postérieur à la cession : ainsi, le donataire ou l'acheteur d'un immeuble a négligé de faire immédiatement l'inscription ; quelque temps après, le donateur ou le vendeur a cédé à une autre personne qui a inscrit son acte la première : c'est elle qui est préférable et qui obtiendra l'immeuble ; mais le premier cessionnaire évincé aura droit à la garantie, c'est-à-dire à l'indemnité totale. Il en serait de même, si, au lieu d'immeuble, on supposait un meuble d'abord donné ou vendu sans tradition, puis cédé à un tiers auquel la tradition est faite. Même solution encore, s'il s'agissait d'une cession de créance que le cessionnaire aurait tardé à notifier au débiteur cédé et qu'ensuite une nouvelle cession ait été faite et notifiée avant la première. On trouve là l'application dans les articles 346, 347 et 348, sur lesquels il a été donné d'amples développements.

Le 3^e alinéa de l'article 396 consacre le principe que les héritiers, qui n'ont pas plus de droits que leur auteur, ont les mêmes obligations. Ainsi, si les héritiers, ignorant que leur auteur a, de son vivant ou par testament cédé un de ses biens, faisaient eux-mêmes une cession

du même bien, soit gratuitement, soit à titre onéreux et sans garantie, ils ne seraient pas affranchis de la garantie, nonobstant leur bonne foi, parce que l'éviction proviendrait " de leur fait personnel."

Art. 397 et 398. L'article 397 a pour but de nous dire que l'on ne présente ici que les règles générales et pour ainsi dire communes de la garantie, mais qu'elle reçoit des applications particulières dans certains contrats : la vente, le louage et partage sont les cas où la garantie reçoit ordinairement quelques extensions.

Le Code ne reviendra sur la garantie que pour les particularités qu'elle recevra dans ces contrats spéciaux.

L'article 398 présente une nouvelle application de la garantie qu'il serait difficile de faire rentrer dans les cas de l'article 395 et qui a une grande importance pratique.

Celui qui s'engage *pour* autrui, comme caution, ou *avec* autrui, comme codébiteur solidaire joue un double rôle juridique : il est, vis-à-vis du créancier, *garant* du débiteur principal ou de son codébiteur et *garanti*, à son tour, par le débiteur principal ou par son codébiteur.

Cette dernière garantie a deux objets, comme celle qui a lieu dans la cession de droits : le garant doit d'abord défendre le garanti contre la poursuite, c'est-à-dire contester la demande, s'il y a lieu, ou l'arrêter par un paiement ; subsidiairement, et si les poursuites ont été poussées jusqu'au bout, le garant doit indemniser le garanti du préjudice par lui éprouvé et, spécialement, le rembourser de tout ce qu'il a payé, comme caution, ou de tout ce qu'il a payé au delà de sa part, s'il s'agit d'une dette solidaire.

La garantie reçoit une application analogue entre co-créanciers d'une obligation solidaire ou indivisible : le 2^e alinéa de notre article l'indique assez clairement pour qu'il n'y ait pas à s'y arrêter. On remarquera

seulement que la loi ne donne ici à la garantie que son second objet : l'indemnité, sous forme de partage du profit personnel d'un seul (c) ; en effet, les créanciers n'étant pas poursuivis, mais poursuivants, n'ont pas lieu, en général, de s'appeler en garantie pour une défense commune ; mais si, par exception, un des créanciers était poursuivi en restitution du paiement prétendu fait indûment, après qu'il l'aurait partagé avec les autres, il pourrait appeler ceux-ci en garantie pour la défense commune et subsidiairement obtenir leur part d'indemnité pour la restitution effectuée.

Art. 399 et 400. L'article 399 se rapporte au premier objet de la garantie qui est de défendre en justice celui auquel la garantie est due. Pour obtenir ce secours, le garanti doit appeler en cause le garant ; mais sans qu'il en résulte un retard de l'action principale. Le Code de procédure civile entre dans les détails nécessaires sur la manière dont la procédure sera suivie, à la fois, contre le garant et contre le garanti ; ce dernier pourra, sous certaines conditions, se faire mettre hors de cause, s'il le préfère (v. c. proc. civ., art. 58 et s.).

Dans le cas où le garanti appelle le garant en cause, la garantie est incidente dans le cas contraire, lorsqu'il a plaidé seul et succombé, son action en garantie est principale.

L'article 400 suppose que le garant n'a pas été appelé en cause et que celui qui a droit à la garantie a succombé ; il a alors, en principe, un recours en garantie *principale*, c'est-à-dire qu'il intente une nouvelle action dont l'objet est la réparation du préjudice qu'il a éprouvé ; c'est, en somme, une action en dommages-

(c) Bien que le créancier solidaire ait usé d'un droit, vis-à-vis du débiteur, en exerçant seul la créance, il n'en est pas moins vrai qu'il a évincé les autres créanciers du droit semblable qu'ils avaient ; il est donc exact de dire qu'il leur doit indemnité

intérêts, à laquelle on applique, comme on l'a déjà dit, les règles de la Section précédente.

Mais, il sera généralement imprudent au garanti d'accepter le premier procès sans y appeler le garant, car celui-ci pourrait avoir des moyens de défense de nature à triompher de la demande et que le garanti ignorerait. Alors, le garant, en prouvant l'existence de ces moyens, fera rejeter la demande en garantie principale formée contre lui.

Il ne faudrait pas voir là une contradiction à la chose jugée : on a déjà posé et l'on justifiera, en temps et lieu, le principe d'après lequel "la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties qui ont figuré dans l'instance ;" d'un autre côté, les moyens du garant, si efficaces qu'ils soient pour le défendre, ne seront plus opposables au tiers qui a triomphé dans l'instance contre le garanti, si la chose jugée est devenue définitive entre ceux-ci.

SECTION IV.

DES DIVERSES MODALITÉS DES OBLIGATIONS.

Art. 401. Cette Section complète ce qui concerne les Effets des obligations, en s'attachant à des variétés qu'elles peuvent présenter et qui constituent "leurs diverses espèces ou modalités."

Si l'on cherche *en quoi* consistent ces variétés on trouve qu'elles affectent les divers éléments constitutifs de l'obligation :

1° Son *existence* même, suivant que sa naissance ou son extinction est subordonnée ou non à un événement particulier, futur et incertain ; l'obligation est alors conditionnelle ou non-conditionnelle ;

2° Le *sujet*, actif ou passif, de l'obligation, lequel peut être simple ou multiple et, dans les cas où il est multiple, peut être seulement conjoint ou solidaire ; de là, la division en obligations solidaires et non solidaires, soit activement ou entre créanciers, soit passivement ou entre débiteurs ;

3° L'*objet* de l'obligation, lequel peut être divisible ou indivisible, simple ou multiple, simple ou alternatif et encore simple ou facultatif ;

4° Enfin, le *temps* de l'exécution, laquelle peut être exigible immédiatement ou à terme.

Si l'on recherche les *causes* d'où résultant ces diverses modalités, on en trouve quatre également :

1° La *volonté* des parties : puisque la plupart des obligations ont pour cause la convention des parties, il est clair que celles-ci peuvent modifier, à leur gré, les divers éléments de l'obligation, sauf les exceptions fondées sur des raisons d'ordre public ;

2° La *loi* introduit, à son tour, certaines modalités de l'obligation, dans des circonstances déterminées qui elles-mêmes ont pu être créées par les parties ; ainsi, la loi sous-entend la condition résolutoire tacite pour le cas d'inexécution, dans les contrats synallagmatiques ; quelquefois, la loi fixe un terme pour l'exécution ; ainsi encore, la loi établit la solidarité entre codébiteurs d'une même dette, lorsqu'il y a contre chacun d'eux, présomption de faute égale ou de profit intégral ;

3° Quelquefois, la modalité vient d'une cause plus puissante encore que la loi et que la volonté de l'homme, c'est-à-dire de la *nature des choses* ; c'est le cas de l'indivisibilité de la chose due ;

4° Enfin, il y a une modalité qui résulte de l'*autorité judiciaire*, c'est le délai ou terme dit "de grâce," opposé au terme "de droit."

De ces deux classifications, l'une tirée des éléments modifiés de l'obligation, l'autre des sources ou causes

des modifications, le Code va suivre la première, avec de légères corrections, parce qu'elle a l'avantage de réunir les effets qui ont des points communs et de rapprocher ceux qui ne sont que voisins ; tandis que la classification d'après les causes séparerait ce qui doit être rapproché et rapprocherait ce qui doit être séparé. Ainsi, la condition résolutoire établie ou au moins sous-entendue par la loi serait mal à propos séparée de celle qui est l'œuvre expresse et directe des parties ; ainsi encore, le terme de grâce se trouverait, à tort, séparé du terme de droit.

Pour se conformer à la méthode adoptée et à la logique, on détache de la présente Section la solidarité, tant légale que conventionnelle, et aussi l'indivisibilité autre que celle qui résulte de la nature de la chose due : ces deux modalités des obligations, soit qu'elles opèrent activement ou passivement, c'est-à-dire entre les créanciers ou entre les débiteurs, sont, dans tous les cas, des sûretés ou garanties des créances, lesquelles doivent être traitées, dans leur ensemble, au Livre des garanties. Mais, il en sera fait plusieurs fois mention pour l'intelligence des autres modalités et à titre de comparaison.

§ I. — DES OBLIGATIONS PURES ET SIMPLES,

A TERME OU CONDITIONNELLES, QUANT A LEUR EXISTENCE.

Art. 402. Cet article revient à dire que " l'obligation est pure et simple, lorsqu'elle n'est soumise à aucun terme, ni subordonnée à aucune condition ;" mais on a préféré ne pas introduire ici deux expressions techniques qui vont tout-à-l'heure répondre aux modalités opposées.

L'obligation pure et simple est la plus favorable au créancier : 1° son droit est assuré : il n'est subordonné à

aucun événement ultérieur ; 2° son droit est *exigible*, c'est-à-dire que les effets peuvent en être immédiatement poursuivis en justice.

Cette situation est peut-être moins fréquente que le cas de l'obligation à terme : elle ne se rencontre pas, notamment, dans le prêt d'argent qui ne peut être utile que s'il est fait pour un certain temps, ni dans le louage qui oblige le locataire à des prestations périodiques ; mais elle se rencontre fréquemment dans la vente qui prend alors le nom de vente *au comptant*. L'obligation pure et simple ne présente aucune difficulté de droit, c'est pourquoi les lois civiles omettent généralement de la mentionner.

Du reste, il ne faudrait pas croire que l'obligation est nécessairement pure et simple et exigible immédiatement, par cela seul que la convention ne porterait pas de terme exprès : il peut y avoir un terme tacite résultant des circonstances, lesquelles sont laissées à l'appréciation du tribunal. Ainsi, la plupart des obligations de faire impliquent tacitement le délai nécessaire pour l'exécution : il en serait de même de l'obligation de donner des denrées ou marchandises dans un lieu qui ne serait pas le lieu de production et qui ne serait pas non plus un marché ou entrepôt habituel de ces objets : il faudrait reconnaître au débiteur un délai nécessaire pour les faire venir.

L'obligation pure et simple peut se transformer en obligation à terme, lorsque le tribunal, usant d'une faculté qui va lui être reconnue plus loin, accorde au débiteur le délai dit "de grâce" déjà annoncé.

En sens inverse, on dit quelquefois que l'obligation qui, à l'origine, était à terme ou conditionnelle "devient pure et simple," lorsque le terme est échu ou la condition accomplie. Cette formule qui, dans bien des cas, n'a pas d'inconvénient réel, ne doit cependant être accueillie qu'avec précaution, en ce qui concerne la

condition, parce que la chose due purement et simplement est aux risques du créancier, tandis que la chose due sous condition est aux risques du débiteur, ainsi qu'il en sera justifié plus loin. Sans doute, quand la condition s'accomplit, son effet rétroagit, comme si l'obligation avait été formée parfaitement dès l'origine ; mais, si la chose avait péri auparavant, la formation rétroactive de l'obligation n'aurait pas lieu, faute d'objet. Ce qui reste vrai, c'est que quand le terme est échu ou la condition accomplie, l'obstacle qui en résultait pour l'exercice des droits du créancier ayant cessé, il peut agir en justice, si d'ailleurs, il n'est pas survenu dans l'intervalle quelque événement qui modifie les rapports respectifs des parties ; enfin, il est encore vrai qu'une fois la condition accomplie les risques de la chose passent à la charge du créancier.

Art. 403. Le terme est différent de la condition en ce qu'il ne retarde pas, comme celle-ci, la formation de l'obligation, mais seulement son exigibilité. Il a paru suffisant d'indiquer ici que le terme retarde l'action du créancier, sauf à indiquer plus loin l'effet plus étendu de la condition qui est de suspendre la naissance même du droit.

Le terme est, le plus souvent, un simple laps de temps à attendre ; mais, il peut être aussi un événement déterminé et certain, c'est-à-dire qui ne peut manquer d'arriver ; car, s'il était incertain quant à son accomplissement, ce serait une condition ; au reste, il peut y avoir incertitude sur l'époque à laquelle l'événement arrivera ou sur l'époque à laquelle il sera connu des parties, on dit alors qu'il y a "terme incertain," mais ce n'est toujours pas une condition.

Le texte n'exige pas que l'événement prévu soit futur, parce que ce serait une restriction arbitraire : sans doute, pratiquement, les parties ne se référeront

pas, pour l'exécution de l'obligation, à un événement passé ; mais il pourrait arriver qu'elles crussent futur un événement déjà accompli à leur insû et cette erreur ne vicierait pas la convention : l'exécution serait exigible quand l'événement serait connu. La question se représentera bientôt, quand il s'agira de savoir si un événement actuellement arrivé, mais inconnu des parties est une condition, lorsque d'ailleurs, à la différence de l'événement qui nous occupe, il est casuel ou incertain.

On a déjà annoncé deux sortes de termes : le terme "de droit" et le terme "de grâce." Les deux qualifications indiquent bien leur nature différente et, plus loin, on verra la différence de leurs effets.

Les cas où le terme est établi par la loi elle-même ne sont pas très-fréquents : on peut citer le cas de vente dont le prix ne peut être exigé avant la délivrance, ni la délivrance avant le payement du prix.

Il sera bien plus fréquent que le terme soit fixé par la convention des parties, enfin, le terme peut être fixé par un testament, lequel a autant de force que la convention, bien qu'il n'y ait qu'une seule volonté exprimée.

Le texte suppose ensuite que les parties ont laissé une latitude plus ou moins grande au débiteur pour acquitter sa dette. Comme ces formules : "quand le débiteur pourra," ou "quand il voudra," sont assez fréquentes, la loi croit devoir en prévenir une fausse interprétation qui consisterait à les prendre à la lettre : rien ne serait plus contraire, ordinairement, à l'intention des parties et aux règles générales d'interprétation des conventions, telles qu'elles sont établies aux articles 356 à 360.

Il ne faudrait pas considérer le terme ainsi fixé par le tribunal comme étant un terme "de grâce : " le tribunal ne fait ici qu'interpréter l'intention des parties, tandis que le terme de grâce est vraiment son œuvre et souvent contraire à l'intention du créancier. On verra bientôt l'intérêt de la question, en comparant les deux termes.

Art. 404. Il est évident que le débiteur a, en général, intérêt à exécuter son obligation le plus tard possible : s'il s'agit d'une dette d'argent et qu'il ait la somme à sa disposition, il peut en tirer profit ; s'il n'a pas la somme, il n'est pas tenu d'emprunter à intérêts plus ou moins lourds ; s'il s'agit de marchandises à fournir ou de travaux à exécuter, il a, sous une autre forme, les mêmes avantages à attendre. La loi est donc conforme à la réalité des choses, en présumant que le terme a été stipulé dans l'intérêt du débiteur ; mais c'est une présomption *simple*, pouvant céder à la preuve contraire résultant des clauses de la convention ou des circonstances du fait. La même présomption existe pour le terme accordé par la loi. Quant au terme de grâce, il sera expressément accordé au débiteur par le jugement, et si l'on admet, par exception, que le terme de grâce puisse être accordé dans l'intérêt du créancier, le jugement s'en expliquera encore plus formellement, à cause de la singularité du fait.

Mais, c'est un principe général que toute personne peut renoncer à un bénéfice établi en sa faveur. Le débiteur pourra donc payer avant le terme, chaque fois que la présomption dont il s'agit ne sera pas contredite à son égard. Il aura avantage à se libérer ainsi par anticipation, lorsque sa dette produit un intérêt plus élevé que le profit que lui procureraient ses propres fonds ou que les intérêts des fonds qu'il emprunterait à cet effet ; et, lors même que la dette ne porterait pas intérêt, s'il a des fonds sans emploi, il s'affranchit, en payant, des risques de perte ou de vol.

Le terme a pu être établi dans l'intérêt du créancier : s'il s'agit d'une dette d'argent, il a pu lui-même vouloir se préserver des risques de perte ou de vol, pendant un temps où il n'avait pas toutes facilités à cet égard ; ou bien, il a cherché à s'assurer un intérêt de son capital pendant le temps où il prévoyait n'en avoir pas d'autre

emploi ; ou bien, il s'agissait de travaux à exécuter, qui, avant le temps fixé, devaient lui être inutiles ou gênants. En pareils cas, le créancier a le même droit que le débiteur, celui de renoncer au bénéfice du terme, en exigeant l'exécution ou le paiement anticipé. Mais, il ne faudrait pas que cette faculté du créancier devînt trop gênante pour le débiteur qui n'aurait pas prévu cette dérogation à la convention, et le tribunal pourra accorder au débiteur un terme de grâce pour lui permettre de prendre ses dispositions.

La loi prévoit aussi que le terme aurait pu être établi dans l'intérêt simultané des deux parties ; dans ce cas, l'une ne pourrait y renoncer sans le consentement de l'autre.

Il va de soi que si la partie qui aurait une fois renoncé au bénéfice du terme établi dans son intérêt exclusif voulait ensuite revenir à la convention, pour retarder l'exécution, elle ne le pourrait pas, sans le consentement de l'autre ; car il y aurait eu une sorte de novation ou convention nouvelle qui constituerait un droit pour l'autre partie.

La loi rappelle, en terminant, sa décision déjà donnée (art. 366) au sujet du paiement anticipé fait par erreur : cette erreur ne permet pas de dire qu'il y a eu renonciation au terme ; mais la répétition de ce qui aurait été ainsi donné par anticipation serait trop nuisible à celui qui a reçu pour être permise.

Art. 405. L'obligation à terme, à la différence de l'obligation conditionnelle, existe actuellement et pleinement, dès la formation du contrat ; l'exécution seule en est retardée ; mais le terme n'a été accordé par le créancier ou par la loi que parce qu'il ne semblait devoir en résulter aucun danger sérieux pour l'avenir. Si donc les prévisions sont démenties par les événements, il est juste que le bénéfice du terme soit enlevé au débiteur

et que le créancier puisse réclamer l'exécution immédiate.

Les quatre cas de déchéance du terme sont naturellement limitatifs, puisqu'il s'agit d'une rigueur.

En premier lieu, se trouve la faillite du débiteur, ce qui suppose qu'il est commerçant. La faillite n'implique pas nécessairement l'insolvabilité ; mais elle sera fréquente et, de plus, la faillite entraîne la liquidation des biens du failli : si le créancier à terme n'était pas admis à la distribution des biens, il ne lui resterait aucune chance d'être payé plus tard. La loi met sur la même ligne que la faillite, l'insolvabilité du non commerçant, et, comme il est plus difficile de constater celle-ci que la faillite, la loi exige qu'elle soit "notoire," c'est-à-dire généralement connue.

