

364. Les principes qui régissent le recours reçoivent exception lorsque l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des co-obligés solidaires. Celui-ci, d'après l'article 1216, sera tenu de toute la dette à l'égard des autres codébiteurs, qui ne seront considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions. Cela arrive tous les jours dans les entreprises de travaux publics. Le gouvernement exige deux cautions pour garantir l'exécution des obligations de l'entrepreneur et les droits qu'il aura à exercer contre lui; ces cautions doivent s'obliger solidairement; l'Etat a donc trois débiteurs solidaires, contre lesquels il a tous les droits qui résultent de la solidarité (1). Peu importe que deux de ces débiteurs ne soient que cautions du troisième, cela regarde les rapports des codébiteurs entre eux. Le codébitéur-caution pourra donc être tenu de payer toute la dette; il aura, dans ce cas, un recours pour le total contre l'entrepreneur, qui est le seul vrai débiteur. Et si l'entrepreneur avait payé la dette, il va sans dire qu'il n'aurait aucun recours contre ses cautions (2).

365. L'assimilation que l'on fait à tort entre les débiteurs solidaires et les cautions a donné lieu à une question controversée. Dans les cas prévus par l'article 2032, la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur afin d'être indemnisée. On demande si, par analogie, l'un des débiteurs solidaires peut, après que la dette est échue, mais avant d'avoir payé, agir contre les autres pour les contraindre à contribuer avec lui au paiement de la dette commune. La question est singulière. Pour que l'on puisse argumenter par analogie, il doit y avoir même motif de décider, et il faut que la disposition que l'on veut appliquer par analogie soit une règle de droit commun. Or, le droit que l'article 2032 donne à la caution tient à la nature toute spéciale du cautionnement; c'est un service d'ami rendu par la caution; on conçoit donc que la loi se montre favorable à la caution, tandis

(1) Cassation, 19 prairial an VII (Daloz, au mot *Cautionnement*, n° 203, 1°).

(2) Duranton, t. XI, p. 292, n° 241, et tous les auteurs.

qu'elle est sévère pour le débiteur qui reçoit un service gratuit. La solidarité, au contraire, est un acte intéressé: pourquoi l'un des débiteurs aurait-il une action contre l'autre avant d'avoir payé? Nous croyons inutile d'insister pour démontrer une erreur qui est évidente (1).

SECTION VI. — Des obligations divisibles et indivisibles.

§ 1^{er}. Notions générales.

N° 1. SOURCES.

366. Dumoulin, l'oracle du droit coutumier, a écrit une monographie sur l'indivisibilité; le titre est un peu prétentieux: *Extricatio labyrinthi dividui et individui*. Pourquoi la matière des obligations indivisibles était-elle considérée comme un labyrinthe dont il faut chercher la clef? Il y a dans le Digeste des textes obscurs ou contradictoires qu'il s'agit de concilier pour en déduire des règles certaines. Dumoulin crut qu'il y avait réussi. Sa confiance était excessive, dit Duranton. Peu nous importent aujourd'hui les textes romains, c'est de l'histoire. Nous aurions préféré que le grand jurisconsulte eût consulté sa raison pénétrante, au lieu de s'engager dans le dédale des autorités. Tout son labeur a été inutile, en ce sens que la théorie qu'il croyait être celle des jurisconsultes romains n'est point la théorie romaine. Elle a cependant été acceptée comme telle par Pothier, qui ne s'est pas plus inquiété que Dumoulin de rechercher si les prétendues règles empruntées au droit romain étaient fondées en raison. Les auteurs du code civil ont fait de même, ils se sont bornés à formuler en articles les enseignements de Pothier. On a vivement critiqué la doctrine consacrée par le code. Toullier dit que la théorie de Dumoulin, reproduite par le législateur français, est abstruse et inintelligible; l'auteur français avoue avec une louable

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 32, note 41, § 298 *ter*. Riom, 18 août 1840 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1439). En sens contraire, Rodière, p. 97 n° 131; Larombière, t. II, p. 694, n° 3 de l'article 1216 (Ed. B., t. II, p. 78).

