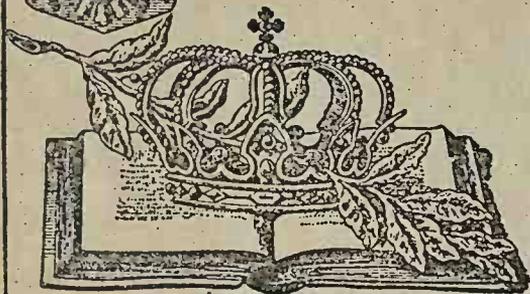




BIBLIOTECA
FVNDATIVNEI
VNIVERSITARE
CAROL I.



n° Curent. 67402⁰⁰ Format m

n° Inventar. Ak 3530 Anul 1937

Sectia Defozit III Raftul VII

DES
OBLIGATIONS

DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

PAR

GEORGES DANIELOPOULO

Docteur en droit.

**DONAȚIUNEA
MIHAI BOERESCU**



PARIS

IMPRIMERIE DE PILLET FILS AINÉ

RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, 5.

1864

Offertus Juri Basile Baerese
in parva auctoritate
G. Denitopol

DES

OBLIGATIONS

DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

Biblioteca Centrală Universitară

BUCUREȘTI

Cota 67402

Inventar 64200

CONTROL 1955

RC 70/02

B.C.U. Bucuresti



C64200

PREMIÈRE PARTIE

DES OBLIGATIONS

DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

EN DROIT ROMAIN

(D., XLV, 1, l. 1. 2, 3, 4, 72 princ. et 85.)

La division des obligations en divisibles et indivisibles se rapporte à leurs objets, à ce qu'elles doivent procurer par voie de contrainte.

Une obligation est divisible quand l'objet en est susceptible de parties.

Les parties de l'objet d'une obligation constituent des rapports juridiques, distincts et indépendants l'un de l'autre; on ne les envisage comme parties que parce que la somme des prestations, la somme des objets de ces différentes obligations, équivaut à la prestation totale, que l'on considère comme l'objet de l'obligation entière. Au contraire, les parties de la propriété sont dans une liaison continue, il est de leur essence de rester dans une indivision continue. La division qui surviendrait, transformerait les parties intellectuelles en parties réelles, qui seraient autant de de tous, *tota*. V. la loi 25 § 1 *De Verborum significatione* (50, 16). Paul, lib. 21, *Ad edictum*: « Quintus Mucius ait, partis « appellatione rem pro indiviso significari : nam quod pro diviso « nostrum sit, id non partem, sed totum esse; Servius non ine-

« leganter partis appellatione utrumque significari. » On voit, par cette loi, que le jurisconsulte Quintus Mucius n'employait le mot *parties* que pour les *parties indivises*; les parties divisées, il les appelait des *touts*. Au contraire, Servius, dont Paul approuve la nomenclature, se servait du mot *parties* pour désigner même les parties divisées. Quoi qu'il en soit, il est toujours vrai qu'il n'y a réellement de parties actuelles, existantes, que tant qu'il y a *communio*.

Une obligation divisible n'est pas pour cela divisée. Une obligation est divisible quand elle est susceptible de parties. Une obligation est indivise quand, bien que susceptible de parties, elle doit cependant être exécutée d'un seul coup en entier.

Quand il y a un seul créancier et un seul débiteur l'un vis-à-vis de l'autre, l'obligation, même *divisible*, est *indivise*.

Ainsi, lorsque le créancier demande une partie seulement de l'objet de l'obligation divisible, le débiteur n'est pas obligé de ne lui payer que cette partie et de rester débiteur pour le surplus; il peut lui offrir le tout, et le consigner sur son refus; il constitue par là le créancier *in mora accipiendi*, et, quant à lui, il est libéré pour le tout.

Si le débiteur offre une partie de la dette divisible, le créancier, à moins de clause particulière qui permette le paiement partiel, n'est pas en principe obligé de recevoir cette partie; d'où il suit que le débiteur reste obligé pour le tout; si le créancier persiste à exiger le tout, c'est inutilement que le débiteur consignerait une partie, son obligation n'en subsisterait pas moins en entier. De là tous les effets de la demeure contre lui. Ainsi :

1° Si nous supposons une dette de dix mille sesterces productive d'intérêts, et que le débiteur offre et consigne cinq mille, les intérêts ne continueront pas moins de courir pour les dix mille (Modestin l. 41 § 1 *De usuris*, lib. 3 *Responsorum*);

2° Si nous supposons une dette de dix mille sesterces, garantie par un gage ou une hypothèque sur deux fonds, et que le débiteur offre et consigne cinq mille sesterces, les deux fonds n'en testeront pas moins affectés en entier pour les dix mille. Il est

vrai que c'est là plutôt un effet de l'indivisibilité du gage et de l'hypothèque, qu'un effet de l'indivision de l'obligation divisible entre un seul créancier et un seul débiteur (Ulpien l. 19 *De pignoribus*... 20, 1, lib. 21 *Ad edictum*; Papinien l. 65 *De evictionibus* 21, 2, lib. 7 *Questionum*);

3° Si nous supposons un débiteur tenu, en vertu d'une obligation de bonne foi, de livrer deux esclaves déterminés, par exemple, un vendeur tenu de livrer Stichus et Pamphile, et que ce vendeur offre et consigne Stichus, il ne sera pas moins en demeure pour Stichus et Pamphile, et, si Stichus périt par cas fortuit, par un événement qui ne serait pas inévitablement arrivé n'importe où se serait trouvé Stichus, par un coup de foudre qui détruit l'endroit où était déposé Stichus, il en devra des dommages-intérêts (*quod interest*).

Il en est ainsi évidemment s'il n'y a aucune contestation sur l'existence de la totalité de la dette entre le créancier et le débiteur, et que le débiteur n'offre et ne consigne une partie que parce qu'il ne veut ou ne peut payer pour le moment le tout.

Que s'il y a contestation sur l'intégralité de la dette, si le créancier prétend dix mille tandis que le débiteur ne se reconnaît obligé que pour cinq mille, alors, si les deux parties sont *in jure*, le prêteur permettra au débiteur d'offrir les cinq mille et donnera pour le restant seulement action au prétendu créancier. Le prêteur, en agissant ainsi, ne fait que tenir compte de l'équité qui entre dans son *officium*. Il est en effet de son *officium* de diminuer les procès, soit quant à leur quotité, soit quant à leur montant (Julien l. 21 *De rebus creditis*, 12, 1, lib. 48 *Digestorum*)¹. Si le prêteur a donné action pour les dix mille et que

1. Il y avait même des jurisconsultes antérieurs à Julien qui n'accordaient point au prêteur le pouvoir d'autoriser les offres partielles, même quand le débiteur ne reconnaissait qu'une partie de la dette (*quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret, cogendum ad quinque accipere, et reliqua persequi : neque eum qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi*); ils prétendaient que le prêteur devait accorder au créancier action pour le tout, sans le forcer à accepter la partie offerte. Mais, au moins au temps de Julien, un tempérament avait été admis par

devant le juge le défendeur offre cinq mille, le juge ne pourra pas forcer le demandeur à recevoir ces cinq mille, car le juge est lié par la formule du prêteur, qu'il ne peut pas scinder. Il en est de même si c'est *extra judicium* que celui à qui on demande dix mille offre de payer cinq mille, prétendant n'en devoir pas davantage; il ne serait pas libéré pour ces cinq mille, il devra se laisser conduire devant le prêteur et faire là ses offres. Mais remarquons bien que même le prêteur n'aurait pas le pouvoir d'autoriser les offres partielles, si le défendeur reconnaissait devoir dix mille et alléguait une autre raison pour ne payer que cinq mille, par exemple son impossibilité de payer maintenant le tout, car le prêteur n'a ce pouvoir que dans le but de diminuer les procès : or, il n'y a plus de procès, de contestation, du moment que le défendeur reconnaît devoir la somme entière; le prêteur, appliquant le principe : *confessus in jure pro judicato habetur*, rendra contre le défendeur un décret d'exécution pour la somme entière.

Par exception, les possesseurs de fonds emphytéotiques et par suite de l'interprétation des prudents; la tournure *sed in utraque causa humanius facturus videtur prætor* fait présumer que c'est aux prudents qu'on le doit. Ce tempérament, c'est que, lorsque le défendeur ne reconnaissait devoir que la partie qu'il offrait, le prêteur, par esprit d'humanité (*humanius*, ἐπιεικῶς, comme disent les Basiliques), en vertu de son office, qui consistait à diminuer les procès, soit quant à leur quotité, soit quant à leur montant (*cum ad officium ejus pertineat, lites diminuere*), devait forcer le créancier à recevoir la partie offerte et ne lui donner action que pour le surplus. On ne peut pas dire, pour concilier la loi 41, § 1, *De usuris*, avec la loi 21, *De rebus creditis*, que la loi 41, § 1, *De usuris*, exprime la vieille doctrine des *quidam* rapportée par le commencement de la loi 21, *De rebus creditis*, tandis que du temps de Julien c'était la doctrine plus humaine, exposée à la fin de la loi 21, *De rebus creditis*, qui était suivie, et que ce fut là la doctrine florissante des temps classiques, et même la dernière et la vraie doctrine romaine sur ce point. En effet, Julien, l'auteur de la loi 21, *De rebus creditis*, est antérieur à Modestin, l'auteur de la loi 41, § 1, *De usuris*. Julien vivait sous Adrien, tandis que Modestin vivait sous Antonin Caracalla, à un siècle de distance. Donc la loi 41, § 1, *De usuris*, loin d'exprimer une doctrine antérieure à celle qui avait prévalu du temps de Julien, ne peut exprimer qu'une doctrine sinon postérieure, du moins de la même époque que celle de la loi 21, *in fine*, *De rebus creditis*.

trimoniaux pouvaient payer leur *pensio* (redevance) par parties, pourvu que ces parties ne dépassassent pas le nombre de trois. C'est ce que décide la loi 4 C., *De collatione fundorum patrimonialium et emphyteuticariorum* (11, 64). Les empereurs Valentinien et Valens disent : « Placuit, ut emphyteuticorum fundorum « patrimonialiumque possessores, quo voluerint tempore, et quantum habuerint pensionis paratum, dummodo non in amplius « quam tribus per singulos annos vicibus officio rationalis adsignent... — On a admis que les possesseurs de fonds emphytéotiques et patrimoniaux apportent au bureau du receveur leur redevance à l'époque où ils voudront, et la quotité dont ils pourront disposer, pourvu qu'ils ne payent pas leur redevance annuelle en plus de trois termes... » C'est là une exception établie dans le but de faciliter le recouvrement des droits du fisc et d'alléger les colons et possesseurs de ces fonds.

Voilà comment nous concilions la loi 41 § 1 *De usuris*, qui contient le principe général, avec la loi 31 *De rebus creditis* et la loi 4 C., *De collatione fundorum patrimonialium*... Nous suivons en cela l'opinion de Scipio Gentilis (*De dividuis et individuis obligationibus. Chap. IV, T. I, pages 97-100 de l'édit. in-4° de Naples, de 1763*), et celle de notre savant maître M. Pellat, professée à sa conférence de doctorat de 1859.

Parmi les opinions des autres interprètes du droit romain, c'est celle de Cujas qui se rapproche le plus de la nôtre (Com. in lib. 48, Dig. S. Jul., ad l. 21, *De reb. cred.*). Elle consiste à dire : Toutes les fois que les offres et consignations d'une partie de l'objet de l'obligation divisible auront lieu *extra judicium* ou *in judicio*, ces offres ne seront pas valables, et le débiteur continuera à devoir le tout. Au contraire, toutes les fois que les offres et consignation d'une partie auront lieu *in jure*, le prêteur pourra les déclarer valables, et le débiteur sera alors libéré de cette partie. Mais Cujas n'exige pas comme condition que le défendeur conteste le montant exigé par le demandeur et ne se reconnaisse débiteur que de la partie qu'il offre. Il semble donc que, même quand le défendeur reconnaît devoir toute la

somme exigée par le demandeur, le prêteur pourrait déclarer valables les offres partielles et ne délivrer action que pour le surplus. Or, c'est ce qui ne nous paraît pas exact. En effet, le motif que donne Julien, l. 21 *De reb. cred.*, pour accorder ce pouvoir au prêteur, c'est que l'office du prêteur consiste à *diminuere lites*; il faut donc qu'il diminue le procès pour qu'il puisse déclarer valables les offres partielles. Or, qui dit procès, dit contestation. Il n'y a pas de contestation quand le défendeur reconnaît devoir le montant intégral de la somme réclamée et se refuse de la payer en entier pour d'autres motifs.

Une troisième opinion est enseignée par M. de Savigny (*Obligationenrecht, Gegenstand, theilbare, untheilbare Leistungen*, § 31, T. I de la traduction de MM. Gérardin et Joson, p. 353). D'après ce savant romaniste le débiteur pourrait toujours payer au créancier, contre son gré, une partie de la dette (l. 21 *De rebus cred.*), mais les intérêts courront pour le tout (l. 41, § 1, *De usuris*), le gage sera affecté en entier et pour toute la somme (l. 19 *De pign.*, l. 65 *De evict.*). Avec ces deux tempéraments, suivant M. de Savigny, le créancier ne souffre pas du paiement partiel, et tout ce qu'il faut, c'est qu'il n'éprouve aucun préjudice, qu'on le satisfasse entièrement, qu'on ne puisse pas dire : *non satisfit stipulationi*. De sorte que cette opinion ne laisserait en dehors que le troisième effet que nous avons mentionné en développant la nôtre : à savoir, qu'en supposant le débiteur constitué *in mora* de donner Stichus et Pamphile, s'il n'offre et consigne que Stichus, et que Stichus vienne à mourir par suite d'un événement fortuit qui ne serait pas arrivé inévitablement n'importe où se serait trouvé l'esclave, les risques seront pour lui débiteur et il en devra des dommages-intérêts. Voilà comment nous avons compris l'opinion de M. de Savigny en l'analysant dans toutes ses conséquences. Ce troisième avantage que nous reconnaissons au créancier suffit pour lui faire préférer notre opinion, et il est en droit d'exiger cet avantage, car il a stipulé le tout, et on ne satisferait pas à la stipulation s'il ne pouvait obtenir le tout en une seule fois. La loi 41, § 1 *De usuris* le

prouve elle-même. Cette loi n'a pas seulement pour but de traiter la question des intérêts, elle laisse apercevoir, par une phrase incidente, le droit du créancier de recevoir le tout en une fois avec toutes ses conséquences. *Cum paratus esset totum suscipere*, dit cette loi : il s'attendait à recevoir le tout, et c'est à bon droit qu'il s'y attendait. Il est, en effet, évident qu'un jurisconsulte, dans une décision qu'il donne, doit parler d'une attente fondée et non d'une attente illusoire ; on doit surtout supposer cela dans la bouche d'un des jurisconsultes romains, qui s'expriment habituellement d'une manière parfaitement exacte : or, si Juliën avait voulu parler d'une simple prétention non fondée du demandeur, il se serait exprimé tout autrement. Ce qui ébranle surtout l'opinion de M. de Savigny, c'est qu'il fonde sa règle de droit commun sur la loi 21 *De rebus creditis*. Or, cette loi ne parle que du prêteur comme ayant le pouvoir de forcer le créancier à recevoir une partie (*sed in utraque causa humanius facturum videtur prætor si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur*) ; donc le juge n'aurait pas ce pouvoir, le débiteur *extra judicium* ne l'aurait pas non plus ; tandis que, si c'était là la règle du droit commun, elle devrait être générale, les offres devraient être valables, qu'elles fussent faites *extra judicium*, *in jure* ou *in judicio*. Ensuite cette loi n'autorise le prêteur à forcer le créancier à recevoir la partie offerte que parce qu'il est de son devoir de diminuer les procès. Or, comme nous l'avons déjà dit, en réfutant l'opinion de Cujas, il n'y a de procès que lorsqu'il y a contestation, et il n'y a contestation que lorsque le débiteur ne reconnaît pas devoir tout ce qu'exige le créancier.

Nous pouvons invoquer encore en faveur de notre opinion la loi 3 D., *Familiæ herciscundæ* (10, 2), la loi 99 D., *De solutionibus...* (46, 3) et le *principium* du titre : *Quibus modis tollitur obligatio* des Institutes de Justinien. Les deux premiers textes se préoccupent toujours de l'idée que le créancier ne doit souffrir aucun dommage. Or, comme dit Gaius, l. 3 *Familiæ herciscundæ*, le paiement partiel a souvent de très-grands inconvénients : *sæpe et solutio et exactio partium non minima incommoda ha-*

bet. La loi 99 *De solut.*... veut que le créancier ne souffre aucun dommage : « Creditorem (sic, Vulg. conf. aux Bas., *δανειστήν*. — « Debitorem, Flor.) non esse cogendum, dit Paul dans cette loi, « in aliam formam nummos accipere si ex ea re damnum aliquod « passurus sit. » Si le créancier ne peut pas être forcé de recevoir malgré lui le paiement dans une autre espèce de monnaie, si cela lui cause du préjudice, a fortiori ne doit-il pas pouvoir être contraint d'accepter un paiement partiel, car cela peut le léser bien plus. Le *principium* du même titre aux Institutes prouve encore la justesse de notre opinion : « Tollitur autem omnis « obligatio solutione ejus quod debetur, vel si quis consentiente « creditore aliud pro alio solverit. » L'obligation ne s'éteint, dit ce texte, que par le paiement de *ce qui est dû*. Or, ce qui est dû, c'est ce qui a été promis ; le débiteur a promis le tout ; donc il ne se libérera qu'en payant le tout. Ou bien, dit encore le même texte, l'obligation s'éteint également si, à la place de ce qui est dû, le débiteur paye autre chose, mais du consentement du créancier. Or, s'il faut le consentement du créancier pour que le paiement d'une chose autre que celle qui est due libère le débiteur, par la même raison le consentement du créancier doit aussi être nécessaire pour que le paiement d'une partie libère le débiteur pour cette partie ; car ici encore ce n'est pas *id quod debetur* qui est payé, puisque ce qui est dû c'est le tout payable en une seule fois. Enfin l'argument le plus direct, le plus certain en faveur de notre opinion peut être tiré de la loi 9, C., *De solut.*, où les empereurs Dioclétien et Maximien disent : « Obsignatione totius debitorum pecuniæ solemniter facta liberationem contingere manifestum « est. » *Totius*, disent les Empereurs. La condition donc, pour que les offres et consignation produisent libération, c'est que le débiteur offre *toute* la somme due, l'objet entier de l'obligation. Donc, s'il offre une partie au créancier qui ne l'accepte pas, il n'est pas libéré (Doneau, *Com. De jure civili*, lib. XVI, cap. 11).

On oppose à notre opinion la loi 4, C., *De collat. fundorum*... Mais cette loi ne contient qu'une exception au profit des possesseurs de fonds emphytéotiques et patrimoniaux, dans le but de

faciliter au fisc la perception des redevances qui lui sont dues par eux, en allégeant le mode de libération de ces derniers. Cette exception s'explique d'autant mieux qu'elle a été établie à une époque où le fisc commençait déjà à éprouver des difficultés dans la perception de ses revenus¹. La preuve que c'est là une exception, c'est que si c'était le droit commun, cela n'aurait pas eu besoin d'être décidé spécialement pour ces possesseurs de fonds emphytéotiques et patrimoniaux. En effet, les empereurs n'avaient pas l'habitude de faire des constitutions inutiles, comme cela arrive parfois aujourd'hui (Doneau, *ad legem* 21 *De rebus creditis*; Merenda, *Controversiarum juris* lib. I, cap. 32, n° 15).

On oppose encore à notre opinion la loi 2, § 1 *h. t.*, où Paul dit : « *Quædam partium præstationem recipiunt veluti cum decem « dari stipulemur...* » Paul s'exprime d'une manière générale, dit-on ; dès lors, sa décision doit s'appliquer au cas d'un seul créancier et d'un seul débiteur, lorsque le créancier refuse les offres partielles, comme il est certain qu'elle s'applique au même cas lorsque le créancier consent au paiement partiel, et au cas de plusieurs créanciers et de plusieurs débiteurs entre lesquels la division a lieu de plein droit. Nous répondons avec Scipio Gentilis², que Paul, dans cette loi, s'occupe de la susceptibilité ou de l'insusceptibilité de division de l'obligation et de l'effet qu'entraîne le paiement dans chacune de ces obligations, mais qu'il ne s'occupe nullement de la question de savoir si, en supposant l'obligation complètement susceptible de division, le débiteur unique peut forcer le créancier unique à recevoir un paiement partiel ; que cette question est résolue négativement par d'autres textes déjà cités par nous, à savoir la loi 13 D., *Fam. hercisc.*, la loi 99 *De solutionibus*, le *principium* du titre *Quibus modis tollitur obligatio*, aux Institutes, et notamment par la loi 9, C., *De solutionibus*.

On oppose enfin à notre opinion la loi 2, § 2, *h. t.*, qui dit :

1. En effet cette constitution est des empereurs Valens et Valentinien, qui régnaient ensemble en l'an 368 de J. C.

2. *Op. cit.*, cap. IV, t. I, p. 93.

Non..... ex persona heredum conditio obligationis immutatur..... Or, dit-on, la condition de l'obligation changerait dans la personne des héritiers, si le débiteur originaire était obligé de payer le tout, tandis qu'il est constant que l'un des héritiers se libère en payant une partie. Si donc l'un des héritiers s'acquitte en payant une partie, pour que la condition de l'obligation soit la même dans la personne des héritiers que dans celle du défunt, débiteur originaire unique, il faut que ce débiteur originaire unique puisse aussi s'acquitter en payant par parties. Nous répondons, avec Doneau¹ et Scipio Gentilis², que ceux qui invoquent les mots de la loi 2, § 2 : *Non... ex persona heredum conditio obligationis immutatur*, n'en ont pas bien compris le sens. En effet, si le débiteur unique ne s'acquitte pas en payant une partie, c'est qu'il doit le tout ; tandis que si l'un des héritiers s'acquitte en payant une partie, c'est qu'il ne doit qu'une partie. La condition de l'obligation est donc la même dans la personne des héritiers que dans la personne du défunt. La condition de l'obligation serait, au contraire, différente dans la personne de l'auteur, de ce qu'elle est dans celle de ses héritiers, si l'auteur, qui doit le tout, pouvait s'acquitter en payant une partie de la même manière dont l'un de ses héritiers, qui ne doit qu'une partie, s'acquitte en payant cette partie en entier. En effet, il faut remarquer que le défunt n'est pas représenté pour le tout par un seul de ses héritiers pris isolément, mais bien par l'ensemble de ses héritiers. Donc, c'est l'ensemble des héritiers qui doit être comparé au défunt et non un héritier seul, qui n'est, au point de vue juridique, qu'une fraction du défunt. Or, les héritiers payeront à eux tous la totalité, de même que le défunt, à qui ils n'équivalent que réunis, doit payer la totalité. Aussi la loi 2, § 2, ne dit pas : *Non... ex persona HEREDIS*, mais *HEREDUM conditio obligationis immutatur*.

Qu'on ne nous objecte pas que par la compensation la créance la plus forte s'éteint partiellement jusqu'à concurrence de la dette

1. *Com. ad legem 2, § 2, De v. obl. n^{os} 2-3.*

2. *Op. cit.*, chap. iv, t. i, p. 99.

la plus faible ; que, par conséquent, le créancier dont la créance est la plus forte est forcément payé par là pour partie¹. Nous ne répondrons pas à cette objection avec M. Molitor², suivi en ce point textuellement par M. Caresme³, que le créancier de la dette la plus forte n'est pas en ce cas payé forcément par la compensation, « car la dette avec laquelle le créancier est obligé de compenser suppose un fait volontaire et libre de sa part ; de sorte qu'il est toujours vrai de dire qu'aucun débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir, *malgré lui*, un paiement partiel. » Toute dette ne suppose pas un fait volontaire et libre de la part du débiteur. Si cela a lieu en principe, il y a des exceptions. Supposons, en effet, que le créancier de la somme la plus forte, de dix mille sesterces, par exemple, s'absente, et que son débiteur, pendant son absence, gère ses affaires et dépense utilement pour cette gestion cinq mille sesterces ; lorsque le créancier des dix mille lui demandera le montant intégral de sa créance antérieure au fait de la gestion, et que son débiteur lui opposera en compensation les cinq mille sesterces de dépenses, peut-on dire que, s'il est par là indirectement payé pour partie, c'est par un fait volontaire de sa part ? Non, ce n'est pas lui qui a voulu, ni expressément, ni tacitement, que son débiteur gérât ses affaires et fit des dépenses à cette occasion. Supposons encore que je suis votre créancier de dix mille sesterces ; une personne qui était venue me voir laisse, par mégarde, tomber par la fenêtre de mon appartement un objet quelconque précisément au moment où vous passiez ; cet objet vous abîme les habits ; lorsque je vous demanderai les dix mille sesterces, vous m'opposerez en compensation le double du montant du dommage, qui équivalait, sup-

1. En effet, les intérêts cessent de courir à partir du moment où les deux obligations ont commencé à coexister ; donc, à partir de ce moment les intérêts ne sont dus que pour le reliquat, tandis que nous avons vu, loi 41, § 1, *De usuris*, qu'en principe le créancier ne pouvant être forcé à accepter un paiement partiel, les intérêts continuent de courir pour le tout, malgré les offres et consignation d'une partie de la dette.

2. *Les obligations en droit romain*, t. I, n° 238, *in fine*.

3. Thèse pour le doctorat, n° 25, p. 16.

posons-le, à cinq mille sesterces, par la raison qu'en vertu de l'édit du prêteur je suis responsable de tout dommage causé par la chute d'un objet de l'appartement que j'habite¹; on ne peut pas dire, en ce cas non plus, que c'est volontairement et librement que je suis tenu de ces cinq mille et que, par conséquent, j'ai été payé pour partie par suite d'un fait volontaire de ma part; on peut, il est vrai, me reprocher d'avoir reçu une personne négligente, m'opposer que j'étais tenu de veiller à ce que les personnes qui viennent chez moi soient attentives, mais enfin ce n'est pas là ce qu'on peut appeler un fait volontaire et libre de la part de celui qui devient ainsi débiteur. Non, la vérité est que le cas de compensation fait exception à la règle que le créancier ne peut être forcé de recevoir un paiement partiel, exception qui est motivée par des principes d'ordre public et d'utilité sociale, comme viennent de le prouver suffisamment le cas du *dominus negotiorum gestorum*, et celui du locataire de l'appartement d'où tombe l'objet, cause du dommage. Mais de ce qu'il y a là une exception, il ne s'ensuit pas que la règle n'existe pas : l'exception, bien au contraire, ne fait que confirmer la règle.

Si, dans le cas où il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, la question de savoir si l'obligation est divisible ou indivisible ne présente pas d'intérêt, cette question en présente, au contraire, dans le cas où, à l'origine, il existe plusieurs créanciers ou débiteurs, et aussi dans celui de décès du créancier ou du débiteur unique, laissant plusieurs héritiers. Le cas de plusieurs créanciers ou débiteurs peut résulter soit d'une stipulation, soit d'un contrat consensuel (spécialement vente ou location); soit d'un testament dans lequel le défunt imposerait un legs à plusieurs individus ou les en gratifierait.

Plusieurs créanciers pourraient enfin prendre naissance par suite d'une stipulation faite par un esclave appartenant à plusieurs individus. Ce mode ne peut servir à la création de plusieurs débiteurs originaires : en effet, l'esclave commun peut bien ac-

1. Ulp., l. 1. *De his qui effuderint vel dejecerint* (9, 3.)

quérir à ses maîtres des créances, mais ne peut les grever de dettes.

Dans le cas de plusieurs créanciers ou débiteurs originaires, la créance ou la dette se divise de plein droit entre eux, et, en général (sauf disposition contraire), par parties viriles, si l'objet en est divisible. C'est là le principe de droit commun. Il est proclamé, en termes formels pour le cas où plusieurs personnes stipulent ou promettent conjointement une somme d'argent, par la loi 11 §§ 1 et 2. D., *De duobus reis constituendis* (45, 2), dans laquelle Papinien s'exprime ainsi : « Cum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatos, neque adjectum, ita ut duo rei stipulandi essent : virilem partem singuli stipulati videbantur. — Et e contrario, cum ita cautum inveniretur, tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus : spondeimus ego Antoninus Achilleus, et Cornelius Divus : partes viriles deberi : quia non fuerat adjectum singulos in solidum spondisse, ita ut duo rei promittendi fierent. — Un écrit portait : *Un tel et un tel ont stipulé cent sous d'or*, et ne contenait pas en outre la mention, *de manière à ce qu'ils fussent* DUO REI STIPULANDI : chacun devait être considéré comme ayant stipulé une part virile. — En sens inverse, un écrit était conçu en ces termes : *Julius Carpus a régulièrement stipulé tant de sous d'or ; moi, Antoninus Achilleus, et Cornelius Divus nous avons répondu à cette stipulation*. Chacun doit une part virile ; car on n'avait pas ajouté que les deux promettants s'étaient obligés chacun *in solidum*, de manière à se constituer DUO REI PROMITTENDI. » Ce n'est donc que par exception, en cas de manifestation de volonté contraire expresse, que plusieurs créanciers ou débiteurs d'une somme d'argent, ou, plus généralement, d'un objet divisible, ont droit ou sont obligés à la totalité. C'est cette exception qui constitue l'obligation *corréale* ou *simplement solidaire*.

Si, au contraire, plusieurs créanciers ou débiteurs originaires sont titulaires d'une créance ou tenus d'une obligation indivisible, ils ont droit ou sont obligés, chacun d'eux au tout, par la

simple nature de cette créance ou obligation, sans qu'il soit besoin d'une manifestation de volonté expresse de leur part. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas de stipulation d'une servitude prédiiale (l. 19 D., *De servitutibus prædiorum rusticorum*, 8, 3).

Enfin, lorsque le créancier ou le débiteur, unique à l'origine, est mort en laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette se divise, si l'objet en est susceptible de parties, de plein droit entre eux, en vertu de la loi des Douze Tables, proportionnellement à leurs parts héréditaires. Voici le texte même de la disposition des Douze Tables qui forme la loi 2 de la Table V : « *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunt.* » Ce principe se trouve énoncé dans plusieurs lois du Digeste et du Code, notamment dans la loi 1 C., *Si unus ex pluribus....* (8, 32) et dans la loi 25 § 9 D., *Familiæ herciscundæ* (10,2).

Si, au contraire, la créance ou la dette est indivisible, chacun des héritiers du créancier ou du débiteur a droit ou est tenu au tout (l. 2 § 2 D., *h. t.*).

Parmi les obligations, il y en a qui consistent *in dando*, il y en a, au contraire, qui consistent *in faciendo*. C'est ce que dit Paul l. 2 *princ. h. t.* pour le cas particulier des stipulations : « *Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt.* » Mais cette division est plus large, elle embrasse non-seulement les stipulations, mais toutes les obligations. C'est ce qui résulte de la loi 4 *princ. De obligationibus et actionibus* (44,7) où le même Paul s'exprime ainsi : « *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* »

Dare signifie transférer la propriété ou l'un de ses démembrements. Ainsi l'*obligatio servitutis* est une *obligatio dandi*, comme nous le démontrerons en son lieu et place (l. 19 D., *De servit. præd. rustic.*, 8, 3). Il en est de même de l'*obligatio ususfructus* (*Fragm. vatic.*, § 47), *usus* (l. 12, § 1, D., *De usu et habitatione*, 7, 8), et *juris habitationis*.

Facere signifie tout ce qui n'est pas compris dans le mot *dare*. Lato sensu *facere* comprend aussi *dare*; la translation de propriété, par exemple, est en définitive aussi un fait : « Verbum « facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, « solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi. » (Papinien, l. 218, *De Verborum significatione*, 50, 16.) Mais, dans son sens spécial, propre, le mot *facere* contient tout fait autre que celui de transférer un droit réel. Dans la loi 2 *princ. h. t.*, le *facere* comprend aussi le *præstare*, qui est mentionné à part par la loi 3 *De oblig. et actionibus*. Le sens de ce dernier mot est assez difficile à limiter. Il signifie ordinairement garantir. C'est ainsi qu'on dit : *Bonam fidem præstare*, garantir sa bonne foi, l'absence de dol; *rem præstare*, qui est synonyme de *vacuam possessionem tradere*, et qui signifie livrer une chose et en garantir la paisible possession, ce à quoi est obligé le vendeur, etc. Le mot *facere* contient également le *non facere*. En effet, ne pas agir, ne pas empêcher autrui de faire, ne pas commettre de dol, et, en général, ne pas faire, c'est faire; car, dans tous ces cas, et autres semblables, celui qui ne fait pas se commande à lui-même et se contient de faire¹. Comme le dit très-bien Paul : « Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est². » Par conséquent, dans les obligations *quæ in faciendo consistunt* dont parle la loi 2 *princ. h. t.*, sont comprises aussi les obligations *quæ in non faciendo consistunt*. Justinien, *Institutes*, livre III, tit. xv, § 7, donne la même division que Paul, en se servant d'autres expressions. Il énumère les objets qui peuvent entrer dans les stipulations, et dit que ça peut être non-seulement des *res* (choses corporelles et incorporelles, propriété et démembrements de propriété), mais aussi des *facta*;

1. Doneau, *Comm. ad leg. 2 princ., De verb. oblig.*, n° 6, *in fine*.

2. L. 121, *De regulis juris...* (50, 17) : « Celui qui ne fait pas ce qu'il doit faire, est censé agir contrairement à ce qui a été convenu, parce qu'il ne fait pas ce dont on est convenu. Et celui qui fait ce qu'il ne doit pas faire, est censé ne pas faire ce qu'on lui a ordonné de faire. »

puis, commentant ce dernier mot, il nous fournit un dernier argument en faveur de la portée que nous avons donnée au mot *facere*. Il dit, en effet, que déduire des *facta* dans une obligation, c'est, par exemple, stipuler qu'on fera quelque chose ou qu'on ne fera pas : « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. »

Paul, l. 2, § 1, *h. t.*, divise les obligations en trois catégories. Après avoir dit dans le *principium* que les obligations consistent soit *in dando*, soit *in faciendo*, il s'exprime en ces termes dans le § 1 : « Et harum omnium quædam partium præstatio-
« nem recipiunt : veluti cum decem dari stipulamur ; quædam
« non recipiunt, ut in his quæ natura divisionem non admittunt :
« veluti cum *viam, actum, iter* stipulamur ; quædam, partis qui-
« dem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur stipula-
« tioni satis non fit, veluti cum *hominem* generaliter stipulor, aut
« *lancem*, aut *quodlibet vas*... — Parmi toutes ces stipulations, il y en a quelques-unes qui sont susceptibles de prestation de parties, comme quand nous stipulons qu'on nous donnera dix ; il y en a d'autres qui n'en sont pas susceptibles : telles sont celles qui, de leur nature, n'admettent pas de division, comme quand nous stipulons une *via*, un *actus* ou un *iter* ; il y en a enfin d'autres qui sont, de leur nature, susceptibles de dation d'une partie, mais dans lesquelles, si le tout n'est pas donné en une seule fois, on ne satisfait pas à la stipulation, comme quand je stipule un *esclave* d'une manière indéterminée, ou un *plat*, ou *tout autre vase*. » Il faut remarquer que Paul comprend dans sa division toutes les stipulations dont il vient de parler dans le *principium*, tant celles qui consistent *in dando* que celles qui consistent *in faciendo*. Les unes et les autres, il les divise en trois catégories : 1° celles qui ont pour objet des choses ou des faits qui, de leur nature, sont susceptibles de parties ; telles sont les stipulations de sommes, dont la nature est telle, qu'elle ne répugne pas à ce qu'elles soient payées par parties ; 2° celles qui ont pour objet des choses ou des faits qui, de leur nature, ne sont pas susceptibles de parties, par

64200
exemple, quand je stipule une servitude de passage; la nature de cette servitude ne permet pas qu'on passe pour partie : il faut passer pour le tout, ou ne pas passer du tout; 3° celles qui ont pour objet des choses dont la nature ne s'oppose pas à ce qu'elles soient divisées en parties, mais qui ne sauraient être fournies par parties sans que le promettant ou ses héritiers manquassent à l'esprit de la stipulation; c'est ce qui arrive quand on stipule un genre, par exemple, un esclave indéterminé : un esclave est de sa nature susceptible de parties (intellectuelles, indivises, bien entendu); plusieurs individus peuvent être copropriétaires pour parties indivises d'un esclave; mais celui qui a promis un esclave déterminé ne saurait payer une partie d'un esclave, transférer au stipulant la propriété de la moitié, par exemple, sans porter atteinte au droit de celui-ci. Si le promettant pouvait s'acquitter par parties, il pourrait payer chaque fois une partie d'un esclave différent, et le stipulant se trouverait ainsi avoir des parties de différents esclaves, tandis qu'il a stipulé un seul et même esclave. On voit par là que Paul, dans la loi 2, § 1, *h. t.*, prend le fonds des choses pour point de départ de sa division : les obligations sont divisibles ou indivisibles, suivant leur nature ou leur esprit; elles sont divisibles lorsque la nature de leurs objets permet leur division, et lorsque l'acquiescement par parties ne porte aucune atteinte à l'esprit dans lequel elles ont été conçues, au droit du créancier, ne peut jamais aboutir à lui faire avoir autre chose que ce qu'il a stipulé; elles sont indivisibles lorsque l'une ou l'autre de ces conditions manque.

Le même jurisconsulte, Paul, donne, dans la loi 85, *principio*, une autre division en quatre catégories. Il dit : « *In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse; nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possimus; aliud quod totum peti necesse est, nec divisum præstari potest; aliud, quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest; aliud quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat sectionem.* — Il faut savoir que, dans l'exécution d'une obligation, il peut se présenter quatre cas : en effet, quelquefois

l'objet de l'obligation est tel, qu'on peut en demander une partie à chaque héritier; d'autres fois, au contraire, il est tel qu'il doit être demandé en entier et qu'il ne peut être payé par parties; d'autres fois, enfin, il doit être demandé en entier, bien qu'il puisse être payé par parties. » Il faut tout d'abord observer que Paul, dans cette nouvelle division, comprend non-seulement les stipulations, comme il le fait dans celle de la loi 2, § 1, mais toutes les obligations. Il dit, en effet, *in executione obligationis*, et dans le § 1 il parle d'une obligation imposée par testament. Par le mot *executio*, Paul entend la *petitio* et la *solutio*, la demande en justice et le payement, en un mot ce que les Grecs appellent *Ἐκτέτασιν*¹. Paul prend donc ici pour base de sa division l'exécution de l'obligation, le résultat définitif qu'elle produira, ce que le créancier pourra demander à chacun des héritiers du débiteur ou à chacun des débiteurs originaires, et ce qu'il en obtiendra en définitive. Et alors il divise les obligations en quatre catégories : 1° celles dans lesquelles le créancier ne pourra demander qu'une partie de l'objet dû à l'un des débiteurs, et celui-ci se libérera en lui en payant une partie. Telle est la stipulation d'une somme d'argent : le stipulant ne pourra demander à chaque héritier du débiteur qu'une part proportionnelle à sa part dans l'hérédité, et l'héritier se libérera en lui payant cette part (§ 1); 2° celles dans lesquelles le créancier devra demander l'objet dû en entier à chacun des débiteurs, et où chaque débiteur ne se libérera que par une prestation intégrale. Telle est l'obligation de faire un *opus* (un ouvrage achevé), qu'un testateur a imposé à plusieurs héritiers. Le légataire de cet ouvrage devra demander à chaque héritier d'exécuter l'ouvrage en entier, et chaque héritier ne se libérera qu'en l'exécutant de la sorte; 3° celles dans lesquelles le créancier ne peut demander qu'une partie de l'objet dû à l'un des débiteurs, mais où l'un des débiteurs ne pourrait se libérer définitivement qu'en payant l'objet en entier. Telle, est par exemple, la stipulation d'un esclave *in genere* : le stipulant ne

1. Cujas, *Comment. ad leg. 85, De verb. obligationibus.*

peut demander à chacun des héritiers du débiteur qu'une partie d'un esclave, mais l'héritier ne se libérera définitivement qu'en payant un esclave entier; car s'il pouvait se libérer en payant une partie d'un esclave quelconque, par exemple, de Stichus, l'autre héritier, qui ne doit, lui aussi, qu'une partie d'un esclave à son choix, pourrait lui payer une partie de Pamphile, et ainsi le créancier n'obtiendrait pas ce qu'il a stipulé : il a stipulé un esclave entier, et on lui payerait des parties de différents esclaves (§ 4); 4° enfin, les obligations dans lesquelles le créancier doit demander le tout à chacun des débiteurs, mais où le débiteur se libère en payant une partie. Paul, loi 85, § 5, cite, comme rentrant dans cette catégorie, le cas où l'on agit *ex causa evictionis*. C'est ici surtout qu'apparaît le point de vue de cette nouvelle division de Paul d'une manière saillante. La vente doit être défendue *in solidum*, car sa nature est indivise (Venulejus, loi 139, *h. t.*); d'où Venulejus (*ead. leg.*) et Paul (l. 85, § 5) concluent que l'acheteur a le droit de sommer tous les héritiers du vendeur, et chacun d'eux *in solidum* (*auctoris heredes IN SOLIDUM DENUNCIANDI sunt*, dit Paul; *venditoris heredes IN SOLIDUM OMNES CONVENIENDI sunt*, dit Venulejus); que ceux-ci doivent tous venir le défendre pour le tout; que si un seul fait défaut et que, par suite, l'acheteur soit évincé, la *stipulatio duplæ* est commise en entier, c'est-à-dire contre tous, contre ceux qui sont venus défendre, comme contre celui qui a fait défaut; seulement, comme l'objet de cette stipulation est une peine, et que la peine consiste dans une somme d'argent, chose parfaitement divisible, chacun se libérera en payant une part de la peine proportionnelle à sa part dans l'hérédité. C'est le droit de l'acheteur de sommer tous les héritiers du vendeur à venir le défendre pour le tout qu'envisage Paul, dans la loi 85, § 5, pour dire que, dans la *stipulatio duplæ*, le créancier doit agir *in solidum*. C'est au contraire le résultat définitif, à savoir que chaque héritier du vendeur se libérera en payant une partie de la peine, qu'il envisage pour dire que dans cette stipulation le paiement d'une partie opère libération.

Ainsi, la division en trois catégories que donne Paul, dans la loi 2, § 1, est fondée sur la nature et l'esprit de la stipulation; au contraire, la division en quatre catégories qu'il donne, dans la loi 85, est fondée sur la manière dont doit être intentée l'action, et sur le résultat définitif de l'obligation. C'est cette dernière division qu'a adoptée Pothier dans ses *Pandectes*. Nous suivrons, au contraire, la première, parce qu'elle nous paraît plus scientifique. D'ailleurs, si on analysait plus intimement la quatrième catégorie de la dernière division, on verrait qu'elle est inutile. En effet, Paul cite comme entrant dans cette catégorie la *stipulatio duplæ*. Or, si on analysait bien ce qui se passe à propos de la *stipulatio duplæ*, on se convaincrait que ce n'est pas cette stipulation qui est indivisible quant à sa *petitio*, mais bien la *sommatio à l'effet de venir défendre* et cette *défense elle-même* qui ont lieu lors du procès en revendication, intenté par un tiers contre l'acheteur ou par ce dernier contre un tiers possesseur, avant que le temps soit arrivé d'agir *ex stipulata duplæ*; qu'au contraire, lorsque la *stipulatio duplæ* est commise, chaque héritier du vendeur est poursuivi *ex stipulata* pour partie, et se libère en payant une partie.

Ainsi, c'est la *defensio*, qui est indivisible, et elle l'est soit quant à sa *petitio*, soit quant à sa *solutio*; mais cette *defensio* n'est, comme le dit fort bien M. de Savigny¹, qu'un préser-vatif, un moyen d'empêcher que la *stipulatio duplæ* ne soit en-courue, et non cette stipulation elle-même; quant à cette stipula-tion, une fois qu'elle est commise, et la *petitio* et la *solutio* en ont lieu pour parties. Donc, considérée une fois commise, la *stipula-tio duplæ* est divisible aux deux points de vue. Elle n'est indivi-sible qu'au point de vue de son échéance intégrale : elle est indivisible en ce sens qu'elle est commise en entier, c'est-à-dire contre tous les héritiers du vendeur, par la simple absence de défense d'un seul, tout à fait comme la stipulation *per te here-demve tuum non fieri quominus eam agam, et si adversus ea fac-*

1. *Op. cit.*, § 32, p. 379 de la traduction.

tum sit, tantum dari est commise en entier contre tous les héritiers par le simple fait d'empêcher de passer provenant de la part d'un seul des héritiers (Paul, l. 4, § 1 et l. 83 § 3, *h. t.*). La *stipulatio duplæ* est donc indivisible quant à sa commise, et divisible, une fois commise, et quant à sa *petitio* et quant à sa *solutio*. Paul, l. 83, § 5, ne l'a pas bien analysée en la déclarant indivisible *petitione* à cause de la *defensio*, qui doit bien être demandée en entier, mais qui est distincte de cette stipulation, et qui a lieu avant elle; et divisible *solutione*, ce qui est vrai et propre à cette stipulation une fois commise.

SECTION I.

Des obligations divisibles.

Dans cette section nous traiterons des obligations divisibles, non-seulement quant à leur nature, mais aussi quant à l'exécution qui peut avoir lieu par parties sans qu'aucune atteinte ne soit portée au droit du créancier.

I. Nous parlerons d'abord des *obligationes dandi* divisibles.

Dans cette catégorie rentrent en premier lieu toutes les *obligationes* qui ont pour but la translation de la propriété d'un ou de plusieurs *corps certains*.

On appelle en droit *corps certain* (*corpus* ou *species* dans la langue des jurisconsultes romains : Julien, l. 54, D., *h. t.*), toute chose déterminée de la manière la plus précise possible, toute chose individuellement déterminée, en un mot, ce que les dialecticiens appellent *individuum*; par exemple, l'esclave Stichus, le fonds Cornélien, etc.

L'obligation de transférer en propriété Stichus, ou bien Stichus et Pamphile, est divisible.

Sont encore divisibles toutes les obligations qui ont pour objet la translation de la propriété de plusieurs genres.

On appelle en droit *genre* (*genus*) une chose isolée, comprise

dans une classe de plusieurs choses pareilles, et dont l'individualité est déterminée d'une manière imparfaite; en un mot, ce que les dialecticiens appellent *espèce*; par exemple, un esclave, un cheval.

L'obligation de transférer en propriété plusieurs esclaves ou plusieurs chevaux est divisible.

On peut, en remontant, arriver à des choses déterminées d'une manière plus imparfaite que les *genera*, comme, par exemple, *un fonds de terre*, sans dire de quelle grandeur. L'obligation de donner une chose pareille, que les dialecticiens appellent *genus*, est dite *imperfecta*; elle ne produit aucun effet. En effet, le débiteur pourrait se libérer en donnant un pouce de terrain, ce qui ne serait d'aucune utilité pour le créancier (Papinien, l. 115, princ. *h. t.*, et l. 69, § 4, *De jure dotium*, 23, 3).

En remontant encore, nous arrivons à l'indétermination absolue; par exemple, *quelque chose*. L'obligation de donner *quelque chose* est à plus forte raison sans effet. Dans ce cas, le droit du créancier produit un effet plus illusoire, plus ridicule encore que dans le précédent. Ici il manque complètement chez le débiteur une intention sérieuse de s'obliger, et chez le créancier une espérance ayant quelque fondement¹.

Sont encore divisibles les obligations de donner une certaine *quantité déterminée*. On appelle *quantités* des choses, comprises dans une classe déterminée, qui n'ont aucune valeur individuelle; toute leur valeur se détermine par le nombre, le poids ou la mesure: un certain nombre, un certain poids, ou une certaine mesure de ces choses équivaut exactement au même nombre, au même poids ou à la même mesure de choses pareilles. C'est pourquoi les modernes les désignent par l'expression de *choses fungibles* (*res quarum altera vice alterius fungitur*). Telles sont l'argent, le blé, les étoffes, etc.

L'obligation de donner une quantité indéterminée de ces

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, § 38, p. 420 de la traduction.

choses, par exemple, de l'argent, du blé, du drap, est nulle, tout à fait comme l'obligation de donner un fonds de terre. En effet, le débiteur pourrait se libérer en en donnant une quantité insignifiante (l. 94, D., *h. t.*).

Au contraire, l'obligation de donner une quantité déterminée de choses fongibles, par ex., cent sous d'or, cent boisseaux de blé, cent mètres de drap, est valable, et en même temps divisible.

La division cependant ne s'opère pas de la même manière dans chacune de ces trois classes d'obligations *dandi* divisibles.

L'obligation d'un corps certain se divise évidemment *corpore*. Ainsi celui qui a promis de donner Stichus à deux individus devra donner à chacun d'eux la moitié indivise du même esclave Stichus. La division ne pourrait même s'opérer ici autrement; car un seul et même objet ne peut se diviser qu'en des parties du même objet, du même corps.

La question de savoir de quelle manière s'opère la division ne peut donc se présenter que dans le cas d'une obligation de donner plusieurs corps certains, et dans celui d'une obligation de donner plusieurs genres.

Supposons d'abord une obligation de donner plusieurs corps certains, par ex., Stichus et Pamphile, à plusieurs créanciers. Ici la division pourrait s'opérer de l'une des deux manières suivantes: *corpore* ou *numero*; le débiteur pourrait donner une moitié indivise de Stichus et une moitié indivise de Pamphile à chacun des créanciers, ou bien Stichus à l'un et Pamphile à l'autre. Mais le débiteur ne se libérera qu'en payant de la première manière. En effet, les créanciers ayant stipulé tous les deux Stichus et Pamphile, doivent être traités de la même manière; or, ils seraient traités différemment si on donnait à l'un Stichus et à l'autre Pamphile, les deux esclaves pouvant avoir des aptitudes et des valeurs différentes. Cela résulte de la loi 54, princ., *h. t.* et de la loi 29, *De solutionibus* (46, 3). Julien, dans la première, s'exprime ainsi: Il suppose deux cas absolument semblables: celui d'un homme libre qui stipule en personne et puis meurt en laissant plusieurs héritiers, et celui d'un esclave qui stipule pour

ses deux maîtres : « Cum *species* stipulemur, necesse est inter dominos, et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur;.... veluti cum Stichum et Pamphilum quis stipulatus, duos heredes æquis partibus reliquit : necesse est utrique partem dimidiam Stichi et Pamphili deberi..... — Lorsque nous stipulons des corps certains, il faut que la stipulation se divise entre les maîtres et les héritiers, de telle sorte qu'il soit dû à chacun une partie de chaque corps..... C'est ainsi, par ex., que si quelqu'un, ayant stipulé Stichus et Pamphile, a laissé deux héritiers pour parts égales, il sera dû à chaque héritier une moitié de Stichus et une moitié de Pamphile..... » Ulpien, l. 29, *De solutionibus*, donne absolument la même décision.

Dans les obligations de plusieurs genres, la division pourrait encore se faire *corpore* ou *numero*. Ainsi, supposons que quelqu'un a stipulé deux esclaves, et qu'il est mort laissant plusieurs héritiers : le débiteur pourrait donner à chaque héritier deux moitiés dans deux esclaves différents, de manière à rendre les deux héritiers copropriétaires des deux esclaves, ou bien un esclave différent à chacun d'eux. Mais il se libérera parfaitement en suivant ce dernier mode. En effet, dans les obligations de ce genre, le choix appartient au débiteur, s'il n'y a pas de clause contraire expresse, ce que nous ne supposons pas dans l'espèce. Par conséquent le débiteur s'acquitte parfaitement en donnant à chaque héritier deux moitiés d'un même esclave. Il peut leur tenir ce langage : je dois à chacun de vous deux moitiés d'esclave, à mon choix ; puisque j'ai le choix, je prends ces deux moitiés pour chacun de vous, dans un seul esclave, au lieu de les prendre dans deux, d'autant plus que je suis tenu de choisir deux esclaves bons et loyaux (l. l. 33 *in fine* et 72 § 5, *De solutionibus*, 46, 3) et de valeur égale ; qu'il doit vous être indifférent d'avoir chacun de vous deux moitiés d'esclaves de même valeur, ou bien un esclave entier d'une valeur égale à la valeur de l'esclave de votre cohéritier ; et, en effet, votre auteur n'a pas manifesté l'intention d'avoir deux esclaves déterminés, vous êtes

donc censés ne l'avoir pas fait non plus, puisque vous succédez exactement à son droit. Le jurisconsulte Julien le décide en ces termes loi 54, *princ. h. t.* : « Quotiens autem genera stipulamur, « numero fit inter eos divisio;... si idem duos homines stipulatus fuisset : singuli homines heredibus ejus deberentur. — Toutes les fois que nous stipulons des *genres*, la division s'en opère *numero* entre les maîtres de l'esclave ou les héritiers de la personne libre qui a fait la stipulation;... si donc quelqu'un a stipulé deux esclaves, il sera dû un esclave à chacun des héritiers. » Papinien donne la même décision loi 117 *eod. tit.*, même dans le cas où le stipulant a réservé le choix pour lui ou son héritier, s'il est mort avant de l'avoir exercé : « Si centum homines, quos ego heresve meus elegisset, stipulatus, antequam eligerem, duos heredes reliquero : numero dividitur stipulatio ; « diversum erit, si jam electis hominibus successerint. » En effet, les héritiers du créancier doivent aussi choisir cent esclaves d'une valeur égale, et, en ce cas, cinquante esclaves valent autant que cent moitiés de cent esclaves. Il en serait tout autrement, ajoute le jurisconsulte, si le choix avait été déjà fait par le défunt; en effet, dans ce cas, l'obligation est devenue de dix esclaves déterminés.

Quid si on a stipulé *duos Stichos* ou *duos Pamphilos dari* ?

Ce cas est prévu par la loi 29 D., *De solutionibus* (46, 3), tirée du livre 38 d'Ulpien sur l'*Edit.* Voici la leçon florentine de ce texte : « Cum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt, non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi (non) potest, « sed dimidiæ singulorum partes debentur. Idemque est, si quis « aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisit : aut communi duorum servo homines decem dare promisit ; nam ambigua vox est *decem homines*, quemadmodum *decem denarii*, « atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest. « Sed in nummis et oleo, ac frumento et similibus, quæ communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero datur obligatio : quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est. »

Ulpien suppose d'abord dans ce texte le cas d'une stipulation de deux *corps certains*, le cas d'un esclave qui stipule Stichus et Pamphile, et décide, comme Julien, loi 34, *princ. h. t.*, que la division aura lieu *corpore* entre les deux maîtres du stipulant. Il est vrai que la première partie du texte qui donne cette décision contient la négation *non*; mais tout le monde est d'accord que cette négation y est de trop, et doit, par conséquent, en être effacée. Et, en effet, autrement cette première partie n'aurait pas de sens : que signifierait, en effet, *non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi (non) potest?* Cela voudrait-il dire (les deux négations équivalant à une affirmation), qu'on peut payer à l'un des maîtres Stichus, et à l'autre Pamphile? Mais alors cela se trouverait contredit par la phrase qui vient immédiatement après, *sed dimidiæ singulorum partes debentur*, d'après laquelle on doit payer à chacun des maîtres une moitié de Stichus et une moitié de Pamphile.

Il est donc évident que la négation doit être effacée dans cette partie du texte, qui devient alors régulière et exprime une idée exacte, à savoir que, lorsqu'un esclave, appartenant à deux maîtres, stipule Stichus et Pamphile, le promettant devra payer, non pas Stichus à l'un et Pamphile à l'autre, mais bien une moitié de chacun de ces esclaves à chacun d'eux. Après avoir décidé cela, Ulpien continue en ces termes : *idemque est, si quis aut duos Stichos, aut duos Pamphilos, dari promisit : aut communi duorum servo homines decem dare promisit...* Quel est le sens de cette deuxième partie du texte?

Les auteurs ne sont pas d'accord là-dessus. Doneau pense que par ces mots Ulpien n'entend résoudre la question ni affirmativement, ni négativement, que, par conséquent, il n'y a rien à ajouter au texte; mais que le jurisconsulte veut, par là, poser la question de savoir si, dans le cas où l'on a stipulé *duos Stichos* ou *duos Pamphilos*, et dans celui où l'on a stipulé *decem homines*, il en est de même, c'est-à-dire si la division doit avoir lieu *corpore*; comme dans le cas qu'il vient de traiter, à savoir dans celui où l'on a stipulé *Stichum et Pamphilum*; qu'à cette question, Ulpien

répond implicitement par la fin du texte : « Nam ambigua
« vox est *decem homines*, quemadmodum *decem denarii*, atque
« utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest. Sed in
« nummis et oleo, ac frumento et similibus, quæ communi specie
« continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obliga-
« tio : quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est. »
En un mot, Doneau paraphrase ainsi la loi 29 *De solutionibus* :
Lorsqu'on stipule *Stichum* et *Pamphilum*, la division a lieu *corpore*.
En est-il de même lorsqu'on stipule *duos Stichos* ou *duos Pamphilos*,
ou bien *decem homines*? L'expression *decem homines* a un sens double,
de même que l'expression *decem denarii*, car on peut entendre de deux
manières la moitié de *DECEM HOMINES* ou de *DECEM DENARII*, soit dans
le sens d'une moitié de chacun des dix esclaves, de chacun des dix deniers,
soit dans celui de cinq esclaves, de cinq deniers. Mais dans les stipulations
de sommes d'argent, d'une quantité d'huile, de blé et d'autres choses
comprises dans une espèce commune, dans un même genre, l'intention
des parties paraît avoir été que la division se fit *numero* : cela est, en
effet, plus commode pour le promettant et les stipulants. Par conséquent,
la division devra se faire *numero* dans la stipulation de *dix deniers*
et dans celle de *dix esclaves*, car dix deniers sont compris dans l'espèce
commune *denier*, dix esclaves dans l'espèce commune *esclave*. Par
a contrario, la stipulation *duos Stichos dari* ne se divisera pas *numero*,
mais *corpore* : en effet, *duos Stichos* veut dire *hunc et illum Stichum*
ou *hos duos Stichos*, c'est-à-dire deux esclaves déterminés portant
tous les deux le nom de *Stichus* ; ce ne sont donc plus deux esclaves
compris dans l'espèce commune *esclave*, pris indistinctement dans ce
genre, mais deux esclaves déterminés, qui se trouvent seulement porter
le même nom ¹.

Il est bien certain que, si on avait entendu stipuler deux esclaves
déterminés du même nom, la division devrait se faire *numero*. En effet,
du moment que les esclaves sont déterminés, peu

1. Doneau, *Comm. ad leg. 54, De verb. oblig.*, n^{os} 21, 22 et 23.

importe qu'ils le soient par le même nom ou par deux noms différents. Il faut donc mettre sur la même ligne la stipulation de Stichus et de Pamphile et la stipulation de tel et tel esclaves, s'appelant tous les deux Stichus.

Mais nous ne pensons pas que ce soit là le sens de la stipulation *duos Stichos dari*. Nous pensons, au contraire, que ces mots signifient *donner deux esclaves du nom de Stichus*, deux esclaves *in genere*, pourvu qu'ils portent le nom de Stichus, deux esclaves non déterminés quant à leur individualité, mais déterminés quant à leur nom; qu'on a voulu stipuler par là *duo genera limitata*, pour nous servir du langage des interprètes; que la seule différence entre cette stipulation et la stipulation *decem homines dari*, c'est que, dans la première, les esclaves sont indéterminés quant à leur individualité, mais déterminés quant à leur nom; tandis que, dans la dernière, ils ne sont déterminés sous aucun de ces deux points de vue. En effet, le mot *duo* ne détermine que le nombre, et non aussi les individus. C'est le mot *ambo* qui a cette double faculté. Si Ulpien avait donc voulu parler de deux esclaves déterminés s'appelant tous deux Stichus, il aurait dit *ambos Stichos*, ou bien *hos duos Stichos*, en ajoutant ainsi à *duos* un adjectif démonstratif dans le but de déterminer les individus.

L'interprétation de Doneau nous paraît donc pécher par sa base.

Nous préférons dire, avec Cujas¹, qu'il faut transporter la négation de devant le mot *potest* et la placer après le mot *idemque*. Le sens de cette loi serait alors le suivant : Lorsqu'on a stipulé Stichus et Pamphile, la division se fait *corpore* entre les créanciers. Et il n'en est pas de même (*idemque non est*) lorsqu'on a stipulé deux esclaves *in genere* du nom de Stichus ou du nom de Pamphile, ou bien dix esclaves *in genere* sans aucune désignation de nom. En effet, le mot *dix esclaves* a un double sens, de même que le mot *dix deniers*, et on peut concevoir de deux manières

1. Comment. ad leg. 34, De verb. oblig.

différentes la moitié soit de *dix esclaves*, soit de *dix deniers* : ou bien dans le sens d'une moitié de chacun des dix esclaves, de chacun des dix deniers, ou bien dans le sens de cinq esclaves, de cinq deniers. Mais dans les stipulations de sommes d'argent ou d'une quantité d'huile, de blé, ou d'autres choses semblables faisant partie d'un même genre, l'intention des parties paraît avoir été que la division se fit *numero*, parce que cela est plus commode et pour le promettant et pour les stipulants. Par conséquent, dans la stipulation de *dix deniers* ou de *dix esclaves*, la division s'opérera *numero*, car ce sont là des choses faisant partie d'un même genre, le genre *denier* ou le genre *esclave*. Il en est de même dans la stipulation de *deux esclaves* IN GÉNÈRE du nom de *Stichus*, car ici encore nous avons des choses faisant partie d'un même genre (limité il est vrai), *celui de tous les esclaves du nom de Stichus*.

Nous croyons que c'est là le véritable sens de la loi 29 *De solutionibus*, pour les raisons suivantes :

1° Quant à la transposition de la négation, elle n'a rien que de très-naturel. Du moment qu'il est constant qu'elle est de trop dans la première partie du texte, rien de plus naturel que de la placer dans un autre endroit. De cette manière, on ne rejette aucun mot; ce que fait cependant Doneau, puisqu'il supprime entièrement la négation. Or il est beaucoup moins arbitraire de changer un mot de place que de le supprimer tout à fait; il est bien plus naturel de supposer qu'un copiste a par mégarde transposé un mot que de supposer qu'il en a par mégarde ajouté un.

2° Quant à l'objection de Doneau, qu'on ne peut dire *idemque non est* pour exprimer une antithèse, cette objection ne nous paraît pas fondée. Nous pensons que les expressions, *sed non idem est*, *idem non est*, *idemque non est*, peuvent être employées toutes les trois à l'effet d'exprimer une antithèse, de même que les expressions françaises, *mais il n'en est pas de même*, *il n'en est pas de même*, *et il n'en est pas de même*.

3° Ulpien a voulu comparer trois cas différents : le cas de plusieurs corps certains, celui de plusieurs genres limités (*genera*

limitata), et celui de plusieurs genres illimités (*genera generalissima*). Il a cru utile de parler du second, parce qu'il a craint qu'on ne le confondit avec le premier, à cause de la similitude qui existe entre eux à raison de la désignation des noms contenus dans les deux ; il a voulu faire voir que les noms propres ne déterminent pas toujours l'individualité des choses ; que, quand on veut savoir si l'individualité est déterminée, il faut examiner le fond des choses, et ne pas s'attacher seulement à l'emploi des noms propres ; que le simple emploi d'un nombre cardinal suffit pour l'indétermination de l'individualité, qu'il y ait ou non détermination du nom.

Enfin, dans les obligations de quantités, de choses fongibles, par exemple dans la stipulation de dix deniers, de dix boisseaux de blé, la division pourrait s'opérer soit *corpore*, soit *numero* : *Ambigua vox est DECEM HOMINES, quemadmodum DECEM DENARI, atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest*, comme le dit la loi 29, *De solutionibus*, que nous venons d'expliquer. Mais le débiteur se libérera parfaitement en faisant la division *numero* ; telle paraît avoir été l'intention des parties en stipulant des quantités. En effet, cela est plus commode et pour le débiteur et pour les créanciers... « In nummis et oleo, ac frumento et similibus, quæ communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio : quatenus et commodus modius promisorum stipulatoribusque est (*ead leg. 29, De solutionibus*.....)

La conséquence de ce que les obligations d'un ou de plusieurs corps certains, de plusieurs genres limités ou illimités, et de quantités, sont divisibles, *corpore* ou *numero*, peu importe, c'est que le paiement d'une partie de la chose ou des choses dues entraîne immédiatement l'extinction d'une partie correspondante de l'obligation. Ce principe reçoit application, soit qu'il y ait un créancier unique vis-à-vis d'un débiteur également unique, soit qu'il y ait plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs. Dans le premier cas, le débiteur, en payant une partie de l'objet dû, avec le consentement du créancier bien entendu, se libérera immédia-

tement pour une partie correspondante de l'obligation, et ne sera plus tenu que pour le surplus; c'est ce que décide Ulpien, l. 9, § 1, *De solutionibus*, pour le cas de stipulation d'un corps certain et pour celui de stipulation d'une somme d'argent : « Qui *decem* debet, partem solvendo in partem obligationis liberatur, et reliqua quinque sola in obligatione remanent. Item « qui *Stichum* debet, parte *Stichi* data, in reliquam partem tenetur..... » Dans le second cas, chacun des créanciers ne pourra demander qu'une part de l'obligation proportionnelle à sa portion héréditaire, et le débiteur, en payant à l'un d'entre eux cette part, sera libéré immédiatement dans cette mesure et ne sera tenu que pour le surplus. En sens inverse, le créancier commun ne pourra demander à chacun des débiteurs qu'une part de l'obligation proportionnelle à sa portion héréditaire, et l'un des débiteurs, en la payant, éteindra pour autant l'obligation, qui ne subsistera désormais que pour le surplus. C'est ce que décide Paul, l. 85, § 1, *h. t.*, pour le cas de plusieurs héritiers d'un promettant d'une somme d'argent : « Prima species spectat ad promissorem *pecuniæ certæ*: nam et petitio et solutio « ad portiones hereditarias spectat. »

Si l'un des débiteurs paye plus que sa part, il pourra répéter le surplus. C'est ce que décide Pomponius, l. 25, *De solutionibus* : « Ex parte heres institutus, si decem quæ defunctus promiserat, tota solvit, pro parte quidem, qua heres est, liberatur; pro parte autem reliqua ea condicet; sed si antequam condicet, ei adreverit reliqua pars hereditatis, etiam pro ea parte erit obligatus : et ideo condicenti indebitum doli mali exceptionem obstare existimo. » Pomponius suppose qu'un héritier institué pour une partie seulement de l'hérédité par celui qui avait promis dix, paye la somme entière; il décide que cet héritier sera libéré pour la part pour laquelle il est héritier; que, quant au surplus, comme il n'en était pas tenu, il l'a payé indûment et pourra par conséquent le répéter. Il en sera ainsi, ajoute le jurisconsulte, si le reste de l'hérédité pour lequel un autre a été institué héritier ne lui accroit pas avant d'avoir ré-

pété; car, dans ce cas, comme il se trouve en définitive avoir toute l'hérédité, il commettrait de la mauvaise foi en répétant l'excédant sur la part pour laquelle il a été institué, et serait, par conséquent, repoussé par l'exception de dol, s'il le faisait.

Une autre conséquence de la divisibilité, c'est que le débiteur solvable ne peut être tenu de payer pour son codébiteur qui ne l'est pas. C'est ce que décide Modestin, l. 33 princ., *De legatis*, II, (31), pour le cas d'un legs mis à la charge de plusieurs héritiers : « Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis « competit : nec pro his qui solvendo non sunt, onerari cohere- « des oportet. »

La division a lieu dans les obligations divisibles, quelle qu'en soit la source :

1° Elle a lieu quand l'obligation prend sa source dans une *stipulation*. C'est ce qui résulte de la loi 11, §§ 1 et 2, *D.*, *De duobus reis* (45, 2); de la loi 54 princ., *h. t.*, et des lois 29 et 94, § 1, *De solutionibus* (46, 3). Nous n'en analyserons ici que la dernière, car nous connaissons les autres. Papinien s'exprime ainsi dans cette loi : « Sin autem communes nummos credam, aut solvam, « confestim pro parte mea nascetur et actio, et liberatio : sive « in sigulis nummis communionem quis esse intelligat, sive in « pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem. » Papinien suppose que quelqu'un prête ou donne à titre de paiement une somme d'argent qui lui est commune avec un autre, et il décide qu'il deviendra créancier ou se libérera immédiatement pour la part de copropriété qu'il a dans cette somme d'argent, et cela, soit que l'on regarde chacun comme copropriétaire de chacun des écus, soit que l'on prenne en considération, dans la somme d'argent, non pas les corps, mais la quantité. Ce texte fait allusion aux deux manières dont on peut concevoir la division des sommes d'argent, et doit, par conséquent, être rapproché de la loi 29, *D.*, *De solutionibus*, que nous avons expliquée plus haut.

2° La division a également lieu quand l'obligation prend sa source dans le *testament*. C'est ce qui résulte de la loi 17 *D.*, *De*

duobus reis (45, 2), et des lois 54, § 3 et 124, *De legatis* I (30).

Supposons un testateur qui a institué quatre héritiers pour parts inégales : Primus et Secundus pour un tiers chacun, Tertius et Quartus chacun pour un sixième; de plus, il a légué à Titius 60 pièces d'or. Par qui et dans quelle mesure le legs sera-t-il supporté ?

Quatre combinaisons peuvent se présenter :

Le testateur a pu imposer le legs à tous ses héritiers sans en nommer aucun; il a pu dire : Que mes héritiers soient condamnés à payer 60 à Titius ;

Il a pu en grever tous ses héritiers, mais en les nommant l'un après l'autre : Que Primus, Secundus, Tertius et Quartus soient condamnés à payer 60 à Titius ;

Il a pu n'en grever que quelques-uns de ses héritiers, en nommant ceux qu'il voulait grever : Que Primus, Secundus et Tertius soient condamnés à payer 60 à Titius ;

Il a pu enfin mettre le legs à la charge de quelques-uns de ses héritiers, mais en désignant par son nom précisément l'héritier qu'il voulait dispenser de la charge : Que tous mes héritiers, sauf Quartus, soient condamnés à payer 60 à Titius.

Tous les jurisconsultes paraissent avoir été d'accord pour décider que, dans la première et dans la dernière hypothèses, les héritiers devaient être *tenus du legs en raison de leurs portions héréditaires*. Au contraire, pour la seconde et la troisième hypothèses, les jurisconsultes n'étaient pas du même avis. Selon Neratius, les héritiers étaient tenus pour parts viriles dans les deux. Pomponius voulait, comme Neratius, qu'ils fussent tenus pour parts viriles dans la troisième, mais décidait, contrairement à lui, qu'ils le seront en raison de leurs portions héréditaires dans la seconde. Enfin, selon Paul, les héritiers devaient s'acquitter proportionnellement à leurs parts héréditaires dans les quatre hypothèses.

L'opinion de Neratius se trouve dans la loi 124, *de Legatis* I :
« Si heredes nominatim enumerati, dare quid damnati sunt,
« propius est ut viriles partes debeant : quia personarum enu-

» meratio hunc effectum habet ut exæquentur in legato præ-
« tando ; qui si nominati non essent, hereditarias partes debitori
« essent. » Ainsi Neratius part de l'idée que l'énumération a
pour effet de rendre la condition de tous les héritiers égale quant
à l'acquittement du legs. Donc, que tous les héritiers, ou seule-
ment quelques-uns, soient chargés du legs, du moment qu'ils
en sont grevés nominativement, chacun devra en payer une part
virile. Ils ne seront, au contraire, tenus qu'en raison de leurs
parts héréditaires, du moment qu'ils n'ont pas été désignés par
leurs noms, et peu importe alors que le testateur ait imposé
l'acquittement du legs à tous, ou seulement à quelques-uns
d'entre eux.

L'opinion de Pomponius se trouve dans la loi 54, § 3, *de Legatis I*, ainsi conçue : « Si pars heredum nominata sit in le-
« gando, viriles partes heredes debent ; si vero omnes, heredita-
« rias. » Suivant Pomponius, du moment que la nécessité de
payer le legs n'est pas attachée à la seule qualité d'héritier, ceux
à qui cette nécessité incombe doivent en être tenus pour parts
viriles. Il décide donc que les héritiers seront tenus pour parts
viriles lorsqu'ils n'ont pas été tous nommés. En effet, ici il faut
que l'héritier ait été nommé pour qu'il soit tenu du legs ; sa seule
qualité d'héritier ne suffit pas pour l'y obliger ; autrement l'héri-
tier non désigné, Quartus, dans notre espèce, serait aussi obligé
au legs. Il décide, au contraire, qu'ils seront tenus *pro portioni-
bus hereditariis*, lorsqu'ils ont été tous nommés. A plus forte
raison aurait-il donné la même décision dans le cas où les héri-
tiers n'auraient pas été nommés du tout, parce qu'alors la qua-
lité d'héritier ressortirait davantage comme imposant seule la
nécessité de payer le legs.

Enfin, l'opinion de Paul se trouve énoncée l. 17, *De duobus
reis* : « Sive a certis personis heredum nominatim legatum est,
« sive ab omnibus excepto aliquo : Atilicinus, Sabinus, Cassius,
« pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros aiunt,
« quia hereditas eos obligat. Idem est cum omnes heredes nomi-
« nantur. » Paul prévoit les trois dernières hypothèses, et décide

que, dans toutes, les héritiers seront tenus du legs, *pro hereditariis portionibus*. A plus forte raison, aurait-il décidé ainsi dans la première hypothèse, où aucun des héritiers n'a été nommé. Le fondement de la doctrine de Paul, c'est que l'obligation de chacun doit, dans le doute, être proportionnelle à son émolument. Cette doctrine nous paraît la plus équitable, et par conséquent celle qui doit être suivie de préférence ¹.

3° La division a lieu aussi lorsque l'obligation prend sa source dans le *payement de l'indû*. C'est ce que décide Pomponius, l. 19, § 4, *De condictione indebiti* (12, 6), en ces termes : « Si duo rei qui decem debebant, viginti pariter solverint : Celsus ait, singulos quina repetituros : quia, cum decem deberent, viginti solvissent : et quod amplius ambo solverint, ambo repetere possunt. » Le jurisconsulte suppose que deux débiteurs conjoints de dix écus en ont payé ensemble vingt, et il décide, avec Celsus, dont il rapporte l'opinion, qu'ils ont chacun la *condictio indebiti* pour répéter cinq des dix qu'ils ont payés indûment : donc la créance résultant du payement de l'indû se divise entre eux.

Parmi les *obligationes dandi* divisibles figurent, outre celles qui ont pour but la translation de la propriété, les obligations qui ont pour objet la translation de certains de ses démembrements.