Le second cas où le débiteur perd le bénéfice du terme présente un danger analogue à celui de la faillite et de la déconfiture, car il expose aussi le créancier à n'être pas payé. Il a paru sage de protéger tout créancier à terme contre un tel danger, en exigeant toutefois que la saisie concerne "plus de la moitié des biens."

Le troisième cas est d'une nécessité plus évidente encore : le débiteur a manqué à sa promesse ou il a cherché à en neutraliser l'effet : on suppose, ou qu'ayant promis, soit un gage, soit une hypothèque'il a refusé ensuite de les constituer, ou que, les ayant une fois constitués, il y a porté atteinte : par exemple, en coupant les bois ou en détruisant les bâtiments qui se trouvaient sur le fonds hypothéqué ou donné en nantissement. Le fait d'aliéner un fonds hypothéqué ne serait pas considéré comme une diminution des sûretés promises, parce que l'hypothèque est toujours opposable au tiers acquéreur.

Le quatrième cas où le débiteur perd le bénéfice du terme est celui où il ne remplit pas l'obligation corrélative à son avantage, celle de payer les intérêts dits *compensatoires* : c'est une sorte de résolution du contrat, faute d'exécution, quoiqu'il ne s'agisse pas toujours

d'un contrat synallagmatique, mais peut-être d'un prêt à intérêts.

La loi n'a pas eu à s'occuper des intérêts *moratoires*, parce que, si le débiteur était en retard, c'est que déjà le terme serait échu.

Art. 406 et 407. Le principe de l'article 406 est fondé sur une raison d'humanité.

Il a paru utile d'exprimer dans la loi : 1° que la circonstance qu'il y aurait déjà eu un terme de droit ne met pas obstacle à la concession d'un délai de grâce ; 2° que l'existence d'un titre exécutoire ne paralyse pas non plus le pouvoir du tribunal : ce dernier point ne pouvait guère faire doute pour les actes notariés, mais on aurait pu douter pour les jugements déjà rendus et ne contenant pas la concession d'un délai, parce que le tribunal est désormais dessaisi de l'affaire ; cependant en législation, il n'y a pas de raison majeure de refuser à un tribunal le droit de retarder l'exécution d'un jugement émané, soit de lui-même, soit d'un autre tribunal : il peut être survenu des malheurs au débiteur, entre la prononciation du jugement et les poursuites à fins d'exécution. Dans ce cas, comme dans celui d'un titre notarié, la demande du délai de grâce sera introduite devant le tribunal, soit principalement, par voie de requête, soit incidemment, comme difficulté relative à l'exécution.

Dans le cas d'un engagement sous seing privé, objet d'une action en justice, le débiteur demandera le délai, en même temps qu'il répondra à la poursuite, et en supposant, bien entendu, qu'il ne la conteste pas au fond.

La loi veut aussi : que le délai concédé soit "modéré," que le débiteur mérite cette faveur par son malheur et sa bonne foi et que le créancier n'en doive pas éprouver un préjudice trop considérable : il serait, en effet, déraisonnable et injuste de sacrifier *les droits* du créancier à la faveur du débiteur.

Le tribunal n'est pas seulement autorisé à retarder l'exigibilité du payement, il peut aussi en permettre la division, chaque fois encore qu'elle est possible sans nuire au créancier. Cette division du payement sera très-naturelle, quand il s'agira d'une somme d'argent : il sera plus facile au débiteur de s'en libérer par parties ; s'il justifie au tribunal qu'il a lui-même des sommes à recevoir successivement, il pourra être autorisé à les verser partiellement au créancier, évitant ainsi le danger de les dissiper et le risque de les perdre.

Le dernier alinéa de l'article 426 tranche une question fort importante et sur laquelle les tribunaux auraient pu être divisés. La disposition qui nous occupe doit être considérée comme " d'ordre public " et, par conséquents, le débiteur ne peut, pour convention, renoncer d'avance à la faculté de demander un délai de grâce. Si l'opinion contraire était admise, cette renonciation anticipée serait toujours exigée par le créancier ; le débiteur en empruntant ou en achetant à crédit, n'oserait pas refuser de s'y soumettre, de peur de faire manquer le contrat ; la clause deviendrait *de style* et le but humanitaire de la loi serait toujours éludé. On admettra cependant, plus loin que les parties peuvent convenir de la résolution expresse ou " de plein droit," pour inexécution par l'une d'elles de ses obligations, ce qui, en dispensant du recours à la justice pour faire prononcer la résolution, ôte à celle-ci le droit d'accorder un délai de grâce. Mais, le créancier doit être plus facilement admis à rentrer dans ses droits antérieurs qu'à faire valoir ses nouveaux droits.

Voici une autre conséquence à tirer du principe que le débiteur ne peut renoncer d'avance au délai de grâce, ni directement, ni indirectement : supposons qu'une clause pénale ait été convenue pour le cas de retard à l'exécution ; à l'échéance, le créancier réclame la clause pénale, le débiteur demande un délai de grâce, en justifiant qu'il est dans la situation requise pour cette faveur ; le

tribunal pourra lui accorder le délai de grâce, avec beaucoup de modération, sans doute, et la clause pénale ne sera encourue qu'après l'expiration de ce délai sans exécution.

Remarquons, du reste, que le caractère d'ordre public reconnu à cette faculté du tribunal ne va pas jusqu'à lui permettre d'accorder un délai de grâce *d'office* et sans demande : il faut encore que le débiteur déclare s'en prévaloir, en allègue et jusqu'à un certain point en justifie la nécessité pour lui ; le tribunal commettrait un excès de pouvoir, s'il accordait un délai de grâce qui n'aurait pas été demandé.

Le délai de grâce a naturellement moins de force que le délai de droit, il est plus précaire et se perd plus facilement : l'article 407 nous le montre.

D'abord, il va de soi que les causes qui font perdre le délai de droit font perdre également celui de grâce. Il se perd, en outre, dans quatre autres cas.

Dans tous les cas où le débiteur est en fuite, il perd le bénéfice du terme de grâce, et la loi assimile à la fuite le cas où le débiteur "dissimule sa résidence ;" en effet, il n'est plus de bonne foi, du moment qu'il cherche à se soustraire à la surveillance de ses créanciers.

La loi lui enlève encore le bénéfice du terme, s'il est condamné à un emprisonnement correctionnel d'un an ou plus ; ici, le motif est un peu différent : c'est moins à cause de la faute qui entraîne cette pénalité (elle ne regarde pas le créancier) qu'à cause de la gêne pécuniaire que l'emprisonnement doit causer au débiteur et de la diminution des chances qui resteront au créancier d'être payé à l'échéance.

Dans le troisième cas, il faut supposer que le tribunal a autorisé le fractionnement de la dette, ce qui implique des délais successifs ; le débiteur laisse passer une des époques fixées, sans payer la fraction de sa dette qui y est afférente ; dès lors, il n'y a plus lieu d'espérer qu'il

puisse remplir ses autres obligations successives : la dette devient donc exigible pour le tout.

Le quatrième cas demande un peu plus d'explications. Parmi les modes d'extinction des obligations, on compte la compensation qui, dans l'hypothèse où les deux parties sont respectivement créancières et débitrices, opère la libération de chacune jusqu'à concurrence de la dette la plus faible, les deux dettes se faisant équilibre, se balançant, jusqu'au chiffre où elles se rencontrent. Mais, pour que la compensation opère ainsi, par elle-même et de plein droit, l'effet d'un paiement réciproque, il faut que les deux dettes réunissent certains caractères communs, notamment, qu'elles soient toutes deux *exigibles* (voy. art. 520) : de même qu'avant le terme, le paiement ne peut être demandé, de même la compensation ne peut s'opérer ; mais ici se rencontre la dernière différence entre le terme de droit et le terme de grâce : ce dernier ne fait pas obstacle à la compensation, et cela est très-naturel : le terme de grâce n'avait été accordé au débiteur qu'à raison de la difficulté où il était de se libérer ; or, quand il est lui-même créancier, dans les conditions qui permettent la compensation, il n'a plus aucun titre à conserver cette faveur. On pourrait même croire qu'une fois entrée dans cette voie, la loi devrait retirer le bénéfice du terme de grâce au débiteur, chaque fois que sa position pécuniaire s'est suffisamment améliorée pour qu'il lui soit possible de se libérer présentement ; mais ce serait donner ouverture à une foule de procès délicats et autoriser le créancier à se livrer à un examen continu et à une discussion vexatoire des changements de fortune du débiteur. Ce danger n'existe pas dans le cas de la compensation, parce que les éléments en sont contradictoirement établis entre les parties.

La dernière disposition de l'article 407 peut se justifier de deux manières : d'abord, le débiteur ne mérite

plus une nouvelle faveur, n'ayant pas su profiter de la première ; ensuite, le tribunal, ayant statué sur cette demande, a épuisé son pouvoir à cet égard.

Il va de soi que dans les cas où le débiteur est privé, soit du terme de droit, soit du terme de grâce, conformément aux articles 405 et 407, il ne pourrait obtenir un terme de grâce, s'il était déjà dans l'un des cas prévus par ces articles.

Il est inutile aussi de dire que, comme la concession du délai de grâce, de même la déchéance de l'un ou de l'autre terme, ne peut être prononcée par le tribunal sans qu'il y ait eu, à cet égard, demande de la partie intéressée : ce ne sont pas là des cas où le tribunal puisse statuer d'office : l'ordre public n'y est pas intéressé.

Art. 408 et 409. On voit, de suite, par la définition de la condition, qu'elle diffère profondément du terme : tandis que le terme n'empêche pas l'obligation de naître, de se former, et en retarde seulement l'exécution, la condition tient en suspens l'existence même de l'obligation, et ce n'est pas seulement un retard qu'elle apporte à la formation ou à la résolution de l'obligation, c'est l'incertitude, l'éventualité, qui peut se terminer favorablement ou défavorablement pour le créancier ou pour le débiteur ; chacun a des chances et court des risques : le contrat devient *aléatoire* par le fait même qu'il est affecté d'une condition.

On voit par le présent article que la condition est de deux sortes : suspensive ou résolutoire ; dans le premier cas, l'obligation affectée de la condition n'est pas formée par la seule convention, c'est la condition qui, en s'accomplissant, fera naître l'obligation ; dans le second cas, l'obligation est née immédiatement, par le seul effet du contrat ; mais les parties sont convenues que, si tel événement arrivait, l'obligation serait résolue, c'est-à-

dire éteinte rétroactivement, comme si elle n'avait jamais existé.

On dit quelquefois que la condition est “ toujours suspensive ” et que, dans le premier cas, elle suspend *la naissance* de l'obligation, tandis que, dans le second cas, elle en suspend *la résolution* : cette formule est exacte et même elle a une origine romaine ; mais on conservera ici les expressions usitées et l'on appellera condition *SUSPENSIVE* celle qui expose le droit du créancier à ne pas naître, et *RÉSOLUTOIRE*, celle qui, le droit une fois né, l'expose à être détruit. La difficulté du langage va encore s'augmenter, si, au lieu d'une obligation conditionnelle, nous supposons qu'il s'agit d'un droit réel affecté d'une condition.

Le texte de l'article 408, en effet, après avoir supposé d'abord que c'est une obligation ou une créance qui est affectée de la condition, déclare que la même modalité pourrait affecter un droit réel : la propriété ou un de ses démembrements, ou une sûreté réelle fournie pour la garantie d'une créance.

Dans ce cas, la condition produira un effet double, très-digne d'attention : elle sera, tout à la fois, suspensive pour l'une des parties et résolutoire pour l'autre.

Supposons une aliénation d'immeuble subordonnée au départ du vendeur pour un pays éloigné ; dans ce cas, la condition sera qualifiée de “ suspensive, ” parce que le droit de l'acheteur n'est pas encore né ; mais si la condition s'accomplit, en même temps qu'elle “ fera naître ” le droit de l'acheteur, “ elle résoudra ” celui du vendeur.

En sens inverse, si l'aliénation a été faite immédiatement, mais qu'il ait été convenu qu'au cas où le vendeur reviendrait se fixer dans le pays qu'il quitte, la vente serait résolue, on peut dire qu'en même temps que le droit de l'acheteur est “ résoluble, ” celui du vendeur est “ suspendu : ” l'événement prévu s'accomplis-

sant enlèvera le droit de propriété à l'acheteur, non-seulement pour l'avenir, mais pour le passé, et le reportera rétroactivement sur la tête du vendeur, comme s'il n'avait jamais cessé de lui appartenir.

Comme conséquence de ce double effet de la condition, les droits conférés sur la chose par celui qui n'avait qu'un droit résoluble s'évanouissent comme et avec le sien, et les droits conférés par celui dont le droit était en suspens se confirment comme le sien propre.

La raison de ce double effet de chaque condition, lorsqu'il s'agit de l'aliénation d'un droit réel, tient à la nature même de ce droit qui, une fois créé, doit nécessairement porter sur une tête, et ne peut en quitter une sans passer sur une autre, ni retourner au premier titulaire sans quitter le second. On ne rencontre pas ce double effet, lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée avec une condition : elle ne préexistait pas à la convention, laquelle la fait naître et ne la transfère pas ; si elle est subordonnée à une condition suspensive et que celle-ci s'accomplisse, le droit naît pour le créancier, mais on ne peut pas dire qu'il quitte le débiteur ; si elle est subordonnée à une condition résolutoire, l'événement enlèvera le droit au créancier, mais il ne le reportera pas sur la tête du débiteur.

On doit donc reconnaître que si les droits personnels peuvent être affectés de l'une ou l'autre condition, c'est toujours séparément, disjointement ; tandis que les droits réels ne peuvent être affectés de l'une sans l'être en même temps et conjointement de l'autre.

Il y a toutefois un cas où le droit personnel sera affecté simultanément des deux conditions ; mais l'exception, loin d'être gênante, confirme la règle : un créancier cède, sous condition suspensive, la créance qu'il a contre un tiers ; si la condition s'accomplit, le droit cédé quitte le cédant pour passer sur la tête du cessionnaire ; si la cession a été faite sous condition réso-

lutoire, la résolution, en dépouillant le cessionnaire, reporte le droit sur le cédant. Si, dans ce cas, la condition produit deux effets simultanés, comme dans la cession d'un droit réel, c'est parce que droit personnel cédé *préexistait* à la convention.

Il est donc vrai et évident que toute condition mise à la translation d'un droit réel, ou d'un droit personnel préexistant, produit, tout à la fois, d'un côté, une suspension, et, de l'autre, une résolution. Il faut pourtant que les noms ne produisent pas d'équivoque. Le moyen de l'éviter, c'est de s'attacher à l'EFFET DIRECT de la condition sur le *droit conféré* et non à son EFFET INDIRECT sur le *droit retenu* par l'aliénateur. Ainsi, une vente sera dite "sous condition suspensive," quand le droit *conféré à l'acheteur* sera suspendu : on négligera la résolution qui ne doit se produire qu'indirectement sur le droit *retenu par le vendeur* ; au contraire, la vente sera dite "sous condition résolutoire" quand le droit, *présentement conféré* à l'acheteur, sera sujet à résolution : on négligera l'effet indirectement suspensif de cette condition sur le droit *retenu* par le vendeur.

Mais, si l'effet *indirect* de chaque condition est à négliger quand il s'agit de la dénomination à donner à celle-ci, il est très-important, au contraire, à considérer pour le fond toute cette théorie : on le verra bientôt, notamment, quand il s'agira de savoir laquelle des deux parties supporte les risques de perte fortuite, dans l'une et l'autre condition (v. art. 419).

L'article 408 assigne deux caractères à l'événement qu'on appelle *condition* : il doit être "futur et incertain." Il ne faudrait pas mettre sur la même ligne un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Cependant, au premier aspect, la situation paraît identique ; si, par exemple, les parties ont subordonné les effets de leur convention à l'issue favorable

d'une expédition militaire ou maritime qui doit être actuellement accomplie, mais dont aucune d'elles n'a pu encore avoir de nouvelles, il semble que les choses se passeront comme si l'événement était futur : lorsque l'issue de l'expédition se trouvera avoir été favorable, la convention aura eu tous ses effets dès l'origine ; lorsque l'issue aura été défavorable, la convention sera réputée non avenue. Mais, au fond, il reste une grande différence entre cette situation et celle d'une véritable condition : dans le cas d'un événement actuellement arrivé, l'obligation existe ou n'existe pas, dès le moment de la convention, quoique les parties l'ignorent ; si elle existe, rien n'empêchera ensuite qu'elle ait tous ses effets ; si elle n'existe pas, rien, dans l'avenir, ne pourra lui donner effet ; il n'y a, pour les parties, ni chances, ni risques ; si l'événement était accompli suivant les prévisions des parties, ce n'est pas lui qui aurait fait naître l'obligation, ce serait la convention ; si l'événement était accompli en sens contraire, ou défailli, l'obligation ne serait pas née et ne pourrait jamais naître sans une nouvelle convention.

Voilà pour la différence théorique de la question ; en voici maintenant l'intérêt pratique : si l'obligation a été subordonnée à une véritable condition et que la chose due vienne à périr par cas fortuit avant l'événement, l'obligation ne se forme pas, faute d'objet, comme on l'a déjà dit plus haut et comme on en donnera bientôt la justification, en sorte que la perte retombe sur le débiteur qui n'a plus sa chose et n'aura pas les avantages que la convention pouvait lui destiner ; tandis que, si l'obligation dépend d'un événement actuellement arrivé mais encore inconnu des parties, la chose due périt pour le créancier dont le droit est né quoiqu'il l'ignore : l'événement inconnu n'a été qu'un "terme incertain," ce terme s'est trouvé échu quand l'événement a été connu ; or, le terme ne retardant pas la naissance du

droit, mais seulement son exigibilité, met la chose aux risques de celui à qui elle est due.

Le présent article complète le caractère de la condition, soit suspensive, soit résolutoire, en donnant un effet rétroactif à son accomplissement, soit pour la formation, soit pour la résolution de l'obligation ou du droit réel conféré. Cette rétroactivité a dû être indiquée de suite, pour faire saisir la nature de la condition ; l'article suivant en va indiquer les conséquences.

Art. 410. Cet article consacre, tout à la fois, le principe de la rétroactivité de la condition et celui du double effet, déjà signalé, de chacune des deux conditions. On va l'appliquer successivement aux diverses hypothèses.

1° Une obligation, de somme d'argent ou autre, a été contractée sans condition suspensive ; tant que la condition est en suspens le créancier n'a qu'un droit éventuel ; mais il peut céder ce droit sous la modalité qui l'affecte : le cessionnaire exercera le droit de créance, si la condition s'accomplit, pourvu qu'il ait notifié au débiteur la cession qui lui a été faite ; si la condition fait défaut, son droit s'évanouira. Quant au point de savoir s'il aura droit à la restitution de son prix, par action en garantie, cela dépendra des clauses de la cession : en général, il n'y aura pas lieu à la restitution du prix, parce que la cession a un caractère aléatoire comme la créance cédée elle-même. Cependant, le cédant d'une créance est, de droit et sans stipulation, garant de l'existence de la créance ; mais une créance conditionnelle existe suffisamment pour n'être pas sujette à cette garantie : elle a l'existence éventuelle que le cessionnaire était en droit d'attendre, du moment que la condition lui a été révélée.

Dans cette hypothèse, le débiteur sous condition n'aura pas toujours à céder un droit corrélatif à son

obligation ; mais cela pourrait être, si le contrat était synallagmatique ; alors seulement, il aura pu céder lui-même un droit conditionnel, avec les mêmes conséquences.