candeur qu'il n'est pas parvenu à concevoir une idée claire et précise des obligations indivisibles et de leur nature⁽¹⁾. Les éditeurs de Zachariæ disent que ces reproches sont exagérés (1). Nous n'entrons pas dans ce débat. Notre travail est une exégèse du code; nous y cherchons les principes de notre droit positif, sans négliger la raison des lois, mais aussi sans les soumettre à une critique qui aboutirait à formuler un nouveau code. Quand nous invoquons la tradition, c'est pour éclairer la législation actuelle. Nous ferons de même pour les obligations indivisibles. Pothier sera notre guide, puisqu'il a été celui du législateur. Mais il faudra tenir compte des innovations que les auteurs du code ont apportées à la doctrine de Pothier, dans la matière de l'indivisibilité et surtout dans la théorie générale des obligations.

NO 2. DÉFINITION.

367. L'article 1220 porte : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers. » C'est l'application d'un principe élémentaire en matière de paiement. « Le débiteur, dit l'article 1244, ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. » Le débiteur doit payer ce qu'il s'est obligé à prêter; or, c'est la chose entière qu'il a promise, c'est donc la chose entière non divisée qu'il doit payer. Cela suppose qu'il n'y a qu'un créancier et qu'un débiteur; s'il y avait plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers, la dette ou la créance se diviseraient d'après le nombre des débiteurs et des créanciers. La loi le dit (art. 1220) quand le débiteur ou le créancier meurent laissant plusieurs héritiers; chacun des héritiers est, dans ce cas, débiteur ou créancier dans la proportion de son droit héréditaire, en supposant que l'obligation soit divisible. Si l'obligation était indivisible, chacun des héri-

(1) Toullier, t. III, 2, p. 457, n° 749, et p. 481, n° 782.

tiers du débiteur serait tenu de toute la dette, et chacun des héritiers du créancier pourrait exiger la totalité de l'obligation (art. 1222 et 1224). Ce que le code dit du cas où le débiteur et le créancier laissent plusieurs héritiers reçoit aussi son application au cas où il y a, dès le moment du contrat, plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. L'obligation se divise entre eux quand elle est divisible, tandis qu'elle ne se diviserait pas si elle était indivisible. De là suit que la question de savoir si une obligation est divisible ou indivisible ne présente d'intérêt que dans les cas où il y a plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. Tant qu'un créancier unique est en présence d'un débiteur unique, on applique le principe de l'indivisibilité du paiement, alors même que la dette serait divisible. Aussi l'article 1220 suppose-t-il, pour que l'obligation se divise en cas de mort du débiteur et du créancier, qu'il y ait plusieurs héritiers; si chacun ne laissait qu'un seul héritier, on resterait sous l'empire de la règle que l'article 1220 formule : entre un créancier unique et le débiteur, l'obligation, même divisible, doit être exécutée comme si elle était indivisible. Quand donc importe-t-il de savoir si une dette est divisible ou indivisible? Lorsqu'il y a plus d'un créancier ou plus d'un débiteur.

368. L'article 1217 définit l'obligation divisible en ces termes : « C'est celle qui a pour objet ou une chose qui, dans sa livraison, ou un fait qui, dans l'exécution, est susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle. » C'est donc la nature de l'objet d'une obligation qui décide si l'obligation est divisible : elle est divisible si l'objet est divisible.

Qu'entend-on par objet divisible? D'après l'article 1217, il peut y avoir deux espèces de divisions, une division matérielle et une division intellectuelle; l'une, dit Pothier, se fait en parties réelles et divisées, l'autre se fait en parties intellectuelles et indivisées. Lorsqu'on partage un arpent de terre en deux, en plantant une borne au milieu, la division est matérielle; les parties du fonds qui sont séparées l'une de l'autre par la borne sont des parties réelles et divisées.

