

on doit en conclure qu'il y aurait lieu de déclarer nulle la clause de la convention qui priverait l'héritier de ce recours.

Le titre, qui charge un seul des héritiers de l'exécution intégrale de l'obligation, peut aussi être un testament. Ainsi un testateur a écrit : « Je lègue 20,000 fr. à Paul ; l'aîné de mes enfants sera seul chargé du paiement de ce legs ». L'héritier grevé de cette charge pourra, après y avoir satisfait, exercer un recours contre ses cohéritiers conformément à l'art. 1224 *in fine*, à moins cependant que, par une disposition formelle, le testateur ne l'ait privé de ce recours. Cette clause, qui, ainsi que nous venons de le voir, serait nulle dans une convention comme constituant un pacte sur une succession future non autorisé par la loi, serait certainement valable dans un testament, acte destiné précisément à régler la succession future du disposant.

## § II. Des effets de l'obligation indivisible.

**956.** Nous avons déjà noté que l'obligation indivisible *solutione tantum* est considérée par le législateur comme une obligation divisible. Ce qui est dit dans notre paragraphe intitulé *Des effets de l'obligation indivisible* est donc inapplicable à l'indivisibilité de paiement.

Les effets de l'obligation indivisible sont les mêmes que ceux de l'obligation divisible, lorsque le lien de l'obligation se concentre entre un créancier unique et un débiteur unique (art. 1220). Il n'en est plus de même, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs : ce qui peut arriver, soit parce que dès l'origine l'obligation a été contractée par plusieurs débiteurs ou au profit de plusieurs créanciers, soit parce que le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers. En pareil cas, si l'obligation est divisible, elle se divise soit activement soit passivement ; au contraire elle ne se divise ni activement ni passivement, si elle est indivisible.

Remarquons toutefois qu'ici, comme dans l'art. 1220, la loi ne règle que les rapports de créancier à débiteur : il s'agit de savoir ce que doit payer chaque débiteur ou ce qui doit être payé à chaque créancier. Elle ne s'occupe nullement des rapports des divers créanciers ou des divers débiteurs entre eux : le profit résultant de la créance ou la perte résultant de la dette se répartirait entre eux d'après les mêmes règles que si l'obligation était divisible.

**957.** Nous avons dit d'abord que l'obligation indivisible ne se divise pas au point de vue actif. Si donc une obligation de cette nature a été contractée envers plusieurs créanciers, un seul pourra exiger l'exécution intégrale. Il en sera de même, si le créancier unique de l'obligation est mort laissant plusieurs héritiers. La loi, qui ne prévoit pas le premier cas, prévoit le second dans l'art. 1224 al. 1 ainsi conçu : « *Chaque héritier du créancier peut exiger en totalité l'exécution de l'obligation indivisible* ».

L'alinéa 2 de l'article ajoute : « *Il ne peut seul faire la remise de la totalité de la dette ; il ne peut recevoir seul le prix au lieu de la chose. Si l'un des héritiers a seul remis la dette ou reçu le prix de la chose, son cohéritier ne peut demander la chose indivisible* ».

» *qu'en tenant compte de la portion du cohéritier qui a fait la remise ou qui a reçu le prix* ».

Ce texte doit nous arrêter quelque temps. Chaque créancier ou chaque héritier du créancier peut exiger le paiement total de la dette indivisible, parce qu'un paiement partiel n'est pas possible. Mais la créance ne lui appartient pas pour cela tout entière. Nous l'avons dit, dans les rapports des divers cocréanciers entre eux, la créance (ou du moins le profit qu'elle représente) se divise, ordinairement par portions égales. Dans ces conditions, un seul des intéressés ne devait pas avoir le droit de disposer de la créance pour le tout au préjudice des autres ; mais il devait avoir le droit d'en disposer pour sa part. Cette considération explique la disposition de notre article. La remise de la dette, faite par un seul des héritiers du créancier, ne produira aucun effet par rapport aux autres. Chacun de ces derniers pourra donc exiger l'exécution de l'obligation, et l'exiger intégralement, puisque l'obligation est indivisible et non susceptible par conséquent d'être payée pour partie ; mais, comme la remise effectuée par son cohéritier doit avoir au moins effet dans la mesure de la part de celui-ci, il ne pourra exiger cette exécution qu'en tenant compte au débiteur de la part revenant dans la créance au cohéritier qui a fait la remise.