Ainsi, en premier lieu, est divisible l'obligation *dandi usumfructum*, de constituer un droit d'usufruit.

L'usufruit est divisible, car il a pour objet la perception des fruits, choses corporelles parfaitement divisibles. Il est vrai que l'usufruit contient aussi le droit d'user, mais ce n'est pas là son objet principal ; l'objet principal de l'usufruit, c'est la jouissance, le droit à la perception des fruits, et l'usage ici ne fait que servir à la jouissance, lui est subordonné et en emprunte par conséquent le caractère. L'usage n'est indivisible que quand il est séparé de la jouissance.

1. M. Demangeat, *Des obligations solidaires en droit romain*, p. 371 et suivantes.

De ce que l'usufruit est divisible, il résulte qu'il peut être établi non-seulement sur une partie divisée, mais aussi sur une partie indivise d'une chose. Supposons, par exemple, un fonds; le propriétaire de ce fonds peut céder *in jure* à un tiers l'usufruit, non-seulement sur une moitié divisée, par exemple, sur la partie orientale, mais aussi sur une moitié indivise de son fonds. Dans le premier cas, l'usufruitier aura droit à tous les fruits de la partie orientale; dans le second, à la moitié des fruits produits par le fonds entier. Au contraire, une servitude prédiale peut être constituée sur une partie divisée d'un fonds; en effet, une partie divisée n'est pas, à proprement parler, une partie, mais un tout; elle ne peut, au contraire, être établie sur une partie indivise d'un fonds, car elle est indivisible (Conf., l. 6 et l. 11, *De servitutibus*, 8, 1).

Une deuxième conséquence de ce que l'usufruit est divisible, c'est qu'il peut être perdu par le non-usage, non-seulement sur une partie divisée, mais aussi sur une partie indivise d'un fonds. Ainsi, supposons Titius usufruitier du fonds Cornélien : si pendant deux ans dans le droit antéjustinien (Paul, *Sent.*, lib. III, tit. 6, § 30), ou pendant dix ou vingt ans dans le droit postjustinien (l. 16, § 1, C., *De usufr.*), il ne perçoit les fruits que de la partie occidentale de ce fonds, il perdra au bout de ce temps l'usufruit de la partie orientale. Si maintenant, pendant le même laps de temps, il ne perçoit que la moitié des fruits du fonds entier, il perdra l'usufruit d'une moitié indivise de ce fonds. Au contraire, une servitude prédiale étant indivisible, elle ne s'éteint par le défaut d'exercice que sur une partie divisée d'un fonds; elle ne peut s'éteindre par le défaut d'exercice sur une partie indivise d'un fonds, car elle ne saurait être exercée ainsi.

Une troisième conséquence de la divisibilité de l'usufruit, c'est qu'il peut être réduit en nature par application de la loi Falcidie. Supposez, par exemple, qu'un testateur dans le patrimoine duquel se trouvait aussi un droit d'usufruit, a épuisé son patrimoine en legs. L'héritier retiendra non-seulement un quart de chacune des choses corporelles léguées, comprises dans ce

patrimoine, mais aussi un quart de l'usufruit. A cet effet, il prendra chaque année un quart des fruits produits par le fonds entier. Au contraire, une servitude prédiale étant indivisible, elle ne peut être réduite en nature par la loi Falcidie; on est obligé d'opérer sur son estimation; l'héritier est obligé d'exiger du légataire le paiement du quart de la valeur de la servitude; si le légataire lui demande la constitution de la servitude sans lui payer ce quart de valeur, l'héritier le repoussera par l'exception de dol (l. 80, § 1, *in fine*, D., *Ad legem Falcidiam*, 35, 2).

Une quatrième conséquence de la divisibilité de l'usufruit, c'est que, si on s'est obligé à constituer à quelqu'un l'usufruit sur un fonds, et qu'on vienne à mourir laissant plusieurs héritiers, l'obligation *dandi usumfructum* se divisera entre eux; chacun s'acquittera en cédant l'usufruit sur une partie indivise du fonds proportionnelle à sa part héréditaire. Au contraire, lorsque le débiteur d'une servitude prédiale meurt, chacun de ses héritiers est tenu *in solidum*, car l'obligation de constituer une servitude prédiale étant indivisible, elle ne peut être divisée par la loi des Douze Tables (l. 25, § 10, D., *Familiae herciscundæ*, 10, 2).

Une cinquième conséquence de la divisibilité de l'usufruit, c'est que l'action confessoire peut être intentée pour partie contre chacun des copropriétaires du fonds grevé d'usufruit, et celui des copropriétaires qui défend à cette action est absous, s'il fait la *restitutio* pour partie, c'est-à-dire s'il fait quasi-tradition de l'usufruit pour une partie indivise proportionnelle à sa part de copropriété, s'il laisse le revendiquant exercer l'usufruit pour cette part, percevoir cette part des fruits produits par tout le fonds. Au contraire, l'action confessoire d'une servitude prédiale doit être intentée *in solidum* contre chacun des copropriétaires du fonds servant, et celui d'entre eux qui défend à cette action, doit, pour être absous, *solidum restituere*, faire quasi-tradition de toute la servitude, laisser exercer la servitude en entier par le revendiquant; autrement, il est condamné à l'entière estimation de la servitude (l. 4, § 4, D., *Si servitus vindicetur*, 8, 5).

Ces cinq conséquences de la divisibilité de l'usufruit se trou-

vent indiquées par Papinien, l. 5, *De usufructu* (7, 1), en ces termes : « *Usufructus et ab initio pro parte indivisa vel divisa*
« *constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ra-*
« *tione per legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promit-*
« *tendi defuncto, in partes hereditarias usufructus obligatio*
« *dividitur : et, si ex communi prædio debeatur, uno ex sociis*
« *defendente, pro parte defendentis fiet restitutio* ¹. »

Enfin, une sixième conséquence de la divisibilité de l'usufruit, c'est que l'*obligatio dandi usumfructum* peut être éteinte par acceptilation pour partie. Ainsi le stipulant pourra faire acceptilation d'une partie de l'obligation d'usufruit, et alors le promettant ne sera plus obligé de constituer l'usufruit que sur la partie indivise restante du fonds. Au contraire, l'*obligatio dandi servitutem* ne peut pas être éteinte par acceptilation pour partie; l'acceptilation faite pour partie ne produirait aucun effet. C'est ce qui résulte de la loi 13, § 1, D., *De acceptilatione* (46, 4). Ulpien, dans cette loi, s'exprime ainsi : « *Si id, quod in stipulationem*
« *deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem*
« *nullius erit momenti; utputa, si servitus fuit prædii rustici*
« *vel urbani. Plane si usufructus sit in stipulatum deductus,*
« *puta fundi Titiani, poterit pro parte acceptilatio fieri : et erit*
« *residuæ partis fundi usufructus....* »

Est en second lieu divisible l'obligation de constituer un *jus habitationis*, au moins dans le droit de Justinien. Dans le droit antéjustinien, on avait beaucoup discuté sur la nature de l'*habitation*. Il y avait des jurisconsultes, suivant ce que nous rapporte Justinien, dans la loi 13, C., *De usufructu et habitatione....* (3, 33), qui accordaient à celui à qui avait été léguée l'*habitation* le droit de propriété sur la maison; d'autres qui ne lui accordaient que le droit de l'habiter pendant un an; d'autres qui lui accordaient le droit de l'habiter pendant toute sa vie (l. 10, § 3, D., *De usu et habitatione*, 7, 8), et ce fut leur opinion qui pré-

1. V. Cujas, *Comment. in lib. VII Quæstionam Papiniani, ad leg. 5 De usufructu*; Antoine Favre, *Rationalia ad leg. 5, tit. I, Lib. VII.*

valut à l'époque classique. Marcellus lui accordait, en outre, suivant ce que rapporte Justinien, § 5, *De usu et habitatione*, aux *Institutes*, le droit de louer la maison. Ce fut l'opinion de Marcellus que Justinien consacra (§ 5, *De usu et habit.*, aux *Institutes*, et l. 13, C., *De usufructu et habitatione*, déjà citées). Ainsi, dans le droit de Justinien, l'*habitor* a le droit d'habiter la maison, et en outre celui de la louer et de toucher des loyers. Il diffère de l'usager d'une maison en ce que celui-ci n'a que le droit d'habiter la maison, lui et sa famille. Il ne diffère nullement de l'usufruitier d'une maison en ce qui concerne l'utilité qu'il tire de son droit, comme le remarque Justinien dans sa constitution, qui forme la loi 13 au Code, déjà citée. Il n'en diffère qu'au point de vue de l'extinction de son droit; le droit de l'*habitor* ne s'éteint pas, comme celui de l'usufruitier, par le non-usage et par la *capitis diminutio*. Puisque le *jus habitationis* confère le droit de louer la maison et de percevoir des loyers, fruits civils parfaitement divisibles, tout à fait comme l'*ususfructus ædium*, il en résulte que ce droit est divisible, et que, par conséquent, l'obligation qui a pour objet sa constitution est susceptible de division. L'*usus ædium* ne conférant, au contraire, à l'usager que le droit d'habiter la maison, et une maison ne pouvant être habitée pour une partie indivise, il en résulte que ce droit est indivisible, et que, par conséquent, l'obligation qui tend à sa constitution l'est également.

En troisième lieu, est divisible l'obligation de constituer un droit de superficie ou d'emphytéose. En effet, la superficie, de même que la propriété d'une maison, est susceptible de parties *pro indiviso*; deux personnes peuvent être superficières d'une maison pour parties indivises. C'est ce que suppose Ulpien, l. 1, § 8, *De superficiebus* : « Et si duobus sit communis, etiam utile communi dividundo judicium dabimus. » Il suppose une superficie commune par indivis entre deux personnes, et il leur accorde l'action *communi dividundo utilis* pour sortir de l'indivision, pour transformer les parties indivises en parties divises. Et d'ailleurs il n'y a rien d'étonnant que la superficie soit sus-

ceptible de parties indivises ; ce n'est , après tout , que la propriété prétorienne de la maison , tandis que le *dominium* d'une maison en est la propriété civile. De même , l'*ager vectigalis* ou *emphyteuticarius* est susceptible de parties indivises tout aussi bien que la propriété d'un fonds de terre. L'*ager vectigalis* , qui paraît avoir servi de modèle à l'*ager emphyteuticarius* , était un terrain appartenant au peuple romain , à une cité , à un collège de prêtres ou de vestales , et loué à un particulier , soit à perpétuité , soit pour un temps plus ou moins long , sous la charge d'une certaine redevance annuelle (*vectigal*) , soit en argent , soit en fruits. L'*ager emphyteuticarius* paraît avoir été à l'origine un terrain patrimonial de l'Empereur concédé à un particulier sous les mêmes conditions que l'*ager vectigalis*. Plus tard , toute personne , un simple particulier put faire une pareille concession. Le droit d'emphytéose fut spécialement réglé par Zénon et par Justinien ¹.

Enfin , l'obligation de constituer un gage ou une hypothèque est divisible , en ce sens que celui qui est tenu d'une pareille obligation , en est libéré d'une moitié , s'il constitue , du consentement du créancier , le gage ou l'hypothèque sur la moitié indivise de la chose convenue , et que , s'il meurt laissant deux héritiers pour parts égales , l'un d'eux est libéré envers le créancier en lui engageant ou hypothéquant la moitié indivise de cette chose. En effet , le gage ou l'hypothèque est susceptible d'être constitué sur une partie indivise d'une chose , et il affecte la chose *pro indiviso* , même après qu'elle est partagée. Aussi Gaius , l. 7 , § 4 , *Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* (20 , 6) , dit que l'un des copropriétaires d'une chose commune peut hypothéquer la part indivise qu'il a dans cette chose , et que si cette chose est partagée , ce n'est pas la part qui tombera dans son lot qui sera désormais affectée d'hypothèque , mais bien la part de chacun qui demeurera hypothéquée pour une moitié in-

1. M. Pellat , *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, etc. , §§ 120 et 124.

divise : « Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro
« indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio, non
« utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit,
« qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte
« dimidia manebit obligata. »

Au contraire, le gage ou l'hypothèque une fois constitué est indivisible, en ce sens que la chose en est affectée en entier pour la sûreté de chaque fraction de l'obligation. C'est pourquoi, si le créancier paye une partie de la dette, soit que différents termes du paiement aient été stipulés, soit que le créancier ait bien voulu recevoir un paiement partiel, la chose ne sera pas dégrevée d'hypothèque pour une part corrélatrice ; elle en restera, au contraire, affectée en entier. C'est ce que décide Paul, l. 85, § 6, *h. t.*, en ces termes : « ... non prodest ad pignus liberandum
« partem creditori solvere. » Cela résulte encore de la loi 19, *De pignoribus et hypothecis* (20, 1), dans laquelle Ulpien, supposant que deux choses ont été affectées pour la sûreté d'une dette, décide qu'aucune d'elles n'est libérée avant le paiement intégral de cette dette : « Qui pignori plures res accepit, non cogitur
« unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur. »

II. Parlons maintenant des *obligationes faciendi* divisibles.

Est divisible en premier lieu l'obligation consistant dans un travail qui porte en lui-même le caractère de quantité. C'est ainsi que la *stipulatio operarum*, c'est-à-dire d'un nombre déterminé de journées de travail, est divisible, *numero*, de même que la stipulation de donner une quantité, et celle de donner plusieurs genres à laquelle elle est comparée par Julien, au commencement du paragraphe 1^{er} de la loi 54, *h. t.* : « Operarum stipulatio si
« milis est his stipulationibus, in quibus genera comprehendun-
« tur; et ideo divisio ejus stipulationis, non in partes operarum,
« sed in numerum cedit. » C'est pourquoi Ulpien décide, l. 15, § 1, *De operis libertorum* (38, 1), que, si un patron a stipulé mille journées de travail, et qu'il soit mort en laissant deux héritiers, ou bien si un affranchi a juré à ses deux patrons, ou bien

a promis à un de leurs esclaves communs, de faire le même nombre de journées de travail, l'affranchi se libérera en faisant pour chacun d'eux cinq cents journées : « Si non una, sed plures
 « operæ sint, et plures heredes existant patrono, qui operas stipulatus est : verum est obligationem operarum numero dividi.
 « Denique Celsus, lib. 12 scribit, si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se juraverit, aut communie eorum servo promiserit, quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias. » Il en est de même de la stipulation d'un travail à faire d'après certaines mesures convenues d'avance, comme la construction d'un mur. Si je stipule de quelqu'un qu'il me construira, autour de ma cour, un mur de deux mètres de hauteur, l'un de ses deux héritiers pour parties égales se libérera complètement en élevant le mur jusqu'à la hauteur d'un mètre ¹.

Est encore divisible l'obligation de faire une opération juridique. Telle est l'obligation de faire acceptilation dont est tenu l'héritier envers celui à qui le testateur a légué la libération ². Si cet héritier vient à mourir, avant d'avoir fait acceptilation, en laissant deux héritiers pour parts égales, chacun de ces héritiers succédera pour moitié à la créance originaire, mais en même temps aussi à la moitié de l'obligation de faire acceptilation : il sera donc libéré en faisant acceptilation de la moitié de la créance ; et, en effet, il ne peut être tenu de faire acceptilation de toute la créance, puisqu'il n'a succédé qu'à une moitié de cette créance. Sont encore divisibles les stipulations *amplius non agi* et *rem ratam haberi*. Ces stipulations peuvent être faites par le *dominus litis* ou par son *procurator*. Lorsque, dans un procès, on veut se faire représenter par un *procurator*, on doit, ou bien faire insinuer le mandat, ou bien confirmer la personne de son *procurator* en promettant qu'on ratifiera soi et son héritier ce que fera le *procurator*, *se heredemque suum ratum habiturum*

1. Voyez M. de Savigny, *Op. cit.*, § 32, page 365 de la traduction.

2. Ulpian, l. 3, § 3, *De liberatione legata* (34, 3.)

*quod cum procuratore suo actum sit*¹. Sans cela, le *procurator* ne pourra pas lier instance, à moins de promettre lui-même que le *dominus litis* et son héritier ratifieront ce qu'il fera, *ratam rem dominum heredemque ejus habiturum*, et de donner un fidéjusseur à l'appui². Le *dominus litis* ou son *procurator* pourra également promettre *amplius non agi*, ou *rem amplius non peti*, si dans le procès le *procurator* doit jouer le rôle de demandeur³. La différence entre la stipulation *ratam rem haberi*, et la stipulation *amplius non agi*, c'est que la première est commise aussitôt que le maître ne ratifie pas : *ex quo autem dominus ratam non habuerit, committi videtur stipulatio*, dit Venulejus, l. 8, § 2, *ratam rem haberi*.... (46, 8); la seconde, au contraire, ne l'est que lorsque le maître agit, ou lorsqu'on lui paye ou lorsqu'on compense avec lui (Paul, l. 15, *ead. tit.*). La différence maintenant qui existe entre le cas où l'une de ces deux promesses est faite par le *dominus litis*, et celui où c'est le *procurator* qui la fait, c'est que, dans le premier cas, le *dominus litis* doit ratifier pour le tout, ou bien n'agir pour aucune partie, s'il veut ne pas encourir la stipulation; si donc une peine a été ajoutée à la stipulation, et que le *dominus litis* ratifie pour une partie, ou bien n'agisse que pour une partie, il n'encourra pas moins la peine pour le tout⁴; dans le second cas, au contraire, le *dominus litis* ratifiant pour partie, ou bien n'agissant que pour une partie, la peine n'est encourue que pour cette partie⁵. Mais, même dans le premier cas, si l'un des héritiers du *dominus litis* ne ratifie pas ou bien agit, la peine ne sera encourue que pour sa part⁶; ce n'est, en effet, que dans cette mesure qu'il a pu

1. *Institutes*, l. IV, tit. xi, § 3; l. 65, D., *De procuratoribus*... (3, 3.)

2. *Institutes*, *ead. tit.* § 3, tit. xi, lib. iv; Dig., l. 33, § 3, *De procuratoribus*... (3, 3.)

3. L. 4, § 1, *h. t.* et l. 14, D., *Ratam rem haberi*... (46, 8). Ce dernier titre traite spécialement des *satisfactions* du *procurator*.

4. Paul, l. 4, § 1, *h. t.*

5. Pomponius, l. 18, *ead., tit.*

6. Paul, l. 4, § 1, *h. t.*, l. 44, § 6, *Familiæ heriscundæ* (10, 2), et l. 2, § 2, *De stipulationibus prætoris* (46, 5.)

contrevenir à la stipulation ; ce n'est que dans cette mesure qu'il a pu agir, puisqu'il n'a pas succédé au delà d'elle ; la peine ne sera pas encourue contre les autres cohéritiers, car elle a été promise sous la condition qu'on contreviendra à la stipulation, et ils n'y ont pas contrevenu, eux. La peine est encourue pour le tout contre le *dominus litis* qui ratifie pour une partie seulement ou bien qui agit pour une partie, car il a promis cette peine sous la condition qu'il ne ratifiera pas, qu'il agira ; or, du moment qu'il manque de ratifier, ne fût-ce que pour une faible partie, il est vrai de dire qu'il ne ratifie pas ; du moment qu'il agit, ne fût-ce que pour une faible partie, il est vrai de dire qu'il agit. La condition de l'obligation n'est donc pas changée dans la personne des héritiers ; bien au contraire, elle est la même dans la personne du défunt et dans celle de ses héritiers, puisque, dans les deux cas, est obligé celui qui contrevient à la stipulation¹. — En sens inverse, si c'est celui qui a stipulé *rem ratam haberi* ou *amplius non agi*, qui meurt en laissant plusieurs héritiers, et que le *dominus litis* ratifie seulement pour la part de l'un des héritiers, ou bien agisse contre un seul des héritiers, la peine ne sera encourue que pour la part de celui-ci ; lui seul pourra la demander, puisque lui seul y a intérêt (*ejus tantum interest*)².

Est encore indivisible la stipulation *judicatum solvi*. Cette stipulation contient trois clauses : le défendeur s'engage par elles à payer le montant de la condamnation, si elle intervient,

1. Paul, l. 2, § 2, *De stipulationibus pratoris* (46, 5.) — V. Cujas, *Comment.*, ad leg. 4, § 1, *De verb. oblig.*, t. 1, de l'édit. de Naples, col. 1160 ; Donneau, *Comment.*, ad leg. 4, § 1, *De verb. oblig.*, n^{os} 17 et 18.

2. Paul, l. 4, § 1, *h. t.* et l. 44, § 6, *Fam. herisc.* (10, 2.) — Dans toute cette matière on peut se demander comment le *dominus litis* pouvait encore agir, après que la question avait été déjà jugée avec son *procurator* ? C'est que le *procurator*, lors même qu'il était confirmé par le *dominus litis*, agissait, non pas *nomine domini*, mais *nomine proprio* ; il n'était donc pas vrai de dire que la chose avait déjà été jugée *inter easdem personas*, et par suite le *dominus litis* ne pouvait pas, lorsqu'il agissait, être repoussé par l'exception *rei judicatæ*. (Gaius, *Institut.*, Comm. iv, § 98.) Il en eût été autrement si le procès avait été soutenu par un *cognitor*, car le *cognitor* agissait *nomine domini*. Aussi, dans ce cas, la stipulation *ratam rem haberi* ou *amplius non agi* n'était nullement nécessaire (Gaius, C. iv, § 97).

à défendre l'affaire jusqu'à la fin, à ne point commettre de dol : « *Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.* » (Ulpien, l. 6, *Judicatum solvi*, 46, 7). Ce n'est que relativement à la *clausula de re judicata* que cette stipulation est divisible. Par rapport à la *clausula de re defendenda*, elle est, au contraire, indivisible, la défense de l'affaire doit avoir lieu *in solidum*. C'est pourquoi, si le possesseur qui a fourni la *cautio judicatum solvi* meurt après la litiscontestation, en laissant plusieurs héritiers, ils ne pourront pas défendre, chacun pour sa part, en personne, ou par le ministère d'un *procurator*; ils devront, au contraire, charger tous un seul et même *procurator* à l'effet de défendre l'affaire en entier; autrement, la *stipulatio* sera commise pour défaut de défense. Il en sera de même pour les divers fidéjusseurs donnés par le possesseur : s'ils sont prêts à défendre, ils devront constituer à cet effet un *procurator* commun. Si c'est, au contraire, le revendiquant qui décède en laissant plusieurs héritiers, ils pourront parfaitement plaider, chacun pour sa part, en personne, ou par le ministère d'un *procurator* différent. Cela résulte de la loi 5, § 7, *eod. tit.*, dans laquelle Ulpien s'exprime ainsi : « Si tamen plures fidejussores defendere fuerint parati, « videamus utrum unum defensorem debent dare? An vero sufficiat, ut unusquisque eorum pro parte sua defendat, vel defensorem substituat? Et magis est, ut nisi unum dent procuratorem, desiderante scilicet hoc actore, committatur stipulatio ob rem non defensam. Nam et plures heredes rei necesse habebunt unum dare procuratorem, ne defensio, per plures scissa, incommodo aliquo adficiat actorem. Aliud est in heredibus actoris, quibus necessitas non imponitur, ut per unum litigent. » Mais une fois que le jugement est rendu, et qu'il s'agit d'accomplir le second chef de la stipulation *judicatum solvi*, le paiement du montant de la condamnation, comme l'objet de cette condamnation est une somme d'argent, cette stipulation est tout à fait divisible. Ainsi, si le possesseur qui a contracté l'obligation *judicatum solvi* vient à mourir après la li-

tiscontestation en laissant plusieurs héritiers, et si le propriétaire revendiquant veut faire condamner seul un des héritiers, il ne pourra le faire condamner que pour sa part héréditaire, quand même il posséderait toute la chose; les fidéjusseurs donnés par le défunt ne seront aussi tenus, dans ce cas, que pour la part de l'héritier condamné; et l'obligation ne change pas par là dans la personne des héritiers : le défunt aurait dû payer le montant intégral de la condamnation, parce qu'il l'avait promis et à lui seul; au contraire, l'un des héritiers n'ayant succédé au défunt que pour une part, ne sera tenu de payer qu'une part. En sens inverse, si c'est le revendiquant qui meurt après la litiscontestation, en laissant plusieurs héritiers, et si l'un d'eux seulement obtient gain de cause dans la revendication, il ne pourra faire condamner le possesseur que pour sa part, puisque les termes de la stipulation portent *quanti ea res est*, autant que cela vaut, c'est-à-dire autant que l'héritier agissant a intérêt, et il n'a pas d'intérêt au delà de sa part. Que si le possesseur meurt avant la litiscontestation, alors la stipulation *judicatum solvi* n'est commise, pas même contre l'héritier qui possède toute la chose. En effet, cette stipulation se réfère à la condamnation à intervenir dans une instance qui devait se lier avec le promettant et qui ne s'est pas liée. L'héritier possesseur sera désormais poursuivi comme possesseur et non à titre héréditaire; c'est à ce titre qu'il pourra être condamné; et en ce cas il le sera *in solidum*; les autres héritiers qui ne possèdent pas ne pourront, au contraire, être nullement poursuivis. En effet, la revendication; comme l'action *ad exhibendum*, est donnée contre l'héritier du possesseur comme possesseur lui-même et non comme héritier du possesseur; et elle n'est pas donnée du tout par conséquent contre l'héritier non possesseur¹. Tel est, à notre avis, le sens de la loi 2, § 2, D., *De stipulationibus prætoris* (46, 5), ainsi conçue : « Incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi..., et « his similes : in quibus respondetur scindi eas in personas

1. Paul, l. 12, § 6, *Ad exhibendum* (40, 4.)

« heredum; *quamvis possit dici ex persona heredum promissoris*
 « non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam
 « conditionem cujusque facere; at in contrarium summa ratione
 « fit ut, uno ex heredibus stipulatoris vincente, in partem ejus
 « committatur stipulatio : hoc enim facere verba stipulationis,
 « quanti ea res est. Sed si unus ex heredibus promissoris totam
 « rem possideat, in solidum eum damnandum Julianus scribit.
 « In quantum autem ipse ea stipulatione, vel fidejussores, an
 « omnino teneantur, dubitari potest. *Et videndum ait ne non*
 « committatur (et Julien est porté à décider qu'elle n'est pas
 « commise); sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex
 « heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fun-
 « dum possideat, quam ex qua heres est. » Nous pensons que
 les mots *quamvis possit dici*, etc., n'expriment qu'un simple
 doute, qu'une simple objection devant laquelle Paul ne s'ar-
 rête pas. En effet, à la fin du texte, Paul revient au cas de plu-
 sieurs héritiers du promettant morts après la litiscontestation,
 et décide, avec Julien, d'une manière formelle, qu'un des hé-
 ritiers n'est condamné que pour sa part héréditaire. Nous avons
 suivi en cela l'opinion de Pothier¹, et celle de notre savant
 maître M. Pellat². Cujas³, au contraire, pense que, par les mots
 précédemment cités, Paul veut établir une différence entre les
 héritiers du promettant et ceux du stipulant (*Paulus omnino*
voluit, non tentavit, hanc differentiam inter heredes promissoris
et heredes stipulatoris statuere), savoir, que, l'un des héritiers
 du stipulant obtenant gain de cause, la stipulation ne produit
 son effet (*committitur*) que pour sa part; tandis que, l'un des
 héritiers du promettant ayant succombé, la stipulation produit
 ses effets contre tous pour leurs portions héréditaires. Mais s'il
 en était ainsi, Paul, après avoir décidé que l'héritier possesseur
 n'est condamné que pour une part héréditaire, aurait ajouté, ce

1. *Pand.*, tit. *De stipulationibus prætoriiis*, n° 3.

2. *Op. cit.*, p. 322 et suiv.

3. *Comment. in lib. LXXIII Pauli ad Edict., ad l. 2, § 2. De stipulationibus prætoriiis.* (T. V, p. 827.)

qui valait bien la peine d'être dit, que la stipulation n'est pas moins commise aussi contre les autres héritiers pour leurs parts héréditaires.

Quid de la stipulation *damni infecti*?

On appelle *damnum infectum* un dommage non encore accompli, mais imminent, un dommage futur. L'édifice de mon voisin est en danger de ruine, et menace, en s'écroulant, de me causer un dommage. Si je reste inactif, et que la chute de l'édifice arrive, mon voisin n'étant tenu que *propter rem*, s'affranchira de toute responsabilité en m'abandonnant les décombres (Gaius, l. 6, *De damno infecto*, 39, 2). Pour prévenir un pareil résultat, une pareille réparation insignifiante, l'édit du préteur m'autorise à stipuler de mon voisin, avant la chute de l'édifice, qu'il m'indemniserà de tout le dommage qui résultera pour moi de la chute de son édifice dans un délai déterminé d'avance par le préteur (Ulpien, l. 13, § 13, *cod. tit.*). Si, dans ce délai, la chute de l'édifice arrive et cause quelque dommage à ma maison, la stipulation est commise (Paul, l. 18, § 11, *cod. tit.*), c'est-à-dire que je pourrai agir en vertu de la stipulation *damni infecti* contre mon voisin, pour lui demander la réparation de ce dommage, *quanti ea res est* (l. 5, § 2 et l. 28, D., *cod. tit.*). Cette stipulation a lieu non-seulement pour le dommage qui résulte de la chute de la maison, mais aussi du vice du sol, et enfin de tout ouvrage fait par le voisin, pourvu qu'en le faisant il n'use pas de son droit. Ainsi, si je creuse un puits dans mon terrain, et que par là je coupe les sources de votre puits, je ne serai pas tenu en vertu de la stipulation, car je n'ai fait là qu'user de mon droit; si, au contraire, je creuse si profondément dans mon fonds que votre mur ne puisse plus se soutenir, la stipulation *damni infecti* sera commise (Ulpien, l. 24, § 12, *cod. tit.*).

Lorsque la maison qui est menacée d'être endommagée par la chute imminente de la maison voisine appartient à plusieurs propriétaires qui stipulent tous la réparation du dommage à venir, chacun d'eux agira pour partie, car chacun n'étant copropriétaire de la maison que pour partie, ne souffre que pour partie le dom-

mage arrivé à cette maison. C'est ce que décide le jurisconsulte Ulpien, l. 40, § 2, *cod. tit.* : « Quotiens ex damni infecti
 « plures agunt, quia in eadem re damnum passi sunt, id est, in
 « ædibus, non debet unusquisque eorum in solidum agere, sed
 « in partem experiri : neque enim damnum quod pluribus datum
 « est, unicuique in solidum datum est, sed in partem datum
 « esse videtur, et ideo in partem competere actionem Julianus
 « scripsit. — Toutes les fois que plusieurs agissent en vertu de la
 stipulation *damni infecti*, parce qu'ils ont souffert un dommage
 dans une chose commune, par exemple, dans une maison com-
 mune, chacun d'eux devra agir, non pour le tout, mais pour
 partie : car le dommage causé à plusieurs n'a pas été causé à
 chacun pour le tout, mais pour partie, et c'est pour cela que Ju-
 lien a écrit que l'action compétera à chacun pour partie. » En
 sens inverse, si la maison de plusieurs copropriétaires, qui ont
 donné la *cautio damni infecti*, s'écroule et cause un dommage au
 propriétaire de la maison voisine, celui-ci ne pourra agir contre
 chacun d'eux que pour partie, ne pourra demander à chacun que
 la réparation d'une partie du dommage. Il est vrai que le dom-
 mage est indivisible, qu'il ne saurait être causé pour partie
 par la maison, et qu'il a été, en effet, causé par elle pour le tout ;
 néanmoins, comme la réparation à fournir par ses coproprié-
 taires est pécuniaire, c'est-à-dire parfaitement divisible, et que
 chaque copropriétaire ne représente la maison que pour partie,
 chacun d'eux ne pourra être poursuivi que pour partie, et ne sera
 condamné qu'à une partie de la valeur du dommage. C'est ce
 qui résulte des lois 40, § 3, *cod. tit.*, et 11, § 3, *De aqua et*
aquæ pluvie arcendæ (39, 3). Ulpien dit dans la première :
 « Item si plurium sint ædes, quæ damnosæ imminent, utrum
 « adversus unumquemque dominorum in solidum competit, an
 « in partem? Et scripsit Julianus, quod et Sabinus probat : pro
 « dominicis partibus conveniri eos oportere. — Si la maison
 qui menace ruine appartient à plusieurs, l'action *damni infecti*
 compétet-elle contre chacun d'eux pour le tout ou pour partie ?
 Julien, que Sabinus approuve aussi à cet égard, a écrit qu'ils

devront être poursuivis chacun pour sa part de copropriété. » Paul, dans la seconde, s'exprime ainsi : « ut in actione
« damni infecti fiat, cum ejus prædii ex quo damnum metuatur,
« plures domini sint, et cum uno eorum agatur; licet opus, ex
« quo damnum futurum sit, individuum sit, et ipsæ ædes, solum-
« que earum non potest pro parte duntaxat damnum dare, ni-
« hilominus eum, cum quo agitur, pro sua parte condem-
« nari.... — Comme cela a lieu dans l'action *damni infecti*,
lorsque le fonds dont on craint quelque dommage est commun à
plusieurs, et qu'on n'en attaque qu'un seul; car alors, bien que
l'ouvrage dont on craint quelque dommage soit indivisible, et
que la maison et le terrain sur lequel elle est construite ne puis-
sent pas causer du dommage pour partie seulement, celui qu'on
poursuit ne sera néanmoins condamné que pour sa part... » Le
même jurisconsulte Paul, décide que la stipulation *damni in-*
fecti est divisible, l. 2, § 2, *De stipulationibus prætoriiis* (46, 5).

L'objet de la stipulation *damni infecti* est la réparation du
dommage qui résultera de l'éroulement d'une maison qui me-
nace ruine ou de tout autre ouvrage vicieusement construit, ou
bien de l'éboulement du sol, c'est-à-dire le paiement d'une
somme d'argent montant de la valeur de ce dommage. Voilà
l'objet direct et immédiat de cette stipulation, et c'est pourquoi
elle est divisible, tant au point de vue actif qu'au point de vue
passif. Mais si on examine ce que doit faire le promettant ou
ses héritiers pour empêcher que cette stipulation soit encou-
rue, on s'aperçoit que le caractère en est tout différent. En effet,
le promettant ou ses héritiers doit réparer la maison qui menace
ruine, raffermir la construction vicieuse, ou le sol qui menace de
s'ébouler. Or, ce sont là des faits qui doivent être accomplis en
entier; sans cela, le dommage ne serait pas empêché : ce sont
donc des faits indivisibles. C'est pourquoi l'un des héritiers du
promettant doit faire la réparation en entier pour empêcher la
chute de la construction vicieuse; la détérioration de la maison
voisine, et par conséquent la commise de la stipulation *damni*
infecti : inutilement ferait-il cette réparation pour partie, le dom-

mage n'aurait pas moins lieu pour le tout ; et par conséquent la stipulation *damni infecti* ne serait pas moins encourue pour le tout, c'est-à-dire contre tous les héritiers du promettant. En sens inverse, le promettant ferait inutilement la réparation pour partie, la stipulation ne serait pas moins encourue pour le tout, c'est-à-dire en faveur de tous les héritiers du stipulant.

Lorsqu'une peine est ajoutée à une obligation divisible, alors bien que l'objet de cette obligation (la *res* ou le *factum*) soit divisible, néanmoins la peine peut être encourue, soit seulement contre celui des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation pour sa part héréditaire, soit contre tous pour leurs parts héréditaires. Si l'objet de l'obligation est de telle nature qu'un seul des débiteurs voudrait le remplir en entier, qu'il ne pourrait pas le faire, alors s'il ne l'accomplit que pour sa part, son pouvoir cessant au delà, la peine ne sera pas commise contre lui, elle ne sera encourue que par celui qui n'a pas exécuté l'obligation et pour sa part héréditaire. Ainsi quelqu'un a promis qu'*il n'agira plus, et s'il le fait, cent à titre de peine*. Il meurt laissant plusieurs héritiers, un seul d'entre eux agit, la peine ne sera encourue que par lui pour sa part héréditaire ; ceux qui n'ont point agi n'en seront nullement tenus. C'est ce que décide Paul, l. 4, § 1, *h. t.* : « At si de eo cautum si quod divisionem recipiat, veluti *amplius non agi* : tum eum heredem qui adversus « ea fecit, pro parte sua solum pœnam committere. » En effet, la peine a été promise si l'on agit ; or un seul des héritiers a agi pour sa part héréditaire, il ne pouvait le faire au delà, car il n'a succédé que dans cette mesure à la créance du défunt : ce n'est donc contre lui que la condition de la peine s'est réalisée ; lui seul devra par conséquent la peine, et il n'en sera tenu que pour sa part héréditaire, car elle consiste en une somme d'argent, chose parfaitement divisible. Les autres héritiers, n'ayant pas agi, n'ont pas fait réaliser la condition de la peine. D'un autre côté, on ne peut pas leur reprocher de n'avoir pas fait en sorte que la condition ne s'accomplît pas du tout, c'est-à-dire contre aucun des héritiers ; il leur eût été impossible d'arriver à ce ré-

sultat : en effet, on peut s'abstenir soi-même d'agir ; mais, avec toute la bonne volonté du monde, on ne peut pas empêcher les autres de le faire. Si c'est, au contraire, le promettant lui-même qui agit, ne fût-ce que pour partie, la peine sera commise contre lui pour le tout. En effet, dans une stipulation avec cause pénale, on ne se demande pas pour combien on a intérêt que la peine soit commise, ni si un seul ou plusieurs ont contrevenu à la stipulation, mais tout simplement si la condition sous laquelle la peine a été promise s'est réalisée, et quel est le montant de cette peine : « pœnam cum stipulatur quis, non illud « inspicitur quid intersit : sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis (Paul, l. 37, § 17, *h. t.*). » Or, dans notre espèce, la peine a été promise si l'on agit ; et, du moment que le promettant a agi, ne fût-ce que pour une partie, il est toujours vrai de dire qu'il a agi, par conséquent que la condition de la peine s'est réalisée.

Si, au contraire, l'objet de l'obligation, *res* ou *factum*, peu importe, est de telle nature que cet objet puisse être rempli en entier par un seul des débiteurs, alors si l'un d'entre eux ne l'accomplit que pour sa part, la peine sera commise pour le tout, c'est-à-dire contre tous les débiteurs. Ainsi, si quelqu'un a promis un capital, et s'il ne le paye pas, cent à titre de peine, et qu'un seul d'entre ses héritiers en paye sa part, la peine sera encourue pour le tout, c'est-à-dire contre tous, même contre celui qui a payé sa part dans le capital. Cela est décidé par Pomponius, l. 5, § 4, *h. t.*¹ : « *Si sortem promiseris, et si ea soluta non esset, pœnam : etiamsi unus ex heredibus tuis portionem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet, donec*

1. Nous commençons avec Bartole et Doneau *ad hanc legem* le § 4 aux mots : *si sortem promiseris*, et non pas aux mots : *idem est de pœna ex compromisso*, comme le fait Galisset dans son édition. En effet, avec notre procédé, deux cas semblables se trouvent réunis dans un même paragraphe, tandis qu'avec le procédé contraire le cas de la stipulation *sortem dari* se trouve séparé du cas de la stipulation *sententiæ judicis compromissarii parere*, avec lequel il a de la ressemblance, et placé dans un même paragraphe avec le cas tout différent de la *satis acceptio*.

« portio coheredis solvatur. » En effet, la peine a été promise si l'on ne paye pas le capital. Or, un seul des héritiers en payant une partie seulement, il est vrai de dire que le capital n'est pas payé, car une partie du capital n'est pas le capital; cet héritier laisse donc la condition de la peine se réaliser, tandis qu'il pouvait l'empêcher d'avoir lieu en payant le montant intégral du capital; la peine sera par conséquent encourue même contre lui, il la devra aussi pour sa part héréditaire. De même encore, si l'on a promis de *donner le fonds Titien, et, si on ne le donne pas, cent à titre de peine*, l'un des héritiers du promettant donnerait inutilement une partie de ce fonds, la peine ne serait pas moins encourue contre lui aussi pour sa part héréditaire. En effet, la peine a été promise sous la condition que le fonds Titien ne sera pas donné. Or, l'un des héritiers en ne donnant qu'une partie du fonds Titien, il est vrai de dire qu'il n'a pas donné le fonds Titien, car une partie indivise du fonds Titien n'est pas le fonds Titien; il a donc laissé la condition de la peine se réaliser; il sera par conséquent aussi obligé à la peine pour sa part héréditaire, d'autant plus qu'il pouvait empêcher qu'elle ne soit encourue, en donnant, en transférant la propriété du fonds entier. Il n'avait, pour arriver à ce résultat, qu'à s'arranger avec ses cohéritiers pour que ceux-ci lui vendissent leurs parts. C'était peut être quelque chose de difficile, mais non pas d'impossible. S'il n'a pas voulu le faire, ou s'il n'y a pas réussi, s'il n'a pu arriver à empêcher la réalisation de la condition de la peine, il ne sera pas moins tenu de payer cette peine pour sa part héréditaire. En effet, comme dit Paul, l. 85, § 7, *h. t.*, celui qui, étant obligé à une peine sous une condition, a fait tous ses efforts pour que la condition de cette peine ne se réalisât pas, s'il ne parvient pas à empêcher l'accomplissement de la condition, n'est pas moins obligé à la peine, lorsque, bien entendu, ce qu'il a fait pour empêcher la réalisation de la condition est, comme dans notre espèce, quelque chose de difficile, mais non pas d'impossible: « *Quicumque sub conditione obligatus curaverit, ne conditio existeret, nihilominus obligatur.* » Tel est, à notre avis, le sens de ce

texte. Entendu ainsi, il se lie parfaitement au § 6, qui s'occupe de notre cas, et sert à en expliquer la décision. Voici ce que dit Paul dans le § 6 : « Item si ita stipulatio facta sit, *si fundus Titianus datus non erit, centum dari?* Nisi totus detur, pœna
« committitur centum : nec prodest partes fundi tradere, ces-
« sante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum
« partem creditori solvere ¹. » Il en est enfin de même si l'objet de l'obligation est un fait qui peut être accompli en entier par un des débiteurs. Supposez, par exemple, que deux individus, dont l'un demande cent à l'autre, font ensemble un compromis, chargent un arbitre de décider leur contestation, et corroborent ce compromis au moyen d'une promesse que chacun fait de payer à l'autre deux cents à titre de peine, s'il n'obéit pas à la décision de l'arbitre. Supposez ensuite que l'arbitre condamne le défendeur à payer cent au demandeur, et que celui-là meure en laissant deux héritiers. Si l'un des héritiers paye cinquante, la peine ne sera pas moins encourue contre lui. En effet, la peine a été promise sous la condition que l'on n'obéira pas à la sentence de l'arbitre, c'est-à-dire, par suite de ce que cet arbitre a décidé, qu'on ne payera pas cent. Or, l'un des héritiers payant seulement cinquante, il est vrai de dire qu'il ne paye pas cent ; il laisse donc arriver la condition, il encourra par conséquent aussi la peine, d'autant plus qu'il pouvait empêcher la condition de la peine de se réaliser en payant entièrement la somme à laquelle son auteur a été condamné, c'est-à-dire en obéissant d'une manière complète à la sentence de l'arbitre.

1. Sic, Julius Rubo, *UBER DIE THEILBARKEIT UND UNTHEILBARKEIT DER OBLIGATIONEN*, etc. (De la divisibilité et de l'indivisibilité des obligations), § 15 *in fine* de l'analyse de ce traité par M. Guis, *Revue étrangère et française de législation*, etc., t. VIII, p. 988 ; Cujas, *Comm. ad leg. 85, § 7, De verb. oblig.* — Doneau, *Comm. ad eandem legem*, et d'autres auteurs rattachent, au contraire, ce texte à la loi 24. D., *De conditionibus et demonstrationibus* (35, 1), et à la loi 161, D., *De regulis juris* (50, 17), et lui donnent le sens de la règle reproduite par l'article 1178 du Code Napoléon ; d'après ces auteurs, notre texte voudrait dire que le débiteur obligé sous une condition n'est pas moins obligé, bien que la condition soit défaillie, si c'est par son fait qu'elle est défaillie.

C'est ainsi que nous interprétons la loi 5, § 4, *in fine, h. t.* Pomponius, dans ce fragment, s'exprime ainsi : « Idemque est
 « de pœna ex compromisso, si unus paruerit, alter non parue-
 « rit sententiæ judicis. Sed a coherede ei satisfieri debet; nec
 « enim aliud in his stipulationibus sine injuria stipulatoris cons-
 « titui potest. — Il en est de même dans le cas d'un compromis
 corroboré par une stipulation pénale, si l'un des héritiers obéit,
 et l'autre non, à la sentence du juge (c'est-à-dire, la peine sera
 encourue contre tous les héritiers, comme dans le cas de la pro-
 messe d'un capital sous clause pénale dont s'occupe le paragra-
 phe précédent que nous avons déjà expliqué). Mais le cohéri-
 tier qui n'a pas voulu se prêter à ce que pleine et entière satisfac-
 tion fût donnée à la sentence du juge, devra indemniser celui
 qui aura satisfait pour sa part à cette sentence, et qui aura été
 néanmoins forcé de payer une partie de la peine. En effet, il ne
 saurait en être autrement dans ces stipulations (avec clause pé-
 nale) sans qu'atteinte fût portée au droit du stipulant. » Que si
 nous supposons que l'arbitre, au lieu de condamner le défendeur
 à payer les cent demandés, a empêché, au contraire, le deman-
 deur de les exiger désormais, et que celui-ci soit mort en laissant
 deux héritiers; alors, si l'un de ces héritiers demande de nou-
 veau sa part, il sera seul tenu de la peine. En effet, la peine se
 trouve avoir été promise sous la condition que l'on ne deman-
 dera plus rien; si donc l'un des héritiers demande encore sa
 part, c'est-à-dire cinquante, il fait seul arriver la condition de la
 peine, il en sera seul tenu par conséquent et pour sa part héré-
 ditaire; son cohéritier, n'ayant rien demandé, n'a pas fait arri-
 ver la condition de la peine, il ne sera donc tenu d'en payer au-
 cune partie; cela est d'autant plus vrai qu'il lui eût été impossible
 d'empêcher l'accomplissement de la condition : on peut, en effet,
 s'abstenir soi-même d'agir, mais on ne peut pas empêcher au-
 trui de le faire. La loi 5, § 4, ne s'applique nullement à ce der-
 nier cas, ses termes ne s'y adaptent point. En effet, Paul, dans
 ce fragment, dit : *Si l'un des héritiers obéit à la sentence du*
JUGE. On ne peut dire qu'il obéit à la sentence du juge que de

celui qui fait ce que le juge lui a ordonné de faire; ces mots ne peuvent donc s'appliquer qu'au cas où le juge prononce contre le défendeur, le condamne. On ne peut pas dire de celui auquel le juge a défendu de rien demander, qu'il obéit à sa sentence parce qu'il ne demande pas aujourd'hui : en effet, s'il ne demande pas aujourd'hui, il peut demander demain. Les termes de la loi ne peuvent donc point s'appliquer au cas où le juge prononce contre le demandeur, et lui défend de rien demander désormais¹. D'ailleurs, on ne comprend pas pourquoi la solution serait différente dans le cas où l'on a promis *expressément*, *ab initio*, DE NE PLUS RIEN DEMANDER DÉSORMAIS, et le cas où l'on a promis cela *implicitement* en s'engageant A OBÉIR A LA SENTENCE QUE PRONONCERA L'ARBITRE.

La loi 9, § 1, D., *Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit* (2, 11), paraît contredire notre théorie. Ulpien, dans cette loi, s'exprime ainsi : « Si plurium
 « servorum nomine, judicio sistendi causa, una stipulatione
 « promittatur; pœnam quidem integram committi, licet unus
 « status non sit, Labeo ait : quia verum sit, omnes status non
 « esse : verum, si pro rata unius offeratur pœna, exceptione doli
 « usurum cum, qui ex hac stipulatione convenitur. — Si on a
 promis, par une même stipulation, de faire comparaitre devant le
 juge plusieurs esclaves, Labéon décide que la peine sera encourue
 pour le tout, bien qu'il n'y ait qu'un seul esclave qui n'ait pas
 comparu : car il est vrai de dire que tous n'ont pas comparu ; que
 si cependant le promettant offre une partie de la peine pour l'es-
 clave qui n'a pas comparu, il pourra opposer l'exception de dol
 au stipulant qui lui demande la peine entière. » La peine a été
 promise ici pour le cas où les esclaves ne seraient pas tous re-
 présentés en justice. Or, puisque l'un d'eux a fait défaut, il est vrai
 de dire que tous n'ont pas été représentés, que par conséquent
 la condition de la peine s'est réalisée ; la peine sera donc encou-
 rue en entier contre le promettant. Il en est ici comme dans le

1. Sic, Doneau, *Comm. ad leg. 5, § 4, De verb. oblig.*

cas où quelqu'un a promis, sous la sanction d'une peine, de payer un capital, ou de donner le fonds Titien, ou d'obéir à la sentence de l'arbitre (en supposant que l'arbitre condamne ensuite le défendeur à payer ce qu'exigeait le demandeur): nous savons, en effet, que dans ces stipulations, du moment que le tout n'est pas payé ou donné par l'un des héritiers du promettant, et a fortiori par le promettant lui-même, la condition de la peine s'accomplit, et par conséquent la peine est encourue entièrement. Jusqu'à présent, il n'y a pas de difficulté; la similitude existe entre la stipulation de la loi 9, § 1, D., *Si quis cautionibus*..... et les stipulations dont il est question dans les lois 5, § 4, et 85, § 6, *h. t.* Mais à la fin de la loi 9, § 1, D., *Si quis cautionibus*..... Ulpien ajoute que, bien que la peine soit commise pour le tout, le promettant peut néanmoins offrir au stipulant une part de la peine pour l'esclave qu'il n'a pas représenté, et le repousser par l'exception de dol s'il lui demande le surplus de cette peine. Voilà qui paraît en contradiction avec ce que nous avons vu décidé par les lois 5, § 4, et 85, § 6, *h. t.* Quelques interprètes, dont Doneau rapporte l'opinion, sans nous en dire les noms, se tirent d'embarras en disant que, même dans les stipulations prévues par ces lois, le promettant peut offrir une partie de la peine proportionnelle à ce qu'il n'a pas fourni, et si le stipulant lui demande le surplus, le repousser par l'exception de dol; que pareillement l'héritier qui a fourni sa part du capital ou du fonds promis, ou bien de la somme à laquelle l'arbitre a condamné son auteur, peut repousser par l'exception de dol le stipulant qui lui demande ensuite une partie de la peine. Cette manière de concilier la loi 9, § 1, *Si quis cautionibus*.... avec les lois 5, § 4 et 85, § 6, *h. t.* ne nous paraît pas fondée. Nous croyons que, dans les stipulations qui font l'objet des deux dernières lois, l'exception de dol n'a pas lieu. En effet, Pomponius dit dans la loi 5, § 4 qu'on ne saurait décider autrement dans les stipulations *sortem solvi et sententiæ iudicis compromissarii parere* (ce qui est également vrai dans la stipulation *fundum Titianum dari*, dont s'occupe la loi 85, § 6), c'est-à-dire, qu'on ne saurait ne pas auto-



riser dans ces stipulations le créancier à exiger la peine entière, sans porter atteinte à son droit, sans lui faire du tort. Donc, en l'empêchant, par l'exception de dol, de toucher une partie de la peine, on lui causerait un tort. Or, comme dit fort bien Duarein, l'exception de dol a été instituée pour repousser un tort et non pas pour en faire un (l. 1, § 1, D., *De doli mali et metus exceptione*, 44, 4). Ensuite, comme nous le verrons lorsque nous parlerons du recours, l'héritier qui a payé toute la somme pour empêcher que la peine soit encourue, peut recourir par l'action *familiæ herciscundæ* contre ses cohéritiers pour se faire rembourser les parts qui leur incombent, l. 25, § 13, D., *Familiæ herciscundæ* (10, 2). Or l'action *familiæ herciscundæ* n'est accordée à l'héritier qui a payé le tout que lorsqu'il a été obligé de le faire (l. 25, § 13, D., *cod.*). Or, il n'eût pas été obligé de payer le tout pour éviter la peine, si, après avoir payé sa part, il avait pu repousser par l'exception de dol le stipulant qui serait venu lui demander ensuite une partie de la peine. Il résulte donc de là que l'héritier est forcé de payer le tout pour éviter la peine; qu'il ne peut pas, en payant une partie du capital, repousser par l'exception de dol le stipulant qui vient lui demander ensuite une partie de la peine. Quelle est donc la raison pour laquelle l'exception de dol peut être opposée dans le cas où l'on a promis sous une peine de faire représenter plusieurs esclaves, tandis qu'elle ne peut pas l'être dans les stipulations *sortem solvi, sententiæ judicis compromissarii parere, fundum Titianum dari*? L'exception de dol ne peut pas être opposée dans ces trois dernières stipulations, parce que le créancier a stipulé la peine précisément pour prévenir les paiements partiels qui lui occasionneraient du préjudice. En effet, il ne pourrait pas placer facilement les fractions du capital, qui formeraient des sommes exigües; il serait obligé d'avoir une partie du fonds en nature, et les autres parties en argent: il serait ainsi en indivision avec un tiers, ce qui lui serait plus désavantageux que s'il obtenait le fonds entier en nature. Pour prévenir les paiements partiels qui lui causeraient tous ces dommages, il a stipulé une peine pour le cas de non paiement de la totalité, et il a en-

tendu pouvoir exiger cette peine entière dès qu'il manquerait une fraction quelconque de la somme ou du fonds promis. Au contraire, celui qui a stipulé qu'on lui représentera plusieurs esclaves devant le juge n'a pas pu entendre stipuler la peine entière par cela seul qu'un seul esclave ferait défaut ; l'absence d'un esclave ne lui cause qu'un dommage partiel, il commet donc un dol en exigeant la peine entière ; bien que la condition de la stipulation pénale lui donne le droit à toute la peine, la bonne foi, fondée sur l'intention des parties et le préjudice réel, s'oppose à ce qu'il demande au delà d'une partie de cette peine¹.

Nous avons dit que, dans la stipulation avec clause pénale de payer le capital, dans celle d'obéir à la sentence du juge quand le juge condamne le défendeur à fournir quelque chose, et dans celle de donner le fonds Titien, l'un quelconque des héritiers du promettant devra payer la somme ou donner le fonds Titien en entier pour éviter d'encourir la peine. S'il le fait, il aura ensuite son recours contre ses cohéritiers. La loi 25, § 13, *Familiae herciscundæ* (10, 2) s'occupe de ce recours pour le cas de stipulation d'une somme d'argent. Mais ce qu'Ulpien dit dans cette loi pour ce cas doit être appliqué aussi aux autres. Le jurisconsulte décide que si l'un des héritiers de celui qui a promis une somme d'argent paye la somme entière pour empêcher que la peine ne soit encourue, il pourra recourir par l'action *familiae herciscundæ* contre chacun de ses cohéritiers, afin de se faire rembourser par lui la part qu'il doit supporter dans cette somme : « ... sive etiam « solvit unus universam pecuniam, quam defunctus promisit, ne « pœna committeretur, familiae herciscundæ iudicio a coerede « partes recipere poterit. » Si l'action *familiae herciscundæ* est intentée avant que l'échéance de l'obligation sous clause pénale soit arrivée, le juge de cette action fera faire aux héritiers, que nous supposerons au nombre de deux, des promesses réciproques : chacun des deux héritiers promettra à l'autre, et fera corroborer sa promesse par un fidéjusseur, que, si c'est par sa faute que la

1. Sic, Doneau, *Comment. ad leg. 3, § 4, De verb. oblig.*, et Antoine Favre, *Rationalia ad leg. 9, § 1, si quis cautionibus*, etc.

somme promise n'est pas payée en entier, parcequ'il ne voudra pas contribuer pour sa part afin que la somme soit parfaite et payée en une seule fois au créancier, il l'indemniserà de tout le dommage qu'il lui causera par là ; ou bien que, si c'est son cohéritier qui, pour empêcher que la peine ne soit encourue, paye la somme entière, il lui en remboursera la part pour laquelle il doit contribuer. De cette manière, si l'un des héritiers a payé sa part dans la somme promise et, en outre, une partie de la peine, il agira *ex stipulatu* contre son cohéritier qui n'a pas voulu parfaire la somme promise, ou contre le fidéjusseur de celui-ci, afin de se faire restituer par lui la part de la peine qu'il a été contraint de payer, mais qu'il serait injuste qu'il supportât ; si l'un des héritiers a payé la somme promise en entier pour empêcher que la peine ne soit encourue, il recourra contre son cohéritier ou son fidéjusseur pour se faire rembourser par lui la part qui lui incombe dans cette somme : « *Idem juris est in pecunia (promissa) a testatore, « si sub pœna promissa sit, nam licet hæc obligatio dividatur per « legem duodecim tabularum, tamen, quia nihilum prodest ad « pœnam evitandam, partem suam solvere : sive nondum soluta « est pecunia, nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, « ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis « pecunia solveretur : aut ut caveat se ei, qui solidum solverit, « partem præstaturum... »*

SECTION II.

Des obligations indivisibles natura.

Il y a des obligations indivisibles *natura*, tant parmi les obligations qui consistent *in dando* que parmi celles qui consistent *in faciendo*.

I. Parlons d'abord des *obligationes dandi* indivisibles.

Dans cette catégorie se trouvent les obligations qui ont pour objet la constitution des servitudes, à l'exception de l'usufruit et de l'habitation.

Ainsi sont indivisibles les obligations de constituer des servitudes prédiales et l'obligation de constituer un droit d'usage.

Avant d'établir que les obligations de constituer des servitudes sont des obligations indivisibles, nous nous proposons d'établir, tout d'abord, que ces obligations rentrent parmi les *obligationes dandi*, et nullement parmi les *obligationes faciendi*, comme l'ont soutenu certains interprètes du droit romain. En effet, Paul, dans la loi 19, D., *De servitutibus prædiorum rusticorum* (8,3), dit, en parlant de la servitude *itineris*, qu'elle est inutilement stipulée par l'un des copropriétaires d'un fonds, car *ei dari non potest*; donc l'exécution de l'obligation de servitude consiste dans une *datio*, donc l'obligation d'une servitude est une obligation *dandi*.

Notre opinion est d'ailleurs corroborée par cette considération que Paul, après avoir, dans la loi 2, pr. *De verborum obligationibus*, distingué les obligations en deux classes, les *obligationes quæ in dando consistunt* et les *obligationes quæ in faciendo consistunt*, parle des premières dans les §§ 1, 2, 3 et 4, et ne commence à parler des secondes qu'à partir du § 5; or, tandis qu'il mentionne les obligations de servitudes dans le § 1 en ces termes : « ... quædam (stipulationes) non recipiunt (partium « præstationem) ut in his quæ natura divisionem non admittunt; « veluti quum *viam, iter, actum* stipulamur, » il aborde pour la première fois les *obligationes faciendi* dans le § 5, puisqu'il commence en ces termes : « Il en est de même si l'obligation consiste *in facto*, » et il donne, comme premier exemple d'une obligation *faciendi*, précisément l'inverse d'une obligation *dandi servitutum*, l'obligation exclusivement *faciendi*, *per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire, agere liceat*. C'est précisément la confusion entre ces deux obligations, tout à fait différentes, qui a entraîné certains auteurs à considérer l'obligation de servitude comme une obligation *faciendi*. Pourtant la première d'entre elles est une vraie obligation de servitude ayant pour objet de créer un droit réel, existant comme qualité perpétuelle au profit du fonds dominant, et comme charge per-

pétuelle pesant sur le fonds servant; la seconde, au contraire, n'a pour objet de créer qu'un avantage personnel au profit du stipulant et de son héritier; ce n'est qu'une créance de laisser passer le stipulant et son héritier, créance pour l'exécution de laquelle le débiteur n'a aucun acte juridique à accomplir, aucune *cessio in jure* à faire, à l'effet de constituer un droit de servitude, il n'a tout simplement qu'à ne pas empêcher le stipulant et son héritier de passer; de plus, cette obligation de s'abstenir ne s'étend pas au profit des successeurs particuliers de l'immeuble appartenant au stipulant, et ne grève pas les successeurs particuliers de l'immeuble appartenant au promettant ¹.

Après avoir ainsi démontré que l'obligation de constituer une servitude est une obligation *dandi*, établissons maintenant que l'obligation *dandi servitutum* est indivisible; expliquons-en le sens et les effets.

Le texte principal qui prouve l'indivisibilité des obligations de servitudes est la loi 72 *pr., h. t.* Ulpien, dans cette loi, s'exprime en ces termes : « Stipulationes non dividuntur earum rerum, « quæ divisionem non recipiunt : veluti viæ, itineris, actus, aquæ-
« ductus, cæterarumque servitutium... » Ce texte prouve que les obligations de servitudes prédiales sont indivisibles, et qu'elles le sont toutes sans exception. Ulpien, après avoir cité les principales servitudes prédiales, *viæ, itineris, actus, aquæductus*, ajoute en effet : *et les autres servitudes*; or, ces mots s'appliquent à toutes les servitudes prédiales, et rien qu'aux servitudes prédiales; car les servitudes prédiales sont appelées en droit romain par excellence *servitudes*. Ceci est démontré par le § 6, t. v, l. II des Inst. de Just., qui oppose au mot *servitudes*, l'usufruit, l'usage et l'habitation, seules servitudes personnelles : « hæc de servitu-
« tibus et usufructu et usu et habitatione dixisse sufficiat. » Si les mots *cæterarumque servitutium* s'appliquaient à toutes les servi-

1. Sic, Cujas, *Comment. ad leg. 2, § 5, De verb. obligat.*; Scipio Gentilis, *op. cit.* cap. xiii, t. I, p. 135 et 136. — Contra : Accurse, *ad l. 2, § 1, De verb. oblig.*; Fæstus, Bartole, etc.

tudes tant personnelles que réelles, ils s'appliqueraient donc aussi à l'usufruit et au droit d'habitation. Or il est certain que l'usufruit est divisible; nous l'avons démontré dans notre section I, en expliquant le texte fondamental à cet égard, la loi 5 D., *De usufructu* (7,1). Nous avons démontré également que le droit d'habitation est divisible. L'usage seul parmi les servitudes personnelles est indivisible.

Quelle est la raison de cette différence entre l'usufruit avec le droit d'habitation d'un côté, et les servitudes prédiales avec l'usage de l'autre? C'est que les servitudes, en leur qualité de choses incorporelles, s'estiment moins d'après ce qu'elles sont par leur nature que d'après ce qu'on en retire; d'après leur nature elles ne sont rien, ce sont des choses qui n'existent pas *natura*, qui ne se conçoivent qu'*intellectu*. Toutes les servitudes consistent dans un usage, à savoir dans l'usage que nous faisons de la chose d'autrui, ou dans l'empêchement que nous mettons à son propriétaire d'en user à son gré. Mais il y a des servitudes qui se bornent à cet usage, d'autres qui ont, en outre, pour but de nous faire percevoir, à titre de gain, des fruits, choses en elles-mêmes corporelles et divisibles. Celles qui se bornent à cet usage, comme l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquæductus*, et les autres servitudes prédiales, ne peuvent pas se diviser, car l'usage par lequel elles s'estiment est indivisible: en effet, nous ne pouvons, pendant que nous passons, modérer notre marche, ou la suspendre, afin que nous soyons censés passer pour partie, ne pas passer pour une autre partie; si nous passons, nous passons sans exception; si nous ne passons pas, il est vrai de dire entièrement que nous ne passons pas; et après que nous sommes passés, il ne nous en reste rien, car le fait s'en va et nous n'en avons rien acquis qui tombe sous les sens et puisse se diviser. Il en est de même de l'usage: ce droit est tout aussi indivisible qu'une servitude prédiale; il consiste, en effet, dans le seul maniement de la chose, après lequel il ne reste rien à l'usager à titre de gain. C'est ce qui est établi par Paul dans la loi 19 *De usu et habitatione* (7, 8), où ce jurisconsulte, comparant l'usufruit à l'usage, dit que l'on peut parfaite-

ment jouir pour partie d'une chose, mais qu'on ne saurait en user pour partie : « ... frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus » ; d'où il conclut que l'usage ne peut être légué pour partie : « Usus pars legari non potest... » Ceci est ensuite parfaitement expliqué par Ulpien, loi 5, § 15, *Commodati vel contra* (13, 6). Ce jurisconsulte dit que, parmi plusieurs usagers d'un bain, d'un portique ou d'un champ, chacun en use *in solidum*, car de ce que l'un use, l'autre n'en use pas moins et en entier, de ce que l'un se baigne, l'autre n'est pas pour cela empêché de le faire et en entier ; chacun exerce la servitude à des époques différentes, mais quand il l'exerce, il le fait en entier : « ... usum... « balnei..., vel porticus, vel campi uniuscujusque in solidum esse : « neque enim minus me uti, quod et alius uteretur... » Il est vrai que l'usager n'a pas seulement le droit de se servir de la chose, mais, en outre, celui d'en percevoir une certaine quantité de fruits. Mais, d'abord, ce droit à une partie des fruits ne résulte pas de la nature même de l'*usus*, d'après laquelle l'usager ne devrait pouvoir que se servir de la chose (Ulpien l. 2 pr. *De usu et habitatione*, 7, 8) ; il n'a été accordé à l'usager que par une interprétation large que les prudents ont fait de la volonté du testateur, dans laquelle l'*usus* puisait ordinairement sa source en droit romain. Il fût, en effet, souvent arrivé que le profit du légataire de l'*usus* d'une chose fût illusoire, si on ne lui avait pas accordé le droit d'en percevoir un peu de fruits. C'est ce qui serait arrivé pour celui auquel on aurait légué l'usage d'un champ : strictement cet individu aurait eu l'avantage illusoire de traverser le champ de long en large. C'est pourquoi l'interprétation des prudents a accordé à l'usager le droit de prendre un peu de fruits, la quantité nécessaire pour subvenir à ses besoins (Ulpien, l. 12, § 1, D., *De usu et habitatione*, 7, 8). Or, les besoins d'une personne sont indivisibles, de sorte que, même quant au droit aux fruits, l'usage est encore indivisible. — L'usufruit, au contraire, comprend, outre le droit de se servir de la chose, celui d'en percevoir tous les fruits ; et l'usage, dans ce cas, sert et est subordonné à la jouissance, il s'estime d'après les fruits qu'il tend à faire avoir, lesquels

sont choses corporelles et divisibles ¹. — Le *jus habitationis*, à la différence du droit d'usage, procure à l'*habitor*, au moins dans le droit de Justinien, l'avantage de pouvoir donner la chose en location, et, par conséquent, de percevoir des fruits civils, fruits qui ne sont pas limités aux besoins de la personne.

Les servitudes prédiales, avons-nous dit, sont toutes indivisibles, les servitudes *oneris ferendi* et d'aqueduc comme les autres. Parmi les servitudes prédiales il y en a quelques-unes dont l'utilité se divise, et d'autres dont l'utilité même ne saurait admettre de parties aliquotes. Ainsi les servitudes de passage sont, comme nous venons de le voir, indivisibles, même quant à leur utilité ; il en est de même des servitudes de vue. Au contraire, la servitude d'aqueduc est divisible quant à son utilité : je puis prendre une partie de l'eau provenant de l'aqueduc, et mon coayant-droit l'autre partie ; je puis conduire l'eau pendant l'été, et mon coayant-droit pendant l'hiver ; l'utilité de la servitude d'aqueduc se divise donc *mensura et tempore*. C'est ce qui est fort bien dit par Julien, loi 5, princ. *De aqua quotidiana et æstiva* (43,20) : « Quum
« constet, non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam
« dividi, potest eodem tempore alius quotidianam alius æstivam
« aquam ducere : ita ut æstate dividatur inter eos aqua, hieme
« solus ducat is qui quotidianæ jus habeat ². »

Sont dans la même catégorie les servitudes *calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*, etc.

La servitude *oneris ferendi* est aussi divisible quant à son utilité, quant à son exercice ³. Mais il faut savoir que cette servitude, à la différence de la servitude *tigni immittendi*, et même de toute espèce de servitude, impose au propriétaire du fonds servant une obligation de faire, celle d'entretenir le mur servant en bon état de réparation, afin qu'il puisse soutenir le poids de la poutre du bâtiment dominant. Or, en supposant que la poutre dont on est convenu pèse 500 livres et que le mur servant soit en état de la

1. Doneau, *Comm. ad leg. 2, § 1, De verb. oblig.*, n° 14.

2. Scipio Gentilis, *Op. cit.*, cap. xiii, t. 1, p. 150.

3. Le même auteur, *eod. op.*, cap. xv *in fine*.

soutenir, le propriétaire du fonds dominant peut alléger le mur pour partie en n'y faisant entrer qu'une poutre de 200 livres. C'est en confondant cet exercice de la servitude *oneris ferendi* avec la servitude elle-même comme qualité du fonds, que Cujas, suivant sur ce point les Basiliques, a soutenu que la servitude *oneris ferendi* était divisible : « Excipienda est servitus oneris ferendi (l. 6, § 4, *Si servitus vindicetur*). Illic enim est verior sensus hujus paragraphi, et recte, lib. 58 Βασιλικῶν, t. 5, conjunctim excipitur ususfructus et servitus oneris ferendi, his verbis πλὴν τῆς περὶ τοῦ φέρειν τὰ βάρη τοῦ γείτονος, καὶ τῆς χρήσεως τῶν καρπῶν. Ratio non est obscura. Cæteræ servitutes in usu consistunt. Ususfructus in fructu. Oneris ferendi in onere posito supra parietem vicini. Uti non possum pro parte. Fructus capere possum pro parte. Adgravare parietem et adlevare possum pro parte, non pariete sed onere diviso, ut si ejus tantum quod ferre paries potest, partem parieti toto imponam¹. » Cujas invoque en faveur de son opinion la loi 6, § 4, D. *Si servitus vindicetur* (8, 5). Ulpien s'exprime ainsi dans cette loi : « Si ædes plurium dominorum sint, an in solidum agatur Papinianus lib. 3 Quæstionum tractat? et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de cæteris servitutibus, excepto ususfructu. Sed non idem respondendum, inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent. » Cette loi prévoit deux cas : d'abord le cas où la maison dominante dont le poids doit être soutenu appartient à plusieurs propriétaires ; dans ce cas Ulpien décide, d'accord avec Papinien, que chaque copropriétaire pourra intenter *in solidum* l'action confessoire de la servitude *oneris ferendi*. Il n'en est pas de même, dit-il, avec Papinien, dans le cas où c'est la maison servante qui appartient à plusieurs copropriétaires.

Les jurisconsultes veulent-ils laisser entendre par là que, dans le cas de plusieurs copropriétaires de la maison servante, le propriétaire de la maison dominante ne pourra poursuivre par l'ac-

1. Cujas, *Comm. ad leg. 83, De verb. oblig.*

tion confessoire de la servitude *oneris ferendi* chacun d'eux que pour sa part, ne pourra demander à chacun d'eux de réparer le mur que pour partie ? C'est ce qu'il faudrait conclure par a contrario dans l'opinion de Cujas pour tirer de ce texte la décision que la servitude *oneris ferendi* est divisible au moins au point de vue passif.

Mais tel ne saurait être le sens de la fin de notre texte. Il est impossible que le propriétaire de la maison dominante ne puisse demander à l'un des copropriétaires du fonds servant la réparation du mur que pour partie. A quoi lui servirait, en effet, cette réparation partielle ? Le mur réparé pour partie s'écroulerait tout aussi bien sous le poids de la maison dominante que s'il n'avait subi aucune réparation. Bien plus, nous sommes convaincu que, si le copropriétaire du fonds servant poursuivi ne voulait ou ne pouvait réparer le mur en entier, il devrait être condamné par le juge à la totalité de la somme que coûterait cette réparation. En effet, le préjudice causé au propriétaire du fonds dominant est de la totalité de la valeur de cette réparation. Au contraire, quoique chacun des copropriétaires de la maison dominante puisse agir *in solidum* contre le propriétaire de la maison servante, et lui demander de réparer entièrement le mur de soutènement, si celui-ci n'exécute pas son obligation en nature, il ne sera condamné envers chacun des copropriétaires du fonds dominant qu'à une part de la valeur de la réparation proportionnelle à sa part de copropriété, car son intérêt ne va pas au delà. Comment se pourrait-il, tandis que l'indivision doit être plus absolue au point de vue passif qu'au point de vue actif, que les jurisconsultes aient voulu décider qu'elle n'existe pas du tout au point de vue passif ? Il faut donc chercher une autre explication à leur pensée elliptique. Cette explication, nous la trouvons dans Antoine Favre. D'après cet auteur, les jurisconsultes ont voulu dire que, — tandis que chacun des copropriétaires de la maison dominante pourra poursuivre séparément pour le tout le propriétaire de la maison servante, et lui demander l'entière réparation du mur, puisqu'il en est seul propriétaire et qu'il peut exécuter son obligation sans

que personne y trouve à redire — au contraire, le propriétaire unique de la maison dominante ne pourra pas poursuivre séparément chacun des copropriétaires de la maison servante et lui demander l'entière réparation du mur, car celui-ci ne saurait, eût-il la meilleure volonté possible, modifier en un point quelconque l'état actuel du mur sans le consentement de ses copropriétaires, mais il devra les poursuivre tous à la fois, afin que, d'un commun accord, ils fournissent ou l'entière réparation ou sa valeur. En effet, il est de principe dans une communauté que l'un des communistes ne peut modifier l'état actuel de la chose commune sans le consentement des autres; que les autres copropriétaires peuvent l'en empêcher, en vertu de la règle, *in re pari, potior causa est prohibentis*. Papinien dit en effet (l. 28 *Communi dividundo* 10, 3) : « Sabinus, *in re communi neminem dominorum jure facere* « *quicquam invito altero posse*. Unde manifestum est prohibendi « jus esse : in re enim pari potio rem causam esse prohibentis « constat... » En faisant l'application de cette règle, Ulpien (l. 12 *eod. tit.*) décide que l'un des copropriétaires d'une maison ou d'un mur commun ne peut le réparer ou y appuyer quelque travail sans le consentement des autres, et que, s'il essaye de le faire, les autres pourront faire respecter le *statu quo* par l'interdit *uti possidetis* et demander compte de son changement par l'action *communi dividundo* : « Si ædes communes sint, aut « paries communis, et eum reficere, vel demolire, vel in eum « immittere quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto *uti possidetis* experimur. ¹ »

Que les servitudes soient ou non divisibles quant à leur utilité, quant à leur exercice, elles n'en sont pas moins toutes indivisibles en ce sens qu'elles grèvent pour le tout chaque partie du fonds servant, et qu'elles sont censées inhérentes à chaque partie du fonds dominant. C'est de cette manière qu'il faut les considérer, et c'est ainsi que les ont considérées les jurisconsultes romains, quand ils ont dit qu'elles sont indivisibles.

