

a obligation de donner ou de faire. Un bail stipule que le locataire doit justifier, dans un certain délai, de l'acquit des contributions personnelles dites de portes et fenêtres. Est-ce une obligation de somme d'argent, c'est-à-dire une obligation de donner? Dans ce cas, les dommages-intérêts consisteront dans l'intérêt légal. Est-ce une obligation de faire? Dans ce cas, le juge peut et doit apprécier l'étendue du dommage. La cour de cassation a décidé qu'il s'agissait d'une obligation de faire; en effet, le preneur n'était pas tenu de donner au bailleur le montant des contributions, il était tenu de justifier qu'il les avait acquittées; dès lors l'article 1142 était applicable (1).

**191.** La loi définit le mandat un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de *faire* quelque chose pour le mandant et en son nom. Est-ce à dire que l'obligation du mandataire soit toujours de faire? On l'a soutenu, et l'on en a conclu que le mandant n'avait jamais, en cas d'inexécution, qu'une action en dommages-intérêts. La cour de Bruxelles a jugé en sens contraire dans une espèce où le mandataire avait reçu un vase au nom du mandant, avec obligation de le restituer s'il venait à être décidé qu'il n'aurait pas dû être remis à son mandant. C'est une obligation de donner, dit avec raison la cour; il s'ensuit que le débiteur peut être tenu de délivrer la chose et que le juge peut l'y contraindre par les voies de droit (2).

**192.** Un testateur impose, comme condition d'un legs fait aux hospices, la charge de recevoir à perpétuité douze pauvres enfants, orphelins, nés dans telle commune, jusqu'à l'âge de vingt ans, de les nourrir, entretenir, employer à connaître et servir Dieu et les mettre en état d'aller en apprentissage. Est-ce une obligation de donner des aliments ou est-ce une obligation de faire? Les conditions imposées aux hospices, dit la cour de cassation, se résument en obligations *actives* consistant à faire, puisqu'elles supposent nécessairement la prestation de soins, de services habituels et continus, exigés de la vo-

(1) Rejet, 6 juillet 1857 (Daloz, 1857, 1, 388).

(2) Bruxelles, 4 mars 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 82).

lonté des administrateurs des hospices. Il a été jugé que cette obligation, ne pouvant plus être remplie directement par les hospices, devait l'être, à ses frais, par la commune chargée de désigner les bénéficiaires (1).

**193.** Un éditeur achète de l'acquéreur des Œuvres de Chateaubriand le droit de publier une édition en dix volumes des œuvres choisies de cet auteur. Il passe avec un libraire un traité par lequel il s'engage à lui livrer 2,000 exemplaires de son édition à un prix fixe et, de plus, à lui fournir, pendant trois ans à partir de la première livraison, autant d'exemplaires qu'il en demandera, au prix de 30 francs par exemplaire. Il y eut des retards ou des refus de livraison. Était-ce manquer à une obligation de faire ou à une obligation de donner? Il a été jugé que l'obligation contractée par l'éditeur constituait une obligation de donner; par suite, outre les dommages-intérêts, il fut condamné à continuer l'exécution du traité pendant deux ans, espace de temps proportionnel à celui pendant lequel il y avait eu inexécution (2).

## § II. Effets de l'obligation de donner et de faire.

### NO I. DE LA DÉLIVRANCE.

#### I. De l'obligation de donner.

**194.** Aux termes de l'article 1136, l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose qui en fait l'objet. Or, l'obligation étant garantie par l'exécution forcée, il en résulte que celui qui s'est obligé à donner une chose peut y être contraint, au besoin, par la force publique que les lois mettent à la disposition de la justice. C'était jadis une question très-controversée que celle de savoir si le vendeur d'un corps certain était tenu de le livrer et s'il pouvait y être contraint, ou si, sur son refus, l'acheteur devait se contenter de dommages-intérêts (3). La

(1) Rejet, chambre civile, 19 mai 1855 (Daloz, 1855, 1, 297).

(2) Rejet, 21 mai 1855 (Daloz, 1855, 1, 411).