Même solution *mutatis mutandis* au cas où l'un des héritiers du créancier a seul reçu le prix au lieu de la chose, et d'une manière générale au cas où il a fait novation avec le débiteur.

**958.** L'obligation indivisible ne se divise pas non plus au point de vue passif. C'est ce que disent les art. 1222 et 1223 ainsi conçus :

« *Chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible, en est tenu pour le total, encore que l'obligation n'ait pas été contractée solidairement* » (art. 1222).

« *Il en est de même à l'égard des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation* » (art. 1223).

L'art. 1225 ajoute : « *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* ».

Ce dernier texte est difficile, et il n'a peut-être pas toute la netteté désirable. Il a été emprunté à Pothier (*Obligations*, n° 330), et par conséquent les explications que donne cet auteur en constituent le meilleur commentaire.

Pothier dit qu'il faut ici distinguer avec Dumoulin trois cas.

**1<sup>er</sup> cas.** La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le seul des héritiers du débiteur qui est assigné. Par exemple il s'agit d'une servitude de passage, que le défunt avait promis d'établir au profit d'un fonds voisin sur une partie de son fonds à déterminer par une opération ultérieure qui n'était pas encore accomplie lors de son décès. Le partage de la succession étant opéré, le créancier agit contre celui des héritiers dans le lot de qui a été mis l'immeuble sur lequel la servitude doit être établie ; lui seul en effet peut exécuter l'obligation que le défunt a contractée de ce chef. Cet héritier ne pourra pas prétendre que ses cohéritiers doivent être condamnés comme lui à l'exécution de l'obligation. Tout ce qu'il peut soutenir, c'est qu'il a le droit, la servitude une fois établie, d'exercer contre eux une action récursoire dans la mesure de leur part héréditaire ; car, si l'obligation ne se divise pas dans les rapports des héritiers du débiteur avec le créancier, elle se divise dans les rapports de ces héritiers entre eux. L'héritier poursuivi pourra donc demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause, afin qu'il soit statué par

un même jugement sur l'exécution de l'obligation indivisible dont il est seul tenu vis-à-vis du créancier et sur le recours que cette exécution fera naître à son profit contre ses cohéritiers. Ce droit de recours n'existerait pas, et par suite l'héritier poursuivi n'aurait pas le droit de mettre ses cohéritiers en cause, si une clause de l'acte de partage avait mis la dette de la servitude à sa charge exclusive. En pratique, c'est ce qui arrivera presque toujours.