1. Antoine Favre, *Rationalia*, in lib. VIII, t. v, l. 6, § 4.

Une des conséquences de l'indivisibilité des servitudes consiste en ce qu'on ne saurait contracter une obligation de servitude pour partie. C'est pourquoi on ne peut stipuler une servitude pour partie : « *Via, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest : quia usus eorum indivisus est* », dit en effet Pomponius l. 7 *De servitutibus* (8, 1).

C'est pour cela encore que si le propriétaire d'un fonds, ayant stipulé une servitude à son profit, aliène ensuite tout ou partie de ce fonds, il annule par là la stipulation en la réduisant dans un état où elle n'aurait pas pu commencer. C'est ce qui est décidé par Modestin, loi 11 *eod. tit.*, en ces termes : «... Si quis, fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui alienet, corrumpit stipulationem, in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit... » En effet, en supposant qu'il eût été dès le début propriétaire pour partie du fonds, il n'aurait pas pu stipuler la servitude, car une servitude peut bien être stipulée au profit d'un fonds entier, ou d'une partie divisée d'un fonds, mais nullement au profit indivise d'un fonds : «... Stipulari viam, iter, actum ad fundum communem socius non potest... » (Paul l. 140, § 2, *h. t.*)

Ce que nous venons de dire de la stipulation d'une servitude s'applique également aux autres modes de création d'une obligation de servitude, par exemple au legs, à la vente d'une servitude, etc. Modestin dit, en effet, dans la loi 11 *De servitutibus* déjà citée : «... Pro parte quoque neque legari, neque adimi via potest : et, si id factum est, neque legatum, neque ademptio valet. » Et Pomponius nous dit qu'une obligation de servitude peut très-bien être créée par vente : « Si iter, actum, viam, aquæductum per fundum tuum emero... » (l. 3, § 2 *De actionibus empti et venditi*, 19, 1). Or, il n'y a pas le moindre doute que l'on ne doive appliquer à ce mode de création de l'obligation d'une servitude les mêmes règles qu'au cas de stipulation. ¹

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, cap. I, § 32, p. 360 et 361 du tome I de la traduction.

De même qu'on ne peut faire naître une obligation de servitude au profit ou à la charge d'une partie indivise d'un fonds, de même on ne peut non plus établir directement (par les voies ordinaires de constitution, *mancipatio*, *cessio in jure*, etc.), une servitude au profit ou à la charge d'une partie indivise d'un fonds : « Pro parte domini servitutum acquiri non posse vulgo « traditur, » dit en effet Modestin, loi 11 *De servitutibus*; d'où il résulte que l'un des copropriétaires d'un fonds ne peut à lui seul acquérir une servitude pour ce fonds : « Per partem domi-
« norum servitus acquiri non potest » (Paul l. 140, § 2, *h. t.* déjà citée). De même l'un des copropriétaires d'un fonds ne peut le grever à lui seul d'une servitude : « Unus ex dominis commu-
« nium ædium servitutum imponere non potest. » (Ulpien l. 2, *De servitutibus*).

Marcellus fait des applications intéressantes du principe qu'un seul des copropriétaires ne peut acquérir une servitude au fonds commun dans la loi 3 *De servitute legata* (33, 3) :

Je lègue à Mævius un fonds avec un droit de passage sur un autre fonds ; je lègue le même fonds à Titius sans droit de passage ; les deux légataires acceptent la libéralité ; l'héritier devra céder le fonds à Mævius sans le droit de passage : en effet, un pareil droit ne peut exister au profit d'un seul copropriétaire d'un fonds commun, être acquis à une partie indivise d'un fonds commun. Que si, au contraire, Mævius accepte le legs pendant que Titius délibère, et qu'ensuite Titius le répudie, l'héritier aura valablement cédé au premier le fonds et le droit de passage : « Si
« fundum Mævio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem
« fundum sine via Titio legasset : si uterque fundum vindicasset,
« sine via legato fundum cessurum ; quia nec acquiri per partem
« servitus potest. Et si prius Mævius fundum vindicaret, altero
« deliberante, posse dubitari, an, si postea Titius omisisset, via
« legatum salvum esset ? Et hoc magis videbatur..... »

Je lègue à quelqu'un un fonds sous condition et un droit de passage purement et simplement ; le testateur meurt, le *dies legati viæ cedit*, et la condition du *legatum fundi* est encore en

suspens : le legs de la *via* s'évanouit, le droit à ce legs s'est ouvert inutilement, car on ne peut acquérir la *via* tant qu'on n'a pas encore acquis le fonds : «... *Quanquam, si sub conditione* « *quis fundum legasset, viam pure... : si, pendente ea, legati dies* « *cessisset, interiturum fore viæ legatum.... »*

Je lègue à quelqu'un une partie indivise d'un fonds *pure*, l'autre partie *sub conditione*, et une *via* également *pure*. Si le *dies legati viæ cedit pendente conditione*, le legs s'évanouira ; car on ne peut encore céder au légataire qu'une partie du fonds ; et un propriétaire d'une partie indivise d'un fonds ne peut acquérir une *via* au profit de ce fonds : «.... *Aut pro parte fun-* « *dum pure, pro parte sub conditione (sous entendu : legasset) :* « *si, pendente ea, legati dies cessisset, interiturum fore viæ le-* « *gatum... »*

Mævius est copropriétaire du fonds Cornélien avec Titius. Je lègue une *via* au premier *pure*, au second *sub conditione* ; je meurs *pendente conditione* : le droit au legs de la *via* fait à Mævius s'est inutilement ouvert *pendente conditione* du même legs fait à Titius, ce legs s'évanouira donc ; car la personne de Titius s'oppose à ce que Mævius puisse revendiquer la *via* au profit du fonds entier : «.... *Ut responsum est, cum alteri ex vicinis, qui* « *fundum communem habebant, viam sub conditione, alteri* « *pure legasset, et pendente conditione decessisset : quia alte-* « *rius legatarii persona impedimento esset, quominus solidus* « *fundus cum via vindicaretur¹. »*

L'obligation d'une servitude ne peut pas plus être éteinte pour partie qu'elle ne peut être créée de la sorte. Ainsi on ne peut en faire acceptilation pour partie : « *Si id quod in stipulationem* « *deductum est, divisionem non recipiat, acceptilatio in partem* « *nullius erit momenti ; utputa si servitus fuit prædii rustici vel* « *urbani... »* (Ulpien, l. 13, § 1, *De acceptilatione*, 46, 4). Ainsi encore on ne saurait révoquer pour parti le legs d'une servitude : «.... *Pro parte... neque adimi via potest : et si id factum est...*

¹. V. Cujas, *Observ.*, cap. xxiii.

« neque ademptio valet. » (Modestin, l. 11, *De servitutibus*, déjà citée).

De ce que l'obligation d'une servitude est indivisible, il résulte encore que, s'il y a plusieurs cocréanciers (originaires ou héritiers) d'une servitude, cette servitude est due à chacun d'eux pour le tout, et peut être demandée en entier par chacun d'eux; qu'en sens inverse, s'il y a plusieurs codébiteurs (originaires ou héritiers) d'une servitude, chacun d'eux la doit en entier, et peut être, à cet effet, poursuivi pour le tout. La plupart des textes appliquent cette règle au cas de stipulation d'une servitude et au cas où les cocréanciers ou codébiteurs sont des héritiers d'un *stipulator* ou d'un *promissor* originaire, parce que la stipulation est la source la plus fréquente des obligations, et que le cas de plusieurs héritiers est de beaucoup plus fréquent que celui de plusieurs cocréanciers ou codébiteurs originaires. Mais ce que ces textes disent dans le cas où l'obligation de servitude prend sa source dans une stipulation, est également vrai dans celui où elle puise sa source dans un autre contrat ou dans un testament; et de même, ce qu'ils disent du cas de plusieurs héritiers, il ne faut pas hésiter un seul instant de l'appliquer au cas de plusieurs cocréanciers ou codébiteurs originaires. Il y a même un petit nombre de textes qui prévoient spécialement le cas de plusieurs créanciers ou débiteurs originaires. Ainsi la loi 19 D., *De servit., præd. rustic.* (8, 3), prévoyant le cas de plusieurs créanciers originaires, dit que, si plusieurs copropriétaires d'un fonds stipulent tous, ou que leur esclave commun stipule pour eux une servitude au profit du fonds commun, chacun d'eux pourra demander la servitude, car elle peut être constituée à tous à la fois, ou à l'esclave commun : «... Sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis sibi dare oportere petere possunt : quia ita eis dari potest a te.... » Pour le cas de plusieurs codébiteurs originaires, nous pouvons citer la loi 25, § 11 D., *Fam. herc.* (10, 2), la loi 11, § 24 D., *De legatis* 3^o (32), et la loi 80 § 1 D., *Ad. leg. Falc.* (32, 2), qui supposent même une

nouvelle source de l'obligation de servitude, le legs. Nous transcrirons ici seulement la loi 80, § 1 D., *Ad leg. Falc.*.... Cette loi, supposant plusieurs héritiers ¹ à la charge desquels un testateur a légué l'obligation de constituer une servitude, décide que chacun d'eux en sera tenu *in solidum* : « Quædam legata dividuitatem non recipiunt : ut ecce legatum viæ, itineris, actusve ; « ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere..... : quorum « omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli « in solidum tenentur..... »

Examinons, avec les textes, d'abord le cas de plusieurs héritiers d'un *promissor* de servitude.

Lorsque le *promissor* d'une servitude meurt en laissant plusieurs héritiers, l'obligation ne se divise pas, et il n'y a pas de doute qu'elle ne dure. En effet, l'obligation aurait pu très-bien prendre naissance dans le cas où le fonds à assujétir eût appartenu à plusieurs propriétaires : un seul d'entre eux aurait pu très-bien promettre la servitude pour le tout. Pour promettre une servitude sur un fonds, il n'est pas nécessaire d'être propriétaire de tout ce fonds, on peut n'en être propriétaire que pour partie, on peut même n'en être nullement propriétaire ; de même que l'on peut promettre la chose d'autrui, de même on peut promettre une servitude sur un fonds que l'on n'a pas : on payera l'estimation de la servitude si on ne réussit pas à faire avoir la servitude elle-même, comme on paye l'estimation de la chose si on ne réussit pas à faire avoir la chose elle-même. « Con- « tra, si promissor viæ decesserit pluribus heredibus institutis, « nec dividitur obligatio, nec dubium est ² quin duret : quoniam « viam promittere et is potest qui fundum non habet..... » dit Paul, l. 25, § 10, *Familiæ herciscundæ* (10, 2). Chacun des héritiers doit la servitude pour le tout : «..... Si divisionem res

1. Les héritiers sont ici des débiteurs originaires, car c'est à leur charge qu'existe pour la première fois l'obligation de servitude.

2. Les mots *nec dubium est* font allusion au doute qui existait au cas où c'est le stipulator d'une servitude qui est mort en laissant plusieurs héritiers, comme nous le verrons en traitant de ce cas.

« promissa non recipit, heredes promissoris singuli in solidum tenentur..... » (Paul, l. 2, § 2, *h. t.*). En conséquence, le stipulant peut poursuivre chacun des héritiers pour le tout, et lui demander la servitude en entier. « Via, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest : et ideo..... si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est. » (Pomponius, l. 17 *De servitutibus*, déjà citée). L'héritier poursuivi ne peut à lui seul constituer la servitude ; car un copropriétaire d'un fonds ne peut à lui seul grever le fonds commun d'une servitude (Ulpien, l. 2 *De servitutibus* déjà citée). Il faudra donc qu'il s'entende avec ses cohéritiers pour que, tous ensemble, ils cèdent *in jure* ou mancipent la servitude au stipulant. Il peut demander un délai au juge à l'effet de sommer ses cohéritiers de venir pour qu'ils constituent ensemble la servitude. C'est ce qu'Ulpien, l. 14 D. *De legatis* 3^o, dit pour le cas d'un *opus* : « Si *in opere civitatis faciendo* aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri, D. Marcus et Lucius Verus Proculæ rescripserunt : tempus tamen coheredi [Proculæ, quem Procula vocari desideravit, ut secum curaret opus fieri] præstiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum..... » ¹. Et c'est ce qu'il applique au cas de servitude, dans le § 24, en ces termes : « Ergo et in statua, et in servitute, cæterisque, quæ divisionem non recipiunt, idem D. Marcus rescripsit. » Il a été même admis que les différents cohéritiers pussent céder séparément la servitude ; la dernière cession confirmera toutes les précédentes ; les héritiers seront censés avoir cédé la servitude tous à la fois. On a été même encore plus loin, et on a admis, par esprit d'équité, que, même avant la dernière cession, le cessionnaire ne pourra être empêché d'exercer la servitude par les héritiers qui l'ont déjà cédée, qu'il pourra leur opposer *exceptio doli* s'ils s'avisent de revendiquer la liberté du fonds. Paul, l. 18 D.,

1. Les mots entre crochets ne se trouvent pas dans l'édition Galisset, ni dans celle des frères Kriegel ; ils sont empruntés à Pothier, *Oblig.*, n. 330.

Communia prædiorum (8, 4) : « Receptum est, ut plures domini, « et non pariter cedentes, servitudes imponant, vel adquirant : « ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmentur : « perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent..... » Celsus, l. 11 D. *De servitutibus prædiorum rusticorum* (8, 3) : « Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi « potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum « fiet jus, quam si omnes cedant : et novissima demum cessione « superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, « et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, « veteri uti cesso jure non posse. »

Si l'héritier poursuivi ne réussit pas à s'entendre avec ses cohéritiers relativement à la cession de la servitude, ou s'il ne veut pas s'occuper de cela, il sera condamné à tout ce que le non établissement de la servitude cause de dommage au stipulant. Mais, dans ce cas, il aura l'action *familiæ herciscundæ* [pour recourir contre ses cohéritiers : «..... Sed quo casu unus ex heredibus solidum præstiterit, repetitionem habebit a coherede familiæ herciscundæ judicio..... » (Paul, l. 2, § 2, *h. t.*). C'est là le sens du mot *solidum* dans ce texte : il signifie *solida æstimatio*, et non *solida servitus* ; en effet, un des héritiers ne peut, à lui seul, fournir toute la servitude, tandis qu'il peut parfaitement, à lui seul, en payer l'estimation entière. Mais, dira-t-on, il doit la servitude et non pas son estimation. Or, quand quelqu'un doit une chose, il ne la doit pas de telle manière qu'il la doive même quand il ne peut pas la fournir : *impossibile nulla est obligatio* (Celsus, l. 185, *De req. juris...*, 50, 17) : et l'héritier en question ne peut pas fournir la servitude. Il faut répondre que cet héritier a succédé au défunt, qui a pu s'obliger lui-même et ses héritiers, l'un en vertu du fait des autres ; que c'est par le fait de ses cohéritiers que la servitude n'est pas cédée, qu'il doit donc être tenu de ce fait comme si c'était le sien propre. On ne peut pas objecter que l'obliger à obtenir le concours de ses cohéritiers, c'est l'astreindre à quelque chose d'impossible : ce peut être là une chose difficile ; mais pour être difficile, cela n'est pas

impossible¹. L'héritier qui a payé toute l'estimation peut, avon- nous dit, recourir par l'action *familiæ herciscundæ*. La raison en est qu'il ne pouvait payer une partie de cette estimation, qu'il était obligé de payer le tout : « Et omnium quæ pro « parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, « familiæ herciscundæ iudicio locus est. » (Paul, l. 25, § 15, *Fam. herc.*) Si, au contraire, il avait pu payer sa part seulement, il n'aurait pu recourir que par l'action *negotiorum gestorum contraria*, comme ayant géré l'affaire des autres en payant leurs parts. Dans notre cas, au contraire, l'héritier peut exercer son recours par l'une ou par l'autre de ces deux actions. Il y a cependant des auteurs qui lui refusent l'action *negotiorum gestorum contraria*, sous prétexte qu'il s'agit ici d'une dépense nécessaire, et que cette action n'est accordée qu'à celui *qui utiliter gessit*, qui a fait par conséquent une dépense utile. Mais la loi 31, § *ult.* D., *De neg., gestis* (3, 5), prouve d'une manière catégorique que l'un des communistes peut user de cette action, même pour recouvrer des dépenses nécessaires : « Qui sumptus *necessarios* probabiles « in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet. » Si l'action *familiæ herciscundæ* s'ouvre avant les poursuites du *stipulator*, alors le juge de cette action fera faire aux héritiers des promesses réciproques garanties par des fidéjusseurs ; chaque héritier stipulera des autres que, si c'est sur lui que tombe le désagrément de la poursuite, ils lui tiendront compte, pour leurs parts, de ce qu'il sera forcé de payer. Il pourra donc, le cas échéant, recourir *ex stipulatu* contre ses cohéritiers ou leurs fidéjusseurs. Paul, l. 25, § 10 D., *Fam. herc.* : « Contra, si « promissor *vix* decesserit pluribus heredibus institutis, nec « dividitur obligatio, nec dubium est quin duret : quoniam *viam* « promittere et is potest, qui fundum non habet. Igitur, quia « singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi « debere, ut si quis ex his conventus litis æstimationem præsti- « terit, id pro parte a cæteris consequatur. » Si le juge de l'action

1. Doneau, *Comm. ad leg.* 2, § 2, *De verb. oblig.*, n. 7.

familiae herciscundæ ne prenait pas cette précaution, celui sur lequel tomberait le désagrément de la poursuite pourrait rester sans recours. En effet, l'action *familiae herciscundæ* ayant déjà été intentée, ne peut plus l'être une seconde fois. Ensuite, il n'est pas sûr qu'il ait l'action *negotiorum gestorum*. Le procès n'est plus commun, comme il est dit dans la loi 31, § *ult.* D. De *neg. gestis*. Et quand même il aurait, comme le pensent certains auteurs, l'action *negotiorum gestorum utilis*, l'action *ex stipulatu* serait toujours plus avantageuse, puisqu'elle pourrait être intentée contre les fidéjusseurs en cas d'insolvabilité des cohéritiers.

Arrivons au cas de plusieurs cohéritiers d'un *stipulator* d'une servitude.

Lorsque le *stipulator* d'une servitude meurt en laissant plusieurs héritiers, il y a des jurisconsultes qui ont été d'avis que la stipulation s'éteint, puisqu'elle est réduite dans un état où elle ne peut pas commencer. En effet, un des communistes ne peut pas stipuler une servitude pour le fonds commun. Un des communistes ne peut non plus acquérir, il ne peut se faire céder à lui seul une servitude pour le fonds commun. Paul, l. 2, § 2, *h. t.* : «..... Sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant; quia per singulos adquiri servitus non potest.» Paul, l. 140, § 2, *cod. tit.* : «..... Stipulari viam, iter, actum ad fundum communem socius non potest.... » Mais la règle que les opérations, les *negotia* valablement faits sont infirmés, s'ils sont réduits dans un état où ils n'auraient pas pu commencer, n'est pas toujours vraie. Parmi les *negotia*, il y en a qui sont parfaits, qui ne désirent plus rien pour leur consommation; d'autres qui ne sont pas encore parfaits, dont il résulte un droit qui est encore en suspens. Les *negotia perfecta*, qui ne désirent plus rien pour leur consommation, qui sont déjà arrivés à leur fin, ne sont jamais infirmés par la survenance d'un cas, d'une cause, qui les aurait empêchés de naître. C'est ainsi qu'une donation une fois accomplie n'est pas infirmée parce que, par la suite, le donateur et la donatrice se seront mariés (l. 5, pr. D.,

De Donat. inter vir. et uxor., 24, 1). De même une servitude une fois constituée n'est pas infirmée parce que, par la suite, le propriétaire du fonds dominant en aura aliéné une partie. En effet, bien qu'une servitude ne puisse être acquise pour une partie indivise d'un fonds, néanmoins une fois qu'elle est acquise pour le fonds entier, elle se conserve en entier au profit d'une partie indivise de ce fonds. Paul, l, 140, § 2, *h. t.* : «..... Per partem
 « dominorum servitus adquiri non potest : adquisita tamen con-
 « servatur et per partem domini : hoc evenit, si pars prædii
 « servientis, vel cui servitur, alterius domini esse cœperit.»
 Quant aux *negotia imperfecta*, qui ne sont pas encore arrivés à leur fin, dont il résulte un droit qui est encore en suspens, tantôt ils sont infirmés par la survenance d'un cas dans lequel ils n'auraient pas pu commencer, tantôt ils ne le sont pas. Ils sont infirmés si le cas qui survient les empêche d'être menés à fin, empêche leur consommation. Ils ne sont pas infirmés, ils durent, si le cas qui survient ne les empêche pas d'être menés à fin. Ainsi la stipulation est un *negotium imperfectum*, puisque ce *negotium* n'est pas encore consommé, qu'il en résulte un droit d'obligation qui doit être exécuté pour que tout soit consommé. Si je stipule un corps certain, et qu'ensuite ce corps certain sorte du commerce, la stipulation est infirmée, puisqu'elle n'eût pas pu commencer dans ce cas et puisque ce cas l'empêche d'être menée à fin : une chose hors du commerce ne peut pas être transportée en propriété; *dari non potest*. Paul, l. 83, § 5, *h. t.* : « Sacram, vel
 « religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, ut
 « forum, aut basilicam, aut hominem liberum, inutiliter stipu-
 « lor : quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in
 « privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest. Nam et
 « cum quis rem profanam, aut Stichum dari promisit, liberatur,
 « si sine facto ejus res sacra esse cœperit, aut Stichus ad liberta-
 « tem pervenerit. Nec revocantur in obligationem, si rursus lege
 « aliqua et res sacra profana esse cœperit, et Stichus ex libero
 « servus effectus sit : quoniam una atque eadem causa et libe-
 « randi et obligandi esset, quod aut dari non possit, aut dari

« possit..... » Au contraire, si je stipule une chose qui reste dans le commerce, mais que je devienne par la suite *furiosus*, la stipulation dure, quoiqu'elle soit arrivée dans un cas où elle n'aurait pas pu être créée : en effet, un *furiosus* ne peut pas stipuler ; elle dure parce que ce cas ne l'empêche pas d'être menée à fin : en effet, la chose sera mancipée, cédée ou livrée à mon curateur. Prenons maintenant des exemples dans les stipulations de servitudes. Si je stipule une servitude pour mon fonds, et que j'aliène ensuite une partie de ce fonds, la stipulation est infirmée, puisqu'elle n'aurait pas pu commencer dans ce cas : je n'aurais pas pu stipuler une servitude pour le fonds commun ; et puisque ce cas de *communio* survenant l'empêche d'être menée à fin : un *socius* ne peut acquérir une servitude pour le fonds commun. Modestin, l. 11 D., *De servitutibus* : « Pro parte domini servitutum acquiri non potest, vulgo traditur. Et ideo, si quis fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non potest..... » C'est pour cela que certains jurisconsultes ont pensé que la stipulation d'une servitude s'éteint pareillement lorsque le stipulant meurt laissant plusieurs héritiers : un des héritiers n'aurait pas pu, en effet, stipuler la servitude pour le fonds commun, et n'aurait pas pu non plus l'acquérir. Mais leur opinion n'a point prévalu. L'opinion qui a prévalu dans ce cas, c'est que la stipulation durera : en effet, les héritiers peuvent s'entendre entre eux pour se faire constituer la servitude à eux tous réunis : cette entente peut être difficile à cause de la trop grande facilité de dissentiment, naturelle aux hommes ; ils peuvent ne pas s'entendre soit parce que les uns d'entre eux ne veulent pas acquérir de servitude, soit parce que les uns veulent qu'elle soit établie sur telle partie du fonds, les autres sur telle autre partie ; mais pour être difficile, l'entente entre les héritiers pour la constitution de la servitude n'est pas impossible, et une stipulation ne s'éteint que quand son exécution devient impossible. C'est pourquoi Paul, l. 2, § 2, *h. t.*, après avoir rapporté l'opinion des *quidam*, la réfute en disant : « sed non facit inutilem stipu-

« lationem difficultas præstationis. » Mais, dans le cas d'aliénation d'une partie du fonds au profit duquel j'ai stipulé une servitude, je puis également m'entendre avec mon copropriétaire pour que la servitude nous soit constituée à nous deux; pourquoi donc, dans ce cas, la stipulation s'évanouit-elle? La raison de la différence est double : 1° Les héritiers succèdent à la stipulation de servitude faite par leur auteur. Au contraire, celui à qui je transporte une partie de mon fonds étant un successeur à titre particulier, ne succède pas à une part proportionnelle de la créance de servitude. 2° La mort du stipulant est un événement naturel, indépendant de sa volonté et de celle de ses héritiers; les héritiers ne doivent donc pas souffrir de l'état de *communio* que cet événement amène après lui. Au contraire, quand le stipulant aliène une partie du fonds, il se met par sa propre volonté dans un état de *communio* : il n'est donc pas dur qu'il en souffre. La loi 140, § 2, *h. t.*, résume assez bien la matière pour que nous la transcrivions ici en entier : « Etsi placeat extingui obligatio-
« nem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest :
« non tamen hoc in omnibus verum est; ecce stipulari viam,
« iter, actum ad fundum communem socius non potest : et tamen
« si is qui stipulatus fuerat, duos heredes reliquerit, non extin-
« guitur stipulatio; et per partem dominorum servitus acquiri
« non potest : adquisita tamen conservatur et per partem do-
« mini : hoc evenit, si pars prædii servientis, vel cui servitur,
« alterius domini esse cœperit. »

Ainsi, lorsque le stipulant meurt en laissant plusieurs héritiers, la stipulation dure. En outre, elle ne se divise pas en vertu de la loi des XII Tables, et, en effet, elle ne peut pas se diviser. Ne faudrait-il pas alors que le juge de l'action *familiæ heriscundæ* s'en occupe pour qu'elle profite à chacun des héritiers? Non, chacun des héritiers agira pour le tout. Si l'héritier poursuivant veut obtenir la constitution de la servitude, il devra s'entendre avec ses cohéritiers pour qu'ils en reçoivent tous ensemble la *cessio in jure*. Les cessions séparées que ferait le promettant à chacun des héritiers du stipulant arriveraient en dernier lieu

également à faire créer le droit de servitude : la dernière cession confirmerait toutes les autres; dans l'intervalle, les héritiers auxquels la cession aurait été faite ne pourraient être empêchés d'exercer la servitude : le débiteur serait ici encore repoussé par l'*exceptio doli* (arg. d'anal. tiré de la loi 11 D., *De serv. præd. rust.* et de la loi 18 D., *Commun. præd.*). — Que si l'héritier poursuivant ne peut pas obtenir le concours de ses cohéritiers pour que la cession de la servitude leur soit faite en commun, et que d'un autre côté il ne veuille pas se contenter d'une cession séparée productrice d'un droit suspensif; ou bien si le promettant ne veut pas se prêter à la constitution de cette servitude, alors celui-ci sera condamné envers l'héritier poursuivant à une part de la valeur de la servitude proportionnelle à la part héréditaire de ce dernier. C'est ce que décide Paul, l. 25, § 9, *Familiæ herciscundæ* (10, 2) : « An ea stipulatio, qua singuli heredes
 « in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubita-
 « tur : veluti si is qui viam, iter, actum stipulatus erat, deces-
 « serit : quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non
 « dividitur, quia nec potest? Sed verius est, non venire eam in
 « iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem : et, si
 « non præstetur via, pro parte hereditaria condemnatio fieri
 « oportet. » Chacun des autres cohéritiers intentera ensuite l'action de la même manière et en tirera un résultat identique. Dans ce cas il n'y a donc pas de recours à exercer. Et si l'action *familiæ herciscundæ* s'ouvre avant les poursuites des héritiers du stipulant, le juge de cette action n'aura pas de précaution à prendre. Il n'y a pas, en effet, à craindre que l'un des héritiers s'arrogé le tout. Car, ou bien le promettant constituera la servitude et cette constitution profitera à tous, ou bien il sera condamné, faute de constitution, à une part de l'estimation proportionnelle à la part héréditaire du demandeur, sauf le droit des autres héritiers d'inquiéter à leur tour le promettant, absolument comme lorsque l'action *familiæ herciscundæ* s'ouvre après les poursuites (*ead. lege* 25, § 9, D., *Familiæ herciscundæ*).

Pourquoi l'un des héritiers du promettant, étant poursuivi *in*

solidum, est condamné également *in solidam aestimationem*, tandis que l'un des héritiers du stipulant, bien qu'agissant *in solidum*, ne peut faire condamner le promettant qu'à une partie de l'estimation, surtout puisque la sentence doit être conforme à la demande? (arg. tiré de la loi *ult. C., De fideicommissariis libertatibus*, 7, 4).

Cette différence provient du droit de celui qui agit. Il faut, en effet, savoir que l'étendue de chaque action se mesure d'après le droit de celui qui agit, et non d'après la situation de celui qui est poursuivi : c'est l'étendue du droit du demandeur et non la position du défendeur qui fixe la limite de l'action. C'est ce que dit Ulpien, l. 1, § 1, *Si pars hereditatis petatur* (5, 4), pour le cas de la *petitio hereditatis*. L'étendue de la *petitio hereditatis*, dit-il, ne se détermine pas d'après ce que détient le possesseur, mais d'après le droit de l'héritier. C'est pour cela que celui qui est héritier pour le tout, revendiquera toute l'hérédité, bien qu'il n'ait à poursuivre qu'un possesseur d'une seule chose héréditaire; et qu'au contraire, celui qui n'est héritier que pour partie, ne revendiquera qu'une partie de l'hérédité, bien qu'il soit vis-à-vis de quelqu'un qui possède toute l'hérédité : « Qui hereditatem vel « partem hereditatis petit, is non ex eo metitur, quod possessor « occupavit, sed ex suo jure : ideo, sive ex asse heres sit, totam « hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex « parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas. » C'est pour la même raison que, dans notre espèce, s'il est dû au demandeur la valeur entière de la servitude, le défendeur doit y être condamné, bien qu'il ne soit pas seul débiteur, mais qu'il ait des coobligés; que si, au contraire, il n'est dû au demandeur qu'une partie de la valeur de la servitude, le défendeur ne doit pas être condamné au delà, bien qu'il soit seul débiteur et de toute cette valeur. Or, le droit du demandeur ne va pas au delà de son intérêt. En supposant que le fonds, au profit duquel la servitude a été promise, vaille 100 sesterces, et avec la servitude 120, le défaut de constitution de la servitude fait éprouver au stipulant un préjudice de 20, bien que le cohéritier poursuivi ne soit pas seul

obligé, mais qu'il ait trois codébiteurs, par exemple; le défaut de constitution de la servitude ne fait, au contraire, éprouver à l'un des cohéritiers du stipulant (supposons-en quatre) qu'un préjudice du quart, c'est-à-dire de 5 sesterces, car la part indivise qu'il a dans le fonds, au lieu de valoir 30 sesterces, en vaut, sans la servitude, 25. Qu'on ne nous objecte pas que la sentence doit être conforme à la demande (l. ult. C., *De fideicom. libert.*, 7, 4). La sentence doit être conforme à la demande quand c'est la chose elle-même qui peut être fournie, et non quand, la chose promise ne pouvant être fournie, il faut arriver à condamner le défendeur à l'estimation : dans ce cas le *quantum* de la condamnation ne doit pas dépasser l'intérêt du demandeur. Ajoutez enfin, que si le promettant était condamné envers l'un des héritiers du stipulant à la valeur entière de la servitude, les autres héritiers, qui n'ont pas encore été désintéressés, le feraient condamner chacun d'eux aussi à la même somme : la circonstance que le promettant a déjà payé à l'un d'eux la valeur entière de la servitude ne peut nuire aux autres, qui n'ont pas d'action pour se faire remettre leurs parts ; d'un autre côté le promettant, en payant à l'un l'estimation entière, n'est pas libéré envers les autres, car le paiement équivaut, quant aux parts des autres, à celui qui est fait à un tiers sans la permission du créancier (l. 12, C., *De solutionibus et liberationibus*, 8, 43). Le promettant payerait donc plusieurs fois la valeur de la servitude : or il n'y a à payer qu'une fois cette valeur, car il n'est dû qu'une seule servitude. Au contraire, il n'y a pas à craindre que le stipulant obtienne plusieurs fois la valeur de la servitude si l'un des héritiers du promettant est condamné au montant intégral de cette valeur, car, en la payant, celui-ci éteint complètement l'obligation, il libère même les autres héritiers : en effet, le débiteur est libéré par le paiement qu'un tiers fait au créancier, à son insu, et même contre sa volonté (l. 23 et l. 53, D., *De solutionibus*.... 46, 3)¹.

Nous pensons, avec M. de Savigny, que la formule de l'action,

1. Doneau, *Commentarium de jure civili*, lib. XV, cap. vi, n. 9.

intentée par chaque héritier, était ainsi conçue, en supposant que le défunt s'appelât A. Agerius et l'héritier demandeur Seius : *Ea res agatur de eo, quod Seii interest. Si paret N. Negidium heredibus A. Agerii viam per fundum Cornelianum dare oportere, quanti ea res est, condemna*. Il fallait, en effet, une *intentio* portant sur toute la servitude, car l'action était intentée *in solidum* par chaque héritier, et une *præscriptio* qui prévint la *deductio in iudicium* de toute la servitude et qui limitait cette *deductio* à ce qui était dû à l'héritier agissant, à l'intérêt qu'il avait à la constitution de la servitude ¹.

Que si, au lieu de supposer la servitude simplement stipulée, nous la supposons déjà constituée, alors le possesseur de cette servitude agira par l'action confessoire *in solidum* contre chacun des copropriétaires du fonds servant; et chacun d'eux devra exécuter en entier l'*arbitrium iudicis*, s'il veut éviter la condamnation, il devra *solidum restituere*, ou plutôt *quasi restituere*, car il s'agit ici d'une quasi-possession, d'une *possessio juris*, il devra laisser exercer la servitude en entier, car c'est dans ce laisser-exercer que consiste la quasi-tradition des démembrements de la propriété; et, s'il ne veut pas *solidum restituere*, il sera condamné à l'entière estimation, car il importe peu au *vindicans* qu'il soit empêché d'exercer la servitude par un seul des héritiers ou par tous. Ulpien, l. 4, § 4, *Si servitus vindicetur* (8, 5) : « Sed et si duorum fundus sit, qui servit, adversus unumquem-
« que poterit ita (c'est-à-dire : in solidum) agi : et (ut Pomponius
« libro eodem scribit), quisquis defendit, solidum debet resti-
« tuere : quia divisionem hæc res non recipit. » La victoire obtenue par le possesseur de la servitude dans l'action confessoire contre l'un des copropriétaires du fonds servant sera acquise contre le fonds, il pourra donc s'en prévaloir contre les autres copropriétaires de ce fonds. La loi 4, § 3, *cod. tit.*, pose cette règle pour le cas de plusieurs copropriétaires du fond dominant. Les textes sont muets pour le cas de plusieurs copropriétaires du

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, § 35, tome I, p. 402 et suiv. de la traduction.

fonds servant. C'est que pour ce dernier cas la chose va de soi : de même que la *restitutio* doit avoir lieu pour le tout, et, à son défaut, la condamnation pour toute la valeur de la servitude, de même le jugement doit produire son effet contre tous. Si les jurisconsultes ont parlé seulement du cas de plusieurs copropriétaires du fonds dominant, c'est qu'un doute pouvait naître dans ce cas : on aurait pu croire que, de même que la condamnation n'a lieu que jusqu'à concurrence de l'intérêt du copropriétaire agissant, c'est-à-dire pour une part de la valeur de la servitude proportionnelle à sa part dans la propriété de l'immeuble, de même l'effet du jugement doit être limité à sa personne.

Si nous supposons maintenant plusieurs copropriétaires d'un fonds, possesseurs d'une servitude, chacun d'eux pourra agir confessoirement *in solidum* contre le propriétaire du fonds servant, et ce dernier devra *solidum restituere* au demandeur, car la servitude ne peut être exercée pour partie; mais s'il est nécessaire d'arriver à une condamnation, il ne sera condamné qu'à la somme correspondante à l'intérêt personnel du demandeur, c'est-à-dire à sa part de propriété dans l'immeuble. Chacun des autres copropriétaires pourra ensuite invoquer à son profit le succès qu'a obtenu leur copropriétaire dans le procès qu'il a intenté avant eux. C'est ce que décide Ulpien, l. 4, § 4, *Si servitus vindicetur* (8, 5) : « Sed et si duorum fundus sit, qui servit, « adversus unumquemque poterit ita (c'est-à-dire *in solidum*) « agi, et (ut Pomponius libro eodem scribit), quisquis defendit, « solidum debet restituere : quia divisionem hæc res non recipit. » La loi 4, § 3 et § 4 parle, suivant nous, de l'action confessoire. Cela ne peut faire de doute pour le § 4, où l'on parle de *defensio* et de *restitutio* : en effet, il n'en peut être question que dans l'action confessoire qui est une action arbitraire et non dans l'action *ex stipulatu*, ou dans la *condictio ex testamento*, ou dans l'action *ex empto*, qui ne le sont pas. C'est dans les actions arbitraires seulement que le défendeur doit donner la *cautio judicatum solvi* par laquelle il promet entre autres *rem defendere*, ce n'est que là que le juge ordonne en vertu de son *arbitrium*, à

titre de satisfaction, de *restituere* ou de *quasi restituere*. Quant au § 3, il parle également de l'action confessoire. En effet, la préposition *sed*, qui lie ce § au § 4, prouve que le § 4 traite du cas inverse de celui dont traite le § 3 : or, le § 4 traite du cas où l'action confessoire compète contre plusieurs copropriétaires d'un fonds servant; donc le § 3 doit traiter du cas où l'action confessoire compète à plusieurs copropriétaires d'un fonds dominant. Le § 5 traite d'une manière incontestable également de l'action confessoire : *confessoria actione mihi utendum*, dit le jurisconsulte dans cette loi. Il en est de même des paragraphes suivants : ils traitent tous de l'action réelle, confessoire ou négatoire. Il en est de même aussi des paragraphes qui précèdent le § 3. Ainsi, dans le § 2, le jurisconsulte commence par ces mots : *in confessoria actione*..... Or, il n'est pas probable que le jurisconsulte, après avoir parlé dans le *principium* et les paragraphes 1 et 2 de l'action réelle, s'interrompe pour traiter dans le § 3 de l'action personnelle, et reprenne ensuite dans les paragraphes suivants traitement de l'action réelle. Enfin l'objet de ce titre est le traitement de l'action réelle, comme le prouve la rubrique : *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*. Quant aux expressions du § 3, *si fundus cui iter debetur*, qu'invoque M. Deslors pour soutenir qu'il s'y agit de l'action personnelle, ce sont au contraire les expressions techniques employées par les Romains pour désigner un fonds dominant, c'est-à-dire un fonds au profit duquel la servitude existe déjà à l'état de droit réel et non simplement à l'état de créance. Les expressions, *fundus cui servitus debetur* ou *cui servitur*, *fundus qui servit* ou *serviens*, sont précisément les expressions romaines consacrées pour désigner ce que les Français appellent *fonds dominant*, *fonds servant*¹. M. Deslors s'est donc laissé mal à propos induire en erreur par l'expression *debetur*, pour croire que cela veut désigner un fonds au profit duquel existe seulement une créance de servitude².

1. L. 4, § 3 et § 4, D., *Si servitus vindicetur*, l. 140, § 2, D., *h. t.* — Sic, M. Pellat, *Op. cit.*, n. 5.

2. *Des obligations divisibles et indivisibles*, p. 26.

Il reprend donc à tort Cujas, qui pense, avec raison, que la loi 4, § 3, D., *Si servitus vindicetur*, traite de l'action confessoire ¹.

Que décider si le copropriétaire du fonds dominant qui agit perd le procès; la chose jugée contre lui sera-t-elle opposable aux autres? Oui, quand bien même la perte du procès est le résultat de la faute du demandeur ou d'une collusion; seulement, dans ce cas, ils pourront se faire indemniser par celui qui a soutenu le procès du préjudice qu'il leur fait éprouver. C'est ce qui résulte de la loi 19, *Si servitus vindicetur* (8, 5). Marcien, lib. 5, *Regularum*: « Si de communi servitude quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est æquum hoc cæteris damno esse: sed, si per collusionem cessit litem adversario, cæteris dandam esse actionem de dolo, Celsus scripsit. Idque ait Sabino placuisse. » Pour se faire indemniser ils agiront par l'action *communi dividundo* (l. 20, D., *Communi dividundo*, 10, 3) si la communauté ne résulte pas d'une société, par l'action *pro socio* si la communauté provient d'un contrat de société, et cela pour le cas de *culpa* et pour celui de *dolus*. Pour ce dernier cas ils auront encore l'action *de dolo*, qui pourra être intentée avec plus d'avantage contre leur adversaire commun, le propriétaire du fonds servant, si le copropriétaire du fonds dominant est insolvable (*ead. lege* 19, D., *Si serv. vindic.*)².

La servitude n'est éteinte par confusion que lorsque la propriété du fonds dominant passe en entier au propriétaire du fonds servant, ou vice versa. Mais il n'y a aucune confusion, ni partielle ni totale, lorsque le propriétaire du fonds dominant devient copropriétaire du fonds servant, ou réciproquement. Dans le premier cas, la servitude est conservée en entier, à raison de la part de propriété qui reste à l'ex-unique propriétaire du fonds servant; mais c'est sur cette part seule qu'elle est désormais utile et efficace. Dans le second cas, la servitude est conservée en entier, à raison de la part de propriété qui reste à l'ex-unique proprié-

1. *Comment. ad leg. 2, § 2, De verb. oblig.*

2. V. M. de Savigny, *Système*, t. VI, § 301, p. 474 et note hh de la traduction de M. Ch. Guenoux.

taire du fonds dominant, mais c'est pour elle seule qu'elle est désormais utile et efficace. C'est ce que décide Paul, l. 140, § 2, *h. t.* : «..... Adquisita tamen conservatur et per partem domini : « hoc evenit, si pars prædii servientis, vel cui servitur, alterius « esse cœperit »; et loi 30 *De servitutibus prædiorum urbanorum* (8, 2) : « Si partem prædii nactus sim, quod mihi, aut cui « ego serviam, non confundi servitutem placet : quia pro parte « servitus retinetur..... » Les mots, *conservatur servitus et per partem domini*, ou bien, *pro parte servitus retinetur*, signifient, en effet, que la servitude est retenue à raison de la part qui reste à l'autre propriétaire, et non qu'elle est perdue pour la part dont on devient propriétaire. C'est pourquoi si le copropriétaire de l'un des fonds, qui est en même temps propriétaire unique de l'autre, aliène la part de propriété qu'il a dans l'un, ou la propriété entière qu'il a dans l'autre, la servitude n'a pas besoin d'une nouvelle constitution pour reprendre tout son effet à l'égard de toutes les parties du fonds, ce qui n'aurait pas lieu si une partie de la servitude avait été effectivement éteinte.

De ce que la servitude peut être conservée à raison d'une partie du fonds à la charge ou au profit de laquelle elle garde son efficacité, il résulte que, si Titius, propriétaire du fonds Titien, au profit duquel existe une servitude sur le fonds Sempronien, appartenant à Sempronius, transfère à ce dernier la moitié du fonds Titien, et que celui-ci transfère à son tour au premier la moitié du fonds Sempronien, la servitude subsistera, le fonds commun servira au fonds commun. En effet, Titius retient la servitude entière que Sempronius lui devait auparavant sur le fonds Sempronien, à raison de la part de propriété qui reste à ce dernier dans ce fonds. Paul, l. 30 *De servitutibus prædiorum urbanorum* (8, 2) : «... Itaque si prædia mea prædiis tuis serviant, et tuorum partem « mihi, et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus...»

De même, si nous supposons que deux fonds, le fonds Titien et le fonds Sempronien, se doivent respectivement des servitudes, et que le propriétaire du premier en transfère la moitié au propriétaire du second, et réciproquement, les servitudes subsisteront,

le fonds commun servira au fonds commun. En effet, Titius retient la servitude entière que Sempronius lui devait auparavant sur le fonds Sempronien, à raison de la part de propriété qui reste à celui-ci dans ce fonds; et réciproquement, Sempronius retient la servitude entière que Titius lui devait auparavant sur le fonds Titien, à raison de la part de propriété qui reste à ce dernier dans ce fonds. Titius ne pourra faire remise à Sempronius de la servitude qu'il exerce sur la part du fonds Sempronien, qui reste à ce dernier; et réciproquement, Sempronius ne pourra faire remise à Titius de la servitude qu'il exerce sur la part du fonds Titien, qui reste à celui-ci : les servitudes subsistent en entier à raison des parts de propriété restantes à Sempronius et à Titius, et ne sauraient être remises pour partie, de même qu'elles ne pourraient être acquises de la sorte. Papinien, l. 34 *De servitutibus prædiorum rusticorum* (8, 3) : «.... Si duo prædia, quæ
« mutuo serviebant, inter eosdem fuerint communicata, quoniam
« servitutes pro parte retineri placet, ab altero servitus alteri re-
« mitti non potest : quamvis enim unusquisque sociorum solus
« sit, cui servitus debetur, tamen quoniam non personæ, sed
« prædio debetur¹, neque adquiri libertas, neque remitti servitus
« per partem poterit. »

Au contraire, si nous supposons que c'est un fonds appartenant à un seul propriétaire qui doit une servitude à un fonds commun, par exemple, que le fonds Sempronien, appartenant à Sempronius, doit une servitude au fonds Titien, appartenant à Titius et à Seius, et que ceux-ci achètent ensuite en commun le premier fonds, la servitude est, dans ce cas, éteinte par confusion. En effet, chacun des copropriétaires a désormais le même droit sur l'un comme sur l'autre fonds; et il n'y a pas ici de rétention possible : Titius ne peut retenir de servitude sur le fonds Sempronien pour la part appartenant à Seius, car celui-ci, n'ayant pas été propriétaire de ce fonds, ne lui devait aucune servitude là-dessus; et réciproquement, Seius ne peut retenir de servitude sur le fonds

1. Sic, Hal., Vulg. — *Prædia debentur*, Flor.

Sempronien pour la part appartenant à Titius, car Titius n'en ayant pas été propriétaire, ne lui devait aucune servitude sur ce fonds. Julien, l. 27. *De serv. præd. rustic* : « Si communi fundo
« meo et tuo serviat fundus Sempronianus, et eundem in com-
« mune redemerimus, servitus extinguitur : quia par utriusque
« domini jus in utroque fundo esse incipit¹. . . . »

Il n'en est pas de même, dit le jurisconsulte, si ce n'est pas à un fonds commun que sert le fonds Sempronien, mais bien à deux fonds appartenant à deux propriétaires différents qui l'achètent ensuite : dans ce cas, la servitude subsiste. En effet, s'il n'est pas toujours vrai que, *communi prædio per communem servitus debetur*, il est au contraire toujours vrai que, *proprio fundo per communem servitus debetur*. Le propriétaire de chacun des fonds propres exercera la servitude sur la part qui appartient à l'autre dans le fonds commun : « At si proprio meo et proprio tuo idem serviat, manebit servitus : quia proprio fundo « per communem deberi (sous-entendez : servitus) potest. »

II. Les *faciendi obligationes* nous fournissent également des exemples d'obligations indivisibles. Il y a même des auteurs qui ont cru que ces obligations étaient, en règle générale, indivisibles. Ils ont été amenés à le penser par la loi 2 princ. *D., h. t.*, dans laquelle Paul dit que, parmi les stipulations, quelques-unes consistent in *dando*, et d'autres in *faciendo* : « Stipulationum « quædam in dando, quædam in faciendo consistunt. » Ils ont cru que Paul voulait donner par là la mesure de la distinction des obligations en divisibles et indivisibles ; que le premier membre de la division de Paul correspondait aux obligations divisibles, et le second aux obligations indivisibles ; que les obligations in *dando* étaient, en général, divisibles, tandis que les obligations in *faciendo* étaient, en général, indivisibles. C'est ainsi que Julius Rubo² décide que toutes les *stricti juris faciendi obligationes*

1. V. Cujas, *Comment. in lib. vii, Quæstionum Papiniani, ad leg. 34, De serv. præd. rust.*

2. *Op. cit.*, p. 982 et suiv. du T. VIII de la *Revue étrangère et française de législation*, etc.

sont indivisibles. Mais cette opinion, nous la croyons erronée. Paul lui-même, dans la suite de la loi 2, nous dit que, parmi les stipulations (par conséquent parmi les obligations *stricti juris*) *in faciendo*, il y en a qui sont divisibles et d'autres qui sont indivisibles. En effet, il dit : « Et harum omnium quædam partium « præstationem recipiunt.....; quædam non recipiunt..... » *Harum omnium*, c'est-à-dire parmi toutes les obligations dont il vient de parler, tant parmi celles *in dando* que parmi celles *in faciendo*. Ensuite, un peu plus loin, l. 4, § 1, *h. t.*, le même jurisconsulte, d'accord avec Caton, nous donne la véritable base de la distinction des obligations *in faciendo* en divisibles et indivisibles, et compte parmi les stipulations, par conséquent parmi les obligations *stricti juris in faciendo* elles-mêmes, des obligations divisibles. Il dit, avec raison, nous nous plaisons à le répéter, que le fondement de la distinction des obligations *faciendi*, comme de celle des obligations *dandi*, en divisibles et indivisibles, c'est la nature de ce qui forme l'objet de chacune d'elles. Il nous dit, en effet, que la stipulation est divisible ou indivisible, suivant que le fait qu'on a promis est ou non susceptible d'exécution partielle; c'est-à-dire, suivant que la promesse de ce fait peut ou non être violée pour partie, suivant que la violation de cette promesse par l'un des débiteurs équivaut ou non à sa violation par tous, cause ou non au créancier un préjudice aussi grand que celui qui résulterait de sa violation par tous : «..... Ab « omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, velut « iter fieri : quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus « quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod « divisionem recipiat, veluti *amplius non agi* : tum cum here- « dem qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam com- « mittere. Differentiæ hanc esse rationem : quod in priore casu « omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non « poterit, illam stipulationem *per te non fieri quominus mihi ire « agere liceat.....* » Paul, dans ce fragment, rapporte que Caton suppose une stipulation de faire avec clause pénale, qu'une peine a été promise pour le cas où l'on contreviendrait à ce dont on est

convenu : *pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit*; et décide que, si ce dont on est convenu est un fait indivisible, la peine sera encourue par tous; si, au contraire, c'est un fait divisible, elle sera encourue par le contrevenant seul, pour sa part dans l'obligation. Nous croyons que Paul, en rapportant l'opinion de Caton, l'approuve par là même tacitement. S'il n'avait pas eu l'intention de l'approuver, il ne l'aurait pas rapportée; ou bien, après l'avoir rapportée, il l'aurait combattue expressément; ou, tout au moins, il aurait émis son opinion à côté de celle de Caton, sans combattre cette dernière d'une manière formelle. Aussi, nous pensons que J. Rubo est dans l'erreur, quand il dit que Paul critique l'opinion de Caton qui distingue le *factum individuum* et le *factum quod divisionem recipit*, et quand il soutient que, si Paul décide plus bas que les *stipulationes in faciendo, amplius non agi et Titium heredemque ejus ratum habiturum*, sont indivisibles, c'est que ce sont des stipulations prétoriennes qui ne sont point de droit étroit, mais à l'égard desquelles on prend pour guide l'équité¹. Il est vrai que les stipulations prétoriennes ne s'interprètent pas strictement comme les stipulations conventionnelles, qu'on y tient compte, au contraire, de l'intention du prêteur qui les a ordonnées (l. 52, princ. D., *h. t.*, et l. 9 D., *De stipul. prætor.*, 46, 5). Mais Paul ne dit pas que les stipulations, *amplius non agi et Titium heredemque ejus ratum habiturum*, sont divisibles parce qu'elles sont prétoriennes; après avoir rapporté la base de la distinction de Caton, il n'ajoute pas qu'il la désapprouve et qu'il y substitue une autre; que, suivant lui, les stipulations *in faciendo* sont indivisibles ou divisibles, suivant qu'elles sont conventionnelles ou prétoriennes. Bien au contraire, il décide, dans la loi 2, § 1 *De stipulationibus prætoriiis* (46, 5), que la stipulation prétorienne *ex operis noviciatione* est indivisible. En effet, après avoir dit, dans le *principium* de la loi 2, que, parmi les stipulations prétoriennes, quelques-unes ont pour objet *rei restitutionem* (le rétablissement

1. *Op. cit.*, p. 986 du T. VIII de la Revue étrangère, etc.

de la chose dans son premier état)¹, d'autres, *incertam quantitatem* (une quantité indéterminée); il donne, dans le § 1, comme exemple de stipulation ayant pour objet *rei restitutionem*, la stipulation *ex operis novi nunciacione*; et il décide que, si celui qui a stipulé que l'ouvrage sera détruit, meurt en laissant plusieurs héritiers, et que l'un de ces héritiers agisse contre le promettant, par l'action *ex stipulatu*, et triomphe, le promettant devra détruire l'ouvrage entier, démolir, par exemple, la construction entière; que si, en sens inverse, c'est celui qui a promis que l'ouvrage sera détruit qui meure en laissant plusieurs héritiers, et que l'un de ces héritiers soit poursuivi par l'action *ex stipulatu*, et succombe, il devra faire en sorte que l'ouvrage soit détruit en entier : d'où il faut conclure que, dans la pensée de Paul, faute de destruction de l'ouvrage, chacun des héritiers pouvait être condamné au montant intégral du dommage résultant pour le stipulant de cet ouvrage : « Sicuti stipulatio ex operis novi nunciacione, qua cavetur ut « opus restituatur : ideoque sive actor sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente, vel victo, totum opus restitui debebit : quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum. » Voilà donc Paul qui traite d'indivisible une stipulation *faciendi* prétorienne, la stipulation *ex operis novi nunciacione*; il n'est donc pas vrai qu'il entend substituer à la distinction de Caton, d'après laquelle les stipulations *faciendi* sont divisibles ou indivisibles, suivant que le fait est ou non de sa nature susceptible de division, d'exécution partielle, la distinction d'après laquelle les stipulations *faciendi* seraient divisibles ou indivisibles, suivant qu'elles seraient prétoriennes ou conventionnelles; il nous paraît, au contraire, démontré que Paul approuve tacitement la distinction de Caton.

1. Ulpien, l. 2, § 43, *Ne quid in loco publico vel itinere fiat* (43, 8) : « Restituere videtur qui in pristinum statum reducit; quod fit, sive « quis tollit id, quod factum est; vel reponat quod sublatum est... — On est censé rétablir les choses quand on les remet dans leur premier état, ce que l'on fait en enlevant ce que l'on a mis, ou en remettant ce qu'on a enlevé..... »

Ainsi les *faciendi obligationes* sont divisibles ou indivisibles, suivant la nature du *factum* que contient chacune d'elles. — Une considération puissante vient en faveur de notre thèse : c'est que la loi des XII Tables avait ordonné qu'à la mort d'un créancier ou d'un débiteur les obligations se divisassent *ipso jure* entre ses héritiers : « *Nomina inter coheredes pro portionibus hereditariis erecta cita sunt.* (Table V, loi 2). » Or, cette disposition si impérative ne pouvait être mise de côté au gré des jurisconsultes ou des juges chargés de l'appliquer ; une loi supérieure, la loi de l'impossibilité naturelle pouvait seule en exclure l'application. Cette manière de voir est confirmée par les expressions du jurisconsulte Paul, qui dit, l. 25, § 9 *Familiae heriscundae* (10, 2), de la stipulation d'une servitude de passage, qu'elle n'est pas divisée en vertu de la loi des XII Tables, parce qu'elle ne peut pas l'être : «..... Talis stipulatio non dividitur per legem duodecim « tabularum, quia nec potest¹..... »

Parmi les *faciendi obligationes* indivisibles on peut citer, en premier lieu, l'obligation d'un *opus*. On appelle ainsi un ouvrage consommé, portant en lui-même le caractère d'achevé, ayant une utilité particulière qu'on ne peut tirer que lorsque l'ouvrage est terminé, et une forme et un nom propres qui ne résultent que de la consommation. C'est ce que les Grecs appellent ἀποτέλεσμα, par opposition à ἔργον, qui ne présente que le caractère d'un simple travail. Paul, l. 5, § 1, *De verb. signif.* (50,16) : « Opere locato « conducto : his verbis Labeo significari ait id opus quod Græci « ἀποτέλεσμα vocant (non ἔργον), id est, ex opere facto corpus aliquod « perfectum. » Telle est, par exemple, la construction d'une maison ; l'utilité d'une maison consiste à être habitée ; or, on ne peut pas l'habiter lorsqu'elle n'est qu'à moitié construite : le service que l'on tire d'une maison à moitié construite n'équivaut pas à l'habitation d'une moitié de maison construite, et cette construction à moitié terminée ne peut même pas porter

1. Sic, Cujas, *Comm. ad l. 2, § 5 et l. 4, § 1, De verb. oblig.*; Doneau, *Comm. de jure civili*, L. XV, cap. vi, n° 10; Savigny, *Op. cit.*, § 32, tome I, p. 361 et suiv. de la traduction.

le nom de maison, en même temps qu'elle ne peut servir à l'usage qu'on tire d'une maison. Tels sont encore la construction d'un bain ou d'un stade, le creusage d'un fossé, et autres travaux analogues faits sur le sol. C'est ce qui est très-bien exprimé par le jurisconsulte Gaius, l. 80, § 1, *Ad leg. Falc.* (35, 2) : « Neque enim ullum balneum, aut theatrum, aut stadium « fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consum-
« matione contingit, non dederit..... » Ce qui veut dire : Quand on a construit une maison jusqu'à une certaine hauteur, on ne peut pas dire qu'il y a là une partie de maison. il n'y a pas en effet de parties de ce qui n'existe pas encore, on ne pourra concevoir des parties de la maison que quand elle sera complètement achevée. Il est vrai que pour arriver à construire une maison, il faut faire des travaux successifs, mais ces travaux ne peuvent être ramenés, ne correspondent pas à des rapports numériques, à des fractions d'une maison : une maison à moitié construite n'équivaut pas une moitié de maison terminée ; en effet, l'usage, l'utilité qu'on en tire, n'est pas le même ; on ne peut habiter une maison à moitié construite comme on habite la moitié d'une maison achevée ; l'usage auquel est destinée la maison ne pourra avoir lieu que quand elle sera entièrement finie, c'est alors seulement qu'il pourra y avoir des fractions de cet usage s'appliquant à des fractions de la maison. — Si nous prenons pour point de départ cette idée de l'*opus*, il nous est impossible d'en restreindre l'application aux travaux du sol, parmi lesquels les jurisconsultes romains ont choisi la plupart de leurs exemples. On peut y faire rentrer la confection d'une chose mobilière, comme la construction d'un vaisseau (l. 44, § 6 D., *De oblig. et action.*, 44, 7), la fabrication d'une horloge astronomique ou d'un instrument de musique, la peinture d'un tableau, etc. ; ici, toutefois, la question d'indivisibilité n'aura d'importance que dans les cas où le travail entrepris sortira de la sphère des travaux ordinaires¹.

Ainsi l'obligation ayant pour objet la construction d'un *opus*

1. M. de Savigny, *op. cit.*, § 32, t. 1, p. 364 de la traduction.

est indivisible. Ce caractère est exprimé d'une manière formelle par Gaius, l. 80, § 1, *Ad legem Falcidiam* : « Sed et si « opus municipibus heres facere jussus est, individuum vi- « detur legatum.....; » et par Paul, l. 85, § 2, *h. t.* : « Secunda « (c'est-à-dire l'espèce d'obligation dans laquelle *totum peti ne- « cesse est, nec divisum præstari potest) ad opus, quod testator « fieri jusserit..... »*

Le débiteur d'un *opus*, en le faisant à moitié, n'est pas censé avoir exécuté l'obligation pour moitié, et n'en est pas par conséquent libéré pour cette part. Cela résulte de la loi 15, *h. t.* Pomponius, dans cette loi, s'exprime ainsi : « Et ideo hæsitatur, si aliqua pars insulæ facta est, deinde incen- « dio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rur- « sus ad ædificandum insulam, an vero reliquum dumtaxat ex- « pectandum quod deerat? Et verius est ut integrum ei detur. »

Si donc on accorde au débiteur en entier le temps nécessaire pour la reconstruction de la maison, c'est qu'il doit la reconstruire en entier, c'est donc qu'il n'était pas libéré de la moitié de son obligation *domum ædificandi*. Mais on ne doit pas en conclure que le débiteur de la maison à construire supportera pour cela les frais de l'entière construction qui est à recommencer. Non, les risques sont pour le créancier, car la maison à moitié construite a péri par cas fortuit, et nul débiteur ne répond des cas fortuits. C'est donc aux frais du créancier que le débiteur reconstruira la maison jusqu'à la mesure de ce qui vient d'être consumé par l'incendie. Tout ce que la loi 15 *h. t.* veut dire, c'est que le débiteur ne pourrait soutenir qu'il a exécuté l'obligation pour moitié, en construisant à moitié la maison qui vient de brûler, qu'il ne peut pas prétendre que c'est au créancier à la faire reconstruire par un autre architecte jusqu'à la moitié qui vient de brûler, et ne prendre à sa charge que de la continuer à partir de ce point. C'est de cette manière que nous concilions cette loi avec la loi 59 D., *Locati conducti* (19, 2), dans laquelle Javolenus s'exprime ainsi : « Marcius domum « faciendam a Flacco conduxerat; deinde operis parte effecta, « terræ motu concussum erat ædificium. Massurius Sabinus,

ait, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci « esse periculum. » On sait que dans la *locatio operis* c'est celui qui donne l'ouvrage à faire, qui *locat opus faciendum*, qui s'appelle *locator*, et c'est l'entrepreneur qui se charge de faire cet ouvrage que l'on nomme *conductor*; par opposition à la *locatio operarum*, où c'est celui qui s'engage à fournir son travail qui s'appelle *locator operarum*, et celui qui le charge de travailler que l'on nomme *conductor operarum*. Javolenus suppose que Marcius s'est chargé de construire une maison pour Flaccus; il l'a construite à moitié, lorsqu'elle s'écroule par suite d'un tremblement de terre; elle périt donc par cas fortuit : le jurisconsulte décide, en conséquence, que les risques seront pour Flaccus, c'est-à-dire que c'est ce dernier qui supportera les frais de la reconstruction jusqu'à la hauteur de ce qui vient de s'écrouler. Cette loi laisse donc entière la question de savoir si l'architecte devra rebâtir la maison en entier, question qui est résolue implicitement par la loi 15, *h. t.*; de même que cette dernière loi laisse entière la question des risques, celle de savoir qui supportera les frais de la reconstruction jusqu'à la mesure de ce qui vient de périr par cas fortuit, question qui est tranchée par la loi 59 D., *Locati conducti*. C'est ainsi que Doneau¹ et Antoine Favre² entendent ces deux lois. Julius Rubo paraît être d'un avis contraire. Voici ce que M. Guis lui fait dire dans l'analyse qu'il donne de son ouvrage³ : « Nous avons vu que lorsqu'on a stipulé la construction d'un ouvrage, l'obligation ne peut être remplie que *in solidum*, parce que son objet est indivisible; il en est tout autrement dans la *locatio operis* (V. l. 59 D., *loc.*). » Ainsi, d'après J. Rubo, la loi 59 *Locati*... voudrait dire que le *conductor* d'un *opus* est libéré pour moitié, lorsqu'il a fait l'*opus*, construit la maison, pour moitié, et que, si elle vient à périr dans cet état par cas fortuit, ce sera au *locator operis* à la faire reconstruire pour la première moitié, et ne sera tenu, lui,

1 *Comm. ad leg. 15, De verb. obligat.*

2 *Rationalia ad leg. 59, Locati conducti.*

3. *Revue étrangère, etc., T. VIII, p. 991.*

que de la terminer ; tandis que si, au lieu d'un *conductor operis*, d'un débiteur tenu d'une obligation *bonæ fidei* de construire un *opus*, nous supposons un *promissor operis* ou un héritier chargé par un testateur de faire un *opus* (cas prévus par la loi 15 *h. t.*, qui statue très-probablement dans les espèces posées par la loi 14 *h. t.*, puisque ces lois sont tirées toutes les deux du *Commentaire de Pomponius sur Sabinus*, comme on peut s'en convaincre par les inscriptions qu'elles portent en tête), si, en un mot, nous supposons un débiteur tenu d'une obligation *stricti juris* (*condictio ex stipulatu* ou *ex testamento*) de construire un *opus*, il ne serait pas libéré pour moitié en construisant à moitié la maison, par conséquent si cette maison venait à périr dans cet état par cas fortuit, il serait obligé de la reconstruire en entier. Cette manière de voir de J. Rubo nous paraît erronée. La loi 59 *Locati...*, dit, en effet, seulement que les risques seront pour le *locator operis*; ce qui signifie, comme nous l'avons déjà dit, que c'est lui qui supportera les frais de la reconstruction jusqu'à la hauteur de ce qui a péri par cas fortuit. Il ne faut pas conclure de ce que les risques de la maison à moitié construite sont pour le *locator operis* que le *conductor operis* est libéré pour moitié de son obligation, c'est-à-dire qu'il ne doit plus que terminer la maison dont le *locator* a été obligé de faire reconstruire la première moitié par un autre architecte. Car alors, en sens inverse, puisque le *promissor operis* ou l'héritier tenu par la *condictio ex testamento* n'est pas libéré pour moitié lorsque la maison à moitié construite vient à périr par cas fortuit, comme cela résulte de la loi 15 *h. t.*, il faudrait conclure que les risques de la maison à moitié construite sont à sa charge, que c'est à ses frais qu'il devra reconstruire la maison en entier. Or, il est certain que les cas fortuits ne nuisent pas plus à celui qui est tenu d'une obligation *stricti juris* qu'à celui qui est tenu d'une obligation *bonæ fidei*.

Nous venons de voir qu'une première conséquence de ce que l'obligation d'un *opus* est indivisible, c'est que, si nous supposons un seul débiteur et un seul créancier, le débiteur n'est pas libéré de la moitié de l'obligation en construisant l'*opus* pour

moitié; de sorte que si l'*opus* à moitié construit vient à périr par cas fortuit, le débiteur ne se libérera pas entièrement en le reconstruisant pour moitié : il ne pourra pas laisser au créancier la charge de le faire terminer par une autre personne ; il devra, au contraire, reconstruire totalement cet *opus* ; seulement ce sera, bien entendu, le créancier qui supportera les frais de reconstruction de toute la partie qui a péri par cas fortuit.

Une autre conséquence de l'indivisibilité de l'obligation d'un *opus*, c'est que, si nous supposons plusieurs débiteurs (originaires ou héritiers), chacun d'eux sera tenu d'exécuter cet *opus* en entier.

Le cas de plusieurs débiteurs originaires est prévu d'une manière spéciale par plusieurs textes, qui parlent tous d'un legs imposant à plusieurs héritiers la construction d'un *opus*. Ce sont les lois 83, § 2, *h. t.*, 41, § 23 et § 24, D., *De legatis* 3° (32), 80, § 1, D., *Ad. leg. Falcid.* (35, 2), et 44, § 8, D., *Fam. hercisc.* (10, 2)¹.

Le cas de plusieurs héritiers d'un débiteur originaire, qui se présente d'ordinaire si fréquemment, ne fait pas ici l'objet d'une mention spéciale. Mais nous trouvons, dans la loi 72, princ., *h. t.*, cette décision générale, que l'obligation d'un *opus* se place absolument sur la même ligne que l'obligation d'une servitude, qu'elle est complètement indivisible. Or, cette décision embrasse dans sa généralité le cas de plusieurs héritiers d'un débiteur primitif comme celui de plusieurs débiteurs originaires.

La conséquence de ce que l'obligation d'un *opus* est indivisible entre plusieurs débiteurs, c'est, comme nous l'avons dit précé-

1. Un doute pourrait naître de la loi 49, § 4 D., *De legatis* 2° (31), ainsi conçue : « Si testator.... jussisset.... opus fieri : pro portione sua eos « præstare, quibus pars hereditatis adcreceret.... » D'après cette loi, l'héritier auquel accroît une partie de l'hérédité, doit, même pour cette partie, contribuer à un *opus* mis à la charge de tous les héritiers. Il semblerait donc que l'obligation de l'*opus* se divise entre les héritiers. Mais ici il s'agit, non pas des rapports des héritiers vis-à-vis du créancier (qui peut agir *in solidum* contre chacun d'eux), mais bien des rapports des héritiers l'un vis-à-vis de l'autre, de la répartition à établir plus tard entre eux.

demment, que chacun d'eux doit, pour se libérer, construire l'*opus* en entier. Les débiteurs ont, pour exécuter leur obligation, un délai qui comprend tout le temps nécessaire à l'achèvement de l'*opus*. Pendant ce temps ils ne peuvent pas être poursuivis. Passé ce délai, le créancier peut agir contre chacun d'eux pour lui demander la construction de l'ouvrage *in solidum* (Pomponius, l. 14, *h. t.*). Bien que poursuivi, l'héritier peut encore se libérer en construisant l'ouvrage avant que l'instance soit liée; mais il ne peut plus se libérer de cette manière dès qu'il y a litiscontestation (Paul, l. 84, *h. t.*). L'héritier poursuivi a même le droit de demander, avant la litiscontestation, un délai à l'effet de sommer ses cohéritiers de concourir à la confection de l'ouvrage. Si, dans ce délai, ses cohéritiers ne fournissent pas leur coopération, il doit le construire à lui seul; s'il le fait, il aura l'action *familiæ herciscundæ* contre chacun d'eux pour se faire rembourser par lui la part qui doit lui incomber dans le coût de cette construction (Ulpien, l. 11, §§ 23 et 24, *De legatis* 3°, XXXII, et Paul, l. 44, § 8, *Fam. herc.*, 10, 2). Faute par l'héritier poursuivi de construire l'*opus*, le créancier peut agir contre lui ou contre l'un quelconque de ses cohéritiers, à l'effet de lui demander l'entière estimation de cet *opus*; et, dans ce cas encore, celui qui aura payé cette entière estimation aura le recours par l'action *familiæ herciscundæ* contre chacun de ses cohéritiers, pour se faire restituer par lui la part qu'il doit supporter dans cette estimation. En effet, Paul, l. 83, § 2, *h. t.*, nous dit que les héritiers chargés par le testateur de faire un *opus* en sont tenus chacun *in solidum*: *singuli heredes in solidum tenentur*. Or, ces expressions signifient non-seulement que chaque héritier doit accomplir l'*opus* en entier, pour éviter la condamnation, mais encore qu'en cas de condamnation, elle sera prononcée contre chacun d'eux pour le montant intégral de l'estimation. En effet, ces mêmes expressions sont employées par le même jurisconsulte, l. 2, § 2, *h. t.*, à propos des héritiers du promettant d'une servitude, et dans ce cas elles ont incontestablement cette double portée. De plus, le jurisconsulte Gaius, l. 80, § 1, *Ad leg. Falc.*,

après avoir dit qu'il y a certains legs indivisibles, et avoir cité comme tels le legs d'une servitude et celui d'un *opus*, décide ensuite, relativement à tous ces legs, que les héritiers en sont tenus *singuli in solidum*. Voilà donc Gaius qui embrasse dans une même décision le legs de servitude et celui d'un *opus*; et, pour exprimer la conséquence de leur indivisibilité, se sert des mêmes termes, *singuli in solidum tenentur*. Or, il est impossible que, dans une même phrase, ces mots aient un sens différent relativement à chacune des deux espèces de legs que le jurisconsulte enveloppe sous la même expression, *quorum omnium legatorum nomine*. Ulpien lui-même, l. 72, princ. *h. t.*, met absolument sur la même ligne l'obligation d'une servitude et celle d'un *opus*; en effet, après avoir dit que les stipulations sont indivisibles lorsqu'elles ont pour objets des choses non susceptibles de parties, telles que les stipulations d'une *via*, d'un *iter*, d'un *actus*, d'un *aquæductus*, et de toute autre servitude prédiiale, il ajoute qu'il pense qu'il en est de même (*idem puto*) si on a stipulé un fait de la même nature, par exemple *fundum tradi, fossam fodiri, insulam fabricari*, ou tout autre fait analogue; car toute tentative de les diviser dénaturerait la stipulation.

Il y a, au contraire, des auteurs, tels que Cujas¹, Doneau², Scipio Gentilijs³, et J. Rubo⁴, qui pensent que l'exécution de l'*opus* doit bien avoir lieu pour le tout, mais que la condamnation, si elle a lieu, ne doit intervenir contre chacun des héritiers que pour sa part héréditaire. En effet, Doneau, qui a développé longuement cette opinion, distingue deux périodes, deux phases dans l'obligation de faire : la première, qui comprend tout le temps nécessaire à la construction de l'*opus*, et pendant laquelle on ne peut pas agir contre les héritiers débiteurs de cet *opus* (l. 14, *h. t.*); la seconde, qui suit immédiatement l'expiration de

1. *Comm. ad leges*, 2, § 5 et 72 princ., *De verb. oblig.*

2. *Comm. ad leges*, 2, § 5, nos 6 et 7, 72 princ., n° 23 et n° 30 et suiv.; et *Comm. de jure civili*, lib. XV, cap. vi, nos 11, 12 et 13.

3. *Op. cit.*, cap. XXI et ult., in fine.

4. *Revue étrangère*, etc., p. 983.

ce délai, et pendant laquelle seule on peut poursuivre les débiteurs en justice. Pendant la première période les héritiers débiteurs, s'ils veulent exécuter spontanément l'obligation, doivent effectuer l'*opus* en entier, un seul d'entre eux ne serait pas libéré en le faisant pour partie. C'est à cette période de l'obligation que se réfèrent Gaius, l. 80, § 1, *Ad leg. Falc.*, et Paul, l. 85, § 2, *h. t.* Mais dès que le temps nécessaire pour la construction de l'*opus* est écoulé, sans que cette construction soit réalisée, l'obligation se résout en une somme d'argent, montant de l'estimation de cet *opus*. Or, une somme d'argent est une chose parfaitement divisible. Par conséquent, dès que le moment d'agir est arrivé, le créancier ne peut poursuivre chacun des héritiers que pour une part de l'estimation proportionnelle à sa part héréditaire, et le faire condamner qu'à cette part. C'est à cette seconde période que se réfère Ulpien quand il dit que, suivant l'opinion de Tubéron, rapportée par Celsus, lorsqu'on stipule un fait, et que ce fait n'est pas exécuté, l'obligation se convertit en une somme d'argent, par conséquent se divise, et que l'action elle-même doit porter sur la valeur de ce fait estimé en argent : « ... Celsus « tamen, lib. 38, Digestorum, refert Tuberonem existimasse, « ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari « oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; « secundum quem Celsus ait posse dici, juxta æstimationem¹ « facti, dandum esse petitionem. » Suivant Doneau et ses partisans, Ulpien approuverait l'opinion de Tubéron et de Celsus.