(3) Voyez les nombreux auteurs cités pour et contre, par Vinnius, Institutes (*De emptione et venditione, princ.*).

question est tranchée par l'article 1136. Dire que le débiteur est tenu de livrer la chose, c'est dire qu'il y peut être contraint par les tribunaux, et la sentence du juge s'exécute avec l'appui de l'autorité publique. Le code oppose, sous ce rapport, l'obligation de donner à l'obligation de faire; l'article 1142 ne dit pas que le débiteur qui s'est obligé à faire y peut être contraint, il dit que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Plus loin nous verrons si cette opposition entre les deux espèces d'obligations est aussi absolue que la loi semble le dire. Quant à l'obligation de donner, les principes ne laissent aucun doute. Il est de l'essence de toute obligation qu'elle soit exécutée forcément si le débiteur ne l'exécute pas volontairement; et l'obligation doit être prestée telle qu'elle a été contractée. De même que le créancier ne peut pas être tenu de recevoir une autre chose que celle qui lui est due (art. 1243), de même il ne peut être tenu de recevoir des dommages-intérêts au lieu de la chose qu'il a stipulée. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que l'obligation de livrer la chose soit remplie directement, puisque cela peut se faire sans l'intervention du débiteur; la délivrance n'exige pas le concours actif de sa volonté; la liberté du débiteur est donc hors de cause. Cela justifie, à tous égards, la décision de l'article 1236. Comment se fait l'exécution forcée? Cette matière appartient à la procédure; elle n'est donc pas de notre domaine (1).

**195.** Nous avons dit que l'obligation de donner comprend toute obligation qui a pour objet une chose, quel que soit du reste le but du contrat, qu'il s'agisse de transférer la propriété de la chose, ou l'usage, ou la possession. Le bailleur est obligé de délivrer la chose au preneur, et il peut y être contraint par l'intervention des tribunaux et de la force publique. Ce n'est pas à dire que l'obligation de livrer ait les mêmes effets dans tous les contrats qui ont pour objet une chose. Ainsi il y a des contrats qui obligent le débiteur à la garantie; dans d'autres cas, il

(1) Voyez Toullier, t. III. 2. p. 134, nos 209-214.

n'est pas tenu de garantir le créancier contre l'éviction (1). Il est inutile de s'arrêter ici à ces différences, puisque nous devons y revenir dans les divers titres où est le siège de la matière.

**196.** Les principes les plus élémentaires ont leur importance; si on les méconnaît, on aboutit nécessairement à des erreurs. C'est ce qui est arrivé à la cour de Bruxelles. Lorsque l'obligation de livrer porte sur une chose qui est déterminée seulement dans son espèce, l'exécution directe par voie de saisie devient impossible. En faut-il conclure que le créancier devra se contenter de dommages-intérêts? ou peut-il demander que le tribunal l'autorise à se procurer la chose qu'il a stipulée? Le débiteur, condamné à fournir une certaine quantité de sel, s'y refuse; il offre des dommages-intérêts. Le créancier demande que le tribunal l'autorise à acheter le sel aux frais du débiteur. Il a été jugé que l'obligation se résolvait en dommages-intérêts (2). L'erreur est évidente; l'acheteur avait droit au sel qu'il a stipulé; l'exécution directe et forcée était possible, donc elle devait être ordonnée par le juge.

Un arrêt récent de la cour de Liège a jugé dans le même sens. Le débiteur devait livrer une quantité de 359,679 kilogrammes de fonte. Le créancier, la société de Sclessin, demanda que le débiteur fût condamné à effectuer cette fourniture et, à défaut de ce faire, que la société fût autorisée à se procurer la fonte stipulée aux frais du débiteur. Ces conclusions furent rejetées. L'obligation de livrer des choses fongibles, dit la cour, n'est qu'une obligation de faire, c'est-à-dire d'effectuer une prestation dont l'inexécution donne lieu à des dommages-intérêts (3). Il y a, à notre avis, une double erreur dans cette décision. L'obligation de livrer de la fonte n'est pas une obligation de faire. Elle peut être exécutée directement aux frais du débiteur, donc le juge doit l'y condamner (art. 1136). Et quand même ce serait une obligation de faire, on arriverait à la même conséquence; car l'article 1144 porte que le créancier

(1) Duranton, t. X, p. 408, n° 396.