2<sup>e</sup> CAS. La dette est de nature à pouvoir être acquittée indifféremment soit par l'héritier assigné soit par chacun de ses cohéritiers. Pothier cite comme exemple le cas où il s'agit d'une servitude que le défunt s'est engagé à faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers; il est clair que l'un quelconque des héritiers peut faire vis-à-vis du tiers les démarches nécessaires pour obtenir la constitution de cette servitude. Ici la situation du cohéritier assigné n'est plus la même que dans l'hypothèse précédente. Tout à l'heure il devait être seul condamné vis-à-vis du créancier, puisque seul il pouvait acquitter la dette; il s'agissait seulement de régler le recours que l'exécution de l'obligation ferait naître à son profit contre ses cohéritiers. Dans notre hypothèse au contraire, l'obligation est de nature à pouvoir être acquittée par l'un des cohéritiers aussi bien que par l'autre; pourquoi donc alors un seul serait-il condamné à l'exécuter? L'héritier assigné a bien le droit de dire: « La condamnation à intervenir doit frapper mes cohéritiers aussi bien que moi, car ils doivent comme moi et au même titre que moi: je dois comme eux *totum*, mais pas plus qu'eux je ne dois *totaliter*; je demande en conséquence un délai pour mettre mes cohéritiers en cause, afin que le jugement qui me condamnera les condamne également ». Au premier abord on ne voit pas l'avantage que cela procurera à l'héritier assigné: en effet, une fois la condamnation prononcée contre lui et ses cohéritiers, le créancier pourra le poursuivre seul et exiger de lui l'exécution intégrale de l'obligation, puisqu'elle est indivisible; qu'aura-t-il donc gagné à faire condamner ses cohéritiers? Il obtiendra d'abord cet avantage: que, ses cohéritiers étant condamnés comme lui, le créancier s'attaquera peut-être à l'un d'eux pour obtenir l'exécution de l'obligation; la certitude qu'il avait d'être choisi pour cette exécution se trouve ainsi transformée en une simple chance. D'un autre côté, si l'héritier assigné ne met pas ses cohéritiers en cause, il devra être seul condamné aux dommages et intérêts pour le cas d'inexécution, sauf son recours contre ses cohéritiers; tandis que, s'il les met en cause, ils seront tous condamnés aux dommages et intérêts pour ledit cas d'inexécution, et cette dette étant divisible, se divisera de plein droit entre eux, même dans leurs rapports avec le créancier.

3<sup>e</sup> CAS. La dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous les héritiers conjointement. Par exemple il s'agit d'une servitude de passage, que le défunt s'est obligé à établir sur une portion de son fonds à déterminer par une opération ultérieure, et le fonds est encore indivis entre les héritiers au moment où le créancier intente son action contre l'un d'eux; le concours de tous les héritiers est nécessaire pour l'établissement de la servitude, car un fonds commun ne peut pas être grevé de servitude sans le consentement de tous les copropriétaires. Dans cette hypothèse comme dans la précédente, l'héritier assigné pourra demander un délai pour mettre ses cohéritiers en cause: auquel cas ils seront tous condamnés à l'exécution de l'obligation, et pour le cas d'inexécution à des dommages et intérêts dont chacun sera débiteur pour sa part. Si l'héritier assigné ne met pas ses cohéritiers en cause, il sera seul condamné pour le tout à l'exécution de l'obligation, et, en cas d'inexécution, aux dommages et intérêts, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Pothier ajoute: « Si l'un des héritiers déclare qu'il est prêt autant qu'il est en lui d'accomplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts

résultant de l'inexécution; car celui qui offre n'est pas en demeure ». Les auteurs modernes admettent généralement cette solution, bien qu'il s'élève à ce sujet des doutes très graves.

#### Parallèle entre l'indivisibilité et la solidarité.

959. Lorsque plusieurs débiteurs sont tenus d'une même obligation indivisible, le créancier peut s'adresser à celui qu'il veut choisir et exiger de lui un paiement intégral (art. 1222). A ce point de vue, l'obligation indivisible produit le même effet que l'obligation solidaire (art. 1203). Mais à d'autres il existe des différences considérables entre les deux espèces d'obligations. L'art. 1219 nous le fait pressentir quand il dit: « La solidarité stipulée ne donne point à l'obligation le caractère d'indivisibilité ». Nous avons déjà signalé une de ces différences au n<sup>o</sup> 926; nous la résumons ici en quelques mots. En demandant à l'un des codébiteurs le paiement intégral de la dette solidaire, le créancier ne lui demande que ce qu'il doit, car chaque débiteur doit le tout. Au contraire, en demandant à un seul débiteur l'exécution intégrale de l'obligation indivisible, le créancier demande plus que ce débiteur ne doit, car il ne doit que sa part; pourquoi donc peut-il le forcer à payer le tout? Parce que l'obligation, étant indivisible, n'est pas susceptible d'une exécution partielle. En un mot, le créancier qui poursuit l'un des débiteurs solidaires peut lui dire: « Vous devez le tout, payez moi »; au contraire le créancier, qui poursuit l'un des débiteurs d'une même obligation indivisible, lui dit: « Vous ne devez qu'une part; mais, comme il vous est impossible de ne payer que cette part, puisque l'obligation, étant indivisible, n'est pas susceptible d'exécution partielle, et que cependant il faut bien que je sois payé, je vous demande le tout ». Nous savons qu'on exprime cette différence dans le langage de l'École en disant que le codébiteur solidaire doit *totum et totaliter*, tandis que chacun des débiteurs d'une même dette indivisible doit *totum*, mais non *totaliter*. On pourrait, ce semble, traduire ces locutions en disant que chacun des codébiteurs solidaires est obligé au tout et doit le tout, tandis que chacun des débiteurs d'une même dette indivisible est obligé au tout mais ne doit que sa part. Les auteurs expliquent autrement le sens de ces expressions; mais leurs explications ne nous paraissent pas bien nettes.