Nous ne contestons pas qu'il y a certains passages, dans les Pandectes, dans lesquels un jurisconsulte, au lieu d'exprimer formellement son opinion, fait parler un autre jurisconsulte antérieur qu'il approuve tacitement. Mais telle ne peut être l'intention d'Ulpien dans la loi 72. En effet, ce jurisconsulte donne son opinion personnelle au commencement de cette loi, opinion qui consiste à mettre sur la même ligne l'obligation d'un *opus* et celle d'une servitude : or, cette dernière est incontestablement indi-

1. Sic Vulg., Hal., — Flor. : *justa æstimatione*.

visible dans toutes ses phases, depuis le commencement jusqu'à la fin : il en est donc de même de la première dans la pensée d'Ulpien. Par conséquent, lorsqu'ensuite ce jurisconsulte cite l'opinion contraire de Tubéron rapportée par Celsus, il ne peut la citer que comme une opinion à part, pour faire voir que la question avait été controversée. Le sens de la loi 72, princ., dans son ensemble, est donc le suivant : « L'obligation ayant pour objet la constitution d'une servitude est indivisible. Il en est de même, suivant mon opinion, de l'obligation d'un *opus*. Mais il faut observer que, suivant ce que rapporte Celsus, Tubéron avait émis jadis une autre opinion : d'après cette opinion, toute obligation de faire doit se transformer en une dette d'argent dès que le fait n'est pas accompli, et, par conséquent, devient divisible comme toute dette de somme ; Celsus ajoute que, d'après cet opinion de Tubéron, l'action elle-même devrait porter sur la valeur du fait estimé en argent. » Ainsi nous pensons qu'Ulpien ne cite l'opinion de Tubéron que comme une opinion à part, curieuse et surannée. En effet, Ulpien n'aurait pas été invoquer, en faveur de la solution d'une question aussi pratique, l'opinion d'un jurisconsulte aussi ancien que Tubéron, qui vivait sous la République, et dont les écrits étaient peu goûtés à cause de leur style suranné (l. 2, § 46, D., *De orig. juris*, 1, 2).

Nous suivons, sur ce point, l'opinion de M. de Savigny¹. C'est Merenda² qui a entrevu le premier cette divergence entre Tubéron et Ulpien. Mais c'est à M. de Savigny que la science doit d'avoir apporté à l'appui de cette théorie des arguments qui nous paraissent invincibles.

On oppose encore à notre opinion une prétendue différence entre la manière dont s'expriment les textes relativement aux obligations de servitudes et celle dont ils s'expriment relativement aux obligations de faire. Ainsi, on nous dit que, pour les obligations de donner indivisibles, par exemple, pour l'obligation *viam dari*, Paul décide, l. 2, § 2, *h. t.*, que chacun des

1. *Op. cit.*, § 34, p. 389 à 397 de la traduction.

2. *Op. cit.*, lib. VIII, cap. 28, nos 15 à 18.

héritiers est tenu pour le tout, *singuli in solidum tenentur*, ce qui s'applique surtout au paiement de l'entière estimation; en effet, le même jurisconsulte ajoute immédiatement *sed quo casu unum solidum præstiterit....*; or ces expressions signifient : *mais dans le cas où l'un quelconque des héritiers aura payé toute l'estimation*, et non, *aura fourni toute la servitude*, car un copropriétaire du fonds à asservir ne peut le grever seul d'une servitude (l. 2, D., *De servitutibus*). Au contraire, pour les obligations de faire, par exemple, pour l'obligation *per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, remarquent nos adversaires, Paul dit tout simplement que si l'un des héritiers empêche de passer, ses cohéritiers sont tenus aussi du *quanti ea res sit*; il n'ajoute pas *in solidum*, ce qui laisse entendre qu'ils sont tenus pour partie. Nos adversaires veulent ainsi établir une différence entre les obligations indivisibles *dandi* et les obligations indivisibles *faciendi* : dans les premières, l'estimation ne se diviserait pas entre les héritiers; dans les secondes, au contraire, elle se diviserait. Nous répondrons d'abord que, à priori, nous ne voyons pas pourquoi on distinguerait, relativement à l'estimation, entre les obligations indivisibles de donner et les obligations indivisibles de faire : dans les deux cas, ce qui est dû, c'est *aliquid individuum*; or, l'estimation n'étant que la représentation directe de cet *aliquid individuum*, elle doit être fournie également d'une manière indivise. Ensuite l'argument que tirent nos adversaires de la différence des termes dont se sert Paul, l. 2, *h. t.*, relativement à chacune des deux espèces d'obligations, ne nous paraît pas du tout concluant. Si la loi 2, § 5, *h. t.*, ne dit pas, d'une manière expresse, que chaque héritier de celui qui a promis *iter fieri*, est tenu pour le tout, elle le dit d'une manière implicite. Elle dit, en effet, que, dans cette stipulation, les héritiers sont également (*item*) tenus tous, lors même qu'un seul d'entre eux empêche de passer. Le mot *item* ne peut s'expliquer que par suite de l'intention que Paul a eue d'assimiler ce cas à celui de la stipulation *viam dari*, dont il vient de parler dans le § 2 de notre loi 2 : or les héritiers du *promissor* d'une *via* sont, non-seule-

ment tous tenus de l'estimation, mais, en outre, ils en sont tenus chacun *in solidum*, lorsqu'un seul d'entre eux refuse de concourir à la constitution de la *via*. Mais nous avons d'autres textes, déjà cités par nous, qui disent, d'une manière expresse, relativement à une obligation de faire indivisible, que les débiteurs en sont tenus *singuli in solidum*. Telle est la loi 85, § 2, *h. t.*, qui dit que les héritiers chargés par le testateur de construire un *opus*, *singuli in solidum tenentur*. Telle est encore la loi 80, § 1, *Ad leg. Falc.*, qui, parlant successivement de l'obligation *dandi servitutem* et de l'obligation *opus faciendi*, résultant d'un legs *per damnationem*, les réunit ensuite toutes deux pour leur appliquer la même décision, pour dire de l'une comme de l'autre que les débiteurs en sont tenus *singuli in solidum*.

On oppose, enfin, à notre opinion, la loi 13, § 1, D., *De re judicata* (42, 1). On soutient que, dans cette loi, Celsus émet précisément l'opinion de Tubéron qu'il rapporte à la fin de la loi 72, princ., *h. t.*; et que, du moment que Justinien a maintenu et inséré la loi 13 § 1 *De re judicata* dans ses Pandectes, c'est qu'il a voulu que la solution qu'elle contient fût suivie par la pratique de son temps. On conclut donc que l'opinion de Tubéron, adoptée par Celsus, aurait prévalu dans le droit de Justinien. Voici le contenu de la loi 13, § 1, *De re judicata* : « Si quis promiserit « *prohibere se, ut aliquod damnum stipulator patietur, et faciat; « neque ex ea re damnum stipulator (patietur et) faciat : (ita ha-*
« *beatur) facit, quod promisit : si minus, quia non facit, quod*
« *promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit*
« *in omnibus faciendi obligationibus. »* Le sens de cette loi est celui-ci : « Lorsque quelqu'un a promis d'empêcher le stipulant d'éprouver aucun dommage, et qu'il fait en sorte que le stipulant n'en souffre pas, il accomplit ce qu'il a promis, il n'est donc pas tenu de la stipulation. Que s'il ne s'oppose pas à ce que le stipulant éprouve du dommage (*si minus facit*), il ne fait pas ce qu'il a promis; la stipulation est donc encourue, et il sera condamné à payer le *quanti ea res sit*, c'est-à-dire une somme d'argent. C'est ce qui a lieu dans toutes les obligations de faire. » Nous répon-

dons que cette loi ne dit rien autre chose si ce n'est que les obligations *faciendi* se résolvent en une somme d'argent, quand il s'agit d'arriver à la condamnation. Mais ceci n'est pas nouveau, et ne préjuge rien sur la question de savoir si cette estimation en argent doit être prononcée *in solidum* ou pour partie contre chacun des débiteurs d'un fait indivisible. Nous croyons donc fermement que, même dans le droit de Justinien, la condamnation à l'estimation d'un fait indivisible doit avoir lieu pour le tout contre chacun des débiteurs.

Il est bien évident que la condamnation aura lieu à l'estimation entière, tant contre le débiteur qui a contrevenu à l'obligation, que contre ceux qui n'y ont pas contrevenu ; il est bien entendu qu'il n'y a aucune distinction à faire entre le contrevenant et les non-contrevenants relativement à la condamnation au *quantum ea res est*, que l'on admette l'indivisibilité ou la divisibilité de cette condamnation. Aussi Cujas, Doneau, Scipio Gentilis, J. Rubo, qui admettent la divisibilité de l'estimation, ne font aucune distinction entre le contrevenant et les non-contrevenants.

Voici d'abord ce que dit Doneau, *Comm. ad leg. 2, § 5, h. t.* :
 « ... Facto individuo promisso, si unus contra fecerit, ut jam
 « facti aestimatio sit præstanda, hæc non solida a singulis petitur,
 « sed pro portione solum hereditaria... Cum... factum promitti-
 « tur, vi ipsa promittitur pecunia, id est, id quod interest, si
 « factum non sit quod promissum est, aut contra quam cautum
 « sit, factum est. Pecunia natura sua dividi potest : quo fit, ut
 « in hoc genere toto, et stipulatio, et petitio pecuniæ inter here-
 « des dividantur : hæc sententia est, l. 72 *princ.*, *h. t.* vers. Cel-
 « sus... — Lorsque l'on a promis un fait indivisible, et que ce fait
 n'est pas exécuté, de manière qu'il faille arriver à la prestation de son estimation, cette estimation ne sera pas demandée à chacun des héritiers pour le tout, mais seulement pour sa part héréditaire. En effet, lorsqu'on promet un fait, on promet par là même une somme d'argent pour le cas où ce fait ne serait pas accompli, ou bien pour le cas où l'on contreviendrait à ce dont on a promis de s'abstenir. Or, l'argent est, de sa nature, divisible. D'où il ré-

sulté que, dans tout ce genre de stipulations, l'obligation et l'action se divisent entre les héritiers : telle est la décision de la loi 72 *princ.*, *h. t.*, à partir des mots : *Celsus autem*, etc. » Ainsi, Doneau décide que chacun des héritiers du débiteur d'un fait ou d'une abstention indivisible, doit être condamné à une partie de l'estimation, sans distinguer entre le contrevenant et les non-contrevenants.

Scipio Gentilis ne fait non plus aucune distinction entre eux à cet égard. Il s'exprime ainsi à la fin de son traité *De dividuis et individuis obligationibus* : « Nos illud tantum hic
« moncamus in genere de obligationibus in faciendo consistenti-
« bus, etiam eas obligationes, quæ facta individua continent et
« individua sunt, ex accidenti et post facto dividi posse, si ex iis
« agatur in id quod interest : ita enim constitutio juris civilis
« est in omnibus faciendi obligationibus, si id factum non sit
« quod fieri debuit : neque enim quisquam cogitur præcise fa-
« cere, tunc succedere obligationem pecuniæ, hoc est in id quod
« interest, quod est natura et jure dividuum, l. 72 *princ.*, *h. t.*,
« versic. *Celsus*, et loi 13, § 1, D., *De re judicata*. » Ainsi, Scipio Gentilis nous dit qu'il y a une observation générale à faire touchant les obligations *faciendi*, à savoir que toutes ces obligations, même celles qui ont pour objet un fait indivisible, peuvent devenir *ex post facto* divisibles ; que c'est ce qui a lieu lorsque ces obligations, n'étant pas exécutées en nature, on est obligé, vu l'impossibilité de forcer les débiteurs à l'accomplissement du fait même, d'agir *in id quod interest*, c'est-à-dire de demander des dommages-intérêts qui, consistant dans une somme d'argent, sont parfaitement divisibles. Et il cite à cet effet la loi 72 *princ.*, aux mots *Celsus tamen...*, et la loi 13, § 1, *De re judicata*. Scipio Gentilis parle donc aussi de la divisibilité de l'estimation d'une manière générale, sans faire aucune distinction.

Il en est de même de Cujas. Voici ce qu'il dit dans son *Comment. ad leg. 2*, § 5, *h. t.* : « Ex hac igitur stipulatione, *per te non fieri*,
« uno herede promissoris prohibente... omnes... videntur prohi-
« buisse, et omnes tenentur, l. 4, § 1, *h. t.* Cæterum non tenentur

« in solidum, quia non tenentur ut opus aliquod faciant, sed ad id quod interest tenentur, vel ad pœnam, pro parte hereditaria. Et ita Accursius recte in verbo *coheredes*, Bartolus male... » D'après Cujas, lorsque l'un des héritiers de celui qui a promis de laisser passer le stipulant, empêche celui-ci de passer, tous sont censés l'avoir fait, et sont par conséquent tenus de la stipulation. Mais ils ne sont pas tenus *in solidum*, car il ne sont pas tenus de construire un *opus*, mais bien de fournir l'estimation du dommage que l'empêchement cause au stipulant, ou bien la peine promise, le cas échéant; ils sont donc tenus de fournir cette estimation ou cette peine, chacun pour sa part héréditaire. Et c'est ainsi, ajoute Cujas, qu'Accurse commente fort bien les mots, *tenentur quidem et coheredes ejus*, de la loi 2, § 5, *h. t.*, que Bartole interprète, au contraire, très-mal. Cujas décide donc également que, lorsqu'il s'agit pour les débiteurs d'être condamnés à l'estimation, ils devront l'être chacun, non *in solidum*, mais pour sa part héréditaire, sans faire non plus de distinction entre le contrevenant et les non-contrevenants; et il ajoute qu'il suit en cela l'opinion d'Accurse, qu'il croit vraie, et non celle de Bartole, qu'il croit erronée. Ainsi, au rapport de Cujas, Accurse admettait aussi la division de l'estimation sans aucune espèce de distinction entre les divers débiteurs.

Il en est de même enfin de M. J. Rubo. Voici, en effet, ce que lui fait dire M. Guis dans l'analyse de son ouvrage, *Revue étrangère*, etc., p. 983 : « En sens inverse, s'il y a plusieurs débiteurs, l'action en dommages-intérêts peut être dirigée contre tous, non-seulement lorsque l'obligation porte sur un fait positif, mais encore lorsque, l'obligation consistant *in non faciêdo*, un seul des obligés s'est livré à l'acte contraire à l'obligation (l. 131 princ., D., *De verb. oblig.*). Mais la condamnation qui intervient étant d'une somme d'argent (l. 13, § 1, D., *De re judic.*), chaque débiteur (sans exception) n'est tenu que pour sa part (l. 72 princ., *De Verb. oblig.*), et ceux qui n'ont rien fait contre l'obligation ont leur recours contre celui qui l'a enfreinte (l. 25, § 15; l. 44, § 5, D., *Fam. hercisc.*). »

D'un autre côté, ceux qui admettent que la condamnation à l'estimation du fait ne se divise pas entre les divers débiteurs ne font non plus aucune distinction entre le contrevenant et les non-contrevenants. Tel est, par exemple, M. de Savigny. Voici, en effet, ce qu'il dit, *Op. cit.*, tome 1, p. 393, de la traduction : « ... Chaque débiteur (d'une obligation *operis*), pris isolément, est dans la nécessité de se laisser *actionner* et *condamner* pour toute la dette... » et p. 397 : « ... Le principe est ici le même que dans les cas précédents (c'est-à-dire d'une servitude et d'un *opus*). Quand donc un seul des codébiteurs entreprend l'acte dont il a promis de s'abstenir, tous sont obligés *in solidum*... » — Il en est de même de M. Pellat, à sa conférence de doctorat de l'année 1859, et de M. Caresme, thèse pour le doctorat, n° 64 *in fine*.

Si nous avons tant insisté sur ce point, c'est qu'il y a un auteur, M. Deflers, qui pense qu'il faut faire, relativement à la condamnation à l'estimation, une distinction entre le débiteur contrevenant et les débiteurs non-contrevenants, que le premier doit être condamné à toute l'estimation du fait indivisible, les seconds chacun à une partie seulement de cette estimation, et qui laisse croire que son opinion est déjà ancienne, qu'elle était déjà admise par Accurse. Voici ses propres expressions : « Une question grave s'élève. C'est un des points culminants de la matière. Sans doute celui qui a empêché le stipulant de passer est tenu pour le tout (l. 44, § 5, *Fam. herc.*)¹. Mais les contrevenants sont-ils tenus pour le tout ou seulement pour leurs parts

1. Cette loi ne prouve pas du tout que le contrevenant est tenu de payer toute l'estimation, et que les non-contrevenants ne sont tenus d'en payer qu'une partie. Elle dit tout simplement que celui qui aura payé quelque chose, en vertu de son propre fait, n'a pas de recours contre les cohéritiers, mais elle ne dit pas que ce que le contrevenant a payé c'est tout ou partie de l'estimation. Ensuite ce texte ajoute que si les autres héritiers ont payé quelque chose par suite du fait du premier, ils le répéteront, mais il ne dit pas que ce qu'ils ont payé c'est une partie de l'estimation ou cette estimation entière. De sorte que, comme l'on voit, la loi 44, § 5, *Fam. herc.*, est rédigée de manière à ce qu'elle ne puisse fournir d'argument à aucune opinion.

*héréditaires*¹? » Puis il cite, entre autres, comme admettant l'indivisibilité de la condamnation à l'estimation à l'égard de tous les débiteurs, Julius Rubo; et ensuite il continue ainsi : « Nous dirons donc avec Accurse et les grands maîtres de l'école française : *Les héritiers non-contrevenants ne sont tenus que pour leurs parts héréditaires*. L'obligation primitive indivisible ne peut plus s'accomplir; le fait est irréalisable, puisqu'il y a eu contravention. Le contrevenant est tenu pour le tout. Mais les autres ne sont tenus que de l'obligation aux dommages-intérêts déclarée divisible par Ulpien dans la loi 72². »

Il résulte trois points des passages cités de M. Deflers :

1° Que la distinction entre le contrevenant et les non-contrevenants, relativement à la condamnation à l'estimation d'un fait indivisible, pouvait être posée comme question en droit romain;

2° Que cette distinction avait été admise par certains interprètes du droit romain, par Accurse et les autres grands maîtres de l'école française, qui ne peuvent être évidemment que les jurisconsultes qu'il cite en tête de la page 36, à savoir : Dumoulin, Cujas et Doneau;

3° Que J. Rubo partage l'opinion de ceux qui admettent l'indivisibilité de la condamnation à l'estimation à l'égard de tous les débiteurs.

Or ce sont là trois propositions parfaitement inexactes :

Et d'abord, les interprètes du droit romain, ne posent pas la question de savoir s'il faut faire une distinction entre le contrevenant et les non-contrevenants au point de vue de la condamnation à l'estimation d'un fait indivisible, mais seulement si les débiteurs, quels qu'ils soient, contrevenants ou non, sont tenus pour le tout ou pour partie seulement de cette estimation. Nous l'avons démontré en citant les passages de Cujas, Doneau, Scipio Gentilis, et J. Rubo, qui admettent la divisibilité sans aucune distinction, sans avoir jamais pensé à en faire une pareille, ni même à la mettre en question; et le passage de M. de Savigny

1. *Op. cit.*, p. 35.

2. *Op. cit.*, p. 36.

qui admet l'indivisibilité à l'égard de tout le monde, sans faire aucune allusion à une distinction qui aurait été faite à cet égard entre le contrevenant et les non-contrevenants.

En second lieu, jamais Accurse, ni Cujas, ni Doneau n'ont fait cette distinction. Nous avons cité les passages des deux premiers, relatifs à notre matière, et nous avons vu que tous les deux admettaient la divisibilité de l'estimation entre tous les débiteurs, sans faire aucune allusion à la distinction de M. Deflers. Quant à Accurse, nous avons vu Cujas, en émettant son opinion, dire que c'était celle d'Accurse; d'où il résulte qu'Accurse enseignait la même théorie qu'enseigna plus tard Cujas, c'est-à-dire celle de la divisibilité de la condamnation à l'estimation entre tous les débiteurs, sans distinction. Il n'y a que Dumoulin (*Extrictio labyrinthi dividui et individui*, Pars III, n° 173 et 174), et après lui Pothier (Oblig., n°s 336, 355 et 356), qui ont fait cette distinction, et ils l'ont faite non-seulement relativement à l'estimation dans les obligations indivisibles de ne pas faire, mais encore relativement à la peine dans toute espèce d'obligations indivisibles. Ils raisonnent ainsi : L'obligation de ne pas faire indivisible est encourue pour le tout par la contravention d'un seul; toute l'estimation, ou plutôt tous les dommages-intérêts, car c'est de cette dernière expression qu'ils se servent, seront donc dus, et si ces dommages-intérêts ont été estimés d'avance par les parties, si l'obligation est accompagnée d'une clause pénale, la peine sera également due en entier. Mais comme les dommages-intérêts et la peine consistent dans une somme d'argent, chose parfaitement divisible, ils seront bien dus pour le tout par tous ensemble; mais chacun séparément ne sera tenu d'en payer qu'une partie, et ne pourra être poursuivi que pour cette partie. Mais il n'en est ainsi que s'ils sont poursuivis en leur qualité d'héritiers, parce qu'ils ont succédé à l'obligation contractée par leur auteur. Au contraire, si l'un d'entre eux est en outre poursuivi à raison de sa contravention à l'obligation, alors, comme il est poursuivi en vertu de son propre fait, il devra les dommages-intérêts ou la peine en entier, le créancier pourra les lui demander en totalité.

Ainsi, en résumé, suivant Dumoulin et Pothier, il n'y a que les non-contrevenants à une obligation de ne pas faire indivisible qui doivent les dommages-intérêts, ou la peine dans toute espèce d'obligations indivisibles, chacun pour partie; le contrevenant, au contraire, doit ces dommages-intérêts ou cette peine pour le tout. Il faut tout d'abord observer que Dumoulin et Pothier admettaient cette théorie en ce qui concerne les dommages-intérêts seulement dans les obligations de ne pas faire, et en ce qui concerne la peine dans toutes les obligations indivisibles, tandis que M. Deflers l'admet relativement aux dommages-intérêts, tant dans les obligations de ne pas faire que dans celles de faire, et qu'il ne s'explique même que relativement aux dommages-intérêts, qu'il garde un silence absolu en ce qui touche la peine. Quoi qu'il en soit, la doctrine de Dumoulin et de Pothier n'a jamais été admise en droit romain. Voici la véritable doctrine romaine sur ce point : L'obligation de faire indivisible est-elle conçue simplement, c'est-à-dire sans l'addition d'une clause pénale, alors c'est le fait indivisible qui est *in obligatione*, et par conséquent c'est d'après sa nature que doit se résoudre le caractère de l'obligation : ce fait devra être presté pour le tout par chaque héritier, et si, faute de prestation en nature, il faut en arriver à la condamnation à l'estimation, cette condamnation sera prononcée pour le montant intégral de l'estimation contre chaque héritier, car l'estimation n'est que la représentation du fait et ne saurait par conséquent être fournie d'une manière différente. Au contraire, l'obligation de faire est-elle accompagnée d'une clause pénale, alors le fait indivisible n'est plus qu'*in conditione*, son inaccomplissement ne forme plus que l'objet de la condition; aussi, comme ce fait ne peut pas être accompli pour partie, s'il n'est pas accompli pour le tout, il est vrai de dire qu'il n'a pas été accompli, et par conséquent la peine est encourue pour le tout; mais comme d'un autre côté c'est cette peine qui est *in obligatione*, et qu'elle consiste dans une somme d'argent, chose parfaitement divisible, les débiteurs se trouvent avoir promis une chose divisible, et par conséquent chacun d'eux n'en devra qu'une partie.

Voilà le raisonnement des juriconsultes romains, stricts logiciens. Ils avaient la même théorie dans les obligations de ne pas faire. Cette doctrine, surtout en ce qui concerne la peine, nous paraît incontestable. Elle résulte en effet trop formellement de la loi 4, § 1, *h. t.*, pour qu'aucun interprète du droit romain eût pensé à la mettre en doute. Nul véritable interprète du droit romain n'a contesté la divisibilité de la peine à l'égard de tous les débiteurs. Il a fallu que ce fût Dumoulin, et Pothier, son trop fidèle imitateur en cette matière, qui pussent en douter, et croire que leur théorie, qui distingue entre le contrevenant et les non-contrevenants, résulte du droit romain. Pothier, en effet, n° 356, déjà cité, croit qu'elle résulte de la loi 9 *D., Depositi* (16, 3). Voici le contenu de cette loi : « In depositi actione, si ex facto defuncti
 « agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo : si vero ex suo delicto, pro parte non ago :
 « merito, quia æstimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse
 « heres admisit. » Paul, dans cette loi, décide que si un déposant, tenu de restituer la chose qui lui a été confiée, fait périr lui-même cette chose, ses héritiers seront tenus d'en payer l'estimation, chacun pour sa part héréditaire; que si, au contraire, le déposant meurt laissant la chose intacte dans sa succession, et que ce soit un de ses héritiers qui la fasse périr par dol, cet héritier sera tenu d'en payer l'estimation entière. Voici l'interprétation naturelle du texte. Il ne dit pas autre chose. Ce texte est, par conséquent, tout à fait étranger à notre matière. Quant à la peine, il ne s'en occupe pas; au contraire, il ne parle que de l'estimation. Relativement à l'estimation elle-même, ce texte dit que c'est pour partie qu'elle sera payée par chaque héritier, sans distinction, si l'obligation a été commise dans la personne du défunt, si c'est lui qui a fait périr la chose déposée. Que si c'est au contraire dans la personne de l'un des héritiers que l'obligation est commise, si c'est un des héritiers qui fait périr la chose déposée, le texte décide, il est vrai, que cet héritier en devra l'estimation entière; mais il ne dit pas que les autres héritiers devront chacun une partie de cette estimation, qu'ils pourront être pour-

suivis au moins pour une partie. Or, c'est ce qu'il faudrait que le texte dit, pour que Dumoulin eût eu raison de l'invoquer. Nous croyons, au contraire, que les héritiers qui n'ont pas commis de dol ne sont pas tenus du tout, pas même pour partie. En effet, ils ne peuvent l'être ni en vertu du dol du défunt, qui n'en a pas commis, ni en vertu d'une promesse du défunt, faite pour lui et ses héritiers, car il n'y a pas eu de promesse dans l'espèce, ni en vertu du dol de leur cohéritier, auquel ils sont tout à fait étrangers.

Enfin, en troisième lieu, M. Deflers a eu tort de citer Julius Rubo parmi les auteurs qui admettent l'indivisibilité de la condamnation à l'estimation à l'égard de tous les débiteurs, puisque cet auteur admet, au contraire, que chaque débiteur doit être condamné à une partie de l'estimation, si ce que lui fait dire M. Guis, dans le passage précédemment transcrit, est, comme il nous plaît de croire, l'expression exacte de l'opinion du jurisconsulte berlinois.

L'obligation *fundum tradere* est aussi, à notre avis, indivisible. Ulpien, l. 72, *princ.*, *h. t.*, le décide en termes formels : « Idem puto (c'est-à-dire, je pense que la stipulation est indivisible) et si quis aliquid faciendum stipulatus sit : utputa *fundum tradi...*, vel *fossam fodiri*, vel *insulam fabricari...*, vel « quid his simile : horum enim divisio corrumpit stipulationem... » Comme on le voit, Ulpien met absolument sur la même ligne les stipulations, *fossam fodiri* et *insulam fabricari*, sur l'indivisibilité desquelles il ne s'est jamais élevé de doute, et la stipulation, *fundum tradi*. Nous pensons que cette stipulation a le même sens que la stipulation, *vacuam possessionem tradi*, citée par le même Ulpien, l. 75, § 7, *h. t.*, à côté des stipulations, *fossam fodiri* et *domum ædificari*, et que la stipulation, *rem dari vacuamque possessionem tradi*, dont parle Papinien, l. 4, *princ.*, *De usuris et fructibus* (22, 1); que ce ne sont là que trois formules différentes d'une seule et même stipulation, que la première de ces formules est l'abrégé des deux autres, de même que *iter fieri* est l'abrégé de *per te non fieri quominus mihi ire liceat* (l. 4, § 1, *h. t.*).

Le vendeur est tenu, en vertu du contrat de vente même, *rem emptori tradere* (Ulp. l. 11, § 2, *De act. empti*, 19, 1); ces mots sont synonymes de *vacuam possessionem tradere*, et signifient livrer à l'acheteur une possession paisible. En vertu de cette obligation, le vendeur devait faire à l'acheteur tradition de la chose vendue, lui livrer la possession de cette chose, et une fois cette possession livrée, l'y maintenir, lui garantir la continuation de cette possession, la tranquillité pour l'avenir: C'est ce qui est exprimé par le mot *vacua*. Cette dernière partie de l'obligation du vendeur prenait un nom spécial: on disait que le vendeur est tenu, *rem emptori habere licere*; le vendeur était obligé à cela en vertu du contrat de vente même (l. 30, § 1, D., *cod. tit.*). L'acheteur pouvait commencer par agir *ex empto* pour se faire livrer la possession, et ensuite se faire promettre spécialement par le vendeur, *rem sibi habere licere*, de manière à agir désormais contre lui *ex stipulatu* au lieu d'agir *ex empto*, s'il était troublé dans sa possession. Il pouvait, au moyen de l'action *ex empto* elle-même, forcer le vendeur de lui faire cette promesse et de la faire garantir par un fidéjusseur: « *Ex empto actionem esse, ut « habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio »* (Ulpien, l. 11, § 8 *cod. tit.*). Le vendeur pouvait même, avant d'avoir livré la possession à l'acheteur, lui promettre *fundum tradi*, ou *vacuam possessionem tradi*, ou *rem dari vacuamque possessionem tradi*, et alors il était obligé *ex stipulatu*, d'abord de livrer la possession à l'acheteur, ensuite de lui garantir la tranquillité de cette possession, de faire en sorte qu'il y soit maintenu. L'acheteur, au moyen de cette stipulation, novait l'action *ex empto*, il la changeait contre l'action *ex stipulatu*, comme le dit Papinien, l. 4, princ., *De usuris et fructibus* (22, 1), que nous transcrivons plus loin; au lieu d'agir *ex empto*, il agira désormais *ex stipulatu*, à l'effet d'abord de se faire livrer la possession de la chose vendue, et ensuite de se faire garantir contre les troubles de cette possession.

Ainsi, livrer à l'acheteur la possession de la chose vendue, le maintenir dans la possession de cette chose, tels étaient les

deux objets de la stipulation *fundum tradi*. C'étaient là des faits. — Et d'abord, livrer la possession, c'était considéré comme un fait par les Romains. Cela résulte formellement de la loi 4 princ., *eod. tit.*, où Papinien dit que celui qui a stipulé, *rem dari vacuamque possessionem tradi*, est censé avoir stipulé le fait de la livraison de la possession, *factum tradendi stipulatus intelligitur*; il appelle donc la livraison de la possession un fait. Ensuite maintenir l'acheteur dans la possession de la chose vendue, le garantir contre les troubles de cette possession, c'est évidemment encore un fait. C'est pour cela que la stipulation *fundum tradi* est citée par Ulpien, l. 72, princ., *h. t.*, parmi les obligations de faire. Ces deux faits, livrer la possession, maintenir dans la possession, sont tous les deux indivisibles.

La livraison de la possession ne peut se concevoir par rapport à une partie d'une chose corporelle même divisible. En effet, les parties d'une chose, d'un fonds de terre, par exemple, sont ou *divises* ou *indivises*: On peut livrer la possession d'une partie divisée d'un fonds de terre, de la région orientale de ce fonds. Mais les parties divisées ne sont pas à proprement parler des parties. Elles ne portent le nom de parties que par souvenir de l'ancien tout qui vient d'être divisé, ce sont, en réalité, autant de tous distincts, indépendants l'un de l'autre. Les vraies parties d'une chose, ce sont les parties indivises, celles qui ne se conçoivent que par l'esprit, qui sont représentées par de simples rapports numériques, une moitié, un tiers, un quart, etc., qui sont liées et confondues entre elles de manière qu'elles ne puissent pas être séparées, divisées, d'où leur nom d'*indivises* (l. 5, D., *De stipul. servorum*, 45, 3.). S'il en est ainsi, il est impossible de livrer à quelqu'un la possession d'une partie indivise, par exemple, d'une moitié indivise d'un fonds; car cette moitié indivise repose sur chacune des molécules physiques de ce fonds. Il est vrai qu'on peut posséder une chose, un fonds, pour une partie indivise, par exemple, à l'effet d'en usucaper cette partie indivise. Pomponius, l. 26, *De adquirenda possessione* (41, 2): « *Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest : et certa pars pro in-*

« *diviso*, que introducitur vel ex emptione, vel ex donatione, vel « qualibet alia ex causa... » Mais c'est que la possession se compose du fait matériel de la détention, du *corpus*, et de l'intention de posséder, de l'*animus*; et bien que je ne puisse détenir une partie indivise d'un emplacement, je puis cependant avoir l'intention de n'en posséder qu'une partie indivise, ce qui fait qu'il n'y aura de véritable possession que pour cette partie, et que je n'arriverai à usucaper ou à prescrire *longo tempore* qu'elle seule. Il est vrai également que je puis transférer à quelqu'un la propriété d'une partie indivise d'un fonds. Mais ici également c'est l'intention, c'est l'*animus domini* qui en est la cause. Quand je veux transférer à quelqu'un la propriété d'une partie indivise d'un fonds au moyen de la tradition (sous Justinien bien entendu), je ne lui livre pas moins physiquement le tout, mais c'est mon intention, à moi *tradens*, de ne lui transférer la propriété que d'une partie, et son intention à lui, *accipiens*, de n'acquérir la propriété que d'une partie, qui fait qu'il ne deviendra propriétaire que de cette partie. Et si nous supposons plusieurs héritiers de celui qui a promis de transférer la propriété d'un fonds, si ces héritiers emploient un mode de simple translation de la propriété, par exemple la mancipation, ils pourront chacun manciper une partie du fonds au stipulant; si au contraire ils emploient la tradition, c'est-à-dire un mode de translation de la propriété au moyen de la mise en possession, ils devront se réunir pour faire tradition au stipulant de tout le fonds. En effet, des héritiers ne sauraient faire tradition séparément, chacun de la partie indivise dont il a la propriété et la possession; car, comme nous espérons l'avoir démontré, on ne peut pas livrer la possession d'une partie indivise d'un fonds¹.

Maintenir dans la possession d'une chose, en procurer la tranquillité est aussi un fait indivisible. L'obligation du vendeur de maintenir l'acheteur dans une possession paisible se résout à ne pas lui susciter soi-même des troubles, et à le défendre contre

1. Doneau, *Comm. ad leg. 72 princ.*, De verb. oblig., nos 11, 12, 19 et 20; Scipio Gentilis, *Op. cit.*, cap. xvii.

tous les troubles, toutes les difficultés que lui susciteraient les autres. Or, le trouble de la possession est un fait indivisible : on trouble ou on ne trouble pas ; on ne peut pas troubler pour partie la possession qui n'est pas susceptible de parties indivises, comme nous venons de le démontrer. Que si c'est un tiers qui trouble la possession de l'acheteur, le vendeur doit défendre cette possession et en écarter les troubles. Or, cette défense est indivisible. C'est pour cela que Venuleius dit, dans la loi 139 princ., *h. t.*, que si le vendeur meurt laissant plusieurs héritiers, et que l'un suscite à l'acheteur des difficultés touchant la chose vendue, un seul des héritiers du vendeur ne saurait le défendre pour une partie indivise de la chose, mais que tous doivent venir au procès et le défendre pour le tout ; que la défense pour partie équivaldrait à un manque absolu de défense, que, par conséquent, la condition de la *stipulatio duplæ* se réaliserait, et la peine du double serait encourue contre tous : « In solidum defendenda est venditio, « *cujus natura indivisa est ; uno defugiente omnes defugisse videntur, ideoque omnes tenentur....* »

On nous objecte la loi 52, § 1, *h. t.*, et la loi 4, princ., D., *De usuris et fructibus* (22,1).

Dans la loi 52, § 1, *h. t.*, Ulprien s'exprime ainsi : « Si quis « *vacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum hæc « stipulatio continebit, sed causam bonorum.* » On nous dit : Vous voyez bien que le même jurisconsulte Ulprien, qui, dans la loi 72 princ., *h. t.*, déclare la stipulation *fundum tradi* indivisible, dit, dans la loi 5, § 1, *h. t.*, que la stipulation *vacuam possessionem tradi*, qui, suivant vous, est synonyme de *fundum tradi*, ne contient pas *nudum factum*, le simple fait de la livraison de la possession, mais aussi *causam bonorum*, c'est-à-dire les fruits qui ont été produits par ce fonds à partir du moment où le vendeur a été en demeure de le livrer, et qui auraient appartenu à l'acheteur si le vendeur le lui avait livré à temps. Or, les fruits sont des choses corporelles parfaitement divisibles. Donc la stipulation *vacuam possessionem tradi*, synonyme de *fundum tradi*, qui a pour objet leur restitution, est divisible.

Il y a des auteurs qui, pour se débarrasser de ce texte, disent que *causa bonorum* signifie *causa efficiens bonorum*, c'est-à-dire que le vendeur ne doit pas se borner à faire une simple tradition du fonds à l'acheteur, qu'il doit le livrer de manière à le mettre *in bonis emptoris*, qu'il n'est pas libéré par cela seul qu'il a livré le fonds, quand même par la suite l'acheteur en serait évincé, qu'il n'est libéré que lorsqu'il a livré le fonds à l'acheteur de manière à ce que celui-ci n'en soit pas évincé¹.

Mais tel ne nous paraît pas être le sens des mots *causa bonorum*. Ces mots signifient, à notre avis, *causa rei*, c'est-à-dire tous les accessoires de la chose, tout ce que l'acheteur aurait eu à l'occasion de la chose, par conséquent les fruits et la part qui lui eussent appartenu si la chose lui avait été livrée à temps. Nous pensons qu'Ulpien n'a voulu exprimer par les mots *causam bonorum* que ce qui est développé plus longuement par Papinien, l. 4, princ., *De usuris et fructibus* (22, 1). Papinien, dans cette loi, s'exprime ainsi : « Si stipulatus sis, *rem dari vacuumque possessionem tradi*, fructus postea captos « actione incerti ex stipulatu, propter inferiora verba, consecu- « turum te ratio suadet. An idem de partu ancillæ responderi « possit considerandum est? Nam quod ad verba superiora « pertinet, sive factum rei promittendi, sive effectum per tra- « ditionem dominii transferendi continent, partus non conti- « netur. Verum si emptor a venditore novandi animo, ita stipu- « latus est, factum tradendi stipulatus intelligitur : quia non est « verisimile, plus venditorem promississe, quam iudicio empti « præstare compelleretur. Sed tamen propter illa verba *vacuum- « que possessionem tradi*, potest dici partus quoque rationem « committi incerti stipulatione : etenim, ancilla tradita, partum « postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuis- « set. »

Papinien suppose dans cette loi que quelqu'un a stipulé *rem dari vacuumque possessionem tradi*. Il dit que les mots *rem dari*

1. Sic : Doneau, *Comm. ad leg. 72 princ., De verb. oblig.*, n° 2, Scipio Gentilis, *Op. cit.*, cap. xvii.

peuvent signifier, suivant les cas, tantôt transférer la propriété, tantôt tout simplement livrer la libre possession; qu'en général ces mots ont le premier sens, mais qu'ils ne peuvent avoir que le second si c'est l'acheteur qui a stipulé ainsi dans l'intention de nover l'action *ex empto* qu'il a contre le vendeur pour lui demander la tradition de la *vacua possessio* de la chose achetée. En effet, fait observer le jurisconsulte, le vendeur n'est tenu par l'action *ex empto* que de livrer la *vacua possessio* à l'acheteur; et jamais l'obligation nouvelle ne peut contenir plus que l'ancienne dont elle a pris la place; il n'est pas probable que le vendeur ait promis plus qu'il n'était obligé de fournir par l'action *ex empto*. Mais quelle que soit la portée des mots *rem dari*, qu'ils aient pour objet le transport de la propriété ou la tradition de la possession, jamais ils n'ont pour effet la restitution des fruits, ou du part. Les fruits ou le part ne pourront être demandés par l'acheteur, au moyen de l'action *incerti ex stipulatu*, qu'à cause des mots *vacuamque possessionem tradi*: en effet, si la chose frugifère ou si l'esclave avait été livré à temps au stipulant, si le promettant n'avait pas été *in mora tradendi*, ils auraient été *in bonis* du stipulant. On voit bien que Papinien raisonne de la même manière que Gaius dans la loi 20 *De rei vindicatione* (6, 1), dans laquelle il décide qu'on doit restituer au revendeur la *causa rei*, c'est-à-dire, dans l'espèce, tout ce qu'il aurait eu si la chose revendiquée lui avait été restituée au moment de la litiscontestation; que la seule différence, c'est que Papinien, dans la loi 4 princ., *De usuris*..., prend, pour point à partir duquel les fruits et le part doivent être restitués au stipulant, le moment où la chose aurait dû lui être livrée, c'est-à-dire le moment où le promettant a commencé à être *in mora tradendi*, tandis que Gaius, dans la loi 20 *De rei vindicatione*, prend pour point de départ la litiscontestation. Ainsi Papinien pense que dans la stipulation, *rem dari vacuamque possessionem tradi*, les fruits postérieurement perçus doivent être restitués au stipulant. Et nous croyons qu'il faudrait décider pareillement, suivant Papinien même, dans le cas où l'on aurait stipulé simplement, *vacuam*

possessionem tradi. En effet, c'est à ces mots que Papinien attribue l'effet de la restitution des fruits dans la stipulation plus détaillée, *rem dari vacuumque possessionem tradi*, et nous ne pouvons pas concevoir comment ces mots, qui contiennent précisément en eux le droit à la restitution des fruits, perdraient cet effet parce qu'ils se trouveraient séparés des mots *rem dari*, qui ne l'ont pas.

Doneau¹ et Scipio Gentilis² reconnaissent que les mots *rem dari* ne contiennent pas le droit à la restitution des fruits; mais ils soutiennent que les mots *vacuum possessionem tradi* ne le contiennent pas non plus, et que c'est la réunion de ces mots qui puiserait dans l'intention des parties le pouvoir magique d'enfanter un pareil droit. D'après Doneau, en effet, les mots *ratio suadet* signifieraient : l'intention des parties veut que... L'opinion de ces deux auteurs ne nous paraît pas fondée. Nous ne pouvons pas comprendre, en droit, comment deux causes, dont chacune séparément n'est pas capable de produire tel effet, pourraient le produire par cela seul qu'elles seraient réunies. Cela nous paraît aussi impossible que si on nous soutenait dans les sciences mathématiques que zéro plus zéro pourraient produire autre chose que zéro. Et si les mots *rem dari* et *vacuum possessionem tradi*, qui, séparés, n'ont pas le pouvoir de donner droit aux fruits, ne peuvent pas l'avoir par cela seul qu'ils sont réunis, nous ne comprenons pas comment l'intention des parties attribuerait cette faculté à leur réunion. Si l'intention des parties était capable de produire un pareil effet, les parties n'auraient plus besoin de réunir les mots *rem dari* et *vacuum possessionem tradi*, ils n'auraient qu'à vouloir l'attacher aux mots *vacuum possessionem tradi* pris isolément. Mais, à notre avis, le mot *ratio* ne signifie pas l'intention des parties, mais la raison, l'équité opposée au droit rigoureux. Suivant nous, Papinien veut dire : D'après le droit rigoureux, l'action *stricti juris ex stipulatu* résultant de la stipulation, *rem dari vacuumque possessionem tradi*, ne com-

1. *Comm. ad leg.* 52, § 1, *De verb. oblig.*, n° 11.

2. *Op. cit.*, cap. xvii.

prend pas la restitution des fruits, mais l'équité conseille à les y faire entrer. Les termes *potest dici* dont il se sert plus bas prouvent encore que ce n'est pas là une doctrine conforme au droit en vigueur, mais une doctrine qu'il propose d'admettre par esprit d'équité. L'opinion de nos adversaires nous paraît d'autant moins fondée que Papinien nous dit que c'est parce que l'esclave aurait été livrée au stipulant que celui-ci en aurait acquis le part (*etenim ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset*). C'est donc à cause de la possession qu'aurait eue le stipulant, et à cause d'elle seule, que les fruits lui auraient appartenu ; c'est donc les mots *vacuam possessionem tradi* qui ont en eux-mêmes et par eux-mêmes le pouvoir de donner droit à demander la restitution du part et des fruits. Suivant Ulpien également, la stipulation *vacuam possessionem tradi* contient la restitution des fruits postérieurement perçus ; si on attribue, comme nous pensons qu'il faut le faire, aux mots *causam bonorum* de la loi 52, § 1, *h. t.*, le sens d'accessoires de la chose, *causa rei*. Il en est de même de la stipulation *fundum tradi* dont traite la loi 72, princ., *h. t.* Nous pensons, en d'autres termes, que les expressions *fundum tradi*, *vacuam possessionem tradi*, *rem dari vacuamque possessionem tradi*, sont des variantes d'une seule et même idée, que la première est l'abrégé des deux autres, de même que *iter fieri* est l'abrégé de *per te non fieri quominus mihi ire liceat* (l. 4, § 1, *h. t.*). — Ainsi ces deux jurisconsultes, reconnus pour leurs idées avancées, auraient admis, dans le cas de ces stipulations, que le promettant devrait les fruits perçus et le part mis au monde postérieurement à la stipulation, absolument comme dans les actions de bonne foi où les fruits sont dus même avant la *mora* (Paul, l. 38, §§ 8, 9 et 15, *De usuris et fructibus*, 22, 1 ; et Papinien, l. 1, § 1, *cod. tit.*), et par exception à la règle générale, admise par Papinien lui-même, d'après laquelle, dans les actions *stricti juris*, les fruits et le part ne sont dus qu'à partir de la litiscontestation. V. l. 2 et 3, § 1, *De usuris et fructibus* (22, 1). Papinien, dans ces deux lois, s'exprime ainsi : « Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam

« actum sit, post litem tamen contestatam causa præstetur :
« cujus opinionis ratio redditur, quoniam, quale est, cum
« petitur, tale deberi debet, ac propterea postea fructus captos,
« partumque editum restitui oportet. — In his quoque judiciis,
« quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contesta-
« tam actori causa præstanda est in eum diem quo sententia
« dicitur : certe post rem judicatam tempus a fructibus depen-
« dendis immune est ¹. » Les autres jurisconsultes, au contraire,
n'admettaient pas d'exception à la règle que dans les actions de
droit strict les fruits et le part ne sont dus qu'à partir de la liti-
contestation, pas même dans le cas de la stipulation *fundum
tradi* et ses variantes. Ainsi, par exemple, Paul, l. 38, § 7, *cod.
tit.*, décide que dans l'action tendant à obtenir *quod meum non
fuit*, par exemple dans l'action *ex stipulatu*, je ne puis obtenir
les fruits, pas même à partir de la *mora*, que je ne pourrai les
obtenir qu'à partir de la *litiscontestation*. Pomponius fait l'appli-
cation de cette règle, l. 3, § 1, *De act. empti* (19, 1). Cette
loi est ainsi conçue : « Si emptor vacuum possessionem tradi
« stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam
« actionem : quia et qui fundum dari stipularètur, vacuum quo-
« que possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur, nec
« tamen fructuum præstatio ea stipulatione continetur, neque
« rursus plus debet in stipulatione, sed ex empto superesse ad
« fructuum præstationem. » Pomponius décide dans cette loi
que celui qui a stipulé *vacuum possessionem tradi*, ne peut pas

1. « Il est d'usage que, même dans les actions personnelles, le défendeur soit tenu de restituer tous les accessoires de la chose demandée qui sont survenus après la liti-contestation. La raison de cet usage c'est que la chose qui forme l'objet du procès doit être rendue au demandeur telle qu'elle était le jour où elle a été réclamée en justice, et par conséquent le défendeur doit rendre tous les fruits qu'il a perçus depuis, et le part mis au monde par l'esclave qui fait l'objet de la demande. — Même dans les actions qui ne sont ni arbitraires, ni de bonne foi, on doit fournir au demandeur tous les accessoires de la chose demandée produite par elle depuis la liti-contestation jusqu'au jour où la sentence est prononcée. Il est certain que le temps qui suit le jugement est exempt de toute restitution de fruits. »

agir *ex stipulatu* pour obtenir les fruits perçus à partir du moment où la tradition aurait dû être faite; qu'il en est de même de celui qui a stipulé *fundum dari* ou *fundum tradi*¹; celui-là aussi est, en effet, censé avoir stipulé *vacuam possessionem tradi*, c'est-à-dire la livraison de la possession paisible de la chose vendue²; que relativement à ces fruits l'acheteur agira par l'action *ex empto*, qui n'est pas tout à fait éteinte par la novation, qui subsiste relativement aux fruits. En un mot, Ulpien et Papienien pensaient que, par exception à la règle générale, d'après laquelle les fruits n'étaient pas dus dans les actions *stricti juris* à partir de la *mora*, ils l'étaient lorsqu'une action *stricti juris* venait à nover une action *bonæ fidei*, comme dans le cas où l'action *ex stipulatu* venait à nover l'action *ex empto*, que la novation devait avoir pour effet d'attribuer à l'action *ex stipulatu* tous les avantages, tous les accessoires de l'action *ex empto*. Au contraire, Pomponius pensait que le principe que dans les actions *stricti juris* les fruits n'étaient pas dus à partir de la *mora* devait être rigoureusement observé, qu'il était conforme à la nature des actions *stricti juris*, que c'eût été déroger à la nature de ces actions que d'y faire admettre l'obligation aux fruits à partir de la *mora*, que ce principe était tellement impérieux qu'aucune considération ne pouvait le faire fléchir, pas même la considération de la substitution de l'action *stricti juris* à une action *bonæ fidei*, que cependant, pour qu'aucun préjudice ne soit causé à l'acheteur à cause de cette substitution, à cause de cette novation, on considérera l'action *ex empto* comme subsistant pour les fruits, que l'action *ex empto* sera considérée comme éteinte par la novation pour ce qui a pu passer de cette action dans l'action *ex stipulatu*, que, pour le surplus, n'ayant pu être novée, elle subsistera³. L'opinion

1. En effet, le mot *dari* ne contient que le *factum tradendi*, lorsque c'est l'*emptor* qui a stipulé ainsi *novandi animo*.

2. Voilà encore la preuve que les jurisconsultes romains considéraient la stipulation *fundum tradi* comme l'abrégé de la stipulation *vacuam possessionem tradi*.

3. Cujas, *Comm.*, in *lib. xxvii, Quæst. Papin., ad leg. 4 princ., De usuris et fructibus*, et Antoine Favre, *Rationalia ad leg. 3, § 1, De actionibus*

de Pomponius, bien que plus rigoureuse, est cependant plus conforme au vrai caractère des actions *stricti juris*. C'était l'opinion prédominante, l'opinion suivie dans la pratique. L'opinion de Papinien et d'Ulpien n'était qu'une opinion tout à fait personnelle à ces deux jurisconsultes, exprimée avec une certaine hésitation. On peut s'en convaincre en remarquant les expressions *potest dici* (on peut soutenir), dont se sert Papinien, et en observant que ce jurisconsulte l'expose dans ses *Quæstiones*, ouvrage dans lequel il traite assez souvent d'opinions qui lui sont tout à fait personnelles et qui dérogent au droit en vigueur de son temps¹.

Ainsi Ulpien était bien d'avis que la stipulation *fundum tradi* et ses variantes contenaient le droit aux fruits. Il est vrai, d'un autre côté, que les fruits sont des choses corporelles parfaitement divisibles. Mais le vrai objet de l'obligation *fundum tradi* est la livraison de la possession, fait parfaitement indivisible, comme nous l'avons démontré. C'est d'après cela qu'Ulpien lui-même détermine la nature de cette stipulation, et non d'après ce qu'accidentellement elle peut produire dans son opinion, d'après les fruits auxquels elle donne droit si elle n'est pas exécutée à temps. C'est pour cela qu'il déclare, l. 72 princ., *De verb. oblig.*, cette stipulation indivisible.

M. de Savigny est d'avis, au contraire, que la stipulation *fundum tradi* est divisible. En effet, suivant cet auteur, l'objet de cette stipulation est la livraison de la possession d'un fonds, ayant pour effet immédiat la translation de la propriété, lorsque cela est possible. Cette translation de propriété est impossible pour les fonds de terre dans le droit classique. En effet, ces fonds étaient, dans ce droit, ou italiques ou provinciaux. Or les fonds italiques

empti et venditi ont aperçu cette divergence entre Papinien et Ulpien d'un côté, et Pomponius de l'autre. Ce sont ces deux grands interprètes qui nous ont fourni le germe de notre opinion. Nous n'avons, quant à nous, que développé l'idée de ces deux maîtres et présenté sous l'aspect qui nous a paru convenable.

1. Cujas, *Comm.*, ad leg. 28, *De verb. oblig.*

étaient des choses *mancipi*, et comme tels non susceptibles de tradition (Ulpien, *Regul.*, tit. XIX, §§ 1 et 3); la tradition, par rapport à eux, ne faisait que les mettre *in bonis* de l'*accipiens*. Quant aux fonds provinciaux, bien que *res nec Mancipi* (Gaius, Comment. II, § 21), ils n'étaient pas susceptibles de *dominium ex jure Quiritium*, ce *dominium* appartenait au peuple romain ou à l'empereur, les particuliers n'en avaient que la possession et la jouissance (Gaius, Comment. II, § 71). La tradition de ces fonds ne transférait donc à l'*accipiens* que leur possession et leur jouissance. La tradition ne pouvait donc s'appliquer, dans le droit classique, comme transférant la propriété en même temps que la possession, qu'aux choses mobilières *nec Mancipi*, par exemple à une brebis (Ulpien, *Regul.*, tit. XIX, §§ 1 et 7). Dans le droit de Justinien, au contraire, la tradition transfère, avec la possession, la propriété de toute espèce de choses, meubles ou fonds de terre, car il n'y a plus dans ce droit de distinction entre les choses *mancipi* et les choses *nec Mancipi*, entre les fonds italiques et les fonds provinciaux. Or, dit M. de Savigny, la possession et la propriété sont des choses divisibles, et, par conséquent, l'obligation *fundum tradi*, qui a pour but la livraison de la possession avec ou sans la conséquence du transfert immédiat de la propriété, est aussi divisible. Que si Ulpien, l. 72 princ., *h. t.*, déclare indivisible cette stipulation, c'est qu'il y sous-entend une clause pénale; lorsque Ulpien déclare la stipulation *fundum tradi* indivisible, il suppose la formule de la stipulation ainsi conçue : *Spondesne fundum tradi, et nisi traditus erit, decem dari*; en pareil cas il est évident que si le fonds n'est pas livré en entier, la peine sera encourue pour le tout; c'est à ce point de vue, au point de vue de l'entière échéance de la peine, si le fonds n'est pas livré entièrement, qu'Ulpien déclare cette stipulation indivisible. Cette supposition, dit M. de Savigny, est d'autant plus vraisemblable que l'addition d'une clause pénale était d'un usage fréquent dans les obligations de faire, d'un usage plus fréquent encore que dans celle de donner. Venulejus, l. 137, § 7, *h. t.* : « *Si ut aliquid fiat, stipulemur; ET USITATIUS ET ELEGANTIUS Labeo*

« ait, sic subijci pœnam, si ita factum non erit.... » En effet, dans le *facere*, la libre estimation de la valeur pécuniaire de la part du juge était très-souvent plus incertaine et plus arbitraire que dans le *dare*. Avec cette interprétation, ajoute le savant romaniste, la loi 72 princ. *h. t.*, est en parfait parallèle avec la loi 85, § 6 *h. t.*, dans laquelle Paul suppose la stipulation *fundum dari* accompagnée d'une clause pénale, et décide que la peine sera commise en entier, si le fonds n'est pas livré pour le tout, s'il n'est livré que pour partie (*nec prodest partes fundi tradere, cessante uno*). Il laisse donc entendre que la tradition peut avoir lieu pour partie. Ensuite Paul se sert, dans cette loi, indifféremment du mot *tradere* et du mot *dare*, ce qui prouve que la stipulation *fundum tradi* est synonyme de la stipulation *fundum dari*, c'est-à-dire a pour objet la livraison de la possession entraînant après elle le transfert de la propriété¹.

Nous ne contestons pas que la stipulation *fundum dari* soit divisible, toutes les fois qu'elle a pour but le transfert de la propriété. Cette stipulation *fundum dari* a, en général, pour objet le transfert de la propriété, lequel peut s'opérer par la mancipation ou la cession *in jure*, dans le droit classique, ou même par la tradition, dans le droit de Justinien. Il est évident qu'en pareil cas la stipulation *fundum dari* est divisible ; en effet, il est constant que le transfert de la propriété peut avoir lieu pour une partie indivise d'un fonds. La loi 85, § 6, *h. t.*, s'occupe précisément de ce cas général, du cas où l'on a stipulé *ab initio, fundum dari*, et non pas pour nover une obligation préexistante de livrer la simple possession. Il est vrai que Paul se sert plus loin, dans ce même texte, du mot *tradere*. Mais nous croyons que c'est là une interpolation de Tribonien, qui a mis *tradere* à la place de *dare*, que contenait probablement le texte, afin de le mettre plus en harmonie avec la pratique de son temps, d'après laquelle on se servait plus habituellement de la tradition pour la translation de la propriété des fonds de terre eux-mêmes. Mais, par exception,

1. M. de Savigny, *Op. cit.*, § 32, p. 365 et suivantes de la traduction.

la stipulation *fundum dari* a pour objet la simple livraison de la possession. C'est ce qui a lieu lorsqu'elle a été faite dans le but de nover une obligation préexistante par laquelle le débiteur était tenu de livrer simplement la possession, par exemple l'obligation dont est tenu le vendeur par l'action *ex empto* de livrer à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue (Papinien, l. 11 princ., *De usuris et fructibus*, 22, 1). Les mots *fundum tradi*, dont se sert Ulpien, l. 72 princ., *h. t.*, sont précisément ceux dont on se servait pour exprimer en abrégé cette obligation de livrer la possession paisible de la chose vendue à l'acheteur. La preuve que c'est là le sens des mots *fundum tradi* dans la loi 72 princ., *h. t.*, c'est qu'Ulpien cite, dans cette loi, la stipulation *fundum tradi* parmi les stipulations de faire. Or, la stipulation de livrer la simple possession peut seule être appelée une stipulation de faire; celle de transférer la propriété est une obligation de donner, que le transfert de la propriété s'opère par *mancipatio*, *cessio in jure*, ou *traditio*. D'un autre côté, malgré l'usage fréquent de l'addition d'une clause pénale; dans les obligations de faire, il est arbitraire de supposer qu'Ulpien a sous-entendu une pareille clause dans la stipulation *fundum tradi*. Cette supposition devient d'autant moins admissible, qu'on voit Ulpien mettre la stipulation *fundum tradi* absolument sur la même ligne que les stipulations *fossam fodiri*, *insulam fabricari*, etc. Or, dans ces dernières, on n'a pas besoin de supposer l'addition d'une clause pénale pour les déclarer indivisibles. Il est donc très-naturel de penser qu'Ulpien a entendu de même que la stipulation *fundum tradi* est également indivisible par elle-même, par la nature de son propre objet, et non par suite de l'indivisibilité de la condition de la peine.

Après avoir établi le véritable sens que les Romains attribuaient à la stipulation *fundum tradi*; après avoir démontré qu'ils voulaient entendre par là une stipulation par laquelle le vendeur promettait de livrer la possession paisible du fonds vendu à l'acheteur, après avoir ensuite constaté l'indivisibilité de cette stipulation, déduisons maintenant les conséquences de son indi-

visibilité, et comparons cette stipulation avec l'obligation *rem restitui*, c'est-à-dire avec l'obligation de livrer simplement la possession d'une chose.

Une obligation peut contenir soit la simple livraison de la possession, soit en outre la garantie de la tranquillité de cette possession.

Lorsque l'obligation n'a pour objet que la simple livraison de la possession, alors elle est indivisible au point de vue de son exécution directe, naturelle, au point de vue de cette livraison de possession elle-même. Mais si, faute d'exécution, il faut en arriver à l'estimation ou à l'intérêt qu'avait le créancier à ce qu'on lui livrât la possession, alors la condamnation à cette estimation ou aux dommages-intérêts a lieu pour partie contre chacun des débiteurs, sauf certaines exceptions.

Parlons d'abord de l'exécution naturelle, de la livraison de la possession.

La livraison de la possession d'une chose constitue un fait indivisible. On ne saurait livrer la possession d'une partie indivise d'une chose. De sorte que les héritiers de celui qui est tenu de livrer la possession d'une chose doivent s'entendre entre eux et se réunir, afin de livrer à la fois la possession de la chose entière. Si, par exception, l'un d'entre eux se trouve posséder seul toute la chose, il pourra la livrer à lui seul; mais il devra et ne pourra la livrer qu'en entier. Ainsi, il peut arriver que l'un d'entre les héritiers possède seul toute la chose; si alors c'est lui que le créancier poursuit, il devra livrer la chose en entier, s'il veut éviter la condamnation. Il se peut, d'un autre côté, que l'un des héritiers ne possède qu'une partie de la chose, ou bien qu'il n'en possède aucune : en pareil cas, si cet héritier est poursuivi par le créancier, et il ne pourra l'être que pour partie, il a le droit de demander un délai pour s'entendre avec ses cohéritiers, afin qu'ils livrent tous ensemble la possession de la chose entière.

Supposons maintenant que la livraison de la possession n'a pas lieu, alors si l'héritier actionné possède la chose entière, il sera condamné au montant intégral de son estimation, du *quantum ea*

res est. S'il ne possède pas du tout, ou s'il ne possède qu'une partie de la chose, il ne sera condamné qu'à une part de l'estimation proportionnelle à sa part héréditaire. Nous croyons qu'il en est ainsi, que celui qui est tenu de livrer la possession d'une chose, y soit astreint en vertu d'une obligation *stricti juris* ou *bonæ fidei*.

En effet, tout d'abord, pour la restitution, afin d'éviter la condamnation, Marcellus, l. 22 *Depositum* (16,3), dit d'une manière générale qu'elle ne peut avoir lieu que pour le tout : *nisi pro solido res non potest restitui*. Comment, en effet, livrer la possession d'une partie indivise d'une chose, d'un vase, d'un fonds? Or, c'est là la portée de la restitution : restituer une chose à quelqu'un, c'est mettre cette chose en sa possession. C'est ce qui a lieu dans le cas prévu par notre loi, dans le cas du dépôt; le dépositaire est propriétaire déjà, il n'a donc besoin que de la possession. Il en est de même dans le cas de commodat, dans l'action en revendication, dans la *condictio furtiva*.

Quant à la poursuite et à la condamnation, nous avons dit qu'elle ne peut avoir lieu que pour partie, lorsque l'héritier ne possède pas du tout, ou ne possède que pour partie. Cela est dit pour les obligations de bonne foi par Ulpien, l. 3, § 3 *Commodati*.... (13,6), à propos du commodat. Ce jurisconsulte décide que l'héritier de celui qui a reçu une chose en commodat, sera poursuivi pour partie (*pro ea parte, qua heres est, convenitur*), à moins qu'il n'ait la faculté de restituer toute la chose et qu'il ne veuille le faire, car alors il sera condamné *in solidum*, c'est-à-dire à la totalité des dommages-intérêts. Ainsi, lorsque l'un des héritiers du commodataire n'a pas la faculté de restituer la chose entière, en d'autres termes, lorsqu'il ne possède pas la chose prêtée en entier, c'est-à-dire lorsqu'il n'en possède qu'une partie ou aucune, il sera poursuivi pour partie, et il ne sera condamné qu'à une partie des dommages-intérêts. En effet, Ulpien dit qu'il ne sera condamné à tout que s'il possède toute la chose. Donc, s'il ne la possède pas en entier, c'est-à-dire s'il n'en possède qu'une partie ou aucune, il ne sera condamné qu'à une partie des dom-

mages-intérêts. Ainsi, il sera condamné à une partie des dommages-intérêts lors même qu'il ne possède pas du tout, car, dans ce cas, il est condamné comme ayant succédé pour partie à l'obligation du défunt, et non en qualité de possesseur, comme cela a lieu dans la revendication, où, si l'héritier ne possède aucune partie de la chose, il n'est plus poursuivi du tout. Le texte dit d'ailleurs d'une manière générale que si l'héritier ne possède pas la chose entière, il ne sera poursuivi que pour partie, sans distinguer entre le cas où il ne possède que pour partie et celui où il ne possède pas du tout. Dans la revendication, et aussi dans la *condictio furtiva*, qui suit à cet égard les règles de la revendication, l'héritier n'est poursuivi pour partie que s'il possède une partie de la chose; s'il n'en possède aucune, il n'est pas poursuivi du tout. Cela est dit pour les actions *stricti juris* par la loi 9 *De condictione furtiva* (13,1), à propos de la *condictio furtiva*. Ulpien décide dans ce texte que l'héritier du *fur* est tenu (*tenetur*) de la *condictio furtiva* pour la partie pour laquelle il est héritier. Or, le mot *tenetur* a un sens général¹; il comprend et la poursuite et la condamnation. L'héritier pour partie sera donc poursuivi pour partie et condamné à une partie de la valeur de la chose, s'il n'en possède qu'une partie. Il sera poursuivi et condamné pour partie, même s'il ne possède pas du tout. En effet, Ulpien dit que si l'auteur du vol est mort en laissant un héritier unique, cet héritier sera tenu *in solidum*, c'est-à-dire sera poursuivi pour le tout et condamné à la valeur entière de l'objet volé, même s'il n'a pas entre ses mains, s'il ne lui est pas parvenu tout ce qu'a détourné son auteur, c'est-à-dire même s'il ne lui en est parvenu qu'une partie. Il est tenu donc, non parce qu'il retient quelque chose qui appartient à autrui, car alors il ne serait tenu que *quatenus ad eum pervenit*, mais parce qu'il a succédé au défunt; or, le défunt était tenu *in solidum*, l'héritier unique, représentant le défunt pour le tout, est tenu par consé-

1. Nous l'avons démontré précédemment, au moyen des expressions, *singuli in solidum tenentur*; *sed quo casu unus ex heredibus solidum præstiterit*, de la loi 2, § 2, *h. t.*

quent aussi pour le tout. Quand il y a plusieurs héritiers, comme chacun d'eux ne représente le défunt que pour une partie, il ne sera donc tenu que pour partie, à moins qu'il ne possède le tout, et qu'il ne veuille pas le restituer; car alors à la qualité d'héritier s'ajoute une circonstance qui lui est personnelle, à savoir qu'ayant la faculté de restituer le tout, il ne veut pas le faire; il est condamné alors à l'estimation entière pour un fait qui lui est personnel, sa résistance à restituer le tout, sa mauvaise volonté, son dol, qu'il commet *in solidum*.

Ainsi, lorsque l'un des héritiers de celui qui est tenu de livrer la possession d'une chose, possède cette chose entièrement, il sera poursuivi pour le tout, et condamné au montant intégral des dommages-intérêts ou bien de l'estimation. Cela est dit pour les actions de bonne foi par Ulpien, l. 3, § 3. *Comodati*....., déjà citée. Le jurisconsulte décide, dans cette loi, que l'héritier du commodataire sera poursuivi pour la part pour laquelle il est héritier, à moins qu'il n'ait la faculté de restituer la chose prêtée en entier; donc s'il a la faculté de restituer cette chose en entier, c'est-à-dire s'il la possède pour le tout, il sera poursuivi pour le tout. Relativement à la condamnation, Ulpien décide formellement que si l'héritier possède la chose entière et qu'il ne la restitue pas, il sera condamné *in solidum*, c'est-à-dire à toute la valeur de la chose. — Il en sera de même si les héritiers de celui qui était tenu par une action de bonne foi de restituer une chose, ont cessé par dol de la posséder : chacun des héritiers ayant commis le dol pour le tout, sera poursuivi pour le tout et condamné à toute la valeur de la chose; il est bien entendu que si l'un d'entre eux la paye en entier, les autres seront aussi libérés. Cela est dit, pour le cas de dépôt, par Marcellus, l. 22, *Depositum* (16, 3), déjà citée. Le jurisconsulte suppose d'abord le cas de dépôt d'une somme d'argent, de dix mille écus, par conséquent de quelque chose de divisible *numero*, dont chacun peut soustraire une partie réelle; et il décide que, si chacun des deux dépositaires en détourne par dol cinq mille, il ne sera tenu que pour moitié, il ne pourra être

poursuivi et condamné que pour moitié. Que si, au contraire, le dépôt consiste dans une chose qu'on ne peut détourner ni dénaturer pour partie, s'il consiste, par exemple, dans un vase, que les deux dépositaires fondent ou laissent fondre par un autre, ou bien dans tout autre corps certain, qu'ils détournent ensemble par dol : en pareil cas, comme le dol ne peut s'appliquer à une partie de la chose déposée, qu'il ne peut s'appliquer qu'à la chose entière ; que, par conséquent, chacun a commis le dol pour le tout ; qu'il s'est mis, de mauvaise foi, dans la position de ne pas pouvoir restituer la chose en entier, il sera poursuivi pour le tout et condamné au montant intégral des dommages-intérêts : « Si
« duo heredes rem apud defunctum depositam dolo interverte-
« rint, quodam utique casu in partes tenebuntur : nam si divise-
« rint decem millia, quæ apud defunctum deposita fuerant, et
« quina millia abstulerint, et uterque solvendo est, in partes
« obstricti erunt : nec enim amplius actoris interest. Quod si
« lancem conflaverint, aut conflari ab aliquo passi fuerint, aliave
« quæ species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri
« poterunt, ac si ipsi servandam suscepissent : nam certe verum
« est in solidum quemque dolo fecisse : et nisi pro solido res non
« potest restitui... » Il est vrai qu'à la fin du texte, il y a une phrase qui dit que la poursuite aura lieu pour le tout contre chacun des héritiers, et que la restitution devra avoir lieu également pour le tout pour que l'héritier poursuivi échappe à la condamnation ; mais que si, la restitution n'ayant pas lieu, parce qu'elle serait, comme dans notre cas, devenue impossible, il faille arriver à la nécessité de la condamnation, l'héritier poursuivi ne sera condamné qu'à une partie des dommages-intérêts proportionnelle à sa part héréditaire : « Nec tamen absurde sentiet, qui hoc pataverit, plane nisi integræ rei restitutione, eum cum quo actum fuerit, liberari non posse, condemnandum tamen, si res non restitua- tur, pro qua parte heres exstitit. » Mais nous pensons, avec Antoine Favre ¹, que cette phrase a été ajoutée par Tribon-

1. *Rationalia, ad leg. 22, D., Depositi, vel contra.*

nien. Elle ne peut appartenir à Marcellus, qui dit, dans la première partie du texte, que chacun des héritiers pourra être poursuivi pour le tout (*in solidum conveniri poterunt*), ce qui mène à conclure que l'héritier poursuivi pour le tout sera aussi condamné pour le tout. Ensuite nous venons de voir Ulpien décider formellement, pour le cas de commodat, que si l'un des héritiers a la faculté de restituer toute la chose, c'est-à-dire s'il possède la chose en entier, et qu'il ne veuille pas la restituer, il sera condamné au montant intégral des dommages-intérêts (*nisi forte habuit facultatem totius rei restituendæ, nec faciat : tunc enim condemnatur in solidum*). Or, si l'héritier du commodataire qui est de mauvaise foi, qui commet le dol de ne pas vouloir restituer le tout, quand il le peut (car c'est être de mauvaise foi que de pouvoir restituer et de ne pas vouloir le faire), est condamné au montant intégral des dommages-intérêts, pourquoi l'héritier du dépositaire qui a commis le dol d'avoir détourné la chose déposée ou de l'avoir fait cesser d'exister, qui a commis ce dol relativement à la chose entière, ne pouvant le commettre relativement à une partie seulement de cette chose, ne serait-il condamné qu'à une partie des dommages-intérêts. Il ne peut y avoir l'ombre de raison de différence entre l'action *commodati* et l'action *depositi*, qui sont toutes les deux de bonne foi. — Quant aux actions *stricti juris*, il est vrai qu'Ulpien dit, d'une manière générale, pour le cas de *condictio furtiva*, que celui qui n'est héritier du *fur* que pour partie, ne sera tenu que pour partie. Mais nous pensons que la décision d'Ulpien ne s'applique qu'au cas où l'héritier possède pour partie ou ne possède pas du tout. Il suffit, en effet, que le jurisconsulte ne dise pas formellement que dans le cas où l'héritier possède toute la chose, il ne sera néanmoins condamné qu'à une partie de l'estimation, pour que nous puissions décider qu'il sera condamné à l'estimation entière, par analogie de ce qui a lieu dans les actions de bonne foi, où l'héritier pour partie qui possède toute la chose que le défunt était tenu de restituer, est condamné au montant intégral des dommages-intérêts. Pourquoi, en effet, l'héritier du voleur qui possède toute la chose et ne veut

pas la restituer, ne serait-il condamné qu'à une partie de son estimation, tandis que l'héritier du dépositaire ou du commodataire, qui possède la chose entière et ne veut pas la restituer, est condamné au montant intégral des dommages-intérêts ?

Lorsque l'obligation a pour objet non-seulement la simple livraison de la possession d'une chose, mais, en outre, le maintien dans la possession de cette chose, l'absence de tout trouble, la garantie de la tranquillité de sa possession, et tel est le double objet de la stipulation *fundum tradi*, alors cette obligation est indivisible, même au point de vue de la condamnation aux dommages-intérêts. C'est pourquoi, si l'un des héritiers du promettant trouble le stipulant dans sa possession, comme on ne peut être troublé pour partie, comme le trouble occasionné par un seul équivaut, pour le stipulant, au trouble occasionné par tous, la stipulation *fundum tradi* sera commise pour le tout, et l'un quelconque des héritiers pourra être condamné à la valeur entière du dommage causé par ce trouble. Cela résulte de la loi 72, princ., *h. t.*, elle-même. En effet, Ulpien, dans cette loi, met la stipulation *fundum tradi* absolument sur la même ligne que la stipulation *fossam fodiri*, ou *insulam ædificari*, c'est-à-dire que l'obligation d'un *opus*. Relativement à cette dernière, Paul, l. 85, § 2, *h. t.*, dit que chacun des héritiers débiteurs de l'*opus*, sera tenu *in solidum*. Or, nous avons déjà prouvé que ces expressions, appliquées à n'importe quelle obligation, ont toujours une portée générale, qu'elles se réfèrent non-seulement à l'exécution naturelle de l'obligation, mais aussi à la condamnation à l'estimation, qui a lieu faute d'exécution. — Il est bien évident que si les dommages-intérêts sont fixés d'avance par les parties, par exemple au double de l'estimation, comme alors c'est une peine qui a été promise, que c'est la peine qui est *in obligatione*, et que le trouble n'est que *in conditione*, cette peine sera bien encourue pour le tout par le trouble d'un seul des héritiers, à cause de l'indivisibilité du fait qui se trouve *in conditione*, mais elle ne sera prononcée contre chacun d'eux que pour partie, car cette peine, véritable objet de l'obligation, consistant en une somme d'argent,

est une chose parfaitement divisible. C'est pour cela que, si c'est un tiers qui occasionne le trouble qui évince l'acheteur, les textes nous disent formellement que la *dupla* sera bien encourue pour le tout, bien que quelques-uns des héritiers seulement n'aient pas défendu la vente, mais que cette *dupla* ne sera prononcée contre chacun d'eux que pour sa part héréditaire (l. 85, § 5, et l. 139, h. t.).