2° Une créance pure et simple ou à terme existait entre deux personnes et le créancier l'a cédée à un tiers, sous condition suspensive : il a conservé sa créance sous condition résolutoire, ainsi qu'on l'a fait remarquer sous l'article 403. Ici, chacune des parties figurant dans la cession un droit inverse de celui de l'autre et elle peut en disposer avec la condition dont il est affecté : le cessionnaire peut disposer par vente ou donation de sa créance éventuelle ou conditionnelle ; le cédant peut disposer de même de sa créance actuelle mais résoluble. Si la condition de la première cession se réalise, la sous-cession faite par le cessionnaire produit ses effets et la seconde cession faite par le cédant se résout ; si, au contraire, la condition de la première cession fait défaut, c'est la sous-cession qui se résout et la seconde cession faite par le cédant qui se réalise.

Les rôles et les situations seraient inverses, si la première cession avait été faite sous condition résolutoire.

Quant au débiteur cédé, sa position ne change pas, il reste tenu purement et simplement ou à terme : il payera à celui des deux intéressés dont le droit sera définitivement confirmé, ou, tout au moins, dont le droit sera actuel, quoique résoluble, au moment où le payement sera exigé de lui.

3° Supposons enfin un droit de propriété cédé sous condition suspensive, ce qui laisse la propriété au cédant, mais sous condition résolutoire. Chacune des parties peut céder le droit qui lui appartient, sous la condition dont il est affecté : l'événement qui confirmera le droit du cessionnaire résoudra le droit du cédant et, du même coup, les secondes cessions qu'il a faites, en confirmant les sous-cessions. En sens inverse, si la

première cession a été faite sous condition résolutoire, le cédant a gardé la propriété sous condition suspensive, et les nouvelles cessions faites par l'un ou l'autre se résoudront ou se confirmeront comme et avec le droit de chaque cédant.

La complication de ces hypothèses est plus apparente que véritable : le principe une fois posé, les conséquences sont logiques et faciles à déduire.

Le 2^e alinéa de l'article 410 subordonne les effets qui précèdent, en tant qu'il s'agit de les opposer, respectivement, entre une partie ou ses ayant-cause et les ayant-cause de l'autre, à la publicité requise pour les cession de créance et pour les aliénations d'immeubles ou les constitutions de droit immobiliers.

Il est évident, par exemple, que si celui qui n'a qu'un droit conditionnel le cédait comme lui appartenant purement et simplement et que la condition ne s'accomplît pas en sa faveur, les cessionnaires ne pourraient être évincés que s'ils avaient été mis en mesure de connaître la condition dont leur droit était affecté ; or, pour les droits réels immobiliers, la condition, tant suspensive que résolutoire, a dû être révélée l'inscription du titre originaire du cédant. Pour les créances conditionnelles, si la condition est mentionnée au titre, cela suffit pour en avertir le cessionnaire ; si la condition y a été ajoutée par un acte séparé, le cessionnaire a pu en être informé au moment où il a fait au cédé la notification de la cession. Si ces avertissements n'ont pas été donnés au cessionnaire, la condition ne lui est pas opposable, car les droits sont toujours présupposés purs et simples : la condition est une anomalie, une exception au droit commun.

Art. 411. Cet article déroge à l'article précédent, en ce sens que les actes d'administration ne se trouvent pas affectés de la condition qui affecte le droit de celui qui

les a faits. Ainsi, celui qui n'avait qu'un droit de propriété soumis à une condition résolutoire a loué l'objet à un tiers ; plus tard, la résolution s'accomplit, le bail subsistera. Le motif de la loi est qu'il est d'intérêt général que les biens soient loués ou utilement administrés et il serait difficile de trouver un locataire ou un fermier, si son droit devait s'évanouir par l'effet de conditions auxquelles il est étranger.

Mais pour que les actes d'administration soient ainsi respectés, il faut qu'ils soient faits "de bonne foi et en conformité à la loi." Ils ne seraient pas faits "de bonne foi," si le bailleur avait eu pour but de priver de la jouissance du bien, au moins pour un temps, celui auquel la propriété doit passer par l'accomplissement de la condition résolutoire ; la mauvaise foi serait certaine si la location avait été faite, lorsque déjà la condition était accomplie ou paraissait sur le point de l'être, et il serait difficile de considérer comme fait de bonne foi la location d'un meuble qu'il n'est pas d'usage à un propriétaire de louer. La loi n'exige pas la bonne foi des tiers qui ont contracté avec l'administrateur ; par conséquent, lors même qu'ils auraient connu la condition qui affectait le droit du bailleur, le contrat de bail ne serait pas moins valable à leur égard. C'est toujours la raison économique qui veut qu'on favorise les baux des maisons et des terres. Mais les tiers cesseraient de pouvoir invoquer les baux, s'ils les avaient souscrits après que la condition résolutoire était accomplie, même à leur insû : ils seraient dans la situation ordinaire de ceux qui traitent sur une chose avec un autre que le propriétaire.

Enfin, l'acte d'administration ne serait pas fait "en conformité à la loi," si la location avait été faite pour un temps plus long ou sous d'autres conditions que la loi ne le permet aux administrateurs du bien d'autrui (voy. art. 119 et s.).

On pourrait croire que les jugements, ayant le caractère de preuves, par l'effet d'une présomption légale absolue de vérité attachée à la chose jugée, seraient opposables à tous les intéressés quand ils leur seraient contraires, de même qu'ils pourraient être invoqués par eux lorsqu'ils leur seraient favorables. Mais la raison et l'équité s'opposent à ce qu'une personne souffre d'un jugement qu'elle n'a pas demandé et qu'elle n'a pu combattre : l'autorité judiciaire, quelles que soient ses lumières et son impartialité, ne se prononce que sur les faits qui lui sont soumis et ne se détermine que par les preuves produites devant elle : aussi est-il universellement reconnu, que la chose jugée ne nuit ni ne profite qu'aux parties qui ont figuré dans le procès, comme demandesses ou defenderesses, soit en personne, soit par représentation. Ce principe déjà signalé et qui sera développé et justifié plus amplement, lorsqu'on arrivera à la matière des preuves, est appliqué ici, par le 2° alinéa de notre article, mais sous une double exception ou réserve qui demande quelques explications :

1° Certaines personnes qui n'ont pas été parties en cause pourront invoquer le jugement, s'il leur est favorable, et le récuser s'il leur est contraire ;

2° Les jugements sur les actes d'administration seront opposables autant que profitables à ces mêmes personnes.

I. On remarquera d'abord que la loi suppose que c'est celle des parties dont le droit était *résoluble* qui a plaidé avec le tiers : c'est cette partie, en effet, qui a un droit *actuel* et c'est elle seule qui peut être attaquée par un tiers au sujet de la chose ; la loi n'en a pas moins deux applications : il peut y avoir eu aliénation sous condition résolutoire directe, c'est alors l'acheteur qui *acquiert* un droit résoluble ; il peut y avoir eu aliénation sous condition suspensive, c'est le vendeur qui *retient* un droit résoluble.

Pour l'application de notre article, il ne faudrait pas

supposer que celui dont le droit est résoluble a plaidé avec des personnes qui prétendraient avoir acquis des droits de lui, *postérieurement* à la convention affectée de la condition : il est clair que ces personnes ne pourraient se prévaloir, contre la partie dont le droit est en suspens, *du jugement* qui reconnaîtrait leur droit, puisqu'elles ne pourraient non plus se prévaloir contre elle *d'une convention* non contestée qui leur aurait conféré ces mêmes droits. Il faut supposer que le procès a eu pour objet d'établir des droits *antérieurs* à la convention conditionnelle ; or, si ces droits existaient réellement, ils ont, suivant leur nature, mis un obstacle total ou partiel à la cession conditionnelle. Par exemple, une vente sous condition suspensive a eu lieu : le vendeur a conservé la propriété sous condition résolutoire ; avant que la condition fût accomplie, un tiers a prétendu qu'il avait lui-même, soit la propriété, soit un démembrement de la propriété sur cette même chose ; le jugement qui a reconnu son droit n'aura son effet que si la condition suspensive de la vente fait défaut et si la résolution ne s'opère pas contre le vendeur : dans ce cas, en effet, le vendeur ne peut méconnaître le jugement auquel il a figuré et l'acheteur n'ayant désormais aucun droit sur la chose, puisque la condition suspensive est défaillie, n'a pas intérêt à contester ce jugement ; si la condition s'accomplit, l'acheteur ne respectera pas le jugement, parce qu'il n'y a pas été partie et n'a pas été représenté par son vendeur qui n'avait pas qualité pour compromettre les droits de son acheteur par une défense maladroite ou complaisante. Au contraire, le tiers a succombé dans sa demande et la condition s'est accomplie, l'acheteur pourra se prévaloir du jugement contre le tiers, parce que le vendeur a eu qualité pour sauvegarder les droits de son acheteur : il a accompli son obligation de garantie contre tous troubles et évictions ; on peut aussi le considérer comme ayant été gérant d'affaires de

l'acheteur ; or, un gérant d'affaires peut rendre service au " maître " et ne peut compromettre ses droits. La même règle a déjà été appliquée entre l'usufruitier et le nu-proprétaire (voy. art. 98).

Il va de soi, et notre 2^e alinéa le fait remarquer, que, si l'acheteur a été mis en cause par le tiers, à raison de son droit éventuel, le jugement défavorable lui sera opposable.

II. Si le procès intervenu entre un tiers et la partie dont les droits sont résolubles avait concerné un acte d'administration, la solution serait différente ; le jugement défavorable à celui dont les droits sont ensuite résolus serait opposable à celui qui acquiert le bien par l'effet de la condition ; car la partie qui a pu faire des actes d'administration opposables à l'autre partie a eu qualité pour plaider sur des actes de cette nature.

Art. 412. Cet article complète les effets de la résolution, en statuant sur les fruits et intérêts intérimaires.

La loi suit les conséquences naturelles de la résolution : si elle est *directe* et accomplie contre l'acquéreur du droit conféré, celui-ci, ayant pu, pendant un certain temps de possession, percevoir des fruits et produits de la chose, les restituera ; de son côté, celui qui a aliéné, pouvant avoir reçu le prix, en rendra les intérêts ; si la résolution est opérée *indirectement*, par l'accomplissement de la condition suspensive, celui qui avait conféré le droit livrera la chose avec les fruits perçus, et l'acquéreur payera le prix avec les intérêts. Les choses sont ainsi ramenées, dans le premier cas, à l'état où elles auraient été, si la convention résoluble n'avait pas eu lieu ; dans le second, à l'état où elles auraient été, si la convention suspendue avait été pure et simple.

Notre article en donnant cette solution, admet qu'elle pourrait être modifiée par l'intention des parties ; en

effet, il est possible que, dans un but de simplification, elles aient admis, expressément ou tacitement, que les fruits perçus par une partie, pendant que la condition était en suspens, se compenseraient avec les intérêts qu'elle devrait recevoir de l'autre partie. Cette compensation pourra être très-facilement admise par les tribunaux : notamment, quand il se sera écoulé un long intervalle entre la convention et l'issue de la condition ; mais, elle devra toujours être considérée comme une exception résultant des circonstances.

Art. 413. La condition tout en étant nécessairement suspensive ou résolutoire, peut avoir d'autres caractères qui influent plus ou moins sur la validité de la convention qui en dépend. C'est ainsi qu'on peut distinguer les conditions : 1° en *casuelles*, *potestatives* et *mixtes*, suivant qu'elles dépendent, ou du pur hasard, ou de la volonté d'une seule des parties, ou, tout à la fois, de la volonté d'une des parties et de celle d'un tiers ou du hasard ; 2° en *licites* et *illicites* ; 3° en *possibles* et *impossibles* ; 4° enfin, en *positives* et *négatives*, suivant qu'on a prévu qu'un événement arrivera ou n'arrivera pas.

Le présent Code ne mentionne ces caractères particuliers des conditions qu'en en réglant l'influence sur la convention, et il ne définit que la condition *illicite*, la seule où la définition était nécessaire.

Et d'abord, pour la condition *impossible* il n'y a pas de difficulté réelle. Si elle est en même temps *positive* ou *affirmative*, elle rend nulle la convention qui en dépend ; par exemple, on a vendu ou donné un fonds à quelqu'un, s'il faisait l'ascension du Fusiyama au mois de Janvier ; il est évident qu'une pareille convention n'est pas sérieuse et que les deux parties, si elles sont saines d'esprit, savent, dès l'abord, que la condition suspensive ne se réalisera pas et que, par conséquent, la convention

ne peut produire d'effet. Il en serait de même, si le fait impossible était pris comme condition résolutoire ; par exemple : " je vous vends mon fonds présentement, mais la vente sera résolue, si je fais l'ascension.....etc. ; " ici, ce n'est plus la vente qui est nulle, c'est la clause stipulant la résolution : il est clair que celui qui ne s'est réservé qu'une résolution impossible a fait une vente pure et simple.

Supposons maintenant que le même fait impossible, au lieu d'être envisagé positivement ou affirmativement, l'ait été négativement, la solution sera différente ; par exemple : " je vous vends ma maison, sous cette condition suspensive : " si vous *ne faites pas* l'ascension du Fusiyama, etc. ; " comme il est bien certain, dès aujourd'hui, que vous ne la ferez pas, vente est pure et simple ; ou bien encore, vous ayant vendu ma maison antérieurement, sans condition, j'ai stipulé, plus tard, que la vente serait résolue, si vous ne faisiez pas ladite ascension ; comme il est certain que vous ne la ferez pas, la vente est résolue immédiatement, purement et simplement. On a dû supposer ici que la vente était *antérieure* à la stipulation de résolution, car, si les deux clauses se trouvaient dans une même convention, la vente se trouvaient résolue en même temps qu'elle se formerait, ce qui serait dérisoire.

La convention ne sera illicite, au point de vue qui nous occupe, elle ne rendra la convention nulle, que si elle doit tendre à un résultat mauvais, moralement ou socialement ; or, ce résultat est à prévoir et à redouter dans deux cas que le texte du présent article détermine avec soin :

1° Si l'une des parties doit *bénéficier*, soit de l'accomplissement d'un acte que la loi ou la morale défend, soit de l'abstention d'un devoir que la loi ou la morale impose ;

2° Si l'une des parties doit *souffrir*, soit de s'être abs-

tenue d'un acte défendu, soit d'avoir accompli un acte ordonné.

Dans le premier cas, les parties se seraient proposé de *récompenser le mal* et, dans le second cas, de *punir le bien*.

Il n'y a pas à distinguer, du reste, si le profit du mal ou la peine du bien doit être pour le stipulant ou pour le promettant, ni si la condition illicite est suspensive ou résolutoire ; seulement, il est bien entendu que si la condition est suspensive, il n'y a pas de convention du tout, tandis que si la condition est résolutoire, c'est celle-ci qui est seule non avenue, la convention restant pure et simple.

Il est nécessaire de donner des exemples de ces diverses situations qui sont régies par le même principe.

1° Quelqu'un promet sa maison, si on lui procure des documents secrets du Gouvernement : " la condition illicite est suspensive ; elle est positive ; elle est dans l'intérêt du stipulant de la maison : la promesse est nulle.

2° " Quelqu'un promet sa maison, si on ne remet pas au Gouvernement les documents qu'on a reçus pour lui : " la condition illicite est encore suspensive et dans l'intérêt du stipulant ; elle est négative, en ce qu'elle a pour objet le non-accomplissement d'un devoir : la promesse est encore nulle.

3° Quelqu'un donne sa maison présentement, mais la donation sera résolue, s'il remet au donataire les documents secrets du Gouvernement, ou si le donataire ne lui remet pas ceux qui sont adressés au gouvernement : " dans les deux cas, la condition est dans l'intérêt de celui qui stipule la résolution ; au premier cas, la condition est positive et la faute serait récompensée ; au second cas, la condition est négative et le mérite du promettant serait puni : la condition résolutoire est nulle et la donation reste pure et simple.

Voyez encore les cas qui se trouvent implicitement

réglés par les limites précises que le Projet a mises à la nullité.

Les parties ont établi comme condition suspensive de la convention le cas où l'une d'elles s'abstiendrait de tel acte illicite ou accomplirait tel devoir dans des circonstances ou dans un temps déterminé ; ou, en sens inverse, elles sont convenues que la convention actuellement formée serait résolue, si la partie intéressée à son maintien commettait un acte illicite déterminé ou manquait à accomplir tel devoir. Il ne faudrait pas penser que la condition doit, ici encore, être considérée comme nulle et entraîner la nullité de la convention qui en dépend : sous prétexte qu'il serait immoral qu'une partie stipulât un avantage (l'acquisition ou la conservation d'un droit), comme prix de l'observation de la loi et de l'accomplissement d'un de ses devoirs. On doit admettre, au contraire, que tout moyen qui assure ce double résultat est utile à la société et doit être autorisé.

Toutefois, dans le cas de la condition suspensive, on pourra faire la distinction suivante : si le stipulant s'est fait promettre un avantage pour le cas où il ne commettrait pas un acte punissable par la loi, ou accomplirait un devoir dont la violation a aussi une sanction pénale, la condition viciera la convention comme immorale ; il y a cause honteuse, et, par suite, refus d'action et droit de répétition contre le stipulant, s'il y avait eu exécution (voy. art. 367) ; d'ailleurs, il semblerait que la condition implique une menace, laquelle vicie également la convention. Mais, si la condition est de ne pas faire un acte que la morale seule réproouve et non la loi pénale, ou d'accomplir un devoir que la morale seule impose et non la loi, la convention qui en dépend devra être maintenue. Ainsi, une promesse a été faite à une fille de mauvaise vie, pour le cas où elle rentrerait dans sa famille et s'y conduirait honnêtement, ou à un homme vivant irrégulièrement avec une femme, pour le cas

où il l'épouserait légalement ; dans ces cas, il n'y a pas immoralité à obtenir une pareille promesse et à la faire valoir, même en justice, si la condition est remplie.

Le rapprochement du 1^{er} et du 3^e alinéas de notre article 413 donne lieu à une observation importante. Tout ce qui a été dit de la condition illicite ou impossible, comme viciant et annulant la convention qui en dépend, ne s'applique qu'au cas où c'est l'effet *principal* de la convention qui aurait été rattaché à la condition : alors la condition joue le rôle de *cause* déterminante de la convention et, comme cause illicite ou fausse, elle empêche la convention de se former (voy. art. 304). Ainsi, dans une vente conditionnelle, si c'est la translation de propriété même qui a été subordonnée à la condition, la nullité de la condition entraînera celle de toute la convention ; mais, si la condition n'affecte qu'un *accessoire* de la vente, un objet complémentaire aliéné, un terme pour la délivrance de la chose ou pour le paiement du prix, alors, l'accessoire, le terme, seront seuls frappés de nullité.

Art. 414 et 415. Comme on l'a dit plus haut la condition *casuelle* est celle qui dépend seulement du hasard ou d'un événement sur lequel les parties ne peuvent exercer aucune influence ; si la condition dépend, en même temps, de la volonté d'une partie et du hasard ou de la volonté d'un tiers, la condition est appelée *mixte* ; enfin, elle est dite *potestative*, quand il dépend de la volonté de l'une des parties de la faire accomplir ou défaillir.

Il ne s'agit pas d'ailleurs d'une condition *purement* potestative pour l'accomplissement de laquelle le promettant ne ferait aucun sacrifice, qui dépendrait de son *pur caprice* ou de sa fantaisie, lorsqu'enfin il n'aurait enten lu s'obliger que si tel était son bon plaisir. Dans ce cas, la convention serait nulle d'après le principe

général qu'il n'y a pas convention ou contrat sans volonté de s'obliger, sans consentement. Mais on ne pourrait prétendre qu'une vente fût nulle quand, par exemple, le vendeur l'aurait subordonnée à un voyage, ou à sa démission de fonctions publiques ou privées; parce qu'on doit reconnaître qu'en pareil cas, comme dans une foule d'autres, ce n'est pas par caprice ou pure fantaisie qu'une partie fait un voyage ou donne sa démission: il y a toujours des intérêts en jeu, des sacrifices à faire, qui peuvent faire hésiter le contractant.