(2) Bruxelles, 9 janvier 1809 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 677).

(3) Liège, 16 juillet 1873 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 80).

peut, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Sur le pourvoi en cassation, il est intervenu un arrêt de rejet qui ne contient aucun argument nouveau (1).

Les éditeurs de Zachariæ font une restriction à ce principe lorsqu'il s'agit de denrées ou de marchandises ayant un cours certain; le juge peut, en ce cas, disent-ils, allouer au créancier des dommages-intérêts représentant la différence entre le prix d'achat et le cours des objets achetés au jour fixé pour la livraison (2). A notre avis, cette décision est tout aussi erronée que celle de la cour de Bruxelles. De quel droit le juge modifierait-il la loi du contrat? et n'est-ce pas la modifier que d'accorder des dommages-intérêts au créancier qui demande les marchandises ou les denrées qu'il a achetées?

## II. De l'obligation de faire.

### 1. PRINCIPE.

**197.** L'article 1142 porte : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Cette disposition semble dire que les obligations de faire, à la différence de celles qui consistent à donner, ne peuvent pas être exécutées directement par voie de contrainte. La différence paraît tenir à la nature particulière des obligations de faire. Elles exigent l'intervention personnelle du débiteur; or, il est de principe que personne ne peut être forcé à faire ce qu'il ne veut pas faire, la liberté humaine ne pouvant être contrainte. Cela est très-vrai lorsque le fait ne peut être presté que par le débiteur; si, dans ce cas, le débiteur refuse son concours, l'exécution directe et forcée devient impossible; il ne reste au créancier que le droit aux dommages et intérêts. Mais il faut se garder

(1) Rejet, 2 juillet 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 244).

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 110 et suiv. et note 10 du § 299.

de conclure de là que les obligations de faire ne peuvent pas s'exécuter directement. En principe, il n'y a aucune différence, sous ce rapport, entre l'obligation de faire et l'obligation de donner (1). Celui qui a stipulé un fait peut demander que ce fait soit presté, aussi bien que celui qui a stipulé une chose peut demander qu'elle lui soit livrée, car toute obligation doit être remplie telle qu'elle a été contractée; cela est de l'essence de l'obligation. Dira-t-on que cette exécution directe est impossible dans les obligations de faire? Cela n'est pas exact; le texte même du code suppose le contraire. S'agit-il d'une obligation de ne pas faire, l'article 1143 donne au créancier le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit; voilà bien l'emploi de la force publique mise au service d'une obligation ayant pour objet un fait; cette obligation est exécutée directement par la destruction de ce qu'a fait le débiteur. L'article 1143 ajoute, en effet, que le créancier peut se faire autoriser à détruire lui-même ce qui a été fait par le débiteur et aux dépens de celui-ci, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu. S'il s'agit d'une obligation de faire, le créancier peut aussi, dit l'article 1144, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Voilà encore une exécution directe, puisque c'est le fait stipulé par le créancier qui est presté. Qu'importe que le fait soit exécuté par un tiers au lieu de l'être par le débiteur? Le plus souvent le créancier n'a aucun intérêt à ce que le fait soit presté par le débiteur même. Donc la plupart des obligations de faire pourront être exécutées directement.

Restent les obligations de faire dont l'exécution directe est impossible, parce que le débiteur seul peut la remplir et qu'il s'y refuse. Dans ce cas, le créancier doit se contenter de dommages et intérêts, parce qu'il lui est impossible d'obtenir la prestation du fait. Ceci n'est pas particulier aux obligations de faire; la même impossibilité

(1) Demante, t. V, p. 88, n° 60, et Colmet de Santerre, p. 88, n° 60 bis I, et p. 90, n° 60 bis III.

peut se présenter dans les obligations de donner. Le débiteur détruit la chose qu'il s'est obligé à livrer, il la cache; si le créancier se trouve dans l'impossibilité de saisir la chose, il devra se contenter de dommages-intérêts.