Il y a d'autres différences; nous indiquerons les principales:

1<sup>o</sup> La solidarité a sa source dans le titre même en vertu duquel les débiteurs sont obligés (contrat, testament ou loi). Au contraire l'indivisibilité résulte de la nature de l'obligation, qui n'est pas susceptible de division, soit à raison de la nature de la prestation qu'elle a pour objet (*individuum natura*), soit à raison de la volonté des parties contractantes (*individuum obligatione*).

Aussi l'obligation indivisible se divise-t-elle entre les divers débiteurs, lorsque l'obstacle qui s'opposait à la division a cessé: ce qui arrive, lorsqu'elle se trouve convertie en une dette de somme d'argent, par conséquent en une obligation divisible; tandis que cette circonstance n'empêche pas l'obligation solidaire de demeurer pour le total à la charge de chacun des débiteurs (art. 1205 al. 1).

2<sup>o</sup> L'obligation solidaire se divise entre les héritiers du créancier, chacun ne peut demander que sa part dans la dette solidaire (arg., art. 1220); au contraire l'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du créancier, un seul peut demander l'exécution intégrale de l'obligation (art. 1224 al. 1).

3<sup>o</sup> Il en est de même au point de vue passif: l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les héritiers du débiteur, chacun n'en est tenu que pour sa part; tandis que l'obligation indivisible ne se divise pas entre les héritiers du débiteur, chacun en est tenu pour le total (art. 1223).

On s'explique ainsi que l'interpellation, adressée à l'un des héritiers du débiteur solidaire décédé, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres, tandis qu'il

en est autrement de l'interpellation adressée à l'un des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible (art. 2249 al. 2).

4<sup>o</sup> La solidarité suppose entre les divers codébiteurs solidaires l'existence d'un mandat, dont nous avons déterminé la nature et l'étendue. Ce mandat n'existe pas entre ceux qui ont contracté conjointement une même obligation indivisible. On s'explique ainsi, d'une part que la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires produise effet à l'égard des autres (art. 1207), tandis qu'il en est autrement entre les divers débiteurs d'une même obligation indivisible, et d'autre part que la perte de la chose, survenue par la faute de l'un des débiteurs solidaires, laisse subsister l'obligation à l'égard des autres, qui n'en sont pas moins tenus solidairement du prix de la chose (art. 1205), tandis que la perte de l'objet d'une obligation indivisible, survenue par la faute de l'un des débiteurs tenus de cette obligation, est considérée comme un cas fortuit par rapport aux autres et entraîne leur libération.

Il existe encore plusieurs autres différences entre la solidarité et l'indivisibilité; mais celles que nous venons d'indiquer suffisent pour nous montrer que ce sont choses qu'il ne faut pas confondre. La confusion cependant se rencontre fréquemment dans les décisions judiciaires, et la doctrine elle-même, à laquelle on est en droit de demander plus de précision dans le langage juridique, n'a pas toujours su l'éviter.