L'article 415 prend d'ailleurs une précaution qui éloigne tout danger. Il est clair que dans le cas où l'accomplissement de la condition dépend de la volonté d'une seule des parties, que ce soit du stipulant ou du promettant, la convention n'est pas pure et simple: il faut encore que cette volonté soit exprimée et notifiée; jusques-là, le promettant ignore si et quand il devra exécuter, ou c'est le stipulant qui ignore si et quand il pourra demander l'exécution; la partie qui n'a pas le choix peut donc souffrir plus ou moins d'une trop longue incertitude. La loi y pourvoit, en autorisant cette partie à demander au tribunal la fixation d'un délai, si d'ailleurs les parties n'en ont pas fixé un elles-mêmes. Passé ce délai, la condition sera réputée défaillie, si la partie n'a pas exercé sa faculté.

Il n'y a pas à distinguer, d'ailleurs, si la condition potestative était suspensive ou résolutoire, quant à son effet sur la convention, ni, si elle était positive ou négative, c'est-à-dire s'il s'agissait de l'accomplissement ou du non-accomplissement d'un fait déterminé.

L'article 414 a un autre objet: statuant sur une condition qui ne dépend pas de la volonté du promettant, mais de celle du stipulant ou du hasard, il punit le promettant de tout acte de sa part qui aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement de la condition au profit du stipulant, et la punition est que la condition défaillie

par son fait sera réputée accomplie contre lui. Ainsi, une vente avait été faite sous la condition suspensive que le vendeur aurait acquis telle autre propriété; l'acheteur, regrettant le contrat et pour faire manquer la condition, achète lui-même le bien désiré par son vendeur : il en sera puni, si le vendeur invoque la loi, en se trouvant acheteur du premier bien, en même temps qu'il l'est du second, ce qui pourra être pour lui un sérieux embarras. En modifiant l'exemple, on l'appliquera à la condition résolutoire : il a été convenu que la vente serait résolue, dans l'intérêt de l'acheteur, s'il parvenait à acquérir un autre immeuble déterminé qui répond mieux à ses besoins; le vendeur, pour empêcher la résolution de s'accomplir, s'est rendu lui-même acquéreur de ce bien : comme il a volontairement empêché la résolution, elle sera réputée accomplie; il devra reprendre son immeuble et restituer le prix qu'il aura reçu.

Bien entendu, dans les deux cas, la résolution n'a pas lieu de plein droit : elle doit être prononcée en justice, à cause de son caractère de peine, et la demande ne peut en être faite que par la partie en faveur de laquelle la condition avait été établie.

L'article 414 ne s'applique pas au cas où la condition dépendait de la volonté de celui qui en a fait manquer l'accomplissement : il est clair que dans ce cas, il n'est pas responsable, ayant exercé son droit; ainsi dans notre dernier exemple, l'acheteur a pu refuser l'immeuble dont l'acquisition devait résoudre la première vente.

Art. 416. Les deux premières dispositions de cet article pourraient ne pas figurer dans la loi, parce qu'elles ne sont que des déductions logiques de la nature de la condition et de l'intention des contractants; toutefois, ce qu'il a paru utile d'exprimer dans plusieurs Codes étrangers ne pouvait être jugé superflu au Japon

où, cette modalité des obligations étant encore peu pratiquée, la théorie scientifique en est encore peu connue ; on y ajoute d'ailleurs une disposition nécessaire.

Le 1^{er} alinéa prévoit une condition *positive*, c'est-à-dire, un événement dont l'arrivée doit faire naître ou résoudre un droit ; le 2^o alinéa suppose une condition *négative*, c'est-à-dire que c'est le non-accomplissement d'un événement qui agira sur le droit, comme condition suspensive ou résolutoire. Dans le premier cas, la loi déclare quand la condition est défaillie : elle néglige de dire quand elle est accomplie ; au contraire, dans le second cas, la loi déclare quand la condition est accomplie et elle ne dit pas quand elle est défaillie ; c'est qu'en effet, les deux points négligés par la loi ne présentent aucune difficulté.

Ainsi, quelqu'un a acheté 100 *kokous* de riz, sous la condition qu'ils lui seraient livrés dans le délai d'un mois ; la livraison a été faite dans le délai fixé : la condition est évidemment accomplie et la vente est parfaite ; ou bien la vente de riz, déjà parfaite, avait été stipulée résoluble si, dans le délai d'un mois, l'acheteur recevait d'autres riz qui lui avaient été promis par un tiers ; ces riz lui arrivent dans le délai fixé : la condition résolutoire de la vente est accomplie.

La loi n'a pas besoin de régler cet accomplissement normal de la condition.

Au contraire, supposons que, dans le cas de la vente sous condition suspensive, les riz ne soient pas livrés dans le délai d'un mois, et, dans le cas de la vente sous condition résolutoire, que l'acheteur ne reçoive pas les riz d'une autre origine qu'il espérait, alors, la loi croit utile d'exprimer que la condition est défaillie, c'est-à-dire qu'une livraison ou une arrivée tardive ne remplirait pas la condition stipulée.

Ce qui, d'ailleurs, complète l'utilité du texte, c'est

le 3^e alinéa qui déclare que les tribunaux ne peuvent proroger le délai fixé par les parties : ce serait, de leur part, exposer l'une d'elles à des pertes, car la fixation du délai a été naturellement basée sur des considérations d'intérêt ou de convenance personnels dans lesquels les tribunaux ne doivent pas s'immiscer. Il n'y a ici aucune analogie avec la concession d'un délai de grâce pour l'exécution (art. 406) : il ne s'agit pas d'exécuter une obligation déjà née, mais d'en favoriser la naissance ou la résolution, ce qui ne peut être dans le pouvoir des tribunaux ; s'il a été permis aux tribunaux, par l'article 415, de fixer un délai quand les parties n'en avaient pas fixé, c'était par interprétation de la volonté tacite de celles-ci, et le délai, dans ce cas, n'est plus un terme *de grâce*, mais un terme *de droit*.

La loi croit encore devoir s'expliquer sur le cas où, avant l'arrivée du terme, il est devenu certain que l'événement *positif* prévu ne pourra plus arriver ; par exemple, les riz attendus ont péri, avant le mois, dans un incendie ou un naufrage : il est inutile de laisser s'écouler le mois pour reconnaître que la condition est défaillie.

Le raisonnement sera le même pour la condition négative, mais avec les modifications nécessaires de l'hypothèse. La vente du riz a eu lieu sous cette condition suspensive qu'elle serait parfaite seulement si l'acheteur ne recevait pas, dans le délai d'un mois, d'autres riz qui lui sont promis d'un autre côté ; ces riz sont arrivés dans le délai, la condition suspensive de la vente est défaillie et la vente est non avenue. Ou bien, la vente, née et actuelle, a été subordonnée à cette condition qu'elle serait résolue si le vendeur ne recevait pas, dans le délai d'un mois, d'autres riz qui devaient remplacer pour lui ceux qu'il vendait présentement ; ces riz sont arrivés dans le délai, la condition est défaillie et la vente est *maintenue*. Dans les deux cas, il est inutile

d'attendre l'expiration du délai fixé pour reconnaître que la condition est défaillie.

La loi n'a pas à s'expliquer sur des résultats si simples. Mais elle croit devoir déclarer que la condition est tenue pour accomplie, même avant l'expiration du délai, dès qu'il est certain que l'événement ne pourra plus arriver ; par exemple encore, si les riz attendus ont péri. Elle déclare aussi que la condition négative est accomplie quand l'événement prévu n'est pas arrivé dans le délai fixé, parce qu'on aurait pu croire que le délai n'était pas "de rigueur" et pouvait être prorogé par le tribunal.

La loi ne défend ici aux tribunaux que la prorogation du délai fixé par les parties ; à l'égard du délai antérieurement fixé par le tribunal, dans le cas de l'article 415 la prorogation en est déjà défendue, et d'une façon plus générale, par l'article 407.

Art. 417. Cet article pose un principe qui ne peut faire de difficulté ; il y apporte une exception qui recevra une fréquente application ; car, s'il s'agit d'une obligation de faire un travail qui exige des connaissances ou un talent particuliers, la personne du promettant aura été le plus souvent prise en considération et sa mort fera défaillir la condition, même avant le délai qui aurait pu être fixé. De même, s'il s'agit d'une obligation de ne pas faire, par exemple, si un acteur s'est soumis à condition de ne pas jouer sur un théâtre rival, la condition ne serait pas imposée à ses héritiers, desquels la même concurrence ne serait pas à craindre ; la condition négative se trouverait ainsi accomplie par la mort du promettant avant le délai fixé, par application de l'article précédent. En sens inverse, dans ce dernier exemple, la mort du stipulant ferait tenir la condition pour accomplie, si, par sa mort, l'entreprise théâtrale en faveur de laquelle il avait stipulé se trouvait dissoute.

Art. 418. Le présent article est surtout utile en ce qu'il vise le cas d'un accomplissement partiel de la condition qui, sans doute, ne pourra jamais être assimilé à l'accomplissement total, mais qui ne devra pas non plus être toujours considéré comme inutile et sans effet. Si l'accomplissement partiel de la condition permet au stipulant d'atteindre en partie le but qu'il se proposait, il est raisonnable et juste que les droits qui dépendaient de cette condition soient considérés comme formés respectivement.

Cette difficulté se trouvera éclaircie par ce qu'on dira bientôt, au sujet des obligations divisibles et indivisibles (§ IV).

Art. 419 et 420. Bien que la théorie des risques appartienne surtout à "l'extinction des obligations par la perte de la chose due" dont il sera traité au Chapitre III, elle présente, en matière de conditions, ainsi qu'on l'a déjà annoncé à l'article 335, des particularités qui sont mieux placées ici, au siège de la matière.

Lorsqu'une convention confère un droit, purement et simplement ou à terme, la chose due ou cédée est aux risques du stipulant ou du cessionnaire, ainsi qu'il est dit à l'article 336 et pour les raisons données à cette occasion; si donc la chose périt en tout ou partie, ou se détériore plus ou moins gravement, sans la faute du débiteur ou du cédant, il sera libéré dans la même mesure, sans rien perdre des droits et avantages réciproques qui pouvaient lui être dus en vertu de la même convention.

Il en est tout autrement dans le cas de condition, au moins de condition suspensive. Tant que cette condition n'est pas accomplie, les droits qu'elle doit conférer ne sont pas nés, mais seulement espérés: c'est l'accomplissement de la condition qui les fera naître; le consentement donné à l'origine n'a pas besoin d'être renouvelé

et n'a pu être rétracté ; la cause originaire subsiste et l'accomplissement de la condition jouera le rôle de cause complémentaire. Mais pour qu'ils naissent, il faut qu'ils puissent porter sur un objet et l'objet de la condition a pu périr. S'il a péri en entier, la convention, restée en suspens, ne peut naître faute d'objet : celui auquel la chose a été promise ou cédée ne la recevra pas, mais il n'aura pas non plus à fournir la contre-valeur qu'il avait pu promettre en compensation, en sorte qu'il est exact de dire que la perte est pour le promettant ou le cédant. On doit décider de même au cas d'une donation sous condition suspensive, quoique le donateur n'ait pas à recevoir d'équivalent de la chose donnée ou promise ; en effet, quoiqu'il demeure privé de sa chose, il ne l'est pas par la donation, mais par la perte accidentelle : il n'a donc pas la satisfaction d'avoir donné ; les avantages moraux qu'il avait cherchés, la reconnaissance du donataire, le secours alimentaire même que la donation aurait pu lui faire acquérir, lui manquent également.

Cette solution, rigoureuse, mais découlant logiquement des principes, semble contraire à l'effet rétroactif de la condition ; car on doit supposer que la condition s'est accomplie après la perte, et, comme elle rétroagit au jour où la convention a eu lieu, comme, à cette époque, il y avait un objet dû ou cédé, il semble que la perte devrait retomber sur le créancier ou le cessionnaire.

La réponse est facile : pour que la condition rétroagisse, il faut qu'elle puisse d'abord s'accomplir utilement ; pour qu'elle fasse remonter les effets de la convention au jour où le consentement a été donné, il faut que ces effets même puissent se produire, il faut que la convention elle-même puisse naître ; or, elle ne peut naître, faute d'objet. On peut comparer la convention conditionnelle à un enfant simplement conçu,

qui peut bien succéder avant de naître, mais pourvu qu'il naisse ensuite vivant et viable ; dans le cas contraire, le droit de succession qui était en expectative sur sa tête s'évanouit.

Le cas de perte partielle ou de simple détérioration présentait plus de difficulté et est résolu diversement par les Codes étrangers.

La solution du présent Code paraît aussi équitable que naturelle et simple : la perte est-elle de plus de moitié, elle est assimilée à la perte totale : elle retombe sur le promettant ; est-elle de moitié, ou moins, il n'en est pas tenu compte : elle retombe donc sur le stipulant. C'est l'application d'un axiome assez connu : "la plus forte part entraîne la plus faible."

Remarquons, enfin, au sujet de la perte de plus de moitié, qu'il ne s'agit pas nécessairement de la moitié en *quantité*, c'est-à-dire en étendue, en poids, nombre ou mesure, mais de la moitié en *valeur* ; la question a beaucoup d'intérêt, lorsque la chose n'est pas identique dans toutes ses parties.

La loi prévoit aussi la perte ou la détérioration dans le cas de la condition résolutoire. La solution paraît inverse, parce que la condition agit en sens inverse sur la convention et que les rôles des parties semblent renversés ; mais, au fond, c'est le même principe. Soit une vente sous condition résolutoire et la chose vendue ayant péri en totalité, ou pour plus de moitié de sa valeur, avant l'accomplissement de la condition qui a eu lieu ensuite : on peut laisser à l'acheteur le nom de " stipulant," parce qu'il a stipulé la chose vendue ; on peut encore mieux lui laisser le nom de cessionnaire, mais, en réalité, il devient *promettant* sous condition *suspensive*, puisque la résolution s'accomplissant fera renaître le droit du vendeur. Or, la loi, en mettant la chose à ses risques, lui applique évidemment le principe précédent : si la chose vendue périt en entier ou pour

plus de moitié de sa valeur, la condition ne s'accomplira pas utilement ; la chose n'existant plus, ou étant considérée comme telle, ne peut retourner au cédant ; dès lors, celui-ci, ne recouvrant rien de ce qu'il a aliéné, ne rend rien non plus de ce qu'il a reçu ; la vente se trouve devenue irrévocable, malgré l'accomplissement de la condition prévue et la perte demeure à la charge du cessionnaire.

Le 3^e alinéa de l'article 419 n'est écrit que pour l'harmonie des dispositions : il aurait pu être sous-entendu : si la perte ou détérioration n'est que de moitié de la valeur ou de *moins*, elle se compense avec les chances de plus-value ; elle est donc à la charge de celui dont le droit à la chose dépend de l'accomplissement de la condition : il la recevra diminuée, sans pouvoir exercer lui-même aucune diminution ou retenue sur la contre-valeur qu'il doit fournir.

L'article 420 prévoit que la perte ou détérioration est imputable à l'une des parties : naturellement, à la partie qui avait la chose en sa possession tant que la condition était en suspens. Ici, sans distinguer si la perte est totale ou partielle, la loi la fait retomber nécessairement sur la partie qui est en faute. Si la perte est totale, l'autre partie est libérée de ce qu'elle pouvait devoir en contre-valeur et elle pourra même obtenir des dommages-intérêts ; si la perte est partielle, l'autre partie a un choix tout naturel entre le maintien de la convention et son abandon, avec dommages-intérêts dans les deux cas.

Si la partie lésée demande la *résolution* de la convention, le résultat définitif n'est pas le même, suivant que la condition était suspensive ou qu'elle était résolutoire : au premier cas, les parties sont dans la position où elles auraient été s'il n'y avait eu aucune convention entre elles ; au second cas, c'est la *condition résolutoire* seule qui est annulée, elle est, pour ainsi dire, *résolue* elle-

même, et la convention primitive devient pure et simple. Ainsi, une vente avait été faite sous condition résolutoire ; pendant que la condition était en suspens, l'acheteur a laissé la chose se détériorer plus ou moins gravement ; le vendeur ne désire pas la recouvrer, même avec dommages-intérêts, quand la condition viendra à s'accomplir : il fait résoudre la clause qui devait opérer la résolution et la vente devient pure et simple ou irrévocable, sans préjudice encore de quelque indemnité, parce que l'acheteur ne devait pas lui faire perdre l'avantage de recouvrer la chose.

Art. 421. La condition résolutoire tacite est un des effets particuliers aux contrats synallagmatiques ou bilatéraux et elle donne un grand intérêt à cette division des contrats, ainsi qu'on l'a déjà annoncé sous l'article 297.

C'est une très-grande faveur que cette résolution accordée par la loi à la partie qui se plaint de l'inexécution : si elle était réduite à son action ordinaire, elle pourrait souffrir de l'insolvabilité du débiteur, en subissant le concours avec les autres créanciers de celui-ci : elle devrait elle-même exécuter son obligation en entier et elle n'obtiendrait, à son tour, qu'une portion de ce qui lui est dû. Mais, au moyen de la résolution, elle peut recouvrer sa position première, comme si la convention n'avait pas eu lieu : si elle n'a pas encore exécuté elle-même ses obligations, elle en est déliée, en même temps qu'elle en délie son débiteur ; si elle a déjà exécuté, elle peut répéter ce qu'elle a donné, soit en nature, soit en équivalent. Par exemple, un vendeur d'immeuble, qui a déjà transféré la propriété par son seul consentement, a, en outre, livré l'immeuble, il a déjà mis l'acheteur en possession et lui a remis les titres ; l'acheteur ne paye pas le prix à l'échéance fixée ; le vendeur peut, par la résolution, recouvrer la propriété

et se faire remettre en possession de la chose vendue ; ce droit a de l'analogie avec le privilège non moins précieux qu'il pourrait exercer, sans demander la résolution, en faisant saisir et revendre la chose vendue, pour être payé sur le prix par préférence aux autres créanciers de l'acheteur ; mais, à cause de son avantage même, le droit de résolution est soumis à la même publicité que le privilège proprement dit, afin qu'il n'y ait pas de surprises à craindre pour les tiers qui contracteraient avec l'acheteur.

La position serait moins bonne pour un vendeur de meubles, de denrées ou marchandises, qui aurait livré les choses vendues : il ne pourrait, en général, recouvrer ces choses en nature, au préjudice des tiers acquéreurs ou même des autres créanciers ; la résolution ne lui donnerait toujours qu'un droit personnel ; seulement, au lieu de réclamer le prix de vente primitivement fixé, il pourrait réclamer la valeur actuelle des choses vendues, lesquelles peuvent avoir augmenté de valeur.

On pourvoira, du reste, d'une autre façon à la protection du vendeur, lorsque le moment sera venu de régler les privilèges sur les meubles.

La résolution n'appartiendrait pas moins à l'acheteur qu'au vendeur, si la chose ne lui était pas livrée en temps utile ou n'était pas dans l'état où elle lui a été promise. Mais s'il a déjà payé son prix, il n'aura pour le recouvrer, qu'une simple créance, sans aucun privilège, car le prix qu'il a payé se trouve confondu avec les autres valeurs du vendeur : il n'usera donc de la résolution que si le vendeur est solvable.

Il ne faut pas croire, du reste, que le vendeur ne puisse exercer son action résolutoire qu'après avoir lui-même rempli son obligation de livrer et l'acheteur après avoir rempli celle de payer le prix : ce serait, comme on vient de le voir exposer l'un ou l'autre à perdre, tout à la fois, la chose et le prix. D'un autre

côté, il ne faudrait pas que l'une des parties pût trouver dans la résolution un moyen de se soustraire à ses obligations : le texte lève tous les doutes en exigeant que le demandeur en résolution, s'il n'a pas déjà exécuté, “*offre* au moins de le faire ;” dans ce cas, la résolution ne tendra pas à lui faire recouvrer une valeur fournie mais à le libérer de la fournir. Pour qu'il n'y ait point de contestation sur le droit de la partie demanderesse, elle fera bien de faire des *offres réelles*, comme il est dit à l'article 474 ; mais elle n'aurait pas besoin de faire la consignation dont parle l'article 477.