Ainsi, en résumé, l'obligation contient-elle non-seulement la livraison de la possession d'une chose, mais, en outre, la garantie de la tranquillité de cette possession, elle est indivisible non-seulement au point de vue de son exécution naturelle, de ce que doit fournir le débiteur ou ses héritiers, pour éviter la condamnation, c'est-à-dire au point de vue de la livraison de la possession, ou de l'absence de trouble, ou de la défense dans le cas de trouble causé par un tiers, mais encore au point de vue de la condamnation à l'estimation. L'obligation contient-elle, au contraire, la simple livraison de la possession, le débiteur est-il complètement libéré en livrant cette possession, son obligation ne continue-t-elle pas dans l'avenir, ne doit-il pas, pour l'avenir, la tranquillité de cette possession, en d'autres termes, le débiteur est-il tenu, non pas *vacuam possessionem tradi*, mais simplement *rem restitui*, comme dans le cas de commodat, de dépôt, de *condictio furtiva*, de revendication, alors cette obligation n'est indivisible qu'au point de vue de la restitution, au point de vue de ce que doit fournir le débiteur ou ses héritiers pour éviter la condamnation. Si l'un d'entre les héritiers possède toute la chose, il la restituera lui seul en entier; si plusieurs la possèdent, ils se réuniront pour la restituer en une seule fois en entier; en effet, restituer c'est livrer la possession, or, on ne peut pas livrer la possession d'une partie indivise d'une chose: on ne saurait, en effet, concevoir la possession (le fait de posséder, la détention, le *corpus*), appliquée à une partie indivise d'une chose. Au contraire, pour ce qui regarde la condamnation à l'estimation ou aux dommages-intérêts, chaque héritier ne sera condamné qu'à une part proportionnelle à sa portion héréditaire, à moins que

l'un d'entre eux ne possède le tout : celui-ci sera alors condamné, faute de restitution, au montant intégral de l'estimation ou des dommages-intérêts, car il commet le dol pour le tout. Et ces décisions sont vraies pour n'importe quelle espèce d'obligation de restituer une chose, que cette obligation soit de bonne foi, comme dans le dépôt et le commodat, ou de droit strict, comme dans la *condictio furtiva*.

Ceux donc qui soutiennent que l'obligation *fundum tradi*, dont parle la loi 72, princ., *h. t.*, est indivisible même au point de vue de la condamnation à l'estimation, parce que cette obligation est de droit strict, que l'obligation *rem restitui* est, au contraire, divisible, parce qu'elle est de bonne foi (telle, par exemple, l'obligation résultant du commodat, l. 3, § 3, D., *Comm.*), sont dans l'erreur. En effet, l'obligation *rem restitui* n'est pas moins divisible au point de vue de la condamnation, même quand elle provient d'un contrat de droit strict, témoin le cas de la *condictio furtiva* (l. 9, D., *De cond. furtiva*). Ce n'est donc point de la source de l'obligation, de la circonstance qu'elle provient d'un contrat de droit strict, ou d'un contrat de bonne foi, que l'on doit tirer la différence entre la stipulation *fundum tradi* et l'obligation *rem restitui*, mais d'un élément plus essentiel, de l'étendue même de chacune de ces obligations, de la nature de l'objet de chacune d'elles, de la circonstance que l'une contient une simple livraison de possession, tandis que l'autre contient, en outre, le défaut de trouble de cette possession.

Quid de la stipulation *rem habere licere*?

Nous avons vu que le vendeur était obligé de livrer la chose vendue à l'acheteur et de lui garantir la paisible possession de cette chose, qu'il était tenu, à cet effet, en vertu du contrat même de vente, qu'il pouvait y être forcé par l'action *ex empto* elle-même. Nous avons vu également qu'assez souvent l'acheteur novait cette créance qu'il avait contre le vendeur, qu'il stipulait à cet effet, *fundum tradi* ou *vacuam possessionem tradi*, et qu'en vertu de cette stipulation le vendeur était également tenu de livrer la possession de la chose vendue à l'acheteur, et de lui

garantir la tranquillité de cette possession. Nous avons vu, enfin, que l'acheteur pouvait agir *ex empto*, pour se faire livrer simplement la possession de la chose, et forcer, par cette même action, le vendeur à lui faire une promesse spéciale relativement à la tranquillité de la possession de cette chose, de lui promettre que la chose qu'il lui a livrée, il la possédera tranquillement, de lui promettre, en un mot, *rem habere licere* (Ulpien, l. 11, § 8, *De actionibus empti*, 19; 1). Par cette stipulation le vendeur promet donc que personne n'empêchera l'acheteur ni ses héritiers de posséder paisiblement la chose vendue. Ulpien, l. 38, princ. *h. t.* : « Stipulatio ista, *habere licere spondes?* hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quominus nobis habere liceat : quæ res facit, ut videatur reus promississe, per omnes futurum, ut tibi habere liceat..... »

Il est certain que si c'est le vendeur lui-même ou un de ses héritiers, ou bien un héritier de l'héritier, etc., qui empêche l'acheteur de posséder la chose vendue paisiblement, la stipulation *rem habere licere* est encourue, bien qu'on n'y ait pas ajouté la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit* pour le cas d'empêchement; en effet, l'empêchement provient alors du promettant ou de l'un de ses héritiers, etc.; or, on peut promettre son propre fait et celui de son héritier, qui n'est que son continuateur (Ulpien, l. 38, § 2, *cod. tit.*).

Mais que décider si c'est un étranger qui empêche l'acheteur ou son héritier de posséder, qui le trouble dans sa possession?

Il est d'abord bien certain que si la stipulation est conçue d'une manière spéciale, c'est-à-dire si elle ne mentionne que la personne du promettant et celles de ses héritiers : *spondesne per te, venientesque a te personas non fieri, quominus rem mihi habere liceat*, elle ne sera pas encourue par suite du trouble causé par un étranger. En effet, il n'a été déduit dans la stipulation que le fait du promettant et de ses successeurs. C'est ce que décide Ulpien, l. 11, § 18, *cod. tit.* Ce jurisconsulte refuse même à l'acheteur l'action *ex empto* pour obtenir le *quod interest* dans le cas où la stipulation n'a pas eu lieu, à moins qu'il n'ait acheté de

quelqu'un qui lui a vendu sciemment la chose d'autrui ; en pareil cas, en effet, le vendeur sera tenu *ex empto in id quod interest*, car il a commis un dol en vendant la chose d'autrui, et le dol rentre parfaitement dans l'action *ex empto*. (Africain, l. 30, § 1, *cod. tit.*; Ulpien, *ead. lege* 11, § 18, *in fine*). Mais dans le cas où le vendeur a été de bonne foi, Ulpien accorde à l'acheteur troublé par un tiers tout au plus le droit de se faire rendre le prix. Il cite, en ce sens, l'opinion de Julien, qu'il approuve tacitement : « Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat præstare : et multum interesse arbitror utrum polliceatur, *per se, venientesque a se personas non fieri, quominus habere liceat* : « an vero *per omnes*. Nam si *per se*, non videtur id præstare, ne « alius evincat ; proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex « empto non tenebitur : sed Julianus, lib. 15 Digestorum scribit, « etiamsi aperte venditor pronunciet, *per se heredemque suum non fieri, quominus habere liceat*, posse defendi, ex empto eum « in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest ; verumtamen ut pretium reddat teneri.....»

Que si la stipulation a été conçue d'une manière générale, par exemple ainsi, *spondesne rem habere licere*, ou bien, *spondesne PER OMNES non fieri quominus rem habere liceat*, le fait d'un étranger de troubler l'acheteur dans la possession de la chose vendue, fera-t-il encourir la stipulation ?

Cujas¹ et Antoine Favre² pensent que la stipulation est encourue, de l'avis de tous les jurisconsultes, quand même on n'y aurait pas ajouté la stipulation d'une peine ou du *quantum ea res sit*. Ils se fondent sur la loi 83 princ. *h. t.*, qui est du jurisconsulte Paul, et dont il résulte que, lorsqu'on a promis *rem habere licere*, on est censé avoir promis non pas un simple fait négatif, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas d'empêchement à ce que l'acheteur possède paisiblement la chose vendue, mais qu'on fera en sorte que cet empêchement n'ait pas lieu ; qu'on a promis, par conséquent,

1. *Comm. ad leg. 38 princ.*, § 1 et § 2, *De verb. oblig.*

2. *Rationalia, ad leg. 11, § 18, D., De actionibus empti.....* (19, 1.)

non pas le fait d'autrui, mais son propre fait : « Inter stipulan-
 « tem et promittentem negotium contrahitur : itaque alius pro
 « alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur; nam
 « de se quemque promittere oportet : et qui spondet dolum ma-
 « lum abesse, abfuturumque esse, non simplex abnativum spon-
 « det; sed curaturum se, ut dolus malus absit. Idemque in illis
 « stipulationibus, *habere licere* : item, *neque per te, neque per here-*
 « *dem tuum fieri, quominus fiat.* » Tel serait aussi l'avis d'Ulpien,
 selon Cujas et A. Favre. En effet, Ulpien dit, l. 11, § 18 *De actionibus empti* (19, 1), qu'il y a un grand intérêt à distinguer le cas où la stipulation a été conçue d'une manière spéciale, de celui où elle a été conçue d'une manière générale; puis il décide que la stipulation n'est pas encourue dans le premier cas, par suite du fait d'un étranger d'évincer l'acheteur. On peut donc conclure, a contrario, qu'elle est encourue dans le second cas. Cette conclusion est d'autant plus vraisemblable, que le même jurisconsulte dit, l. 50 princ., *h. t.*, que la stipulation *per te non fieri* ne signifie pas simplement que tu as promis de ne rien faire qui empêche de faire, mais que tu feras en sorte qu'on puisse faire. Cujas¹ corrige, en effet, cette loi en mettant *possit* au lieu de *possis*, et lit : « In illa stipulatione, *per te non fieri*? non hoc significatur, nihil « te facturum, quominus facere possit : sed curaturum ut facere « possit. » Il est vrai que le même jurisconsulte, dans la loi 38 princ., et §§ 1 et 2 *h. t.*, dit, en termes formels, que la stipulation *habere licere spondes* est efficace relativement au fait du promettant ou à celui de ses successeurs; mais qu'elle est nulle quant au fait d'autrui; et que, si on veut qu'elle soit valable même à ce dernier point de vue, il faut que le promettant y ajoute la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*. Mais ce texte doit être corrigé au moyen des lois 11, § 18, *De act. empti*, et 50 *h. t.*, entendues de la manière que nous venons de voir. C'est ainsi que nous avons compris l'interprétation de Cujas et d'Antoine Favre; c'est de cette manière, pensons-nous, qu'elle doit être analysée.

1. *Comm. ad leg. 50 princ., De verb. oblig.*

Mais, cette interprétation, si nous l'avons bien comprise, ne nous paraît pas exacte. Nous ferons en effet observer, avec Doneau, qu'avec cette explication on met Ulpien en contradiction avec lui-même; que, pour soutenir cette interprétation, on est obligé d'opter entre deux des fragments de ce jurisconsulte, d'en adopter un, la loi 11, § 18 *De act. empti*, et d'en rejeter l'autre, la l. 38 princ., § 1 et § 2 *h. t.* Or, il est difficile de supposer que le même jurisconsulte se soit contredit dans deux passages différents de ses œuvres.

Doneau¹, et son élève, Scipio Gentilis², ne voient pas non plus de dissentiment entre Ulpien et Paul, bien qu'ils interprètent les fragments de ces deux jurisconsultes d'une manière tout à fait différente de celle de Cujas et d'Antoine Favre. Ils pensent que, de l'avis des deux jurisconsultes, la stipulation dont il s'agit n'est pas encourue par suite du fait d'un étranger, si elle n'est pas accompagnée de la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*. C'est ce que décide incontestablement Ulpien, l. 38 princ., § 1 et § 2 *h. t.* La loi 11, § 18 *De actionibus empti*, du même jurisconsulte n'est pas contraire à cette décision. En effet, disent ces deux interprètes, dans la loi 11, § 18, Ulpien ne tranche que le cas où la stipulation a été conçue d'une manière spéciale et décide qu'en pareil cas la stipulation n'est pas encourue par suite de l'éviction opérée par un étranger; quant au cas où la stipulation est conçue d'une manière générale, le jurisconsulte ne fait que le mentionner sans le résoudre, il se réfère, pour ce cas, à ce qu'il décide l. 38, *h. t.*; s'il dit, pour le premier cas, que l'éviction opérée par un étranger ne fait pas encourir la stipulation, l'argument *a contrario* ne conduit pas nécessairement à décider que, dans le second, cette éviction fera toujours encourir la stipulation; tout ce qui en résulte inévitablement, c'est qu'il faut qu'elle la fasse encourir quelquefois. Or, Doneau et Scipio Gentilis reconnaissent cet effet à la stipulation conçue d'une manière générale, lorsqu'elle est accompagnée de la stipulation d'une *pœna* ou

1. *Comm. ad leg. 38 princ.*, § 1 et § 2, *De verb. oblig.*

2. *Op. cit.*, cap. xix, T. I, p. 166 et 167.

du *quanti ea res sit*. Quant à la loi 50 *h. t.*¹, du même jurisconsulte Ulpien, et à la loi 83 princ. *h. t.*, du jurisconsulte Paul, elles veulent dire tout simplement que la stipulation *habere licere*, conçue ainsi en termes généraux, oblige le promettant et ses héritiers de faire leurs efforts afin d'empêcher le tiers d'évincer, qu'ils sont tenus de cette stipulation s'ils ont pu empêcher le tiers d'évincer et qu'ils ne l'ont pas fait; mais ces deux lois ne signifient pas que le promettant et ses héritiers sont obligés, dans tous les cas, d'empêcher toute espèce de trouble, et qu'ils encourent la stipulation s'ils ne veulent pas le faire ou même s'ils n'y réussissent pas. En effet, lorsque le promettant peut empêcher le tiers d'évincer et qu'il ne le fait pas, il est censé évincer lui-même, puisqu'il laisse faire : il est donc tenu en vertu de son propre fait; tandis que, lorsqu'il ne peut pas empêcher le tiers d'évincer, l'éviction n'est pas son propre fait, ni direct, ni indirect; s'il en était tenu, il répondrait du fait d'autrui, ce qui ne doit pas avoir lieu, car chacun ne peut être obligé qu'en vertu de son fait, ne peut promettre que son fait : *de se quemque promittere oportet*, comme dit Paul, l. 83 princ., *h. t.*; *nemo alienum factum promittendo obligatur*, comme dit Ulpien, l. 38 princ. *h. t.* Il en est ici absolument comme dans le cas de la stipulation *damni infecti*, qui n'est encourue, de l'avis du même Ulpien, que lorsque le dommage résulte du vice d'un ouvrage fait par une personne que le promettant aurait pu empêcher, mais qui ne l'est pas lorsque le dommage résulte du vice d'un ouvrage fait par un individu que le promettant n'a pas pu empêcher : « *Quamquam stipulatio committitur, cum vitio operis damnum factum sit : tamen, si opus factum est ab eo, quem promissor prohibere non potuit, stipulatio non committetur. Plane, si prohibere potuit, com-*

1. Ces deux auteurs semblent lire la loi 50, *h. t.*, de la même manière que Cujas, c'est-à-dire *possit* au lieu de *possis*, tout en donnant un sens différent au mot *curaturum*. Voici en effet comment Doneau interprète la stipulation *per se non fieri*, dont il est question dans cette loi : « ... Eum qui « promisit *per se non fieri*, non tantum promittere *per se non facturum*, « sed etiam *se curaturum*, ne alius faciat. » (*Comment. ad leg. 38 princ.*, § 1 et § 2, *De verb. obli.* - u^o 8.)

« mittetur. Sed si quis promissoris nomine fecerit, vel ejus pro
« quo promissum est, aut alius qui prohiberi potuerit : stipulatio
« ista committetur. » (L. 24, § 6 *De damno infecto*, 39, 2).

L'interprétation de Doneau et de Scipio Gentilis nous paraît également erronée. Nous ne trouvons pas d'analogie entre le cas de la stipulation *damni infecti* et celui de la stipulation *rem habere licere*. En effet, dans la première, on promet d'indemniser du préjudice qui résultera du vice du sol ou de celui de l'*opus* qui existe ou qui pourrait être construit sur le terrain qu'on possède ; et alors on détermine de qui doit provenir cet *opus* pour que le promettant soit responsable du dommage qui en découlerait, et on décide que ce doit être du promettant ou de son mandataire, ou d'un tiers que le promettant pourrait empêcher de construire l'*opus*. Le voisin n'a pas promis qu'il ferait en sorte que nul dommage ne résulte d'aucun ouvrage qui serait construit sur le terrain qu'il possède. Au contraire, la stipulation *rem habere licere* est interprétée par Paul comme si le vendeur avait promis qu'il ferait en sorte que l'on ne trouble pas l'acheteur dans sa possession. C'est un cas pareil à celui où l'on a promis de faire en sorte que Titius donne cinq sous d'or, et qui est prévu par le § 3 *De inutilibus stipulationibus*, tit. xix, lib. III, aux Institutes. Or, dans ce dernier cas, il est certain que la stipulation est com- mise, quand même on aurait fait tous ses efforts pour déterminer Titius à donner cinq sous d'or, du moment qu'on n'y réussit pas.

Ainsi, aucune de ces deux interprétations ne nous paraît satisfaisante.

Nous en proposerons donc une troisième, qui nous est personnelle. Notre interprétation consiste à dire qu'Ulpien et Paul n'étaient pas du même avis sur la question de savoir si la stipulation en question, conçue d'une manière générale, est, ou non, encourue lorsque c'est un étranger qui trouble l'acheteur dans sa possession. Nous croyons qu'Ulpien pensait que cette stipulation n'était pas encourue si on n'y avait pas ajouté la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*. Ulpien voyait, en effet, dans cette stipulation, la promesse du fait d'autrui, promesse qui n'oblige

ni le tiers ni celui qui l'a faite. Cela résulte de la loi 38, princ., § 1 et § 2, dans laquelle ce jurisconsulte s'exprime ainsi : « *Stipulatio ista, habere licere spon* » des? hoc continet, ut « *liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quominus* » « *nobis habere liceat : quæ res facit, ut videatur reus pro-* » « *misisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat : videtur* » « *igitur alienum factum promississe; nemo autem alienum* » « *factum promittendo obligatur; et ita utimur. Sed se obligat,* » « *ne ipse faciat, quominus habere liceat; obligatur etiam, ne* » « *heres suus vel quis cæterorum successorum efficiat, ne habere* » « *liceat. — Sed si quis promittat per alium non fieri, præter he-* » « *redem suum, dicendum est inutiliter eum promittere factum* » « *alienum. — At si quis velit factum alienum promittere : pœnam,* » « *vel quanti ea res sit, potest promittere.... »* Quant à la loi 11, § 18, *De act. empti* (lib. 32, *ad edictum*), cette loi n'est pas contraire à la loi 34, princ., § 1 et § 2, *h. t.* En effet, comme nous l'avons déjà dit, en exposant la seconde interprétation, Ulpien y dit tout simplement qu'il y a un grand intérêt de savoir si la stipulation a été conçue d'une manière spéciale ou d'une manière générale; puis laissant de côté ce dernier cas, il résout seulement le premier, en décidant que l'éviction de la part d'un étranger ne fait pas encourir la stipulation conçue d'une manière spéciale. Il ne résulte pas, a contrario, de cette décision, d'une manière inévitable, que, dans tous les cas, la stipulation conçue d'une manière générale est encourue par le fait d'un tiers : il n'en résulte nécessairement que ceci, à savoir que la stipulation, conçue d'une manière générale, est encourue par suite du fait d'un tiers. Or, nous accordons ce point dans certains cas; ce sont ceux dans lesquels il y a addition d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*. Nous pensons, en un mot, que, pour le cas de la stipulation conçue d'une manière générale, Ulpien se réfère à ce qu'il décide dans un autre de ses ouvrages, dans son *Commentaire sur Sabînus*, livre 49, dont est extraite la loi 34, *h. t.* Quant à la loi 50, princ., *h. t.*, tirée du même ouvrage d'Ulpien, livre 50, elle ne nous paraît pas non plus contraire à la loi 34, si on ne lui fait subir aucune

correction. Voici, en effet, comment est conçue cette loi : « In illa stipulatione, *per te non fieri?* non hoc significatur, nihil te facturum quominus facere possis, sed curaturum ut facere possis. » Cette loi nous paraît vouloir dire tout simplement que, dans la stipulation *per se non fieri*, le promettant n'est pas censé avoir promis de ne rien faire qui l'empêche de faire ; mais de faire en sorte qu'il puisse faire (lui promettant et non pas les tiers) ce à quoi il s'est obligé. Quant à Paul, nous pensons qu'il était, au contraire, d'avis que la stipulation conçue d'une manière générale, bien que sans addition d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*, était encourue par suite du fait d'un tiers. En effet, suivant Paul, celui qui avait promis *habere licere*, était censé avoir promis, non-seulement une simple abstention de la part de chacun de troubler la possession de l'acheteur, mais, en outre, son propre fait, celui d'empêcher quiconque voudrait troubler cette possession. Paul analyse donc la stipulation de manière à ce qu'elle produise un effet. Il se dit : Toute stipulation doit être interprétée dans le sens où elle peut produire le plus d'effet ; notre stipulation a été conçue d'une manière générale, il faut donc lui attribuer un effet général, l'interpréter de telle manière qu'elle puisse produire son effet, qu'elle soit encourue, de quelque part que provienne le trouble. En effet, la formule générale serait inutile si elle ne produisait pas plus d'effets que la formule spéciale. Or, pour faire produire des effets plus étendus à la formule générale de la stipulation, il faut considérer le vendeur comme ayant promis, *se curaturum, ne per quemquam fiat, quominus emptori habere liceat*, et non pas simplement *per neminem fieri quominus emptori habere liceat*, car alors, en ce qui concerne les tiers, il aurait promis le fait d'autrui, par suite duquel il ne peut pas être obligé. Bien entendu, nous pensons que notre stipulation était encourue, dans la pensée de Paul, par cela seul que le tiers a commis le trouble, quand même le promettant aurait fait tous ses efforts pour l'en empêcher, tout à fait comme la stipulation *se effecturum ut Titius daret quinque aureos*, dont traite le § 3 *De inutilibus stipulationibus* aux Institutes, et qui

est incontestablement commise par cela seul que Titius n'a pas donné les cinq sous d'or, quand bien même le promettant aurait fait tout son possible pour le déterminer à les donner. Au contraire, Ulpien partait d'un autre point de vue. Il raisonnait probablement ainsi : Il faut interpréter une stipulation de manière à étendre, le moins possible, l'obligation du débiteur ; il ne faut pas lui donner une extension plus grande que celle qui résulte de la volonté du promettant expressément formulée. Or, dans la stipulation *habere licere* ou *per omnes non fieri quominus habere liceat*, le promettant n'a pas expressément déclaré s'engager même pour le cas où le trouble proviendrait de la part d'un étranger. Aussi Ulpien donne-t-il au vendeur un moyen pour montrer qu'il a voulu s'obliger à tel point, qu'il a entendu promettre ses propres efforts, son propre fait à l'effet d'empêcher le tiers de troubler l'acheteur dans sa possession ; ce moyen consiste à promettre une *pœna* ou *quanti ea res sit* pour le cas de trouble.

Ainsi, d'après notre interprétation, Paul et Ulpien auraient été d'avis différents. Cette interprétation nous paraît plus satisfaisante que celle de Cujas et d'Ant. Favre, qui mettent en contradiction Ulpien avec lui-même, et qui font cesser la contradiction d'entre deux fragments de ce jurisconsulte, au moyen du rejet de l'un d'eux, motivé sur ce qu'il contiendrait une idée inexacte. Elle nous paraît également plus satisfaisante que celle de Doneau et de Scipio Gentilis, qui réduisent le stipulant à se contenter des simples efforts du promettant pour prévenir les troubles de la part des tiers.

Que la stipulation dont nous nous occupons soit conçue d'une manière spéciale, ou d'une manière générale, que dans ce dernier cas, elle soit encourue, comme le veut Ulpien, seulement par suite du fait du promettant et de ses successeurs, ou bien qu'elle soit encourue en outre, comme le veut Paul, par suite du fait d'un tiers, sans qu'elle soit accompagnée de la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*, cette stipulation est toujours indivisible. Ulpien s'occupe de son indivisibilité, l. 3, princ., *h. t.* Il dit : « *Idem juris est et in illa stipulatione, mihi hereditique meo habere*

« *licere*. — Il en est de même de la stipulation que moi et mon « héritier nous posséderons paisiblement la chose achetée. » Ce fragment vient après les §§ 5 et 6 de la loi 2, dans lesquels Paul s'occupe de la stipulation *per te non fieri quominus mihi ire agere liceat* (que vous ne m'empêchez pas de passer, de conduire). Or, Paul dit, relativement à cette stipulation, qu'il suffit qu'un seul des héritiers du promettant empêche le stipulant de passer, pour que cette stipulation soit encourue contre tous, pour que tous doivent le *quanti ea res sit*, ou la *pœna*. Eh bien, il en est de même de la stipulation *habere licere*; il suffit que l'un des héritiers du promettant trouble, pour que tous doivent le *quanti ea res sit* ou la *pœna*.

L'objet de l'obligation du vendeur en droit romain, et aussi de la stipulation *habere licere* qui nove l'action *ex empto*, c'est de ne pas troubler la possession de l'acheteur; du moment que l'acheteur n'est pas troublé dans sa possession, il ne peut pas se plaindre, bien que le vendeur ne lui ait pas transmis le *dominium* de la chose vendue. Mais si l'acheteur est troublé par un tiers, le vendeur commence à être tenu, il doit le défendre *in solidum*. A fortiori le vendeur ne doit pas le troubler lui-même, ni lui ni aucun de ses héritiers. Si un des héritiers du vendeur trouble l'acheteur dans sa possession, la stipulation est commise pour le tout; car, que l'acheteur soit troublé, qu'il soit évincé par un seul ou par tous les héritiers du vendeur, il est vrai de dire qu'il ne possède plus librement la chose vendue, qu'il n'a pas la paisible possession de cette chose, et c'est là ce qu'il a stipulé : il a stipulé la liberté, la tranquillité dans la possession de la chose vendue d'une manière indivisible. Le vendeur (ou ses héritiers) ne pourra troubler l'acheteur, ne pourra l'évincer que dans le cas, où n'étant pas propriétaire à l'origine, il l'est devenu par la suite, par une cause d'acquisition de la propriété postérieure au contrat de vente. En pareil cas, le vendeur (ou ses héritiers) pourra revendiquer la chose vendue contre l'acheteur. Il est vrai que celui-ci peut le repousser par l'*exceptio doli* ou par l'*exceptio in factum proposita rei venditæ et traditæ*. Mais il peut oublier de faire insérer

cette *exceptio* dans la formule de l'action en revendication, et alors la revendication triomphera. Mais alors comme il aura été évincé, il aura été empêché de posséder paisiblement la chose achetée, le cas de la stipulation *habere licere* échoit, cette stipulation est commise.

Ainsi la stipulation *habere licere* est indivisible, elle est encourue pour le tout par le trouble d'un seul des héritiers du vendeur : la condamnation à l'estimation du dommage causé par ce trouble, pourra être prononcée en entier contre l'un quelconque d'entre eux, si cette estimation n'a pas été faite d'avance par les parties, et stipulée à titre de peine, ou si du moins le *quanti ea res sit* n'a pas été formellement déduit par elles *in stipulatione*. Que si les parties ont estimé d'avance le dommage et l'ont ajouté à la stipulation sous forme d'une *pœna*, ou bien même, s'ils n'ont fait que le déduire formellement dans la stipulation, alors la *pœna* ou le *quanti ea res sit* sera bien encouru pour le tout par suite de l'éviction de la part d'un seul des héritiers, mais chacun d'eux ne pourra y être condamné que pour sa part héréditaire. Que si l'éviction provient de la part d'un tiers, alors, dans l'opinion de Paul, d'après lequel la stipulation est encourue, même quand le *quanti ea res sit* n'a pas été formellement déduit par les parties *in stipulatione*, il pourra arriver que la condamnation à l'estimation du dommage soit prononcée en entier contre l'un quelconque des héritiers du vendeur. Au contraire, jamais cela n'arrivera dans l'opinion d'Ulpien, suivant lequel la stipulation n'est pas encourue si on n'a pas au moins déduit le *quanti ea res sit*, *in stipulatione*; dans l'opinion de ce dernier jurisconsulte, les héritiers ne pourront jamais être condamnés qu'à une partie du *quanti ea res sit* ou de la *pœna* : c'est ce qui arrivera quand les parties auront formellement déduit l'un ou l'autre *in stipulatione*.

Quid de la *stipulatio fructuaria*?

Cette stipulation intervient entre le propriétaire et l'usufruitier. L'usufruitier promet au propriétaire, *usurum se boni viri arbitrato : et, cum ususfructus ad eum pertinere desi-*

net, restitutum quod inde exstabit (Ulp. l. 1, princ., *Usufructuarius quemadmodum caveat*, 7, 9). Cette promesse est corroborée par celle d'un fidéjusseur. La *stipulatio fructuria* renferme donc deux clauses : l'une par laquelle l'usufruitier s'engage à user en bon père de famille, à ne pas détériorer la chose sur laquelle porte son usufruit, à en user et jouir comme s'il en était propriétaire, et même un propriétaire soigneux (Ulp. l. 1, § 3, *cod. tit.*); l'autre par laquelle il s'engage à restituer au propriétaire, à la fin de l'usufruit, tout ce qui restera de la chose après un usage et une jouissance soigneux. Cette *cautio* que fournit l'usufruitier a son utilité. En effet, le propriétaire qui l'a obtenue n'a plus à s'inquiéter à chaque instant si l'usufruitier jouit de sa chose en bon père de famille, ou bien si, au contraire, il la détériore, afin de l'en empêcher (Ulp. l. 15, § 6, *cod. tit.*) (ce qu'il eût été obligé de faire s'il ne s'était pas fait donner cette *cautio*), il s'est fait, en effet, promettre et garantir par un fidéjusseur la réparation de toute détérioration qui aurait lieu de la part de l'usufruitier ou de ses ayants cause. Ensuite, pour demander la restitution, il n'a plus le simple recours de la revendication, dont il aurait dû se contenter sans cette stipulation; il a en outre l'action *ex stipulatu*, dans laquelle il est dispensé de faire la preuve de la propriété souvent si difficile (Inst. de Justinien, § 4, *De interdictis*, 4, 15; l. 24, D., *De rei vindicatione*; l. ult. C., *cod.*).

La première des clauses de la *stipulatio fructuria* est encourue pendant la durée de l'usufruit, toutes les fois qu'une détérioration a lieu; elle peut donc être encourue plusieurs fois. Ulp. l. 13, § 4, *De usufructu* (7, 1), donne des exemples des détériorations que peut commettre l'usufruitier. Il dit : « *Fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet : meliorem facere potest. Et aut fundi est usufructus legatus, et non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, neque quicquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptate fuit prædium, viridaria vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, non debet dejectare, ut forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid quod ad*

« reditum spectat. — L'usufruitier ne doit pas détériorer la propriété ; il peut la rendre meilleure. Si on lui a légué l'usufruit d'un fonds, il ne peut ni couper les arbres fruitiers, ni détruire la maison, ni rien faire qui soit préjudiciable à la propriété. Si on lui a légué l'usufruit d'une terre de pur agrément qui contienne des bosquets, des allées ou des promenades défendues contre les ardeurs du soleil par des arbres qui procurent un ombrage agréable sans rapporter de fruits, il ne peut pas les détruire pour mettre à la place des arbres fruitiers ou des légumes, et faire ainsi un jardin potager ou toute autre chose qui produise du revenu. » Cette obligation de l'usufruitier de jouir en bon père de famille, de ne pas détériorer, est, suivant les cas, divisible ou indivisible. Elle est divisible, s'il s'agit d'une chose qui est susceptible d'être détériorée pour partie, c'est-à-dire d'une chose dont on diminue la valeur pour une fraction exactement ou approximativement proportionnelle à la partie qu'on en détériore. Ainsi, supposez deux usufruitiers originaires, d'une terre contenant une allée plantée d'arbres ombrageux, et que le premier des usufruitiers en détruise une moitié et le second l'autre ; chacun d'eux ne sera tenu que de la moitié de la valeur de l'allée. L'obligation de jouir en bon père de famille est, au contraire, indivisible lorsqu'il s'agit d'une chose qu'on ne saurait détériorer pour partie sans en réduire la valeur d'une fraction beaucoup plus forte par rapport au montant intégral de cette valeur, que ne l'est la partie qu'on a détériorée par rapport à la chose entière. Supposez, par exemple, deux usufruitiers originaires, d'un fonds de terre sur lequel se trouve située une maison de campagne. Si ces deux usufruitiers démolissent tous les deux la maison ; ils en seront tenus chacun de la totalité de la valeur ; d'abord parce qu'il est presque impossible de savoir pour quelle partie chacun a contribué à la démolition, ensuite parce que la destruction d'une partie de la maison, par exemple de la moitié, diminue sa valeur de beaucoup plus de la moitié.

La seconde clause de la *stipulatio fructuaria*, celle de restituer ce qui restera de la chose sur laquelle porte l'usufruit, lorsque cet

usufruit sera éteint, a le même caractère que la stipulation *rem restitui* : elle contient en effet, comme elle, une simple livraison de possession. C'est pourquoi, à la mort de l'usufruitier laissant plusieurs héritiers, si l'un d'eux possède toute la chose, il devra la restituer en entier ; si, au contraire, les héritiers la possèdent chacun pour partie, ils devront se réunir pour opérer la restitution en une fois et en entier. En sens inverse, si, à la fin de l'usufruit, le nu-propriétaire se trouve remplacé par plusieurs héritiers, l'usufruitier devra restituer la chose en entier à tous à la fois ; de sorte que l'héritier qui demande la restitution, s'il veut l'obtenir, doit s'entendre avec ses cohéritiers, afin qu'ils reçoivent la chose tous à la fois.

En un mot, l'obligation est indivisible quant à la restitution de la chose, qui ne peut être faite que pour le tout. Que si la restitution n'a pas lieu, parce qu'on ne veut ou qu'on ne peut la faire, alors chacun des héritiers du promettant sera condamné à une part de la valeur de la chose ; à moins que l'un d'entre eux ne possède la chose entière, qu'il n'ait la faculté de la restituer en entier, car alors il sera condamné à la valeur entière. Chacun des héritiers du stipulant fera au contraire condamner le promettant à une partie de la valeur de la chose proportionnelle à sa part héréditaire.

Nous avons supposé jusqu'ici que l'usufruit portait sur une chose qui ne saurait être livrée pour partie. Mais l'usufruit ne saurait-il porter sur une chose susceptible d'être restituée partiellement, et par conséquent la stipulation *fructuaria* ne saurait-elle, en ce qui touche la seconde clause, être exécutée en nature pour partie ? Non. Il n'y a que le quasi-usufruit qui peut avoir pour objet des choses dont on peut livrer une partie, par exemple une somme d'argent ou une quantité d'autres choses fongibles. Or, le quasi-usufruitier a la propriété de la chose, la stipulation *fructuaria* n'a donc pas lieu en matière de quasi-usufruit. C'est une autre *cautio* que fournit le quasi-usufruitier, par laquelle il s'engage de restituer une quantité pareille de choses de même qualité (Gaius, l. 7, *De usufructu earum rerum quæ usu vel con-*

sumuntur, vel minuuntur, 7, 5). Quant à l'obligation résultant de cette *cautio*, il est bien évident que, si le quasi-usufruit porte sur une quantité de choses fongibles, cette obligation sera divisible même au point de vue de son exécution directe et immédiate, c'est-à-dire au point de vue de la restitution : chacun des héritiers du quasi-usufruitier se libérera parfaitement en restituant une partie de la quantité voulue de choses fongibles.

Quid de la stipulation *ex operis novi nunciatione*?

Voici dans quelles circonstances avait lieu cette stipulation.

Supposons deux fonds voisins dont chacun appartient à un propriétaire différent. Titius, le propriétaire de l'un de ces fonds, veut en changer l'état, y faire un ouvrage nouveau (*opus novum*), par exemple y construire une maison. Mævius, le propriétaire du fonds voisin, lui conteste ce droit ; il soutient qu'il a le droit de l'empêcher de bâtir, parce que le fonds de Titius serait grevé au profit du sien de la servitude *non ædificandi*. Dans cet état de choses, et avant même que la question de l'existence de la servitude soit portée devant un juge et résolue, Mævius a le droit d'empêcher Titius de bâtir, car il l'empêche par là de faire un *opus novum*, c'est-à-dire de changer le *statu quo*, qui, dans le doute, doit être maintenu : *in pari causa potior est causa prohibentis*. Mævius fera donc à Titius une sommation de cesser de bâtir. C'est ce qu'on appelle *nunciatio operis*. Cette sommation sera suivie d'un interdit par lequel Titius sera averti que s'il bâtit avant qu'il obtienne mainlevée de la *nunciatio*, ou avant que cette mainlevée soit censée donnée (parce qu'il y aurait *satisfactio*), il sera forcé de démolir (Ulpian, l. 20, § 1, *De operis novi nunciatione*, 39, 1). Voici la formule de cet interdit : *Quem in locum nunciatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur : quod in eo loco, antequam nunciatio missa fieret, aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas* (Ulpian, l. 20 princ., *cod. tit.*). Devant une pareille sommation suivie d'un pareil interdit, Titius doit donc faire arrêter les travaux ; autrement, bien que son fonds ne soit pas grevé de la servitude *non ædificandi*, bien que Mævius n'ait pas le droit de l'empêcher de

bâti, il sera forcé de faire démolir la maison qu'il aura fait construire : Mævius l'y contraindra par une action *in factum*, donnée en exécution de l'interdit restitutoire ci-dessus. Si Titius le *nunciatus* veut donc bâtir impunément, il doit faire juger la question de savoir si la *nunciatio* a été faite *ex justa causa*. Il conduira à cet effet le *nunciator* devant le préteur (Ulpien, l. 1, § 9, *cod. tit.*), qui nommera un juge et donnera une action *in factum*, en vertu de laquelle le juge sera chargé d'examiner la question de fait si la *nunciatio* a été *jure facta*. Si le juge décide que la *nunciatio* n'a pas été faite *jure*, Titius en demandera mainlevée (*remissio*) au préteur, et pourra alors passer outre à la construction (Paul. l. 8, § 4, *cod. tit.*). D'ailleurs le *jus prohibendi* résultant de la *nunciatio* ne dure que pendant un an, si la question de la validité de cette *nunciatio* n'a pas été résolue. Cela résulte d'une constitution de Justinien, la loi unique, à son Code, *De novi operis nunciatione* (8, 44), dans laquelle cet Empereur expose le droit ancien qu'il abroge. A l'expiration du délai d'un an Mævius ne peut plus faire à Titius une nouvelle sommation à l'effet de cesser de bâtir. De sorte qu'il est de l'intérêt de Mævius lui-même, s'il veut conserver le *jus prohibendi* au delà de ce délai, de porter, avant son expiration, la question de la validité de la *nunciatio* devant un juge et de la faire résoudre par lui. S'il succombe, si le juge de l'action *in factum* décide que la *nunciatio* n'a pas été *jure facta*, il a encore le recours de l'action *confessoria de servitute non aedificandi*. Le *nunciatus* ne pourra pas lui opposer l'*exceptio rei judicatae*. En effet, sur la *nunciatio* la question n'a été résolue que d'une manière provisoire; c'est sur l'action *confessoria* qu'elle va être jugée d'une manière définitive. L'action *in factum* ne préjuge pas plus ici sur l'action *confessoria* que l'interdit *quorum bonorum*, dans lequel le juge examine sommairement et provisoirement la question d'hérédité, ne préjuge sur la *petitio hereditatis*, dans laquelle seule cette question est résolue à fond et d'une manière définitive. Et, en effet, la *nunciatio* peut être déclarée non valable, bien que la servitude *non aedificandi* soit due au fonds du *nunciator*. Le juge peut avoir dé-

claré qu'il n'a pas eu *justa causa nunciationis*, par exemple parce qu'il est de l'intérêt de l'État que le *nunciatus* fit tout d'abord l'ouvrage; c'est ce qui a lieu lorsque quelqu'un veut réparer ou nettoyer ses égouts ou ses cloaques, qui répandent une odeur malsaine (Ulpien, l. 5, § 11, *cod. tit.*). Cela résulte, à notre avis, de la loi 19, D., *cod. tit.*, ainsi conçue : « Sciendum est, denegata executione operis novi, nihilominus integras legitimas actiones manere : sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem praetor denegat. » Nous paraphrasons, avec Duaren ¹, cette loi de la manière suivante : Il faut savoir, que lorsqu'on refuse au *nunciator* la mise à exécution de la sommation de discontinuer le nouvel œuvre, il peut avoir recours aux actions que la loi lui confère, par exemple, à l'action *confessoria* : de même qu'il peut avoir recours à ces actions quand *ab initio* l'édit du préteur ne lui permet pas de faire une pareille sommation. Après l'expiration du délai d'un an sans que la validité de la *nunciatio* soit déclarée, le *nunciator* n'a plus d'autre recours que celui d'agir par l'action *confessoria de servitute non aedificandi* contre le *nunciatus*, et lui faire démolir la construction, s'il triomphe dans cette action. Le *nunciatus* lui-même peut, s'il veut faire constater la liberté de son fonds d'une manière définitive, afin que le *nunciator* ni aucun de ses successeurs au fonds prétendu dominant ne puisse plus l'empêcher de faire des ouvrages sur son propre fonds, agir par l'action *negatoria de servitute* contre ce *nunciator*, et faire constater l'absence de son prétendu droit.

Le *nunciatus* peut, au lieu de chercher à obtenir *remissio* de la *nunciatio*, ou d'attendre l'expiration du délai d'un an, fournir une *satisdatio* au *nunciator*. Cette *satisdatio* consiste à promettre, en faisant corroborer sa promesse par celle d'un fidejusseur, *si judicatum erit opus non jure factum esse, aut res non defendatur, se heredemque suum, quod operis novi factum erit, boni viri arbitrato restitutumum*. Une fois cette

1. Comment. ad. leg. 19, D., De operis novi nuntiatione.

promesse faite, le *nunciatus* peut continuer de bâtir, le *nunciator* ne peut plus l'en empêcher, le prêteur le lui défend par un interdit prohibitif ainsi conçu : *Quem in locum nunciatum est ne quid operis novi fieret : qua de re agitur, si de ea re satisdatum est : quod ejus cautum sit, aut per te stat, quominus satisdetur : quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto* (Ulpien, l. 20, § 9, *cod. tit.*)¹. Désormais donc le *nunciator* ne peut plus empêcher la construction ; il ne peut plus que la faire démolir. Il agira, à cet effet, par l'action confessoire contre le *nunciatus*. Si le juge de cette action décide que la servitude *non ædificandi* est due à son fonds par le fonds du *nunciatus*, la condition, *si judicatum erit opus non jure factum esse*, de la stipulation *ex operis novi nunciatione*, sera réalisée ; cette stipulation sera donc encourue, le *nunciatus* devra par conséquent démolir la construction, faute de quoi le *nunciator* agira contre lui *ex stipulatu* et le fera condamner, lui ou son fidejusseur, au *quanti ea res sit*, c'est-à-dire à la valeur du préjudice que lui cause la non-démolition. La stipulation sera encore encourue si Mævius, le *nunciator*, intentant contre Titius, le *nunciatus*, l'action confessoire, celui-ci ne défend pas à cette action, c'est-à-dire ne donne pas la *cautio judicatum solvi* ; alors, en effet, se réalise l'autre condition de la stipulation, la condition *si res non defendatur* (Ulpien, loi 21, §§ 2 et 4, *cod. tit.*). Il est évident que Titius peut, de son côté, agir par l'action négatoire contre Mævius pour prouver l'inexistence de la servitude. Mais il le fera très-rarement. En effet, on ne peut plus l'empêcher de continuer la construction du moment qu'il a fourni la *satisdatio* ; d'un autre côté,

1. « Lorsque sur la sommation de discontinuer l'ouvrage qu'on a commencé sur tel emplacement, le *nunciatus* donne *satisdatio* au *nunciator*, touchant cet ouvrage, ou que ce dernier ne veuille pas en recevoir, je défends qu'on use de voies de fait pour empêcher la continuation de l'ouvrage. — Ou que ce dernier ne veuille pas en recevoir... En effet, lorsque le *nunciatus* est prêt à donner *satisdatio* au *nunciator*, et que celui-ci refuse de l'accepter, le *nunciatus* est considéré comme s'il avait obtenu mainlevée de la *nunciatio*, et par conséquent ne doit pas être empêché de continuer l'ouvrage commencé. (Ulpien, l. 20, § 5, *cod. tit.*)

on ne peut pas non plus le contraindre à démolir tant qu'on ne fera pas juger contre lui qu'il n'avait pas le droit de bâtir. Il n'a donc qu'à attendre tranquillement qu'on le poursuive par l'action confessoire, et qu'on fasse juger contre lui que sa construction n'a pas été faite *jure*. C'est donc Mævius, à qui l'*opus* fait par Titius cause du dommage, qui a intérêt à faire juger que Titius n'avait pas le droit de l'exécuter, pour le contraindre à le démolir; c'est presque toujours lui qui agira par l'action confessoire. Aussi la loi 21, §§ 2 et 4, *cod. tit.*, la seule qui parle des cas de commise de la *stipulatio ex operis novi nunciacione*, suppose que c'est le *nunciator* qui agit; car elle dit que la stipulation est commise *si res judicetur*, si le juge décide que l'*opus* n'a pas été *jure factum*, ou bien *si ante rem judicatam, res non defendatur*, si, même avant que la sentence ait été rendue, on ne défend pas au procès, on ne donne pas la *cautio judicatum solvi*. Or, pour que le défaut de fournir la *cautio judicatum solvi* tienne lieu de jugement déclarant l'*opus non jure factum*, il faut bien que ce soit Titius qui refuse de fournir cette *cautio*, que ce soit lui le défendeur à l'action. Nous ne pouvons supposer que ce soit Mævius qui refuse de défendre à l'action négatoire intentée par Titius. En effet, le défaut de cette *defensio* ne peut que tenir lieu de sentence prononcée contre lui; c'est comme s'il avait été jugé que le fonds de Titius n'est pas grevé, au profit du sien, de la servitude *non ædificandi*, que, par conséquent, Titius a le droit de bâtir. Or, Ulpien, l. 21, § 4, *cod. tit.*, décide précisément le contraire, à savoir que le défaut de *defensio* fait encourir la stipulation, et que, par conséquent, la construction doit être démolie.

La stipulation *ex operis novi nunciacione* est indivisible. Si le promettant vient, par conséquent, à mourir en laissant plusieurs héritiers, le stipulant pourra agir contre chacun d'eux *in solidum*, et lui demander la *restitutio* de l'*opus* entier, par exemple, la démolition de toute la construction. Cet héritier demandera un délai pour s'entendre avec ses cohéritiers, afin qu'ils démolissent la construction entièrement. S'il ne veut pas s'en-

tendre avec eux, ou s'il ne réussit pas à les faire consentir à la démolition; le stipulant fera condamner l'un quelconque de ces héritiers à lui payer la valeur entière du dommage que lui cause l'existence de la construction. En sens inverse, si c'est le stipulant qui meurt en laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux pourra agir contre le promettant pour lui demander l'entière démolition de la construction; et celui-ci, pour éviter la condamnation, devra effectuer cette démolition en entier; seulement, s'il ne le fait pas, il ne sera condamné, envers chacun des héritiers du stipulant, qu'à une part de la valeur du dommage. En effet, l'intérêt de chaque héritier ne va pas au delà. Supposez, par exemple, que le fonds du *nunciator* eût valu 10,000 francs si la maison construite sur le fonds voisin avait été démolie, et que, vu la gêne que lui cause cette maison, il ne vaille que 8,000 francs. La part de propriété appartenant à chaque héritier (supposons-en quatre) aurait valu 2,500 francs si la construction du fonds voisin n'eût pas existé; elle ne vaut maintenant que 2,000 francs. Chaque héritier n'éprouve donc qu'un préjudice de 500 francs; c'est pourquoi il n'obtiendra condamnation contre le promettant que pour 500 francs, c'est-à-dire pour le quart de la valeur entière du préjudice. S'il en est autrement pour les héritiers du promettant, si l'un quelconque d'entre eux peut être condamné au montant intégral du préjudice, à la somme entière de 2,000 francs, bien qu'il n'y ait qu'un seul qui s'oppose à la démolition, c'est que l'obstacle d'un seul suffit pour que le stipulant éprouve le dommage entier. En d'autres termes, le traitement de la stipulation *ex operis novi nunciacione* est semblable à celui de la stipulation de constituer une servitude.

Il en est ainsi lorsque la *restitutio operis* forme l'objet même de la stipulation, lorsque la stipulation a été conçue de la manière indiquée plus haut, à savoir : *Spondesne, si judicatum erit opus non jure factum esse, aut res non defendatur, te heredemque tuum, quod operis novi factum erit, boni viri arbitrato restitutum*. C'est à ce cas que se réfère, à notre avis, la loi 2, § 1, *De stipulationibus prætoris*, tirée du livre 73 du *Commentaire*

de Paul sur l'Édit. Ce jurisconsulte, après avoir dit dans le *principium* de cette loi, que, parmi les stipulations prétoriennes, quelques-unes ont pour objet *rei restitutionem* (le rétablissement de la chose dans son premier état), d'autres, *incertam quantitatem* (une quantité indéterminée), donne, dans le § 1, comme exemple des premières, la stipulation *ex operis novi nunciacione*, et la traite de la manière suivante : « Sicuti stipulatio ex operis « novi nunciacione, qua cavetur ut opus restituatur : ideoque « sive actor, sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno « vincente, vel victo, totum opus restitui debet : quamdiu enim « aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum. — Telle est la stipulation sur une dénonciation de nouvel œuvre, dans laquelle on promet que l'ouvrage sera détruit de manière que la chose soit rétablie dans son ancien état. C'est pourquoi le demandeur ou le défendeur étant décédé en laissant plusieurs héritiers, l'un de ces héritiers triomphe ou succombe, l'ouvrage entier doit être détruit ; car on ne peut pas dire que l'ouvrage est détruit tant qu'il en reste quelque chose. » Ainsi, d'après cette loi, lorsque l'un des héritiers du stipulant triomphe dans l'action *ex stipulatu*, prouve que la stipulation est encourue, parce qu'il a été jugé que l'*opus* n'a pas été *jure factum*, ou parce que la *res* n'a pas été *defensa*, le promettant doit détruire l'ouvrage entier. En sens inverse, lorsque l'un des héritiers du promettant succombe dans l'action *ex stipulatu*, que le stipulant prouve contre lui que la stipulation est encourue, tous les héritiers doivent s'entendre pour qu'ils détruisent ou fassent détruire l'ouvrage entier. Il est vrai que ce texte ne parle que de la *restitutio operis*, et qu'il garde le silence sur la condamnation à la valeur du dommage, au *quanti ea res sit*. Mais ce qu'il dit de la *restitutio operis* suffit pour que nous puissions conclure à l'indivisibilité de la condamnation au *quanti ea res erit*, elle-même. Il caractérise en effet la *restitutio* de l'*opus* comme un fait indivisible qui ne saurait être exécuté pour partie. Or, du moment que c'est un fait indivisible qui forme l'objet de la stipulation *ex operis novi nunciacione*, la condamnation doit avoir lieu à toute la

valeur du dommage contre l'un quelconque des héritiers du promettant, absolument comme dans le cas où c'est la confection d'une maison, ou la constitution d'une servitude, qui est déduite *in obligatione*. La preuve que c'est du cas où c'est la *restitutio operis* elle-même qui a été déduite *in obligatione* que s'occupe notre texte, c'est qu'il la présente comme devant être fournie en exécution de la stipulation ; il dit, en effet, que si l'un des héritiers du promettant succombe, *totum opus restitui debet*. Notre texte ne parle même que de la *restitutio operis* ; il ne fait aucune allusion au *quanti ea res sit*. Or, il ne l'eût pas passé sous silence s'il avait formé l'objet direct de la stipulation, si la restitution n'avait été qu'*in conditione*. D'ailleurs, il paraît que le mode de conception de la stipulation dont nous nous sommes occupés jusqu'à présent était le plus habituel. C'est en effet ce mode, et lui seul, que prévoit la loi 21, § 4 D., *ead. tit.*, lorsqu'elle dit, en parlant de la commise de la stipulation *ex operis novi nunciatione*, que cette stipulation, *in id committitur, ut res boni viri arbitrato restituatur*.

Mais si cette forme était la plus habituelle, elle n'était pas la seule. Les parties pouvaient ajouter à la stipulation *ex operis novi nunciatione*, comme à toute stipulation de faire, la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit* ; ils pouvaient la formuler ainsi : *Spondesne, si judicatum erit... te heredemque tuum, quod operis novi factum erit, boni viri arbitrato restitutum, et nisi restitueris, centum aureos pœnæ nomine, vel quanti ea res erit, daturum*. Mais alors la *restitutio operis* n'était plus *in obligatione*, mais *in conditione*. Il en résultait qu'elle devait bien avoir lieu *in solidum*, pour que la stipulation ne soit pas encourue ; qu'autrement la *pœna* ou le *quanti ea res sit* était encouru contre tous les héritiers du promettant, ou au profit de tous les héritiers du stipulant ; mais que chacun des héritiers du promettant ne pouvait être poursuivi et condamné que pour partie, chacun des héritiers du stipulant ne pouvait demander au promettant qu'une partie de la *pœna* ou du *quanti ea res sit*, et le faire condamner qu'à cette partie. En effet, le véritable objet de l'obligation était la *pœna*.

ou le *quanti ea res erit*, qui consistait en une somme d'argent, chose parfaitement divisible. Nous croyons que c'est à cette deuxième manière de formuler la stipulation que se réfère Paul, l. 4, § 2, *h. t.*, quand, après avoir dit que chacun des héritiers de celui qui a stipulé *duplam ob evictionem* ne pourra agir que pour une partie de cette *dupla*, il ajoute qu'il en est de même dans la stipulation *ex operis novi nunciacione*, c'est-à-dire qu'ici encore chaque héritier du stipulant agira pour partie. Il est naturel, en effet, de supposer que Paul veut comparer la stipulation *duplæ ob evictionem*, c'est-à-dire une stipulation avec clause pénale, la *dupla* n'étant qu'une *pœna*, à la stipulation *ex operis novi nunciacione*, également accompagnée de la stipulation d'une *pœna* ou du *quanti ea res sit*. Cette supposition nous paraît d'autant plus fondée, que la supposition contraire, à savoir que Paul, l. 4, § 2, parle du cas où c'est la *restitutio operis* elle-même qui a été déduite *in obligatione*, aurait pour effet un traitement différent de la part de ce jurisconsulte, de la stipulation *ex operis novi nunciacione*, et de l'obligation *opus fieri*. En effet, ce même jurisconsulte, parlant de l'obligation *opus fieri* mise par un testateur à la charge de plusieurs héritiers, décide que chacun d'eux en sera tenu *in solidum*, ce qui signifie, comme nous l'avons démontré, non-seulement que chacun d'eux pourra être poursuivi pour le tout, qu'ils devront se réunir pour construire l'*opus* en entier, mais encore que, si cette construction n'a pas lieu, chacun pourra être condamné à l'entière estimation de cet *opus*, absolument comme dans le cas de servitude. Par voie d'analogie, il faut conclure que dans le cas de plusieurs créanciers d'un *opus*, Paul aurait décidé que chacun d'eux peut poursuivre le débiteur pour lui demander la construction de l'*opus* entier. Or, nous ne voyons pas pourquoi l'un des créanciers de la *restitutio operis* la demanderait pour partie, tandis que l'un des créanciers de la *confectio operis* la demanderait pour le tout, puisque la *restitutio operis* est tout aussi indivisible que la *confectio operis*, puisque Paul, qui dit dans la loi 83, § 2, *h. t.*, que l'*operis effectus in partes scindi non potest*, dit aussi dans la loi 4, § 2, *De præc. stipul.*, que,

quamdiu aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum, qu'il le répète même, en d'autres termes, *restitui tamen opus ex operis novi nunciacione pro parte non potest*, dans la loi 4, § 2, *h. t.*, immédiatement après avoir décidé que dans la stipulation *duplæ ob evictionem* chaque héritier n'a action que pour partie, et qu'il en est de même dans le cas de la stipulation *ex operis novi nunciacione*, et avant de parler du cas de plusieurs héritiers du promettant, dont il ne s'occupe qu'à la fin du texte, en ces termes : *ipsi autem promissori pro parte... restitutio... contingere non potest....*, ce qui signifie que de la part des héritiers du promettant, il ne peut pas y avoir de *restitutio* pour partie¹.

Est encore indivisible la stipulation, *iter fieri*, ou *per te non fieri quominus mihi ire liceat* : la première formule n'est que l'abrégé de la seconde (loi 4, § 1, *h. t.*).

Par conséquent, si le promettant meurt en laissant plusieurs héritiers, et que l'un d'entre ces héritiers empêche le stipulant de passer, la stipulation est encourue pour le tout : et le stipulant pourra poursuivre chacun d'entre eux pour le tout et le faire condamner au montant intégral du *quanti ea res sit*, c'est-à-dire de ce que vaut pour lui l'avantage de passer. Le dommage qu'il éprouve est en effet égal à la valeur entière du droit de passer, bien qu'un seul l'empêche de passer : il lui est tout à fait indifférent d'être empêché de passer par un seul des héritiers ou par tous, il ne lui est pas moins impossible de passer dans l'un comme dans l'autre cas.

Que si, au contraire, l'abstention d'empêcher le stipulant de passer, au lieu de former l'objet de l'obligation, n'en forme que la condition, et que ce soit une peine qui forme l'objet de l'obligation; si, en d'autres termes, le créancier a stipulé non pas seulement, *spondesne per te non fieri quominus mihi ire liceat*, mais, *spondesne per te non fieri quominus eam, si adversus ea factum sit, tantum dari*, alors la peine sera encourue contre tous les héritiers du promettant par suite de l'empêchement d'un seul;

1. Sic, M. Pellat à sa conférence pour le doctorat (1839).

mais elle ne sera encourue contre chacun d'eux que pour sa part héréditaire. En effet, dans ce cas, c'est la peine qui forme l'objet de l'obligation; or, cette peine consiste dans une somme d'argent, chose parfaitement divisible.

Au premier cas, dans lequel l'abstention d'empêcher de passer forme l'objet même de l'obligation, se réfère la loi 2, § 5, *h. t.* Paul s'exprime ainsi dans cette loi : « Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero, *per te non fieri, neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat?* et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes ejus¹... ». En effet, le jurisconsulte vient de parler précédemment, dans le § 2, de la stipulation de constituer une servitude, et il a alors décidé que chacun des débiteurs d'une servitude sera tenu *in solidum*, ce qui s'applique même à la condamnation à la valeur de la servitude, comme nous l'avons démontré. Puis, dans le § 5, il dit qu'il en est de même dans la stipulation, *per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*. Paul a entendu assimiler cette stipulation à la stipulation *iter, actum, ou viam dari*, dont il parle au commencement du § 2, et non pas au cas tout différent de la stipulation *hominem dari*, dont il s'occupe dans la fin du § 2, et dans les §§ 3 et 4. Les héritiers de celui qui a promis, *per se non fieri quominus mihi ire agere liceat*, seront donc tenus, *singuli in solidum*, comme les héritiers de celui qui a promis *dari iter, actum, ou viam*, c'est-à-dire que chacun d'eux pourra être condamné au montant intégral du *quanti ea res sit*. Par conséquent, quand Paul dit, dans le § 5, que, lorsque l'un des héritiers du promettant empêche le stipulant de passer, ses cohéritiers sont aussi tenus; il entend qu'il sont tenus *in solidum*.

Au second cas, dans lequel l'abstention d'empêcher de passer n'est plus qu'*in conditione*, et que c'est une *pœna* qui est *in obli-*

1. « De même, si la stipulation a pour objet un fait, par exemple, si j'ai stipulé que, ni toi ni ton héritier ne m'empêchez de passer, de conduire, et que l'un d'entre tes héritiers m'empêche de le faire, ses cohéritiers seront aussi tenus.... »

gatione, se réfère la loi 4, § 1, *h. t.* Paul dans cettel oi s'exprime ainsi : « Cato, libro 15 scribit, *pena certæ pæcuniæ promissa, si quid aliter factum sit*, mortuo promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus si id factum de quo cautum sit individuum sit : veluti inter fieri : quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur ¹... » Et aussi la loi 85, § 3, *h. t.* du même jurisconsulte.

En sens inverse, si c'est le stipulant qui vient à mourir en laissant plusieurs héritiers, et qu'un seul d'entre ces héritiers soit empêché de passer, alors si on n'a pas ajouté de *pœna*, la stipulation ne sera commise que pour la part de celui qui a été empêché, lui seul pourra agir, et ne pourra demander qu'une part du *quanti ea res sit*, car il a seul intérêt, et pour une part seulement, de ce *quanti ea res sit*. On ne peut pas dire que les autres paraissent avoir été empêchés de passer parce que l'un des héritiers l'a été. En effet, les héritiers sont étrangers entre eux. Par conséquent, quand l'un a été empêché de passer, il l'a été comme voulant passer en son nom seulement, et non au nom de tous. Et la stipulation n'est commise en faveur d'un autre que celui qui est empêché d'entrer dans le fonds, que si ce dernier veut entrer au nom du premier (Pomponius, l. 111, *h. t.*). Que si, au contraire, on a stipulé une peine pour le cas où l'on serait empêché de passer, alors, si un seul des héritiers du stipulant est empêché de passer, la peine sera néanmoins encourue, *ipso jure*, pour le

1. « Caton écrit au livre 15 (Cujas, *ad hanc legem*, pense que c'est peut-être de ses *Commentarii*, car, dit-il, Festus, verbo *MUNDUS*, assure que Caton a écrit des *Commentarii juris civilis*), que si une peine, consistant en une somme d'argent déterminée, a été promise pour le cas où l'on contreviendrait à ce que l'on a promis de faire, et que, le promettant étant mort, l'un de ses héritiers contrevienne à ce dont on est convenu, la peine sera tantôt encourue par tous les héritiers pour la portion héréditaire de chacun d'eux, tantôt par un seul d'entre eux pour sa portion héréditaire à lui. La peine sera encourue par tous, si le fait dont on est convenu est indivisible; par exemple si on a promis de laisser passer : car ce qui ne peut se diviser paraît fait, en quelque sorte, par tous... »

tout, c'est-à-dire en faveur de chacun des héritiers pour sa part héréditaire. En effet, quand on stipule une peine, on ne se demande pas qui a intérêt que la stipulation soit encourue, mais quelle est la condition et le montant de la peine; si la condition est réalisée, la peine est encourue pour le tout, c'est-dire en faveur de tous les créanciers, bien qu'un seul ait intérêt à ce qu'elle soit encourue (Ulpien, l. 38, § 17 *in fine*, et l. 3, § 1, *h. t.*). Or, dans notre espèce, la peine a été promise sous la condition que l'on empêchera de passer : du moment que l'on empêche un des héritiers, il est vrai de dire qu'on a empêché; la condition de la peine est donc réalisée, la peine est, par conséquent, encourue. Cependant, si telle est la rigueur de l'*ipsum jus*, l'équité a fait introduire, dans ce cas même, un tempérament. En conséquence de ce tempérament, l'héritier empêché pourra seul demander la peine pour sa part héréditaire, les autres pourront bien en demander aussi leurs parts *ipso jure*, mais ils seront repoussés, s'ils le font, par l'exception de dol : il y a, en effet, dol de leur part à demander la peine, car cette peine, dans l'intention des parties, représente le dommage résultant de l'empêchement. Or, les héritiers non empêchés n'ont éprouvé aucun dommage. Cela résulte des lois 2, § 6 et 3, § 1, *h. t.*, dont la première est de Paul, la seconde d'Ulpien. Nous ne transcrivons ici que la première : « Contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, *sibi* « *heredique suo ire, agere licere*, et unus ex heredibus ejus prohibeatur, interesse dicamus, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte ejus qui prohibitus est; nam si pœna stipulationi adjecta sit, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti doli (mali) exceptione summovebuntur; sive pœna nulla posita sit, tunc pro parte ejus tantum qui prohibitus est, committetur stipulatio ¹. »

1. « Au contraire, si c'est celui qui a stipulé qu'il lui sera permis à lui et à son héritier de passer, de conduire, qui décède, et que l'un de ses héritiers soit empêché de passer ou de conduire, il importe de savoir si la stipulation est encourue pour le tout ou seulement pour la part de celui qui a été empêché; en effet, si une peine a été ajoutée à la stipula-

Mais quelle était, en droit romain, l'utilité de la stipulation *iter fieri*, en présence de la stipulation *iter dari* ?

La stipulation *iter dari* ne pouvait s'appliquer qu'aux fonds italiques. En effet, ces fonds seuls étant susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, étaient seuls également susceptibles de démembrements de la propriété civile, d'usufruit, de servitudes, etc. Alors, comme on ne pouvait stipuler, pour les fonds provinciaux, la translation du droit réel lui-même; on stipulait quelque chose d'analogue, la permission de passer à titre de créance, en ajoutant assez souvent une peine pour le cas où l'on serait empêché de passer (Gaius, com. II, § 31). C'était là l'application de la servitude *iter fieri*. Sous Justinien, cette utilité particulière de la stipulation *iter fieri* ne se comprend plus. De son temps, la différence entre les fonds provinciaux et les fonds italiques n'existait plus, les premiers étaient également susceptibles de la vraie propriété civile, surtout puisqu'il n'y avait non plus aucune différence entre le *dominium ex jure Quiritium* et le *dominium bonitarium*, comme l'appellent certains interprètes. Par conséquent, dans le droit de Justinien, les fonds provinciaux étaient aussi susceptibles des démembrements de la propriété; on pouvait donc stipuler, à leur égard aussi, *iter dari*.

Nous ne doutons nullement que les jurisconsultes, en parlant de la stipulation *iter fieri*, aient pensé à cette utilité spéciale qu'elle avait de leur temps par rapport aux fonds provinciaux. Mais les commissaires de Justinien, en insérant les fragments de ces jurisconsultes dans les Pandectes, ne pouvaient penser à cette utilité; que cette stipulation ne pouvait plus avoir. Faut-il donc, dans ce cas, leur reprocher d'avoir mal à propos inséré les fragments relatifs à la stipulation *iter fieri*, qui ne pourrait plus avoir d'utilité pratique de leur temps? Nous ne le pensons pas. Nous voyons, en effet, les rédacteurs des Institutes mentionner l'usage

tion, cette peine est encourue pour le tout; mais ceux qui n'ont pas été empêchés seront repoussés s'ils la demandent par l'exception de dol; si la stipulation n'a pas été accompagnée d'une peine, elle n'est encourue que pour la part de celui qui a été empêché. »

du pacte et de la stipulation relativement aux servitudes (Livre II, t. 3, § 4), à côté des véritables modes de constitution de ces démembrements de propriété, du testament et de la tradition; et Théophile (*Paraphr. ad § 4, Inst., De servitutibus*) interpréter l'usage du pacte et de la stipulation appliquée aux servitudes comme conférant un simple droit de créance, absolument comme dans l'ancien droit. On faisait un pacte pour convenir, par exemple, qu'on laisserait quelqu'un passer sur son fonds, ou conduire de l'eau à travers son fonds, et puis on sanctionnait ce pacte par une stipulation, par laquelle on promettait qu'on ne s'opposerait pas à ce qu'il exerçât cette servitude, et assez souvent une peine pour le cas de contravention. Ces stipulations étaient conçues ainsi : *Spondesne per te non fieri quominus mihi ire liceat*, ou *spondesne per te non fieri quominus mihi aquam ducere per tuum fundum liceat*, etc. Il n'est pas probable que les rédacteurs des Institutes eussent parlé de l'usage du pacte et de la stipulation par rapport aux servitudes, à l'effet d'obtenir, à titre de créance, le droit de faire les mêmes actes que l'on aurait la faculté de faire, si l'on avait réellement tel droit réel de servitude; et que les rédacteurs des Pandectes eussent inséré, dans ce Corps de droit, des fragments relatifs à la stipulation *iter fieri*, si cette stipulation n'avait pas eu dans le droit de leur époque une utilité pratique spéciale. Et en effet, voici quelle était cette utilité. Celui qui avait stipulé *iter dari* ne pouvait, lorsque la servitude était constituée, et que l'un des héritiers du promettant propriétaire du fonds assujetti le troublait dans l'exercice de cette servitude, l'empêchait de passer, agir par l'action confessoire que contre lui, car lui seul troublait l'exercice de la quasi-possession de la servitude, et l'action confessoire n'était donnée que contre celui qui empêchait d'exercer la servitude, et non aussi contre les autres héritiers, de même que la revendication n'était donnée que contre celui qui possédait la chose (Ulpian, l. 9 *De rei vindicatione*, 6, 1), et non aussi contre les autres héritiers qui ne la possédaient pas. Il est vrai que celui des héritiers qui troublait devait être condamné à l'entière valeur de la servi-

tude, car il importait peu au propriétaire du fonds dominant qu'il fût empêché d'exercer la servitude par un seul des héritiers ou par tous, le dommage qu'il éprouvait n'était pas moins grand dans le premier que dans le second cas. Mais l'héritier poursuivi et condamné pouvait être insolvable, et alors le droit de se faire indemniser qu'avait le propriétaire du fonds dominant restait inefficace. Au contraire, lorsqu'on avait stipulé *iter fieri*, et que l'un des héritiers du promettant empêchait le stipulant de passer, la stipulation étant encourue contre tous les héritiers, le stipulant pouvait s'adresser à n'importe lequel d'entre eux pour lui demander le *quanti ea res sit*, de sorte que si l'héritier contrevenant était insolvable, il n'avait qu'à s'adresser, pour se faire indemniser, à ses cohéritiers qui étaient solvables. Scipio Gentilis¹ n'a perçu que cette utilité de la *stipulatio iter fieri*, il n'a pas parlé de l'utilité encore plus grande qu'elle avait dans le droit classique, car il ne connaissait pas les particularités des fonds provinciaux, qui ne nous sont bien connus que depuis la découverte des Institutes de Gaius.

La stipulation *dolum abesse abfuturumque* est, suivant les cas, divisible ou indivisible. Cette stipulation a lieu, par exemple, dans les ventes conditionnelles. Le vendeur, qui ne doit livrer la chose qu'à l'avènement de la condition, s'oblige à ne pas commettre de dol relativement à la chose vendue, relativement à l'esclave, par exemple. Ce dol peut consister à empoisonner l'esclave, ou à l'hypothéquer, ou à l'affranchir². Si le dol est de telle nature qu'il puisse être commis pour partie, l'obligation est divisible. C'est ce qui arrive lorsque l'un des héritiers a hypothéqué l'esclave vendu : cet héritier n'a pu hypothéquer que la part indivise qu'il a dans l'esclave ; il sera donc seul tenu de cette stipulation. Si, au contraire, le dol est de telle nature qu'il ne saurait être commis pour partie, l'obligation est indivisible. C'est ce qui a lieu, par exemple, lorsque l'un des héritiers du vendeur empoisonne l'es-

1. *Op. cit.*, cap. XIX, T. I, p. 161.