Il n'est pas nécessaire qu'une chose soit matériellement divisible pour que l'obligation soit divisible, il suffit qu'elle soit susceptible d'une division intellectuelle. Bien des choses ne comportent pas une division matérielle. Un cheval, dit Pothier, un plat d'argent ne sont pas susceptibles de division matérielle, car on détruirait leur substance si on voulait les séparer en parties réelles et divisées. Mais ces choses comportent une division intellectuelle, car elles peuvent appartenir à plusieurs personnes pour une part indivisée; donc l'obligation de les livrer est une obligation divisible.

Quand l'obligation a pour objet un fait, elle est divisible si le fait est susceptible d'une division matérielle ou intellectuelle. Je m'oblige à vous livrer cent pièces de toile; l'obligation est divisible, car la prestation peut se diviser. Toutes les obligations de faire des choses qui peuvent se livrer au fur et à mesure de leur confection sont divisibles; la loi elle-même le dit: aux termes de l'article 1791, lorsqu'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut se faire, et elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paye l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait (1).

De ce qu'un objet est susceptible de division intellectuelle ou matérielle, il ne faut pas conclure qu'elle puisse toujours être payée divisément. Nous dirons plus loin que, dans l'intention des parties contractantes, le paiement doit souvent se faire indivisément, alors même que l'obligation est parfaitement divisible.

369. Pothier distingue trois espèces d'indivisibilités: l'indivisibilité absolue, l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité de paiement. Le code a reproduit ces distinctions. L'article 1217 définit l'indivisibilité absolue: c'est celle qui a pour objet une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution n'est pas susceptible de division, ni matérielle, ni intellectuelle. On l'appelle indivisibilité absolue parce que la chose ou le fait qui est l'objet de l'obligation est par sa nature non susceptible de

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 288. Duranton, t. XI, p. 321, n° 261.

parties, tellement que les parties ne pourraient pas, quand même elles le voudraient, stipuler ou promettre pour partie une chose ou un fait qui ne saurait être divisé. Telles sont, dit Pothier, les servitudes réelles, un droit de passage, par exemple. Il est impossible de concevoir des parties dans un droit de passage, par conséquent on ne pourrait le promettre ni le stipuler pour partie (1). Toullier a contesté l'indivisibilité des servitudes. « Toute servitude, dit-il, a un but, un objet plus ou moins étendu, plus ou moins limité; je puis avoir le droit de passer à pied, à cheval, en voiture, de passer pour aller puiser de l'eau chez mon voisin, pour me rendre à l'église, au marché (2). Sans doute, mais le but dans lequel on peut stipuler l'exercice d'un droit n'a rien de commun avec l'essence de ce droit: j'ai le droit de passer à pied, vous avez le droit de passer à cheval; pouvons-nous, l'un ou l'autre, passer pour un tiers ou un quart? Nous passerons pour le tout, ou nous ne passerons pas; donc le droit est indivisible, bien que l'exercice du droit puisse être limité; l'indivisibilité dépend, non de l'exercice, mais de l'objet.

Toullier a raison dans un autre point de sa critique, c'est que l'indivisibilité des servitudes ne produit presque jamais une obligation indivisible en droit moderne. Dans l'ancien droit, les servitudes, de même que la propriété, n'étaient pas acquises au créancier par le seul fait de la convention: il fallait la tradition. Lors donc que le propriétaire d'un fonds promettait une servitude de passage par ce fonds, il contractait l'obligation d'une chose indivisible, partant son obligation était indivisible. Il n'en est plus ainsi sous l'empire du code civil. Les droits réels se transmettent par le seul effet du contrat, sans tradition (art. 1138); donc du moment où j'ai promis une servitude de passage par mon fonds, la servitude existe; il n'y a plus d'obligation de constituer une servitude, par conséquent il ne peut pas être question d'une obligation indivisible. Pour qu'il y ait obligation, il faut supposer un

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 291.

(2) Toullier, t. III, 2, p. 484, n° 787.

des rares cas où le droit réel n'est pas transmis par le contrat : telle serait une servitude de passage établie sur le fonds A ou sur le fonds B, ou la promesse d'une servitude par le fonds d'un tiers. Toullier a raison de dire qu'on ne trouverait pas un exemple d'un acte pareil dans nos volumineux recueils d'arrêts. C'est donc de la théorie.