Pour qu'il y ait lieu de demander la résolution, il n'est pas nécessaire que l'une des parties n'ait pas exécuté du tout ses obligations, il suffit qu'elle y ait manqué en quelque chose : si l'exécution n'a pas eu lieu *en entier* la résolution pourra être demandée pour le tout, à charge, bien entendu, pour la partie qui fait résoudre, de restituer ce qu'elle a reçu : la résolution partielle ne répondrait pas au but du contractant ; ainsi, par exemple, un vendeur qui n'aurait reçu qu'une partie de son prix ne pourrait être forcé à une résolution partielle de l'aliénation, parce qu'elle ne lui laisserait pas des chances suffisamment favorable de faire une nouvelle aliénation de la portion recouvrée ; en outre, elle l'obligerait à se trouver co-propriétaire avec son acheteur. De même, un acheteur auquel il n'aurait été livré qu'une partie des choses vendues ne pourrait être contraint à garder cette portion qui peut lui être inutile. Il faut dire aussi que la résolution partielle ne peut être imposée au défendeur : il est en faute, assurément, mais il ne serait ni juste ni logique de lui imposer le contrat et de l'en priver, tout à la fois.

Le 2° alinéa de notre article nous dit que la résolution pour inexécution “ n'a pas lieu de plein droit, mais doit être demandée en justice.” Il ne faudrait pas, pour expliquer cette nécessité du recours aux tribu-

naux, alléguer que souvent il y aura contestation sur le fait même de l'inexécution, que le débiteur pourrait soutenir que le terme n'était pas échu ou que lui-même attendait l'exécution de l'autre partie : si cette raison était fondée, elle conduirait à défendre la stipulation expresse d'une résolution de plein droit que l'article suivant, au contraire, va permettre. La véritable raison du recours aux tribunaux c'est que la loi a voulu qu'un délai de grâce pût être accordé au débiteur embarrassé et de bonne foi, comme le texte a soin de le proclamer.

Art. 422, 423 et 424. La condition résolutoire n'est attachée aux contrats synallagmatiques que par une interprétation faite par la loi de l'intention probable des parties ; celles-ci peuvent donc manifester une volonté contraire, car cette garantie d'exécution n'est pas d'ordre public ; mais elles doivent y renoncer expressément pour faire tomber la présomption légale. Cette renonciation peut, du reste, n'avoir lieu que d'un côté, et le fait par une partie de s'être privée de la résolution n'en prive pas l'autre par cela seul.

En sens inverse, les parties peuvent, au lieu de se contenter de la présomption légale, au lieu de s'en tenir à la condition résolutoire *tacite*, la stipuler expressément.

Entre la condition résolutoire tacite et la condition résolutoire expresse, il y a deux grandes différences qui ressortent clairement du rapprochement des articles 421 et 422 : 1° la résolution tacite doit être demandée en justice, tandis que la résolution expresse s'opère de plein droit ; 2° dans le premier cas, les tribunaux peuvent accorder un délai de grâce à la partie qui est en retard, ils ne le peuvent pas dans le second cas, et c'est peut-être là le but principal pour lequel la résolution expresse aura été stipulée. Mais alors, il semble qu'on rencontre ici une exception à la règle posée par l'ar-

ticle 306, d'après laquelle la renonciation anticipée au terme de grâce n'est pas admise, et l'exception est d'autant plus difficile à concevoir, au premier abord, que l'on a présenté le droit de demander un délai de grâce comme étant d'ordre public, tandis qu'au contraire, la résolution pour inexécution n'a pas ce caractère. Cependant, en réalité, et si l'on va au fond des choses, on doit reconnaître qu'il n'y a pas ici une véritable exception à la prohibition de l'article 406: il ne s'agit plus ici de contraindre rigoureusement un débiteur à l'exécution de ses obligations, mais d'affranchir le créancier de remplir les siennes propres, ce qui, en même temps, libérera le débiteur. Bien plus, le principe protecteur de l'article 406 retrouvera une part d'application, car si le débiteur contre lequel la résolution a opéré de plein droit est tenu de faire quelque restitution de sommes ou valeurs reçues en vertu du contrat, rien ne l'empêchera de demander et d'obtenir un délai pour l'exécution de cette obligation: la seule chose que le tribunal ne puisse pas c'est retarder la résolution, quand les parties ont voulu qu'elle s'opérât de plein droit.

La résolution expresse ne s'opère que lorsque la partie négligente a été constituée en demeure: il ne suffirait pas que le terme stipulé pour l'exécution fût accompli, à moins que la convention ne portât expressément que la seule échéance du terme vaudrait mise en demeure (voy. art. 336).

En regard des deux différences qui précèdent, on remarquera trois points de ressemblance entre la résolution tacite et la résolution expresse:

1° Ni l'une ni l'autre ne peut être invoquée par celle des parties qui est en faute: cela ne peut faire question pour la résolution tacite qui a besoin d'être demandée et obtenue en justice; car, personne ne peut se faire de sa propre faute un titre et un moyen n'ac-

tion ; mais pour la résolution expresse qui opère de plein droit, on pourrait croire que le résultat, se produisant sans demande, profite aux deux parties ; la loi prend soin de repousser cette interprétation : pour que la résolution opérée de plein droit ait son effet, il faudra toujours que la partie lésée par l'inexécution préfère la résolution à l'action directe pour l'exécution ; son intention a été d'augmenter ses droits et non de les diminuer.

2° Si cette partie a, une première fois, exercé son option entre la résolution et l'action directe, elle ne peut plus revenir sur le choix qu'elle a fait (art. 423) ; or, l'option résulte (comme la loi prend soin de le dire), de la demande faite en justice, dans le cas de résolution tacite, et d'une déclaration quelconque, mais formelle, dans le cas de résolution expresse ou opérée de plein de droit. Il est cependant reçu qu'on peut, en général, se désister d'une action intentée ou renoncer à un avantage personnel ; mais cette faculté de désistement ou de renonciation ne doit jamais devenir préjudiciable à l'autre partie ; or, c'est ce qui arriverait, si, après avoir manifesté la volonté de résoudre le contrat et lorsque le débiteur a commencé à prendre ses dispositions en conséquence, le créancier changeait d'avis et prétendait revenir à l'action directe pour l'exécution.

3° Bien que la résolution ait pour but de remettre les choses au point où elles étaient avant la convention, ce résultat ne sera pas toujours possible. Les choses restituées pourront avoir perdu de leur valeur par une cause imputable à celui qui les rend ; la partie qui comptait sur l'exécution réelle avait pu prendre elle-même des engagements qu'elle ne pourra remplir ; il est donc juste qu'elle soit "indemnisée du préjudice qu'elle éprouve." C'est ce que dit l'article 424, et il met sur la même ligne, à cet égard la résolution expresse et la résolution tacite. Mais, on remarquera que

la loi n'accorde pas à la partie qui fait résoudre "la compensation des gains manqués;" aussi évite-t-elle l'expression ordinairement usitée de *dommages-intérêts*, laquelle comprend "la perte éprouvée et le gain manqué" (art. 385). Il serait, en effet, contraire à la raison et à l'équité que celui qui fait résoudre obtînt, en même temps, son affranchissement de la convention le les bénéfices qu'il en espérait; ces bénéfices qu'il pourra trouver dans une nouvelle convention avec un tiers ne peuvent ainsi lui être acquis deux fois.

Art. 425. Cette disposition toute naturelle pour la cas de terme aurait pu faire doute pour la condition suspensive, à raison de ce que le droit n'est pas encore né et seulement espéré; mais, en admettant qu'il n'y ait encore dans la condition qu'une "espérance de droit," il ne doit pas être au pouvoir du débiteur d'en rendre la réalisation inutile, en détournant ses biens ou en les employant à payer d'autres créanciers dont les droits sont actuellement exigibles.

La loi n'a pas à énumérer ici toutes les mesures conservatoires que peuvent prendre les créanciers conditionnels ou à terme.

Le présent Code a déjà présenté en détail deux droits des créanciers qui ont un caractère conservatoire: 1° celui d'exercer les droits et actions qui appartiennent à leur débiteur et que celui-ci paraît disposé à négliger; 2° celui de faire annuler les actes faits en fraude de leurs droits (art. 339, 340 et suiv.); il sera parlé ailleurs du droit des créanciers de faire nommer un administrateur des biens des absents et un tuteur aux aliénés ou aux mineurs, de faire apposer les scellés sur les biens de leurs débiteurs décédés ou faillis, de prendre inscription d'un privilège ou d'une hypothèque pour une créance conditionnelle, etc.

Le Code de procédure civile détermine celle des

saisies qui ont un caractère conservatoire et la manière de sauvegarder les intérêts des créanciers conditionnels dans la distribution des biens du débiteur aux créanciers, suivant leur rang de préférence ou proportionnellement au montant de leurs créances.

Remarquons, en terminant, que la loi ne parle pas ici de la condition résolutoire. En effet, celui dont le droit est résoluble, ayant un droit né et actuel, le fait valoir dans toute sa plénitude et non pas seulement conservatoirement ; c'est la partie adverse qui a un droit suspendu par une condition et c'est à elle qu'appartiennent les mesures conservatoires.

Art. 426. La vente, à raison de sa fréquence en tous pays et de son importance pratique, comporte des modifications, des variétés considérables dans ses effets ; on pourrait, sans doute, les présenter ici comme étant applicables aux autres contrats, mais l'usage les limite plus ou moins à la vente, et c'est là qu'il convient d'en traiter, sauf à les appliquer aux autres contrats, quand leur nature le permettra et quand les parties l'auront ainsi stipulé.

On se bornera à indiquer ici les clauses les plus usitées dans la vente, qui lui donnent un caractère conditionnel et par suite aléatoire, comme il a été déjà annoncé sous l'article 301. Ces conditions sont tantôt suspensives et tantôt résolutoires, elles sont plus ou moins potestatives de la part de l'une ou de l'autre partie.

I. Il y a des choses qu'il est d'usage de n'acheter qu'après les avoir goûtées ou essayées et agréées, telles que le vin, l'huile et, généralement, les denrées comestibles destinées à la consommation personnelle de l'acheteur et non à être revendues ; la vente de ces denrées, si elle porte sur des quantités un peu considérables et si le vendeur en connaît la destination chez l'acheteur, est

présumée faite sous la condition que l'acheteur les agréera.

La condition sera suspensive ou résolutoire, suivant la disposition plus ou moins expresse du contrat : par exemple, la vente a été faite, "si la chose convient," c'est une condition suspensive, ou "à moins qu'elle ne convienne pas," c'est une condition résolutoire.

Le caractère de la condition peut encore dépendre des circonstances du fait : par exemple, si les denrées n'ont pas été livrées ni le prix payé avant la dégustation, la vente sera considérée comme faite sous condition suspensive ; dans le cas contraire, la condition tacite sera résolutoire.

La question a un grand intérêt pour les risques, comme on l'a vu précédemment.

Bien entendu, il ne serait pas permis à l'acheteur de refuser des denrées reconnues en parfait état et d'un goût normal : quoique la condition ait quelque chose de potestatif, elle ne doit pas favoriser le caprice ou la mauvaise foi de l'acheteur.

Il en est de même des choses qu'il est d'usage d'essayer, comme un cheval de selle ou une voiture de maître destinés à l'usage personnel de l'acheteur.

Pour les choses qu'il n'est pas d'usage de goûter ou d'essayer, il faudrait, pour que la condition existât, qu'elle eût été formellement stipulée.

II. La vente peut avoir été accompagnée d'une faculté *de dédit*, soit pour une seule des parties, soit pour toutes deux. Cette faculté peut n'être établie que tacitement et résulter d'une "dation d'arrhes" (généralement en argent), qui joue, en quelque sorte, le rôle de gage et garantit que la partie s'oblige sérieusement et ne se départira pas du contrat par caprice. Les arrhes deviennent alors la peine ou l'indemnité du dédit, de la résolution potestative : la partie qui se dédit, ou perd la somme qu'elle a donnée à titre d'arrhes,

ou rend celle qu'elle a reçue, en y ajoutant pareille somme. Quand les parties, en donnant ou recevant des arrhes, n'ont pas formellement réservé la faculté de dédit, c'est aux tribunaux à décider la question, suivant les circonstances : si les arrhes ont été données par l'acheteur, elles pourront n'être qu'un à compte sur le prix ; si elles ont été données par le vendeur, il est difficile de ne pas leur reconnaître le caractère de dédit.

III. On peut convenir que la vente sera résolue si le vendeur trouve, dans un certain délai, un prix plus élevé de la chose vendue ; on pourrait, en sens inverse, accorder la résolution à l'acheteur, pour le cas où il trouverait une chose semblable pour un prix moins élevé.

IV. La vente peut être faite avec faculté de rachat dans un certain délai ; cette clause, connue sous le nom de "pacte de réméré" ou de retrait, est une condition résolutoire stipulée au profit du vendeur ; elle n'est pas purement potestative, car il faut que le vendeur qui use de la faculté de rachat restitue le prix qu'il a reçu et les frais du contrat, ce qu'il ne sera pas toujours en mesure de faire dans le délai convenu. Pour que la propriété ne soit pas trop longtemps incertaine, au préjudice des tiers qui pourraient l'acquérir, la loi ne permet pas de stipuler la faculté de rachat pour plus de cinq ans.

On a dit plus haut que ces conditions pourraient être attachées à d'autres contrats qu'à la vente : il est très-fréquent qu'on les attache au louage qui a d'ailleurs plus d'une ressemblance avec la vente ; rien n'empêcherait de les attacher aussi au contrat de société ; à plus forte raison, pourrait-on les attacher à l'échange.

La faculté de rachat seule paraît devoir être limitée à la vente ; ce n'est pas, bien entendu, à cause de son nom de *rachat* : il est clair que si l'on admettait la faculté de résoudre un échange par la restitution volontaire de la chose reçue, on changerait le nom de rachat

en un autre ; on expliquera en son lieu pourquoi l'échange ne comporte pas cette résolution protestative.

§ II.—DES OBLIGATIONS SIMPLES, ALTERNATIVES
OU FACULTATIVES, QUANT A L'OBJET

Art. 427. Rigoureusement, il semble qu'on ne devrait appeler obligation "simple" que celle qui a un objet unique ou plusieurs objet réunis, et que ce serait aller aussi loin que le mot le permet que de considérer comme unité, les choses dites "de genre ou de quantité," les choses "collectives," comme un troupeau, les livres composant une bibliothèque, les tableaux ou objets d'art formant la collection d'un amateur, et, enfin, "les universalités," comme les meubles ou les immeubles composant une succession : dans ces cas, bien qu'il y ait pluralité d'objets, considérés matériellement, il est certain que, considérés juridiquement, ils forment une unité.

Le 1^{er} alinéa de notre article devait d'abord déclarer que telle est la première application de l'obligation "simple." On aurait pu y exprimer aussi l'idée que la nature de l'obligation simple est la même, s'il s'agit de choses "à faire" ou à "ne pas faire," comme s'il s'agit de choses "à donner ;" mais on comprend plus difficilement, en pratique, l'obligation de ne pas faire appliquée à des choses de genre ou à des universalités, et la loi ne peut et ne doit pas s'ingénier à trouver des formules qui comprennent toutes les hypothèses, même les plus extraordinaires.

Le 2^e alinéa donne à l'obligation simple une plus grande extension que le mot ne le comporterait dans le sens ordinaire : dans les cas qui y sont prévus, la doctrine dit plutôt que l'obligation est "composée, con-

jointe ou conjonctive ;” mais ces mots qui ne sont pas universellement admis jetteraient de l’obscurité dans la loi et, d’ailleurs, il est tout-à-fait inutile de donner un nom spécial à l’obligation qui a plusieurs objets distincts et conjoints, puisque les effets sont les mêmes que si l’objet était unique. On a donc assimilé à l’obligation simple proprement dite celle qui a plusieurs objets distincts à donner, à faire ou à ne pas faire, même lorsque les prestations ne doivent pas être simultanées, pourvu que l’unité d’obligation résulte au moins de l’unité de convention, et encore, la loi assimile-t-elle à une convention unique le cas de plusieurs conventions dont l’une serait principale et les autres, accessoires, ou qui seraient liées l’une à l’autre, “connexes,” dans l’intention des parties.

Comme exemple de plusieurs prestations successives dues en vertu d’un seul contrat, on peut citer celles du locataire, et, comme dues par divers contrats connexes, le cas de deux ventes portant, l’une sur une chose principale, l’autre sur des choses accessoires.

Le 3^e alinéa tire la conséquence, le corollaire, de cette extension donnée au nom d’obligation “simple,” et il en fournit, en même temps, la justification, en nous disant que la dette ne s’éteint que “par la prestation de toutes les choses dues,” de même que dans l’obligation qui a un objet unique, il faudrait la prestation de toutes ses parties pour libérer le débiteur.

L’intérêt de cette disposition est surtout relatif à la résolution pour inexécution, laquelle pourra être demandée pour toute la convention et pour les conventions connexes, par cela seul que l’une des prestations manquera à être fournie.

La loi ne parle ici que de la “prestation” des choses, comme moyen de libération du débiteur ; elle n’entend pas exclure les autres modes d’extinction des obligations, comme, par exemple, la perte fortuite de la chose

due ; mais ces modes d'extinction n'ont pas un caractère normal et ce n'est pas le cas d'y faire allusion ; du reste, il va de soi que le débiteur ne serait libéré que par la perte fortuite de toutes les choses dues, et que si quelques-unes subsistaient, il serait tenu de les délivrer, comme, dans le cas d'une chose unique qui aurait péri en partie, il devrait fournir ce qui en reste.

Art. 428. Ce qui caractérise l'obligation alternative, ce n'est pas la pluralité d'objets dus, ni leur diversité de nature, puisqu'on a vu que l'obligation peut être simple, tout en ayant des objets nombreux et distincts : c'est la circonstance que la prestation d'une ou plusieurs des choses dues libère le débiteur. La loi dit "une ou plusieurs," parce qu'il est possible que les choses dues, au lieu de consister en deux unités, soient séparées par groupes de plusieurs ; par exemple, le débiteur a promis deux bœufs *ou* dix moutons, dix *kokous* de riz *ou* cinq tonneaux de saké.

La théorie de l'obligation alternative paraît assez compliquée, au premier abord, à cause des nombreuses distinctions qu'elle nécessite ; mais il sera facile de reconnaître qu'elle ne présente rien d'arbitraire et qu'elle est régie par des principes généraux déjà connus ; à savoir : la liberté des conventions qui donne le choix à l'une ou à l'autre partie, la préférence naturelle donnée au débiteur, quand la convention est muette sur ce point, la théorie des risques ou des pertes fortuites, la responsabilité des fautes, enfin, dans une certaine mesure, la théorie de la condition.

Les articles suivants règlent les conséquences de la perte de tout ou partie des choses dues, ce qui est le grand et presque le seul intérêt de cette matière. Mais, là, il faudra nécessairement distinguer à laquelle des deux parties appartenait le choix de la chose à fournir ; puis, si la perte est imputable à cette partie

même ou à l'autre, ou si elle est fortuite ; si elle atteint une des choses dues ou toutes deux ; enfin, dans ce dernier cas, si les pertes sont successives ou simultanées.