2. Ulpien, l. 21, § 1, *De adilitio edicto* (21, 1); Gaius, l. 18, *De rei vindicatione* (6, 1).

clave, avant de le livrer : il sera tenu pour le tout du dommage causé par l'empoisonnement, c'est-à-dire de l'intérêt qu'avait l'acheteur à ce que l'esclave lui fût livré non empoisonné; et ses cohéritiers non coupables seront, eux aussi, tenus *in solidum*, car il importe peu à l'acheteur que l'esclave ait été empoisonné par un seul des héritiers du vendeur ou par tous, du moment qu'il ne peut être empoisonné pour partie. Nous croyons que Paul, l. 4, princ., *h. t.*, et l. 44, § 5, *Familia herciscundæ* (10, 2), qui a considéré la stipulation, *dolum malum abesse*, à ce dernier point de vue seulement, n'a pensé qu'au cas où le dol consiste dans un acte qui ne saurait être commis pour partie. En effet, dans la loi 44, § 5, *Fam. herc.*, il compare cette stipulation à la stipulation, *per te neque per heredem fore quominus quis eat agat*, laquelle a pour objet une abstention qui ne peut jamais avoir lieu que pour le tout. Ensuite, dans la l. 4, princ., *h. t.*, il s'exprime ainsi : « Eadem dicemus et si *dolum abesse a te heredeque tuo* « stipulatus sum, et aut promissor, aut stipulator pluribus heredes « dibus relictis decesserit. » Or, ce passage n'est que la continuation de la fin de la loi 2, dans laquelle Paul venait de parler de la stipulation, *per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat*, qu'il déclarait indivisible, et qui l'est toujours, dans tous les cas, puisqu'elle contient une abstention qui ne saurait avoir lieu que pour le tout, comme le décide le même Paul dans le § 1 de la loi 4 : *quod in priorè casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem PER TE NON FIERI QUOMINUS MIHI IRE AGERE LICEAT*. Nous pensons donc que le *principium* de la loi 4 doit être interprété ainsi : « Il en est de même (c'est-à-dire comme dans le cas de la stipulation, *per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat*), si je stipule que ni toi ni ton héritier ne commettrez de dol, et que, soit le promettant, soit le stipulant vienne ensuite à mourir en laissant plusieurs héritiers » ; et que ce qui suit, depuis les mots, *Cato libro, 15...*, jusqu'aux mots, *Si is qui duplam....*, ne se rattache nullement à ce qui précède. Nous suivons en ce point l'interprétation de Cujas. Nous ne sau-

rions admettre celle de Doneau, qui pense que, dans le *principium*, Paul pose la question de savoir s'il en est de même dans la stipulation *dolum abesse*, que dans celle *per te non fieri neque per heredem tuum quominus mihi ire agere liceat*, et que dans le §1 il ne fait que répondre à cette question en disant qu'il en est, au contraire, comme dans la stipulation, *Titiam heredemque ejus ratum habiturum*, qui est comme la stipulation *de dolo*, tantôt divisible, tantôt indivisible : divisible lorsque le fait du procureur peut être ratifié pour partie, par exemple, lorsqu'il a demandé dix ; indivisible lorsque le fait du procureur n'est pas susceptible de ratification partielle, par exemple, lorsque le procureur a demandé la constitution d'une servitude prédiALE. En effet, si Paul voulait poser dans le *principium* une question qu'il résoudrait dans le § 1, il ne dirait pas, *Eadem dicemus...*, mais bien, *Eademne dicemus...?* Il est ensuite plus vraisemblable que Paul a voulu comparer, dans le *principium* de la loi 4, la stipulation *dolum abesse* à la même stipulation que celle à laquelle il l'a comparée dans la loi 44, § 5, *Familie herciscundæ*, fragments extraits, tous les deux, du même ouvrage de ce jurisconsulte, son *Commentaire sur Sabinus*. Le mot *hic*, dans le passage, *sed videamus ne non idem hic sit...*, signifie donc, non pas : dans la stipulation, *DOLUM MALUM ABESSE*, mais : dans la stipulation, *AMPLIUS NON AGI*. L'objection de Doneau, à savoir que si le mot *hic* ne se rapporte pas à la stipulation *dolum malum abesse*, qui est posée; suivant lui, par Paul en question dans le commencement de la loi 4, ce mot devrait alors se rapporter à la stipulation, *per te non fieri quominus mihi ire agere liceat*, qui précède immédiatement, ce qui ne peut avoir lieu, car cette stipulation est toujours indivisible, cette objection, disons-nous, n'est pas fondée. En effet, cette dernière stipulation se trouve dans une phrase incidente qui donne le motif de la différence entre les stipulations de faire indivisibles et celles de faire divisibles; le mot *hic* ne saurait donc s'y rapporter; d'après les règles d'une bonne syntaxe, il ne saurait se rapporter qu'à la partie du texte venant immédiatement avant, qui forme une proposition principale, qui

donne une décision et non une raison d'être. Or, cette partie est celle qui traite de la stipulation, *amplius non agi*, et qui décide que cette stipulation est divisible.

Lorsque l'un des héritiers de celui qui est tenu d'une obligation de faire a accompli seul le fait convenu, il a l'action *familiæ herciscundæ* contre ses cohéritiers pour répéter contre chacun d'eux une partie de la somme qu'il a dépensée pour l'accomplir, proportionnelle à sa part héréditaire. C'est ce qui est dit, relativement à l'obligation d'un *opus*, par Ulpien, l. 11, § 23, *De legatis* III (32). Le jurisconsulte décide, en effet, que si Procula, l'un des héritiers chargés de construire un *opus* pour une cité, n'obtient pas le concours de son cohéritier à l'effet de construire cet *opus* dans le délai qu'elle a demandé et obtenu à cet effet, elle sera obligée, ce délai expiré, de faire l'*opus* à elle seule; mais qu'en pareil cas, elle imputera à son cohéritier, pour la part qu'il doit supporter, la dépense qu'elle aura faite (*imputaturum coheredi sumptum pro parte ejus*). — De même si l'un des héritiers, faute d'inexécution du fait, est condamné à en payer l'estimation, et paye effectivement cette estimation en entier, il aura encore l'action *familiæ herciscundæ*, pour se faire rembourser par chacun de ses cohéritiers une partie de cette estimation. On peut argumenter en ce sens de la loi 2, § 2, *h. t.*, qui le dit pour le cas où l'un des héritiers a payé l'estimation entière de la servitude; et de la loi 11, § 23, *De legatis* III, que nous venons de citer, et qui, comme nous l'avons vu, le décide également d'une manière formelle relativement aux frais qu'a été obligé de faire l'un des héritiers, pour l'entière construction d'un *opus*. Il y a même raison de décider dans ces trois cas.

Il est bien évident que, si à l'obligation de faire, par exemple à celle de construire un *opus*, il a été ajouté une peine, et que, faute d'exécution, chacun des héritiers ait été obligé de payer une partie de cette peine, il n'y aura aucun recours à exercer, car chacun a payé la part qu'il doit supporter.

Si nous supposons maintenant, au lieu d'une obligation consistant *in faciendo*, une obligation consistant *in non faciendo*, si

l'obligation, au lieu d'avoir pour objet un fait, a pour objet une abstention, les choses se passeront différemment relativement au recours.

Lorsqu'une stipulation *non faciendi* est commise par le fait de l'un des héritiers, si c'est l'héritier contrevenant qui est poursuivi et condamné au *quanti ea res sit*, et qu'il en paye le montant intégral, il n'aura aucun recours à exercer contre ses cohéritiers non-contrevenants. Que si, au contraire, c'est précisément l'un des héritiers non-contrevenants qui est poursuivi et condamné à payer le montant intégral du *quanti ea res sit*, il aura son recours par l'action *familiæ herciscundæ*, mais il ne pourra l'exercer que contre le contrevenant pour se faire rembourser par lui en entier ce qu'il aura été contraint de payer; à la différence de ce qui a lieu dans les obligations *faciendi*, où celui qui est obligé de payer le *quanti ea res sit*, en répète une partie contre chacun de ses cohéritiers. Cela résulte de la loi 44, § 5, *Familiæ herciscundæ*, qui le décide relativement à la stipulation, *a se heredeque suo dolum malum abfuturum* (bien entendu lorsque cette stipulation est indivisible), et relativement à la stipulation, *per se neque per heredem suum fore quominus quis eat, agat*. Paul dit, en effet, dans cette loi, que lorsque l'un des héritiers du promettant est obligé de payer le *quanti ea res sit*, par suite de son propre fait, parce qu'il a empêché le stipulant de passer, ou parce qu'il s'est rendu coupable de dol, il n'aura aucun recours contre ses cohéritiers; que si, au contraire, l'un des héritiers est obligé de payer le *quanti ea res sit*, par suite du fait de l'un de ses cohéritiers, parce que c'est l'un de ses cohéritiers, et non pas lui, qui a empêché le stipulant de passer, ou a commis le dol, il répétera ce qu'il aura payé contre ce dernier, par l'action *familiæ herciscundæ*: « Quod
« ex facto suo unus ex coheredibus ex stipulatione hereditaria
« præstat, a coherede non repetet: veluti, si *a se heredeque suo*
« *dolum malum abfuturum* defunctus spondit: vel, *neque per*
« *a se neque per heredem suum fore, quominus quis eat, agat*:
« imo et si reliqui propter factum unius teneri cœperint, quasi
« conditio stipulationis hereditariæ exstiterit, habebunt familiæ

« *herciscundæ judicium cum eo, propter quem commissa sit « stipulatio.* » Ajoutez aussi la loi 2, § 5, *in fine, h. t.*, où le même jurisconsulte Paul donne la même décision. — Que si à la stipulation *non faciendi* il a été ajouté une clause pénale, et qu'un seul des héritiers du promettant fasse arriver, par suite de son fait, la condition de la peine, la partie que chacun des héritiers innocents aura payée dans cette peine, il la répétera contre le contrevenant par l'action *familiæ herciscundæ*; à la différence encore de ce qui a lieu dans les obligations *faciendi*, dans lesquelles chacun des héritiers supporte définitivement la partie de la peine qu'il a payée en cas de non-exécution du fait qui se trouve *in conditione*. Au cas où la stipulation *non faciendi* est accompagnée d'une clause pénale, s'applique la loi 85, § 3, *h. t.*, dans laquelle le jurisconsulte Paul s'exprime ainsi : « *Quod si stipulatus fuero, per te heredemque tuum non fieri, quominus eam agam : si adversus ea factum sit, tantum dari, et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat : verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri; quoniam licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor, sed cæteri familiæ herciscundæ judicio sarcient damnum* ¹. »

Si nous supposons maintenant l'action *familiæ herciscundæ* ouverte avant que l'action résultant de l'obligation *faciendi* ou *non faciendi* soit intentée, alors le juge chargé du partage devra faire faire aux héritiers des promesses réciproques. Chaque héritier promettra à chacun de ses cohéritiers en faisant garantir sa pro-

1. « Que si j'ai stipulé que ni toi ni ton héritier ne m'empêchez de passer, de conduire, et que si vous m'empêchez de le faire, vous me payerez tant à titre de peine, et que l'un d'entre plusieurs héritiers du promettant m'empêche de passer ou de conduire : je trouve plus vraie l'opinion de ceux qui pensent que tous sont tenus par suite du fait d'un seul; car, bien que je sois empêché par un seul, je ne suis pas cependant empêché pour partie, mais les autres répareront le dommage qu'ils souffrent par là au moyen de l'action *familiæ herciscundæ*. » Telle est la leçon florentine. La vulgate, au contraire, porte : *sed cæteris familiæ herciscundæ judicio sarcient damnum*, et alors le sens est : celui par le fait duquel la stipulation est commise, réparerera le dommage qu'il cause par là aux autres, dans l'action *familiæ herciscundæ*, c'est-à-dire lors du partage. »

messe par un fidéjusseur, que si son cohéritier est obligé de faire seul les dépenses nécessaires à la confection de l'*opus*, ou s'il est condamné à payer la valeur de cet *opus*, lui, promettant, lui en remboursera une partie proportionnelle à sa part héréditaire. Si l'obligation consiste *in non faciendo*, chaque héritier promettra à chacun de ses cohéritiers, que si ce dernier est obligé de payer quelque chose (ce pourra être, suivant les cas, le montant intégral du *quanti ea res sit*, ou bien une partie de la peine), par suite de son fait à lui promettant, il le lui remboursera. De cette manière, le cas de recours échéant, l'héritier, qui y aura droit, l'exercera par l'action *ex stipulatu*, contre son cohéritier ou son fidéjusseur. Cela est décidé par Paul, l. 25, § 12, *Familiæ herciscundæ* (10, 2), relativement à la stipulation, *per se neque per heredem suum fieri, quominus ire agere liceat* : « In illa quoque stipulatione prospiciendum est coheredibus, si testator promiserat, neque per se, neque per heredem suum fieri, quominus ire agere possit, quoniam uno prohibente, in solidum committitur stipulatio : ne unius factum cæteris damnosum sit. — Les mêmes précautions sont à prendre (c'est-à-dire que le juge de l'action *familiæ herciscundæ* doit faire faire dans ce cas aussi aux héritiers des promesses réciproques), lorsqu'un testateur a promis que ni lui ni son héritier n'empêcheront un tel de passer, de conduire, parce que la stipulation est encourue pour le tout par suite de l'obstacle de l'un des héritiers; ces précautions sont nécessaires pour que le fait de l'un ne soit pas préjudiciable aux autres. »

SECTION III.

Des obligations indivisibles solutione.

Nous nous occuperons, dans cette section, des obligations qui ont pour objet des choses qui sont, de leur nature, parfaitement susceptibles de division, mais qui doivent être fournies en entier, dont le payement par parties porterait atteinte au droit des créanciers, puisqu'il ne leur ferait pas obtenir ce qu'ils ont stipulé.

Ce sont celles que Paul caractérise en ces termes, l. 2, § 1, *h. t.* :
« *Quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi*
« *tota dantur, stipulationi satis non fit.* »

Telles sont :

1° Les obligations *génériques*.

2° Les obligations alternatives.

I. Parlons d'abord des obligations *génériques* :

On appelle en droit *genre* (*genus*), comme nous l'avons dit dans notre section I, une chose isolée, comprise dans une classe de plusieurs choses pareilles, et dont l'individualité est déterminée d'une manière imparfaite, par exemple; un esclave, un cheval; par opposition au *corps certain* (*corpus* ou *species*), qui désigne une chose dont l'individualité est déterminée d'une manière parfaite, par exemple l'esclave Stichus, le cheval blanc.

L'obligation de donner un esclave, un cheval, etc., est donc une obligation de genre ou *générique*, tandis que l'obligation de donner l'esclave Stichus ou le cheval blanc est une obligation de *corps certain*.

L'obligation d'un genre contient-elle tous les objets compris dans ce genre d'une manière alternative; en d'autres termes, chacun des objets compris dans le genre est-il *in obligatione*, est-il dû sous la condition qu'un autre objet du même genre ne sera pas payé, ou bien chacun des objets compris dans le genre est-il simplement *in facultate solutionis*, sans qu'aucun d'eux soit *in obligatione*? Prenons pour exemple l'obligation d'un esclave. Est-ce que tous les esclaves sont *in obligatione*, est-ce que chaque esclave est dû sous la condition qu'un autre ne sera pas payé, ou bien ce qui est dû, est-ce simplement un esclave *in abstracto*, un être intellectuel, et chaque esclave *in concreto* n'est-il que simplement *in facultate solutionis*?

L'intérêt de la question c'est que, si l'on décide que chaque esclave est dû sous la condition qu'un autre ne sera pas payé, il faut que tel esclave ait pu être dû, ait pu faire l'objet de l'obligation, depuis sa création jusqu'à son exécution, pour qu'il puisse être payé : tout esclave qui ne peut pas être *in obligatione*, ne peut

non plus être payé. C'est pourquoi le débiteur ne se libérera pas en payant un esclave qui appartenait au créancier au moment de la stipulation, ou qui lui a appartenu dans l'intervalle, bien qu'il ait cessé de lui appartenir avant le paiement. En effet, l'obligation n'a pu porter sur cet esclave; il ne peut non plus, par conséquent, faire l'objet du paiement. Au contraire, si l'on décide que chaque esclave n'est que *in facultate solutionis*, mais que l'obligation ne porte sur aucun esclave *in concreto*, il en résultera que le débiteur pourra se libérer en payant un esclave dont le créancier a été propriétaire lors de la création de l'obligation ou dans l'intervalle, mais qui a cessé de lui appartenir avant le paiement; car, tout ce qu'il faut, c'est qu'il puisse être payé, c'est-à-dire qu'il n'appartienne pas au créancier lors du paiement.

Nous croyons que les jurisconsultes romains étaient partagés sur cette question, que Papinien admettait la première solution, tandis que Marcellus admettait la seconde.

Le fragment contenant l'opinion de Papinien est tiré du livre XVII de ses *Questions*, et forme au Digeste la loi 66, § 3, *De legatis II* (31). Ce texte est ainsi conçu : « Non idem respon-
« detur quum duobus testamentis generatim homo legatur : nam
« qui solvante altero legatarii factus est, quamvis postea sit alie-
« natus, ab altero herede idem solvi non poterit; eademque ratio
« stipulationis est : *hominis enim legatum, orationis compen-
« dio; singulos homines continet; utque ab initio non consistit
« in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cujus domi-
« nium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus¹ esse de-
« sinit.* — Lorsqu'un esclave *in genere* est légué par deux testa-
ments différents à une même personne, et que cet esclave devient
la propriété du légataire par le paiement qu'en fait l'un des héri-
tiers, bien qu'ensuite le légataire l'aliène, l'autre héritier ne
pourra plus le lui donner en paiement du legs que met à sa
charge le second testament; et il y a même raison de décider
dans le cas d'une stipulation : en effet, le legs d'un esclave *in genere*

1. Postea, *ins. Vulg.*

contient, par brièveté de langage, tous les esclaves ; et de même que, dans le principe, il ne porte pas sur ceux qui ont appartenu au légataire, de même on ne peut pas payer régulièrement celui qui est devenu plus tard la propriété du légataire, bien qu'il ait cessé de lui appartenir avant le payement. »

Le fragment contenant l'opinion de Marcellus est tiré du livre XX de ses *Digestes*, et forme dans les *Pandectes* de Justinien la loi 72, § 4, *De solutionibus* (46, 3.) Voici la version que nous donnent de ce fragment et l'édition vulgate et l'édition florentine : « Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset
« meus Pamphilus : nec si meus esse desierit, liberabitur pro-
« missor Pamphilum dando : neutrum enim videtur in Pamphilo
« homine constituisse, nec obligatio, nec solutio. Sed ei qui homi-
« nem dari stipulatus est, *unum etiam ex his, qui tunc stipula-*
« *tori servierant, dando promissor liberatur* ; vi quidem ipsa et
« hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erat ; fingamus ita
« stipulatum, *hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare*
« *spondes* ? eum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem
« stipulatoris fuisse : num mortuis duobus, qui alterius erant,
« supererit ulla obligatio, videamus ? Et magis est deficere stipu-
« lationem : nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus
« servus stipulatoris. — J'ai stipulé Stichus ou Pamphile, tandis
que Pamphile m'appartenait : quand bien même il cessera de
m'appartenir, le promettant ne se libérera pas en me le donnant :
car Pamphile ne peut être censé avoir fait l'objet de l'obligation,
et par conséquent ne peut non plus faire l'objet du payement. Mais
lorsque quelqu'un a stipulé qu'on lui donnera un esclave, le pro-
mettant se libère en lui donnant même un des esclaves qui appar-
tenaient au stipulant au moment où la stipulation est intervenue :
bien évidemment dans ce cas aussi le stipulant paraît avoir pensé
aux esclaves qui ne lui appartenaient pas au moment où il stipu-
lait. Supposons qu'on ait stipulé ainsi : *Promettez-vous de donner*
un des esclaves que Sempronius a laissés ? Sempronius se trouve
en avoir laissé trois, dont un appartenait au stipulant : si les deux
esclaves qui appartiennent à Sempronius viennent à mourir, l'o-

bligation subsistera-t-elle ? Et il faut plutôt décider que non, à moins qu'avant la mort des deux esclaves, le troisième ait cessé d'appartenir au stipulant. »

On voit bien, en examinant ces deux textes sans parti pris, qu'ils contiennent des solutions contraires, que par conséquent Papinien et Marcellus étaient d'avis différents.

Marcellus suppose d'abord une stipulation alternative de Stichus et de Pamphile, et il décide que, pour que l'un de ces esclaves puisse être payé, il faut qu'il ait pu être *in obligatione*, c'est-à-dire qu'il n'ait jamais appartenu au stipulant depuis le moment où la stipulation est intervenue inclusivement ; que, par conséquent, si Pamphile appartenait au stipulant lors de la stipulation, il ne pourra être payé, bien qu'il ne lui appartienne plus lors du paiement : l'obligation n'ayant pu porter sur lui, le paiement ne le peut pas davantage. Donc, de l'avis même de Marcellus, comme de l'avis de tous les autres jurisconsultes romains, dans l'obligation alternative, chacune des choses comprises dans l'alternative est due sous la condition que l'autre ne sera pas payée. Mais ensuite, arrivant à un second cas, celui d'une stipulation d'un *genus generalissimum*, d'un esclave, Marcellus décide formellement que le promettant pourra donner un esclave qui appartenait au stipulant lors du contrat, mais qui ne lui appartient plus lors du paiement, bien que le créancier n'ait pu penser en stipulant qu'à un des esclaves qui ne lui appartenaient pas en ce moment-là. Enfin, il arrive à un troisième cas, celui où l'on a stipulé un *genus limitatum*, qu'on donnera un des esclaves qu'a laissés Sempronius ; or Sempronius se trouve en avoir laissé trois, dont deux seulement lui appartiennent, tandis que le troisième appartient au stipulant. Alors il décide que, si l'esclave du stipulant cesse de lui appartenir après que les deux esclaves de Sempronius sont morts, la stipulation sera éteinte : et, en effet, au moment de la mort de ces deux derniers, elle ne trouve aucun objet sur lequel elle repose, car le troisième esclave appartient encore au stipulant ; mais que, si ce troisième esclave cesse d'appartenir au stipulant avant la mort des deux premiers, alors comme à ce moment la stipulation

trouve un objet sur lequel elle puisse reposer, elle subsistera, et l'ex-esclave du stipulant pourra lui être payé.

Au contraire, Papinien décide formellement que le legs d'un esclave *in genere* contient tous les esclaves, que, par conséquent, l'héritier ne pourra pas payer au légataire l'esclave qui lui appartenait lors de la mort du testateur, ou bien qui lui a appartenu dans l'intervalle entre la mort du testateur et le paiement, bien qu'il ne lui appartienne plus à ce dernier moment. Et Papinien ajoute qu'il en est de même de la stipulation d'un esclave *in genere*.

Pour Papinien donc, chaque chose comprise dans le genre est *in obligatione*, sous la condition qu'une autre chose de ce genre ne sera pas payée, de même que, de l'avis de tous les jurisconsultes, chacune des choses comprises dans une alternative est *in obligatione* sous la condition que l'autre ne sera pas payée. Au contraire Marcellus distingue : il admet bien ce point de vue pour l'obligation alternative, mais non pour l'obligation d'un genre, étendu ou limité : suivant lui, bien que, dans ce dernier cas, le créancier n'ait pu penser, lors du contrat, qu'aux choses comprises dans le genre qui ne lui appartenaient pas en ce moment-là, néanmoins ces choses, de même que celles qui lui appartenaient, ne sont pas *in obligatione*, mais seulement *in facultate solutionis*; par conséquent, l'une quelconque d'entre elles toutes pourra lui être payée, si elle ne lui appartient pas au moment du paiement. C'est ainsi qu'Antoine Favre¹ et Pothier² entendent, avec raison, la loi 66, § 3, *De legatis* II, et la loi 72, § 4, *De solutionibus*.

Néanmoins, malgré l'antinomie formelle qui existe entre Papinien et Marcellus, Cujas et Dumoulin ont cherché à les concilier, mais chacun d'une manière différente : Cujas pour s'en tenir à la loi 66, § 3, *De legatis* II, comme exprimant la vraie et seule doctrine romaine, et Dumoulin pour décider, au contraire, que l'opinion de Marcellus contenue dans la loi 72, § 4, *De solut.*, n'a jamais été mise en doute par les jurisconsultes romains.

1. *Conjecturarum*, lib. II, cap. xv.

2. *Oblig.*, n° 283.

Pour faire dire à Marcellus la même chose que Papinien, Cujas¹ remplace dans la loi 72, § 4, *De solut.*, les mots *unum etiam* par le mot *num*, et donne ensuite à ce texte le sens suivant : Dans le cas d'une stipulation alternative, par exemple dans le cas où j'ai stipulé que vous me donnerez Stichus ou Pamphile, Pamphile ne pourra pas m'être payé s'il m'appartenait lorsque la stipulation est intervenue, quand bien même il ne m'appartiendrait plus lors du paiement; cet esclave n'a pas pu être *in obligatione*, et par conséquent ne peut pas non plus être payé; en effet, dans une obligation alternative il faut que chacun des objets compris dans l'alternative puisse être *in obligatione* depuis le moment où le contrat intervient jusqu'au paiement, pour que celui-ci puisse porter sur l'un quelconque d'entre eux. Puis, passant à la stipulation d'un *genus generalissimum*, celle dans laquelle on a promis de donner un esclave, Marcellus se demanderait si en pareil cas le promettant peut s'acquitter en payant au stipulant un des esclaves qui appartenaient à ce dernier au moment où le contrat est intervenu, et il répondrait : Non, car par la force même des choses, c'est-à-dire tacitement (bien qu'il ne l'ait pas formellement exprimé), le créancier a stipulé dans ce cas aussi (c'est-à-dire comme dans celui d'une stipulation alternative), qu'on lui donnerait un des esclaves qui ne lui appartenaient pas au moment où il stipulait. — Cette interprétation est évidemment inadmissible. D'abord, elle a le défaut grave de supprimer les mots *unum etiam*, et de les remplacer par le mot *num*. Ensuite, cette interprétation est forcée; elle ne résulte pas aisément du texte, même après qu'on l'a si durement torturé. Enfin, la fin du texte trahit la véritable opinion du jurisconsulte, et prouve jusqu'à l'évidence que la conciliation de Cujas est impossible. En effet, Marcellus, après avoir parlé d'abord d'une stipulation alternative, ensuite d'une stipulation d'un *genus generalissimum*, s'occupe en dernier lieu de la stipulation d'un *genus limitatum*. Il suppose qu'on a stipulé un des esclaves

1. Comment. in lib. XVII, *Questionum Papinianæ*, ad leg. 66, § 3, *De legatis II*.

que Sempronius a laissés; que Sempronius se trouve en avoir laissé trois, mais dont deux seulement lui appartiennent, tandis que le troisième appartient au stipulant; que par la suite les deux esclaves qui étaient la propriété de Sempronius meurent. Il se demande alors si l'obligation subsistera, et il décide que non, à moins que le troisième esclave qui appartenait au stipulant n'ait cessé de lui appartenir avant la mort des deux premiers. Donc si l'esclave appartenant au stipulant est sorti de son patrimoine avant la mort des deux esclaves qui appartenait à Sempronius, l'obligation subsistera, et l'ex-esclave du stipulant pourra lui être parfaitement payé. S'il en est ainsi dans le cas d'un *genus limitatum*, si l'un des objets compris dans ce *genus* peut être valablement payé, bien qu'il ait appartenu au stipulant avant le paiement; a fortiori doit-il en être ainsi dans le cas d'un *genus generalissimum*, a fortiori l'un des objets compris dans ce *genus* doit-il pouvoir être payé au stipulant, bien qu'il lui ait appartenu lors de la stipulation, ou à un moment quelconque du temps qui s'est écoulé entre cette stipulation et le paiement.

Dumoulin¹ est, au contraire, d'avis, avons-nous dit, que la loi 72, § 4, *De solutionibus* . . . , exprime la vraie et unique doctrine romaine, et que la loi 66, § 3, *De legatis* II, n'est pas du tout contraire à cette doctrine. Il dit, en effet, que cette dernière loi n'a pas pour but de résoudre la question de savoir si, dans une obligation générique, chacun des objets compris dans le genre est *in obligatione* ou simplement *in facultate solutionis*, que cette question est tranchée par la loi 72, § 4, *De solutionibus*, que la loi 66, § 3, *De legatis* II, n'a, au contraire, pour unique but que de faire l'application du principe, *duæ causæ lacrativæ in eadem re et in eadem persona concurrere non possunt*, aux libéralités résultant d'un legs ou d'une promesse; que c'est, à cet effet, que Papinien décide dans ce texte que l'esclave que le légataire a reçu de l'héritier, en vertu de l'un des testaments, il ne pourra pas, s'il cesse d'en être propriétaire, le recevoir valable-

1. *Op. cit.*, P. II, n° 102.

ment de l'héritier obligé en vertu du second testament; que, lorsque le jurisconsulte ajoute, *eademque ratio stipulationis est*, il veut dire par là, qu'il en est de même lorsque deux individus ont promis *donationis causa* un esclave à quelqu'un, que l'esclave payé par l'un des donateurs ne pourra, s'il cesse d'appartenir au donataire, lui être livré par le second donateur; qu'enfin les mots, *hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet*, signifient tout simplement que chaque esclave est *in facultate solutionis*, qu'un esclave quelconque pourra être payé; que, par conséquent, le paiement pourra tomber chacune des deux fois sur le même esclave; mais qu'il faut faire attention que cela n'arrive pas lorsque les deux causes obligatoires sont des causes lucratives, afin que la règle, *duæ causæ lucrativæ in eadem re et in eadem persona concurrere non possunt*, ne soit pas blessée. Cette interprétation est tout à fait divinatoire. Tout d'abord, Papinien ne fait aucune allusion à la règle, *duæ causæ lucrativæ in eadem re et in eadem persona concurrere non possunt*; bien au contraire, il termine la loi 66, § 3, *De legatis II*, par la règle dont il a fait l'application au commencement de ce texte, à savoir que le paiement ne peut pas porter sur un objet qui a appartenu lors de la mort du testateur, ou plus tard, au légataire, bien qu'il ait cessé de lui appartenir avant le paiement. L'objet de ce texte est donc de faire, à un cas spécial, celui d'un legs, sur lequel Papinien avait été consulté, l'application de la question de savoir si tout objet compris dans un genre peut être payé du moment qu'il n'appartient pas au créancier lors du paiement; c'est bien la même question que celle que résout Marcellus, loi 72, § 4, *De solutionibus*. Ensuite, il est arbitraire de restreindre, au cas de promesse faite *donationis animo*, les mots *eademque ratio stipulationis est*, qui sont conçus d'une manière générale, et qui ont au contraire pour but d'avertir qu'il n'est pas question ici d'un principe touchant les libéralités, mais d'une règle concernant les obligations en général, sans distinguer si elles résultent d'un legs ou d'une stipulation. Enfin le mot *continet* n'est jamais appliqué à la solu-

tio par les jurisconsultes romains, mais bien au contraire à l'*obligatio* elle-même : quand les jurisconsultes romains disent qu'un *legatum* ou une *stipulatio continet aliquid*, ils veulent toujours exprimer que cet *aliquid* fait l'objet de ce *legatum* ou de cette *stipulatio*.

Il nous paraît donc certain que Papinien et Marcellus ont été d'avis différents sur la question de savoir si, dans une obligation générique, chacun des objets compris dans le genre est *in obligatione* ou simplement *in facultate solutionis*, que Papinien admettait la première opinion, et Marcellus la seconde. C'est l'opinion de ce dernier jurisconsulte qui nous paraît la plus raisonnable, et c'est celle qu'il faut par conséquent suivre dans toutes les législations qui, comme le Code Napoléon, n'ont pas décidé formellement le contraire. Pour la suivre dans le droit français actuel il y a d'ailleurs une raison de plus, c'est qu'elle avait l'assentiment de Dumoulin et surtout de Pothier, guide habituel des rédacteurs du Code.

L'obligation d'un genre est indivisible en ce sens que le paiement d'une partie d'un des objets compris dans le genre n'opère pas, dès à présent, libération pour une partie correspondante de l'obligation ; que la libération n'aura lieu que lorsque la partie restante du même objet sera payée. C'est ce que le jurisconsulte Paul décide, l. 2, § 1, *h. t.* ; en ces termes : «... Quædam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest, aut in pendentis est, donec alius detur... — Certaines obligations admettent, il est vrai, dation de parties ; mais si on ne donne pas les objets entiers, on ne satisfait pas à la stipulation. C'est ce qui a lieu lorsque je stipule un esclave d'une manière générale, ou un plat, ou un vase quelconque. En effet, si une partie de Stichus est payée, il n'y a encore libération d'aucune partie de l'obligation ; cette partie de Stichus pourra, au contraire, être répétée à l'instant (si un autre

esclave est payé immédiatement en entier), ou bien la répétition sera en suspens, jusqu'à ce qu'un autre esclave soit donné. » Ainsi, Paul suppose que celui qui a promis un esclave d'une manière générale offre une partie d'un esclave déterminé, de Stichus, par exemple, au créancier qui l'accepte, et il décide qu'il ne sera pas immédiatement libéré pour une partie correspondante de l'obligation ; à la différence de ce qui aurait eu lieu s'il avait promis un esclave déterminé, car alors, en payant une partie de cet esclave, du consentement du créancier, il eût été immédiatement libéré d'une partie correspondante de l'obligation (Ulpien, l. 9, § 1, *De solutionibus*...). La conséquence de ce que le promettant n'est pas libéré pour partie, c'est que le stipulant pourra encore lui demander un esclave entier (*ead. lege*, l. 9, § 1, *De solut.*). Pour le moment, la libération est en suspens, elle dépend du parti que va prendre le promettant. S'il paye la partie restante de Stichus, alors il sera libéré pour le tout ; la première partie de Stichus se trouve avoir été payée dûment. (Arg. d'anal. tiré de la loi 26, § 13. D. *De cond. indeb.*, 12, 6.) S'il paye, au contraire, un autre esclave en entier, la première partie de Stichus se trouve avoir été payée indûment, et, par conséquent, il pourra la répéter. Pour qu'il puisse la répéter tout de suite, il faut qu'immédiatement après avoir payé cette partie de Stichus, il paye aussitôt un autre esclave. En effet, la répétition ne peut avoir lieu avant qu'un autre esclave soit donné. Tel est le sens des mots : *aut statim repeti potest, aut in pendentibus est donec alius detur*. Ces mots signifient : la partie payée de Stichus pourra être répétée aussitôt, si un autre esclave est donné immédiatement au stipulant ; ou bien, si cette dation d'un autre esclave n'a pas lieu aussitôt, la répétition de la partie payée de Stichus sera en suspens jusqu'à ce qu'un autre esclave soit donné. Ainsi, la partie payée de Stichus ne pourra être répétée qu'après qu'un autre esclave aura été donné au stipulant ; en effet, ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il devient certain que cette partie a été payée indûment. Ce sens, que nous venons de donner aux mots, *aut statim repeti potest, aut in pendentibus est, donec alius detur*, de-

vient évident, si nous nous reportons à ce que décide Ulpien pour le cas d'une obligation alternative, dont le traitement est absolument identique, sous ce point de vue, à celui de l'obligation d'un genre. En effet, Ulpien, l. 26, § 13, *De condict. indeb.*, supposant une stipulation de dix ou de Stichus, décide que si le promettant paye cinq, la question de savoir s'il est libéré est en suspens; que, si plus tard il fournit Stichus, ce paiement prouve que les cinq ont été payés indûment, et par conséquent le promettant pourra les répéter. C'est donc après le paiement de l'autre objet compris dans l'alternative, que le promettant peut répéter la partie livrée du premier objet. Par conséquent, dans l'obligation d'un genre, aussi, le débiteur ne doit pouvoir répéter la partie fournie qu'après qu'il aura payé une autre chose du genre convenu. Le sens des mots, *aut statim repeti potest, aut in pendenti est, donec alius detur*, ne pourrait d'ailleurs être différent. Paul ne peut avoir voulu dire par, *aut statim repeti potest*, que la répétition de la partie payée de Stichus pourra avoir lieu aussitôt, avant même le paiement d'un autre esclave; car alors il serait en contradiction avec lui-même, lorsqu'il ajoute immédiatement, *aut in pendenti est, donec alius detur*, ce qui veut évidemment dire que la répétition sera en suspens jusqu'à ce qu'un autre esclave soit donné. En effet, ou bien la répétition peut avoir lieu aussitôt, avant même le paiement d'un autre esclave, ou bien elle est en suspens jusqu'au paiement d'un autre esclave. Si la répétition de la partie payée de Stichus peut avoir lieu avant le paiement d'un autre esclave, elle n'est donc pas en suspens jusqu'à ce paiement. Si elle est en suspens jusqu'au paiement d'un autre esclave, elle ne peut donc pas avoir lieu immédiatement, avant ce paiement¹.

La raison pour laquelle le promettant n'est pas libéré pour une partie de l'obligation lorsqu'il paye une partie d'un esclave, c'est que, s'il était libéré pour une partie de l'obligation, il ne devrait désormais que la partie restante d'un esclave *in genere*, et il pour-

1: Voyez Cujas, *Comm. ad leg. 2*, § 1, *h. t.*; Doneau, *Comm. ad eandem legem*, nos 18 et 19; Scipio Gentilis, *Op. cit.*, cap. vii, t. I, p. 112.

rait, par conséquent, se libérer en payant cette partie restante dans un autre esclave : le stipulant se trouverait ainsi avoir des parties dans deux esclaves différents; au lieu d'avoir un esclave entier, il n'obtiendrait pas ce qu'il a stipulé, on ne satisferait pas à la stipulation, on porterait atteinte au droit du stipulant, ce qui ne doit pas avoir lieu. On ne peut pas dire, en effet, que le promettant, en donnant une partie d'un esclave, est censé, par là, avoir porté son choix définitif sur cet esclave, et qu'il doit, par conséquent, payer désormais au stipulant la partie restante de ce même esclave. On ne doit pas voir, dans le paiement d'une partie de Stichus, la renonciation du promettant au droit de choisir que lui confère l'obligation, et l'empêcher ainsi de payer au créancier un autre esclave d'une valeur moyenne qui lui revient à des conditions plus avantageuses que Stichus.

De même que le promettant ne se libère pas pour une partie de l'obligation en payant une partie d'une chose comprise dans le genre promis, de même l'un des héritiers du promettant ne saurait s'acquitter en donnant une partie d'une pareille chose, proportionnelle à sa part héréditaire; il ne sera libéré que si les autres héritiers donnent les parties restantes de la même chose. En effet, si l'héritier qui a payé une partie d'une chose comprise dans le genre promis serait libéré dès à présent, les autres héritiers, qui ne doivent, eux aussi, que des parties d'une chose quelconque du même genre, pourraient payer des parties dans une chose différente, et de cette manière le créancier n'obtiendrait pas ce qu'il a stipulé. En effet, il a stipulé une chose entière de celles du genre convenu, et non pas des parties de plusieurs choses de ce genre. Or, de même que le promettant ne peut pas faire avoir au créancier autre chose que ce qu'il a stipulé, *non potuit defunctus facere ne quod stipulatus sum consequar*, comme le dit très-bien Paul, l. 85, § 4, *h. t.*, de même ses héritiers ne le peuvent pas davantage. En effet, comme le remarque le même Paul, l. 2, § 2, *h. t.*, la condition de l'obligation ne peut pas changer dans la personne des héritiers; *non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur*. Les héritiers ne sont que les

représentants du défunt : le défunt devait fournir une chose entière comprise dans le genre promis, les héritiers réunis doivent par conséquent aussi fournir une seule et même chose en entier, et non pas des parties de choses différentes. Tel est le sens qu'a, dans notre cas spécial, la règle commune, applicable à toutes les obligations, *non ex persona heredum conditio obligationis immutatur*.

Il y a, au contraire, des interprètes qui pensent que cette règle est spéciale aux obligations indivisibles *solutione* ou *natura*, et qu'elle signifie que, dans ces obligations, les héritiers ne peuvent pas s'acquitter en exécutant l'obligation pour partie, pas plus que ne le pouvait le défunt. En effet, remarquent ces auteurs, cette règle est énoncée par Paul entre les obligations génériques et alternatives et les obligations de servitudes, dont il s'occupe dans le § 2. Elle ne saurait d'ailleurs, disent-ils, avoir d'application dans les obligations divisibles, dans lesquelles, tandis que le débiteur ne peut se libérer qu'en payant le tout, ses héritiers se libèrent, au contraire, parfaitement, en payant chacun une partie, dans lesquelles, par conséquent, la condition de l'obligation est différente dans la personne des héritiers de ce qu'elle était dans celle du défunt.

Il est vrai que le débiteur, dans une obligation divisible, par exemple dans celle de donner une somme d'argent, ne se libère qu'en payant toute la somme, tandis que chacun de ses héritiers se libère en payant une partie de cette somme. Mais c'est que le débiteur doit le tout, tandis que chacun des héritiers ne doit qu'une partie. Chaque héritier ne représente en effet le défunt que pour partie, n'en est qu'une fraction au point de vue du droit. Ce n'est que la somme des héritiers qui équivaut à la personne entière du défunt. Or, même dans les obligations divisibles, les héritiers doivent à eux tous payer la somme entière pour se libérer. La condition de l'obligation est donc la même dans la personne du défunt et dans celle des héritiers, puisque le défunt qui doit toute la somme, ne se libère qu'en la payant en entier, que l'héritier, qui n'est qu'une partie du défunt, qui ne doit par conséquent qu'une

partie de la somme, se libère en payant cette partie en entier, et que les héritiers réunis, qui équivalent à la personne entière du défunt, qui, à eux tous, doivent toute la somme, ne se libèrent qu'en la payant à eux tous en entier. La condition de l'obligation serait, au contraire, différente dans la personne des héritiers de ce qu'elle était dans celle du défunt, si chacun des héritiers était obligé, pour se libérer, de payer la somme entière, tout aussi bien que le défunt dont il ne forme cependant qu'une partie. Ajoutez que Paul ne dit pas, *conditio obligationis non immutatur ex persona heredis cujusque*, mais bien, *ex persona heredum*; il ne dit pas que la condition de chaque héritier doit être semblable à celle du défunt, mais seulement que la condition des héritiers réunis doit être la même que celle du défunt. Or, même dans les obligations divisibles les héritiers doivent à eux tous payer toute la somme comme le défunt auquel ils équivalent. Quant à l'argument que tirent nos adversaires, en faveur de l'application exclusivement spéciale de la règle en question, de la place qu'elle occupe immédiatement après les obligations génériques et alternatives, et avant les obligations de servitudes, nous répondons qu'il n'y a rien d'étonnant ni d'illogique à ce que Paul ait, à la suite d'une espèce particulière d'obligations, à laquelle il a eu pour but d'en faire l'application, émis une règle générale dont la sphère d'application s'étend bien au-delà du cas spécial qu'il traitait. Et c'est, en effet, une règle générale que Paul énonce. S'il avait voulu énoncer une règle spéciale applicable seulement aux obligations indivisibles, il se serait servi d'expressions limitatives, il aurait dit : *non enim ex persona heredum conditio in his obligationibus immutatur*, de même qu'il emploie les expressions limitatives, *in his... stipulationibus*, lorsqu'il veut restreindre aux obligations génériques et alternatives la décision immédiatement précédente, qu'il vient de donner, à savoir que les héritiers ne se libèrent pas en payant des parties, aussi longtemps qu'ils n'auront pas fourni tous la même chose. Tenons donc pour certain que Paul en disant, *non ex persona heredum conditio obligationis immutatur*, a entendu énoncer une règle générale,

applicable aux obligations divisibles comme aux obligations indivisibles, et que par rapport aux obligations génériques et alternatives à propos desquelles il l'énonce, cette règle signifie que les héritiers ne doivent pas pouvoir fournir des parties de choses différentes pas plus que ne pouvait le faire le défunt. Par conséquent, l'héritier qui veut se libérer immédiatement, doit payer une chose entière de celles du genre promis.

L'héritier qui a payé le tout a son recours contre ses cohéritiers par l'action *familiæ herciscundæ* : en effet, il a été contraint de payer le tout, afin de se libérer de sa part dans la dette (l. 23, § 15, D., *Fam. hercisc.*). Il peut aussi recourir par l'action *negotiorum gestorum* : en effet, en payant le tout, il a fait l'affaire de ses cohéritiers en même temps que la sienne (l. 31, § ult., D., *De neg. gestis*. 3, 5; l. 18 C., *cod.*, 2, 19).

Lorsque l'un des héritiers n'a pas pu obtenir le concours de son cohéritier, à l'effet de payer une chose du genre promis, qu'il était de l'intérêt de tous les héritiers de fournir, et que, par suite, il a été obligé de se laisser condamner au *quanti ea res sit*, alors, si le montant de ce *quanti ea res sit* dépasse la valeur de la part pour laquelle il devait contribuer dans la chose qu'il était de l'intérêt de tous les héritiers de payer, il pourra répéter l'excédant par l'action *familiæ herciscundæ* contre son cohéritier récalcitrant (Paul, l. 23, § 17 in fine, *Fam. hercisc.*).

L'obligation générique est indivisible *solutione* lorsque, bien entendu, le choix appartient au débiteur. Si, au contraire, le créancier s'est réservé le choix, par une clause expresse, cette obligation est parfaitement divisible. En effet, en acceptant une partie d'une chose comprise dans le genre, le créancier a par là même porté son choix sur cette chose, et par conséquent le débiteur ne pourra et ne devra lui fournir que la partie restante de la même chose. Ainsi, l'acceptation par le créancier d'une partie d'une des choses comprises dans le genre emporte choix définitif de cette chose (l. 17 in fine D., *Rem ratam haberi...*, 46, 8). S'il en est autrement lorsque le choix appartient au débiteur, si le paiement d'une partie d'une des choses comprises dans le

genre n'emporte pas de sa part renonciation à son droit de choisir une autre chose, c'est qu'on est toujours plus favorable pour le débiteur que pour le créancier : *Favorabiliores rei potius quam actores habentur* (Gaius, l. 125 *De regulis juris*, 50, 17). Aj. Paul, l. 47 *De oblig. et act.* (44, 7)¹.

Dans l'obligation *ex testamento*, le droit de choisir parmi les objets compris dans le genre appartenant dans l'ancien droit à l'héritier, c'est-à-dire au débiteur, cette obligation était par conséquent tout aussi indivisible *solutione* que celle résultant d'une stipulation. Mais, dans le droit de Justinien, le légataire avait l'action en revendication, quelle que fût la forme du legs (*Instit.*, § 2, titre xx *De legatis*, l. II). Par conséquent, le choix lui appartenait, car, pour revendiquer une chose, il fallait la désigner (Paul, l. 6 *De rei vindicatione*, 6, 1). Dès lors, l'obligation *ex testamento* de donner une chose *in genere* était divisible. Cependant, même dans le droit de Justinien, cette obligation était indivisible *solutione* dans deux cas : 1° lorsque l'hérédité ne contenait aucune chose du genre légué, car alors l'héritier ne pouvait être poursuivi que par l'action personnelle *ex testamento*, et par conséquent le choix lui appartenait ; 2° lorsque, bien que l'hérédité contint des choses du genre légué, le choix avait été expressément conféré à l'héritier par le testateur.

Ce n'est qu'au point de vue du paiement que l'obligation d'une chose *in genere* est indivisible ; sous tout autre point de vue, elle est au contraire divisible.

Ainsi la *petitio* doit avoir lieu pour partie de la part de chacun des héritiers du créancier et contre chacun des héritiers du débiteur. Cette différence entre la *petitio* et la *solutio* est très-bien exprimée par Paul, l. 83, § 4 *h. t.* : « Pro parte. peti, « solvi autem nisi totum non potest : voluti cum stipulatus sum « *hominem incertum*; nam *petitio ejus scinditur*, solvi vero nisi « *solidus non potest...* »

De même l'acceptilation peut avoir lieu pour partie, et elle pro-

1. Voy. Scipio Gentilis, *Op. cit.*, cap. vii, *in fine*.

duit immédiatement libération pour cette partie de l'obligation, qui ne subsiste plus que pour la partie restante. C'est ce que dit Paul dans la loi 2, § 3 *h. t.* (que nous transcrirons plus bas), pour le cas où le créancier a fait acceptilation à l'un des héritiers du promettant. Et, en effet, il n'y a plus à craindre ici de paiement de parties de choses différentes; le créancier, en faisant acceptilation d'une partie de l'obligation, a par cela même renoncé à avoir une chose entière, et n'a plus droit désormais qu'à une partie d'une chose quelconque du genre promis. — Il en est de même si le créancier a fait avec l'un des héritiers un pacte *de non petendo*.

Enfin, si le créancier, ayant agi pour partie contre l'un des héritiers du débiteur, cet héritier a été absous ou bien condamné par le juge, faute de livraison d'une chose entière, à payer une partie de la valeur d'une chose de qualité moyenne du genre promis, proportionnelle à sa part héréditaire, l'obligation est éteinte dès à présent pour la part de cet héritier, et ne subsiste plus que pour le surplus, l'autre héritier pourra se libérer aussitôt en payant une partie d'une chose quelconque du genre promis. En effet, dans ce cas encore, il n'y a plus à craindre de paiement de parties de choses différentes. Le créancier n'ayant plus droit désormais qu'à une somme d'argent, pour une partie de l'obligation, ou tout droit lui ayant été refusé par le juge pour cette partie, ne peut plus prétendre à une chose entière du genre promis, mais seulement à une fraction d'une pareille chose. C'est ce qui résulte de la loi 2, § 3, *h. t.*, dans laquelle Paul s'exprime ainsi : « Si « tamen *hominem* stipulatus cum uno ex heredibus promissoris « EGERO : pars duntaxat cæterorum obligationi supererit, ut et « solvi potest. Idemque est si uni ex heredibus accepto latum « sit. — Dans le cas cependant où j'aurai agi contre l'un des héritiers du promettant, ne subsistera désormais dans l'obligation que la part des autres, et cette part peut être payée dès à présent. Il en est de même si j'ai fait acceptilation à l'un des héritiers. » Il est d'abord évident que Paul n'a pas voulu dire que par cela seul qu'il y a litiscontestation avec l'un des héritiers, l'obligation ne

subsiste plus que pour la part des autres. Le jurisconsulte s'exprime, en effet, au futur passé, ce qui indique que le procès a été mené à fin. De même qu'on ne dit qu'il a vécu que de quelqu'un qui a cessé de vivre, de même on ne dit qu'il a agi que de quelqu'un qui a fini d'agir, qui a terminé le procès¹. Il est donc cer-

1. Mais s'il est évident que Paul a parlé du cas où le procès est déjà terminé, où il y a eu par conséquent condamnation en absolution, ne peut-on pas admettre en dehors de ce texte que, dans le droit romain classique, par cela seul qu'il y avait litiscontestation entre le créancier et l'un des héritiers du débiteur d'une chose *in genere*, la partie de l'autre héritier était seule désormais en nature *in obligatione*, que cette partie pouvait, par conséquent, être payée immédiatement, et qu'un pareil paiement opérerait libération instantanée, avant que le procès même fût terminé? Nous savons, en effet, par les Institutes de Gaius (Com. III, § 180), qu'à partir de la litiscontestation, celui avec qui on avait agi n'était plus tenu de l'ancienne obligation, mais d'une obligation nouvelle, qu'il était désormais tenu *ex litiscontestatione*, qu'il devait être condamné et exécuter la condamnation, payer, par conséquent, une somme d'argent, car à cette époque les condamnations étaient toujours pécuniaires (Gaius, Inst., Com. IV, § 48). Il est bien certain qu'il n'en pouvait être ainsi dans l'opinion des Sabinien, qui admettaient, même dans les actions *stricti juris*, que le défendeur pouvait donner satisfaction au demandeur après la litiscontestation, et qu'il devrait être absous dans le cas où il la donnerait. (Gaius, Inst., Com. IV, § 114). Ainsi, dans l'opinion des Sabinien, l'héritier poursuivi pouvait parfaitement payer plus tard une partie d'une chose du genre promis, et être par suite absous par le juge : par conséquent, après la litiscontestation, la partie de l'autre héritier ne subsistait plus seule, en nature, *in obligatione*, cet héritier ne pouvait pas donc se libérer immédiatement en payant une partie d'une chose quelconque du genre promis, car l'héritier poursuivi pouvait payer après lui une partie d'une autre chose : il y avait donc dans ce cas aussi à craindre l'inconvénient d'un paiement de parties de choses différentes. Mais nous croyons qu'il en devait être de même dans l'opinion des Proculien eux-mêmes. En effet, tout ce que n'admettaient pas ces jurisconsultes, c'est que, dans les actions *stricti juris*, en cas de satisfaction après la litiscontestation, le juge pût par cela même absoudre le défendeur. Mais ils admettaient parfaitement que le défendeur pût donner satisfaction en nature au demandeur, seulement ils se tenaient strictement à la rigueur du principe posé par Gaius, C. III, § 180, à savoir que, *post litiscontestationem reus damnari debebat*, et par conséquent croyaient du devoir du juge de les condamner quand même. (Gaius, Inst., *ead.*, § 114). Il est probable toutefois que les Proculien eux-mêmes devaient empêcher par des détours le double paiement de l'objet en nature et de sa valeur : nous pensons avec Zimmern (*Traité des actions*, etc., § 121, p. 363 de la traduction de M. Etienne), et M. Pellat (explication du § 114 du C. IV de Gaius, à son cours), qu'ils devaient

tain que Paul a voulu parler du cas où le procès était fini. Mais il a entendu que sa décision s'appliquât alors, quel que fût le résultat du procès, que l'héritier poursuivi pour partie ait été condamné ou absous. En effet, comme nous l'avons déjà dit, dans le droit classique la condamnation avait toujours lieu à une somme d'argent. C'est ce que nous ne savons que depuis la découverte des Institutes de Gaius. Aussi Duaren (*Comm. ad leg. 2, § 3, De verb. oblig.*), Cujas (*Comment. ad leg. 2, § 1, De verb. obl.*), Scipio Gentilis (*Op. cit.*, cap. VIII, t. I, p. 118 et 119), et Pothier (*Pand. Justin.*, tit. *De verb. oblig.*, n° 74), croyant que dans le droit classique la condamnation devait avoir lieu à la chose même, comme dans le droit de Justinien (l. 14 C., *De fideic. libert.*, 17, 4), pensaient que Paul n'avait voulu parler que du cas où l'héritier poursuivi pour partie avait été absous. Ils étaient dans le vrai en ce qui concerne le droit de Justinien; il est évident que dans ce droit le texte de Paul ne pouvait s'appliquer qu'au cas d'absolution. Nous ne pouvons donc admettre, pour le droit de Justinien, l'opinion de Doneau (*Comment. ad leg. 2, § 3, De verb. oblig.*, n° 5-8), qui pensait que le texte de Paul s'appliquait au cas où l'héritier poursuivi pour partie avait été condamné et avait payé une partie d'une chose du genre promis. Nous ne saurions admettre qu'en pareil cas cet héritier était immédiatement libéré,

accorder au défendeur, qui avait satisfait en nature à l'obligation, l'*exceptio doli mali* pour repousser l'*actio judicati*, et s'abstenir ainsi de payer le montant de la condamnation; ou bien la *condictio*, pour le répéter dans le cas où il l'aurait payé. Ainsi donc, dans l'opinion des Proculiens eux-mêmes, l'héritier poursuivi pouvait, après la litiscontestation, payer au créancier, qui l'acceptait, une partie d'une chose quelconque du genre promis. Par conséquent, dans leur opinion aussi, il y avait le même inconvénient à craindre en pareil cas, et par conséquent la simple litiscontestation avec l'un des héritiers du promettant ne devait pas laisser subsister *in obligatione* la partie seule de l'autre héritier, et permettre à cet héritier de se libérer immédiatement en payant une partie d'une chose quelconque du genre promis. — Enfin, dans le droit de Justinien, il est bien évident, il est bien certain que la simple litiscontestation avec l'un des héritiers du promettant ne laissait pas subsister désormais en nature *in obligatione* la part seule de l'autre héritier. En effet, Justinien a admis l'opinion des Sabinien, à savoir que tous les *judicia sunt absolutoria*. (*Inst.*, l. IV, t. XII, § 2).

et que l'autre héritier pouvait se libérer aussitôt, en donnant une partie d'une chose quelconque du genre promis, différente même de celle dont l'héritier condamné avait payé une partie. Il n'est pas, en effet, exact de dire, comme le fait Doneau, qu'après la litiscontestation, l'héritier poursuivi ne devait plus, comme avant la litiscontestation, une partie d'une chose quelconque sous la condition que son cohéritier payerait la partie restante de la même chose; mais bien une partie d'une chose quelconque du genre promis purement et simplement; et que, par conséquent, s'il était condamné, il pouvait se libérer immédiatement et définitivement en payant une partie d'une chose quelconque. Nous ne voyons pas pourquoi la position du créancier aurait été différente et pire après la litiscontestation de ce qu'elle avait été avant la litiscontestation. Ce que le créancier, en agissant, avait déduit *in judicio*, devait, au contraire, être la même chose que ce qui lui avait été dû. En effet, l'*intentio* de la formule devait être absolument calquée sur la stipulation (Gaius, Com., iv, § 53). Or, en vertu de la stipulation, il avait été dû au créancier par chacun des héritiers du débiteur une partie d'une chose quelconque du genre promis, sous la condition que le cohéritier payerait la partie restante de la même chose; en agissant contre l'un des héritiers, il avait déduit donc *in judicio* une partie d'une chose quelconque, toujours sous la condition que le cohéritier payerait la partie restante de la même chose. Par conséquent, avant comme après la litiscontestation, un des héritiers du créancier ne payait valablement au débiteur une partie d'une chose quelconque, que si son cohéritier payait la partie restante de la même chose. Donc, même après la litiscontestation, et aussi après la condamnation, il n'était pas vrai de dire que l'héritier poursuivi se libérait immédiatement en payant une partie d'une chose quelconque du genre promis, et que la partie de l'autre héritier restait seule *in obligatione* et pouvait être payée par lui dans n'importe quelle chose du genre convenu. L'opinion de Doneau est donc dénuée de tout fondement, et son élève Scipio Gentilis, qui suivait habituellement son maître, a eu raison de l'abandonner sur ce point,

et de se rallier à Duaren et à Cujas, dont la solution est la seule exacte pour le droit de Justinien, et excusable en ce qui concerne le droit classique, vu l'absence des lumières qui nous ont été fournies par les *palimpsestes* de Vérone, découverts seulement en 1816.

II. Parlons maintenant des obligations alternatives.

L'obligation alternative peut d'abord résulter d'une stipulation. Je puis avoir stipulé Stichus ou Pamphile. Dans une obligation alternative, le choix appartient de droit commun au débiteur; celui-ci peut choisir l'un ou l'autre objet compris dans l'alternative, Stichus ou Pamphile. Mais le débiteur doit, comme dans l'obligation d'une chose *in genere*, payer l'un ou l'autre objet en entier. il ne peut payer une partie de Stichus et une partie de Pamphile. Par conséquent, dans ce cas aussi, si le débiteur paye une partie de Stichus au créancier qui l'accepte, il n'est pas encore libéré pour cette part, la libération est en suspens jusqu'au nouveau paiement. Si ce nouveau paiement consiste dans la partie restante de Stichus, il se trouve par là avéré que le débiteur a été libéré pour la partie payée précédemment; si au contraire le débiteur paye Pamphile, la partie de Stichus, payée précédemment, se trouve avoir été payée indûment, et par conséquent il peut la répéter. C'est ce que décide Paul, l. 2, § 1, *h. t.*, par cette phrase concise : « *Ejusdem conditionis est hæc stipulatio Stichum aut Pamphilum dari,* » par laquelle il assimile cette stipulation à la stipulation d'une chose *in genere*, par exemple, d'un esclave. C'est ce que décide aussi Ulpien avec plus de détails, l. 26, § 13, *De conditione indebiti*, dans laquelle il suppose la stipulation alternative *decem aut Stichum dari* : « *Si decem aut Stichum stipulatus, solvam quinque : quæ-
« ritur, an possim condicere? Quæstio ex hoc descendit, an libe-
« rer in quinque : nam, si liberor, cessat condictio : si non libe-
« rer, erit condictio? Placuit autem (ut Celsus lib. 6, et Marcellus
« lib. 20, Digestorum, scripsit), non perimi partem dimidiam
« obligationis : ideoque eum qui quinque solvit, in pendentia ha-*

« bendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque,
« aut Stichum : et, si præstiterit residua quinque, videri eum et in
« priora debita solvisse : si autem Stichum præstitisset, quinque
« eum posse condicere, quasi indebita : sic posterior solutio com-
« probabit, priora quinque utrum debita an indebita solve-
« rentur¹..... »

Si le stipulant meurt en laissant plusieurs héritiers, le promettant ne se libérera qu'en donnant la même chose à tous les héritiers du stipulant; en sens inverse, si le promettant est remplacé par plusieurs héritiers, les héritiers ne se libéreront qu'en payant tous la même chose au stipulant; car la condition de l'obligation ne change pas dans la personne des héritiers. (Paul, l. 2, § 2, et l. 85, § 4, *h. t.*). Les choses se passent, en un mot, comme dans le cas où l'on a stipulé une chose *in genere*.

Il en est de même lorsque l'obligation alternative résulte d'un testament, par exemple, dans le cas où l'on a légué Stichus ou Pamphile.

Si le choix au lieu d'appartenir au promettant, comme cela a lieu en principe, a été expressément réservé au stipulant par le contrat, le payement d'une partie de l'une des choses comprises dans l'alternative éteindra l'obligation pour partie, car désormais le stipulant ne peut demander que la partie restante de la même chose.

Il en était de l'obligation *ex testamento* comme de la stipula-

1. « Si, après que tu as stipulé dix ou Stichus, je paye cinq : on se demande si je puis les répéter comme indus? La décision de cette question dépend de la solution de cette autre question : suis-je libéré pour cinq? car si je suis libéré, il n'y a pas lieu à la *condictio*, si au contraire je ne suis pas libéré, il y a lieu à la *condictio*. On a admis (comme l'a écrit Celsus au livre 6 de ses Digestes, et Marcellus au livre 20 des siens), que l'obligation n'est pas éteinte pour moitié, et que, par conséquent, la question de savoir si celui qui a payé cinq est ou non libéré pour ces cinq, est en suspens; qu'on pourra lui demander les cinq restants ou Stichus; et que, s'il fournit les cinq restants, il doit être considéré comme ayant payé dûment les cinq premiers aussi; que si, au contraire, il fournit Stichus, il peut répéter les cinq précédemment payés, comme indus : c'est ainsi que le payement ultérieur prouvera si les cinq premiers ont été payés dûment ou indûment.... »

tion dans l'ancien droit romain. En effet, le *legatum per damnationem* alternatif, imposant à l'héritier une dette, lui laissait le choix, par application de la règle de droit commun en matière d'obligations. Mais il n'en fut plus de même sous Justinien. Cet Empereur ayant accordé au légataire, quelle que fût la forme du legs, par conséquent même *per damnationem*, à côté de l'action personnelle *ex testamento*, l'action en revendication, le choix appartient désormais au légataire, à moins de disposition contraire du testateur, ou à moins que les choses comprises dans l'alternative ne se trouvassent pas dans l'hérédité ; par conséquent, sauf ces deux cas exceptionnels, le legs alternatif *per damnationem*, était, dans le droit de Justinien, divisible même au point de vue de son exécution naturelle.

En dehors du paiement, l'obligation alternative est tout aussi divisible que l'obligation générique.

Ainsi la *petitio* en est parfaitement divisible entre les héritiers du créancier ou du débiteur. Chacun des héritiers du créancier ne pourra demander qu'une partie de l'une ou de l'autre des choses comprises dans l'alternative ; chacun des héritiers du débiteur ne pourra être actionné que pour une partie de l'une ou de l'autre des choses comprises dans l'alternative (Paul, l. 83, § 4, *h. t.*).

En second lieu, si le créancier fait acceptilation à l'un des héritiers du débiteur, celui-ci est libéré dès à présent, et il ne restera dans l'obligation qu'une partie de l'une ou de l'autre des choses comprises dans l'alternative, qui pourra être payée par l'autre héritier, et dont le paiement entraînera sa libération immédiate (argum. d'anal. tiré de la loi 2, § 3, *h. t.*). — Il en est de même si le créancier fait avec l'un des héritiers un pacte *de non petendo*.

Enfin, dans le droit classique, si le créancier agit contre l'un des héritiers, et que cet héritier soit condamné ou absous par le juge, il ne restera en nature que la part de l'autre héritier *in obligatione*, et cet héritier pourra la payer dans l'une quelconque des choses comprises dans l'alternative, et se libérera immédia-

tement en le faisant. Il en est de même dans le droit de Justinien, dans le cas où l'héritier poursuivi a été absous (arg. d'anal. tiré de la loi 2, § 3, *h. t.*).

Une obligation alternative, indivisible *solutione*, peut-elle résulter de ce que le créancier a payé sans cause deux choses qui n'étaient dues qu'alternativement? Oui, dans l'opinion d'Ulpien. En effet, ce jurisconsulte décide, l. 26, § 13, *in fine, De cond. indeb.*, que, si on a stipulé dix ou Stichus, et que le promettant ait payé à la fois l'un et l'autre objets, la faculté de choisir appartiendra au stipulant, maintenant débiteur en restitution de l'indu; bien que dans le cas où le promettant a payé d'abord une partie de l'un des objets et ensuite l'autre objet entier, par exemple d'abord cinq et ensuite Stichus, il ne permette pas au créancier de rendre Stichus et de demander les cinq restants: « ... Sed et si
« post soluta quinque, et Stichus solvatur, et malim ego habere
« quinque, et Stichum reddere, an sim audiendus quærit Celsus?
« Et putat natam esse quinque conditionem; quamvis utroque
« simul soluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium daretur¹. »
Non, dans l'opinion de Julien et de Papinien. En effet, ces deux jurisconsultes conservaient le choix au débiteur qui avait trop payé, maintenant créancier dans la *condictio indebiti*. C'est à cette dernière opinion que Justinien a donné la préférence (l. 10, C., *De cond. indeb.*, 4, §), et avec raison: le débiteur se trouve avoir payé par erreur les deux choses, croyant les devoir toutes deux, il avait la faculté de payer l'une ou l'autre, il doit pouvoir répéter celle des deux qu'il veut; autrement on lui enlèverait le choix, son erreur le lui ferait perdre; de sorte qu'au lieu de protéger le débiteur contre son erreur, on l'en ferait souffrir.

Le § 4 de la loi 2, *h. t.*, est conçu en ces termes: « Idemque
« est in ipso promissore et fidejussoribus ejus, quod diximus in

1. « ... Mais si, après avoir payé cinq, le promettant paye Stichus, et que je préfère avoir les cinq restants et rendre Stichus, Celsus se demande si je suis fondé dans ma prétention. Et il pense que le droit de répéter les cinq payés en premier lieu est déjà né: bien que si les deux choses, et dix et Stichus, avaient été payés à la fois, on devrait m'accorder la faculté de garder ce que je voudrais des deux. »

« heredibus. — Ce que nous avons dit des héritiers est également vrai du promettant lui-même et de ses fidéjusseurs. » Paul, dans ce texte, a eu, très-probablement, l'intention d'appliquer au promettant et à ses fidéjusseurs ce qu'il venait de décider pour les héritiers dans le passage immédiatement précédent, c'est-à-dire dans le § 3. Il a voulu dire que, de même que l'acceptilation faite à l'un des héritiers tenus d'une dette générique, libérait cet héritier, et ne laissait plus subsister désormais dans l'obligation que la partie de l'autre héritier, de même l'acceptilation faite au promettant lui-même d'une partie de l'obligation libérait le promettant pour cette partie, et ne laissait plus subsister dans l'obligation que la partie restante, qui pouvait désormais être payée dans une chose quelconque du genre promis; et que, de même aussi, l'acceptilation faite à l'un des fidéjusseurs libérait immédiatement ce fidéjusseur, et que l'autre seul était tenu désormais pour la partie qui lui incombait dans le genre promis. Paul a voulu ensuite dire que, de même que, lorsque l'un des héritiers était poursuivi pour une partie de la dette et condamné à une partie de l'estimation d'une chose de qualité moyenne du genre promis, ou bien était absous, la part de son cohéritier restait seule désormais en nature *in obligatione*; de même, lorsque l'un des fidéjusseurs était poursuivi pour une partie de la dette et condamné à une partie de l'estimation, ou bien était absous, la partie de son cofidéjusseur restait seule désormais en nature *in obligatione*, et pouvait être payée dans une chose quelconque du genre promis. En effet, en vertu du rescrit d'Hadrien, qui a accordé aux fidéjusseurs le bénéfice de division, chacun d'eux n'était tenu que d'une partie virile de la dette. Ce fut la loi Furia, rendue probablement l'an de Rome 659, 95 av. J. C., qui commença par décider pour les *sponsores* et les *fidepromissores* que la dette se diviserait *ipso jure* entre eux tous, solvables ou non, pour parties viriles (Gaius, Institutes, C. III, § 121). Le rescrit d'Hadrien, rendu plus de deux siècles après, accorda un bénéfice analogue aux fidéjusseurs : il décida que la dette se diviserait, sur la demande des fidéjusseurs, entre ceux d'entre eux qui seraient sol-

vables au moment de la litiscontestation, par portions viriles (Gaius, Institutes, *cod.*, § 121). Si devant le prêteur la solvabilité des cofidéjusseurs n'était pas contestée, le prêteur ne donnait action au créancier contre le fidéjusseur appelé *in jus* que pour une partie de l'obligation. Si cette solvabilité était contestée, le prêteur lui donnait action pour le tout contre le fidéjusseur appelé *in jus*, seulement; sur la demande de celui-ci, une exception était insérée dans la formule, l'exception *si non et illi solvendo sint* (Paul, l. 28, *De fidejussoribus...*, 46, 1); par cette exception le juge était investi du pouvoir d'examiner si les autres fidéjusseurs étaient ou non solvables; s'il trouvait qu'ils étaient insolubles, il condamnait le fidéjusseur poursuivi au montant intégral de la dette; s'il les reconnaissait, au contraire, solvables, il ne le condamnait qu'à une part virile. — Ainsi, nous croyons que, dans le § 4, Paul a eu l'intention d'appliquer aux fidéjusseurs la décision qu'il venait de donner dans le § 3, touchant l'acceptilation et la poursuite suivie de condamnation ou d'absolution, par rapport aux héritiers tenus d'une obligation d'une chose *in genere*. En effet, Paul parle du promettant en même temps que des fidéjusseurs. Or, il s'était déjà occupé, dans le § 1, du promettant d'une chose *in genere*, relativement au paiement en nature. Il ne pouvait donc s'en occuper, dans le § 4, que relativement à l'acceptilation et à la poursuite suivie de condamnation ou d'absolution. — Quoi qu'il en soit, il est certain que ce que nous avons dit du paiement en nature par rapport aux héritiers tenus de donner une chose *in genere*, doit être appliqué aussi aux fidéjusseurs. Et plus généralement tout ce que nous avons dit relativement aux héritiers, dans n'importe quelle espèce d'obligation, générique, alternative, divisible, indivisible, est vrai aussi pour les fidéjusseurs, et de même pour les *sponsores* et les *fidepromissores*, du temps où ceux-ci étaient en usage.

Quid de la stipulation *operæ*, d'une seule journée de travail?

Nous avons vu que la stipulation *operarum*, ou de plusieurs journées de travail, est parfaitement divisible, et que la division s'en fait *numero*. C'est ce que nous avons vu décidé par Julien,

l. 54, § 1, *h. t.*, et par Ulpien, l. 15, § 1, *De operis libertorum* (38, 1.) Aussi est-il certain qu'il faut corriger la loi 72 princ., *h. t.*, dans laquelle Ulpien, après avoir dit que les stipulations de servitudes sont indivisibles, et qu'il en est de même de certaines stipulations de faire, il cite parmi ces dernières la stipulation de construire une maison, *insulam fabricari*, de creuser un fossé, *fossam fodiri*, de livrer la possession paisible d'un fonds, *fundum tradi*, et enfin la *stipulatio operarum*. Ulpien a certainement voulu parler, dans cette loi, de la *stipulatio operæ*, et par conséquent on doit corriger cette loi en mettant *operam* au lieu de *operas*; autrement Ulpien serait en contradiction avec lui-même, car il décide l. 15, § 1, *De operis libert.*, que la stipulation *operæ* est absolument indivisible.

Nous pensons que, relativement à l'obligation *operæ*, c'est-à-dire d'une seule journée de travail, les jurisconsultes romains n'étaient pas du même avis. Nous croyons que Julien et Pomponius considéraient cette obligation comme divisible *petitione*, et indivisible *solutione tantum*, que dans l'opinion de ces deux jurisconsultes, chacun des créanciers ne pouvait demander qu'une partie d'une journée de travail, mais que, lorsque l'exécution devait avoir lieu, le débiteur ne pouvait se libérer en travaillant une partie d'une journée pour l'un des créanciers, que les créanciers devaient s'entendre à ce que le débiteur travaillât pour eux tous à la fois, pendant une journée entière. En effet, Julien dit dans la loi 54, § 1, *h. t.*: « Quod si unam operam ser-
« vus communis stipulatis fuerit, necesse est utrique domino-
« rum partem operæ tantam, quantam in servo habuerit petere;
« solutio autem ejus obligationis expeditissima est, si æstima-
« tionem operæ malit libertus offerre : aut si consentiant patroni,
« ut his communiter opera edatur. — Que si un esclave commun
a stipulé une seule journée de travail, chacun des propriétaires de cet esclave devra en demander seulement une partie proportionnelle à sa part de propriété; mais l'exécution de cette obligation est très-commode, si l'affranchi préfère offrir l'estimation de la journée; ou bien si les patrons s'entendent à ce qu

l'affranchi fasse pour eux tous la même journée. » De même Pomponius décide, l. 8, princ. *De operis libertorum*, qu'on peut demander une partie d'une journée de travail « peti posse partem operæ... ; » et il décide, au contraire, l. 3, § 1, *cod. tit.*, qu'on ne peut s'acquitter d'une partie d'une journée de travail, en travaillant pendant un certain nombre d'heures de la journée, que l'*opera* doit s'entendre du travail d'une journée entière indivisible, et qu'en conséquence, le débiteur d'une journée qui aurait travaillé jusqu'à midi et se serait retiré, n'aurait aucunement acquitté son obligation, et demeurerait débiteur de la journée : « Nec pars operæ per horas solvi potest : quia id est officii diurni ; itaque nec ei liberto, qui sex horis duntaxat antemeridianis præsto fuisset, liberatio ejus diei contingit. » Mais après qu'il aura acquitté la journée dont il demeure débiteur, il pourra demander le prix de sa demi-journée qu'il ne devait pas¹. Au contraire, Ulpien considérait l'obligation *operæ* comme indivisible tant *petitione* que *solutione*, suivant lui, les créanciers ne pouvaient pas plus demander chacun une partie d'une journée de travail, que le débiteur ne pouvait se libérer envers l'un d'entre eux en travaillant pendant un certain nombre d'heures de la journée : « Neque promitti, neque solvi, neque deberi, neque peti pro parte poterit operæ... — Une journée de travail ne peut être ni promise, ni faite, ni due, ni demandée pour partie..... (Ulpien, l. 15, § 1. *De operis libert.*) » Ulpien assimilait, en effet, l'obligation *operæ* à l'obligation de faire un *opus*, et à celle de constituer une servitude. Cette assimilation résulte de la loi 72 princ., *h. t.*, dans laquelle il faut évidemment, comme nous l'avons dit plus haut, remplacer *operas* par *operam*.

Cette explication, que nous avons émise, pour la première fois, dans notre thèse de licence, p. 53, nous est tout à fait personnelle. L'antinomie, que nous croyons évidente, entre les lois, 54, § 1, *h. t.*, 3, § 1, et 8 princ., D., *De operis libertorum* (38, 1), d'un côté, et les lois, 15, § 1, D., *De operis libertorum*, et 72

1. Voy. Pothier, *Oblig.*, n° 296.

princ., *h. t.*, de l'autre, n'a été aperçue par aucun des interprètes qui ont, à notre connaissance, parlé de l'obligation *operæ*. C'est ainsi que Duaren¹, Cujas², et Scipio Gentilis³, ne font aucune allusion à cette antinomie.