## SECTION VI

### DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES

960. *Dommages et intérêts conventionnels* et *clause pénale* sont une seule et même chose sous des noms différents. La clause pénale en effet n'est pas autre chose que l'évaluation, faite par les parties, des dommages et intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution (dommages et intérêts *compensatoires*) ou le retard dans l'exécution de l'obligation (dommages et intérêts *moratoires*). La section qui va nous occuper aurait donc pu faire un appendice de celle où la loi traite des dommages et intérêts.

961. La clause pénale a un double but : 1<sup>o</sup> assurer l'exécution de la convention à laquelle elle se rattache; 2<sup>o</sup> au cas où ce résultat ne pourrait être atteint, soustraire à l'arbitraire du juge la fixation des dommages et intérêts.

962. Nous disons que le premier but de la clause pénale est d'assurer l'exécution de la convention. Le débiteur exécutera probablement son obligation pour ne pas encourir la peine. « *La clause pénale* », dit l'art. 1226, « est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

De là il suit que la stipulation d'une clause pénale n'empêche pas le créancier d'exiger par les voies de droit l'exécution de l'obligation : « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* », dit l'art. 1228. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation ne pourra donc pas forcer le créancier à se contenter de la peine. Destinée

à assurer l'exécution de la convention, la clause pénale ne saurait être invoquée par le débiteur comme un moyen de s'y soustraire; elle a pour but de fortifier le lien de l'obligation, et non de le relâcher en permettant au débiteur de le rompre.

La clause pénale, étant destinée à assurer l'exécution d'une convention, se rattache nécessairement à cette convention par le lien qui unit l'accessoire au principal. L'art. 1227 ne fait que déduire une double conséquence de ce principe, lorsqu'il dispose : « *La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale* ».

Le principal pouvant subsister sans l'accessoire, il allait de soi que la nullité de la clause pénale ne devait pas entraîner celle de l'obligation principale à laquelle elle se rattache. En pareil cas, la clause pénale sera réputée non écrite, et les dommages et intérêts, auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation, seront réglés conformément au droit commun.

Au contraire, l'accessoire ne pouvant pas subsister sans le principal, il s'ensuivait que la nullité de l'obligation principale devait entraîner celle de la clause pénale. Ainsi serait nulle la clause pénale destinée à assurer l'exécution d'une promesse de mariage (débit de mariage); car une semblable promesse n'est pas obligatoire.

Toutefois le principe, que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, souffre trois exceptions.

La première a lieu, lorsque la nullité de l'obligation principale, à laquelle se rattache la clause pénale, est fondée sur le défaut d'intérêt du créancier; car alors la clause pénale purge le vice dont l'obligation est atteinte en faisant apparaître cet intérêt, de sorte que, par une inversion des règles ordinaires, c'est la clause pénale qui donne la vie à l'obligation principale au lieu de la recevoir d'elle. Ainsi la stipulation pour autrui, que l'art. 1119 déclare nulle pour défaut d'intérêt du créancier, devient valable lorsqu'elle est accompagnée d'une clause pénale (*supra* n<sup>o</sup> 791 *in fine*).

La deuxième exception a lieu, lorsque la nullité de l'obligation principale tient au défaut de lien. Nous songeons aux promesses pour autrui : une semblable promesse, que l'art. 1119 déclare nulle parce qu'elle n'oblige personne, devient valable, quand celui qui l'a faite s'est engagé par une clause pénale à quelque chose en cas d'inexécution.

Enfin la dernière exception a trait au cas où la nullité de l'obligation principale donne lieu à des dommages et intérêts. Ainsi la vente de la chose d'autrui, quoique nulle et précisément parce qu'elle est nulle, peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit de l'acheteur (art. 1599). Rien n'empêche les parties de fixer le montant de ces dommages et intérêts au moyen d'une clause pénale.