Les obligations de faire peuvent aussi être indivisibles : telle serait l'obligation de faire un voyage dans telle ville. Il est bien vrai que si je me suis obligé d'aller à Paris, je ne puis y aller que successivement, d'un lieu à un autre ; mais ce n'est pas le fait de voyager qui est l'objet de l'obligation, c'est le voyage accompli. Donc tant que je n'aurai pas été à Paris, mon obligation ne sera pas remplie, pas même en partie si je m'arrêtais en route, car on ne conçoit pas de parties dans une obligation pareille : le voyage se fait pour le tout ou il ne se fait pas.

370. L'indivisibilité d'obligation est définie par l'article 1218 : « L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait qui en est l'objet soit divisible par sa nature, si le rapport sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. » Nous dirons plus loin que la rédaction de cet article a donné lieu à de grandes difficultés. Telle que Pothier l'explique, l'indivisibilité d'obligation est très-simple. On suppose que par sa nature l'obligation est divisible, la chose ou le fait qui en est l'objet étant susceptible de division matérielle ou intellectuelle. Mais la volonté des parties est qu'elle soit indivisible. La volonté des parties a donc la même puissance que la nature des choses, en ce sens qu'elle rend l'obligation indivisible comme si elle résultait de la nature indivisible de l'objet : il n'y a aucune différence entre l'indivisibilité d'obligation et l'indivisibilité absolue.

Voici les exemples que Pothier donne. L'obligation de livrer une pièce de terre est divisible, car la tradition peut se faire par partie. Le fait qui est l'objet de l'obligation étant divisible, il est certain que l'obligation l'est aussi. Mais si cette pièce de terre doit être livrée au créancier pour servir à une destination spéciale pour la-

quelle il faut toute la pièce, dans ce cas l'intention des contractants rend l'obligation indivisible ; le débiteur ne pourrait pas s'en acquitter par partie, en livrant une partie du fonds ; car cette partie ne procurerait pas au créancier une utilité proportionnelle à celle qu'il avait en vue, elle ne lui en procurerait aucune. J'ai besoin d'un hectare pour la construction d'une usine ; je stipule que vous me livrez un hectare dans tel lieu, où je me propose de construire l'usine : pouvez-vous exécuter cette obligation par partie, en me livrant le tiers ou le quart d'un hectare ? Non, car ce tiers ou ce quart ne me procurerait pas le tiers ou le quart de l'utilité que je comptais retirer de mon marché, il ne m'en procurerait aucune, puisque je ne puis pas construire une usine pour un tiers ou un quart (1).

Pothier donne encore un autre exemple qu'il développe longuement. L'obligation de construire une maison est divisible de sa nature ; je puis convenir avec un maçon qu'il me construira pour partie la maison que je me propose de bâtir ; par exemple, les fondements. Certes ce n'est pas ainsi que les choses se passent, mais on conçoit à la rigueur qu'un entrepreneur traite avec plusieurs sous-entrepreneurs pour les diverses parties de la construction. Il suffit que cela puisse se faire pour que l'obligation soit divisible de sa nature. Mais telle n'est pas d'ordinaire l'intention de celui qui construit ; quand il fait marché avec un architecte de lui construire une maison, la construction est un fait indivisible ; il est vrai que la construction ne peut se faire que par parties et successivement, mais ce n'est pas le fait successif de bâtir qui est l'objet de l'obligation, c'est l'ouvrage même consommé ; et faut-il dire qu'il n'y a de maison que lorsqu'elle est construite en entier ? Est-ce qu'un tiers ou un quart de construction me procurerait un tiers ou un quart de l'utilité que j'ai en vue dans le contrat que je fais avec l'architecte ? Or, dès que la prestation partielle de l'obligation ne pro-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 295. Colmet de Santerre, t. V, p. 258, n° 134 bis VI.

cure pas au créancier un avantage proportionnel à celui que lui procurerait la prestation totale, il n'y a pas de doute qu'il n'ait entendu stipuler la prestation totale. Il n'est donc pas nécessaire que les parties disent qu'elles veulent contracter une obligation indivisible; cela résulte clairement de leur intention (1).