Doneau propose une explication bizarre. Il dit que si le jour où l'*opera* devait être fournie est écoulé, on ne peut plus agir que *ad æstimationem*, et que c'est pour cela que la demande en justice peut avoir lieu pour partie; que c'est à cela que se réfère Julien, l. 54, § 1, *h. t.*; qu'en effet, ce jurisconsulte dit dans cette loi que l'exécution de l'obligation aura lieu moyennant le paiement de l'estimation : *solutio autem ejus obligationis expeditissima est, si æstimationem operæ malit libertus offerre*. En effet, fait observer Doneau, Ulpien décide, dans la loi 72, que, dès que le temps nécessaire pour l'exécution de l'obligation de faire est écoulé, cette obligation se transforme en une dette d'argent, et que, dès lors, on ne peut plus agir que *ad æstimationem*, et par conséquent pour partie, car l'estimation, consistant en une somme d'argent, est parfaitement divisible. Que si, au contraire, on veut demander une *opera* non pas *præterita*, mais *futura*, c'est-à-dire, si le jour où l'*opera* devait être fournie n'est pas encore écoulé, alors chaque créancier devra demander (extrajudiciairement) l'*opera* en entier, et l'exécution volontaire en nature devra avoir lieu pour le tout; que c'est à cela que se réfère Ulpien, l. 13, § 1, *De op. lib.*⁴. L'explication de Doneau repose sur la croyance erronée qu'Ulpien était du même avis que Tuberon relativement à l'obligation de faire, croyance qui l'a conduit à cette théorie des deux phases de l'obligation *faciendi*, pendant la première desquelles cette obligation serait indivisible, pendant la seconde au contraire desquelles elle se transformerait en une dette de somme et serait, par conséquent, divisible. Nous avons déjà réfuté cette

1. *Comment. ad leg. 54, § 1, De verb. oblig.*

2. *Comment. ad leg. 54, in fine, De verb. oblig.*

3. *Op. cit.*, cap. XII, t. I, p. 133.

4. *Comment. ad leg. 72, princ., De verb. oblig.*, n° 13, *in fine*.

théorie d'une manière générale, et il n'est pas difficile de démontrer qu'elle est inexacte par rapport à l'obligation *operæ* elle-même. En effet, il ne nous paraît pas exact de dire que Julien s'est référé, dans la loi 54, § 1, *h. t.*, à la demande de l'*æstimatio*; la preuve, c'est qu'à la fin de la loi, il indique comme un des modes d'exécution, l'*editio* de l'*opera* en nature. Ensuite, jamais le mot *peti* n'a eu le sens de demande extrajudiciaire que lui attribue Doneau dans la loi 15, § 1, *De operis libert.*; il signifie, au contraire, demande en justice, comme dans la loi 54, § 1, *h. t.*, de l'avis même de notre adversaire. Par conséquent, dans l'opinion d'Ulpien, la demande en justice, elle-même, doit avoir lieu pour le tout. L'explication de Doneau est donc complètement inadmissible.

Quant à M. de Savigny, nous ne pouvons pas savoir quelle était son opinion sur l'obligation *operæ*, puisqu'il ne s'en est pas occupé.

DEUXIÈME PARTIE

DES OBLIGATIONS

DIVISIBLES ET INDIVISIBLES

EN DROIT FRANÇAIS

(Code Napoléon, art. 1217-1225.)

Une obligation est *divisible* ou *indivisible* suivant que son objet est ou non susceptible de parties matérielles ou intellectuelles.

Cet objet peut être soit une *chose*, soit un *fait*, soit une *abstention* : il y a des obligations divisibles soit parmi les obligations de *donner* ou de *livrer*, soit parmi celles de *faire*, soit parmi celles de *ne pas faire*; en sens inverse, on peut trouver des obligations indivisibles dans chacune de ces espèces d'obligations.

Une chose peut être susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle. Ainsi un champ peut être, juridiquement parlant, susceptible de parties matérielles : on peut le diviser en plusieurs parties matérielles, en démarquant la limite de chaque partie par un signe indicateur, par exemple, par un fossé. Un cheval, au contraire, n'est pas susceptible, juridiquement parlant, de parties matérielles, puisqu'on ne peut pas le partager ainsi sans le détruire; mais il n'en est pas moins pour cela susceptible de parties intellectuelles : on conçoit, en effet, des parties aliquotes d'un cheval; deux personnes peuvent être copropriétaires d'un

cheval par moitié. Mais alors, comme on le voit, ce n'est plus la chose elle-même, mais le droit qu'on a sur cette chose, qui est susceptible de parties. Il suffit, pour qu'une chose soit divisible, juridiquement parlant, qu'elle soit susceptible de parties intellectuelles; tel est, par exemple, le droit de propriété ou d'usufruit sur une chose. De sorte qu'une chose n'est indivisible que lorsqu'elle n'est susceptible ni de parties matérielles, ni de parties intellectuelles, par exemple, les servitudes prédiales.

Un fait n'est jamais susceptible que de division intellectuelle. Un fait qui peut se décomposer intellectuellement en une série de faits, chacun d'égale importance, est un fait divisible, par exemple, dix journées de travail. Il est indivisible dans le cas contraire, par exemple, le fait d'aller à Rome.

Ce que nous venons de dire du fait, nous devons le répéter de l'abstention. L'abstention d'abattre une rangée d'arbres est une abstention divisible. L'abstention de monter au Capitole est une abstention indivisible.

L'intérêt de savoir si une obligation est divisible ou indivisible ne se présente pas lorsqu'il n'y a qu'un seul débiteur et un seul créancier : en effet, lors même que la dette est divisible, le créancier peut demander la totalité, et le débiteur est obligé de payer la totalité, il ne peut pas forcer le créancier de recevoir le paiement d'une partie.

Ce principe qu'entre un seul créancier et un seul débiteur l'obligation, même divisible, doit être traitée comme indivise, principe que nous croyons vrai en droit romain, mais que nous avons vu cependant contesté par certains interprètes, est reconnu par tout le monde comme certain en droit français, puisqu'il est formellement proclamé par les articles 1220, § 1, et 1244, alinéa 1, du Code Napoléon : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. — Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. »

Pour se libérer, le débiteur doit offrir au créancier la somme

entière, plus les intérêts, plus les frais liquidés et une somme pour les frais non liquidés, sauf à la parfaire (art. 1250, 3°). La bonne foi exige, en effet, que l'obligation soit exécutée dans les termes où elle a été contractée. Or, ce qui est dû, c'est la chose entière. Les paiements partiels causeraient au créancier des frais plus grands que ne le ferait le paiement de toute la somme en une fois. Il placerait plus difficilement ces petites sommes, et quelquefois même il les dépenserait *lautius vivendo*, et il mangerait ainsi son capital.

Par exception, le créancier est obligé de recevoir des paiements partiels :

1° Lorsque telle est la teneur du contrat productif de l'obligation.

2° Lorsque le juge l'a ordonné par son jugement. La loi, dans l'article 1244, confère, en effet, au juge le pouvoir de permettre au débiteur malheureux et de bonne foi de faire des paiements partiels; mais elle lui recommande toutefois d'user de ce pouvoir avec grande réserve. Il y a des auteurs qui prétendent cependant que l'article 1244, deuxième alinéa, n'autorise pas le juge à ordonner le fractionnement du paiement; qu'il lui permet seulement d'accorder un délai pour le paiement unique de toute la somme due¹. Mais la vérité de notre opinion est démontrée et par le texte de la loi, et par ses travaux préparatoires. Voici d'abord le texte de la loi : « Les juges peuvent *néanmoins*, en considération de la position du débiteur, et, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des *délais* modérés pour le paiement, et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. » Le mot *néanmoins* indique que le second alinéa fait exception au premier. Or, le premier alinéa décide que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir des paiements partiels. Le mot *délais* au pluriel indique en outre que le jugement fixera plusieurs *délais* pour le *payement* (au singulier). C'est par un seul et même jugement que

1. M. Duranton, XII, 88.

le juge accordera ces délais multipliés, c'est-à-dire autorisera le débiteur à opérer le paiement de la somme due en plusieurs fois à des époques différentes. En effet, le Code de procédure, article 122, défend au juge, qui n'a pas accordé de délai dans le jugement qui statue sur la contestation, d'en accorder par un jugement postérieur; il lui défend donc implicitement de revenir sur sa décision pour accorder un nouveau délai quand, par un premier jugement, il en a déjà accordé un. Par conséquent, on ne peut pas dire que l'article 1244, deuxième alinéa, signifie tout simplement que le juge pourra accorder au débiteur un premier délai, à l'échéance duquel il devra payer la somme entière; puis, s'il reconnaît que le débiteur n'a pas pu raisonnablement payer dans le premier délai, lui en accorder un second, par un second jugement, mais en l'obligeant toujours au paiement intégral; qu'en un mot, on peut faire attendre un créancier pendant plusieurs délais, mais qu'en dernier lieu il recevra en une seule fois le montant intégral de sa créance. Enfin la discussion du Conseil d'État vient encore corroborer notre opinion. Le Consul Cambacérès, ayant demandé si l'article 1244 autorisait le juge à prononcer la division du paiement, même lorsqu'il y aurait une stipulation contraire, Bigot-Préameneu répondit qu'il n'a pas été dans l'intention de la section de donner à la disposition l'étendue dont a parlé le Consul. Ce qui laisse bien entendre qu'à défaut de stipulation contraire le juge pourrait prononcer la division du paiement. M. Treilhard, exposant à la fin du procès-verbal l'esprit de l'article, dit « qu'on a supposé un débiteur qui, prouvant qu'il est solvable, demande un court délai pour une partie du paiement. Dans ce cas, d'après l'article, le juge le condamne pour la totalité, mais il gradue les termes du paiement. » (Fenet, t. XIII, p. 77.) L'article fut adopté sans aucune observation nouvelle. Il a donc été adopté avec le sens que lui a donné M. Treilhard; d'après lequel le juge peut graduer les termes du paiement¹. — Bien plus, nous

1. Sic : Marcadé sur l'art. 1244; Aubry et Rau, 3^e édit., t. III, § 319, note 7; M. Duverger à son cours; M. Vernet à sa conférence.

croions que, même dans le cas où une clause expresse du contrat exclurait toute possibilité de paiement partiel, le juge pourra néanmoins, par humanité et équité, autoriser le débiteur à faire des paiements partiels. En effet, à chaque instant, au Corps législatif, on a dit que le troisième alinéa de l'article 1244 était un *principe d'humanité*. Cette disposition est donc d'ordre public. Par conséquent aucune clause contraire ne pourrait y déroger, d'autant plus qu'elle deviendrait de style et rendrait inapplicable le deuxième alinéa de l'article 1244. Quant à la réponse de Bigot-Prémeneu, d'après laquelle la section n'aurait pas entendu permettre au juge d'autoriser la division du paiement, même lorsqu'il y aurait stipulation contraire, ce n'est là qu'une observation faite au Conseil d'État, quand la loi n'était pas encore faite; elle n'a pas été reproduite au Corps législatif, qui imprimait à la loi son dernier sens; elle ne saurait donc détruire la généralité des termes de l'article ¹.

3° La compensation opère nécessairement un paiement partiel, *invito creditore*; le créancier de la somme la plus forte est, en effet, obligé de compenser la somme qui lui est due avec la somme moindre qu'il doit de son côté à son débiteur jusqu'à concurrence de cette dernière; par conséquent il est bien forcé de recevoir indirectement un paiement partiel de la somme qui lui est due (Pothier, *Obligations*, n° 538; Code Napoléon, art. 1255).

Que décider lorsque le débiteur conteste le *quantum* de la somme exigée par le créancier? Faut-il dire, comme en droit romain, que le débiteur est autorisé à offrir ce qu'il reconnaît devoir, sauf à plaider pour le surplus? Oui; l'art. 1244, 1^{er} alinéa, n'a rien à faire ici; cet article ne s'applique qu'au cas où le débiteur, reconnaissant devoir tout ce que demande le créancier, n'en offre cependant qu'une partie. Nous pouvons invoquer en faveur de notre opinion l'assentiment de Pothier (*Obligat.*, n° 537), et les expressions contenues dans l'article 1258, 3° du

1. Sic, Marcadé sur l'art. 1244; M. Duverger à son cours; M. Vernet à sa conférence.

Code Napoléon. Cet article oblige le débiteur qui veut faire des offres valables à offrir *la totalité de la somme EXIGIBLE.... les frais LIQUIDÉS....* Or une somme n'est pas encore exigible pour la partie qui en est contestée, et les frais n'en sont pas liquidés.

Par application de l'article 1244, 1^{er} alinéa, l'article 2023 décide que, dans le cas où plusieurs cautions ont garanti pour le tout la même dette, l'une quelconque d'entre elles ne peut pas forcer le créancier de recevoir le paiement pour partie. Elle ne peut pas invoquer le bénéfice de division, qui n'a lieu que lorsque le créancier poursuit. Elle ne peut pas sommer le créancier de recevoir sa part ou de la décharger, en alléguant que le débiteur principal et ses cofidéjusseurs dissipent leurs biens, et qu'elle ne doit pas souffrir de la négligence du créancier à les poursuivre. Le créancier lui répondrait que c'est le débiteur seul qui est tenu de la décharger, et que, d'ailleurs, elle n'a qu'à payer immédiatement toute la dette et à se faire subroger contre le débiteur et ses cofidéjusseurs, après quoi elle se trouverait encore en temps opportun pour recourir contre eux. (Pothier, *Oblig.*, n° 535.)

Que si les cautions n'ont garanti la dette chacune que pour une partie, alors, quoique le débiteur ne puisse se libérer qu'en offrant le tout, chaque caution se libérera en offrant la part pour laquelle elle a garanti. C'est ce que décidait Pothier, même n° 535. L'opinion de Dumoulin (*Op. cit.*, n° 57), qui pense que les cautions doivent se réunir pour offrir ensemble le tout en une fois, est exagérée; elle oblige la caution à offrir plus qu'elle ne doit; car si la caution ne réussissait pas à s'entendre avec ses cofidéjusseurs à l'effet d'offrir le tout en une fois, forcée lui serait, suivant Dumoulin, d'offrir à elle seule le tout pour se libérer. Mais quant au débiteur, nous pensons, avec Dumoulin (*ibid.*, n° 50), qu'il ne peut jamais se libérer qu'en offrant le tout. Il doit le tout, il ne peut offrir que le tout. Chacun est tenu d'offrir ce qu'il doit, ni plus ni moins : la caution qui n'a garanti que pour partie ne doit que cette partie, elle ne peut être tenue d'offrir que sa part; le débiteur doit le tout, il ne peut offrir que le tout. Il ne pourrait pas même offrir valablement

une partie au nom d'une de ses cautions; il ne doit pas dépendre de lui, dit avec raison M. Bugnet, en reprenant sur ce point Pothier, de payer en une qualité qui peut, jusqu'à un certain point, préjudicier au créancier ¹.

De ce que, lorsqu'il n'y a qu'un seul créancier et un seul débiteur, le débiteur ne peut se libérer qu'en offrant le tout, il résulte que, quand même par la suite le créancier laisserait plusieurs héritiers, cas auquel la créance se fractionnerait et permettrait au débiteur d'offrir à chaque héritier sa part, si ensuite les diverses fractions de la créance se réunissent sur la même tête, le débiteur ne pourra offrir au nouveau créancier unique que le montant intégral : unique à l'origine, la créance n'a pas pu perdre pour toujours son caractère à cause de la circonstance passagère qu'elle a pu être acquittée divisément par suite de la mort du créancier laissant plusieurs héritiers; aussi son caractère originaire reparaît-il avec tous ses effets dès que la circonstance passagère de la séparation entre plusieurs héritiers a disparu par la réunion, sur la tête d'une seule personne, des droits de tous. C'est ce que décidaient Dumoulin ² et Pothier ³. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la confusion des patrimoines des divers héritiers soit complète. Si, au contraire, celui qui est appelé à succéder aux divers héritiers accepte la succession de l'un purement, et celle de l'autre sous bénéfice d'inventaire, les patrimoines subsisteront séparés, représentant leurs anciens propriétaires; il en sera dès lors de même des diverses fractions de la créance faisant partie de ces patrimoines; par conséquent le débiteur pourra très-bien acquitter ces fractions séparément.

Au contraire, s'il y a eu à l'origine plusieurs créances, quand même par la suite elles se seraient réunies sur la même tête, le caractère originaire de la division ne pourrait plus s'effacer dans la suite par cette réunion accidentelle, et par conséquent le débi-

1. M. Bugnet sur Pothier, n° 535 *in fine*, note 2; M. Vernet à sa conférence.

2. *Op. cit.*, P. II, n°s 20 et 21.

3. *Oblig.*, n° 318.

teur pourrait offrir au créancier actuellement mais accidentellement unique le montant de chaque créance séparément¹.

La question de savoir si une obligation est divisible ou indivisible n'a d'intérêt que lorsqu'il existe dès le principe plusieurs créanciers ou débiteurs conjoints, ou lorsque le créancier ou le débiteur, unique dans l'origine, se trouve, avant l'extinction de l'obligation, remplacé par plusieurs héritiers. En effet, alors, si l'obligation est divisible, chaque créancier (originaire ou héritier) ne peut demander que sa part de la créance, chaque débiteur n'est tenu que de sa part de la dette (art. 1220, 2^e phrase)²; au contraire, si l'obligation est indivisible, chaque créancier peut demander l'exécution intégrale de l'obligation (art. 1224, 1^{er} alinéa), chaque débiteur est tenu d'accomplir intégralement l'obligation (art. 1222 et 1223).

Le Code reconnaît trois espèces d'obligations indivisibles :

1^o Les obligations indivisibles à raison de la nature de leurs objets; c'est la nature même de l'objet qui ne permet pas qu'il soit divisé ni matériellement, ni intellectuellement, et qui rend par conséquent l'obligation qui le contient indivisible. Nous les appellerons à raison de cela, *obligations indivisibles natura*. Pothier et Dumoulin les appelaient aussi quelquefois ainsi; mais le plus souvent Pothier les appelait *obligations absolument indivisibles*³, et Dumoulin, *obligations indivisibles contractu*⁴. Ces dernières dénominations ne caractérisent pas bien cette espèce d'obligations

1. Dumoulin, *Op. cit.*, P. I, n^o 29; Pothier, *Oblig.*, n^o 320; Marcadé sur l'art. 1220.

2. Le principe de la division des créances et des dettes avait passé du droit romain dans l'ancien droit français comme règle générale. Il fut appliqué tant dans les pays de droit écrit que dans ceux de droit coutumier. Une seule coutume, celle d'Amiens (art. 91 et 159), établissait expressément la solidarité entre les héritiers. Au témoignage de Toullier (t. III de l'édition Duvergier, p. 471, note 1), la solidarité des héritiers était admise aussi en Bretagne, quoique le texte de la Coutume fût muet sur ce point. De l'ancien droit, le principe de la division des créances et des dettes a passé dans le Code Napoléon.

3. *Oblig.*, n^o 291.

4. *Op. cit.*, P. III, n^o 57 et suiv.

indivisibles ; la dénomination de Dumoulin est, en outre, inexacte, puisque ce n'est pas le contrat, la convention qui rend ici l'obligation indivisible, mais bien la nature de son objet. Aussi nous préférons la dénomination d'obligations indivisibles *natura* ; elle est exacte et caractéristique.

Le Code s'occupe de cette espèce d'indivisibilité dans l'art. 1217.

Cet article est ainsi conçu : « L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet une chose qui, *dans sa livraison*, ou un fait qui, *dans l'exécution*, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. » Cette rédaction est vicieuse en ce qu'elle fait porter l'indivisibilité sur l'exécution et non sur la chose elle-même, en ce qu'elle conduit ainsi à confondre l'indivisibilité *natura* avec l'indivisibilité *solutione*. Aussi, pour rendre cette disposition exacte, il faut tout simplement supprimer les mots, *qui dans sa livraison*, et les mots, *qui dans son exécution*, et mettre à leur place les mots, *qui de sa nature* ; et dire par conséquent : L'obligation est divisible et indivisible selon qu'elle a pour objet une chose ou un fait qui de sa nature est ou non susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. Dans tous les cas, il résulte de cet article qu'il y a dans l'idée du législateur des obligations divisibles ou indivisibles, soit parmi les obligations de donner, soit parmi les obligations de faire. M. Molitor ¹ soutient cependant que les obligations de faire sont toutes indivisibles. C'est évidemment une erreur. L'article 1217 prouve que le législateur français a pensé qu'il y a des obligations divisibles, même parmi les obligations de faire. Une autre preuve que les rédacteurs du Code ont eu cette pensée, résulte de l'article 1231. D'après cet article, le juge peut modifier la peine lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. Cet article est conçu d'une manière générale et s'applique par conséquent aux obligations de faire comme à celles de donner. Cet article suppose donc qu'une obligation ayant pour objet un fait, peut être exécutée pour partie, et décide qu'alors le juge ne pro-

1. *Op. cit.*, t. I, nos 262 et 263.

noncera qu'une partie de la peine. Or, pour que le juge ne prononce qu'une partie de la peine, il faut qu'il reconnaisse que l'inexécution du fait a pu avoir lieu pour partie et causer seulement un préjudice partiel. Cet article reconnaît donc qu'il peut y avoir des obligations de faire susceptibles d'être exécutées pour partie, par conséquent divisibles. Et, en effet, il y a des obligations de faire qui sont, de leur nature, divisibles. Telle est, par exemple, l'obligation d'engranger votre récolte de cette année : le débiteur ayant engrangé une moitié de votre récolte, a évidemment accompli son obligation pour moitié. Il y a, en sens contraire, des obligations de faire indivisibles. Les exemples ici sont assez fréquents. Telle est l'obligation d'aller à Lyon pour vous y représenter dans un partage : quand on aurait été jusqu'à moitié chemin, on n'aurait pas accompli une moitié de l'obligation, c'est comme si on n'avait rien fait ; le créancier n'éprouve pas moins le préjudice entier, que vous soyez allé jusqu'à moitié chemin, ou que vous n'ayez pas bougé du tout de chez vous. Il y a des obligations divisibles aussi parmi les obligations de ne pas faire. Pothier (*Oblig.*, n° 289, *in fine*) cite l'obligation de ne point inquiéter le possesseur d'un héritage à qui vous devez garantir. « C'est, dit-il, une obligation *in non faciendo* qui est divisible, car on peut y satisfaire pour partie. Je puis y contrevenir pour partie en revendiquant une partie seulement de cet héritage, et y satisfaire pour partie, en m'abstenant de revendiquer l'autre partie. » L'exemple de Pothier est mal choisi. L'obligation de ne pas inquiéter le propriétaire d'un héritage est indivisible. En effet, en revendiquant une partie, en évincant le propriétaire de cet héritage pour partie, je le trouble ; l'obligation est donc encourue pour le tout ; il n'y a pas de milieu entre troubler et ne pas troubler ; on trouble ou on ne trouble pas. Mais on peut citer, comme exemple d'obligation *in non faciendo* divisible, celle de ne pas défricher cinquante hectares de terrain afin que vous puissiez y chasser. Cette obligation est divisible. Il y a en effet une grande différence, comme le fait remarquer avec raison M. Marcadé, sur l'article 1218, t. IV de la cinquième édition, n° 635 *bis*,

entre ne pas défricher vos cinquante hectares de terrain et ne défricher rien de ces cinquante hectares. Le défrichement partiel ne fera nullement disparaître votre droit de chasse, mais l'amoin-drira seulement, le restreindra à une plus petite étendue de terrain. M. Molitor est donc dans l'erreur quand il soutient que le « promettant aurait enfreint l'obligation en défrichant, ne fût-ce qu'une faible partie, serait censé ne l'avoir pas exécuté du tout » ; et M. Marcadé a par conséquent raison de le reprendre sur ce point. Parmi les obligations de donner, on peut citer, comme exemple d'obligation indivisible *natura*, celle de constituer une servitude. Toutes les servitudes sont, en effet, indivisibles, tant celles dont l'utilité se divise que celles dont l'utilité n'est pas susceptible de parties. Elles sont indivisibles en ce sens qu'elles grèvent chacune des molécules du fonds servant, et sont un avantage pour chacune des molécules du fonds dominant. C'est à ce point de vue que les ont considérées les rédacteurs du Code Napoléon (art. 686 et arg. des art. 709 et 710), absolument comme le droit romain. Dumoulin et Pothier (*Oblig.*, n° 291). Ils les ont donc regardées comme indivisibles.

2° Les obligations indivisibles, à raison non plus de la nature de leurs objets, mais bien à raison du rapport sous lequel les parties ont envisagé ces objets en contractant, *ut debita est res*, comme le dit Dumoulin (*Op. cit.*, P. II, n° 223), non pas à raison de la *nature physique*, mais à raison de la *nature conventionnelle* de leurs objets, s'il nous est permis de nous exprimer de la sorte. Ce sont, en d'autres termes, les obligations ayant pour objets des choses ou des faits qui sont parfaitement divisibles de leur nature, mais que les parties ont considérés sous un rapport d'où leur indivisibilité peut naître, en excluant tous ceux desquels leur divisibilité viendrait à résulter. Ce sont les obligations que Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n° 76) et Pothier (*Oblig.*, n° 292) appelaient *individuae obligatione*, ce qui est un pléonasme et ne signifie rien ; aussi nous les appellerons *indivisibles contractu*. Le Code s'en occupe dans l'article 1218, ainsi conçu : « L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet

soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'*exécution partielle*. » Cet article contient : 1° une faute de français ; il devrait dire : *le rapport sous lequel IL est considéré dans l'obligation ne LE rend pas...*, car quand un pronom se rapporte d'une manière alternative à un substantif féminin et à un substantif masculin, il prend le genre de ce dernier ; 2° une inexactitude analogue à celle de l'article 1217, en ce qu'il dit : *susceptible d'exécution partielle*, au lieu de dire : *susceptible de parties*. On peut citer, parmi les obligations de faire, de nombreux exemples d'obligations indivisibles *contractu* ; on peut citer comme telles toutes celles ayant pour objet la confection d'un ouvrage consommé, qui n'a une utilité et un nom particulier que lorsqu'il est achevé, par exemple, l'obligation de construire une maison : la construction d'une maison se compose d'une série de *travaux* successifs, c'est donc un fait de sa nature divisible ; mais les parties n'ont pas pris en considération ces travaux successifs, mais bien le résultat définitif de ces travaux, la maison construite. Parmi les obligations de donner, on peut citer, avec Dumoulin et Pothier, l'obligation de donner une chose *ad certam finem*, spécialement prévue dans le contrat, par exemple, un terrain destiné à la construction d'une usine qui exige toute l'étendue de ce terrain. Le terrain est une chose parfaitement divisible de sa nature, mais il est indivisible au point de vue de la construction de l'usine ; il en manquerait un demi-mètre que l'usine ne pourrait pas être construite, que la *certa finis* serait manquée. Lorsqu'une partie du terrain livré par le débiteur sera évincée, l'ex-créancier pourra demander, soit une indemnité pour la part dont il est évincé, soit faire résilier la vente ; car on peut dire qu'il n'aurait pas acheté le terrain sans la partie dont il est évincé (art. 1636). S'il demande une indemnité, cette indemnité se calculera, non pas sur le prix de la vente, mais sur la valeur du terrain au moment de l'éviction (art. 1637).

La distinction entre les obligations indivisibles *natura* et les obligations indivisibles *contractu*, n'a aucune importance pratique : les effets en sont absolument identiques ; les unes comme

les autres sont indivisibles, et entre les créanciers et entre les débiteurs. Dumoulin ¹ n'a imaginé cette distinction que pour concilier la loi 3, § 3, D., *Commodati* avec la loi 72 princ., *De Verb. oblig.*, déjà conciliées, par les commentateurs, de dix-sept manières différentes. Dans la première de ces lois, il est dit que l'héritier pour partie du commodataire sera poursuivi et condamné pour une partie; dans la seconde, que l'obligation *fundum tradi* est indivisible tout à fait comme l'obligation d'une servitude. Dumoulin, ignorant que, du temps d'Ulprien, auteur de la loi 3, § 3 *Commodati*, la condamnation avait lieu à l'estimation, et que cette loi, par conséquent, voulait tout simplement dire que l'héritier pour partie devait être actionné dans cette mesure, et condamné à une partie de l'estimation, a cru que la condamnation avait lieu à la restitution en nature; que cette loi décidait que l'héritier pour partie était condamné à restituer une partie de la chose prêtée; que, par conséquent, l'obligation *rem restitui* était divisible, même *solutione*. Voyant, d'un autre côté, le même Ulprien décidant, l. 72, princ., *De Verb. oblig.*, que l'obligation *fundum tradi* est indivisible, il a cru qu'Ulprien voulait parler, dans cette loi, de l'obligation de livrer un fonds de terre, *ad certam finem*, et que c'est pour cela que l'obligation *fundum tradi* était traitée comme indivisible dans cette loi, tandis que, dans la loi 3, § 3, *Commodati*, il parlait de l'obligation de livrer une chose, un fonds de terre sans aucune destination. Alors il décida que l'obligation de livrer un fonds de terre est divisible en général, qu'elle n'est indivisible que lorsque le fonds de terre est destiné *ad certam finem*. Évidemment c'est là une conciliation chimérique. Nous avons démontré, dans la partie romaine, que l'obligation de livrer la simple possession était divisible au point de vue de la demande, de la poursuite en justice, et de la condamnation à l'estimation, et que c'est là tout ce que disait Ulprien, l. 3, § 3, *Commodati*; qu'elle était, au contraire, indivisible au point de vue de la restitution elle-même, c'est-à-dire au point de vue

¹ 1, *Op. cit.*; P. II, n° 278 et suiv.

de l'exécution en nature, qui ne pouvait avoir lieu que pour le tout, comme le disait Marcellus, l. 22 *Depositum* : *nisi pro solido res non potest restitui*; que l'obligation de livrer, non pas la simple possession, mais la possession paisible, d'un fonds de terre par exemple, c'est-à-dire de livrer la possession de ce fonds et de garantir la tranquillité de cette possession, l'absence de toute espèce de trouble, était indivisible, et au point de vue de la poursuite, et au point de vue de l'exécution naturelle, de la *restitutio* ou de la *defensio*, et au point de vue de la condamnation à l'estimation, et que c'était là le sens qu'Ulpien attachait à l'obligation *fundum tradi* dans la loi 72, princ., *De verb. oblig.*

3° Le Code reconnaît enfin une troisième espèce d'obligations indivisibles. Ce sont celles qui ont pour objet des choses ou des faits susceptibles de parties d'après leur nature physique et d'après leur nature conventionnelle, mais qui ne peuvent être payées ou exécutés par parties. Ce sont celles que Dumoulin¹ et Pothier² appelaient indivisibles *solutione*, ou bien dans lesquelles ils disaient, d'une manière encore plus exacte, qu'il y avait *incongruitas solutionis*, impossibilité de paiement partiel. Cette troisième espèce d'indivisibilité se distingue des deux autres, comme le fait très-bien remarquer M. Bugnet, sur le n° 294 des *Obligations* de Pothier, en ce qu'elle n'affecte pas principalement l'obligation, mais le mode d'exécution; et en ce qu'elle n'empêche pas la division de la créance entre les héritiers du créancier. Le Code n'indique pas formellement cette troisième espèce d'obligations indivisibles. Il en traite dans le paragraphe relatif aux effets des obligations divisibles; à l'article 1221, dans lequel il donne cinq cas d'obligations indivisibles *solutione*, dont trois seulement sont vrais; il présente ces cas comme des exceptions à la règle que dans les dettes divisibles chaque débiteur ne doit que sa part de la dette (art. 1220, deuxième phrase). C'est dans ce paragraphe, dont nous faisons une section, que nous parlerons de ces obligations indivisibles *solutione*, dont les effets sont

1. *Op. cit.*, P. II, nos 241 et 243.

2. *Oblig.*, nos 294 et 311.

différents de ceux des obligations indivisibles *natura* ou *contractu*.

Occupons-nous d'abord des effets de ces dernières, c'est-à-dire des effets des vraies obligations indivisibles.

SECTION I

Des effets des obligations indivisibles.

Chaque créancier d'une dette indivisible peut demander au débiteur l'accomplissement intégral de l'obligation (art. 1224, 1^{er} alinéa).

Chaque débiteur peut être poursuivi pour l'accomplissement intégral de l'obligation (art. 1222 et 1223).

La dation en paiement qu'accepterait l'un des créanciers ne nuit pas aux autres; il en est de même de la remise que ferait l'un des créanciers au débiteur. Et en effet, les créanciers d'une obligation indivisible doivent *totum*, mais non *totaliter*; ils sont complètement étrangers l'un à l'autre; ils ne sont nullement mandataires l'un de l'autre. En droit romain, on décidait même que cette remise était absolument inefficace; que, s'appliquant à une obligation indivisible qui ne peut être éteinte pour partie, elle devait rester dépourvue de tout effet (l. 13, § 1, D., *De acceptil.*). Les rédacteurs du Code, suivant sur ce point Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n° 189) et Pothier (*Oblig.*, n° 327), tout en respectant le principe que l'un des créanciers d'une obligation indivisible ne doit pas pouvoir disposer du droit de ses consorts, et que l'acceptilation faite par l'un d'entre eux ne doit atteindre en aucune façon l'obligation elle-même, dont on pourra toujours demander l'entière exécution, ont voulu cependant attacher un certain effet à la volonté du créancier qui s'est dessaisi de son droit. Ils ont décidé dans l'article 1224, 2^e alinéa, que, « si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou reçu le

payement. » C'est-à-dire que le juge estimera en quoi cette remise ou cette dation en payement profite aux autres créanciers, et n'admettra ceux-ci à demander la chose ou le fait indivisible qu'à la condition de rendre au débiteur ce dont ils ont profité à ses dépens. Supposez, par exemple, que trois individus soient convenus avec un entrepreneur que celui-ci leur construira une maison; et que l'un d'entre eux fasse remise au débiteur, ou bien reçoive 1,000 francs pour sa part de créance : le juge estimera combien vaut la construction de cette maison, et en supposant qu'il l'estime 6,000 francs, il n'admettra les deux autres créanciers à demander à l'entrepreneur de construire la maison en entier qu'à la condition de payer 2,000 francs au débiteur, dont ils s'enrichiraient autrement à ses dépens. Nous pensons même que les créanciers pourraient se dispenser de payer au débiteur cette somme, en lui offrant de l'associer au bénéfice de la créance, en lui disant : Construisez la maison, et vous en serez copropriétaire pour un tiers; vous prendrez ainsi exactement la place du créancier qui vous a fait remise ou qui a reçu 1,000 francs en payement. En effet, autrement les créanciers poursuivants seraient obligés de faire des déboursés souvent onéreux, et il suffirait à un créancier de faire remise de sa portion à prix d'argent, pour contraindre indirectement ses cocréanciers à lui acheter cette part de créance.

Il faut, d'ailleurs, observer que les cocréanciers ne seront obligés de payer une indemnité au débiteur à qui l'un des créanciers a fait remise, que si, par suite de cette remise, ils se sont enrichis à ses dépens. Or, cet enrichissement n'a pas toujours lieu.

Supposons, en effet, que trois personnes aient stipulé de Paul le droit personnel de passer sur son fonds pendant toute sa vie. L'un des créanciers fait remise à Paul gratuitement ou à prix d'argent. Les deux autres créanciers ne seront tenus à aucune indemnité, car ils ne s'enrichissent pas par suite de cette remise; il leur importe peu, en effet, qu'ils soient deux au lieu de trois à passer sur le fonds de Paul.

Il en serait autrement si ce droit personnel avait été stipulé par

les trois individus dans le but de le vendre, d'en faire trafic. En effet, en pareil cas, par la remise de l'un d'entre eux, les deux autres seront désormais deux à partager le prix de la vente qu'ils se destinent à faire. Ainsi, supposons que la valeur vénale de ce droit personnel de passer soit de 1,200 francs ; par la remise faite par l'un d'entre eux, les deux autres bénéficient de 400 francs ; par conséquent, ils devront offrir au débiteur commun 400 francs, ou lui proposer de l'associer au bénéfice de la créance.

Que décider de la remise ou de la dation en paiement faite par l'un des débiteurs d'une obligation indivisible ? Le Code est muet sur ce point. Mais nous pensons qu'il faut appliquer par analogie l'article 1224, 2^e alinéa, et décider que les autres débiteurs ne pourront être poursuivis *in solidum*, par le créancier commun, qu'à la condition que celui-ci les indemnise de la perte que cette remise leur cause, c'est-à-dire leur paye la somme que leur codébiteur aurait fournie comme valeur de part contributoire dans l'exécution de l'obligation. Il est vrai que ces débiteurs exciperont ainsi du droit d'un tiers ; mais autrement, la remise resterait sans effet pour celui qui l'a obtenue, puisque ses codébiteurs recourraient contre lui. Cette conséquence est repoussée par l'article 1224, 2^e alinéa, pour le cas où c'est un des créanciers qui fait la remise, et on doit aussi la repousser, pour des motifs analogues, dans l'hypothèse qui nous occupe. D'ailleurs, le débiteur poursuivi n'a qu'à mettre en cause le codébiteur qui a obtenu la remise, ce qu'il peut faire en vertu de l'article 1225, et alors celui-ci en excipera lui-même.

La prescription interrompue par l'un des créanciers au moyen de la demande en justice qu'il a formée contre le débiteur commun, ou bien par le commandement qu'il lui a fait, ou la saisie qu'il lui a signifiée, ou bien enfin par la reconnaissance que le débiteur lui a faite de la dette, est interrompue par là même à l'égard de tous. On doit, en effet, étendre à toute obligation indivisible ce que l'article 709 établit pour les servitudes.

En sens inverse, l'interruption de prescription opérée contre l'un des débiteurs d'une obligation indivisible, conserve intégra-

lement le droit du créancier contre tous (Pothier, *Oblig.*, n° 697; C. N., article 2249, 2° alinéa).

Les rédacteurs du Code eussent peut-être mieux fait d'adopter, relativement à l'interruption de la prescription, la même théorie que relativement à la remise. En effet, les créanciers et les débiteurs d'une dette indivisible sont étrangers l'un à l'autre. On aurait pu très-bien considérer les créanciers qui n'interrompent pas la prescription comme faisant remise tacite de leurs parts de créance au débiteur commun, et de même les débiteurs contre lesquels le créancier commun n'interrompt pas la prescription comme recevant remise tacite pour leurs parts de la dette. On aurait, par conséquent, décidé que le créancier qui a interrompu la prescription pourrait seul poursuivre encore le débiteur, qu'il pourrait lui demander le tout, mais en offrant de l'indemniser de tout ce dont il s'enrichit à ses dépens par suite de ce que les parts des autres ont été éteintes par la prescription: qu'en sens inverse, le créancier commun ne pourrait plus agir désormais que contre le débiteur contre lequel il a interrompu la prescription; qu'il pourrait, il est vrai, lui demander encore le tout, mais seulement à la condition d'offrir de l'indemniser de tout ce qu'il aurait pu se faire rendre par les autres, et dont ceux-ci ont été libérés par la prescription.

La prescription, suspendue en faveur de l'un des créanciers, est suspendue par là même en faveur des autres aussi. On doit étendre à toute obligation indivisible ce que l'art. 710 décide pour le cas de servitudes. Les rédacteurs du Code auraient peut-être mieux fait de restreindre l'effet de la suspension à celui qui mérite personnellement cette faveur de la part de la loi, et de considérer les autres créanciers comme ayant fait remise de la créance, parce qu'ils n'ont pas interrompu la prescription qui n'était pas suspendue en leur faveur.

Comment réduire le legs indivisible qui dépasse la quotité disponible? Ainsi, supposez un testateur qui laisse pour toute fortune un fonds de terre valant 6,000 fr., qui a légué à Paul une servitude de passage sur ce fonds, et qui laisse pour héritiers trois en-

fants. Supposez que cette servitude, qui se trouve établie par l'effet même du testament (arg. de l'art. 1138), déprécie le fonds de 2,000 fr., et qu'elle augmente le fonds du légataire d'autant. La quotité disponible dans l'espèce est du quart, donc le legs dépasse de 500 fr. cette quotité disponible. Comment va-t-il être exécuté, comment s'opérera la réduction ? Si, au lieu d'un legs d'une servitude, nous supposons un legs divisible, par exemple un legs d'usufruit, et que cet usufruit vaille 2,000 fr., c'est-à-dire qu'il dépasse de 500 fr. la quotité disponible, les héritiers réduiraient ce legs d'usufruit en nature; ils diraient au légataire : puisque l'usufruit de tout le fonds vaut 2,000 fr., et que vous n'avez droit qu'à un usufruit de 1,500 fr., vous n'aurez que l'usufruit des trois quarts indivis du fonds, chaque année vous prendrez les trois quarts des fruits, et le quart restant, nous le garderons, nous, héritiers. Mais la servitude est indivisible, elle ne saurait être exercée sur les trois quarts indivis du fonds, il faut qu'elle soit exercée pour le tout ou pas du tout. En conséquence, le légataire pourra demander à chaque héritier la servitude entière, chacun des héritiers devra laisser le légataire exercer cette servitude en entier, et on procédera à la réduction du legs par équivalent, c'est-à-dire que le légataire, qui prétendra exercer la servitude, devra offrir le quart de la valeur de cette servitude, ou 500 fr., moyennant quoi il pourra exercer la servitude en entier, à moins qu'il ne préfère accepter 1,500 fr., c'est-à-dire les trois quarts de la valeur de la servitude, montant de la quotité disponible. Nous pensons, en d'autres termes, qu'il faut appliquer purement et simplement la loi 80 § 1, *Ad legem Falcidiam* (35,2), dans laquelle Gaius donne précisément ce moyen pour appliquer dans l'espèce la rétention de la quarte Falcidie : «... Hæc itaque legata quæ dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi succurri, ut æstimatione facta legati, denunciât legatario, ut partem æstimationis inferat : si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali. » Mais les héritiers pourraient-ils contraindre le légataire d'accepter les 1,500 fr. ? Non. Il résulte, en effet, de cette loi que tout ce que les héritiers ont le droit de faire,

c'est de signifier au légataire de payer l'excédant de la valeur du legs sur la quotité disponible. Et en effet, les héritiers sont débiteurs de la servitude et non d'une somme d'argent. Aussi, par la même raison, les héritiers ne pourraient être contraints par le légataire de lui payer les trois quarts de la valeur du legs : la dation en paiement ne peut s'opérer que du consentement des deux parties. — Il en sera de même si, au lieu de supposer le legs d'une servitude, nous supposons que le testateur a chargé ses trois héritiers de bâtir une maison pour Paul. Paul pourra demander à chacun des trois héritiers l'entière construction de la maison, mais l'héritier poursuivi pourra lui demander l'excédant du coût de la construction de la maison sur la quotité disponible, que nous supposons également de 500 fr. Mais le légataire ne pourrait-il pas offrir à l'héritier le tiers de cette somme, ne pourrait-il lui dire : les 500 francs sont divisibles, par conséquent, je ne dois à chacun de vous que le tiers ? Nullement. L'héritier lui répondra : En me poursuivant pour le tout, en me demandant la construction entière de la maison, vous me considérez en quelque sorte comme votre unique débiteur ; par conséquent, du moment que vous vous placez sur ce terrain, j'ai droit de me considérer aussi, par contre, comme unique créancier de la différence entre la valeur de la maison et la quotité disponible, des 500 fr. dans l'espèce ; d'ailleurs je ne vous dois la construction que moins cette valeur entière ; c'est à moi que vous vous adressez pour que je vous construisse la maison, c'est par conséquent à moi, et à moi seul, que vous avez à payer la valeur de la partie réduite, les autres, n'exécutant pas le legs, n'ont pas de réduction à exiger. Ajoutons que l'héritier qui construit la maison n'a de recours que pour la valeur de la quotité disponible, car elle seule était due ; il ne peut avoir de recours pour l'excédant du coût de la maison sur la quotité disponible, car il n'a de recours que pour les frais qu'il était obligé de faire ; or il n'était pas obligé de faire cet excédant de frais ; par conséquent, s'il ne recevait qu'une partie de cet excédant, il le supporterait sans aucun remboursement, car quand même le légataire payerait les parties restantes de cet excédant aux autres héritiers,

il ne pourrait pas recourir contre eux pour se les faire rendre. Si, maintenant, au lieu de supposer plusieurs débiteurs, nous supposons plusieurs légataires créanciers, ou plusieurs héritiers du légataire originaire unique, quand l'un d'eux poursuivra l'héritier pour lui demander de construire la maison en entier, cet héritier pourra-t-il demander à ce créancier l'excédant entier du coût de la maison sur la quotité disponible? La question est délicate. On peut soutenir qu'il ne doit que sa part, en se fondant sur ce que cette indemnité étant divisible, elle doit se diviser entre ceux à qui elle est due. D'un autre côté, on peut soutenir, en se fondant sur l'art. 1184, que le créancier qui demande la construction entière établit la situation comme s'il était unique créancier de la construction, et que, par conséquent, il doit exécuter l'obligation corrélative de payer l'excédant également en entier : en effet, s'il était unique créancier, il ne pourrait demander la construction de la maison en entier qu'en offrant de payer l'excédant entier : il y a ici des obligations réciproques, chacune des parties est créancière et débitrice à la fois, et ne peut demander l'exécution de sa créance qu'en offrant d'accomplir en même temps son obligation ; elle ne peut donc agir comme si elle était seule créancière sans s'acquitter également comme si elle était seule débitrice de l'obligation corrélative. Nous croyons que c'est ce dernier principe équitable qui doit prévaloir dans la question, sur celui de la divisibilité de l'indemnité ; et que, par conséquent, il faut décider que l'un des créanciers ne pourra demander au débiteur de lui construire la maison en entier, qu'à la condition d'offrir de lui payer l'excédant du coût de la maison sur la quotité disponible également en entier¹.

Quel est l'effet du jugement rendu au profit ou contre l'un des créanciers d'une obligation indivisible relativement à ses consorts, et, vice versa, quel est l'effet du jugement rendu au profit

1. Sic, M. Vernet à sa conférence.

ou contre l'un des débiteurs d'une obligation indivisible relativement à ses consorts ?

En droit romain, nous avons des textes pour le cas de jugement rendu, sur l'action confessoire, au profit ou contre l'un des propriétaires d'un fonds dominant. Nous avons la loi 4, § 3 D., *Si servitus vindicetur* (8, 5), dans laquelle Ulpien décide que si l'un des propriétaires d'un fonds prétendu dominant agit par l'action *confessoria de servitute* contre le propriétaire du fonds prétendu servant, et triomphe, sa victoire profitera aussi aux autres, les autres pourront aussi agir par l'action *judicati* pour demander leurs parts dans l'estimation de la servitude. Pour le cas où l'un des copropriétaires d'un fonds prétendu dominant a perdu le procès, nous avons la loi 19 D., *cod. tit.*, de laquelle nous pensons qu'il résulte que le jugement qui déboute l'un des propriétaires d'un fonds prétendu dominant de l'action confessoire, est opposable aux autres; que, par conséquent, si les autres copropriétaires d'un fonds prétendu dominant agissent contre le propriétaire du fonds prétendu servant, celui-ci pourra leur opposer l'exception *rei judicatæ*; seulement, si le premier copropriétaire qui a perdu le procès l'a perdu par sa faute, ses consorts pourront se faire indemniser par lui au moyen de l'action *pro socio*, si la communauté résulte d'une société, au moyen de l'action *communi dividundo* dans le cas contraire (l. 20 D., *Com. div.*); que si la perte du procès résulte d'une collusion entre les deux parties, alors ils pourront également agir par l'action *pro socio* ou *communi dividundo*, suivant les cas, et aussi au moyen de l'action *de dolo*, soit contre leur consort, soit contre leur adversaire commun, le propriétaire du fonds servant, ce qui peut avoir de l'importance si leur consort est insolvable. Puis donc qu'ils peuvent agir par l'action *de dolo* contre le propriétaire du fonds servant qui s'est fait absoudre par dol, il faut décider qu'ils pourront aussi repousser l'exception *rei judicatæ* de celui-ci par la *replicatio doli mali*. Telle est l'opinion de Cujas (*Comm. ad leg. 4, § 3, Si serv. vindic.*), et de M. de Savigny (*Système*, t. VI, § 301. p. 471 et note *hh* de la traduction

de M. Ch. Guenoux, — Glück (AUSFÜHRLICHE ERLEUTERUNG DER PANDECTEN. t. X, p. 236), est d'avis, au contraire, que la chose jugée au profit de l'un des copropriétaires du fonds prétendu dominant peut être invoquée par les autres; mais que la chose jugée contre l'un d'entre eux ne peut pas être opposée aux autres, pour la raison qu'ils n'ont pas été représentés au procès. Nous ne saurions adopter cette dernière opinion. La raison que donne son auteur pour exclure l'application de la chose jugée contre l'un des propriétaires du fonds prétendu dominant aux autres, aurait dû, si elle était probante, le conduire également à ne pas leur permettre d'invoquer le jugement rendu en faveur de leur consort. Ensuite, la loi 19, *Si serv. vindic.*, consacre évidemment l'opinion de Cujas et de M. de Savigny, que nous nous empressons d'adopter.

Mais que décider pour le cas où la sentence est rendue, sur l'action confessoire de servitude, au profit ou contre l'un des copropriétaires du fonds prétendu servant? Les textes sont muets sur ce point. Nous pensons qu'il faut appliquer, par analogie, la même solution que nous venons de donner pour le cas précédent, et décider que si l'un des copropriétaires de ce fonds, poursuivi par l'action confessoire, a été absous, il pourra repousser les autres par l'exception *rei judicatæ*. De même, si l'un des propriétaires a été condamné, le propriétaire du fonds dominant pourra agir par l'action *judicati*, pour se faire payer la valeur entière de la servitude, indifféremment contre lui ou contre l'un de ses consorts; seulement, si le copropriétaire poursuivi a perdu le procès par sa faute, ses consorts pourront se faire indemniser par lui du tort qu'ils éprouvent, au moyen de l'action *pro socio* ou *communi dividundo*; s'il l'a perdu par son dol, par collusion avec le demandeur, alors les copropriétaires pourront, pour se faire indemniser, agir contre lui par l'une des deux actions susmentionnées, ou par l'action *de dolo*. Il pourra intenter cette dernière action aussi contre le demandeur adversaire commun, et même il pourra repousser son action *judicati* par l'*exceptio doli mali*.

Enfin, que décider si, au lieu de supposer la sentence rendue sur l'action réelle de servitude, nous la supposons rendue sur l'action personnelle, par exemple, sur l'action *ex stipulatu*, résultant d'une obligation de constituer une servitude. Les textes gardent un silence absolu sur ce point. Nous pensons qu'il faut donner les mêmes décisions que nous venons de donner pour l'action réelle. Nous déciderons donc que, si l'un des créanciers de la servitude gagne le procès, les autres pourront agir par l'action *judicati* pour obtenir leurs parts du *quanti ea res sit*; et que, s'il perd le procès, les autres, s'ils agissent ensuite contre le débiteur, seront repoussés par l'exception *rei judicatae*, sauf toujours le cas de collusion, car alors l'*exceptio rei judicatae* sera paralysée par la *replicatio doli mali*. En sens inverse, si l'un des débiteurs d'une servitude gagne le procès, les autres pourront se défendre contre le créancier commun par l'exception *rei judicatae*; s'il le perd, ses consorts pourront être poursuivis par l'action *judicati*, qui pourra, bien entendu, être paralysée, en cas de dol, par l'*exceptio doli mali*.

Toutes ces décisions étaient fondées sur l'idée de l'indivisibilité des servitudes : les servitudes étant indivisibles, les Romains pensèrent que la sentence ne devait pas avoir un effet partiel, que son effet devait être général. Or, cette raison devait les conduire à décider la même chose pour le cas d'action personnelle que pour celui d'action réelle. Il est évident que les mêmes décisions doivent être appliquées en droit romain à tous les autres cas d'obligations indivisibles.

Quid en droit français? Nous croyons qu'il faut décider tout à fait le contraire, à savoir que le jugement rendu en faveur ou contre l'un des créanciers d'une obligation indivisible ne profite ni ne nuit aux autres; et, qu'en sens inverse, le jugement rendu en faveur ou contre l'un des débiteurs d'une obligation indivisible ne profite ni ne nuit à ses consorts. La circonstance d'indivisibilité ne doit pas avoir un effet si considérable entre des personnes qui sont tout à fait étrangères entre elles, qui ne peuvent pas, par conséquent, être répu-

tées représentées au procès par l'une d'entre elles. La circonstance d'indivisibilité n'a pas empêché les rédacteurs du Code de décider que la remise n'a d'effet que relativement au créancier qui l'a faite (art. 1224). Nous croyons que le système des rédacteurs du Code a été également de restreindre l'effet du jugement au créancier ou au débiteur qui a été en cause. Et, en effet, ils décident que la transaction faite par l'un des *intéressés* ne lie point les autres *intéressés*, et ne peut être opposée par eux. Or, évidemment les créanciers et les débiteurs d'une obligation indivisible sont des *cointéressés*. Par conséquent nous dirons que la transaction faite par l'un des créanciers d'une obligation indivisible ne lie pas les autres, c'est-à-dire ne peut leur être opposée, ni ne peut être opposée par eux, et qu'en sens inverse, la transaction faite avec l'un des débiteurs d'une obligation indivisible ne peut être opposée aux autres, ni ne peut être invoquée par eux. Or, ce que les rédacteurs du Code ont décidé relativement à la transaction, nous croyons qu'on doit l'appliquer au jugement. En effet, les effets de la transaction et ceux du jugement sont en général semblables, et il n'y a pas de raison pour qu'ils soient différents dans notre cas. « Quant à la difficulté pratique qui résulte de ce qu'en cas de décisions opposées on ne peut ordonner pour partie l'exercice d'un droit indivisible, nous dirons avec M. Bonnier¹, qu'il faut, en pareil cas, voir si le droit est de nature à pouvoir s'exercer sans nuire aux autres parties. Ainsi, s'il s'agit d'un droit de passage sur un fonds indivis, la partie qui aura triomphé vis-à-vis de l'un des copropriétaires seulement, ne pourra point passer si l'autre copropriétaire justifie qu'il a le droit de s'opposer à l'exercice de la servitude; c'est là une difficulté invincible qui tient à la nature des choses. Mais, après tout, cette partie a toujours l'avantage d'avoir diminué le nombre de ses adversaires. On arrivera à une solution plus satisfaisante, s'il s'agit d'un droit qui, bien qu'indivisible, peut être exercé en totalité sans nuire aux cointéressés, par exemple, de l'obligation de construire une

1. *Traité des preuves*, 3^e édit., t. II, p. 472 et 473.

maison ; en ce cas la marche est indiquée par la loi : on exigera la totalité du codébiteur seul condamné, en lui payant une indemnité pécuniaire correspondant à la part des codébiteurs qui ont triomphé (C. N., art. 1224). » En sens inverse, si l'un des créanciers d'une obligation indivisible triomphe, et que les autres succombent, s'il s'agit d'un droit de passage sur un fonds indivis, celui qui a triomphé passera, ceux qui ont succombé ne passeront pas ; si les créanciers ont stipulé la construction d'une maison, celui qui a triomphé exigera du débiteur qu'il lui construise la maison en entier, en lui offrant la valeur des parts dans la maison qui auraient appartenu aux créanciers qui ont succombé. Il en sera de même si nous supposons que les créanciers ont stipulé un droit de passage sur le fonds du promettant, non pas pour en user eux-mêmes, mais dans le but de le vendre : le créancier qui a triomphé pourra demander au promettant qu'il concède ce droit en entier à celui qui veut l'acheter, mais il ne pourra le faire qu'en offrant de lui payer les parts dans le prix de la vente qui auraient appartenu aux créanciers qui ont succombé. Nous ne pensons pas qu'il faille adopter l'opinion de Pothier, qui pense que le jugement rendu au profit de l'un des cotitulaires d'un droit indivisible ou des créanciers d'une obligation indivisible profite aux autres ; que de même, le jugement rendu contre l'un d'eux pourra être opposé aux autres, mais que ceux-ci pourront le faire réformer par la voie de l'appel ou de la tierce opposition, sans même qu'ils aient besoin de prouver la collusion ; et qu'il faut donner la même décision dans le cas de plusieurs débiteurs d'une obligation indivisible. En effet, nous ne pouvons pas concevoir comment l'un des créanciers ou des débiteurs peut représenter les autres dans le procès, s'il le gagne, non s'il le perd ; il doit les représenter ou non ; dans tous les cas, il faut que l'on puisse savoir a priori s'il les représente ou non, la question de représentation ne doit pas pouvoir dépendre de la bonne ou de la mauvaise chance. Or, ils sont tout à fait étrangers l'un à l'autre, ils ne sont pas mandataires l'un de l'autre, pas même dans la mesure des créanciers ou des débiteurs solidaires ; par conséquent

le jugement rendu en faveur ou contre l'un d'entre eux sera appliqué par rapport à lui séparément ¹.

Il en sera de même de la transaction faite par l'un des créanciers, ou du serment déferé par lui; ils ne pourront ni profiter ni nuire aux autres créanciers. En sens inverse, la transaction faite avec l'un des débiteurs, ou le serment prêté par lui, ne pourra ni profiter ni nuire aux autres. Ici encore on appliquera, par analogie, toutes les fois que faire se pourra, le deuxième alinéa de l'article 1224.

Le débiteur poursuivi a le droit de demander un délai pour mettre en cause ses codébiteurs, et les faire condamner par le même jugement à concourir à l'exécution effective de l'obligation; et, faute de le faire, à payer leurs parts dans les dommages-intérêts, à moins que l'obligation ne soit de nature à ne pouvoir être exécutée que par le débiteur assigné, car alors celui-ci ne pourra appeler en cause ses codébiteurs que pour faire statuer sur le recours à exercer contre eux, par le même jugement, qui le condamnera lui seul à exécuter l'obligation, ou à payer, en cas d'inexécution, des dommages-intérêts.

C'est ce qui résulte de l'article 1225, ainsi conçu :

« L'héritier du débiteur, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, à moins que la dette ne soit de nature à ne pouvoir être acquittée que par l'héritier assigné, qui peut alors être condamné seul, sauf son recours en indemnité contre ses cohéritiers. »

Ainsi, il résulte de la fin de cet article que, dans le cas où l'obligation ne peut être exécutée que par l'héritier assigné, celui-ci ne peut que recourir en indemnité contre ses cohéritiers. Il peut exercer ce recours d'une manière principale, c'est-à-dire par une action séparée devant un autre juge que celui devant lequel il est assigné. Mais il peut aussi, par application de l'article 175 du Code de procédure civile, qui permet à toute personne qui a droit à garantie d'appeler ses garants en cause, de-

¹. *Sic*, M. Bugnet, sur le n° 907 des *Obligations* de Pothier.

mander un délai pour appeler ses cohéritiers en garantie devant le juge même par devers lequel il est assigné, afin de faire statuer par le même jugement, et sur sa condamnation envers le créancier et sur son recours contre ses codébiteurs. Mais, dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque l'obligation est de nature à pouvoir être acquittée par chaque héritier séparément, ou bien lorsqu'elle ne peut être exécutée que par tous conjointement, il faut décider, a contrario, que l'héritier assigné a le droit d'appeler ses cohéritiers en cause dans tout autre but que celui de faire statuer sur son recours, à savoir, pour les faire condamner à concourir avec lui à l'accomplissement de l'obligation, ou à payer, faute d'accomplissement, chacun sa part dans les dommages-intérêts.

Il est bien entendu que la disposition de l'article 1225, qui parle du cas de plusieurs héritiers d'un débiteur originaire, doit être étendue au cas de plusieurs débiteurs originaires.

Ainsi, il faut distinguer, avec Dumoulin et Pothier, trois cas :

1^o Le cas où l'obligation est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le débiteur assigné ;

2^o Le cas où l'obligation est de nature à pouvoir être acquittée par chacun des débiteurs séparément ;

3^o Enfin, le cas où l'obligation est de nature à ne pouvoir être exécutée que par tous les débiteurs conjointement.

1^{er} CAS. — *L'obligation est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le débiteur assigné.* — Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n^o 100) et Pothier (*Oblig.*, n^o 332) citent comme exemple l'obligation d'une servitude que le défunt a promis d'imposer sur un de ses fonds qui est tombé par le partage dans le lot de l'un de ses héritiers. Cet héritier seul est à même de constituer la servitude, puisqu'il est seul propriétaire du fonds sur lequel elle a été promise. Mais sous le Code, cet exemple ne peut plus être donné. En effet, aujourd'hui, en vertu de l'article 1138, la propriété, et par conséquent aussi ses démembrements, sont transférés de plein droit par l'effet même de la convention, lorsqu'ils portent sur un corps certain. Mais on peut citer l'exemple

suisant : Le défunt s'est obligé à constituer une servitude d'aqueduc sur un de ses fonds au profit du fonds voisin appartenant à Paul. De droit commun, c'est le propriétaire du fonds dominant qui est obligé de faire tous les travaux nécessaires à l'exercice de sa servitude, qui devrait, par conséquent, dans l'espèce, construire l'aqueduc sur le fonds servant (art. 698). Mais, par une clause expresse, le propriétaire du fonds servant s'est chargé de faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, de construire l'aqueduc (même art. 698). Ce propriétaire meurt avant d'avoir construit l'aqueduc, et laisse plusieurs héritiers dans le lot de l'un desquels tombe, par suite du partage, le fonds sur lequel doit être construit cet aqueduc. La servitude se trouve avoir été constituée, de plein droit, par l'effet même de la convention passée entre le défunt et le propriétaire du fonds voisin. Mais pour qu'elle soit exercée, il faut que l'aqueduc soit construit. L'obligation de le construire pèse sur les héritiers du défunt; mais il n'y a que l'héritier qui a reçu l'immeuble servant dans son lot qui est à même de le faire. S'il est donc poursuivi à cet effet par le créancier, il sera seul condamné à construire l'aqueduc, ou à payer, à défaut de construction, tous les dommages-intérêts; et, s'il a appelé en cause ses cohéritiers, ceux-ci devront tout simplement être condamnés, par la même sentence, à lui payer leurs parts dans le coût de la construction de l'aqueduc, à condition, bien entendu, qu'il n'ait pas été chargé par le partage de faire la construction à ses frais. Mais nous croyons que le créancier pourra, s'il le veut, poursuivre même l'un des autres héritiers et le faire condamner à sa part dans le coût de la construction. En effet, le défunt a promis de faire. En acceptant la succession du défunt pour la part pour laquelle il était appelé à succéder, chaque héritier s'est chargé dans cette mesure de faire; or, s'il ne peut pas faire, il peut parfaitement fournir dès à présent sa part dans les frais de la construction (arg. de l'art. 1020). Il pouvait bien autrefois en être autrement dans le cas où les héritiers se trouvaient succéder séparément à différentes espèces de biens; mais c'est qu'alors ceux qui ne succédaient pas à l'espèce

de biens dont faisait partie le fonds sur lequel devait être exécutée l'obligation, ne représentaient pas le défunt quant à ces biens pour lesquels ils n'étaient pas héritiers. L'obligation était donc pour eux *res inter alios acta*, ce qui n'a plus lieu aujourd'hui.

II^e CAS. — *L'obligation est de nature à pouvoir être acquittée séparément par chacun des débiteurs.* — Dumoulin, *Op. cit.*, P. II, n^o 175) et Pothier (*Oblig.*, n^o 333) citent, en premier lieu comme exemple, l'obligation de procurer une servitude de passage sur le fond d'un tiers. Le promettant meurt en laissant plusieurs héritiers; chacun d'eux peut accomplir l'obligation en entier, puisque chacun d'eux peut s'entendre avec le tiers pour lui faire consentir une servitude de passage sur son fonds. Cet exemple peut encore être donné dans le droit actuel. On peut également citer aujourd'hui, à titre d'exemple, après Dumoulin et Pothier, l'obligation de construire une maison. Le promettant meurt, laissant plusieurs héritiers. Chacun d'eux peut construire à lui seul la maison. Aussi, si l'un d'entre eux est poursuivi par le créancier, il pourra demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, et les faire condamner à concourir à la construction de la maison, ou à payer, faute de construction, chacun sa part dans les dépenses à faire à cet effet. Ainsi, dans ce cas, l'héritier poursuivi, de même que ceux mis en cause par lui, ne sont condamnés à exécuter chacun qu'une partie de l'obligation, ou à payer, faute de ce, qu'une part dans les dommages-intérêts.

Du reste, ceux qui sont prêts à concourir à la construction de la maison ne seront pas moins condamnés que ceux qui refusent de le faire, sauf leur recours entre eux; parce que chacun d'eux est obligé de construire la maison entière, et que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire.

Si l'héritier assigné n'appelle pas en cause ses cohéritiers, il sera condamné seul à construire la maison en entier, ou à payer, faute de ce, les dommages-intérêts pour le total; il est condamné pour le tout, parce que, s'étant seul chargé de la cause, il est alors censé avoir pris à sa charge, dans ses rapports avec le créancier,

l'exécution de l'obligation ou le paiement des dommages-intérêts faute d'exécution, sauf son recours contre ses cohéritiers.

III^e CAS. — *L'obligation est de nature à ne pouvoir être exécutée que par tous les débiteurs conjointement.* — Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, N^o 95) et Pothier (*Oblig.*, N^o 334) donnent comme exemple l'obligation contractée par quelqu'un de constituer sur son fonds une servitude de passage par l'endroit qu'il indiquera. Le promettant meurt avant d'avoir indiqué l'endroit, et laisse plusieurs héritiers entre lesquels le fonds à asservir est encore indivis. Ces héritiers ne peuvent acquitter l'obligation que conjointement ; car étant tous propriétaires du fonds pour parties indivises, ils doivent tous s'entendre sur l'endroit sur lequel le passage s'exercera. C'est pourquoi si l'un d'entre eux est poursuivi par le créancier, il pourra demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers, afin qu'ils indiquent, d'un commun accord, le siège de la servitude. Si l'un des héritiers déclare qu'il est prêt, en ce qui le concerne, d'exécuter l'obligation, d'agréer, par exemple, l'endroit qui sera désigné par les autres héritiers, et que ceux-ci ne veulent pas en indiquer du tout, ou bien ne s'entendent pas à indiquer le même, le premier ne sera pas condamné du tout à des dommages-intérêts ; les derniers seulement y seront condamnés. Voilà la solution que donnent Dumoulin et Pothier. L'exemple que donnent ces deux grands jurisconsultes peut être donné aussi dans le droit actuel. En effet, la servitude de passage n'est pas établie par la convention même dans l'espèce ; car l'endroit par lequel elle s'exercera n'est pas déterminé par la convention même. Seulement, nous ne saurions admettre complètement leur solution. Nous croyons avec lui que l'héritier poursuivi pourra appeler en cause ses cohéritiers pour qu'ils aient à s'entendre sur l'endroit par où s'exercera la servitude. Mais nous ne pensons pas qu'il faille arriver, à défaut d'entente entre eux, à les condamner à des dommages-intérêts. Nous ne savons pas jusqu'à quel point la solution de Pothier était suivie dans la pratique. Mais nous croyons qu'aujourd'hui le juge tranchera la difficulté

et indiquera lui-même l'endroit par où le passage se fera, si les héritiers ne veulent pas en indiquer un, ou s'ils ne s'entendent pas à indiquer le même; de sorte qu'il n'y aura jamais lieu à condamner à des dommages-intérêts, ni à distinguer entre ceux qui sont prêts, autant qu'il est en leur pouvoir, d'exécuter l'obligation, et ceux qui refusent de l'exécuter. Ainsi, la sentence tiendra lieu de constitution de la servitude.

Quid si l'obligation indivisible est accompagnée d'une clause pénale?

Cette question est résolue de la manière suivante par l'article 1232 :

« Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion... »

Ainsi, si nous supposons que plusieurs architectes ont promis de construire une maison, et 6,000 fr. à titre de peine pour le cas où la maison ne serait pas construite, et que l'un d'entre eux ne veuille pas concourir à la construction, celui-ci pourra être condamné à toute la peine; les autres pourront être condamnés chacun à sa portion héréditaire.

Il en est de même si nous supposons une obligation de ne pas faire, par exemple, celle de ne pas empêcher quelqu'un de passer. Si un seul des héritiers du promettant empêche de passer, celui-ci sera tenu de toute la peine; les autres n'en seront tenus chacun que d'une part proportionnelle à sa part héréditaire.

La peine consiste le plus souvent en une somme d'argent, et par conséquent est en général divisible. Mais elle peut consister quelquefois dans un objet indivisible, alors même que l'obligation principale aurait pour objet quelque chose de divisible. Ainsi je puis avoir stipulé que vous me creuserez tant de mètres de fossé pour l'écoulement de mes eaux, à peine de me constituer un droit de passage? En pareil cas, si l'obligation principale est exécutée pour partie, comment fera le juge pour modifier la peine

conformément au principe de l'article 1231? Il y a lieu d'appliquer à ce cas, par analogie, la disposition du 2^e alinéa de l'article 1224. La peine sera due tout entière, puisque l'objet n'en est pas divisible; mais le créancier devra tenir compte à son débiteur de l'estimation de la portion fournie dans l'objet de l'obligation principale.

Que décider si une obligation de ne pas faire est conçue simplement, sans addition de clause pénale? Il y a des auteurs, par exemple Zachariæ et MM. Aubry et Rau¹, qui admettent, par analogie de ce qui a lieu en cas de clause pénale, et conformément à la doctrine de Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n^{os} 173 et 174) et de Pothier (*Oblig.*, n^o 336), que le contrevenant, c'est-à-dire celui, par exemple, qui empêchera de passer, sera tenu du montant intégral des dommages-intérêts, les non-contrevenants, chacun d'une partie des dommages-intérêts proportionnelle à sa part héréditaire. Nous croyons, au contraire, qu'il faut décider que le contrevenant sera seul tenu de tous les dommages-intérêts; que les non-contrevenants, au contraire, ne seront pas tenus du tout. En effet, l'article 1232 contient une décision rigoureuse, qui n'a passé dans le Code que parce que ses rédacteurs l'ont prise dans Pothier, qui l'avait empruntée lui-même à Dumoulin, lequel avait suivi la doctrine romaine en la modifiant par l'introduction d'un élément nouveau étranger aux Romains. Les Romains considéraient la clause pénale comme une stipulation conditionnelle, c'est-à-dire faite sous la condition que l'obligation principale ne sera pas exécutée. Ainsi, dans l'obligation de ne pas empêcher de passer, ils considéraient la peine comme promise, sous la condition que le stipulant sera empêché de passer. Or, du moment qu'il était empêché de passer par un héritier, il était vrai de dire qu'il était empêché, la condition de la peine était réalisée, la peine était donc due. Maintenant, par qui était-elle due? Était-ce par le contrevenant? Non, les Romains ne raisonnaient pas ainsi; ils décidaient que tous les héritiers étaient

1. *Cours de droit civil français*, etc., t. III, p. 38, *in fine*.

tenus de la peine, parce que tous avaient accepté la succession avec toutes ses charges, parmi lesquelles se trouvait celle de payer la peine, par cela seule que la condition sous laquelle elle avait été promise se réaliserait; maintenant, comme cette peine consistait en une somme d'argent, chose parfaitement divisible, chaque héritier, sans distinction, en devait une partie. Ainsi, les Romains ne s'occupaient nullement de la contravention dans l'application qu'ils faisaient de la peine aux héritiers, mais uniquement de leur qualité héréditaire; ils regardaient les héritiers comme tenus de la peine, non pas en vertu de leur contravention, mais en vertu de la simple circonstance qu'ils avaient accepté l'hérédité dans laquelle se trouvait l'obligation de payer la peine, si la condition de cette peine se réalisait. Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n^{os} 173 et 174) et Pothier (*Oblig.*, n^{os} 355 et 356) ont combiné avec l'élément de l'obligation héréditaire, celui de l'obligation résultant de la contravention, et, par suite de cette combinaison, ils sont arrivés à décider que le contrevenant sera tenu de toute la peine, car il a contrevenu à toute l'obligation, que les non-contrevenants n'en seront tenus chacun que d'une partie héréditaire, en vertu de leur qualité d'héritiers, qui seule les oblige et dans cette mesure seulement.

Mais la vraie base de l'obligation, la seule équitable, c'est la contravention. Dans le droit actuel, où toutes les conventions doivent être interprétées de bonne foi, conformément à l'équité, chaque héritier aurait dû, par conséquent, être considéré comme n'ayant accepté l'obligation de payer la peine que sous la condition qu'il contreviendrait. Le Code l'a décidé autrement pour la peine. Mais il n'a rien dit pour les dommages-intérêts. Le silence du Code, à ce sujet, l'absence de tout texte de loi contraire, doit donc nous suffire, pour que nous soyons autorisés à faire, relativement à l'obligation des héritiers aux dommages-intérêts, l'application des articles 1134, 3^e alinéa, et 1135, si féconds en conséquences, et que nous décidions, conformément à l'équité, que les contrevenants seront seuls tenus de tous les dommages-inté-

rêts, et que les non-contrevenants n'en seront tenus, au contraire, pour aucune partie.

Le Code est muet en ce qui concerne l'application de la peine, ou des dommages-intérêts, aux créanciers d'une obligation indivisible. Supposons, par exemple, que plusieurs propriétaires d'un fonds ont stipulé du propriétaire du fonds voisin, *qu'il ne les empêchera pas de passer sur son fonds*, et que le débiteur empêche l'un des créanciers de passer. Nous croyons, qu'en pareil cas, il ne sera dû qu'une partie de la peine, et à ce créancier seulement. En effet, lui seul a intérêt, les autres n'en ont pas; puisqu'ils n'ont pas été empêchés. Il en était ainsi en droit romain même, où le créancier empêché pouvait seul agir efficacement, tandis que les autres étaient repoussés, s'ils agissaient par l'exception de dol. Or, en droit français, où toutes les conventions doivent être exécutées de bonne foi, l'équité exige que *ab initio* toute action soit refusée aux non empêchés. Il en doit être à plus forte raison ainsi pour les dommages-intérêts; l'empêché seul pourra en demander, et pour sa part seulement.

L'obligation solidaire n'est pas pour cela indivisible. C'est ce que déclare formellement l'article 1219 en ces termes : « La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité. » En effet, on peut avoir stipulé la solidarité relativement à une obligation ayant pour objet une chose parfaitement divisible; c'est ainsi que deux personnes peuvent s'être obligées à payer solidairement une somme de 10,000 francs à une troisième. — En sens inverse, l'obligation indivisible n'est pas pour cela solidaire. La Chambre des Requêtes est tombée dans une grave erreur quand, pour rejeter un pourvoi fondé sur une violation évidente de l'article 1202, elle a jugé « qu'une obligation indivisible de sa nature est toujours solidaire, quoique la solidarité n'ait pas été stipulée ¹. » Le *Journal du Palais* a eu raison de dire qu'on doit s'étonner *d'une semblable hérésie* ². En effet, les obliga-

1. Sirey, 25, 1, 225.

2. *J. du pal.*, 19, p. 32 (Deville., 8, I, 2.).

tions solidaires se distinguent des obligations indivisibles, tant relativement à leur source qu'à leurs conséquences pratiques.

L'indivisibilité résulte de la nature de l'objet ou du point de vue sous lequel il est entré dans l'obligation, tandis que la solidarité résulte de l'intention expresse des parties ou du testateur, ou interprétée telle par le législateur.