Du moment que le débiteur ne doit qu'une chose ou une autre, un groupe de choses ou un autre groupe, il y a un choix à faire. Il importe de savoir qui fera le choix. Si la convention s'en est expliquée (et ce sera le plus fréquent), on suivra la convention ; si elle est muette, le choix appartiendra au débiteur, par application de la règle générale que, dans le doute, on doit décider en faveur du débiteur (voy. art. 360).

Du reste, pour que le choix appartienne au créancier, en vertu de la convention, il n'est pas nécessaire qu'il lui ait été réservé "expressément : " on ne voit pas pourquoi le droit du créancier à faire le choix ne s'induirait pas des circonstances, alors que lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'obligation, quant aux objets qu'elle embrasse, les juges peuvent décider d'après les circonstances du fait.

La loi prend soin de dire, par surcroît de précautions, que le débiteur, lorsqu'il a le choix, ne pourrait donner une partie de chaque chose : il est évident qu'en pareil cas, il ne se conformerait pas à l'intention du créancier et que des prestations partielles seraient souvent sans utilité sérieuse pour lui. De même, le créancier, lorsqu'il a le choix, ne pourrait demander une partie de chaque chose ou de chaque groupe de choses, parce que ce serait contraire à l'intention et à l'intérêt du débiteur.

Art. 429. La loi suppose ici que la perte de l'une ou des deux choses dues est fortuite ou résulte d'une force majeure.

Si une seule chose périt, le débiteur n'est pas libéré de l'autre, même lorsque le choix lui appartenait : il ne

serait pas recevable à faire porter son choix sur une chose qui n'existe plus, et pas même sur sa valeur, parce que tel n'est pas l'objet de la convention : il doit donc purement et simplement l'autre chose (1^{er} al.). Pour que le débiteur fût libéré, il faudrait que les deux choses eussent ainsi péri, par cas fortuit ou force majeure (2^o al.), ce qui ne rendrait pas sa position moins mauvaise.

Il restait à régler un cas fort délicat, c'est celui de la perte *partielle* ou de la simple détérioration provenant d'un cas fortuit.

Quand le choix est au créancier, il n'y a pas à s'en occuper : il ne choisira vraisemblablement pas la chose détériorée ; en tout cas, il en a toujours le droit.

Mais si le choix est au débiteur, il serait porté à choisir la chose détériorée, et ce choix deviendrait abusif, surtout si la chose était devenue presque sans valeur ; il serait choquant que, tandis que la perte *totale* de l'une des choses retombe en entier sur lui, en le laissant débiteur de l'autre chose, la perte *presque totale* retomât sur le créancier. La loi applique ici le principe de l'obligation conditionnelle (l'obligation alternative a quelque chose de ce caractère, comme le déclare l'article 435) et elle met à la charge du débiteur la perte de plus de moitié de la valeur de l'une des choses, en sorte qu'il doit l'autre purement et simplement (3^o al.).

La loi ne prévoit pas le cas où *les deux choses* subiraient ainsi une perte ou détérioration de plus de moitié : il est naturel, dans cette hypothèse, de laisser le choix à la partie qui l'avait, d'après la convention : le débiteur choisira, sans doute, la chose la plus dépréciée ; le créancier, au contraire, choisira celle qui l'est le moins ; mais ce droit n'est pas plus choquant que celui qu'aurait assurément l'un ou l'autre, si chacune des deux choses était dépréciée de *moins* de moitié.

La loi ne prévoit pas non plus le cas où l'une des choses ou toutes deux auraient augmenté de valeur ; les choix restent encore libres ; si le choix est au débiteur, il donnera naturellement celle qui a le moins augmenté ; le choix du créancier s'exercera en sens inverse.

Enfin, la loi a négligé de prévoir un cas qui ne pouvait faire difficulté, à savoir, celui où l'une des deux choses promises ne peut être l'objet d'une obligation privée : il est clair qu'en pareil cas, l'obligation est simple dès l'origine et se réduit à l'autre objet.

Art. 430. Si la loi ne tranchait pas la question prévue par cet article, on pourrait soutenir, que le choix de l'une des parties peut être rétracté, tant qu'il n'a pas été accepté par l'autre ou tenu pour accepté par un jugement devenu inattaquable. Mais cette solution n'est pas admise par la loi : il y aurait trop à craindre la mauvaise foi ; si, en effet, avant que les offres *réelles* (voy. art. 474) du débiteur fussent acceptées, la chose offerte venait à augmenter de valeur ou la chose retenue à être détériorée ou à périr, le débiteur, par une option inverse, prendrait le profit de la plus-value ou rejetterait la perte sur le créancier ; la même fraude pourrait être pratiquée par le créancier qui aurait le choix, si, en sens inverse, après sa demande en justice et avant le jugement, la chose choisie par lui perdait de sa valeur ou si celle qu'il a négligée en acquérait.

L'option fondée sur la convention est un droit acquis qu'il ne dépend ni de l'autre partie, ni du tribunal d'entraver ; elle dépend de la pure volonté de la partie à laquelle elle appartient et, une fois cette volonté portée régulièrement à la connaissance de l'autre partie, elle fixe les droits respectifs et les risques de la chose, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit agréée, puisqu'elle ne peut être contestée ; c'est pourquoi la loi, par la généralité de ses termes, permet de mettre sur la même ligne

que la demande *en justice* une demande *extrajudiciaire* en bonne forme.

Art. 431. La loi passe maintenant au cas où la perte de l'une des choses ou de toutes deux est imputable à l'une des parties.

I. Voici d'abord l'hypothèse où le choix appartient au débiteur, et c'est lui-même qui est en faute.

La loi sous-distingue : 1° s'il reste une des choses dues ; 2° si toutes deux ont péri successivement ; 3° si elles ont péri simultanément.

1. Au premier cas, l'obligation devient "simple," elle n'a plus qu'un objet, celui qui reste : la loi refuse formellement au débiteur le droit de donner la valeur de celle qui a péri, parce que ce serait changer les termes de la convention, où l'on n'a pas eu en vue la valeur des choses dues, mais les choses elles-mêmes.

Par le même motif, le créancier ne pourrait exiger la valeur de la chose qui a péri ; en effet, le débiteur pourrait alléguer qu'en faisant périr ou en aliénant l'une des deux choses, il a indirectement exercé son choix sur l'autre, et, justement, cette perte pourra n'être qu'une aliénation qui, étant tout-à-fait valable, l'a mis dans l'impossibilité légale de la fournir au créancier.

Lorsque l'obligation alternative est ainsi devenue simple, l'objet unique sur lequel elle porte désormais doit être aux risques du créancier, d'après les principes généraux, et s'il vient à périr par cas fortuit, le débiteur doit être libéré. Toutefois, il aura dû prévenir le créancier du choix qu'il avait ainsi fait indirectement, afin que celui-ci pût se faire délivrer la chose qui restait, ou mettre le débiteur en demeure de la livrer et ainsi transporter les risques sur celui-ci.

2. Si le débiteur a aliéné ou fait périr d'abord l'une des deux choses, il a exercé son choix : il doit l'autre,

purement et simplement ; ensuite, s'il la fait périr également ou l'aliène, il en doit la valeur.

3. Le troisième cas est plus délicat. Les deux choses ont péri *simultanément* et le débiteur est en faute, soit à l'égard de toutes deux, soit à l'égard d'une seule.

Il peut paraître singulier, au premier abord, que dans la perte simultanée de deux choses, le débiteur soit en faute pour l'une d'elles et non pour l'autre. On peut cependant supposer que, dans une inondation ou un incendie, le débiteur aurait pu sauver au moins une des deux choses et n'en a sauvé aucune, faute de prévoyance. Par exemple encore, ayant promis un cheval de trait *ou* un cheval de selle et ayant naturellement dû s'abstenir d'atteler le cheval de selle, il les a attelés tous deux et ils ont péri dans une rivière débordée : il a donné occasion à un cas fortuit que ne devait pas rencontrer le cheval de selle, il est en faute pour celui-là et non pour le cheval de trait.

Laisser au débiteur le choix entre les deux valeurs eût été peut-être sans grand inconvénient, quoique celui-ci soit en faute, parce que, en général, les choses dues alternativement auront à peu près la même valeur. Mais la loi, voulant, à bon droit, que le débiteur soit puni de sa faute, transporte le choix au créancier : celui-ci obtiendra la valeur de l'une ou de l'autre chose ; ce n'est plus observer la convention, mais c'est le débiteur qui l'a méconnue le premier.

Art. 432. Cet article prévoit encore le cas où le choix appartenait au débiteur, mais il suppose la faute du créancier et elle a causé : 1° la perte de l'une des deux choses dues ; 2° la perte de toutes deux ; 3° la perte d'une seule, mais l'autre ayant péri, en même temps, par cas fortuit.

Bien entendu, les choses dues sont supposées appartenir au débiteur.

L'idée qui domine ces trois cas et les régit, c'est que la faute du créancier ne doit pas nuire au débiteur.

Au premier cas, le débiteur peut invoquer sa libération ; c'est dire alors qu'il opte pour la chose qui a péri par la faute du créancier ; mais, comme il aurait pu avoir intérêt à donner celle qui reste et à garder celle qui a péri, il peut donner celle qui reste et réclamer la valeur de celle qu'il aurait pu conserver sans la faute du créancier.

Au second cas, il est nécessairement libéré et il devient évidemment créancier d'une des deux valeurs ; comme il avait le choix de *la chose à donner*, la loi lui laisse le choix de *la valeur à répéter*. On prétendrait en vain que le créancier, étant devenu débiteur de la restitution, devrait avoir le choix, comme étant à son tour, tenu d'une dette alternative ; mais cette solution serait tout-à-fait erronée : il ne peut dépendre du créancier de changer, par sa faute, la situation respective des parties quant au choix.

Au troisième cas, le débiteur est nécessairement libéré comme au second, puisqu'il ne reste plus aucune chose due et qu'il n'est en faute à l'égard d'aucune ; mais il n'a pas la répétition d'une des deux valeurs, puisqu'il y a eu un cas fortuit ; or, le propre de l'obligation alternative est de mettre les risques des deux choses à la charge du débiteur, tant que le choix n'est pas encore fait : si, en effet, la perte fortuite avait précédé ou suivi la perte imputable au créancier, le débiteur n'aurait pu s'en faire donner la valeur ; il ne peut donc avoir ce droit par la circonstance que les deux pertes sont simultanées.

Art. 433 et 434. II. La loi passe au cas où le choix appartient au créancier en vertu de la convention et elle y fait les mêmes distinctions et sous-distinctions que pour le cas précédent ; seulement, les solutions ne sont plus et ne peuvent plus être les mêmes.

1^{er} Cas.—C'est le débiteur qui est en faute (art. 433).

1^o Il n'est en faute qu'à l'égard de l'une des deux choses : le créancier garde son choix et peut l'exercer, soit sur la chose qui reste, soit sur la valeur de celle qui a péri.

2^o Il est en faute à l'égard des deux choses : le créancier a le choix entre les deux valeurs, sans qu'il y ait à distinguer si les pertes sont successives ou simultanées.

3^o Il n'est en faute qu'à l'égard d'une seule, l'autre a péri par cas fortuit, mais les deux pertes sont *simultanées* : comme la faute du débiteur ne peut enlever le choix au créancier, celui-ci l'exerce également entre les deux valeurs.

2^e Cas. C'est le créancier qui est en faute (art. 434).

1^o Une seule chose a péri : il est censé avoir exercé son choix sur cette chose et le débiteur est libéré de donner l'autre ; or, celle-ci n'étant plus due est considérée comme tout autre bien du débiteur : si elle périt par cas fortuit la perte est pour lui ; si elle périt par la faute du créancier, celui-ci en doit la valeur, comme toute autre personne la devrait en pareil cas.

2^o Les deux choses sont péri *simultanément* : le débiteur est d'abord libéré et, de plus, il devient créancier de la restitution d'une des deux valeurs : la loi lui en transfère le choix pour punir le créancier, comme elle l'a fait contre le débiteur, dans l'article 431, quand il y a eu lieu de punir celui-ci.

3^o Une seule chose a péri par la faute du créancier, l'autre a péri par cas fortuit, mais encore *simultanément* ; dans ce cas, tout est fini, sans répétition de part ni d'autre : le créancier a, évidemment, perdu son droit par sa faute, et le débiteur doit, nécessairement, souffrir de la perte fortuite d'une des deux choses ; car si, au lieu d'être concomitante à la perte imputable au créancier, elle l'avait précédée ou suivie, le résultat lui eût été également nuisible.

La loi ne dit rien ici de la perte partielle ou de la simple détérioration imputable à l'une des parties.

Les principes généraux de la responsabilité des fautes, combinés avec ceux de cette matière doivent faire décider : 1° que, si le choix, était au débiteur et la faute à lui imputable, il ne peut plus offrir la chose détériorée ; 2° que, si le choix était au créancier et la faute imputable au débiteur, le créancier pourrait encore choisir la chose détériorée avec dommages-intérêts ; 3° que si, dans le même cas, la faute était imputable au créancier, il pourrait choisir la chose non détériorée, en indemnisant le débiteur de la détérioration de celle qui lui est laissée.

Art. 435. En terminant, la loi tranche une grave question de principe : l'obligation alternative est déclarée "sous condition suspensive" et cette condition est *potestative* de la part de la partie qui a le choix ; la condition peut ici être indifféremment considérée comme *positive* ou comme *négative* : c'est comme si chacune des choses avait été promise sous cette condition : "si elle est choisie ou si l'autre n'est pas choisie, par le débiteur ou par le créancier."

Une des conséquences de ce caractère conditionnel de l'obligation alternative a déjà été présentée à l'article 429 : la perte fortuite, totale ou de plus de moitié, de l'une des choses dues, retombe sur le débiteur, conformément à l'article 419.

Une autre conséquence est indiquée ici : lorsque l'obligation arrivera à ne plus porter que sur un seul objet, soit par l'exercice du choix de la partie à laquelle il appartient, soit par la perte de l'autre objet, le créancier sera considéré comme ayant toujours eu droit à cet objet seul, et les actes de disposition qu'il en aurait faits dans l'intervalle seront validés, conformément à l'article 410 ; réciproquement, les droits conférés sur ce

même objet par le débiteur se trouveront résolus, au moins s'il ne s'agit pas d'un meuble corporel, (auquel cas les droits des tiers-acquéreurs de bonne foi seraient inattaquables) et si le choix n'appartenait pas au débiteur, cas auquel les aliénations qu'il aurait faites constitueraient son choix, même s'il s'agissait d'un immeuble.

Art. 436. L'obligation facultative paraît, au premier aspect, avoir beaucoup de ressemblance avec l'obligation alternative dans laquelle le choix serait laissé au débiteur ; mais la ressemblance est plus apparente que réelle : dans l'obligation alternative toutes les choses qui peuvent être données en paiement sont *dues* ; elles ne le sont pas purement et simplement, il est vrai : elles ne le sont que l'une à défaut de l'autre et sous condition suspensive ; elles sont cependant l'une et l'autre les véritables objets de l'obligation. Dans l'obligation facultative, au contraire, une seule chose est vraiment due, l'autre est un *moyen de paiement* laissé à la volonté du débiteur.

De cette différence qui paraît purement théorique, au premier abord, la loi tire des conséquences pratiques importantes, dont la première suit immédiatement la définition donnée au 1^{er} alinéa, c'est le caractère conditionnel de la dette, lequel se trouve opposé à celui de la dette alternative : ici, la condition est résolutoire, c'est-à-dire qu'il y a déjà un objet actuellement dû ; mais il cesse de l'être et il sera censé n'avoir jamais été dû si le débiteur, usant de sa faculté, donne l'autre objet en paiement (2^o alin.). Par suite de ce caractère de condition résolutoire, la chose due principalement est aux risques du créancier, comme on le verra dans les alinéas suivants.

Le 3^o alinéa prévoit la perte fortuite ou par force majeure de la chose due principalement, laquelle libère évidemment le débiteur ; comme il n'y a, en réalité,

que cette chose qui soit due, le débiteur ne peut être tenu de donner celle qui est due facultativement : il n'a pas à se libérer d'une dette déjà éteinte.

Le 4^e alinéa prévoit encore la perte de la chose principale, mais par la faute du débiteur : ici, il ne peut être libéré ; mais il ne faut pas croire que la chose due facultativement devienne exigible par le créancier : celui-ci n'a droit qu'à la valeur de la chose due et aux dommages-intérêts, s'il y a lieu. On pourrait même croire, avec quelque apparence de raison, que le débiteur a perdu le droit de se libérer en donnant la chose due facultativement ; car on n'est plus dans la situation prévue et réglée par la convention ; mais le débiteur peut soutenir que l'exercice de sa faculté de paiement n'est pas plus nuisible au créancier après la perte de la chose principale que si elle existait encore : c'est la solution du Code.

La loi néglige, au sujet de la chose due facultativement, la perte fortuite et celle résultant de la faute du débiteur ; évidemment, dans aucun de ces deux cas, le débiteur n'est libéré : il a perdu, par hasard ou par sa faute, un moyen particulier de paiement ; mais, la chose vraiment due subsistant encore, il doit la donner.

Au contraire, la loi (5^e et 6^e alinéas) suppose imputable au créancier la perte, soit de l'une, soit de l'autre chose due, soit de toutes deux.

Si c'est la chose due principalement qui a ainsi péri, le débiteur peut se prétendre libéré ; mais il peut aussi donner la chose due facultativement et se faire indemniser de celle due principalement.

Si, en sens inverse, c'est la chose due facultativement qui a péri, le débiteur peut donner celle due principalement et se faire indemniser de celle qu'il aurait préféré conserver.

Enfin, si toutes deux ont péri, toujours par la faute

du créancier, le débiteur déclare laquelle il aurait donnée et se fait indemniser de la perte de l'autre.

Le principe unique qui régit ces trois dernières solutions est bien simple, c'est que le débiteur ne doit pas perdre, par la faute du créancier, l'un des modes de libération qui lui appartenaient d'après la convention.

Le cas prévu au 7^o et dernier alinéa est délicat, comme tous ceux où la loi a déjà dû régler la *perte simultanée* des deux choses par des *causes différentes* ; il est même ici plus embarrassant, parce que la perte fortuite de la chose due principalement libérerait le débiteur, en lui donnant action pour obtenir la valeur de l'autre, perdue par la faute du créancier ; tandis que la perte fortuite de la chose due facultativement, n'empêcherait pas le débiteur de devoir la première ; il est vrai qu'il en serait libéré par la faute du créancier ; mais il perdrait toujours les deux choses au lieu d'une. Or, on ignore justement ce qu'il importerait le plus de savoir, c'est-à-dire, sur quelle chose porte le cas fortuit et sur laquelle porte la faute du créancier.

Par exemple, dans un incendie, le créancier possesseur des deux objets, aurait pu, avec un peu d'efforts, sauver l'une des deux choses, au moins, et il n'en a sauvé aucune, ayant préféré sauver des choses qui lui appartenaient. Le débiteur prétendra, sans doute, que la perte fortuite peut avoir porté sur la chose due principalement, ce qui l'a libéré, et qu'il reste créancier de la valeur de la chose due facultativement, perdue par la faute du créancier. Mais celui-ci soutiendra, avec non moins de vraisemblance, que la perte fortuite peut avoir porté sur la chose due facultativement, ce qui n'a pas libéré le débiteur et que sa faute, à l'égard de l'autre chose, n'a d'autre effet que de lui faire perdre sa créance.

En face de ces deux prétentions contradictoires, fondées chacune sur une simple conjecture, on ne peut

sortir d'embaras que par l'application du principe général des preuves, d'après lequel c'est au demandeur à faire la preuve de ce qu'il avance, faute de quoi, il doit succomber.

Mais, ici encore, il faut bien observer le rôle de chacun dans le procès.