**198.** Ainsi l'exécution directe de l'obligation est la règle pour toute espèce d'obligations. La règle ne reçoit d'exception que s'il y a impossibilité de poursuivre l'exécution directe. Cette impossibilité existe plus souvent dans les obligations de faire que dans les obligations de donner; c'est une différence de fait plutôt que de droit. Il y a cependant une différence de droit qui touche à la liberté humaine. La liberté est hors de cause quand il s'agit d'une obligation de donner: la force publique s'adresse à la chose, et non à l'homme. Dans les obligations de faire, la liberté de l'homme est en jeu, en ce sens que l'obligation ne peut pas être exécutée en faisant violence au débiteur. Il va sans dire que l'on ne peut pas séquestrer celui qui s'est obligé à ne pas faire, ce serait un attentat à la liberté, un crime. Mais alors même que le débiteur ne serait pas privé de sa liberté, on ne pourrait user de violence pour l'empêcher de faire ce qu'il s'est obligé à ne pas faire. Un acteur s'engage à ne pas jouer sur tel théâtre; il manque à son engagement; peut-on, pour l'empêcher d'y manquer, le faire enlever de la scène par la force publique? Le tribunal de la Seine a jugé que l'on pouvait recourir à la force. Tous les auteurs critiquent cette décision et, il nous semble, avec raison (1). L'homme est libre de ne pas remplir ses engagements, sauf à supporter les conséquences de cette inexécution: on ne peut pas lui enlever cette liberté en employant la violence. Il est vrai que le texte de la loi ne le dit pas, mais l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. En expliquant l'article 1142, l'orateur du gouvernement dit: « Le motif est que nul ne peut être contraint dans sa personne à faire ou à ne pas faire une chose et que, si cela était possible, ce serait une vio-

(1) Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 511 et suiv. Colmet de Santerre, t. V, p. 90, n° 60 bis III.

ence qui ne peut pas être un mode d'exécution des contrats (1). »

**199.** Dès que la liberté du débiteur n'est pas compromise, dès que l'on n'exerce pas de violence contre sa personne, l'obligation de faire ne diffère plus en essence de l'obligation de donner. Le débiteur s'est obligé à ne pas faire; il contrevient à son engagement. Quel est le droit du créancier? Il peut demander l'exécution directe de l'obligation si elle est possible. Elle est possible si ce qu'a fait le débiteur peut être détruit. Pothier donne cet exemple. Mon voisin s'est obligé envers moi à ne pas fermer son avenue pour m'y laisser le passage libre; il la ferme par une barrière: je puis demander qu'il soit tenu de retirer sa barrière et que, faute de le faire, je serai autorisé à enlever la barrière à ses frais (2). Si je conclus en ce sens, le tribunal pourra-t-il se borner à m'allouer des dommages-intérêts? La négative nous paraît évidente, le créancier a le droit de demander l'exécution directe de la convention, pourvu qu'elle soit possible; le juge doit, par conséquent, l'ordonner. C'est en ce sens que l'article 1143 est conçu; la loi dit que le créancier a le droit de demander que ce qui a été fait en contravention à l'engagement soit détruit. Dès que c'est un droit pour le créancier, c'est une obligation pour le juge.

La même question se présente lorsque le débiteur s'est obligé à faire et qu'il refuse de remplir son engagement. Dans ce cas, dit l'article 1144, le créancier *peut être autorisé* à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. La loi ne dit pas que le créancier a le droit de demander que le tribunal l'y autorise. Faut-il conclure de cette différence de rédaction entre l'article 1144 et l'article 1143 que le tribunal peut ne pas lui donner cette autorisation, en se bornant à condamner le débiteur à des dommages-intérêts? La jurisprudence est en ce sens. A notre avis, elle est contraire aux principes. L'obligation de faire, de même que l'obligation de ne pas faire, doit

(1) Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs, n° 38 (Loché, t. VI, p. 154).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 158.