Ensuite l'obligation indivisible et l'obligation solidaire diffèrent entre elles quant à leurs conséquences pratiques; aussi il faut bien se garder d'appliquer à l'une les règles qui régissent l'autre.

Ainsi :

1° L'obligation indivisible reste telle tant que son objet reste indivisible; aussi elle ne se divise pas entre les héritiers, ni activement, ni passivement. Au contraire, l'obligation solidaire se divise entre les héritiers et activement et passivement.

2° L'obligation indivisible se divise même entre les créanciers et les débiteurs originaires, lorsque la chose due se trouve transformée en quelque chose divisible, par exemple, en dommages-intérêts. Au contraire, l'obligation solidaire reste telle, c'est toujours le tout qui est dû à chacun des créanciers originaires, par chacun des débiteurs originaires, quand même à la place de la chose due il arrive des dommages-intérêts.

3° Toujours dans le même ordre d'idées, lorsque l'obligation indivisible est accompagnée d'une clause pénale, si la peine est encourue par la contravention d'un seul des débiteurs, les autres n'en sont tenus chacun que pour sa part (art. 1232). Au contraire même les débiteurs solidaires non-contrevenants doivent la peine pour le tout.

4° L'interruption de la prescription contre l'un des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible nuit aux autres héritiers. Au contraire, l'interruption de la prescription contre l'un des héritiers d'un débiteur solidaire ne nuit pas à ses cohéritiers (art. 2249, 2° alinéa).

5° La suspension de la prescription établie en faveur de l'un des créanciers d'une obligation indivisible, profite à tous les autres. Nous croyons, au contraire, que la suspension de la prescription

établie en faveur de l'un des créanciers solidaires ne profite pas aux autres : la créance est éteinte, sauf la part du mineur. La maxime que le mineur relève le majeur en fait de prescription, n'est vraie qu'autant qu'il s'agit de prestations indivisibles.

SECTION II

Des effets des obligations divisibles.

Chaque créancier ne peut demander l'accomplissement de l'obligation que pour la part qu'il a dans la créance. Chaque débiteur n'est tenu que de sa part de la dette. Ce double principe ressort de l'article 1220, 2^e paragraphe, qui est ainsi conçu : « La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers (c'est-à-dire des héritiers du débiteur ou du créancier), qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur¹. » D'après cet article, chaque héritier du créancier ne peut demander qu'une part de la créance proportionnelle à sa part dans l'hérédité. Chaque héritier du débiteur n'est tenu dans la dette que d'une part proportionnelle à sa part héréditaire. D'après l'article 873, au contraire, chaque héritier du débiteur peut être poursuivi par le créancier pour sa part virile, sauf son recours contre ses cohéritiers : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement *pour leur part et portion virile*, et hypothécairement pour le tout; sauf leur recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer. » C'est à l'article 1220 qu'il faut donner la préférence et décider que non-seulement chaque héritier du débiteur ne doit contribuer que pour sa part héréditaire, mais aussi ne peut être

1. Cet article ne parle que des héritiers. Mais le principe est également vrai pour les cocréanciers ou les codébiteurs originaires (arg. a contr. de l'art. 1222.) Si le Code, après Pothier (*Oblig.*, n^o 299), n'a parlé que du cas de plusieurs héritiers, c'est que c'est le cas le plus fréquent.

poursuivi par le créancier que pour sa part héréditaire. De sorte qu'il faut corriger l'article 873, en remplaçant le mot *virile* par le mot *héréditaire*. L'article 873 s'explique historiquement. Dans l'ancien droit, chaque héritier du débiteur était poursuivi pour une portion virile, puisqu'il était impossible de savoir tout de suite pour quelle part il était héritier, et on ne pouvait faire attendre le créancier jusqu'à l'évaluation et au partage de la succession. En effet, si c'étaient les parents les plus proches qui succédaient aux meubles et aux immeubles acquêts, si, quant aux meubles et aux immeubles acquêts, il était par conséquent facile de savoir pour combien chacun était héritier, il en était tout autrement pour les immeubles propres. Les propres allaient toujours à la famille d'où ils étaient provenus, sauf qu'ils ne remontaient pas : *Paterna paternis, materna maternis*. Par conséquent, en supposant que la succession ne se composât que de deux propres, une maison et une ferme, que la maison provint de la ligne paternelle, la ferme de la ligne maternelle, la maison devait revenir au plus proche parent de la ligne paternelle, la ferme au plus proche de la ligne maternelle. Or, on ne pouvait pas savoir a priori quelle était la valeur respective de la maison et de la ferme, à quelle partie chacune d'elles équivalait de l'hérédité entière, par conséquent pour quelle part le parent paternel et le parent maternel étaient chacun héritier. Il fallait pour cela évaluer. Or, on ne pouvait faire attendre le créancier jusqu'à l'évaluation. Aussi décidait-on qu'il pouvait poursuivre chacun des héritiers pour sa part virile, dans l'espèce, pour moitié. Mais ce qui était la règle dans l'ancien droit n'est plus dans le Code Napoléon que l'exception. En effet, aujourd'hui on ne s'inquiète plus de la nature des biens pour leur dévolution. Aujourd'hui on sait a priori pour quelle part chacun est héritier, par conséquent pour quelle part de la dette il peut être poursuivi. Ainsi, si nous supposons un frère et un père qui viennent à la succession, on sait d'avance que le frère succède pour trois quarts, le père pour un quart, par conséquent le frère sera poursuivi pour les trois quarts de la dette et le père pour un quart (conformément à

l'art. 1220), et non chacun pour une moitié (comme il semble résulter de l'art. 873). Ce n'est que par exception, dans les cas de succession anormale¹, que l'on s'inquiète de l'origine des biens, et que l'on ne sait pas a priori pour quelle part chacun est héritier. Ce n'est donc que dans ces cas-là que l'article 873 s'appliquera à la lettre, et que le créancier poursuivra le successeur anormal pour sa part virile. Ainsi supposons que le *de cuius* a laissé pour héritiers son père, son frère, et sa mère ascendante donatrice. La mère sera poursuivie pour un tiers, ($\frac{1}{3} = \frac{2}{6}$) et quant aux deux autres tiers de la dette, le père en sera poursuivi pour le quart ($\frac{2}{3} : \frac{1}{4} = \frac{2 \times 4}{3 \times 4} = \frac{2}{12} = \frac{1}{6}$), et le frère pour les trois quarts ($\frac{2}{3} : \frac{3}{4} = \frac{2 \times 4}{3 \times 4} = \frac{8}{12} = \frac{2}{3} = \frac{4}{6} = \frac{1}{2}$).

Les héritiers peuvent bien, pour leurs commodité et avantage, charger par l'acte de partage un d'entre eux d'acquitter à lui seul la dette en entier. Dans ce cas, ils auront une action pour l'y contraindre, et le créancier, en vertu de l'art. 1166, pourra, s'il le veut, le poursuivre *procuratorio nomine* pour les parts dont sont tenus ses cohéritiers, et *proprio nomine* pour la part dont il est tenu personnellement, ce que décidait déjà Gaius, l. 3, *Fam. herc.* (10, 2) : « ... Sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur... » Mais cela n'enlève pas au créancier le droit de poursuivre, s'il aime mieux, chacun des héritiers pour sa part : en effet, le partage ne regarde que les cohéritiers et ne peut nullement modifier le droit de poursuite du créancier. Cela était décidé ainsi par le même Gaius, *ead. leg.* 3, *Fam. herc.* : « ... Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis « experiundi... » Et cela résulte de l'art. 872, ainsi conçu : « Lorsque des immeubles d'une succession sont grevés de rentes par hypothèque spéciale, chacun des cohéritiers peut exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres avant

1. 4. Ils sont au nombre de trois : 1° le cas de succession de l'adoptant aux biens de l'adopté (art. 351); 2° le cas de succession de l'ascendant donateur aux biens par lui donnés (art. 747); 3° le cas de succession des frères et sœurs légitimes aux biens donnés à leurs frères et sœurs naturels par leurs père et mère (art. 766.)

qu'il soit procédé à la formation des lots. Si les cohéritiers partagent la succession dans l'état où elle se trouve, l'immeuble grevé doit être estimé au même taux que les autres immeubles; il est fait déduction du capital de la rente sur le prix total; l'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers. » Puisque le cohéritier chargé du service de la rente doit en garantir ses cohéritiers, cela montre bien que le créancier peut poursuivre les derniers tout aussi bien que le premier.

Quid pour les créances? Lorsque par le partage une créance a été mise dans le lot d'un seul héritier, cet héritier est-il censé avoir seul succédé au défunt relativement à cette créance; peut-il agir pour le tout *proprio nomine*; en d'autres termes, l'art. 883 est-il applicable aux créances; le partage est-il, en ce qui touche les créances, déclaratif ou translatif de droit? Nous pensons que, les créances se divisant de plein droit entre les héritiers, en vertu de l'art. 1220, elles ne peuvent plus entrer dans le partage; que la règle romaine, *nomina non veniunt in familiæ herciscundæ judicio* (Ulpien 2, § 5, *Fam. herc.* 10, 2), est encore vraie aujourd'hui; que, par conséquent, l'article 883 ne s'applique qu'aux autres biens faisant partie de la succession qui ne sont pas partagés de plein droit; que le partage est translatif de droit relativement aux créances; que le créancier doit être considéré comme cessionnaire de ses cohéritiers pour les parts dont ceux-ci ont été saisis de plein droit; qu'il est vrai encore de dire avec Gaius, l. 3, *Fam. herc.*: «..... partim suo, partim procuratorio nomine agat...»; que l'article 832, qui parle de créances comprises dans le partage, n'a trait qu'aux rapports des héritiers entre eux, à la manière dont les lots doivent être faits, ce n'est qu'une recommandation que le législateur fait à ceux qui sont chargés de faire le partage, d'observer l'égalité entre les copartageants, même quant à la nature des biens à mettre dans chaque lot; en effet, il arrivait, même en droit romain, que le juge mit dans le lot de l'un des héritiers une créance entière, pour éviter l'inconvénient des poursuites partielles, ce qui n'empêchait pas

le même jurisconsulte Gaius de décider que le créancier dans le lot duquel la créance a été mise, agira *partim suo, partim pro-curatorio nomine* : « Plane ad officium judicis nonnunquam
« pertinet ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia adtri-
« buat : quia sæpe et solutio et exactio partium non minima in-
« incommoda habet : nec tamen scilicet hæc adtributio illud effi-
« cit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur :
« sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio no-
« mine agat, sive cum eo agatur, partim suo, partim procurato-
« rio nomine convèniatur. Nam licet libera potestas maneat cre-
« ditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas
« est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio
« judicis translata sunt. »

De ce que le partage doit être regardé comme une cession relativement aux créances, il s'ensuit qu'il ne produit ses effets au regard des tiers que lorsqu'il a été notifié au débiteur, ou que celui-ci l'a reconnu par acte authentique. Par conséquent jusque-là :

1° Le débiteur héréditaire pourra payer valablement, aux autres créanciers, leurs parts dans la créance ;

2° Si le débiteur devient à son tour créancier des créanciers héréditaires, il pourra compenser ce qu'ils ont commencé à lui devoir avec leurs parts de créance ;

3° Si, avant cette notification ou cette acceptation authentique, un des cohéritiers cède à un tiers sa part de créance, et que ce tiers notifie la cession au débiteur héréditaire, ou que celui-ci l'accepte par acte authentique, cette cession sera opposable à l'héritier dans le lot duquel la créance a été mise ;

4° Enfin, les créanciers des cohéritiers peuvent saisir-arrêter entre les mains du débiteur héréditaire les parts de ces cohéritiers ¹.

1. Sic : Duranton, t. VII, n^{os} 163, 429 et 519 ; Demante, t. III, n^o 225 bis, vii ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n^o 789 ; Mourlon, *Répétitions écrites*, etc., t. II (édit. de 1850), p. 202 et 203 ; M. Valette, à son cours ; M. Duverger, à son cours ; M. Vernet, à sa conférence.

Dans un second système, les héritiers sont considérés comme étant tous titulaires d'une part de la créance jusqu'au partage; mais une fois le partage intervenu, l'héritier dans le lot duquel la créance a été mise, est considéré, à partir de ce moment, comme seul titulaire de cette créance *erga omnes*, sans qu'il ait besoin de notification ni d'acceptation authentique. Par conséquent, dans ce système, le paiement fait avant le partage par le débiteur héréditaire aux cohéritiers de celui dans le lot duquel la créance a été mise plus tard par le partage, est valable. De même, le débiteur peut compenser avec chacun des héritiers du créancier la créance qu'il a acquise contre chacun d'eux avant le partage, jusqu'à concurrence de ce qu'il lui doit à titre héréditaire. De même encore, les cessionnaires du chef des cohéritiers peuvent opposer à l'héritier, à qui la créance a été attribuée, la cession qu'ils ont notifiée au débiteur, et que celui-ci a acceptée par acte authentique avant le partage. Enfin, les créanciers des cohéritiers peuvent, avant le partage, saisir-arrêter entre les mains du débiteur leurs parts dans la créance héréditaire. Mais après le partage, et sans qu'il soit besoin d'aucune notification ni acceptation authentique, tous ces actes seront nuls, sauf les paiements faits de bonne foi par le débiteur aux cohéritiers, par application de l'article 1240, qui valide le paiement fait de bonne foi au possesseur de la créance, quand même le possesseur en est par la suite évincé¹. Ce système est singulier. Il reconnaît que jusqu'au partage tous les héritiers ont été créanciers, et qu'ils n'ont cessé de l'être que par le partage; il reconnaît, par conséquent, que le partage a été translatif de droit, qu'il a été une cession. Et puis il ne lui applique pas les conditions de publicité de la cession, tandis qu'il est de principe et d'ordre public que tout transport de droit soit rendu public.

Enfin, un troisième système consiste à déclarer l'article 883 applicable aux créances, avec effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession. Dans ce système, l'article 1220 n'opère

1. *Sic* Marcadé, sur l'article 883, n° 5; Zachariæ, Aubry et Rau, *Op.*, *cit.*, t. V, p. 343 et suiv.; Demolombe, t. XVII, p. 361 et suiv.

qu'une division provisoire et conditionnelle. En effet, disent les partisans de ce système, l'article 883 est général. Les expressions *tous les effets*, dont se sert cet article, indiquent clairement que le législateur a voulu viser les créances comme les autres biens de la succession. Dans ce système, le débiteur ne peut pas, même avant le partage, payer valablement et définitivement à chacun des héritiers du créancier originaire. L'héritier auquel la créance a été attribuée peut lui demander le tout, et lui, débiteur, a contre les autres héritiers la *condictio indebiti*. Le débiteur ne peut non plus compenser avant le partage les créances qu'il a acquises contre les héritiers avec les parts de créance de ceux-ci; il doit attendre le partage et ne peut compenser qu'avec celui à qui la créance a été attribuée. Les cessions que les autres cohéritiers auront faites de leurs parts de créance avant le partage se trouvent être nulles par l'effet du partage, et ne peuvent être opposées à celui dans le lot duquel la créance héréditaire a été mise. Les créanciers des héritiers ne peuvent saisir-arrêter définitivement entre les mains du débiteur les sommes que celui-ci leur doit comme parts de leurs créances; les saisies des parts dues aux cohéritiers de celui à qui la créance a été attribuée se trouveront être nulles par l'effet du partage¹.

La séparation des patrimoines empêche-t-elle la division des dettes?

La question est gravement controversée, et les plus grandes autorités ne sont pas d'accord sur la solution qu'il faut lui donner.

Nous admettons l'affirmative pour les raisons suivantes :

1^o Elle résulte du caractère, de l'idée mère de cette institution. En effet, la séparation des patrimoines est un bénéfice qui consiste à faire considérer le défunt comme existant encore, comme représenté par son patrimoine, et cela dans le but d'empêcher toutes les conséquences fâcheuses qui pourraient résulter, pour les créanciers du défunt, de la transmission héréditaire, de la con-

1. Cass., 20 déc. 1848; Bonnet, Dev., 1849, I, 479.

fusion de son patrimoine avec celui de l'héritier. C'est, en d'autres termes, une fiction consistant à considérer le défunt, dont les créanciers héréditaires ont suivi la foi, comme vivant encore, toutes les fois que cela leur est utile. La conséquence inévitable de cette idée, que nous devons nous faire de la séparation des patrimoines, c'est que les créanciers du défunt doivent, après comme avant la mort de celui-ci, pouvoir poursuivre le paiement de leurs créances sur tous les biens constituant son patrimoine, s'il est de leur intérêt d'agir ainsi. Ainsi, supposons un seul créancier de 20,000 francs, et le patrimoine du défunt composé d'une seule maison valant 20,000 francs. Cette maison est échue, par le partage, à l'un des héritiers, Primus, tandis que l'autre héritier, Secundus, garde, à titre de part héréditaire, 20,000 fr., qu'il avait reçus du défunt en avancement d'hoirie, et qu'il a déjà dépensés, de sorte qu'il est maintenant complètement insolvable. Le créancier pourra se faire payer sur cette maison, non-seulement jusqu'à concurrence de 10,000 francs, part de Primus dans l'obligation, mais pour la somme entière de 20,000 francs; autrement il éprouverait un préjudice, puisqu'il ne pourrait rien obtenir du donataire en avancement d'hoirie, qui est insolvable. Et il a le droit d'agir ainsi; car pour lui, il n'y a pas de transmission héréditaire, en tant que cela lui cause du préjudice; les choses doivent se passer comme si le défunt vivait encore; or, si le défunt vivait encore, il se ferait payer intégralement sur la maison.

2° Cette idée est aussi celle du législateur. En effet, le législateur français, dans l'article 2111, considère la séparation des patrimoines comme un privilège. Or, il est de la nature du privilège de s'exercer sur chaque fraction du patrimoine sur lequel il porte, et pour tout le montant de la créance privilégiée : l'hypothèque privilégiée, comme toute hypothèque, *est tota in toto et in qualibet parte*. Et remarquons bien que la séparation des patrimoines constitue un privilège unique sur tout le patrimoine du défunt. En effet, l'article 2111, supposant plusieurs créanciers du défunt, dit qu'ils conservent *leur privilège* (au singulier) et

non *leurs privilèges* (au pluriel). De sorte que M. Demolombe nous paraît faire la loi, au lieu de l'interpréter, quand il dit¹ que la séparation des patrimoines constitue autant de privilèges qu'il y a de fractions de la dette originaire, et cela afin de se débarrasser de l'objection insurmontable que la séparation des patrimoines est un privilège et, comme tel, indivisible. L'unité de privilège, c'est le cas habituel, c'est le droit commun. Il faut qu'il y ait un texte spécial de loi pour que nous soyons autorisés à dire qu'il y a autant de privilèges que de fractions de la dette héréditaire. Aussi, Justinien, qui veut créer au profit du légataire plusieurs hypothèques, portant, chacune d'elles, sur les biens échus à chaque héritier, dans la mesure de son obligation personnelle d'acquitter le legs, prend le soin de le décider d'une manière expresse et formelle : «... *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum, et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit...* (l. 1, C., *Communia de legatis*, 6, 42). »

3° Avec le système contraire, le créancier héréditaire souffrirait très-souvent un préjudice qu'il n'aurait aucun moyen d'éviter. C'est ce qui arriverait, par exemple, dans le cas dont nous avons parlé tout à l'heure, à savoir, lorsque l'un des héritiers prendrait tous les biens de la succession, et l'autre garderait ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie. On ne peut pas dire que l'acceptation de la succession par l'héritier donataire en avancement d'hoirie, et insolvable, doit être rescindée comme frauduleuse, nonobstant l'opinion contraire de Dumoulin (*Op. cit.*, P. II, n° 93, *in fine*) et de Pothier (*Oblig.*, n° 310). En effet, en acceptant la succession, cet héritier *suo jure utitur*, et on ne peut accuser de dol celui qui ne fait qu'user de son droit, bien qu'en l'exerçant il cause du préjudice à autrui.

4° Enfin, Dumoulin et Pothier, guides des rédacteurs du Code en cette matière², admettaient que la séparation des patrimoines

1. *Traité des successions*, 2^e édit., t. V, page 250 et 251.

2. Nous savons, en effet, que si les rédacteurs du Code se sont inspirés des idées de Pothier, c'est surtout dans la matière des obligations divi-

empêchait la division des dettes, et ne recouraient à la rescision de l'acceptation comme frauduleuse, que nous ne pouvons pas admettre, que dans le cas où les créanciers héréditaires n'avaient pas eu la précaution d'*arrêter les biens de la succession avant le partage*, c'est-à-dire de demander la séparation des patrimoines. Voyez, en effet, Pothier, *Oblig.*, n^os 309 et 310.

On nous oppose l'article 1220, qui pose, comme principe général, la division des dettes entre les héritiers, et auquel, dit-on, aucun article ne vient apporter une exception au profit des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines. Nous répondons qu'une pareille exception était inutile à faire. Il n'y a besoin d'exception formelle à une règle que lorsque toutes les conditions d'application de cette règle existent. Or, nous soutenons qu'ici la règle de l'article 1220 manque de la condition essentielle à son application. Cette règle suppose qu'il y a des héritiers; elle ne s'applique donc qu'à la condition qu'il y ait transmission héréditaire. Or, précisément la séparation des patrimoines a pour base la négation de cette transmission elle-même, toutes les fois qu'elle est préjudiciable aux créanciers héréditaires, et nous avons démontré qu'elle pourrait l'être si la division des dettes avait lieu.

On nous objecte, en second lieu, que les articles 878 et 2111 nous présentent la séparation des patrimoines comme « dirigée contre les *créanciers des héritiers*, c'est-à-dire que son but défini et précisé est uniquement de garantir les créanciers du défunt du concours des créanciers personnels des héritiers, que ces termes mêmes annoncent qu'elle ne tend pas du tout à modifier... les relations de chacun des héritiers envers les créanciers de la succession, en tant que cohéritiers, c'est-à-dire en tant que chacun d'eux n'est tenu des dettes que pour sa part contributive¹. » Nous répondons que la loi parle de *co quod plerumque fit*. En effet, le préjudice contre lequel les créanciers de la succession

sibles et indivisibles, et que Pothier n'a fait pour cette matière que suivre, presque toujours, les errements de Dumoulin.

1. M. Demolombe, *Op. cit.*, t. V, p. 250.

veulent le plus souvent se prémunir en demandant la séparation des patrimoines, c'est celui qui résulterait de leur concours avec les créanciers personnels de l'héritier. Mais si tel est le cas le plus fréquent d'application de cette institution, son but n'en est pas moins plus large, ne consiste pas moins à arrêter tout préjudice qui pourrait résulter de la *transmission héréditaire*, et par conséquent aussi celui qui résulterait de la division des dettes. S'il fallait d'ailleurs répondre à un argument de texte par un autre argument de même nature, nous pourrions faire remarquer que l'article 878 lui-même contient, avant les mots, *contre tout créancier*, qu'on nous oppose, ceux-ci : *dans tous les cas*; ce qui indique bien que les créanciers de la succession peuvent demander la séparation des patrimoines dans tous les cas où la transmission héréditaire leur causerait du dommage.

On nous objecte enfin qu'il n'est pas vrai de dire que la séparation des patrimoines soit la négation de la transmission héréditaire. En effet, remarquent nos adversaires, une fois que les créanciers personnels des héritiers sont désintéressés, les créanciers du défunt peuvent se faire payer sur ce qui reste des biens personnels de ces héritiers. Or, les héritiers n'ont pas contracté personnellement avec les créanciers héréditaires; ils ne peuvent donc être tenus envers eux que comme héritiers; c'est donc que les créanciers héréditaires reconnaissent qu'il y a eu transmission héréditaire dans leurs rapports avec les héritiers. Nous répondons à cette objection, que nous ne prétendons pas que la séparation des patrimoines soit la négation de la transmission héréditaire d'une manière absolue, mais seulement en tant que cette transmission nuirait aux créanciers de la succession.

Concluons donc que la séparation des patrimoines met obstacle à la division des dettes, qu'elle est la négation de la transmission héréditaire en tout ce que cette transmission serait préjudiciable aux créanciers de la succession, non-seulement en ce qu'ils souffriraient du concours des créanciers personnels des héritiers, mais aussi en ce qu'ils souffriraient de l'application de la

règle que les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers.

L'interruption ou la suspension de la prescription ne profite qu'au créancier qui l'a opérée, ou en faveur duquel la loi l'a établie : la prescription n'est interrompue ou suspendue que pour sa part de la créance.

L'interruption de la prescription n'a lieu qu'à l'égard du débiteur contre lequel elle a été opérée (Pothier, *Oblig.* n° 697, C. N., art. 2249, 2^e alinéa).

Lorsque l'obligation divisible est accompagnée d'une clause pénale, la peine n'est encourue que contre le contrevenant et pour sa part seulement, sans qu'il y ait d'action contre les non-contrevenants (art. 1233, 1^{er} alinéa). — A plus forte raison, si l'obligation divisible est conçue simplement, le contrevenant sera-t-il seul tenu, et pour une partie seulement, des dommages-intérêts.

L'article 1221 énumère divers cas d'exception au principe que chaque débiteur d'une dette divisible n'est tenu que d'une partie de la dette.

Pothier distinguait soigneusement les cas où cette exception devait porter sur l'obligation elle-même, c'est-à-dire sur la demande et sur le paiement, et les cas où elle ne devait porter que sur le paiement. Ainsi il parlait des premiers dans les n°s 300 à 310. Il y comprenait le cas de la dette hypothécaire dont parle le 1^o de l'article 1221; celui de la dette d'un corps certain qui se trouve en la possession d'un seul des héritiers du débiteur, dont parle le 2^o de l'article 1221; et d'autres cas encore qui ont été omis par les rédacteurs du Code. Il ne parlait, au contraire, des cas dans lesquels l'exception ne devait porter que sur le paiement, dans lesquels il y avait, comme il disait avec Dumoulin, une *incongruitas solutionis*, que dans les n°s 311 à 316. Il y comptait le cas des dettes alternatives dont parle le 3^o de l'article 1221, mais en dénaturant l'hypothèse que

1. Sic : M. Bonnier, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1841, t. XIV, p. 482 et suiv.; M. Vernet, à sa conférence. — Contra, M. Demolombe, *Op. cit.*, t. V, p. 249 et suiv. Voyez dans ce dernier auteur la liste détaillée de tous les auteurs et arrêts *pro* ou *contra*.

donnait Pothier, de manière à la rendre incompréhensible; le cas des dettes génériques qui peut rentrer dans le 5° de l'article 1221; le cas où l'on est convenu expressément *ab initio* que le paiement ne pourrait avoir lieu pour partie, lequel a passé avec une modification dans le 4° de l'article 1221; et enfin le cas où, sans qu'il y ait convention, il résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin que l'on s'est proposée dans le contrat, que l'esprit des contractants a effectivement été que la dette ne pût s'acquitter par parties, lequel a passé dans le 5° de l'article 1221.

Mais, dans les cas prévus par le 1° et le 2° de notre article et autres semblables, omis par les rédacteurs, Pothier admettait que la demande devait avoir lieu pour le tout contre l'héritier détenteur de la chose due (nos 300 et 302), qui devait effectuer également le paiement pour le tout, tandis que la demande ne devait être donnée que pour partie contre chacun des autres héritiers, qui ne devaient payer chacun qu'une partie de la chose due. Au contraire, dans les cas prévus par le 3°, 4° et 5° de l'article 1221, le paiement seul devait avoir lieu pour le tout, mais la demande ne pouvait être donnée, contre chacun des héritiers séparément, que pour partie; ou bien, si le créancier aimait mieux, il pouvait la donner contre tous à la fois (n° 316).

Les rédacteurs du Code ont mal à propos confondu tous ces cas et ont décidé que dans tous, et la demande et le paiement, auront lieu pour le tout. Ils n'ont pas compris la distinction très-délicate, mais parfaitement exacte, que faisaient les Romains¹, et après eux Dumoulin² et Pothier³, entre la demande et le paiement. Mais nous ne pensons pas qu'il faille conclure de ce que la demande a lieu pour le tout, que la prescription devra être considérée comme interrompue contre tous; nous ne croyons pas qu'il faille étendre aux cas prévus par l'article 1221, la décision que donne l'article 2249, 2° alinéa, pour les dettes indivisibles;

1. L. 85, § 4, D., *De verb. oblig.*

2. *Op. cit.*, P. II, n° 243.

3. *Oblig.*, n° 316.

nous pensons qu'il faut restreindre cette décision, déjà assez rigoureuse, aux obligations indivisibles proprement dites, et décider pour les obligations dont parle l'article 1221, que la prescription ne sera interrompue que contre celui contre qui la demande a été donnée, quand même elle aura été donnée contre lui pour le tout, mais qu'elle ne sera pas interrompue contre les autres, qui n'ont pas été poursuivis. Il faut cependant excepter le cas où l'un des débiteurs a été chargé par le titre d'acquitter toute la dette; en pareil cas, l'interruption opérée contre le débiteur chargé de l'exécution de l'obligation entière, produit son effet contre tous.

Passons maintenant en revue les différents cas prévus par l'article 1221.

Cet article dit qu'il y a exception au principe de la division de la dette divisible entre les héritiers du débiteur (et aussi bien évidemment entre les débiteurs conjoints originaires):

En premier lieu (dans son 1^o), *dans le cas où la dette est hypothécaire*. Les rédacteurs du Code ont cru, après Pothier, qu'il y avait exception à la règle, parce que l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué était tenu de payer toute la dette. Mais s'il est tenu de la sorte, ce n'est pas en sa qualité d'héritier, il n'est tenu personnellement que pour sa part, et il se libère en la payant; seulement s'il veut conserver l'immeuble, il doit payer toute la dette. Aussi peut-il, après avoir payé la part qu'il doit personnellement, délaisser l'immeuble, et alors le créancier ne pourra plus l'inquiéter du tout. Il n'y a donc pas ici une exception au principe de la division de la dette divisible entre les héritiers du débiteur, mais tout simplement une application de l'indivisibilité de l'hypothèque elle-même (art. 2114, 2^o alinéa), application qui est faite à tout détenteur de l'immeuble hypothéqué, même non débiteur d'aucune partie de la dette. — Les héritiers non détenteurs de l'immeuble pourront, bien entendu, être poursuivis, chacun pour sa part héréditaire, et condamnés à payer chacun cette partie de la dette. Si l'héritier détenteur paye toute la dette, il a le recours contre ses cohéritiers;

il peut même, quand il est poursuivi par le créancier, les appeler en cause, afin de faire statuer sur son recours contre eux, par la même sentence qui le condamnera à payer le tout.

En second lieu (dans son 2^o), l'article 1221 annonce, comme exception au principe de la division de la dette divisible entre les héritiers du débiteur (et aussi entre les débiteurs conjoints originaires), *le cas de la dette d'un corps certain*.

En principe, les débiteurs d'un corps certain ne peuvent être poursuivis chacun que pour sa part. C'est ce que la loi dit pour les héritiers de l'acheteur sujet à réméré (art. 1672), et pour ceux de l'acheteur sujet à rescision (art. 1685).

Quand donc la demande pourra-t-elle être donnée pour le tout contre l'un des débiteurs? C'est, comme il résulte du dernier alinéa de l'article 1221, lorsque l'un des débiteurs possède toute la chose due.

Cela pouvait arriver, dans l'ancien droit, dans deux cas distincts :

1^o Lorsque l'un des héritiers avait succédé à la chose due; ce qui avait lieu très-souvent, à cause de la distinction entre les propres et les acquêts. Le successeur aux propres était tenu seul de payer l'immeuble promis, si cet immeuble faisait partie des propres, les autres héritiers ne pouvaient pas même être poursuivis pour partie : ils étaient tout à fait étrangers à la dette; en effet, en ce qui concernait les propres, n'ayant pas succédé au défunt, ils ne le représentaient nullement (Pothier, n^o 301).

Ce cas se présentera plus rarement aujourd'hui qu'on ne recherche plus, en matière de succession, l'origine des biens qu'exceptionnellement. Mais il pourra se présenter, dans tous ces cas exceptionnels, qui sont ceux des successions anormales. Ainsi supposez que quelqu'un a promis de donner une rangée d'arbres qui se trouve sur son vignoble, et qu'il s'engage de couper après la récolte. Il meurt avant d'avoir exécuté son obligation, en laissant deux héritiers parmi lesquels l'ascendant donateur de ce vignoble. Ce dernier succédant seul au vignoble, sera seul tenu de couper la rangée d'arbres et de la livrer au stipulant, de même qu'il aurait

seul droit au prix de vente de cette rangée d'arbres, si ce prix n'était pas encore payé. Cet exemple prouve que, malgré le principe de la translation de la propriété des corps certains, par l'effet même de la convention, il peut encore se présenter aujourd'hui des cas d'obligations de livrer des corps certains.

2° Le cas de dette d'un corps certain, possédé par un seul des héritiers du débiteur, se présentait encore dans l'ancien droit, lorsque ce corps certain avait été mis par le partage dans le lot de cet héritier.

Aujourd'hui, sous l'empire de l'article 1138, ce cas se présentera plus rarement. En effet, la plupart du temps, le corps certain promis par le défunt se trouvera avoir été transféré en propriété au stipulant par l'effet même de la convention; et alors c'est la revendication qui sera donnée pour le tout contre l'héritier possesseur, qui devra délaisser, ou sera condamné à délaisser ce corps certain en entier. Mais on peut trouver, même aujourd'hui, des cas de véritable obligation de livrer un corps certain : c'est, en effet, à l'obligation même de livrer que fait allusion notre 2°, et non au délaissement à faire à la suite d'une revendication. Nous n'avons qu'à supposer, comme pour le cas précédent, que le défunt a promis de livrer une rangée d'arbres qui se trouve sur son vignoble, après qu'il fera la récolte, et qu'il meurt avant d'avoir effectué la coupe en laissant plusieurs héritiers dans le lot de l'un desquels se trouve être mis par le partage le vignoble. Cet héritier sera tenu d'une véritable obligation de donner la rangée d'arbres. Le stipulant n'en a pas été rendu propriétaire par la convention; car, bien que la rangée d'arbres ait été désignée, et qu'elle forme, par conséquent, un corps certain, néanmoins, comme les arbres n'étaient pas séparés du sol, qu'ils n'avaient pas une individualité distincte, ils n'ont pas pu former l'objet d'une propriété.

Le plus souvent, en mettant l'objet dû dans le lot de l'un des héritiers, on aura mis une autre valeur à la place, afin de combler la lacune qui sera faite plus tard par le paiement de ce corps certain; et alors, lorsque cet héritier, poursuivi pour le tout,

payera ce corps certain en entier, il n'aura aucun recours à exercer contre ses cohéritiers. Mais il pourra arriver que la chose due soit une chose qui avait été déposée chez le défunt ou qui lui avait été prêtée à usage, et que, dans l'ignorance de ce dépôt ou de ce commodat, cette chose ait été mise sans équivalent dans le lot de l'un des héritiers; alors celui-ci, après l'avoir payée en entier, aura son recours contre ses cohéritiers; il pourra même les appeler en cause pour faire statuer sur le recours contre eux en dommages-intérêts, par le même jugement qui le condamnera à payer l'objet dû en entier. Ce recours aura lieu contre chacun d'eux pour une part des dommages-intérêts proportionnelle à la part qu'il doit supporter dans l'obligation.

Dans le cas où, par le partage, la chose a été mise dans le lot de l'un des héritiers, qu'elle ait été mise en connaissance de cause ou non, avec ou sans équivalent, comme le partage ne regarde pas le créancier, celui-ci pourra, s'il aime mieux, poursuivre chacun des cohéritiers de celui à qui la chose due est échue pour partie, et le faire condamner à une partie des dommages-intérêts; car ils ont succédé pour partie au défunt, ils sont donc tenus pour cette partie de son obligation (Pothier, n° 302).

La raison pour laquelle celui qui a reçu la chose due dans son lot peut être poursuivi et condamné pour le tout, c'est qu'ayant la faculté de restituer la chose entière, rien de plus simple que de s'adresser à lui pour la lui demander en entier. C'est l'application faite par Dumoulin de la loi 3, § 3, D., *Commodati*, dans laquelle Ulpien décidait que l'héritier du commodataire, qui avait la faculté de restituer toute la chose prêtée, pouvait être poursuivi pour le tout, et condamné *in solidum*, ce qui s'entendait de l'entière estimation, dans la pensée du jurisconsulte qui a écrit ce texte, et qui devait s'entendre de la chose elle-même en entier du temps de Justinien.

C'est seulement lorsque c'est en sa qualité d'héritier que l'un des héritiers possède toute la chose, qu'il peut être poursuivi et condamné pour le tout, et non pas aussi lorsqu'il la possède en entier de son chef. En pareil cas, il ne pourra être poursuivi que

pour sa part héréditaire, et il sera quitte en transférant la propriété d'une partie de cette chose proportionnelle à sa part héréditaire. Pothier argumente, en ce sens, de la loi 86, § 3 D., *De legatis*, I (30). Dans cette loi le jurisconsulte Julien suppose qu'un testateur a légué à quelqu'un un fonds appartenant à l'un de ses héritiers, et décide que l'héritier à qui il appartient n'est tenu que pour partie, et que ses cohéritiers seront tenus pour les parties restantes : « Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui « unius heredis esset, non amplius quam partem suam præstabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur. » On ne peut plus aujourd'hui donner cet exemple, puisque l'article 1021 déclare nul le legs de la chose d'autrui. Mais on peut supposer que l'on a promis de donner à quelqu'un un fonds qui appartenait à un tiers, c'est-à-dire qu'on s'est porté fort de lui procurer ce fonds : cette promesse est aujourd'hui valable ; puis, nous n'avons, pour compléter l'hypothèse, qu'à supposer que ce tiers a été institué, conjointement avec le fils du promettant, légataire universel par le testament de celui-ci. Ce tiers, successeur pour moitié du promettant, ne sera tenu et ne pourra être poursuivi que pour partie, bien qu'il possède le fonds promis en entier ; car il le possède de son chef et non à titre héréditaire¹.

Lorsque le corps certain dû a péri par la faute ou le fait de l'un des débiteurs, la peine sera due en entier par l'auteur de la faute ou du fait, et pour sa part, par les héritiers qui n'ont rien à s'imputer. C'est ce que décidait Pothier dans le 2^e alinéa de son n^o 305. Dans le Code Napoléon, nous avons la disposition de l'article 1233, 2^e alinéa. Cet article, après avoir décidé que, lorsque l'obligation est divisible, la peine n'est encourue que par le contrevenant et pour sa part, ce que nous avons déjà vu plus haut, ajoute dans le 2^e alinéa ce qui suit : « Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été stipulée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas,

1. *Sic*, M. Vernet, à sa conférence.

la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours. » Cet article s'applique textuellement au 4^o de l'article 1221, c'est-à-dire au cas où les parties ont déclaré expressément leur intention que le paiement ne pourra pas avoir lieu partiellement ; et au 5^o du même article, où cette intention des parties résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin qu'on s'est proposée en contractant. Il y a même raison de l'appliquer également à notre cas, dans lequel aussi le paiement ne peut se faire partiellement, et relativement auquel Pothier le décidait ainsi.

Mais nous ne pensons pas qu'il faille appliquer l'article 1233, 2^o alinéa, aux dommages-intérêts estimés par le juge. Nous croyons que celui par la faute ou le fait duquel le corps certain a péri, sera seul tenu de tous les dommages-intérêts (art. 1382) ; que les autres n'en seront nullement tenus pour la moindre partie : la faute ou le fait de leur codébiteur, qui leur est tout à fait étranger, est pour eux un cas fortuit (art. 1302). Nous avons décidé cela, même pour le cas de contravention de l'un des débiteurs à l'obligation de ne pas faire, qui est absolument indivisible, malgré l'opinion contraire de Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n^o 168, et suiv.) et de Pothier (n^o 336). Nous nous sommes fondés sur la raison, et sur le silence du Code qui ne nous gênait pas par une disposition formellement contraire. A plus forte raison devons-nous le décider ainsi pour ce cas-ci, où nous avons, outre les deux arguments précédents, l'assentiment formel de Dumoulin (*Op. cit.*, P. III, n^o 439 et 440) et de Pothier (n^o 305, 1^{er} alinéa)¹.

En troisième lieu (dans son 3^o), l'article 1221 annonce comme exception au principe de la division de la dette divisible entre les héritiers du débiteur (et aussi entre les débiteurs originaires conjoints), *le cas d'une dette alternative de deux choses, l'une divisible, l'autre indivisible, au choix du créancier.*

La disposition du troisième numéro de l'article 1221 est un véritable non-sens.

1. *Sic*, M. Yernet, à sa conférence.

Nous savons qu'en droit romain la dette alternative était indivisible *solutione*, lorsque le choix appartenait au débiteur. Nous savons, en outre, que les jurisconsultes romains choisissaient pour mettre dans l'alternative des exemples parmi les choses parfaitement divisibles de leur nature, précisément pour montrer que ces choses, bien que divisibles de leur nature, ne pouvaient cependant être payées par parties. Ils voulaient entendre par là que l'un des héritiers du débiteur ne pouvait payer une partie de l'une des choses comprises dans l'alternative, et que s'il le faisait, il ne se libérait pas immédiatement, qu'il n'y avait libération que si l'autre héritier payait la partie restante de la même chose; que, s'il voulait se libérer immédiatement, il devait fournir l'une des choses comprises dans l'alternative en entier. Au contraire, si, dans l'obligation alternative, le créancier s'était réservé le choix, les jurisconsultes romains décidaient que le paiement d'une partie de l'une des choses comprises dans l'alternative, fait par l'un des héritiers du débiteur au créancier qui l'avait demandé, ou qui agréait l'offre de cet héritier, libérait ce dernier immédiatement de son obligation, parce que le créancier, en demandant ou en acceptant une partie de l'une des choses, était considéré comme ayant porté son choix sur cette chose-là, et dès lors l'autre héritier ne devait plus payer que la partie restante de cette même chose; il n'y avait, par conséquent, plus à craindre de paiement de parties de choses différentes. De plus, avons-nous dit, les jurisconsultes romains supposaient toujours que les choses comprises dans l'alternative étaient divisibles de leur nature; car, avec leur habileté de discernement, ils ne voulaient pas mêler l'indivisibilité résultant de la nature de l'objet avec la simple indivisibilité d'exécution, ils voulaient au contraire faire ressortir l'indivisibilité du paiement dans les obligations de choses parfaitement divisibles de leur nature. Pothier a suivi, avec intelligence, les errements du droit romain. Aussi, dans son n° 312, en parlant de l'indivisibilité *solutione* des obligations alternatives, suppose-t-il les deux choses comprises dans l'alternative parfaitement divisibles; il prend, en effet, pour exemple,

l'obligation de *telle maison ou de 10,000 écus*, et ici, bien entendu, telle maison signifie une maison déjà construite, par conséquent susceptible de sa nature de parties indivises, intellectuelles, et non une maison à construire, un *opus*¹ ; ensuite il suppose que le choix appartient au débiteur, puisqu'il ne dit pas à qui il appartient, et que dans le doute, c'est à lui qu'il doit être conféré.

Le Code suppose, au contraire, une dette alternative de deux choses, dont l'une est indivisible, au choix du créancier. Cette hypothèse est doublement inexacte : 1° En ce que le caractère de l'obligation alternative n'est pas d'être indivisible à raison de ce que l'une des choses comprises dans l'alternative n'est pas, de sa nature, susceptible de parties ; les rédacteurs du Code ont donc eu tort de mêler l'indivisibilité *natura* avec l'indivisibilité *solutione*, qui en est complètement indépendante et n'a aucun besoin de son intervention ; ils n'ont fait, par ce mélange, qu'obscurcir la matière ; 2° en ce que l'obligation alternative n'est plus indivisible, même *solutione*, lorsque le choix appartient au créancier, car alors le paiement d'une partie d'une des deux choses fait au créancier qui la demande ou qui agréé l'offre du débiteur, produit libération immédiatement pour cette partie de l'obligation.

Où est-ce que les rédacteurs ont pris l'inexacte et bizarre disposition du 3° de l'article 1221 ?

Il faut, pour nous en rendre bien compte, examiner les différentes phases par lesquelles a passé ce paragraphe de l'art. 1221.

Le projet du gouvernement de l'an VIII portait dans son article 113 : « Le principe précédent (c'est-à-dire celui de la division

1. M. Deflers est donc dans l'erreur lorsqu'il dit, au commencement de la page 76 de sa monographie, déjà citée, que les rédacteurs du Code ont formulé le 4° de l'article 1221 sur l'exemple de Pothier, qui contenait une chose divisible et une chose indivisible. Non, les rédacteurs du Code n'ont pas même cette excuse en leur faveur. En effet, Pothier parle de deux choses parfaitement divisibles. Il s'est gardé, avec raison, de mêler ensemble l'indivisibilité *solutione* avec l'indivisibilité *natura*, et les obligations de donner avec les obligations de faire, les *res* avec les *facta*.

de l'obligation divisible *natura* entre les héritiers du débiteur) reçoit exception à l'égard des héritiers du débiteur.... 4° Lorsqu'il s'agit d'une dette alternative de l'une de deux choses dont l'une est indivisible¹. »

Le 4° de l'article 113 ne contenait ainsi qu'une inexactitude, celle consistant à mettre dans l'alternative une chose divisible et une autre indivisible. Comment les rédacteurs du 4° de l'art. 113 ont-ils commis cette inexactitude? Peut-être ont-ils été induits en erreur par l'exemple de Pothier, qu'ils n'auront pas compris, peut-être n'ont-ils pas remarqué dans cet exemple l'adjectif déterminatif *telle* à côté du substantif *maison*, et ont-ils cru que Pothier voulait parler d'une maison à construire, d'un *opus* qui est un fait indivisible; ou bien peut-être ont-ils cru qu'une *maison* est une chose indivisible, parce qu'elle n'est pas susceptible de parties réelles, de parties divisées? Dans tous les cas, on ne peut reprocher que cette inexactitude au 4° de l'article 113 de projet de l'an VIII. Cette disposition est à l'abri de la seconde inexactitude contenue dans le 3° de l'article 1221, puisque, ne déterminant pas à qui appartient le choix, il le laisse à celui à qui il appartient, dans le doute, c'est-à-dire au débiteur.

Le tribunal de Toulouse, qui ne fit aucune observation sur le reste de la section des obligations divisibles et indivisibles, en fit une précisément sur le 4° de l'article 113. Il observa que ce numéro « confond... le cas où le choix appartient au débiteur avec celui auquel il appartient au créancier². » Cette observation inexacte, puisqu'en ne parlant pas du choix le n° 4 de l'article 113 supposait qu'il appartenait au débiteur, conformément à la doctrine parfaitement exacte des jurisconsultes romains et à celle de Pothier, entraîna le changement de rédaction du n° 4 de l'article 113, changement consistant à exprimer formellement qu'il s'agissait d'une dette alternative dans laquelle le choix appartenait au créancier. Voici, en effet, comment est conçue, dans le projet du Code civil, présenté par M. Bigot-Préameneu au Con-

1. Fenet, t. II, p. 175.

2. Fenet, t. V, p. 584.

seil d'Etat, pour y être discuté, le 11 brumaire an XII, la disposition qui prit la place du n° 4 de l'article 113, qui forme dans ce projet le 3° de l'article 117, qui ne subit plus ensuite aucune modification, et qui devint par la suite le 3° de l'article 1221 : « Lorsqu'il s'agit de la dette alternative de deux choses au choix du créancier, dont l'une est indivisible. » Les rédacteurs du projet du Code civil voulurent ainsi faire droit à l'observation du tribunal de Toulouse, sans s'apercevoir qu'ils grevaient de cette manière le n° 4 de l'article 113 d'une deuxième inexactitude.

Mais enfin, qu'a voulu dire le législateur par ce 3° de l'article 1221 ? L'intention du législateur résulte de l'exposé des motifs de M. Bigot-Préameneu au Corps législatif. Voici comment il y paraphrase cette disposition : « S'il s'agit d'une dette alternative de choses au choix du créancier, et dont l'une soit indivisible, les héritiers ne sauraient réclamer une division qui serait contraire au droit que le créancier a de choisir ou au choix qu'il aurait fait¹. » Ainsi le législateur a voulu dire par ce 3° de l'article 1221, qu'il fait exception au principe de la divisibilité en ce sens que les héritiers ne sauraient, si le choix n'est pas encore fait par le créancier, payer à celui-ci des parties dans la chose divisible comprise dans l'alternative, et l'empêcher ainsi de choisir la chose indivisible ; et que, si le choix est déjà fait et qu'il porté sur la chose indivisible, les héritiers ne pourraient pas prétendre payer des parties de la chose divisible, sous prétexte qu'ils sont débiteurs d'une chose divisible ou d'une chose indivisible alternativement. C'est là une disposition naïve. Il est par trop évident, pour que cela ait eu besoin d'être dit, que lorsque le créancier s'est réservé le choix par une clause expresse du contrat, les débiteurs ne peuvent pas l'empêcher de l'exercer, ni payer contrairement au choix qu'il a fait. Ensuite la disposition du n° 3 de l'article 1221 n'a aucun trait à ce qu'on doit entendre par une indivisibilité *solutione* dans une obligation alternative. En effet, nous le répétons en terminant, si le créancier

1. Fenet, t. XIII, p. 238.

demande ou accepte, sur l'offre de l'un des débiteurs, une partie de l'une des choses dues alternativement, le débiteur qui la paye se libère immédiatement de la part d'obligation qui pesait sur lui, dès lors il n'y a pas d'indivisibilité dans le paiement.

En quatrième lieu (dans son 4^o), l'article 1221 annonce comme exception au principe de la division de l'obligation divisible entre les héritiers du débiteur (et aussi entre les débiteurs originaires conjoints), le cas où *l'un des héritiers est chargé seul, par le titre, de l'exécution de l'obligation.*

En droit romain, il n'était pas permis à quelqu'un de charger, en contractant l'obligation, un de ses héritiers de l'acquitter entièrement. C'est ce que décidait formellement Julien, l. 56, § 1, *De verb. oblig.*, en ces termes : « *Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes? Titii persona supervacua comprehensa est; sive enim solus exstiterit, in solidum tenebitur: sive pro parte, eodem modo quo cæteri coheredes ejus, obligabitur: et quamvis convenisse videatur, ne ab alio herede quam a Titio peteretur, tamen inutile pactum conventum coheredibus ejus erit.* » Ainsi, le jurisconsulte décidait que, si le promettant venait à mourir en laissant plusieurs héritiers, Titius, l'un des héritiers, aurait été nommé inutilement dans la stipulation, car il ne pouvait être tenu autrement que les autres, c'est-à-dire pour partie. En effet, il n'était héritier que pour partie, et le promettant n'avait pas pu l'obliger, par le contrat, pour le tout; car, au-delà de sa part héréditaire, il n'était qu'un tiers, et il aurait été ainsi obligé par la promesse d'un tiers, ce qui ne pouvait avoir lieu en droit romain. Les autres héritiers ne pouvaient pas se défendre, par l'exception *pacti conventi*, contre la poursuite du créancier qui venait leur réclamer leurs parts. En effet, il avait été entendu que le stipulant obtiendrait le tout; or, il ne pouvait pas l'obtenir de Titius, qui n'était pas obligé pour le tout par suite de la stipulation du défunt; il fallait donc qu'il pût obtenir les parties restantes des cohéritiers de Titius. — Au contraire, par testament, quelqu'un pouvait parfaitement charger un seul de ses héritiers de payer une dette, si, bien entendu, cette

dette ne dépassait pas les trois quarts de sa portion héréditaire, et, par conséquent, lui laissait libre le quart de cette part, c'est-à-dire la quarte Falcidie ; si, au contraire la quarte Falcidie était entamée, la dette était réduite jusqu'à concurrence de la quantité disponible. (Ulpien, l. 20, § 5, *Fam. hercisc.*)¹.

Mais le promettant ne pouvait-il pas charger, par la stipulation, l'un de ses héritiers de payer le tout, sauf recours, c'est-à-dire de faire les avances des parts de ses cohéritiers ? Nous ne le pensons pas. En effet, il aurait modifié de cette manière la position respective de ses héritiers, ce qui ne nous paraît pas lui avoir été permis de faire en droit romain.

Nous pensons cependant que le stipulant pouvait, par le contrat même, promettre que la dette ne pourrait être acquittée qu'intégralement par tous ses héritiers : chacun des héritiers ne pouvait alors être poursuivi que pour sa partie ; le créancier qui voulait avoir le tout, conformément à la stipulation, devait poursuivre tous les héritiers à la fois ; et si les héritiers voulaient se libérer spontanément, ils ne pouvaient le faire en offrant chacun sa part séparément, il devaient se réunir pour offrir leurs parts tous à la fois. Une pareille convention eût été valable, croyons-nous, en droit romain : elle ne modifiait en rien la position de l'un des héritiers au détriment de l'autre, et la loi 56, § 1, *De verb. oblig.*, ne lui est pas du tout contraire. Dumoulin (*Op. cit.*, P. II, n^o 30 et 31) et Pothier (*Oblig.*, n^o 313), l'avaient parfaitement aperçu. Aussi admettaient-ils parfaitement la validité de cette dernière convention.

Mais Pothier allait plus loin. Il décidait (n^o 307) que l'un des héritiers pouvait même être chargé par la convention d'acquitter la dette en entier, sauf son recours contre ses cohéritiers, s'il payait le tout. Les cohéritiers de celui qui avait été chargé d'acquitter la dette en entier ne cessaient pas pour cela de pouvoir être poursuivis chacun pour sa part. Pothier admettait également (*eod. num.*), ce qui allait d'ailleurs sans aucune diffi-

1. Voy. Cujas, *Comm. ad hanc legem.*

culté, qu'une pareille charge pouvait être imposée par testament à l'un des héritiers. En pareil cas, l'héritier chargé de payer toute la dette avait ou non son recours contre ses cohéritiers, lorsqu'il l'avait acquittée, suivant l'intention du testateur. Les autres héritiers ne cessaient pas, bien entendu, de pouvoir être poursuivis chacun pour sa part.

Le n° 4 de l'article 1221 est évidemment la reproduction du n° 307 de Pothier, puisqu'il parle d'un seul héritier chargé de payer la dette, et non pas, comme on l'a soutenu¹, dans le n° 313, qui parle d'une convention conformément à laquelle les héritiers ne pouvaient pas tout simplement s'acquitter séparément chacun de sa part, mais d'après laquelle la condition de tous les héritiers était égale, d'après laquelle ils devaient, pour se libérer, offrir tous leurs parts en même temps. Ceci est important, puisqu'il nous autorise à décider que le titre, dont parle le n° 4 de l'article 1221, peut être aussi bien une convention qu'un testament. D'ailleurs, la loi ne distingue pas². — Il y a toutefois à faire une distinction importante entre la convention et le testament. Lorsque la charge est imposée par la convention, elle ne peut avoir d'autre portée que celle de charger l'un des héritiers d'avancer les parts des autres, de sorte que l'héritier ainsi chargé de payer le tout, peut, après l'avoir payé, recourir contre ses cohéritiers (art. 1221 in fine); il peut même, lorsqu'il est poursuivi pour le tout, demander un délai pour mettre en cause ses cohéritiers afin de faire statuer sur son recours contre eux par le même jugement qui le condamnera à payer le tout. (C. proc. civ., art. 175). Au contraire, on peut, par testament, mettre à la charge définitive de l'un de ses héritiers le payement intégral de toute la dette,

1. Sic, M. Caresme (*Op. cit.*, p. 134), qui vise même le n° 314, ce qui ne peut être évidemment qu'un *lapsus calami*, ou bien une erreur typographique.

2. Sic: MM. Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. III, p. 41, note 32; M. Frédéric Duranton, à son cours (1838-1839).— Contra: M. Mourlon (*Op. cit.*, t. II, p. 387 de la 4^e édition), M. Caresme (*Op. cit.*, p. 133 et 134), etc., qui pensent que le n° 4 de l'article 1221 entend parler seulement d'une convention.

dans les limites, bien entendu, de la quotité disponible; de manière que l'héritier ainsi chargé d'acquitter toute la dette n'aura, lorsqu'il l'aura acquittée, aucun recours contre ses cohéritiers. On ne peut mettre une pareille charge dans une convention : en faisant cela, on violerait en effet l'article 893, qui ne permet de faire des libéralités que dans la forme des donations entre vifs et des testaments.

Quant à la convention dont parle Pothier, n° 313, et d'après laquelle on conviendrait par le contrat créateur de l'obligation, que cette obligation ne pourrait être acquittée partiellement, cette convention, bien que non prévue par le Code, sera cependant valable dans le droit actuel. En pareil cas, on suivra les termes de la convention, si la volonté des parties y est clairement exprimée. Mais dans le doute, nous pensons qu'il faut interpréter cette convention de la même manière que Pothier, et décider qu'il n'y a que le paiement qui devra être fait intégralement par tous les héritiers à la fois; mais que la demande ne pourra être donnée contre chacun d'eux séparément que pour sa part, qu'on devra la donner contre tous à la fois, si on veut arriver à obtenir le bénéfice de la convention. En effet, il est de principe que, dans le doute, les conventions doivent être interprétées en faveur des débiteurs (art. 1162).

En dernier lieu (dans son 5°), l'article 1221 annonce, comme exception au principe que la dette divisible ne se divise pas entre les héritiers du débiteur (et aussi entre les débiteurs originaires conjoints), le cas où *il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, que l'intention des contractants a été que la dette ne pût s'acquitter partiellement.*

De la nature de l'engagement. — C'est-à-dire du caractère particulier de la convention ou du fait qui forme la cause génératrice de l'obligation. Il est assez difficile de trouver des exemples d'obligations indivisibles *solutione* à raison de la nature de l'engagement. Les exemples que citent les auteurs semblent en effet rentrer dans les catégories des obligations indivisibles à raison

de leur objet ou de leur fin ¹. Marcadé cite comme exemple d'une obligation indivisible *solutione* à raison de la nature de l'engagement, le cas d'un bail à ferme que l'on ferait d'un héritage. Il est vrai que l'un des héritiers du bailleur ne peut pas se libérer en livrant au locataire, pour en jouir, sa part divisée ou indivise de la ferme, si les autres ne sont pas prêts de leur côté à lui livrer les leurs, parce que la division de cette ferme lui porterait préjudice, il ne l'a louée que pour en jouir en totalité, et il n'en aurait pas pris à ferme une partie. Cet exemple est pris dans Pothier (n° 315). Mais Pothier ne dit pas qu'on doit le donner comme rentrant dans les obligations indivisibles *solutione* à raison de la nature de l'engagement. Et nous pensons que c'est plutôt à raison de son objet que cette obligation est indivisible : on a loué l'objet en entier et non pas une partie de cet objet ; on ne l'aurait pas loué si on avait su ne pouvoir jouir que d'une partie ². D'autres auteurs, tels que MM. Mourlon (*op. cit.*, t. II, p. 577 de la 2^e édition), Caresme (*Op. cit.*, n° 212 et suivants), et Deflers (*Op. cit.*, p. 78), citent les obligations de genre comme tirant leur indivisibilité *solutione* de la nature de l'engagement. Nous reconnaissons que la dette d'une chose *in genere est indivisible solutione*, que l'un des débiteurs ne se libère pas en offrant une partie d'une chose comprise dans le genre, si les autres n'offrent pas les parties restantes de la même chose ; car s'il était libéré, ses codébiteurs pourraient s'affranchir de leur obligation en offrant des parties d'autres choses comprises dans le même genre, et alors le stipulant aurait des parties de choses différentes, au lieu d'avoir une chose entière, comme il en est convenu : or, on ne peut pas faire que le créancier obtienne autre chose que ce qu'il a stipulé, *quod non potuit defunctus facere, ne, quod stipulatus sum, consequar* (l. 85 § 4 D., *De verb. obl.*). Mais ici encore nous pensons que c'est de la chose qui fait l'objet du contrat que résulte l'indivisibilité plutôt que de la nature de l'engagement.

1. MM. Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. III, p. 43, note 37; M. Vernet à sa conférence.

2. *Sic*, M. Vernet, à sa conférence.

De la chose qui fait l'objet de l'engagement. Les exemples sont faciles à donner. On peut citer les deux exemples précédents.

De la fin qu'on s'est proposée dans le contrat. — Ainsi je revendique un immeuble et je transige avec son détenteur : je conviens avec lui qu'il gardera l'immeuble et qu'il payera à mon créancier qui me tient en prison la somme de 10,000 francs, afin que je puisse en sortir. Le promettant meurt en laissant plusieurs héritiers. Il ne pourra pas m'offrir séparément une partie de la somme qui ne peut pas me procurer la liberté (but que je me suis proposé en contractant), et que je ne pourrai pas conserver sûrement en prison en attendant le paiement du surplus (Pothier, n° 315 *in fine*). Les héritiers devront donc se réunir pour m'offrir ensemble la somme entière.

Dans tous ces cas, non-seulement le paiement ne peut pas avoir lieu pour partie, seul effet reconnu par Pothier (n° 316), qui pouvait ainsi appeler ces obligations indivisibles *solutione tantum* dans le vrai sens du mot; mais en outre, en vertu de la disposition finale de l'article 1221, le créancier pourra demander le tout à chacun des débiteurs. Ainsi le créancier pourra demander à l'un quelconque d'entre eux de lui livrer le fonds loué en entier, ou une chose entière du genre promis, ou la somme entière de 10,000 francs nécessaire pour sortir de prison. Le débiteur poursuivi ne pourra pas mettre en cause ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation, mais seulement pour faire statuer sur son recours contre eux. L'intention des parties qui a été que le paiement se fit intégralement, exclut toute possibilité de faire diviser la condamnation. D'ailleurs, l'article 1221, en accordant au débiteur poursuivi son recours contre ses codébiteurs, suppose par là même nécessairement qu'il a été condamné seul à l'exécution intégrale de l'obligation¹.

Les obligations dont parle le 5° de l'article 1221 sont distinctes de celles dont s'occupe l'article 1218. Il est vrai que l'indivisibilité

1. Sic, MM. Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. III, p. 42, note 35. — Contra, M. Duranton (XI, 297), qui pense que le débiteur poursuivi pour le tout peut appeler en cause ses codébiteurs pour faire diviser la condamnation.

des obligations de l'article 1218 résulte de la volonté des contractants, et qu'il en est de même de l'indivisibilité d'exécution de celles dont traite le 5° de l'article 1221. Mais dans les obligations de l'article 1218, une fois que la volonté des parties a déterminé le rapport sous lequel elles ont envisagé la chose ou le fait qui forme l'objet de l'une d'entre elles, l'indivisibilité de la prestation devient une conséquence nécessaire et définitive de ce rapport, toute convention postérieure de paiement partiel dénaturerait l'objet de cette prestation. Ainsi, supposez que je sois convenu avec un architecte qu'il me construise une maison. La construction de la maison se compose d'une série de travaux qui ne se font que successivement et séparément. Mais les parties ont considéré cette série de travaux dans leur ensemble, de manière à ce qu'ils donnent une maison. Ce caractère une fois déterminé, on peut, il est vrai, convenir postérieurement avec l'architecte qu'il sera libéré de son obligation en me faisant le travail à moitié; mais on dénature par là l'objet de la prestation; ce n'est plus une maison qui forme désormais l'objet de la prestation, mais un simple travail appréciable par la quantité, ce n'est plus un *opus*, mais des *opere*, ce n'est plus un ἀποτέλεσμα, mais un ἔργον. Au contraire, dans les obligations du 5° de l'article 1221, la volonté des parties porte, non sur l'objet même de l'obligation, mais sur son exécution; elle tend à rendre indivisible, non pas l'obligation dans son essence, de manière à ce qu'on ne puisse ensuite, sans la dénaturer, convenir d'un paiement partiel, mais seulement l'exécution de cette obligation; de sorte qu'une convention de paiement partiel qui interviendrait par la suite ne dénaturerait pas l'objet de la prestation. Ainsi, supposez que transigeant avec le détenteur d'un immeuble que j'ai revendiqué contre lui, ce détenteur me promette de me payer, à titre d'abandon de mes prétentions sur la propriété de l'immeuble, 10,000 francs pour me tirer de prison. Le promettant meurt en laissant plusieurs héritiers. Je puis convenir avec les héritiers qu'ils me payeront séparément, et à des termes différents, chacun sa part dans la dette de 10,000 francs, parce que le créan-

cier qui me tient en prison aura consenti à m'en laisser sortir après le payement d'une partie de la somme qui lui est due, et moyennant la promesse de lui payer le reste à des termes différents. Une pareille convention ne dénature pas l'objet de la prestation : c'est toujours 10,000 francs qui me sont dus¹.

Aussi, il ne faut pas appliquer aux obligations indivisibles *solutione*, toutes les règles que nous avons données pour les obligations indivisibles *contractu* (qui sont les mêmes que celles relatives aux obligations indivisibles *natura*). Les points de ressemblance entre ces deux espèces d'obligations sont les suivants :

1^o Dans les unes comme dans les autres, le créancier peut demander le tout à chacun des débiteurs, et le débiteur poursuivi ne peut se libérer qu'en payant le tout².

2^o Dans les unes comme dans les autres, s'il y a une peine stipulée pour le cas d'inexécution, la peine est encourue par la contravention d'un seul de ses débiteurs, et elle peut être demandée pour la totalité contre le contrevenant, pour partie contre chacun des autres débiteurs, sauf leurs recours (comp. les articles 1232 et 1233, 2^o alinéa).

Ces deux espèces d'obligations diffèrent, au contraire, sous les points de vue suivants :

1^o Dans les obligations indivisibles *contractu*, chaque créancier peut demander l'accomplissement intégral de l'obligation. Au contraire, dans les obligations indivisibles *solutione*, chaque créancier ne peut demander que sa part de la créance³.

1. Sic : Marcadé, *Op. cit.*, t. IV, n^{os} 627 et 642 de la 5^e édition ; Aubry et Rau, *Op. cit.*, t. III, p. 42, note 36 ; M. Valette, à son cours ; M. Vernet, à sa conférence. — Contra, Toullier (VI, 782), et M. Duranton (XI, 247), qui présentent comme rentrant l'une dans l'autre ces deux classes d'obligations.

2. Ceci n'est absolument vrai, en ce qui concerne les obligations indivisibles *solutione*, que pour celles dont s'occupe le 5^o de l'article 1224 ; dans aux autres, ce n'est que tel débiteur déterminé qui est tenu de la totalité.

3. Par exception, il peut en arriver autrement. Ainsi, par le titre même qui crée l'obligation, l'un des créanciers ou l'un des héritiers du créancier unique peut être chargé de réclamer toutes la créance, sauf à en

2° L'interruption ou la suspension de la prescription opérée par l'un des créanciers ou établie en sa faveur, conserve la créance pour le tout, même à l'égard des autres créanciers, dans le cas de l'article 1218. Au contraire, l'interruption ou la suspension de la prescription opérée par l'un des créanciers ou établie en sa faveur, ne conserve la créance que pour sa part, dans le cas de l'article 1221¹.

3° L'interruption de la prescription opérée contre l'un des débiteurs conserve intégralement les droits du créancier contre tous, dans le cas de l'art. 1218. Elle n'a, au contraire, d'effet que relativement au débiteur contre lequel elle a été opérée dans le cas de l'article 1221².

4° Le débiteur poursuivi pour le tout peut appeler en cause ses codébiteurs et faire diviser la condamnation, dans le cas de l'ar-

communiquer le bénéfice à ses créanciers (originaires ou héritiers).—Relativement au simple paiement, l'indivisibilité peut se présenter encore plus souvent. Outre le cas que nous venons de citer, dans lequel, bien évidemment, le débiteur doit payer le tout à celui des créanciers qui le poursuit pour le tout, nous pouvons citer encore : 1° Le cas d'une dette générique ou alternative, en ce sens que le débiteur ne se libérera pas en payant à l'un des créanciers une partie de l'une des choses comprises dans le genre ou dans l'alternative, s'il ne paye à l'autre créancier la partie restante de la même chose : le débiteur ne peut pas payer aux créanciers des parties dans des choses différentes; il est de leur intérêt légitime, en effet, d'être en indivision entre eux, et non avec des étrangers (Pothier, n° 312). 2° Le cas de dépôt, en ce sens que lorsque la chose déposée n'est pas susceptible de parties réelles, elle ne peut être restituée qu'en entier, soit à l'un des déposants originaires ou héritiers, du consentement des autres (Pothier, *Traité du dépôt*, n° 52); soit à tous les déposants à la fois qui doivent s'entendre entre eux pour la recevoir : c'est ce qui résulte de l'article 1939, dernier alinéa, ainsi conçu : « Si la chose déposée est *indivisible*, les héritiers doivent s'accorder entre eux pour la recevoir. » Il s'agit, bien entendu, ici, d'une chose, indivisible matériellement, bien que susceptible de parties intellectuelles, indivises.

1. Sauf, bien entendu, le cas où l'un des créanciers a été chargé par le titre de réclamer toute la créance; car alors l'interruption, opérée par lui, produit effet pour toute la créance et profite à tous les créanciers.

2. Sauf le cas où l'un des débiteurs a été chargé par le titre d'acquitter toute la dette, car alors nous pensons que l'interruption de la prescription opérée contre le débiteur chargé d'acquitter toute la dette, produit son effet contre tous.

ticle 1218. Il ne peut appeler ses codébiteurs en cause que pour faire statuer sur son recours contre eux, dans le cas de l'article 1221 ¹.

Comparons maintenant les obligations indivisibles *solutione* aux obligations complètement divisibles.

Elles se ressemblent :

1° En ce que dans toutes les deux le créancier ne peut demander que sa part de créance ².

2° Dans les unes comme dans les autres, l'interruption ou la suspension de la prescription opérée par l'un des créanciers ou établie en sa faveur, ne conserve la créance que pour sa part ³.

3° Dans les unes comme dans les autres, l'interruption de la prescription opérée contre l'un des débiteurs ne produit d'effet que contre lui ⁴.

Elles diffèrent sous les points de vue suivants :

1° Dans les obligations complètement divisibles, chaque débiteur n'est tenu que de sa part d'obligation. Au contraire, dans les obligations indivisibles *solutione*, l'un quelconque des débiteurs, ou au moins tel débiteur déterminé, peut être poursuivi et condamné pour le tout.

2° Dans les obligations complètement divisibles, s'il y a une peine stipulée pour le cas d'inexécution, la peine n'est encourue que contre le débiteur contrevenant et pour sa part. Au contraire, dans les obligations indivisibles *solutione*, la peine est encourue par la contravention d'un seul des débiteurs, et elle peut être demandée pour le tout contre le contrevenant, et pour partie contre chacun des autres débiteurs, sauf leur recours (comparez entre eux le 1^{er} et le 2^e alinéas de l'art. 1233.)

1. Sic : M. Frédéric Duranton, à son cours (1858-1859), et MM. Aubry et Rau, *op. cit.*, page 42, note 35. — Contra, M. Duranton père, XI, 297.

2. V. cependant la note 3 de la page 271.

3. V. toutefois la note 1 de la page 272.

4. V. cependant la note 2 de la page 272.

ERRATA ET ADDITION

1. A la page 1, ligne 6, au lieu de : Les parties de l'objet d'une obligation....., lisez : Les parties d'une obligation.....

2. A la page 6, lignes 24 et 25, au lieu de : à savoir qu'en supposant le débiteur constitué *in mora* de donner Stichus et Pamphile..., lisez : à savoir qu'en supposant un débiteur de bonne foi constitué *in mora* de livrer Stichus et Pamphile.....

3. Ajoutez à la ligne 29 de la même page 6, entre les mots : dommages-intérêts, et les mots : Voilà comment..., le passage suivant :

Dans l'opinion de M. de Savigny, il faudrait dire que le débiteur de bonne foi, constitué *in mora* de livrer Stichus et Pamphile, s'il offre et consigne seulement Stichus, et que cet esclave périsse ensuite par un événement fortuit qui ne serait pas arrivé n'importe où se serait trouvé l'esclave, ne serait pas tenu à des dommages-intérêts, relativement à lui.

4. A la page 16, ligne 26, au lieu de : ou *tout autre vase*, lisez : ou *un vase quelconque*.

5. Aux pages 105 et 106, remplacez le passage inexact depuis les mots : Nous répondons, jusqu'aux mots : contre chacun des débiteurs, par le passage suivant :

L'objection à tirer de ce texte serait la suivante : Celsus n'a pas eu uniquement pour but de faire allusion au principe que les condamnations étaient pécuniaires, sous le système formulaire (Gaius, Instit., Com. IV, § 48); en effet, si telle avait été son intention, il n'aurait pas restreint sa solution aux *obligatio-*

nes faciendi, car la condamnation était pécuniaire, sous le système formulaire, aussi bien dans les *obligationes dandi* que dans les *obligationes faciendi*, mais il aurait dit d'une manière générale : *sicut evenit in omnibus obligationibus*. S'il a dit : *sicut evenit in omnibus FACIENDI obligationibus*, c'est qu'il a voulu donner une autre portée à ces expressions, à savoir que toutes les *obligationes faciendi*, par conséquent même celles qui étaient indivisibles, se résolveaient, dès que le débiteur était *in mora faciendi*, en une somme d'argent (l. 72 princ., in fine, *h. t.*), que l'action et la condamnation portaient sur une somme d'argent, et que par conséquent elles se divisaient. Nous pouvons répondre que tout ce qui résulte de l'insertion de ce fragment de Celsus dans les Pandectes de Justinien, c'est que les compilateurs de ce Corps de droit ont eu tort d'y insérer des fragments de jurisconsultes qui étaient d'avis contraires, ceux de Paul (l. 85, § 2, *h. t.*), Gaius (l. 80, § 1, *Ad legem. Falc.*), et Ulpien (commencement du *principium* de la loi 72, *h. t.*), en même temps que celui de Celsus (l. 13, § 1, *De re judicata*); mais qu'il ne résulte pas de là que Justinien a voulu consacrer l'opinion de Celsus; que nous croyons que son intention a été qu'on suivit, dans la pratique de son temps, l'opinion de Gaius, de Paul et d'Ulpien; qu'en effet, il est naturel de présumer, dans le doute, qu'il a entendu préférer l'opinion la plus récente, à savoir celle de Gaius, Paul et Ulpien, jurisconsultes postérieurs à Celsus, et en même temps la dernière en vigueur, puisqu'elle n'est contredite par aucun texte d'une époque contemporaine ou postérieure, et d'admettre par conséquent que le passage de Celsus, qui forme la loi 13, § 1, *De re judicata*, a passé dans les Pandectes, par une simple inadvertance de leurs compilateurs.

6. A la page 270, au lieu de, ce n'est plus un *opus*, mais des *operæ*, ce n'est plus *ἀποτέλεσμα*, mais un *ἔργον*, lisez : ce n'est plus un *opus*, un *ἀποτέλεσμα*, mais un *ἔργον*.