371. Le code ne définit pas l'indivisibilité de paiement. Pothier, après avoir expliqué ce que l'on entend par indivisibilité absolue et par indivisibilité d'obligation, ajoute qu'il y a une troisième espèce d'obligations indivisibles, celles qui le sont *solutione tantum*. C'est celle, dit-il, qui ne concerne que le paiement de l'obligation, et non l'obligation même. On suppose, au contraire, que l'obligation est divisible par sa nature et par l'intention des parties contractantes; elle est susceptible de parties et elle est due pour partie, mais le créancier peut exiger le paiement du total quand le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers. L'indivisibilité de paiement n'est donc qu'une exception aux effets que produit l'obligation divisible. Voilà pourquoi Pothier dit qu'il en traitera en l'article où il parle des obligations divisibles, à la classe desquelles appartiennent les obligations qui ne sont indivisibles qu'en ce qui concerne le paiement. Le code a suivi le même ordre; c'est dans le premier paragraphe, intitulé *De l'effet des obligations divisibles*, qu'il traite de l'exception que reçoivent certaines obligations divisibles, en ce sens que l'un des héritiers peut être poursuivi pour le tout. Plus logique que Pothier, le code ne donne pas même le nom d'*obligations indivisibles* à celles qui sont réellement divisibles et qui produisent tous les effets des obligations divisibles, sauf l'exception que nous venons de mentionner.

N° 3. APPLICATIONS.

1. Indivisibilité absolue.

372. Les recueils d'arrêts ne présentent aucune application des exemples que les auteurs donnent soit de l'in-

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 292.

divisibilité absolue, soit de l'indivisibilité d'obligation. Ce n'est pas que le mot d'*indivisibilité* ne se trouve souvent dans les arrêts, on peut dire qu'il s'y trouve trop souvent. La matière étant très-obscur, il arrive que les tribunaux admettent des obligations indivisibles un peu à la légère. Il règne une confusion extrême dans la jurisprudence en ce qui concerne l'indivisibilité, et nous devons décidément conseiller à nos jeunes lecteurs de se défier des arrêts où ils rencontrent ce mot.

Il y a une première confusion qui est assez naturelle. Le code distingue l'indivisibilité absolue de l'indivisibilité d'obligation, mais elles ne diffèrent que sous un seul rapport: l'une résulte de la nature de la chose ou du fait qui sont l'objet de l'obligation, l'autre existe en vertu de la volonté des parties contractantes; du reste, elles produisent les mêmes effets. Ainsi s'explique le considérant incorrect d'un arrêt de la cour de cassation où on lit: « Attendu que toute obligation qui ne peut être susceptible d'une exécution partielle est indivisible de sa nature (1). » A l'appui de cette définition, la cour cite l'article 1218, et cet article dit précisément le contraire de ce que la cour lui fait dire, car il suppose une obligation dont l'objet est *divisible de sa nature* et qui est néanmoins indivisible parce que telle est la volonté des parties contractantes. Ce n'est qu'une incorrection de langage, il est vrai, mais les cours et surtout la cour de cassation devraient mettre dans l'expression de leur pensée la même précision que dans leur argumentation, et éviter surtout de faire dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit.

Le même arrêt dit: « Attendu qu'une obligation *indivisible de sa nature* est toujours *solidaire*, lors même que la solidarité n'aurait pas été stipulée dans l'acte par lequel elle fut contractée. » Prise à la lettre, cette proposition est une vraie hérésie. Nous dirons plus loin les différences considérables qui existent entre les obligations solidaires et les obligations indivisibles; il n'y a pas un jurisconsulte qui les ignore, car cela est élémentaire, et certes la

(1) Rejet, 11 janvier 1825 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1516).