Sans doute, c'est le débiteur qui est demandeur en restitution d'une valeur (de celle de la chose due facultativement), et il semble que, ne pouvant prouver que c'est celle-là qui a péri par la faute du créancier, il doive succomber. Mais, il ne faut pas perdre de vue que, pour que le créancier ait été en faute à l'égard d'une des deux choses, sans qu'on sache de laquelle, il est nécessaire de supposer qu'il les détenait toutes deux, soit en vertu d'un prêt, d'un dépôt, d'un mandat, soit, ce qui serait plus grave encore, par l'effet d'un acte illicite ; or, le débiteur n'a qu'à prouver la cause, licite ou illicite, de la détention du créancier, et c'est à celui-ci qu'incombera la preuve du cas fortuit, en vertu de l'article 541 ; or ne prouvant pas que la chose due facultativement a péri par cas fortuit, il est présumé en faute à l'égard de cette chose et, dès lors, il en doit la valeur.

La loi ne dit rien du moment à partir duquel le débiteur qui a proposé d'user de sa faculté de paiement ne pourra plus se rétracter : on appliquera, évidemment, par analogie de motifs, l'article 430 : il aura perdu le droit de se rétracter après des offres réelles valablement faites.

§ III.—DES OBLIGATIONS SIMPLES OU MULTIPLES,
QUANT AUX CRÉANCIERS ET AUX DÉBITEURS.

Art. 437. Cette division des obligations en simples et multiples, quant au nombre des sujets actifs et pas-

sifs, est moins importante en elle-même que dans ses subdivisions en obligations conjointes, solidaires intégrales et indivisibles, lesquelles sont traitées plus loin ; aussi, pour ne pas anticiper sur celles-ci, la loi se borne-t-elle ici à une simple énonciation des caractères de l'une d'elles (obligation solidaire) et à des renvois pour les autres.

Le 1^{er} alinéa du présent article indique suffisamment quand l'obligation est simple et quand elle est multiple.

L'obligation simple à son origine pourrait devenir multiple par la suite, si, avant l'exécution, le créancier ou le débiteur venait à mourir laissant plusieurs successeurs universels : si cette obligation n'a pas le caractère indivisible que l'on expliquera au § suivant, elle deviendra seulement conjointe, mais elle ne deviendra jamais solidaire entre les successeurs.

Art. 438. L'obligation conjointe étant divisible entre les créanciers et les débiteurs originaires, il y aurait à déterminer la part active et passive de chacun ; mais la loi ne pourrait pas le faire ici, sans anticiper sur la distinction qui va suivre : elle se borne donc à indiquer qu'il y a divisibilité.

Pour ce qui est de l'obligation solidaire, il a fallu la renvoyer au Livre des *Garanties* ; la loi se borne à en indiquer le caractère distinctif. Mais, par cela même que la théorie complète ne pourra être donnée que beaucoup plus tard et, à raison de ce qu'il y aura lieu de s'y référer souvent par anticipation, il est nécessaire de la présenter ici sommairement.

L'obligation peut être solidaire entre les créanciers seulement, ou entre les débiteurs ; elle pourrait l'être tout à la fois, entre les uns et les autres, c'est-à-dire activement et passivement.

Cette sorte d'association entre les créanciers ou entre les débiteurs vient le plus souvent d'une convention

expresse, elle peut venir aussi d'un testament ou de la loi. Elle a le caractère d'un mandat mutuel, surtout quand elle est conventionnelle : entre les créanciers, ce mandat autorise chacun à poursuivre le débiteur pour le tout, et le texte nous dit que celui qui poursuit ainsi l'exécution intégrale, alors qu'il n'a pour lui-même qu'un droit partiel, agit, en même temps, au nom et pour le compte des autres ; entre les débiteurs, le mandat a pour effet d'obliger chacun d'eux à payer pour les autres en même temps que pour lui. Dans les deux cas, le mandat est établi surtout en faveur du créancier unique ou des créanciers solidaires, car leurs chances de paiement en sont augmentées ; mais c'est par l'effet d'autres principes, comme on le verra au sujet de la novation, de la remise de la dette et de la compensation. Le mandat entre les débiteurs leur profite cependant aussi quelquefois ; en effet, s'il y a solidarité entre créanciers, la vigilance d'un seul peut conserver le droit des autres ; s'il y a solidarité entre débiteurs, la solvabilité d'un seul corrige l'insolvabilité des autres.

Cette association entre les créanciers ou entre les débiteurs a encore d'autres conséquences favorables aux créanciers : si un seul des créanciers solidaires poursuit le débiteur unique, il interrompt la prescription au profit des autres créanciers ; si le créancier unique poursuit l'un des débiteurs solidaires, la prescription est interrompue contre les autres. Généralement, chaque créancier solidaire peut faire des actes conservatoires du droit de ses co-crédanciers en même temps que de son droit ; mais il ne peut le compromettre. Les débiteurs solidaires, de leur côté, ont mandat réciproque à l'effet de conserver ou de sauvegarder le droit du créancier, mais ils ne peuvent aggraver l'obligation commune.

La solidarité n'a pas seulement pour effet de modifier les rapports des créanciers avec les débiteurs, elle a encore celui de créer des rapports de droit entre les co-créd-

anciers et entre les co-débiteurs eux-mêmes, rapports qui n'existent pas dans l'obligation simplement conjointe. Dans cette obligation, chaque créancier ne pouvant demander et recevoir que sa part et chaque débiteur n'étant, de même, tenu de payer que sa part, il ne peut être question d'aucun recours ultérieur des uns contre les autres : tout est terminé pour chacun par le paiement qu'il fait. Il en est autrement dans le cas de solidarité : la poursuite et le paiement, par suite du manque de confiance des créanciers contre les débiteurs, ont pu dépasser la mesure normale : il faut y revenir par un compte ou règlement particulier entre celui qui a reçu et ses co-crédanciers ou entre celui qui a payé et ses co-débiteurs ; ce règlement, s'il est contesté, s'obtient par voie d'action en garantie, comme il est dit à l'article 398.

A l'égard de l'obligation simplement intégrale d'une application plus rare la loi se borne à un renvoi à l'article 73 du Livre des *Garanties*.

§ IV.—DES OBLIGATIONS DIVISIBLES OU INDIVISIBLES,
QUANT A LEUR NATURE OU A LEUR EXÉCUTION.

Art. 439. On peut poser en principe que la divisibilité des obligations, activement et passivement, est la règle générale et que l'indivisibilité est l'exception. Mais la divisibilité suppose plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs ; en d'autres termes, elle suppose une obligation multiple quant aux personnes. Si donc il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, l'exécution doit être intégrale, c'est-à-dire qu'elle doit comprendre simultanément toute la chose ou toutes les choses dues, lors même qu'elles seraient divisibles, comme l'argent, les denrées, etc.

Il semble inutile, au premier abord, de proclamer cette indivisibilité : on pourrait dire que l'indivisibilité est déjà suffisamment assurée par la nécessité de payer à l'échéance, et que si le débiteur prétendait diviser le paiement, il se trouverait en retard pour la portion ajournée. Mais la règle devient utile, si le débiteur prétendait payer une ou plusieurs portions *avant* l'échéance et le reste à l'échéance même ; de même, si le créancier en faveur duquel le terme aurait été établi voulait, en y renonçant partiellement, ne faire payer une portion par anticipation et le reste à l'échéance. Il est clair que chacune de ces prétentions pourrait être abusive et créer des embarras pour l'autre partie, en dehors de la convention.

La loi rappelle une exception déjà établie par l'article 406 : les tribunaux peuvent autoriser le débiteur à fractionner le paiement, non par des paiements anticipés par des paiements tardifs, ce qui est, en même temps, une dérogation à la nécessité d'observer l'échéance : cette double faveur accordée au débiteur se fonde sur l'embarras où il peut se trouver pour l'exécution totale à l'échéance : elle ne se justifierait plus autant, si le débiteur prétendait payer par parties, avant l'échéance, pour éviter le risque de perdre des sommes qu'il a à sa disposition. De même, il n'y aurait pas de raison suffisante d'autoriser le créancier à renoncer partiellement au bénéfice du terme stipulé dans son intérêt, pour se faire payer des sommes partielles dont il aurait besoin, ce qui mettrait le débiteur dans des embarras successifs qu'il n'a pu prévoir.

Au surplus, la règle de l'indivisibilité de l'obligation simple ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur : il est clair que s'il s'agit de denrées ou marchandises, de matériaux d'une quantité, d'un poids ou d'un volume considérable, la livraison n'en pourra pas toujours être faite intégralement, en un seul moment, pas même en

un seul jour ; il faudra bien admettre, forcément, ou que le débiteur commencera la livraison quelque temps avant l'échéance ou qu'il la complétera quelque temps après : " les conventions doivent être exécutées de bonne foi " (art. 330).

Art. 440. La divisibilité active et passive apparaît, au contraire, dans l'obligation conjointe.

La loi a dû indiquer le moyen de connaître la part de chaque débiteur. Les parts ne sont pas nécessairement égales : si, par exemple, deux co-propriétaires, dont les droits étaient inégaux, vendent la chose qui leur est commune, la part de chacun dans le prix de vente sera la même que dans la chose vendue ; de même, si deux personnes empruntent une somme d'argent pour une affaire commune, chacune sera débitrice d'une part semblable à celle pour laquelle elle est intéressée. Cette part, dite *réelle* ou véritable, sert de mesure à l'action de chaque créancier et à l'obligation de chaque débiteur, mais à la condition que les rapports de droit antérieurs qui la déterminent soient connus des parties adverses, respectivement : si la convention s'en explique, rien n'est mieux ; mais cette connaissance peut aussi provenir aux parties des circonstances du fait ; par exemple, dans les deux hypothèses ci-dessus, la communauté d'intérêts des vendeurs ou des emprunteurs était déjà connue de l'acheteur ou du prêteur, par suite de conventions ou de rapports antérieurs.

Si la part réelle de chaque créancier ou de chaque débiteur n'est pas connue de l'autre partie, la part de chacun dans l'action et dans l'obligation sera *virile* ou calculée par têtes : de moitié, du tiers, du quart, suivant que les créanciers ou les débiteurs sont deux, trois, quatre, etc. Cette division donnera quelquefois à l'un plus et à l'autre moins que sa part réelle ; de là, la nécessité de recours respectifs en garantie, au moyen

desquels, comme dit le texte, chacun est ramené à recueillir sa part réelle du profit ou à supporter sa part de la charge (voy. art. 398).

Art. 441, 442 et 443. Dans l'obligation indivisible : chaque créancier a droit à la totalité de la créance et chaque débiteur doit la totalité de l'obligation ; si le lien est, à certains égards, moins fort que celui de la solidarité, il a plus d'étendue quant à son objet. Mais ce que cette matière gagne en simplicité de ce côté, elle le perd d'un autre ; car la difficulté des obligations indivisibles est généralement reconnue.

Il y a *deux points de vue* différents auxquels on peut se placer pour le classement des cas d'indivisibilité : celui de leurs *causes* et celui de leurs *effets* ; chaque point de vue donne *deux classes*.

I. Si l'on considère les *C A U S E S* de l'indivisibilité des obligations on n'en trouve que *deux* : la *nature* de la chose due qui ne comporte pas de fractions, et la *convention* ou intention des parties qui ont entendu exclure la division de la dette, quoiqu'elle fût possible naturellement.

On pourrait admettre aussi des cas d'indivisibilité *légale*, c'est-à-dire fondée sur la disposition seule de la loi, à savoir ceux du gage et de l'hypothèque, et on pourrait y ajouter, par une analogie évidente, celui du privilège sur les meubles et les immeubles ; mais il est plus vrai de dire que la loi ne déclare ces sûretés indivisibles que *par interprétation de la volonté probable des parties* ; aussi, ces dernières pourraient-elles déroger à la loi, tandis qu'elles ne pourraient pas déroger à la nature des choses. Seulement, il est toujours possible de prévoir, pour donner application à l'article 19 qu'il pourra y avoir des cas d'indivisibilité établis par des lois spéciales.

II. Si l'on considère les *E F F E T S* de l'indivisibilité,

on en trouve *deux* également : l'un général ou *absolu*, affectant l'obligation activement et passivement, c'est-à-dire à l'égard des créanciers et des débiteurs ; l'autre limité et *relatif*, n'affectant l'obligation que passivement, c'est-à-dire à l'égard des débiteurs seulement. Il n'y a pas d'indivisibilité *active* seulement, parce que, sans l'indivisibilité passive, elle ne procurerait pas aux créanciers plus d'utilité qu'un mandat ordinaire.

L'indivisibilité naturelle quant à sa cause est nécessairement générale et absolue quant à ses effets : on ne comprendrait pas plus la division active que la division passive, du moment que l'obstacle à la division vient de la nature de la chose due. Au contraire, l'indivisibilité dont la cause est la convention ou l'intention des parties peut être plus ou moins étendue, suivant leur volonté et d'après leur but et leur intérêt : elle peut donc être, soit générale et absolue, soit relative, ou limitée aux débiteurs.

Le Code, s'attachant moins aux *causes* de l'indivisibilité qu'à leurs *effets*, consacre un premier article à l'indivisibilité *générale et absolue* ou *active et passive* (art. 441) et ses deux causes sont seulement indiquées en deux alinéas. Puis vient l'indivisibilité *relative*, c'est-à-dire limitée, dans ses effets, aux débiteurs, ou *passive seulement* ; ses causes sont les mêmes : la nature de la chose due et la convention ou le testament (le titre constitutif de l'obligation) ; la loi prévoit d'abord pour l'application de chaque cause que l'indivisibilité ne pèse que sur *un seul* des débiteurs à l'exclusion des autres, (art. 442, 1^{er} et 2^o al.). Vient enfin (art. 443) le cas où l'indivisibilité, toujours *passive* seulement, a été formellement stipulée à la charge *de tous* les débiteurs indistinctement ; c'est là cette véritable sûreté ou garantie de la créance dont on a déjà parlé, sûreté analogue à la solidarité, moins dure à quelques égards pour les débiteurs, mais à d'autres égards, plus dure : ce qui explique

qu'elle soit souvent stipulée conjointement avec elle. Comme sûreté, elle est renvoyée au Livre des *Garanties*.

Il faut maintenant éclaircir par quelques exemples et développements les articles 441 et 442.

Les choses peuvent se diviser de deux manières : matériellement et intellectuellement ou juridiquement, comme dit l'article 441. La division matérielle ne peut s'appliquer qu'aux choses corporelles ; la division intellectuelle ou juridique s'applique tant aux choses corporelles qu'aux choses incorporelles.

Parmi les choses corporelles, il y en a qui se divisent matériellement d'une façon presque illimitée, sans changer de nature et sans perdre leur utilité, comme l'argent et les denrées qui se pèsent, se comptent ou se mesurent ; d'autres se trouvent plus ou moins détériorées par la division matérielle, comme les vêtements, les meubles des habitations, les objets d'art, les instruments des métiers ; on recherche alors si l'intention des parties n'a pas été d'en exclure cette sorte de division ; enfin, il y a des choses corporelles qu'on doit déclarer tout à fait indivisibles matériellement, parce qu'elles changeraient de nature et même seraient, pour ainsi dire, détruites par la division, tels sont les animaux vivants. Mais tous ces objets sont susceptibles de division intellectuelle ou juridique, en ce sens que le droit de propriété dont elles sont susceptibles peut être fractionné entre plusieurs personnes qui auront des droits de même nature, égaux ou inégaux. Si les copropriétaires d'un objet de cette nature s'en étaient constitués débiteur, chacun d'eux pourrait, en principe, se libérer en abandonnant, en cédant sa part au créancier. On comprend que cette division, toute juridique, ne change pas la nature de la chose et qu'elle s'appliquerait notamment à un animal vivant.

Les choses incorporelles ne sont évidemment susceptibles que d'une division juridique : ce sont des droits

qui peuvent être transférés par partie à diverses personnes ou par un ou plusieurs de ceux auxquels ils appartiennent. Ainsi, si un usufruit est dû à plusieurs stipulants, le débiteur pourrait se libérer en cédant à chacun des créanciers la part d'usufruit qui lui est due, et si, par une cause quelconque, il ne pouvait remplir son obligation envers tous, ceux qui auraient reçu leur part ne pourraient se plaindre. Réciproquement, s'il y a plusieurs promettants d'un usufruit, chacun peut constituer l'usufruit pour la part qu'il doit, et, si un ou plusieurs d'entre eux manquent à exécuter l'obligation, le créancier ne pourra pas s'en prendre à ceux qui ont exécuté pour leur part.

Il en serait de même s'il s'agissait d'une créance dont la cession aurait été promise à plusieurs ou *par* plusieurs : l'exécution de la cession par portions indivises se comprendrait très-bien et ne serait pas dénuée d'utilité.

Ce qui vient d'être dit d'un usufruit qui peut être constitué pour partie, activement et passivement, pourrait, à la rigueur, se comprendre d'un droit de louage et même d'une hypothèque à constituer. Pour le louage, sans doute, une part indivise dans la jouissance d'un bien ne sera pas toujours conforme à l'intention des parties, mais il ne s'agit pas encore de l'indivisibilité intentionnelle ; le louage est au moins divisible juridiquement.

Il semble qu'il y ait plus de doute pour l'hypothèque, puisque la loi la déclare indivisible : d'après l'intention probable des parties ; mais c'est seulement, une fois *constituée*, que l'hypothèque a ce caractère : alors, chaque partie de l'immeuble, soit matérielle, soit juridique, est affectée au paiement de la dette entière, et chaque partie de la créance est garantie par l'immeuble tout entier (cela sera développé en son lieu) ; mais lorsqu'il s'agit d'une hypothèque *promise*, d'une hypothèque *à constituer*, soit par plusieurs, soit en faveur de

plusieurs, on comprend très-bien qu'un seul des promettants remplisse sa promesse quand les autres y manquent, ou que le promettant unique exécute son obligation envers un seul de ses créanciers et y manque envers les autres ; on conçoit également que l'hypothèque constituée par un seul des co-propriétaires ne grève que sa part indivise de l'immeuble, quand les autres parts en sont exemptes, ce qui prouve bien que cette prétendue indivisibilité de l'hypothèque n'est pas "de sa nature."

Mais il y a des droits réels et des droits personnels indivisibles, même juridiquement, d'après leur nature ; tels sont : pour les premiers, droits de servitude dont la nature indivisible est proclamée par l'article 268 et déjà expliquée ; pour les seconds, la plupart des obligations de ne pas faire et un grand nombre d'obligations de faire (voy. art. 19). Ainsi, quand plusieurs cointéressés ont promis de ne pas faire un procès, comme demandeurs ou défendeurs, au sujet d'une réclamation prévue, l'obligation est entière à la charge de chacun, et la moindre entreprise ou la moindre résistance litigieuse, par un seul d'entre eux, serait une violation entière de l'engagement ; de même, si, au cas de plusieurs créanciers, l'un d'eux avait été engagé dans le procès, le promettant aurait autant manqué à son engagement que s'il avait contesté judiciairement avec tous les créanciers ; la conséquence serait, notamment, qu'il devrait des dommages-intérêts à tous et s'il y avait une clause pénale, elle serait encourue en entier.

Les obligations de faire sont moins généralement indivisibles : ainsi, l'obligation de construire un mur ou un chemin, de défricher un terrain, de fabriquer, en assez grand nombre, des objets de même nature ou même de nature diverse, se conçoit exécutée par partie, avec utilité ; on peut même dire que, là, il y a divisibilité matérielle, et si l'un des débiteurs avait exécuté

pour sa part, ou si l'un des créanciers avait obtenu la sienne, il pourrait y avoir libération partielle ; pour décider autrement, il faudrait se placer dans l'hypothèse d'une indivisibilité conventionnelle ou intentionnelle.