être directement exécutée si la chose est possible et si le créancier y conclut; son droit est le même. La différence de rédaction qui existe entre l'article 1144 et l'article 1143 est indifférente. En disant que le créancier peut être autorisé, la loi n'entend pas donner au juge le pouvoir de refuser cette autorisation; elle entend dire que le créancier peut demander à faire exécuter l'obligation par un tiers; l'article 1143 dit aussi que le créancier peut se faire autoriser à démolir; si les expressions diffèrent, le sens est identique, parce que les principes sont les mêmes. C'est ainsi que le rapporteur du Tribunat explique l'article 1144. Après avoir dit qu'il a fallu laisser au créancier le *droit* de faire détruire, aux dépens du débiteur, ce qu'il aurait fait en contravention du contrat, Favard ajoute: « Il a fallu aussi, et par la même raison, laisser au créancier le *droit* de faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Cela est conforme au principe que celui qui s'est obligé de faire une chose ne peut pas y être contraint, mais qu'on peut la faire faire pour lui et à ses frais, ou demander des dommages-intérêts à raison de son inexécution (1). » Le choix appartient donc au créancier, le juge doit respecter son droit, bien loin de pouvoir le modifier (2).

La cour de cassation dit, au contraire, que « l'article 1144 permet d'autoriser le créancier à faire exécuter lui-même l'obligation du débiteur, et qu'il appartient aux juges du fait d'user ou de ne pas user, suivant les circonstances, de cette *faculté* qui leur est donnée (3). » C'est le renversement des principes; en matière d'obligations conventionnelles, le droit, pour mieux dire, le devoir du juge est de maintenir les droits des parties; or, le créancier a le droit de demander l'exécution forcée de l'obligation contractée par le débiteur, et le juge doit lui adjuger ses conclusions, sinon il viole la loi du contrat.

**200.** Le créancier a-t-il besoin de l'autorisation de

(1) Favard, Rapport au Tribunat, n° 36 (Loché, t. VI, p. 195).

(2) Demolombe, t. XXIV, p. 499, n° 503 et 504, et les autorités en sens divers qu'il cite.

(3) Rejet, chambre civile, 19 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 297).

justice pour démolir ce qui a été fait par le débiteur, ou pour faire exécuter l'obligation à ses frais? Quand il s'agit d'une démolition, l'affirmative ne souffre aucun doute; l'article 1143 dit que le créancier peut se faire autoriser à détruire. Il lui faut donc une autorisation. Détruire est une voie de fait qui s'exécute sur la propriété du débiteur, et une voie de fait ne devient légitime que par l'intervention du magistrat. Il en est de même, à notre avis, quand il s'agit de l'obligation de faire; l'article 1144 dit aussi que le créancier peut être autorisé; ce qui implique qu'il doit demander l'autorisation. D'ailleurs c'est une voie d'exécution forcée; or, aucune violence ne peut être employée que par ordonnance du juge. Enfin, et cela est décisif, le contrat ne donne pas au créancier le droit de faire exécuter l'engagement par un tiers; il n'acquiert ce droit que par l'inexécution de l'obligation, et au juge seul il appartient de régler ce que le créancier a le droit et ce qu'il n'a point le droit de faire.

La doctrine est contraire, mais elle est peu sûre, à en juger par le langage de M. Demolombe. Il commence par dire que le mode régulier de procéder consiste à demander l'autorisation de justice, puis il enseigne que le créancier peut *évidemment* lui-même exécuter l'obligation quand il ne s'agit pas de s'immiscer dans le patrimoine du débiteur; enfin il dit qu'il sera toujours *plus régulier* pour le créancier de se faire autoriser préalablement, s'il le peut (1). Si la marche *régulière* est de s'adresser à la justice, il est *irrégulier* de procéder sans cette autorisation, et ce qui est irrégulier en droit ne peut et ne doit pas se faire. Nous comprenons les scrupules qui produisent cette hésitation. Il y a des cas où il faut procéder immédiatement et sans aucun retard; nous croyons que le créancier peut le faire, sauf au juge à régler ensuite les droits et obligations des parties. Le créancier ne pourra

(1) Demolombe, t. XXIV, p. 498, n° 500. Comparez Duranton, t. X, p. 478, n° 461. Un arrêt de la cour de cassation, du 6 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 1, 207), dit, dans les considérants, qu'il n'est pas nécessaire que le jugement qui autorise le créancier à faire, ait été notifié au débiteur et même qu'il ait été rendu.