Mais certaines obligations de faire sont indivisibles par leur nature ; si le débiteur n'a pas fait tout ce qu'il devait, il n'a rien fait d'utile : par exemple, il devait faire une négociation, un arbitrage, contracter et signer pour quelqu'un, faire un acte d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation ; s'il n'a pas exécuté son mandat en entier, c'est comme s'il n'avait pas même tenté de l'exécuter.

A raison donc de cette indivisibilité du mandat, si l'on suppose plusieurs mandants ou plusieurs mandataires, chaque mandant pourrait demander l'exécution entière du mandat et chaque mandataire pourrait être actionné pour l'accomplir en entier.

On peut encore citer, comme obligation de faire, indivisible par sa nature : celle de produire une pièce écrite, de rendre des comptes de gestion, de garantir un acheteur ou un preneur des troubles ou évictions dont il est menacé, en intervenant en justice avec lui ou en sa place : la garantie ne devient divisible que si elle se résout en dommages-intérêts pour inexécution (v. art. 395, 2^e al.).

Tels sont les principaux cas d'indivisibilité dite *naturelle*, prévus au 1^{er} alinéa de l'article 441.

L'indivisibilité intentionnelle (2^e al.) résulte de la volonté des parties, laquelle peut être ou exprimée dans la convention, ou manifestée tacitement. La loi, pour ne pas gêner l'interprétation des tribunaux, leur permet de prendre en considération les diverses circonstances du fait, mais c'est généralement le but que se sont proposé les parties en contractant qui révélera cette intention.

Ainsi, plusieurs personnes ont stipulé un terrain,

pour construire une maison d'habitation ou une hôtellerie ou une manufacture ; ou bien il y a eu plusieurs promettants de ce terrain ; assurément, en pareil cas, la nature de la chose due permet une exécution partielle, mais le but que se proposaient les stipulants, but connu des promettants, ne pouvant être atteint que par la cession entière du terrain, chaque créancier a le droit de demander tout le terrain et chaque débiteur peut être actionné pour le fournir en entier.

Quelques-unes des obligations présentées plus haut comme divisibles par leur nature seront souvent rendues indivisibles par l'intention des contractants : ainsi l'obligation de fournir un objet d'art, un instrument de science ou d'industrie, un animal vivant, laquelle pourrait s'exécuter par parties, au moyen de la cession d'une part juridique de propriété, sera presque toujours indivisible par l'intention des contractants.

Généralement, c'est l'intention des stipulants qui devra être prise en considération pour apprécier si l'obligation a un caractère indivisible, parce que ce sont surtout ces parties qui ont un but déterminé à atteindre, un avantage spécial à réaliser ; mais on devra tenir compte aussi de l'intention des promettants qui, en répondant à la stipulation dont le but leur était connu, ont dû considérer qu'ils étaient tenus pour le tout et doivent avoir pris leurs dispositions en conséquence. L'article 449, ci-après, autorise les co-débiteurs à se prévaloir, de leur côté, du caractère indivisible de l'obligation.

On peut encore citer comme cas d'indivisibilité intentionnelle, et pouvant être autant invoquée par les débiteurs que par les créanciers, les actions qui tendent à la résolution, à la rescision ou à la révocation de conventions.

A la rigueur, et à ne considérer que la nature même de l'action, on comprendrait qu'un contrat fut annulé

pour une part et maintenu pour l'autre : par exemple, un vendeur qui n'aurait pas touché la moitié de son prix de vente, pourrait ne rentrer dans la propriété que pour une moitié indivise de sa chose ; mais ce résultat, contraire, le plus souvent, à son intérêt, le serait aussi à son intention originaire ; de même, l'acheteur, quoiqu'il soit en faute, ne doit pas être tenu de garder la moitié de la chose, en co-propriété avec le vendeur. On est bien près de trouver ici une indivisibilité légale ; cependant, quand il n'y a pas de disposition formelle de la loi à cet égard, il vaut mieux attribuer cette indivisibilité à l'intention présumée des parties (*d*). On devra aussi la limiter aux cas où la chose n'est pas susceptible d'une division naturelle qui laisse à toutes les parties une utilité proportionnelle à l'utilité du tout, comme une maison ou un terrain, dont les parties peuvent n'avoir qu'une utilité très-limitée ; mais si l'on suppose une vente de denrées ou de marchandises très-divisibles par leur nature et dont le prix a été fixé proportionnellement au poids, au nombre ou à la mesure, et que l'acheteur ait manqué à payer la moitié ou les trois quarts du prix, le vendeur pourrait se contenter de faire résoudre la vente pour moitié ou pour trois quarts, et l'acheteur ne devrait pas être reçu à s'opposer à cette résolution partielle.

On voit donc que l'intention des parties peut se révéler autrement que par le but qu'elles se proposaient, mais encore par la nature même de la chose objet de la convention et par l'utilité qui subsisterait après sa division matérielle.

On a quelquefois prétendu que si, dans un contrat synallagmatique, l'obligation contractée par l'une des parties est indivisible, soit par sa nature, soit par l'in-

(*d*) Le Code donne le caractère d'indivisibilité légale à l'action résolutoire, dans un cas particulier (art. 486, 2^o al.).

tention des parties, l'obligation de l'autre doit être, par cela seul, considérée comme indivisible, au moins par l'intention. Mais c'est là une exagération : par exemple, deux personnes se sont fait promettre par deux autres, une servitude, chose indivisible par sa nature, ou un terrain pour une construction déterminée, un cheval, un tableau, choses indivisibles par l'intention des parties ; le prix qu'elles doivent est divisible par sa nature, et on ne voit pas de raison suffisante pour présumer que les parties ont entendu que le payement du prix serait indivisible ; pour que cela fût, il faudrait que le prix à payer eût lui-même une destination indivisible de la part de ceux auquel il est dû et que cette destination fût connue de ceux qui le doivent ; par exemple, il aurait été destiné à acheter une maison ou un navire.

L'article 441 nous a fait connaître les deux cas d'indivisibilité absolue, c'est-à-dire active et passive, tout à la fois. Dans l'article 442, il est traité de l'indivisibilité passive seulement ou relative aux débiteurs seuls. Le texte lui donne que deux applications.

1^{er} Cas.—Il s'agit, non de la translation de propriété, mais de la délivrance, de la tradition d'un corps certain ; peut-être la translation de propriété a-t-elle déjà eu lieu, par le seul consentement, comme dans la vente ou la donation ; peut-être s'agit-il d'un usufruit ou d'un droit de louage déjà conférés de même ; peut-être, enfin, ne s'agit-il que de la restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage, d'un objet dont la location est expirée ; dans tous les cas, s'il y a plusieurs débiteurs de cette délivrance, elle sera requise en entier de celui qui détient physiquement la chose ; en effet, la poursuite contre les autres débiteurs ne pourrait conduire qu'à des dommages-intérêts pour inexécution et ce ne serait pas, pour le créancier, une satisfaction entière. Cette indivisibilité a pour cause la nature même de la délivrance,

qui, à la différence de la cession du droit de propriété sur cette chose, est un pur fait matériel qu'on ne pourrait opérer par parties qu'en morcelant la chose, ce qui lui ôterait, le plus souvent, toute utilité ; mais elle n'a pas pour cause la nature même du corps certain à délivrer ; autrement, elle devrait être considérée comme active et passive, tout à la fois ; or, le texte suppose formellement la chose "divisible par sa nature" et il n'attribue l'indivisibilité qu'à l'intention des parties. Ici, c'est spécialement de l'intention des débiteurs qu'il s'agit ; car, par un partage ou autrement, ils ont consenti à mettre ou à laisser la chose due aux mains de l'un d'eux et ils ont entendu, par là, le charger seul de l'exécution ; le créancier y trouve, à son tour, l'avantage de ne pas être tenu d'intenter plusieurs actions qui ne pourraient lui faire obtenir que des dommages-intérêts contre ceux qui ne sont pas détenteurs de la chose due.

Mais il n'y a pas indivisibilité active ; si donc il y a plusieurs créanciers, chacun d'eux ne doit agir que pour sa part dans la créance : les autres n'ont vraisemblablement pas entendu s'exposer au risque de son insolvabilité. D'un autre côté, comme un corps certain, à la différence d'une chose de quantité, ne peut être délivré par parties, sans détériorations, le débiteur poursuivi par un des créanciers est admis, pour dégager sa responsabilité, à requérir la mise en cause de tous les autres, afin de se libérer simultanément entre leurs mains.

2^e Cas. — Ici, l'intention des contractants est expresse : le titre constitutif de l'obligation contractée par plusieurs a mis le paiement à la charge d'un des débiteurs spécialement. Bien entendu, dans ce cas, le créancier pourrait négliger le droit qui lui a été conféré et intenter une action divisée contre chaque débiteur.

Cette indivisibilité est, comme la précédente, passive seulement ; si donc, il y a plusieurs créanciers, chacun

d'eux ne pourra agir que pour sa part contre le débiteur spécialement désigné pour le payement ; et, comme la division, tant matérielle que juridique, ne présentera pas ici les mêmes difficultés que dans l'obligation de délivrance, la loi ne donne pas au débiteur assigné la faculté de faire mettre en cause les divers créanciers : il exécutera envers chacun, au fur et à mesure qu'il se présentera.

L'article 443 prévoit un dernier cas d'indivisibilité active autant que passive qui n'a d'autre cause que l'intention des parties, avec cette différence qu'il faudra une stipulation formelle pour l'établir (v. art. 86, 2^e al.) du Livre des *Garanties*. Ce n'est pas, toutefois, à raison de cette particularité que la loi lui consacre un article spécial, c'est parce que l'indivisibilité ainsi stipulée devient une sûreté personnelle dont les développements sont renvoyés au Livre des *Garanties*, où elle prendra place à côté de la solidarité entre les débiteurs.

Art. 444. La loi arrive à des effets secondaires de l'indivisibilité ; mais ils sont encore fort importants. Quand elle ne distinguera pas entre l'indivisibilité active et passive ou seulement passive, ces effets pourront être considérés comme communs aux deux cas.

Lorsque la loi reconnaît à chaque créancier un droit intégral de poursuite, ce n'est que dans ses rapports avec les débiteurs ; mais il va sans dire que la cause qui a fait naître la créance au profit de plusieurs fait supposer entre eux des rapports particuliers qui donneront lieu à un compte à régler : ce sont ou des copropriétaires, ou des associés ; leurs droits sur le profit de la créance se régleront donc d'après leurs rapports respectifs antérieurs, ou nés au moment même de la convention, par un mandat mutuel. Il en est de même pour les co-débiteurs qui ne se trouvent engagés simultanément dans la même obligation que par suite de rap-

ports antérieurs ou, tout au moins, distincts de ceux de l'obligation indivisible, s'ils y sont concomitants.

S'il n'y a pas lieu à une action fondée sur des rapports de droit antérieurs, les recours des créanciers ou des débiteurs les uns contre les autres, pour partager, également ou inégalement, le profit ou la charge de l'obligation, se font valoir par une action *en garantie* (voy. art. 390) : dans cette action, le créancier qui a seul reçu le montant de l'obligation sera défendeur vis-à-vis des autres, et, s'il s'agit d'un débiteur qui a payé toute la dette, celui-ci sera demandeur contre les autres.

Art. 445. Bien que, dans l'obligation indivisible, le droit existe entier en la personne de chaque créancier, il ne s'en suit pas que chacun puisse disposer du droit comme il était seul intéressé : la loi ne pouvait le permettre, même à charge du recours en garantie prévu à l'article précédent, et cela, par deux raisons : d'abord, ce recours pourrait être rendu inefficace par l'effet de l'insolvabilité de celui qui y est soumis ; ensuite, lors même qu'il serait utile, il ne conduirait qu'à des dommages-intérêts en argent divisés et ne constituant qu'un équivalent imparfait du droit perdu.

Mais il y a un mode d'extinction de l'obligation par un des créanciers que la loi ne pouvait exclure, c'est celui auquel peuvent tendre légitimement les efforts de chacun, à savoir l'exécution réelle de l'obligation suivant sa teneur, ou le paiement. La loi le réserve expressément. D'ailleurs, dans le cas de paiement intégral fait à un seul des créanciers, les deux dangers signalés plus haut n'existent qu'à un moindre degré : ou bien une chose aura été transférée et la propriété en sera devenue commune aux divers créanciers, ou bien un fait aura été accompli relativement à une affaire commune et tous en auront profité ; ce n'est guère qu'au cas de paiement d'argent ou de denrées que serait à

craindre le danger d'insolvabilité du créancier qui a reçu le paiement ; mais encore, dans ce cas, les autres créanciers peuvent prendre des mesures, pour que le paiement ne se fasse qu'en présence et aux mains de tout réunis.

Dans tous les cas, pour que l'un des créanciers puisse recevoir seul le paiement, il faut qu'il le reçoive tel qu'il est dû, "tel qu'il a été stipulé : " il ne pourrait recevoir une chose pour une autre, ce qu'on appelle "dation en paiement" (voy. art. 461), et cela lors même qu'il recevrait plus qu'il n'est dû. A plus forte raison, lui est-il défendu de faire une remise gratuite de la dette, ou une novation qui en changerait un des éléments.

La loi suppose cependant que l'un de ces actes a été fait et elle lui donne tout l'effet qu'il peut avoir sans compromettre le droit des autres créanciers : leur droit sera exercé, en entier, contre le débiteur unique ou contre celui des co-débiteurs qu'ils voudront choisir, comme s'il n'y avait pas eu remise de dette, novation ou compensation, mais ils tiendront compte à celui-ci d'une valeur en argent égale à la part de profit qu'ils auraient eue à communiquer à leur co-crédancier, s'il n'avait pas fait remise ou novation. De cette manière, la convention libératoire conservera son effet sans nuire aux autres créanciers. Comme cette matière comporte des distinctions très-déliées, au sujet de la novation, de la remise de dette et de la compensation, la loi renvoie aux dispositions spéciales qui concernent l'indivisibilité entre créanciers.

La loi, ne prévoit pas le cas où l'exécution de l'obligation indivisible deviendrait impossible par la faute d'un des créanciers ; ici, les principes généraux suffisent à indiquer la solution : tous les débiteurs sont libérés envers tous les créanciers, car cette perte est, pour eux, un cas fortuit ou une force majeure ; mais le créancier

fautif est tenu envers chacun des autres de les indemniser de leur part dans le profit de l'ancienne créance et cette indemnité est divisible.

Art. 446. En sens inverse des dispositions qui précèdent, les créanciers, qui n'ont pas le pouvoir de se nuire respectivement, peuvent se rendre de bons offices au sujet de la créance commune : s'il n'y a pas mandat réciproque, comme dans la solidarité entre créanciers ; il y a au moins lieu de faire intervenir l'idée d'une gestion d'affaires ; enfin, les actes conservatoires faits par l'un des créanciers sont considérés comme profitant aux autres, à cause de la nature de la dette qui ne permet pas qu'elle soit conservée pour une part et perdue pour les autres ; or, l'équité ne permettrait pas qu'elle fût conservée pour le tout au profit d'un seul créancier et perdue pour les autres.

La loi a spécialement mentionné la mise en demeure du débiteur parmi les actes conservatoires qui, faits par un créancier, profitent aux autres. On sait que la mise en demeure produit plusieurs effets importants : elle rend le débiteur responsable de la perte, même fortuite, qui n'aurait pas eu lieu s'il avait exécuté l'obligation (art. 335 et 336), elle le soumet aux dommages-intérêts à raison du retard (art. 384), enfin, elle interrompt la prescription.

Le 2^o alinéa donne spécialement pour la suspension de la prescription la même solution que fournit la mise en demeure pour l'interruption. Le motif est d'une part, l'impossibilité d'admettre une suspension limitée qui tendrait à une extinction partielle de la dette ; d'autre part, l'impossibilité de refuser tout effet à la suspension protectrice d'un des créanciers.

Art. 447 et 448. Ces deux articles forment la contre-partie des deux précédents : les co-débiteurs, dont les uns peuvent quelquefois profiter des actes des

autres, ne peuvent, pas plus que les co-créanciers, se nuire les uns aux autres.

En ce qui concerne la mise en demeure, il semble qu'il y ait contradiction entre la disposition précédente qui permet aux créanciers de se prevaloir de celle faite *par* un d'entre eux et la présente règle qui ne permet pas d'opposer à tous les débiteurs celle faite *contre* un seul. Mais la contradiction disparaît, si l'on suppose, dans le premier cas, qu'il n'y a qu'un seul débiteur et plusieurs créanciers et, dans le second cas, qu'un seul créancier et plusieurs débiteurs : le débiteur unique averti par un seul des co-créanciers, est censé avoir été averti par tous : il lui importe peu de payer à l'un plutôt qu'aux autres : au contraire, celui des co-débiteurs qui n'a pas été mis en demeure n'est pas averti par la mise en demeure des autres, car il peut l'ignorer.

Il en est autrement de l'interruption de prescription, effet principal de la mise en demeure : elle ne peut avoir lieu contre l'un des co-débiteurs sans avoir lieu en même temps contre les autres lors mêmes qu'ils l'ignorent ; autrement, les uns invoqueraient une présomption de paiement, quand les autres resteraient débiteurs, ce qui est inconciliable avec la nature de l'obligation indivisible et avec l'effet du paiement ; d'un autre côté, le créancier qui a poursuivi l'un des débiteurs ne peut se voir opposer la prescription par celui-ci : la solution est donc identique à la précédente et par identité de motifs.

C'est par le même motif que le créancier qui jouit du bénéfice de la suspension de la prescription vis-à-vis d'un des débiteurs (par exemple, si l'un des débiteurs est son conjoint) en jouit vis-à-vis des autres. L'obligation finale du créancier, de tenir compte au débiteur poursuivi de sa part dans la dette est l'application d'une idée analogue, quoiqu'inverse, à celle qui termine l'article 445.

L'article 448 applique aux débiteurs le principe que

les fautes sont personnelles, en l'absence de mandat fondant une responsabilité collective, comme cela a lieu dans l'obligation solidaire. Si donc l'un des débiteurs a, par sa faute, empêché l'exécution normale de la dette, il est seul tenu des dommages-intérêts ou de la clause pénale. La loi n'a pas eu besoin de mettre sur la même ligne que la faute directe, le retard apporté à l'exécution ou même la perte fortuite, postérieurs à la mise en demeure : il résultait déjà suffisamment de l'article précédent que les débiteurs qui n'avaient pas été individuellement mis en demeure n'en devaient pas souffrir.

Art. 449. Déjà dans l'article 442, on a vu le débiteur actionné par l'un de plusieurs créanciers demander que tous les créanciers interviennent, pour qu'il puisse être libéré à leur égard ; ici, c'est l'un de plusieurs débiteurs qui demande à n'être pas poursuivi seul et qui requiert que la condamnation soit prononcée simultanément contre tous, ce qui pourra induire le créancier à faire exécuter contre les autres autant que contre lui ; en même temps, ce débiteur obtiendra subsidiairement contre les autres une condamnation à la garantie qui lui sera due s'il paye pour tous.

Entre ces deux dispositions il y a, d'ailleurs, une différence qu'il ne faut pas négliger : dans l'article 442, c'est le créancier poursuivant qui doit, sur la réquisition du débiteur, prendre soin d'appeler en cause ses co-créanciers : dans le présent article, c'est le débiteur poursuivi qui doit appeler en cause ses co-débiteurs : la raison en est que le débiteur peut ne pas connaître tous ses créanciers, tandis qu'il doit connaître tous ses co-débiteurs.

Notons, enfin, que la faculté accordée au débiteur par notre article ne s'applique qu'aux cas d'indivisibilité active et passive, de là, le renvoi à l'article 441 ; dans les cas de l'indivisibilité passive seulement, prévus

par l'article 442, le débiteur poursuivi est trop étroitement tenu de l'exécution intégrale pour pouvoir retarder et modifier la poursuite.

